ABHANDLUNGEN

Das neue Bayerische Baurecht – Regelungsschwerpunkte und Auswirkungen auf die notarielle Praxis –

Von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen*

Art. 61 BayBO n.F. (= Art. 58 BayBO a.F.) stellt den Grundsatz auf, daß der Bauherr und die am Bau Beteiligten innerhalb ihres Wirkungskreises dafür verantwortlich sind, daß die öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die Anordnungen der Bauaufsichtsbehörde eingehalten werden. An einem Bauvorhaben beteiligt waren bereits bisher der Bauherr (Art. 62 BayBO n.F. = Art. 59 BayBO a.F.), der Entwurfsverfasser (Art. 63 BayBO n.F. = Art. 60 BayBO a.F.) und der Unternehmer (Art. 64 BayBO n.F. = Art. 61 BayBO a.F.). Diesen Personen sind insoweit öffentliche Aufgaben übertragen¹. Ziel der Neufassung der Bayerischen Bauordnung ist es, diese bereits bestehende Verantwortung der am Bau Beteiligten durch die Beschränkung des staatlichen Prüfungsumfanges im Genehmigungsverfahren, durch die Freistellung bestimmter baulicher Anlagen von den Genehmigungspflichten und durch eine zunehmende Beteiligung privater Sachverständiger zu stärken. Dies soll ohne inakzeptablen Qualitätsverlust erfolgen². Der Geist des Gesetzes lautet: „Möglichst viel Staat raus, viel private Verantwortung rein.“³.

I. Abschied vom Bauordnungsrecht?

1. Die traditionelle Baupolizei

Das Bauordnungsrecht hat sich als Baupolizeirecht entwickelt. Für das Baupolizeiwesen war, soweit nicht eine einzelne gesetzliche Vorschrift mehr zuließ, der Grundsatz maßgebend, „daß die Polizei das Bauwesen lediglich nach Rücksichten zur Abwendung von Gefahren für Leib und Gesundheit zu regeln hat“⁴. Die materiell-rechtlichen

Vorschriften des früheren Baupolizeirechts waren „auf sanitäre oder sicherheitspolizeiliche Rücksichten zurückzuführen“⁵. Allerdings ging bereits das preußische Oberverwaltungsgericht in späteren Entscheidungen davon aus, daß die Baupolizeibehörde nicht auf die Wahrnehmung lediglich baupolizeilicher und bautechnischer Belange beschränkt sei. Bei ihren Entscheidungen über bauliche Anlagen habe sie vielmehr den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in vollem Umfang wahrzunehmen⁶. Das moderne Bauordnungsrecht ist weiterhin objektbezogen und regelt die ordnungsrechtlichen Anforderungen an ein konkretes Bauwerk. Es dient jedoch nicht mehr allein der Gefahrenabwehr, sondern beinhaltet auch die Verhütung von Verunstaltungen, die Wahrnehmung sozialstaatlicher Anliegen, insbesondere an ein gesundes Wohnen und Arbeiten, und teilweise auch die Sicherung ökologischer Standards⁷.

2. Die Entwicklung des Bauordnungsrechts in Bayern

In Bayern wurden aufgrund des Polizeistrafgesetzbuches von 1861 am 2. 10. 1863 eine Bauordnung für München und am 30. 6. 1864 eine Bauordnung für das übrige rechtsrheinische Bayern erlassen, die am 29. 7. 1895 durch die Münchener Bauordnung und für das übrige Bayern durch die Verordnung über die Bauordnung vom 17. 2. 1901 abgelöst wurden. Die letztgenannten galten — mit späteren Änderungen — bis zum 30. 9. 1962⁸. Zur Regelung des Bauordnungsrechtes hat 1959 eine Sachverständigenkommission eine Musterbauordnung ausgearbeitet, die die Vereinheitlichung der landesrechtlichen Bestimmungen erreichen und zugleich auch das Landesrecht mit den städtebaulichen Regelungen des Bundesbaurechts abstimmen sollte. In Anlehnung daran hat Bayern die Bayerische

¹ Simon, BayBO, Art. 58 Rdnr. 1.

² Vgl. hierzu Bayer. Staatsmin. d. Innern, Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren v. 4. 8. 1993, AZ: II B 7-4101-004/92, S. 1 (nachfolgend kurz „Begründung“).

³ So Staatssekr. Sauter, zit. nach Bayerwald-Bote v. 14. 5. 1994, S. 43.

⁴ So Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht, 6. Aufl. 1934 (ND 1954), S. 2 f. Vgl. zu dieser Funktion auch die Kreuzberg-Urteile des PrOVG, DVBl. 1985, 216 u. 219 u. Knemeyer, in: Maunz/Obermayer/Berg/Knemeyer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 5. Aufl. 1988, S. 428.

⁵ PrOVGE (Kurzausgabe), VII, 1 Nr. 12.

⁶ S. nur PrOVGE (Kurzausgabe), VII, 2 Nr. 193 u. 199.

⁷ Vgl. dazu nur Battis, *Öffentl. Baurecht und Raumordnungsrecht*, 3. Aufl. 1992, S. 15 f.; Finkelnburg/Orloff, *Öffentl. BauR II*, 3. Aufl. 1994, S. 5 f. u. Krebs, in: von Münch/Schmidt-Aßmann, *BesVerwR*, 9. Aufl. 1992, 4. Abschn. Rdnr. 6.

⁸ Kurz dazu Schwarzer, *Handbuch des Baurechts in Bayern*, 1990, I Rdnr. 16 ff.

Bauordnung erlassen, die am 1. 10. 1962 in Kraft trat. Sie wurde mehrfach geändert. Die letzte wesentliche Änderung erfolgte mit Wirkung ab 1. 9. 1982. Hierbei wurden vor allem auch die Fortschreibungen vom 11. 12. 1981 der Musterbauordnung berücksichtigt⁹. Ziel der Novelle war es bereits damals, zur Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens und zur Senkung der Kosten des Bauens beizutragen¹⁰.

3. Die „Revolution im Baurecht“ vom 18. 4. 1994 im Überblick

Für die Forderung, das materielle Baurecht zu entrümpeln und zu entschlacken oder — wie es neuerdings heißt — zu deregulieren, läßt sich ein allgemeiner Konsens finden. Berücksichtigt man, daß der Regelungsperfektionismus im Baurecht als erhebliches Investitionshindernis angesehen wird, ist es verständlich, daß auch unter den einzelnen Ländern sozusagen ein Wettlauf um das „einfachste“ Baurecht eingesetzt hat. Den Anfang machte das Land Baden-Württemberg, das für bestimmte Wohnbauvorhaben durch die Baufreistellungsverordnung vom 26. 4. 1990 das herkömmliche Baugenehmigungsverfahren durch ein Kenntnisgabeverfahren ersetzt hat¹¹. Dieses Verfahren änderte zwar keine materiell-rechtlichen Vorschriften, brachte jedoch im Bereich des Verfahrensrechtes erhebliche Neuerungen. Reformen bzw. Reformbestrebungen sind auch aus den Ländern Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Brandenburg und Thüringen zu melden¹². Die zum 1. 6. 1994 in Kraft getretene Änderung der Bayerischen Bauordnung basiert auf dem Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren, das am 12. 4. 1994 vom Landtag beschlossen wurde¹³. Im Mittelpunkt dieses Gesetzes steht eine umfassende Neuordnung des Bauordnungsrechts; hinzu kommen Änderungen des Bayerischen Architektengesetzes, des Bayerischen Ingenieurkammergesetzes Bau, des Bayerischen Wassergesetzes, des Denkmalschutzgesetzes, der Gemeindeordnung und des Gesetzes zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung. Die Bayerische Bauordnung wurde mit neuer Artikelfolge am 18. 4. 1994 bekanntgemacht¹⁴.

Die „bayerische Lösung“ des modernen Bauordnungsrechts versucht eine Antwort auf folgende beiden Fragen zu geben:

- ⁹ Zur BayBO v. 21. 6. 1982 vgl. die Bek. v. 2. 7. 1982 (GVBl. S. 419). Die Musterbauordnung wurde u. a. veröffentlicht von *Ammon*, Musterbauordnung, Stand: April 1991 (Fassung vom 14. 1. 1991).
- ¹⁰ Vgl. *Finkelburg/Ortloff* (Fußn. 7), S. 3.
- ¹¹ Baufreistellungsverordnung v. 26. 4. 1990 — BaufreistVO, s. dazu die Kurzkomentierung von *Taxis*, Baufreistellungsverordnung, 1990.
- ¹² Vgl. die HessBauO v. 20. 12. 1993 (GVBl. S. 655), Frankfurter Allg. Zeitung v. 12. 1. 1994 u. vom 12. 2. 1994 sowie Süddeutsche Zeitung vom 14./15. 5. 1994, S. 6.
- ¹³ GVBl. S. 210.
- ¹⁴ GVBl. S. 251. Vgl. zur Novellierung kurz *Jäde*, in: *Wohnung & Haus*, 4/1993, S. 169 ff.; *Grziwotz*, in: *Bayer/Lindner/Grziwotz*, Bayer. Nachbarrecht, 2. Aufl. 1994, S. 254 ff. u. *Jäde/Weinl/Dirnberger*, Schwerpunkte des neuen Bauordnungsrechts, BayVBl. 1994, 321 ff.; *Simon*, Die neue Bayerische Bauordnung aus der Sicht der Praxis, BayVBl. 1994, 332 ff. sowie ausführlich *Busse*, Die neue Bayerische Bauordnung, 1994; *Simon*, Bayerische Bauordnung, Synopse mit Erläuterungen, 1994 u. *Jäde/Weinl/Dirnberger/Bauer*, Die neue Bayerische Bauordnung, 1994.

— Wo (und in welchem Umfang) kann auf vom Staat gesetzte und durchgesetzte materielle Anforderungen verzichtet werden, wenn deren Zielsetzungen auch auf andere Weise erfüllt und gewährleistet werden?

— Wo (und in welchem Umfang) können Mechanismen geschaffen werden, die es ermöglichen, vom Staat gesetzte Anforderungen ohne präventive (vorgängige) staatliche Kontrolle in einem Genehmigungsverfahren auf andere Weise ohne nicht (mehr) hinnehmbare Qualitätsverluste zu garantieren?¹⁵

Die im wesentlichen verfahrensrechtliche Lösung erfolgt in drei Stufen: In der ersten Stufe werden Wohnbauvorhaben geringer Höhe unter bestimmten Voraussetzungen vom Erfordernis der Baugenehmigung freigestellt. In einer zweiten Stufe soll die behördliche Prüfung bauaufsichtlicher Anforderungen wegfallen, wenn der Bauherr Bescheinigungen „besonders qualifizierter Sachverständiger“ vorlegt. Als dritte Stufe ist vorgesehen, die Baugenehmigung zu einer rein planungsrechtlichen Genehmigung umzugestalten, wenn die Bauvorlagen von einem „besonders qualifizierten Entwurfsverfasser“ erstellt worden sind. Kontrolliert wird dann nur noch die Einhaltung des Bauplanungsrechtes. Ziel ist die vollständige Überführung des Bauordnungsrechtes in den Verantwortungsbereich besonders qualifizierter Entwurfsverfasser. Der Staat zieht sich somit aus dem Bauordnungsrecht im weitesten Sinne zurück. Die erste Stufe ist am 1. 6. 1994 mit der Novelle in Kraft getreten. Die Umsetzung der weiteren Stufen ist vom Erlaß zusätzlicher Rechtsverordnungen (Art. 97 Abs. 10, 11 und 12 BayBO n.F.), die im wesentlichen die Kreierung besonders qualifizierter Sachverständiger betreffen, abhängig¹⁶.

Diese Tendenz ist freilich nicht neu. So ist von *Carl Gottlieb Svarez*¹⁷, dem Mitverfasser des Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794, folgende handschriftliche Notiz zu den dortigen Bestimmungen überliefert, die eine Einschränkung der Baufreiheit durch staatliche Gesetze vorsehen¹⁸: „Will man . . . einen Satz haben, welcher die Befugniß des Staats, dergleichen Zeitgesetze zu geben, begründet und bestimmt, so würde ich sagen: Veränderungen- und Benutzungsarten der Sachen und Grundstücke, aus welchen dem gemeinen Wesen ein erheblicher Schaden entstehen würde, ist der Staat durch Polizei-Gesetze nach Zeit und Umständen zu untersagen und einzuschränken berechtigt. Dadurch wird wenigstens so viel verhütet, das nicht jeder Polizeibaumeister, Landrath, Kammer mich nach Belieben chikanieren kann.“¹⁹

II. Die wichtigsten Neuerungen der Bayerischen Bauordnung im einzelnen und ihre Auswirkungen auf den Grundstücksverkehr

1. Baugenehmigung und Genehmigungsfreistellung

a) Änderungen hinsichtlich der bauaufsichtlichen Genehmigung

Da die Baugenehmigung potentielle oder tatsächliche Nutzungskonflikte zwischen benachbarten Eigentümern

¹⁵ *Jäde*, (Fußn. 14), S. 169.

¹⁶ Vgl. Begründung, S. 5.

¹⁷ Vgl. zu ihm kurz *Hattenhauer*, in: Allg. Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 1970, S. 16 f.

¹⁸ ALR Th. I Tit. 8 §§ 66 f.

¹⁹ Zit. nach PrOVG v. 14. 6. 1882, jetzt DVBl. 1985, 219/224.

regelt, wirken sich Änderungen des Baurechts und des Bauverfahrensrechtes auch auf die Beziehungen von Grundstückseigentümern aus²⁰. Das bauaufsichtliche Verfahren als Verfahren, das auf den Erlaß eines mehrpoligen Verwaltungsaktes gerichtet ist, dient grundsätzlich der Ausbalancierung der gegenläufigen, jeweils auf materielle Grundrechtspositionen oder grundrechtsähnliche Rechte zurückzuführenden Interessen der Beteiligten. Auf Seiten des Bauherrn ist die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Baufreiheit zu berücksichtigen, ein betroffener Nachbar kann seinerseits seine Grundrechtspositionen (insbesondere Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG) und den durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutz geltend machen, und schließlich ist die Planungshoheit der betroffenen Gemeinde (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) zu beachten. Dem baurechtlichen Genehmigungsverfahren kommt im Hinblick auf diese unterschiedlichen Interessen eine Verteilungs- und Ausgleichsfunktion für das knappe Gut „Grund und Boden“ zu²¹.

Sinn und Zweck der Genehmigungspflicht war es deshalb nach traditionellem Verständnis, vor der Ausführung der baulichen Maßnahme zu prüfen, ob diese den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht (Grundsatz der vorbeugenden Verwaltungskontrolle). Diese Prüfung wurde als sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse des Bauherrn liegend angesehen, weil nachträgliche Korrekturen bis hin zur vollständigen Beseitigung viel Zeit und Geld kosten. Wegen der in der Regel mit der Ausführung von ungeprüften Vorhaben verbundenen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und wegen der hohen Kosten sah man es weder für die Verwaltung noch für den Bauherrn als sinnvoll an, diesen bei der Ausführung baulicher Maßnahmen zunächst gewähren zu lassen und erst einzuschreiten, wenn solche Gefahren oder Verstöße gegen das geltende Recht festgestellt werden²².

In der Rechtsprechung wurde deshalb die Baugenehmigung als Verwaltungsakt verstanden, der aus einem feststellenden und einem verfügenden Teil besteht²³. Die Baugenehmigung stellt zunächst das Bestehen eines baurechtlichen Anspruchs fest und enthält damit die umfassende Entscheidung über die Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem öffentlichen Recht²⁴. Dieser feststellende Teil ist Voraussetzung für den verfügenden, mit dem der Bau zur Ausführung freigegeben wird²⁵. Allerdings hat bereits der Große Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes in seinem Beschluß vom 18. 3. 1993²⁶ die vorstehend dargestellte sog. Schlußpunkttheorie abgelehnt. Nach seiner Ansicht darf die Baugenehmigung erteilt werden, auch wenn noch offen geblieben ist, ob eine andere öffentlich-rechtliche Gestattung erteilt werden kann, die für das Vorhaben neben der Baugenehmigung erforderlich ist. Die landläufige Meinung, daß mit der Erteilung der Baugenehmigung mit dem Bauen begonnen werden dürfe, wurde somit ausdrücklich abgelehnt.

²⁰ Vgl. Begründung, S. 11 u. *Grziwotz* (Fußn. 14), S. 256.

²¹ Ausführlich zum Ganzen *Grziwotz*, AöR 113, 1988, S. 213/232 m. w. N.

²² S. statt vieler *Schwarzer* (Fußn. 8), III Rdnr. 259.

²³ S. nur BVerwGE 48, 242/245 u. 69, 1.

²⁴ So z. B. *Finkelburg/Ortloff* (Fußn. 7), S. 93 m. w. N.

²⁵ Kurz dazu *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 92.

²⁶ BayVBl. 1993, 370.

Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung hat die Baurechtsnovelle in diesem Punkt gleichsam vorweggenommen. Art. 79 BayBO n. F. (= Art. 74 BayBO a. F.) vollzieht diese Rechtsprechung nunmehr nach, indem in seinem Absatz 1 die Versagung der Baugenehmigung auf einen Widerspruch zu öffentlichen Vorschriften beschränkt wird, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Der Gesetzgeber will mit dieser Vorschrift das Baugenehmigungsverfahren von sonstigen Prüfungen entlasten.

b) Erweiterungen der Genehmigungsfreiheit

aa) Genehmigungsfreiheit von Grenzgaragen

Nach der bisherigen Rechtslage (Art. 7 Abs. 5 BayBO a. F.) mußten Grenzgaragen einschließlich ihrer Nebenräume mit einer Gesamtnutzfläche bis zu 50 qm und Nebengebäude ohne Feuerstätte mit einer Nutzfläche bis zu 20 qm zur Grundstücksgrenze keine Abstandflächen einhalten, wenn an der Grenze eine Traufhöhe von 2,75 m nicht überschritten wurde.

Nach der Neufassung (Art. 7 Abs. 4 i. V. m. Art. 69 Abs. 1 Nr. 2 BayBO n. F.) geht der Gesetzgeber von der weitgehenden Zulässigkeit von Grenzgaragen und überdachten Stellplätzen, die nicht im Außenbereich liegen, aus. Ihre Errichtung und Änderung ist, sofern keine entgegenstehenden gemeindlichen Satzungen bestehen, genehmigungsfrei; eine Planvorlage bei der Gemeinde oder der Bauaufsichtsbehörde ist deshalb entbehrlich. Auch eine Nachbarbeteiligung ist nicht durchzuführen. Hinsichtlich des Begriffes der Grenzgarage knüpft der Gesetzgeber nicht mehr an die Traufhöhe, sondern an die Wandhöhe an. Künftig ist somit eine Grenzgarage ohne Einhaltung von Abstandsflächen zulässig, wenn eine Wandhöhe von 3 m im Mittel nicht überschritten wird. Da Dach- und Giebelflächen bei Dachneigungen von mehr als 75 Grad bei natürlicher Betrachtungsweise als Wände anzusehen sind, müssen sie voll angerechnet werden; keine Anrechnung erfolgt jedoch bei Dächern und Giebelflächen, die nur eine Dachneigung von 75 Grad aufweisen. Diese Regelung ist bereits als städtebaulich und nachbarrechtlich verunglückt angesehen worden, da dadurch eine „Scheinzulässigkeit“ von Garagen mit einer Firsthöhe von ca. 18 m gesetzlich eingeführt wurde²⁷. Aufgenommen wurde ferner die Begrenzung für die Längenausdehnung der Grenzgaragen auf 8 m. Da somit je Grundstücksgrenze eine Grenzgarage bis zu 8 m Länge zulässig ist, sofern die Gesamtnutzfläche von 50 qm für ein Grundstück nicht überschritten wird, können zwei Garagen à 8 x 3 m links und rechts neben einem Wohnhaus an der Grenze situiert werden. Nach der Neufassung des Gesetzes findet ferner keine Anrechnung der Nutzflächen im Dachraum einer Garage mehr statt²⁸. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß auch überdachte Tiefgaragenzufahrten und Aufzüge zu Tiefgaragenanbauten zulässig sind. Da vom Gesetzgeber gewollt ist, daß Garagen unmittelbar auf der Grenze errichtet werden, gelten die Abstandsflächenerleichterungen des Art. 7 Abs. 4 BayBO nur dann, wenn die Garage oder das Nebengebäude unmittelbar an der Grenze errichtet wird²⁹. Ein Abrücken von der Grenze läßt die Privilegierung entfallen.

²⁷ So zu Recht *Busse* (Fußn. 14), Art. 7 Rdnr. 7.

²⁸ Anders noch BayVGH, BayVBl. 1987, 695.

²⁹ Es sei nur darauf hingewiesen, daß am 01. 1. 1994 die Neufassung der Garagenverordnung vom 30. 11. 1993 (GVBl. 1993, S. 916) in Kraft getreten ist.

bb) Genehmigungsfreiheit plankonformer Garagen und überdachter Stellplätze

Neben den eben dargestellten Grenzgaragen sind sonstige Garagen und überdachte Stellplätze genehmigungsfrei, wenn sie einem Wohngebäude geringer Höhe dienen und im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, eines Vorhaben- oder Erschließungsplans oder einer örtlichen Bauvorschrift liegen, sofern darin Regelungen über ihre Zulässigkeit getroffen sind und das Vorhaben mit diesen Regeln übereinstimmt. Enthält ein Bebauungsplan einer Gemeinde nur Festsetzungen für die Wohnhäuser, aber keine Bauräume für die Garagen, kann es zu der paradoxen Situation kommen, daß das Wohngebäude genehmigungsfrei errichtet werden könnte, jedoch für die Garage, sofern keine Grenzgarage vorliegt, eine Baugenehmigung notwendig ist.

cc) Genehmigungsfreiheit für Wochenendhäuser

Art. 69 Abs. 1 Nr. 7 BayBO n. F. läßt die Errichtung von Wochenendhäusern sowie baulichen Anlagen, die keine Gebäude sind, genehmigungsfrei zu, wenn sie in einem durch qualifizierten Bebauungsplan (§ 30 BauGB) festgesetzten Wochenendhausgebiet³⁰ liegen und mit den Festsetzungen dieses Bebauungsplans übereinstimmen. Faktisch werden derartige Häuser später meist stillschweigend zum dauernden Wohnen „umgewidmet“. Deshalb werden die Gemeinden häufig im Bebauungsplan durch Festsetzung einer geringen Grundfläche für die Häuser und durch gestalterische Vorschriften versuchen, eine (rechtswidrige) Nutzung als Dauerwohnstätten weitgehend auch tatsächlich auszuschließen³¹.

dd) Genehmigungsfreiheit des Dachgeschoßausbaus und von Dachgauben

Art. 66 Abs. 1 Nr. 11 BayBO a. F. ließ die Errichtung und Änderung einzelner Aufenthaltsräume im Dachgeschoß von Wohngebäuden zu, wenn dadurch die Dachkonstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes nicht verändert wurde. Nach der Neuregelung (Art. 69 Abs. 1 Nr. 18 BayBO n. F.) gilt die Genehmigungsfreiheit für den Dachgeschoßausbau nunmehr nicht nur für reine Wohngebäude. Es reicht vielmehr aus, wenn das Gebäude überwiegend zu Wohnzwecken genutzt wird; eine untergeordnete gewerbliche Nutzung ist deshalb zulässig³². Durch den Ausbau, der nur einzelne Aufenthaltsräume (Art. 48 Abs. 1 BayBO n. F.), nicht ganze Wohnungen (Art. 49 BayBO n. F.) betrifft, dürfen die Dachkonstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes nicht verändert werden, ausgenommen durch den Einbau von Dachflächenfenstern. Dachgauben sind nur dann genehmigungsfrei zulässig, wenn ein Bebauungsplan oder eine örtliche Bauvorschrift besteht, hierin Regelungen über die Zulässigkeit der Dachgauben getroffen wurden und das Vorhaben diese einhält³³.

ee) Anzeigepflicht beim Abbruch von Gebäuden

Bisher waren der Abbruch und die Beseitigung baulicher Anlagen grundsätzlich genehmigungspflichtig. Nach Art. 71 BayBO n. F. ist ein bauaufsichtliches Genehmi-

gungsverfahren für den Abbruch einer baulichen Anlage oder ihre Beseitigung nicht mehr notwendig. Der Bauherr hat diese Absicht nur der zuständigen Bauaufsichtsbehörde anzuzeigen. Gleichzeitig sind die Eigentümer der benachbarten Grundstücke zu informieren. Die Bauaufsichtsbehörde bestätigt dem Bauherrn binnen einer Woche den Eingang der Anzeige. Mit dem Vorhaben darf einen Monat nach dem von der Bauaufsichtsbehörde bestätigten Eingangstermin begonnen werden, ausgenommen nur den Fall, daß eine anderweitige behördliche Erlaubnis erforderlich ist oder wenn die Bauaufsichtsbehörde den Abbruch oder die Beseitigung untersagt.

c) Die Genehmigungsfreistellung bei Wohngebäuden geringer Höhe

Die Genehmigungsfreistellung von Wohngebäuden geringer Höhe ist der Kern der ersten Stufe der Neuordnung des Baugenehmigungsverfahrens. Genehmigungsfrei sind die Errichtung und Änderung von Wohngebäuden, auch in Form von Doppelhäusern und Hausgruppen, geringer Höhe einschließlich ihrer Nebengebäude und Nebenanlagen. Dies gilt auch für eine Nutzungsänderung, wenn sie zu einer Nutzungssituation führt, die, wenn das entsprechende Gebäude nicht schon vorhanden wäre, ebenfalls ohne Baugenehmigung hätte herbeigeführt werden können. Beispiel hierfür ist der Umbau eines Ladens in ein Wohngebäude unter Einhaltung der Bebauungsplanfestsetzungen³⁴. Wichtig ist, daß Nutzungsänderungen, die zu einer Wohnnutzung führen, danach genehmigungsfrei sind, nicht jedoch eine Umwandlung von Wohngebäuden in eine gewerbliche Nutzung.

Das Genehmigungsfreistellungsverfahren (Art. 70 BayBO n. F.) trifft nur Wohngebäude von geringer Höhe. Gebäude von geringer Höhe sind nach der Legaldefinition des Art. 2 Abs. 3 BayBO n. F. Gebäude, bei denen der Fußboden keines Geschosses, in dem Aufenthaltsräume möglich sind, an einer Stelle mehr als 7 m über der natürlichen oder festgelegten Geländeoberfläche liegt. Diese Höhe wurde nach Brandschutzkriterien, nämlich dem Einsatzbereich der tragbaren vierteiligen Steckleiter³⁵, ausgerichtet. Als Faustregel läßt sich angeben, daß dadurch Wohngebäude mit drei Vollgeschossen vom Genehmigungsverfahren freigestellt sind. Voraussetzung ist ferner, daß das Wohnhaus den Festsetzungen eines qualifizierten Bebauungsplans oder einem Vorhaben- oder Erschließungsplan entspricht. Wenn auch nur eine Ausnahme oder Befreiung erforderlich ist, kommt eine Genehmigungsfreiheit nach dieser Bestimmung nicht in Betracht. Schließlich muß auch noch die Erschließung gesichert sein.

Das Verfahren beginnt mit der Einreichung der Bauvorlagen in dreifacher Ausfertigung bei der Gemeinde³⁶. Gleichzeitig mit der Vorlage bei der Gemeinde benachrichtigt der Bauherr die Eigentümer der Nachbargrundstücke von dem Bauvorhaben (Art. 70 Abs. 2 Satz 2 BayBO n. F.). Die Gemeinde hat einen Monat nach Vorlage der erforderlichen Unterlagen Zeit, diese zu prüfen. Verpflichtet ist sie hierzu nicht. Die Gemeinde kann, auch wenn die Voraussetzungen für eine Genehmigungsfreiheit vorliegen, erklä-

³⁰ Vgl. § 10 Abs. 3 BauNVO.

³¹ S. nur die Empfehlung von Busse (Fußn. 14), Art. 69 Rdnr. 6.

³² Vgl. zur analogen Problematik im Rahmen des § 10 Abs. 2 S. 1 BauGB-MaßnahmenG a. F. u. n. F. Löhrr, in: Battis/Krautzberger/Löhrr, BauGB, 4. Aufl. 1994, § 31 Rdnr. 31 u. Grziwotz (Fußn. 25), S. 154 f.

³³ Vgl. Busse (Fußn. 14), Art. 69 Rdnr. 17.

³⁴ So Busse (Fußn. 14), Art. 70 Rdnr. 2.

³⁵ Vgl. Busse (Fußn. 14), Art. 2 Rdnr. 5 u. Jäde/Weinl/Dirnberger, BayVBl. 1994, 321/324.

³⁶ Zu Einzelheiten vgl. § 11 a Bauvorlagenverordnung sowie das Schaubild bei Simon, BayVBl. 1994 332/335.

ren, daß ein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden soll. Praktisch relevant wird dies wohl nur dann, wenn die Gemeinde beabsichtigt, den Bebauungsplan zu ändern, von ihr nicht zu klärende technische Probleme durch das Vorhaben aufgeworfen werden oder Nachbarrechte betroffen sind. In diesem Fall erhält der Bauherr mit der Erklärung die vorgelegten Unterlagen zurück. Allerdings kann der Bauherr bereits bei der Vorlage bestimmen, daß im Falle der Erklärung der Gemeinde seine Vorlage als Bauantrag zu behandeln ist. Äußert sich die Gemeinde innerhalb der Frist nicht, kann der Bauherr einen Monat nach Vorlage mit seinem Vorhaben beginnen. Die Gemeinde kann dem Bauherrn auch vor Ablauf der Frist schriftlich mitteilen, daß kein Genehmigungsverfahren durchgeführt werden soll; in diesem Fall kann der Bauherr bereits früher mit der Bauausführung beginnen. Stets ist zu beachten, daß der Beginn der Arbeiten mindestens eine Woche vorher auch der Bauaufsichtsbehörde schriftlich mitzuteilen ist (Art. 70 Abs. 5 i. V. m. Art. 79 Abs. 10 BayBO n. F.). Vor Baubeginn, spätestens vor Ausführung der jeweiligen Bauabschnitte, müssen auch die von einer dazu befugten Person gefertigten Nachweise über Standsicherheit, Schall-, Wärme- und baulichen Brandschutz erstellt sein (Art. 70 Abs. 4 BayBO n. F.).

Nochmals festzuhalten ist, daß die Gemeinde keine Prüfungspflicht trifft; das Verfahren bei der Gemeinde soll kein neuartiges bauaufsichtliches Verfahren darstellen³⁷. Die Gemeinde prüft auch nicht, ob der Bauherr die Nachbarbeteiligung ordnungsgemäß durchgeführt hat; wie dieser die Nachbarn informiert, bleibt seiner Verantwortung überlassen^{37a}. Der Bauherr hat schließlich keinen Rechtsanspruch darauf, daß die Gemeinde von der Möglichkeit der Überleitung in das Baugenehmigungsverfahren keinen Anspruch macht (Art. 70 Abs. 3 Satz 2 BayBO n. F.). Anders als nach § 9 Bad.-Württ. BaufreistVO kann der Bauherr auch nicht die Durchführung eines baurechtlichen Genehmigungsverfahrens beantragen. Liegen die Voraussetzungen des Art. 70 BayBO n. F. vor, ist das Verfahren genehmigungsfrei³⁸.

Probleme wirft dies auf, wenn der Bauherr ein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Baugenehmigung hat. Dies könnte der Fall sein, wenn ein Bauträger ein Wohngebäude geringer Höhe an einen Käufer veräußert. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 MaBV darf er Vermögenswerte des Erwerbers erst entgegennehmen, wenn die Baugenehmigung erteilt worden ist³⁹. Ist eine Baugenehmigung aufgrund des Freistellungsverfahrens des Art. 70 BayBO nicht erforderlich, dürfte diese Fälligkeitsvoraussetzung entfallen. Das bedeutet, daß die Fälligkeit ohne Genehmigung nach Durchführung des Verfahrens des Art. 70 BayBO n. F. (Ablauf der Monatsfrist ohne gemeindliche Erklärung der Durchführung eines Genehmigungsverfahrens oder vorzeitige Zulassung des Baubeginns durch die Gemeinde) eintritt. Allerdings soll durch die Voraussetzung der Baugenehmigung der Käufer davor geschützt werden, Vermögenswerte in Vorhaben zu investieren, die möglicherweise nicht ver-

wirklicht werden können⁴⁰. Dieser Verbraucherschutzaspekt wird durch Art. 70 BayBO insbesondere beim Bau von Doppelhäusern und Hausgruppen durch Bauträger ohne Grund vernachlässigt. Der Gesetzgeber sollte insoweit — wie in Baden-Württemberg — die Erteilung einer Baugenehmigung auf Antrag des Bauherrn zulassen. Da gem. Art. 70 Abs. 5 BayBO i. V. m. Art. 79 Abs. 9 BayBO n. F. auch die Schnurgerüstabnahme bei genehmigungsfreien Gebäuden entfallen ist, können sich zudem, da Kreditinstitute diese häufig fordern, Finanzierungsprobleme für Wohnhauskäufer ergeben. Die geplante Zulassung eines Antrags in der Vollzugsbekanntmachung dürfte insoweit bereits eine erste Korrektur der Novelle darstellen.

Auf ein weiteres Problem sei in diesem Zusammenhang nur hingewiesen: Da der Bauherr eine Baugenehmigung bei einem Gebäude, das unter Art. 70 BayBO n. F. fällt, auch nicht freiwillig beantragen kann, ergeben sich für ihn zusätzliche Risiken. Da die Baugenehmigung als Verwaltungsakt in Bestandskraft erwächst, ist diese häufig Anknüpfungspunkt vertraglicher Regelungen bei Grundstücksgeschäften⁴¹. Eine Anfechtung durch einen Nachbarn ist nur erfolgreich, wenn dieser durch die Genehmigung in eigenen Rechten verletzt ist. Das Verfahren nach Art. 70 BayBO n. F. endet dagegen nicht mit einem Verwaltungsakt. Ab welchem Zeitpunkt und in welcher Weise der Bauherr gegen Rechtsbehelfe eines Dritten geschützt ist, ist derzeit nur schwer zu beurteilen. Zeitliche Beschränkungen für die Ausführung eines nach Art. 70 BayBO n. F. genehmigungsfreien Vorhabens sind im Gesetz nicht vorgesehen. Auch das Problem der Rechtsnachfolge ist nicht geregelt.

Wird in einem Grundstücksveräußerungsvertrag hinsichtlich der baulichen Nutzbarkeit nicht auf die Baugenehmigung, sondern auf die Zulässigkeit eines Bauvorhabens entsprechend den Festsetzungen eines Bebauungsplans abgestellt, besteht ein Weniger an Rechtssicherheit für den Grundstückskäufer. Gegen einen Bebauungsplan ist nämlich eine Normenkontrolle zum Bayerischen Verwaltungsgerichtshof möglich. Der Antragsteller muß hierzu nicht in seinen Rechten verletzt sein; es genügt, daß er einen Nachteil durch den Bebauungsplan bereits erlitten hat oder dieser noch zu erwarten ist⁴². Eine Ungültigkeitserklärung des Bebauungsplans wirkt sich nicht auf eine unanfechtbar gewordene Baugenehmigung aus⁴³. Kann eine solche wegen der neueregelten Genehmigungsfreiheit von Wohngebäuden geringer Höhe nicht erteilt werden, so kann eine erfolgreiche Normenkontrolle möglicherweise zu einer Unzulässigkeit jedenfalls eines noch nicht ausgeführten genehmigungsfreien Wohnbauvorhabens führen^{43a}. Mangels Wahlmöglichkeit kann der Bauherr bei einem unter Art. 70 BayBO n. F. fallenden Vorhaben eine Baugenehmigung nur erhalten, wenn er mit der Gemeindeverwaltung zusammenwirkt und diese erklärt, ein Genehmigungsverfahren solle durchgeführt werden. Eine andere Möglichkeit stellt die geringfügige Abweichung der Bauvor-

³⁷ Busse (Fußn. 14), Art. 70 Rdnr. 2; teilweise abweichend Simon, BayVBl. 1994, 332/336.

^{37a} Vgl. Jäde/Weinl/Dirnberger, BayVBl. 1994, 321/326: „Postkartennachricht“ genügt, a. A. Simon, BayVBl. 1994, 332/336.

³⁸ Ebenso Busse (Fußn. 14), Art. 70 Rdnr. 1.

³⁹ Vgl. hierzu Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, § 3 Rdnr. 20 u. Basty, Der Bauträgervertrag, 1993, Rdnr. 104.

⁴⁰ So Ziff. 3.3.1.4 VwV § 34 c GewO. Zum „Verbraucherschutz“-Aspekt der Baugenehmigung kurz auch Simon, BayVBl. 1994, 332/333.

⁴¹ Ausführlich Grziwotz (Fußn. 25), S. 140 ff.

⁴² Grundlegend BVerwGE 45, 309/322.

⁴³ Zu dieser Problematik s. Grziwotz (Fußn. 25), S. 152 m. w. N.

^{43a} Vgl. auch Simon, BayVBl. 1994, 332/338.

lagen von den Festsetzungen des Bebauungs- bzw. Vorhaben- und Erschließungsplans oder von örtlichen Bauvorschriften dar^{43b}.

Ob das Freistellungsverfahren wirklich größere praktische Bedeutung erlangen wird, ist derzeit noch offen. Vorsichtige Schätzungen gehen davon aus, daß bayernweit nur drei Prozent der „einfachen Bauten“ in den (noch umstrittenen) Genuß dieser Neuregelung gelangen werden⁴⁴.

d) Vereinfachtes Genehmigungsverfahren

Bei einfachen baulichen Anlagen, Wohngebäuden geringer Höhe, die nicht unter Art. 70 BayBO n. F. fallen, sowie landwirtschaftlichen Betriebsgebäuden und eingeschossigen gewerblichen Lagergebäuden mit Stützweiten von nicht mehr als 12 m und Grundflächen von nicht mehr als 250 qm, prüft die Bauaufsichtsbehörde nur noch das Bauplanungsrecht, das Abstandsflächenrecht, die Baugestaltung, den Stellplatznachweis sowie die Frage, ob infolge der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird (Art. 80 BayBO n. F.).

e) Entfallen der Typengenehmigung und Neuregelung der Teilbaugenehmigung

Die Typengenehmigung (Art. 77 BayBO a. F.), die für eine bautechnische Ausführung einer unbestimmten Anzahl von baulichen Anlagen, die an mehreren Stellen errichtet werden sollten, erteilt wurde, ist wegen ihrer geringen praktischen Relevanz ersatzlos entfallen.

Die Teilbaugenehmigung (Art. 76 BayBO a. F. = Art. 83 BayBO n. F.) hebt die „Bausperre“ teilweise auf, indem sie die Bauarbeiten für die Baugrube, einzelne Bauteile oder Bauabschnitte gestattet. Sie setzt voraus, daß das gesamte Vorhaben in seinen Grundzügen mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist⁴⁵. Nach der Neufassung ist es nunmehr auch zulässig, eine Teilbaugenehmigung für die Errichtung einer baulichen Anlage insgesamt zu erteilen und einen Vorbehalt für die noch unbekannt zukünftige Nutzung zu machen. Voraussetzung ist, daß die Genehmigungsfähigkeit der baulichen Anlage nicht von deren künftiger Nutzung abhängt. Diese Einschränkung liegt regelmäßig nur bei privilegierten Vorhaben im Außenbereich und sonstigen Vorhaben, bei denen die Bausubstanz so ausgestaltet ist, daß sie nur für eine bestimmte Nutzung geeignet ist, vor. Im übrigen kann künftig eine Teilbaugenehmigung auch für eine „Bauhülle“ erteilt werden. Möglich ist z. B. eine Teilbaugenehmigung für ein Geschäftshaus eines Bauträgers, ohne daß die künftige Nutzung, z. B. durch Läden, Gastronomiebetrieb, Büros etc. angegeben wird⁴⁶.

f) Abweichungen von Bauvorschriften

Das bisherige System der Abweichungen, die bei technischen Bauvorschriften und allgemein anerkannten Regeln

der Baukunst und Technik zulässig waren, von Ausnahmen, die bereits im Gesetz vorgesehen waren, und Befreiungen, die von zwingenden baurechtlichen Vorschriften erforderten (Art. 72 BayBO a. F.), wurde aufgegeben und durch einen einheitlichen Abweichungstatbestand ersetzt (Art. 77 BayBO n. F.). Die Zulassung einer Abweichung steht im Ermessen der Bauaufsichtsbehörde. Sie ist möglich, wenn sie unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der bauordnungsrechtlichen Vorschrift und unter Würdigung der nachbarrechtlichen Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Dem Nachbarn steht ein Rechtsmittel gegen die Erteilung einer Abweichung entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zur Befreiung dann zu, wenn eine Abweichung von nachbarschützenden Vorschriften erfolgt und er hierdurch in seinen Rechten verletzt ist⁴⁷.

g) Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

War zu einem Bauvorhaben das gemeindliche Einvernehmen (§ 36 BauGB) erforderlich, so durfte die Bauaufsichtsbehörde, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen — auch rechtswidrig — versagte, den gestellten Bauantrag nicht positiv bescheiden⁴⁸. Auch die Widerspruchsbehörde durfte das versagte Einvernehmen der Gemeinde nicht ersetzen; dies war lediglich im Rahmen der Kommunalaufsicht möglich⁴⁹. Nunmehr gilt nach Art. 81 BayBO n. F. die Baugenehmigung zugleich als Ersatzvornahme. Ist die Gemeinde selbst Baugenehmigungsbehörde, kann die Widerspruchsbehörde das Einvernehmen der Gemeinde ersetzen. Die Baugenehmigung, die das Einvernehmen der Gemeinde ersetzt, stellt gegenüber dieser einen belastenden Verwaltungsakt dar, den sie mit Widerspruch anfechten kann. Der Widerspruch hat aufschiebende Wirkung. Dies gilt wohl auch für Vorhaben, die überwiegend Wohnzwecken dienen, da die Gemeinde als Mitwirkende im Genehmigungsverfahren nicht als Dritte im Sinne des § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG anzusehen ist⁵⁰.

h) Ausblick auf die künftigen Änderungen des Baugenehmigungsverfahrens

Bereits oben⁵¹ wurde auf die folgenden beiden Stufen hinsichtlich der Einschränkungen, die bei der behördlichen Prüfung der bauaufsichtlichen Anforderungen erfolgen werden, hingewiesen. In der zweiten Stufe soll der Prüfungsumfang der Baugenehmigungsbehörde durch Bescheinigungen von Sachverständigen beschränkt werden. Art. 76 Abs. 4 BayBO fingiert insoweit, daß die bauaufsichtlichen Anforderungen für den jeweiligen Bereich als eingehalten gelten, für den Bescheinigungen eines besonders qualifizierten Sachverständigen vorgelegt werden. In den Rechtsverordnungen nach Art. 97 Abs. 10 BayBO n. F. wird detailliert geregelt, für welche Bereiche solche Sachverständige tätig werden können und welchen Anforderungen sie genügen müssen.

^{43b} Dies empfiehlt *Simon*, BayVBl. 1994, 332/337.

⁴⁴ *Hackelsberger*, in: Süddeutsche Zeitung v. 25. 2. 1994, S. 15.

⁴⁵ S. nur *Grziwotz* (Fußn. 25), S. 95.

⁴⁶ Ähnlich *Busse* (Fußn. 14), Art. 84 Rdnr. 1; dagegen halten *Jüde/Weinl/Dirnberger*, BayVBl. 1994, 321 diesen Fall für „schwerlich denkbar“. In diesem Fall einer Teilbaugenehmigung dürfte diese bei einem Kauf vom Bauträger, bei dem dem Erwerber die zukünftige Nutzung zunächst gleichgültig ist, da er sie erst nach Fertigstellung klären will, entgegen der bisherigen h. M. (s. nur *Marcks* (Fußn. 39), § 3 Rdnr. 20) als Fälligkeit voraussetzung ausreichen.

⁴⁷ Vgl. *Simon* (Fußn. 1), Art. 72 Rdnr. 38.

⁴⁸ So z. B. BVerwG, NVwZ 1986, 556; NVwZ-RR 1989, 6 u. 1992, 529 sowie NVwZ 1992, 878. Zur Entschädigungspflicht der Gemeinde bei einem rechtswidrigen Handeln s. nur BGH, NJW 1992, 2218 = BayVBl. 1993, 90.

⁴⁹ S. dazu Art. 112 u. 113 GO sowie *Gaentzsch*, BauGB, 1991, § 36 Rdnr. 8.

⁵⁰ Ähnlich *Busse* (Fußn. 14), Art. 82 Rdnr. 2, der aber noch auf Vorhaben abstellt, die ausschließlich Wohnzwecken dienen und somit die Neufassung des § 10 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG nicht berücksichtigt.

⁵¹ S. dazu Abschn. I.3.

In der dritten Stufe erfolgt schließlich die Umgestaltung der herkömmlichen Baugenehmigung zur planungsrechtlichen Gestattung (Art. 73 BayBO n. F.). Die Bauaufsichtsbehörde überprüft sodann nur noch die Übereinstimmung eines Vorhabens mit den planungsrechtlichen Vorschriften. Voraussetzung ist, daß die Bauvorlagen von einem besonders qualifizierten Entwurfsverfasser unterschrieben sind. Es handelt sich insoweit noch um ein Experiment, das als Endziel die Vorstellung eines qualifizierten Entwurfsverfassers hat, der im Regelfall für alle Bauvorhaben die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Vorschriften garantiert (sog. Baunotar)⁵². Entscheidend hinsichtlich dieses neuen Berufsbildes wird sein, inwieweit dieser Sachverständige wirklich unabhängig von seinem Auftraggeber sein kann. Die hierzu erforderliche Rechtsverordnung (Art. 97 Abs. 11 BayBO n. F.) steht noch aus.

2. Abstandsflächenrecht und Nachbarbeteiligung

a) Änderungen hinsichtlich der Abstandsflächen

aa) Abstandsflächen bei Dächern, Giebeln und untergeordneten Bauteilen

Im materiellen Recht wurde das durch die Bayerische Bauordnung 1982 eingeführte Abstandsflächensystem im wesentlichen unverändert übernommen. Die Änderungen betreffen hauptsächlich Art. 6 Abs. 3 BayBO. Neu geregelt wurde, daß für die Berechnung der Abstandsflächen Dächer mit einer Neigung von mehr als 75 Grad (senkrechten) Wänden gleichgestellt und deshalb bei der Abstandsflächenberechnung voll berücksichtigt werden, während Dächer mit einer Neigung von mehr als 45 Grad zu einem Drittel anzurechnen sind. Gleiches gilt für die Giebelflächen. Die bisherige Vorschrift des Art. 6 Abs. 6 BayBO a. F., die eine Mindestabstandsfläche von 5 m bei Wänden in nicht feuerhemmender Ausführung oder aus brennbaren Baustoffen vorsah, wurde ersatzlos gestrichen⁵³. Erleichterungen ergeben sich hierdurch insbesondere für Nebenanlagen wie z. B. Gerätehütten, die nun auch in Holzbauweise an den Grundstücksgrenzen zulässig sind.

Die Einfügung von Art. 6 Abs. 3 Satz 7 BayBO n. F. gibt dem Bauherrn einen größeren Gestaltungsspielraum. Funktion der Abstandsflächen sollte es sein, durch Grenz- und Gebäudeabstände eine ausreichende Belichtung, Besonnung und Lüftung und eine Sicherstellung des Brandschutzes, insbesondere auch im Interesse des Nachbarn, zu gewährleisten. Allerdings hat die nachbarschützende Funktion von Abstandsflächen⁵⁴ dazu geführt, daß Gerichte teilweise millimetergenau prüfen, ob Abstandsflächen durch Nebenanlagen eingehalten werden⁵⁵. Vor die Außenwand vortretende, untergeordnete Bauteile und Vorbauten, wie Pfeiler, Gesimse, Dachvorsprünge, Blumenfenster, Hauseingangstreppe und deren Überdachungen, Erker und Balkone, bleiben bei der Abstandsflächenberechnung nach der Neufassung außer Betracht, wenn sie nicht mehr als 1,5 m vortreten und von der Grundstücksgrenze mindestens 2 m entfernt bleiben. Diese Aufzählung der untergeordneten Nebenanlagen ist nicht abschließend. Zulässig sind auch andere Bauteile, wie z. B. Schaufenstervorbauten,

Warenautomaten etc.⁵⁶. Voraussetzung ist allerdings, daß das Gebäude selbst die vorgeschriebenen Abstandsflächen einhält.

Die Voraussetzungen der Genehmigungsfreiheit von Grenzgaragen wurden bereits oben⁵⁷ dargestellt.

bb) Abstandsflächenregelungen in gemeindlichen Satzungen

Wenn Gemeinden in Bebauungsplänen, die nach dem 1.6.1994 öffentlich ausgelegt wurden oder für die die Gemeinde die Anwendung des neuen Abstandsflächenrechts beschlossen hat (Art. 100 Abs. 1 BayBO n. F.), in einem Vorhaben- und Erschließungsplan oder in einer Satzung nach Art. 98 BayBO n. F. Festsetzungen über die Zulässigkeit von Außenwänden trifft, enthalten diese zugleich Regelungen über die Abstandsflächen. Diese haben Vorrang vor dem Abstandsflächenrecht des Art. 6 Abs. 4 und 5 BayBO n. F. Eine derartige Abstandsflächenregelung kann im Bebauungsplan beispielsweise durch die Festsetzung von Baugrenzen an der Grundstücksgrenze erfolgen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Gemeinde im Bebauungsplan auf diesen Vorrang verzichtet und ausdrücklich anordnet, daß sie an den bauordnungsrechtlichen Abstandsflächenregelungen festhalten will. Inwieweit die Festsetzung geschlossener Bauräume eine derartige Abstandsflächenregelung enthält, ist derzeit umstritten⁵⁸.

b) Übernahme von Abstandsflächen durch Nachbarn

Abstandsflächen müssen auch nach der Neufassung in ihrer gesamten Breite und Tiefe grundsätzlich auf dem Baugrundstück liegen (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BayBO n. F. = Art. 6 Abs. 2 Satz 1 BayBO a. F.). Allerdings war es auch im bisherigen Bauordnungsrecht (Art. 7 Abs. 6 BayBO a. F.) zulässig, daß, falls das Baugrundstück für die Abstandsflächen nicht ausreichte, durch die Belastung eines Nachbargrundstücks den gesetzlichen Anforderungen entsprochen wurde. Damit wurden die öffentlichen Belange des Baurechts durch eine „Verschiebung“ zwischen zwei oder mehreren Grundstücken insgesamt gewahrt⁵⁹. Erforderlich war bisher eine rechtliche Sicherung, daß die übernommenen Abstandsflächen nicht überbaut werden. Die öffentlich-rechtliche Absicherung der übernommenen Abstandsflächen auch gegenüber einem Einzelrechtsnachfolger erfolgte in Bayern durch die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten des Staates, da Bayern anders als die anderen Bundesländer das Institut der Baulast — aus guten Gründen — nicht eingeführt hat⁶⁰.

Dieses Erfordernis einer rechtlichen Sicherung für die Zulässigkeit der Erstreckung von Abstandsflächen auf ein Nachbargrundstück ist durch die Neufassung des Art. 7 Abs. 5 BayBO entfallen. Es genügt nunmehr, wenn der Nachbar gegenüber der Bauaufsichtsbehörde schriftlich zustimmt oder die betroffenen Flächen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht überbaut werden können. Die Zustimmung des Nachbarn gilt kraft gesetzlicher Anordnung auch für seine Rechtsnachfolger. Probleme bereitet weniger die vorstehend geschilderte zweite Alternative;

⁵² So Innenminister *Beckstein*, zit. nach Bayerwald-Bote v. 12. 3. 1994, S. 13. Ebenso *Simon*, BayVBl. 1994, 332/340.

⁵³ Vgl. *Simon* (Fußn. 1), Art. 6 Rdnr. 44 ff.

⁵⁴ Ausführlich *Simon* (Fußn. 1), Art. 6 Rdnr. 53 a ff.

⁵⁵ Kritisch auch *Busse* (Fußn. 14), Art. 6 Rdnr. 2.

⁵⁶ Ebenso *Busse* (Fußn. 14), Art. 6 Rdnr. 11.

⁵⁷ S. oben II.1.b, aa.

⁵⁸ Vgl. *Busse* (Fußn. 14), Art. 7 vor Rdnr. 1 (zur Neufassung).

⁵⁹ *Grziwotz*, BauR 1990, 20.

⁶⁰ Ausführlich zur „Doppelsicherung“ *Grziwotz*, BauR 1990, 20 ff.

eine Unmöglichkeit einer Überbauung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen wird insbesondere dann vorliegen, wenn auf dem Nachbargrundstück eine durch das Bayerische Naturschutzgesetz geschützte Fläche liegt, die nicht überbaut werden darf. Schwierigkeiten für die Rechtssicherheit ergeben sich jedoch durch die nunmehr nicht mehr aus dem Grundbuch ersichtliche Übernahme von Abstandsflächen auf Grundstücke.

Der Gesetzgeber wollte trotz der — unter anderem auch von der Landesnotarkammer — geäußerten Bedenken die Übernahme von Abstandsflächen auf das Nachbargrundstück erleichtern⁶¹. Dies sollte dadurch geschehen, daß die rechtsförmliche Sicherung der Einigung zwischen den Nachbarn als „Erschweris“ nunmehr entfällt. Für die Rechtssicherheit werde einmal dadurch gesorgt, daß eine schriftliche Zustimmung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zu erfolgen habe, wobei eine über die bloße Unterschrift im Rahmen der Nachbarbeteiligung hinausgehende Erklärung gefordert wird. Diese Erklärung wird zu den Bauakten genommen, so daß auch später auftretende Zweifelsfragen geklärt werden könnten. Im übrigen so die Gesetzesbegründung — „müssen Streitigkeiten — z. B. nach einer etwaigen Rechtsnachfolge — im Verhältnis zwischen den privaten Grundstückseigentümern ausgetragen werden, die auch hier umso mehr an Verantwortung übernehmen, als sich staatliche Behörden aus der Beurteilung zurückziehen.“⁶².

Der Streit scheint vorprogrammiert. Während in den anderen Bundesländern die Übernahme einer Abstandsfläche zumindest aus dem Baulastenverzeichnis zu ersehen ist, muß ein Grundstückserwerber in Bayern nunmehr vor Beurkundung eines entsprechenden Vertrages die Bauakten bei der Bauaufsichtsbehörde einsehen, um zu erfahren, ob er sein Grundstück überhaupt oder nach seinen Vorstellungen bebauen kann. In Bayern hat man bisher die Einführung der Baulast und eines Baulastenverzeichnisses abgelehnt⁶³. Was nicht zuletzt (mit einem gewissen Stolz) damit begründet wurde, daß das Grundbuch vollständige Auskunft über die Belastungen eines Grundstücks geben solle⁶⁴. Risiken entstehen nunmehr für einen Grundstückserwerber nicht nur dann, wenn das Nachbargrundstück bebaut ist, sondern im Gegenteil sogar in größerem Umfang, wenn das Nachbargrundstück (noch) nicht bebaut ist. Bei einer Besichtigung ist nämlich nicht erkennbar, daß bereits zu einem die Abstandsflächen nicht einhaltenden Vorhaben eine Zustimmung erteilt wurde; auch ein baurechtlich erfahrener Käufer kann zuverlässige Auskunft über die Bebaubarkeit seines Baugrundstücks somit nur noch durch Einsicht in die bei der Baubehörde geführten Akten erhalten. Der diesbezügliche Rat ist allerdings nicht unproblematisch, da es keine Regelung über das Einsichtnahme-recht gibt. Während die Länder, in denen Baulastenverzeichnisse bestehen, auch das Recht der Einsichtnahme und der Abschriftenerteilung gesetzlich für den Fall der Darlegung eines berechtigten Interesses vorsehen⁶⁵, wird man

hierzu in Bayern mangels einer gesetzlichen Regelung aus Gründen des Datenschutzes wohl eine Vollmacht des Eigentümers fordern müssen⁶⁶.

Während die Bauaufsichtsbehörde gegenüber dem Nachbarn bei Übernahme einer Abstandsfläche wohl eine besondere Aufklärungspflicht darüber trifft, daß sein späteres Bauvorhaben zusätzliche Abstandsflächen einhalten muß⁶⁷, besteht für den Notar keine Verpflichtung und möglicherweise auch kein Recht, die Bauakte einzusehen. Ob eine allgemeine Hinweispflicht auf die Möglichkeit des Bestehens von aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen Abstandsflächenübernahmen entsprechend der Rechtsprechung zu den Baulasten⁶⁸ anzunehmen ist, ist derzeit rechtlich noch nicht geklärt, aber möglicherweise zu bejahen. Zivilrechtlich begründet das Bestehen einer Abstandsflächenübernahme allenfalls eine Sachmängelhaftung⁶⁹. Diese wird jedoch üblicherweise in Grundstückskaufverträgen ausgeschlossen⁷⁰. Diese vom Bundesgerichtshof im Rahmen der sog. „Altlasten-Rechtsprechung“⁷¹ gebilligte Praxis entspricht — abgesehen von den Fällen der Arglist — jedenfalls den Interessen des Verkäufers, der häufig nicht weiß, ob seine Rechtsvorgänger im Eigentum entsprechende Abstandsflächenübernahmeerklärungen abgegeben haben. Erklärt der Grundstücksveräußerer nach Gefahrübergang noch eine Abstandsflächenübernahme, so hat er dem Erwerber unabhängig von einem etwaigen Gewährleistungsausschluß den hierdurch eintretenden Minderwert des Vertragsobjektes stets zu ersetzen⁷².

Die im Rahmen des Art. 7 Abs. 5 BayBO n. F. abgegebene Erklärung gegenüber der Bauaufsichtsbehörde^{72a} beinhaltet für sich allein wohl noch keinen Verzicht auf private Rechte und dürfte als solche auch noch kein besonderes nachbarrechtliches Gemeinschaftsverhältnis begründen, das auch einen Rechtsnachfolger des die Abstandsfläche gegenüber der Bauaufsichtsbehörde übernehmenden Nachbarn zur Duldung des betroffenen Bauvorhabens verpflichten würde⁷³. Eine umfassende „Befriedung“ ist nur möglich, wenn auch eine den Rechtsnachfolger bindende zivil-

⁶⁶ Zu Problemen der Auskunft über Grundstücksverhältnisse im Hinblick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht s. *Grziwotz*, CR 1991, 109 ff.

⁶⁷ So auch *Busse* (Fußn. 14), Art. 7 Rdnr. 8. Hat sie Zweifel, ob der Zustimmende Eigentümer ist, kann sie die Vorlage eines Grundbuchauszugs verlangen (§ 1 Abs. 7 BauVorIV).

⁶⁸ Vgl. OLG Schleswig, NJW-RR 1991, 96 = DNotZ 1991, 339 u. *Haegeler/Schöner/Stöber* (Fußn. 64), Rdnr. 3196.

⁶⁹ Vgl. BGH, NJW 1978, 1429 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 87 u. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1992, 1104 sowie *Haegeler/Schöner/Stöber* (Fußn. 64), Rdnr. 3196 u. *Grziwotz* (Fußn. 25), S. 135, jeweils zur analogen Problematik der Baulasten.

⁷⁰ S. nur v. *Hoffmann*, Das Recht des Grundstückskaufs, 1982, S. 245 f.

⁷¹ Vgl. nur BGHZ 106, 323 u. 108, 224.

⁷² Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 87; s. ferner VGH Bad.-Württ., NJW 1993, 678.

^{72a} Öffentlich-rechtlich besteht wegen der unklaren Rechtsnatur der Erklärung des Nachbarn (öffentlich-rechtliche Willenserklärung) das Problem, ob öffentlich-rechtliche Verfügungs- und Veränderungssperren (z. B. § 51 BauGB in der Umlegung) derartigen Erklärungen entgegenstehen.

⁷³ Vgl. BayOblGZ 1990, 204 = NJW-RR 1991, 19 = BayVBl. 1991, 28. S. dazu auch *Grziwotz* (Fußn. 14), S. 246 u. kritisch *Reidt*, JuS 1993, 20 ff.

⁶¹ Begründung, S. 18.

⁶² Begründung, S. 32 f.

⁶³ Vgl. nur Beschl. d. Bayer. Landtags v. 1. 2. 1984, LT-Drs. 10/1822 u. *Grunde*, BayVBl. 1989, 32.

⁶⁴ Ebenso MünchKomm-Falckenberg, 2. Aufl. 1986, vor § 1018 Rdnr. 15 u. *Michalski*, MittBayNot 1988, 204/211 sowie *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rdnr. 3197. Vgl. auch *Simon*, BayVBl. 1994, 332/339.

⁶⁵ Vgl. etwa § 79 Abs. 5 MBO.

rechtliche Zustimmung erteilt wird. Die Erklärung gegenüber der Baubehörde gibt nämlich dem begünstigten Eigentümer selbst keine unmittelbare zivilrechtliche Rechtsposition⁷⁴. Er kann diese nur dadurch erreichen, daß durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks neben der „öffentlich-rechtlichen“ Sicherung eine dieser entsprechende Grunddienstbarkeit zu seinen Gunsten bestellt wird⁷⁵. Insofern wäre eine Verwaltungsvereinfachung auch in der Weise zu erreichen gewesen, daß — wie dies teilweise Landratsämter ohnehin handhaben — zur rechtlichen Absicherung der Übernahme der Abstandsflächen eine Grunddienstbarkeit ausgereicht hätte⁷⁶. Allerdings läßt sich hiergegen wieder einwenden, daß der Bauherr und der Nachbar hinsichtlich dieser Grunddienstbarkeit weiterhin dispositionsbefugt bleiben und diese daher nach Erteilung der Baugenehmigung durch Verzicht oder Aufhebung wieder beseitigen können⁷⁷.

Art. 7 Abs. 5 BayBO n. F. gilt ab 1.6.1994. Wurde dem Bauherrn bereits unter Geltung der bisherigen Fassung der Bayerischen Bauordnung eine Baugenehmigung unter Abweichung von den Abstandsflächen erteilt, so besteht hierfür Vertrauensschutz⁷⁸. Eine zusätzliche schriftliche Zustimmung des Nachbarn gegenüber der Bauaufsichtsbehörde ist, auch wenn das Bauvorhaben noch nicht ausgeführt wurde, nicht erforderlich. Wurde noch keine Baugenehmigung erteilt, sondern zunächst nur die Dienstbarkeitsbestellung zugunsten des herrschenden Baugrundstücks und des Freistaats Bayern vorgenommen, so stellt sich das zivilrechtliche Problem, ob sich aus dieser Dienstbarkeitsbestellung eine Verpflichtung für den Nachbarn ergibt, nunmehr die Übernahme der Abstandsflächen auch schriftlich gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zu erklären. Dies wird man nach Treu und Glauben zu bejahen haben. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn zwischenzeitlich aufgrund Sonderrechtsnachfolge ein Eigentumswechsel stattgefunden hat. Folgt in diesem Fall für den Rechtsnachfolger des Bestellers einer Grunddienstbarkeit aus dieser die Verpflichtung, in der Form des Art. 7 Abs. 5 BayBO n. F. eine entsprechende Abstandsflächenübernahmeerklärung abzugeben? Damit verbunden ist die Frage, ob die Bauaufsichtsbehörden die Löschung der zugunsten des Freistaats Bayern im Grundbuch eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten — zumindest bei bereits ausgeführten Bauvorhaben — im Hinblick auf die Änderung der Rechtslage bewilligen dürfen. Im Kern handelt es sich um das Problem, ob sich aus einer Grunddienstbarkeit als Nebenpflicht eine auf den Rechtsnachfolger übergehende Verpflichtung ergibt, die Zustimmung zur Übernahme der Abstandsfläche auch gegenüber der Bauaufsichtsbehörde in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu erklären. Dies wird vom Bundesgerichtshof in nunmehr ständiger Rechtsprechung für Baulasten bejaht⁷⁹. Allerdings scheint das Problem im Hinblick auf kritische Stimmen in der Literatur

und neuere Entscheidungen von Zivilgerichten noch im Fluß zu sein⁸⁰. Es empfiehlt sich deshalb, eine entsprechende Verpflichtung vorsorglich schuldrechtlich neben der Grunddienstbarkeit zu vereinbaren und diese mit einer Weitergabeverpflichtung auf den Rechtsnachfolger zu versehen.

b) Neuregelung der Nachbarbeteiligung

Das bewährte Bayerische Modell der Nachbarbeteiligung, das seit jeher die private Verantwortlichkeit des Bauherrn in den Vordergrund stellte, bleibt auch nach der Novelle weitgehend erhalten⁸¹. Die Neufassung des Art. 78 BayBO n. F. (= Art. 73 BayBO a. F.) enthält in Abs. 1 das Verfahren für die Regelfälle der Nachbarbeteiligung, in Abs. 2 wird das Verhältnis zum Verwaltungsverfahrensgesetz geklärt, und Abs. 3 befaßt sich schließlich mit Sonderfällen der Nachbarbeteiligung. Von Bedeutung ist, daß das Verfahren der Nachbarbeteiligung nur im Falle der Erteilung einer Baugenehmigung durchzuführen ist; bei einer Genehmigungsfreistellung nach Art. 70 BayBO bleibt es dem Bauherrn überlassen, wie er die Nachbarn informiert. Neugeregelt wurde im Verfahren der Nachbarbeteiligung das *Procedere* bei fehlenden Nachbarunterschriften. Künftig benachrichtigt die Gemeinde die betroffenen Grundstückseigentümer nur noch auf Antrag des Bauherrn, wobei es in ihrem Ermessen liegt, ob sie dem Antrag des Bauherrn nachkommt.

Sind an einem Baugenehmigungsverfahren mindestens zehn Nachbarn im gleichen Interesse beteiligt, kann die Bauaufsichtsbehörde von ihnen verlangen, daß sie einen Vertreter bestellen. Bei mehr als fünfzig Beteiligten kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung ersetzt werden. Schließlich nimmt der Eigentümer des Nachbargrundstücks bei der Nachbarbeteiligung auch die Rechte des Mieters oder Pächters wahr, die aus deren Eigentumsgrundrecht, nicht aber aus anderen Grundrechten (z. B. Gesundheit) folgen.

3. Hinweise auf weitere Neuregelungen im Bauordnungsrecht

a) Aufhebung der Teilungsgenehmigung

Nach Art. 11 BayBO a. F. war bisher zur Teilung eines Grundstücks im Rechtssinne neben der bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigung (§ 19 BauGB) unter bestimmten Voraussetzungen auch eine bauordnungsrechtliche Teilungsgenehmigung erforderlich. Dieses Erfordernis sollte verhindern, daß durch die Grundstücksteilung Verhältnisse geschaffen würden, die den Vorschriften des Bauordnungsrechtes widersprächen. Als „Anhängsel“ der bundesrechtlichen Teilungsgenehmigung betraf sie vor allem den Wegfall oder die Beeinträchtigung einer für ein vorhandenes Gebäude vorgeschriebenen Zufahrt, die Nichteinhaltung von Abstandsflächen, die Notwendigkeit von Brandwänden und den Wegfall erforderlicher Stellplätze für Kraftfahrzeuge sowie die sonstigen bauaufsichtsrechtlichen Erschließungsanforderungen⁸².

Dieses Erfordernis der bauordnungsrechtlichen Teilungsgenehmigung ist nunmehr ersatzlos entfallen. Eine Grund-

⁷⁴ Vgl. nur BGHZ 88, 97/99 ff. u. 94, 160/164 zur Baulast.

⁷⁵ So bereits *Grziwotz*, BauR 1990, 20/22; ebenso *Busse* (Fußn. 14), Art. 7 Rdnr. 8.

⁷⁶ MünchKomm/*Falckenberg*, § 1018 Rdnr. 50. Vgl. auch BVerwG, NVwZ 1989, 353.

⁷⁷ *Grziwotz*, BauR 1990, 20/22.

⁷⁸ Vgl. nur BVerwG, NJW 1979, 995/996 = DVBl. 1978, 614/615.

⁷⁹ BGH, NJW 1989, 1607 = JR 1989, 419; WPM 1990, 320; WPM 1992, 1784 u. NJW 1992, 2885.

⁸⁰ Kritisch *Grziwotz*, JR 1989, 420 f. u. nunmehr auch OLG Karlsruhe, WPM 1992, 75. Vgl. auch LG Braunschweig, NJW 1985, 272.

⁸¹ Begründung, S. 16.

⁸² Vgl. *Schwarzer*, BayBO, 2. Aufl., Art. 11 Anm. 6.

stückteilung, die dem Planungsrecht entspricht, kann also künftig wegen fehlender Abstandsflächen eines Gebäudes nicht beanstandet werden, wenn der Grundstücksnachbar einverstanden ist. Die Streichung des Art. 11 BayBO a. F. bedeutet somit im Ergebnis, daß der Staat anlässlich einer Grundstücksteilung nicht mehr prüft, ob der betroffene Grundstücksnachbar mit der Übernahme nicht eingehaltener Abstandsflächen einverstanden ist. Die sich hieraus ergebenden Streitigkeiten sind vorherzusehen. In den seltensten Fällen werden die Beteiligten das komplizierte Abstandsflächenrecht beherrschen und wissen, inwieweit eine Grundstücksteilung zu einem baurechtswidrigen Zustand führt⁸³. Nur zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß die Ablehnung der bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigung weiterhin dann erfolgen kann, wenn die Erschließung infolge der Teilung nicht mehr gesichert ist.

b) Änderung hinsichtlich der privaten Wohnwege

Privatwege konnten bereits bisher unter den in Art. 4 Abs. 2 BayBO a. F. genannten Voraussetzungen als Erschließungsanlagen zugelassen werden. Nach dessen neu gefaßter Nr. 2 kommt ein Verzicht auf die Widmung als öffentliche Verkehrsfläche dann in Betracht, wenn der Wohnweg nur Wohngebäude von bis zu drei Wohnungen erschließt, die dritte Wohnung in der ersten Ebene des Dachgeschosses liegt, und rechtlich gesichert ist, daß der Wohnweg sachgerecht unterhalten wird und allgemein genutzt werden kann. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber an dem Erfordernis der sog. „Doppelsicherung“ durch Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit⁸⁴ festgehalten. Ein Grund für die Abweichung gegenüber der Behandlung der Übernahme von Abstandsflächen wird nicht angeben.

c) Erweiterung der Stellplatzablöse

Bereits bisher war es dem Bauherrn und der Gemeinde gestattet, einen Stellplatzablösevertrag zu schließen (Art. 56 BayBO a. F.), in welchem sich der Bauherr verpflichtete, die Kosten für die Herstellung der vorgeschriebenen Stellplätze oder Garagen in angemessener Höhe zu übernehmen. Die Gemeinde hatte den Ablösebetrag für die Herstellung von Garagen und Stellplätzen an geeigneter Stelle oder für den Unterhalt bestehender Garagen und Stellplätze zu verwenden.

Die Gemeinde kann nunmehr die Stellplatzablöse auch dann verlangen, wenn sie durch die Festsetzung eines Bauungsplans oder örtlicher Bauvorschriften untersagt hat, daß auf dem Baugrundstück oder in seiner Nähe Stellplätze oder Garagen errichtet werden dürfen (Art. 59 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 98 Abs. 2 Nr. 4 BayBO n. F.). Dadurch kann von seiten der Gemeinde erreicht werden, daß der Stellplatznachweis nur durch Ablösezahlungen erfolgen kann. Allerdings besteht diese Befugnis nicht bei Wohnnutzungen, soweit die Stellplätze oder Garagen die nach Art. 58 BayBO n. F. erforderliche Zahl nicht überschreiten. Im vorgenannten Fall, der sog. rechtlichen Unmöglichkeit der Realherstellung, kann die Gemeinde nunmehr die Stellplatzablöse auch für bauliche Maßnahmen zum Ausbau und zur Unterhaltung von Einrichtungen des öffentlichen Perso-

nennverkehrs benutzen (Art. 59 Abs. 1 Satz 4 BayBO n. F.). Diese Voraussetzungen sind beim Abschluß und bei der Beurkundung von Stellplatzablöseverträgen künftig zu beachten. Die pauschale Formulierung, daß die Ablösumme für den Betrieb des öffentlichen Nahverkehrs verwendet werden soll, genügt nicht, da nach dem Gesetzeszweck durch ihre Verwendung eine Verbesserung der Verkehrssituation im Hinblick auf die Unterbringung des ruhenden Verkehrs eintreten soll. Nur unter dieser Voraussetzung liegt auch keine unzulässige Koppelung zwischen der Leistung des Bauherrn und der Gegenleistung der Gemeinde vor; die Gemeinde wird nicht ungerechtfertigt bereichert, sondern lediglich von Aufwendungen entlastet⁸⁵. Nach bisheriger Rechtsprechung sind die Gemeinden nicht verpflichtet, einen Ablösevertrag abzuschließen⁸⁶. Ob an dieser Rechtsprechung dann festzuhalten ist, wenn der Bauherr aufgrund einer Festsetzung der Gemeinde keine Möglichkeit hat, den Stellplatznachweis nach Art. 58 BayBO zu erbringen und die Stellplätze finanziell ablösen muß, ist fraglich. Jedenfalls wird man dem Bauherrn insofern einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensbetätigung, die insbesondere auch den Gleichheitssatz zu beachten hat, zubilligen müssen.

III. Weitere Änderungen durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren

1. Einführung einer „Architekten-GmbH“

In das Bayerische Architektengesetz werden die Artikel 2 a bis 2 f eingefügt, die Regelungen hinsichtlich der neu eingeführten „Architekten-GmbH“ enthalten^{86a}. Ähnlich wie bei Steuerberatungsgesellschaften bestehen auch bei Architekten-GmbHs Sondervorschriften, die bei der Errichtung des Gesellschaftsvertrages und bei späteren Änderungen zu beachten sind. Die Architektenkammer führt ein Verzeichnis der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in das die Gesellschaften zusätzlich zur Eintragung in das Handelsregister einzutragen sind. Die Entscheidung über die Eintragung trifft ein Eintragungsausschuß, der dem zuständigen Registergericht in Form einer Unbedenklichkeitsbescheinigung zu bestätigen hat, daß die im Handelsregister einzutragende Gesellschaft die Voraussetzungen zur Eintragung in die Liste der Gesellschaften erfüllt. Voraussetzungen für die antragsgemäße Eintragung in das Verzeichnis sind u. a. die Eintragung aller Gesellschafter und Geschäftsführer in die Architektenliste, die Beschränkung auf die Berufsaufgaben gemäß Art. 1 des Bayerischen Architektengesetzes und auf Planungsleistungen gemäß den Leistungsbildern der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure im Gegenstand des Unternehmens, die verantwortliche Geschäftsführung in der Hand mindestens eines Gesellschafters, die satzungsgemäße Unübertragbarkeit der Geschäftsanteile an Personen, die nicht in die Architektenliste eingetragen sind, und die Rückgabepflicht durch Erbfall erworbener Geschäftsanteile an die Gesell-

⁸³ Kritisch auch Busse (Fußn. 14), Art. 7 Rdnr. 8 u. Simon, BayVBl. 1994, 332/339.

⁸⁴ Vgl. Simon (Fußn. 1), Art. 4 Rdnr. 21 u. nunmehr Busse (Fußn. 14), Art. 4 Rdnr. 6.

⁸⁵ Vgl. BVerwG, DÖV 1979, 756 u. allg. Grziwotz, Städtebauliche Verträge als Weg zu einer sozialgerechten Bodennutzung?, DVBl. 1994 (erscheint demnächst).

⁸⁶ BayVG, BayVBl. 1987, 85; so auch nach der Neufassung Busse (Fußn. 14), Art. 59 Rdnr. 2.

^{86a} Vgl. hierzu auch das Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern v. 17. 6. 1994.

schaft oder — entsprechend dem Sinn des Gesetzes — an die verbleibenden Mitgesellschafter. Bei der Firmierung der Gesellschaft, die ihre Niederlassung, nicht unbedingt auch ihren statuarischen Sitz in Bayern haben muß, ist entsprechend der Fachrichtung, mit der die Gesellschafter in die Architektenliste eingetragen sind, ein entsprechender Zusatz („Gesellschaft von Architekten mbH“, „Gesellschaft von Innenarchitekten mbH“ oder „Gesellschaft von Landschaftsarchitekten mbH“) zu führen. In die Firma ist mindestens der Name eines Gesellschafters aufzunehmen (Art. 2 a BayArchG). Nach Auffassung der Bayerischen Architektenkammer ist die Bildung einer darüberhinausgehenden gemischten Sach- und Personenfirma unzulässig. Ferner soll die Weiterführung des Namens eines ausgeschiedenen Gesellschafters in der Firma aus standesrechtlichen Gründen unzulässig sein. Das Gesetz regelt beide Fragen nicht ausdrücklich.

Spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrages, der Zusammensetzung der Gesellschafter und in der Geschäftsführung, die dem Registergericht anzuzeigen sind, sind unverzüglich jeweils durch Vorlage beglaubigter Urkunden auch der Architektenkammer mitzuteilen. Dies gilt auch für die Gesellschafterliste, die allerdings zu Beginn des Kalenderjahres und nicht zu dem in § 40 GmbHG genannten Zeitpunkt, also zusammen mit dem Jahresabschluß der Gesellschaft, bei der Architektenkammer einzureichen ist (Art. 2 b BayArchG).

2. Änderungen des Bayerischen Wassergesetzes

In Übereinstimmung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung⁸⁷ wird das Grundwasser vom Grundeigentum ausgenommen (Art. 4 Abs. 1 BayWG). Art. 4 Abs. 2 BayWG enthält ferner eine Duldungspflicht des Gewässer-eigentümers für Benutzungen durch Dritte im Rahmen einer Erlaubnis, Bewilligung oder Genehmigung sowie Grundsätze hinsichtlich des festzusetzenden Entgelts. Von Bedeutung ist ferner Art. 68 a BayWG, der Gewässerverunreinigungen betrifft. Sanierungspflichtig hinsichtlich einer Gewässerverunreinigung sind der Verursacher, dessen Gesamtrechtsnachfolger, der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück. Wichtig ist die Regelung in Art. 68 a Abs. 3 Satz 2 BayWG, wonach mehrere Verantwortliche als Gesamtschuldner haften. Trägt die Gesellschaft zur Altlastensanierung in Bayern mbH (GAB) oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts die Kosten einer Sanierung von Bodenbelastungen oder Gewässerverunreinigungen, können vom Grundstückseigentümer oder den sonst dinglich Berechtigten Kostenbeiträge je nach ihrem Vorteil verlangt werden. Dieser Beitrag ruht als öffentliche Last auf dem Grundstück.

⁸⁷ BVerfGE 58, 300/332.

3. Zuständigkeit für die Behandlung von Bauplanungsverfahren

Die Gemeindeordnung wird in Art. 32 Abs. 2 Nr. 2 geändert. Künftig darf der Erlaß von Bebauungsplänen und sonstigen Satzungen nach den Vorschriften des Baugesetzbuches bzw. des Maßnahmegesetzes zum Baugesetzbuch auf beschließende Ausschüsse übertragen werden⁸⁸. Eine Verpflichtung hierzu besteht allerdings nicht; es kann auch weiterhin der Gemeinderat diese Kompetenz wahrnehmen.

4. Beschränkung des Normenkontrollverfahrens gegen örtliche Bauvorschriften

Örtliche Bauvorschriften im Sinne des Art. 91 BayBO n. F. (= Art. 98 BayBO a. F.), die durch Satzung erlassen werden, konnten bisher durch Normenkontrolle zum Verwaltungsgerichtshof bei Vorliegen einer rechtlichen Betroffenheit angefochten werden. Diesen Rechtsbehelf hat Art. 5 Satz 2 AGVwGO nunmehr erheblich eingeschränkt: Antragsbefugt sind nur noch Behörden, sofern die Rechts-sache grundsätzliche Bedeutung hat. Der Bürger hat allerdings weiterhin die Möglichkeit, im Rahmen einer Einzelanfechtung (z. B. gegen belastende selbständige Auflagen in Baugenehmigungen) eine Inzidentkontrolle derartiger Satzungen zu erreichen⁸⁹.

IV. Privatisierung des Chaos?

Der Begriff der „Privatisierung“ ist gleichsam zum politischen Schlagwort geworden⁹⁰. Sie kann sowohl Symptom der Stärke wie der Schwäche des Staates sein⁹¹. Vereinzelt kritische Stimmen haben im Hinblick auf die Novelle zur Bayerischen Bauordnung der Hoheitsverwaltung vorgeworfen, sie möchte sich sozusagen unter „Privatisierung des Chaos“ aus der Schlinge ziehen⁹². Allerdings kann die Krise auch als Chance genutzt werden, d. h. der Rückzug des Staates als sinnvolle Beschränkung auf seine eigentlichen Aufgaben verstanden werden⁹³. Ob nicht die anhaltende Brüsseler Normenflut hier, wie beispielsweise die Baustellen-Sicherheitsrichtlinie zeigt, vernünftige regionale Bestrebungen wieder zunichte macht, bleibt abzuwarten.

⁸⁸ Vgl. zur bisherigen Rechtslage *Masson/Samper*, Art. 32 GO Rdnr. 5.

⁸⁹ *Busse* (Fußn. 14), Art. 98 Rdnr. 1.

⁹⁰ Ausführlich hierzu *Weyreuther*, Privatisierung zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Verwaltungsrecht, 3. Jahresarbeitstagung für Verwaltungsrecht, 27./28. 1. 1994 in Berlin (erscheint demnächst).

⁹¹ Vgl. *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. 1971, S. 24.

⁹² So *Hackelsberger*, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 25. 2. 1994, S. 15. Vgl. auch *Simon*, BayVBl. 1994, 332/340 f.

⁹³ Dazu kurz bereits *Grziwotz*, Vertragliche Gestaltungsformen zur Verfolgung städtebaulicher sowie sonstiger öffentlicher Interessen, in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V. (Fußn. 90).

Neuentwicklungen im GmbH-Konzernrecht

Von Notar Dr. Dieter Mayer, Zwiesel

I. Einleitung

II. Entwicklung des Konzernhaftungsrechts

III. TBB-Urteil

1. Sachverhalt
2. Urteilsgründe
3. Das Haftungssystem nach dem „TBB-Urteil“
 - a) Faktischer Konzern
 - b) Qualifiziert faktischer Konzern
 - c) Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft
 - aa) Die Subsidiarität der Konzernhaftung
 - bb) Beeinträchtigung der Eigeninteressen
 - (1) Fallgruppenbildung
 - (2) Haftungsneutrale Elemente (negative Fallgruppenbildung)
 - (3) Nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses
 - cc) Beweislastverteilung
 - dd) Rechtsfolgen (Verlustübernahme/Ausfallhaftung)

IV. Vermeidungsstrategien

1. Haftungsvermeidung durch Umstrukturierung
2. Vermeidung des Haftungstatbestandes
3. Vermeidung von konzernierten Einzelunternehmen

I. Einleitung

Die für die Wahl der Unternehmensform „GmbH“ grundlegende Vorschrift des § 13 Abs. 2 GmbHG bestimmt, daß für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Gläubigern nur ihr Vermögen haftet, auf das Privatvermögen der Gesellschafter also nicht zurückgegriffen werden kann. Dieser Grundsatz ist durch die rechtsfortbildende Spruchpraxis des II. Zivilrechtssenats des BGH arg ins Wanken geraten. Hinzuweisen ist vor allem auf die stetig ausgedehnte persönliche Haftung des Gesellschafter/Geschäftsführers der GmbH¹ und die Rechtsprechung zum kapitalersetzenden Darlehen und zur kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung². Erhebliche Haftungsrisiken ergeben sich überdies aus der Rechtsprechung des BGH zum *GmbH-Konzernrecht* und zwar insbesondere für die mittelständische Wirtschaft und dort vor allem für die Unternehmerfamilie an der Spitze eines mittelständischen Familienkonzerns und für die Besitzgesellschafter im Rahmen der nach wie vor allseits beliebten Betriebsaufspaltung.

Eine *Konzernbildung* hat zur Folge, daß die Kapitalgesellschaft, an der ein anderes Unternehmen die Kapitalmehrheit erworben hat, dem Einfluß dieses anderen Unternehmens und damit den Zielprojektionen einer externen Planungs- und Entscheidungsinstanz untergeordnet wird. Es besteht die Gefahr, daß die Mehrheit die *Gesellschaft*

zum Nachteil der *Minderheit* oder zum Nachteil der *Gläubiger* für ihre unternehmerischen Interessen ausbeutet und dem Konzerninteresse der herrschenden Gesellschaft ein genereller Vorrang vor dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft eingeräumt wird. Die konzernrechtlichen Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. §§ 291–338 AktG) versuchen diese Konflikte zu lösen. Sie sind aber nur anwendbar, wenn einer abhängigen Aktiengesellschaft Weisungen der Konzernspitze erteilt werden. Die Rolle der zu schützenden Gesellschaft bleibt also allein der Aktiengesellschaft vorbehalten. Nur wenn eine GmbH als herrschendes Unternehmen fungiert, greifen die Schutzbestimmungen ein. Das GmbH-Konzernrecht hat bisher keine Regelung erfahren. Zwar gab es in den 70-er Jahren einen Regierungsentwurf für den faktischen (also nicht vertraglichen) GmbH-Konzern, der sich im wesentlichen am Aktienrecht orientierte, dieser Entwurf wurde jedoch nie Gesetz. Der BGH hat mittlerweile diese Lücke im Wege der Rechtsfortbildung weitgehend geschlossen und mit dem einen vorläufigen Abschluß bildenden TBB-Urteil ein für die Praxis handhabbares Konzernhaftungsrecht der GmbH entwickelt.

II. Entwicklung des Konzernhaftungsrechts

Vor dem berühmten *Autokran-Urteil* ist die Rechtsprechung Konzernsachverhalten mit den allgemeinen Institutionen des Gesellschaftsrechts, wie etwa der *Treuepflicht* und der *Durchgriffshaftung*, begegnet. Im *Autokran-Urteil* griff der BGH dann im Wege der Rechtsfortbildung auf die aktienrechtlichen Konzernrechtsvorschriften zurück und leitete aus der entsprechenden Anwendung der §§ 303, 302 Abs. 2 AktG eine Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens her, wenn dieses die GmbH praktisch wie eine bloße *Betriebsabteilung* eines *einheitlichen* Unternehmens organisiert und behandelt hat. Voraussetzung für die Verlustausgleichspflicht sollte die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen GmbH sein, die bei einer qualifizierten Herrschaft vermutet wurde³.

Im zweiten Konzernrechtsurteil, dem sog. „Tiefbau“-Urteil⁴ hat der Bundesgerichtshof die im Anschluß an das *Autokran-Urteil* aufgeworfene Frage, ob die Haftung im qualifizierten GmbH-Konzern lediglich auf einem bestimmten Organisationszustand (Zustandshaftung) beruht oder auf einem Verletzungstatbestand (Verschulden), dahingehend beantwortet, daß jedenfalls der Anspruch nach § 302 AktG im GmbH-Konzern nicht davon abhängen könne, ob das herrschende Unternehmen die Geschäfte wie der Geschäftsführer einer selbständigen GmbH pflichtgemäß geführt habe. Allein das Vorliegen eines *qualifiziert faktischen Konzerns* sollte die Vermutung begründen, daß in der Konzernierung der Grund für die eingetretenen Verluste lag.

Im „Video“-Urteil⁵ rückte der BGH vom reinen Zustandshaftungskonzept wieder teilweise ab und legte dar, daß als

¹ Dazu ausführlich D. Mayer/Wissmann, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Kapitel C, Rdnr. 294 ff.

² Dazu ausführlich D. Mayer, BB 1990, 1935 ff. und ders. DSr 93, 206 ff.

³ BGH, DB 1985, 2321 ff.

⁴ BGH, DB 1989, 816 ff.

⁵ BGH, DB 1991, 2176 ff.

Haftungsgrundlage vor allem die Verletzung des Eigeninteresses der abhängigen GmbH anzusehen sei. Eine solche Verletzung des Eigeninteresses sei aber grundsätzlich bei Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzerns (Strukturhaftungstatbestand) zu vermuten und das herrschende Unternehmen könne der Haftung nur entgehen, indem es nachweise, daß die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben⁶. Voraussetzung für einen erfolgreichen Entlastungsbeweis sei, daß die Verluste auf konzernexternen Gründen beruhen, wie etwa branchenspezifischen Einbrüchen, höherer Gewalt, unerwarteter Verteuerung von Rohstoffen, Streik, Produzentenhaftung und konjunkturbedingten Einbußen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern wurde zunehmend von den Instanzgerichten⁷, anderen Zivilsenaten des BGH⁸ und anderen Fachgerichten⁹ übernommen; besonders weitgehend war dabei die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Im Fall „Warmwassergeräte“¹⁰ nahm der Arbeitnehmer einer GmbH & Co KG nach dem Fehlschlagen der Sanierung durch die Muttergesellschaft letztere erfolgreich auf Zahlung rückständigen Lohns in Anspruch. In einem weiteren Urteil stellte das BAG für die Frage einer Betriebsrentenanpassung auf die Leistungsfähigkeit der englischen Muttergesellschaft ab¹¹. Im Fall „AG-Union“ bejahte das BAG die Haftung eines Einzelkaufmanns für eine von einer Tochtergesellschaft gegebene Versorgungszusage¹². In allen Fällen wurde das Vorliegen eines qualifiziert faktischen Konzerns mit nur formeller Begründung bejaht. In einem etwa zeitgleich mit „TBB“ verkündeten Urteil nahm das Bundesarbeitsgericht — zur Frage des Widerrufs einer Versorgungszusage durch eine erst in der Krise erworbene Konzerntochter — im Ergebnis eine zurückhaltendere Sicht ein und hielt die Muttergesellschaft nicht für verpflichtet, bis zur eigenen wirtschaftlichen Erschöpfung Finanzierungsbeiträge zur Sanierung zu leisten¹³.

Das Video-Urteil ist auf einhellige Ablehnung im Schrifttum gestoßen¹⁴. Symposien und Seminare wurden zu seinen Ehren veranstaltet¹⁵. Der 59. Deutsche Juristentag nahm sich des Themas an¹⁶. Man appellierte an die Rechtsprechung, die GmbH nicht im Jahr ihres 100-jährigen Bestehens untergehen zu lassen. Die Literatur vermutete „qualifiziert-faktische Konzerne, soweit man sieht“¹⁷, man sah die haftungsbeschränkende Funktion der GmbH als

gefährdet an und am Ende geriet sogar die Treuhandanstalt in die Gefahr, als „herrschendes Unternehmen“ nach konzernrechtlichen Grundsätzen haftbar gemacht zu werden¹⁸. Als letzter Ausweg erschien die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Video-Urteils durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts; das Bundesverfassungsgericht hat die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung abgelehnt (§ 93 b BVerfG) — verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Rechtsfortbildung!¹⁹.

Das TBB-Urteil²⁰ hat nunmehr zu einer Neufassung des Haftungstatbestands geführt, wobei allerdings die vom BGH bisher vertretene Definition des Konzerns und die Rechtsfolge einer Konzernhaftung, nämlich die Kombination von Verlustausgleich und Ausfallhaftung analog §§ 302, 303 AktG Gültigkeit behalten hat, was zu dem Schluß führt: „Video“ ist tot — die Konzernhaftung lebt!

III. TBB-Urteil

1. Sachverhalt

Der Beklagte war als Finanzberater einzelunternehmerisch tätig und war Geschäftsführer mehrerer, inzwischen zusammengebrochener GmbH, darunter einer TBB-GmbH. Einzige Gesellschafterin der TBB war seine Ehefrau. Der Beklagte hatte mit der Hausbank eine Gesamthaftung der Gesellschaften vereinbart und Wertgegenstände des Gesellschafts- und Privatvermögens an diese Bank übereignet. Überdies hatte er mit der Bank vereinbart, daß die TBB für die Schulden von Schwesterunternehmen aufgenommen muß und die Hausbank ermächtigt, die Konten wechselseitig auszugleichen. Der Kläger hat den Beklagten wegen unbezahlter Bauaufträge, die von diesem im Namen der TBB vergeben worden waren, in Anspruch genommen.

2. Urteilsgründe

Das TBB-Urteil vom März 1993 führte zu einer deutlichen Kurskorrektur. Den Umstand, daß der Beklagte ebenso wie in der Video-Konstellation ein einzelkaufmännisches Unternehmen sowie mehrere Gesellschaften mbH als (wirtschaftlicher) Alleingesellschafter betrieben hat, deren Geschäftsführer er gleichzeitig war, sah der Bundesgerichtshof nicht mehr als ausreichend für eine Haftung des Beklagten für die Verbindlichkeiten seiner insolventen Gesellschaft an. Haftungstatbestand sei nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaften, sondern die Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft durch das herrschende Unternehmen. Die Beeinträchtigung des Eigeninteresses sei auch nicht schon bei Vorliegen einer dauernden und umfassenden Leitung zu vermuten. Es müsse vielmehr durch den Kläger dargelegt und bewiesen werden, wobei der BGH Erleichterungen hinsichtlich der Substantiierungslast zuließ. Zusätzliche Voraussetzung für eine Haftung des herrschenden Unternehmens sei, daß sich der durch die Interessenverletzung zugefügte Nachteil nicht durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren lasse (sog. Subsidiarität der Konzernhaftung).

⁶ BGH, DB 1991, 2176.

⁷ Vgl. OLG Saarbrücken, ZIP 1992, 1623, OLG Karlsruhe, ZIP 1992, 1394.

⁸ IX. Zivilsenat, BGHZ 117, 8, Anwendung von § 114 a ZVG auf das den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger qualifiziert beherrschende Unternehmen.

⁹ BAG, ZIP 1991, 884; BAG, ZIP 1992, 1566; BAG, ZIP 1993, 380 und 1330.

¹⁰ BAG, ZIP 1991, 884, 888; zustimmend *Limmer*, GmbHR 1992, 265.

¹¹ BAG, ZIP 1992, 1566, 1569; kritisch *Lutter*, JZ 1993, 580, 581.

¹² BAG, ZIP 1993, 380.

¹³ BAG, ZIP 1993, 1330, 1334.

¹⁴ Vgl. zusammenfassend *Timm*, GmbHR 1992, 213, 218.

¹⁵ Heidelberger Konzernrechtstage und dazu *Kleindiek*, GmbHR 1992, 574.

¹⁶ Vgl. dazu *Windhöfel*, GmbHR 1992, R 74).

¹⁷ *K. Schmidt*, ZIP 1991, 1325, 1329.

¹⁸ Vgl. dazu *Weimar/Alfes*, DB 1992, 1225 und § 28 a EGAktG.

¹⁹ BVerfG, ZIP 1993, 1306.

²⁰ BGH, DB 1993, 825 ff.

3. Das Haftungssystem nach dem „TBB-Urteil“

a) Faktischer Konzern

Der BGH hält am sog. funktionalen Unternehmensbegriff fest und stellt fest, daß auch eine natürliche Person, die außerhalb einer GmbH weitere unternehmerische Interessen, sei es in Form weiterer Beteiligungen oder als Einzelunternehmen verfolgt, Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG ist. Von diesem weiten Unternehmensbegriff waren bisher nur Gesellschafter/Geschäftsführer, nicht *Nur-Geschäftsführer* erfaßt²¹. Die Frage, ob der Beklagte herrschender Gesellschafter war, mußte deshalb Schwierigkeiten bereiten, denn Alleingesellschafter der TBB war die Ehefrau des Beklagten, er selbst „nur“ Geschäftsführer. Nach Auffassung des BGH war deshalb die Frage erheblich, ob die Gesellschafterstellung der Ehefrau dem Beklagten zuzurechnen war, wovon im Fall einer *Verwaltungstreuhand*, aber auch im Fall einer gemeinsam betriebenen *Unternehmenspolitik* auszugehen sei. Bei Bejahung dieses Zurechnungstatbestands dürfte sogar eine *faktische* Geschäftsführung ausreichend sein.

Offen blieb, ob, wie in der Literatur teilweise gefordert²², bei einer natürlichen Person als Konzernspitze das *Privatvermögen* von der Konzernhaftung freigestellt ist. Jedenfalls dann, wenn der beklagte Gesellschafter außerhalb der Beteiligung an der GmbH ein *einzelkaufmännisches Unternehmen* betreibt, sollte eine Haftungsbeschränkung ausscheiden²³. In einem neueren Urteil vom 13. 12. 1993²⁴ hat der Bundesgerichtshof nunmehr klargestellt, daß die Konzernhaftung auch greift, wenn der beherrschende Gesellschafter seine anderweitigen wirtschaftlichen Interessen lediglich als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter in mehreren Gesellschaften mit beschränkter Haftung verfolgt, i. ü. müßten auch ausländische Gesellschaften bei der Beurteilung der Konzernstruktur miteinbezogen werden. Entscheidend sei, daß die unternehmerische Betätigung in der Ausübung von Leitungsmacht — auch — in den jeweils anderen Gesellschaften besteht. Eine Begrenzung der Haftung des Gesellschafters auf sein in den Beteiligungen an den einzelnen Gesellschaften bestehendes Vermögen komme schon deshalb nicht in Betracht, weil sich dieses Vermögen vollstreckungsrechtlich nicht befriedigend vom sonstigen Vermögen des Gesellschafters trennen läßt. Eine Ausklammerung des Privatvermögens würde nach Auffassung des Bundesgerichtshofs zu einer nicht zu rechtfertigenden Bevorzugung der Privatgläubiger gegenüber der abhängigen Gesellschaft und deren Gläubigern führen; vor dem Zugriff jener privaten Gläubiger läßt sich das Beteiligungsvermögen des Gesellschafters nämlich nicht schützen²⁵.

b) Qualifiziert faktischer Konzern

Aufgrund der haftungsrechtlichen Vermutungswirkung bei Vorliegen eines *qualifiziert* faktischen Konzerns, stellte sich bisher die schwierige Frage einer Abgrenzung des einfachen vom qualifizierten Konzern. Während im Autokran-Urteil noch darauf abgestellt wurde, daß das herrschende Unter-

nehmen das abhängige wie eine selbständige Betriebsabteilung geführt hat, d. h. die Geschäftsleitung dauernd und umfassend an sich gezogen hat²⁶, stellte der BGH in den folgenden Entscheidungen auf die Zentralisierung einzelner wichtiger Unternehmensbereiche, wie insbesondere auf eine Zentralisierung der sog. betriebswirtschaftlichen Grundfunktionen, wie Einkauf, Verkauf und Produktion sowie den Finanzbereich ab²⁷.

Im TBB-Urteil wies der BGH demgegenüber darauf hin, daß nicht die Dichte und umfassende Leitung den Haftungstatbestand begründet, sondern die Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen²⁸. Daraus wird deutlich, daß der BGH die dauernde und umfassende Leitung als haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal aufgegeben hat²⁹. Im faktischen Konzern, qualifiziert oder nicht, ist jedenfalls das herrschende Unternehmen nicht berechtigt, die Tochtergesellschaft im Konzerninteresse zu schädigen.

Dem „Qualifikationsmerkmal“ kam bisher die Funktion zu, eine analoge Anwendung der Regelung über den aktienrechtlichen *Vertragskonzern* (Verlustrücklage analog § 302 AktG und Haftung gegenüber den Gläubigern der GmbH analog § 303 AktG, wenn feststeht, daß diese mit ihren Forderungen gegen die GmbH ausfallen) zu rechtfertigen. Nur dort, wo für die Gläubiger der gleiche gefährdende Zustand wie im aktienrechtlichen Vertragskonzern geschaffen war, sollte die Konzernhaftung greifen.

Aufgrund der im TBB-Urteil neu entwickelten Subsidiarität des Konzernhaftungsrechts³⁰ dürfte dem Qualifikationsmerkmal nunmehr keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen³¹.

c) Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft

aa) Die Subsidiarität der Konzernhaftung

Der BGH macht erstmals die Konzernhaftung davon abhängig, daß ein einzelner Ausgleich der zugefügten Nachteile nicht möglich ist³². Es sei nicht Aufgabe der Konzernhaftungsregeln, einzelne isolierbare schädigende Eingriffe auszugleichen. Hierfür habe das Gesetz und die Rechtsprechung verschiedene Instrumente entwickelt, die eine angepaßtere Rechtsfolge ermöglichen: Schadensersatz wegen Treupflichtverletzung, §§ 30, 31 GmbHG, Deliktsrecht etc. Danach führt eine einzelne nachteilige Maßnahme, etwa eine verdeckte Gewinnausschüttung an das herrschende Unternehmen, nur zum Einzelausgleich Gesellschaft/Gesellschafter und nicht zur Globalhaftung Gläubiger/Gesellschafter nach §§ 302, 303 AktG³³.

In welchen Fällen der der Gesellschaft insgesamt zugefügte Nachteil sich nicht durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren läßt, wird vom Bundesgerichtshof allerdings nicht erörtert³⁴.

²¹ Vgl. K. Schmidt, ZIP 1993, 551 und zum Begriff „herrschendes Unternehmen“ zuletzt BGH, NJW 1994, 446.

²² Vgl. Ehlke, DB 1986, 523, 526; Ziegler, WM 1989, 1077.

²³ BGH, GmbHR 1993, 283, 285.

²⁴ Vgl. dazu in diesem Heft S. 244.

²⁵ Vgl. BGH in diesem Heft S. 244, und die Stellungnahme von W. Goette, DStR 1994, 180 f.

²⁶ Vgl. BGH, DB 1985, 2344.

²⁷ Vgl. BGH, DB 1989, 820.

²⁸ BGH, GmbHR 1993, 283, 285.

²⁹ Zutreffend Drygala, GmbHR 1993, 322, Versteegen, DB 1993, 1225.

³⁰ Vgl. dazu nachstehend Ziff. III c).

³¹ Zutreffend Drygala, GmbHR 1993, 322; anders Limmer, DStR 1993, 767.

³² BGH, GmbHR 1993, 283, 285.

³³ Vgl. Drygala, ZIP 1992, 1629; ders. GmbHR 1993, 320; Kowalsky, GmbHR 1993, 253; Goette, DStR 1993, 570.

³⁴ Kritisch hierzu Versteegen, DB 1993, 1226.

Es dürften folgende *Fallgruppen* in Betracht kommen:

- Es findet keine ordnungsgemäße *Dokumentation* der Geschäftsvorgänge zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen sowie eventuellen Schwestergesellschaften statt³⁵.
- Beachtlich sind auch sonstige *Buchführungsmängel*, soweit sich kein zutreffender Überblick mehr über die Finanzlage der Gesellschaft gewinnen läßt, denn dies erschwert die Geltendmachung von Einzelausgleichsansprüchen. Das hat der BGH im TBB-Fall für unterlassene Rückstellungen erheblichen Umfangs bejaht, denn gerade diese Unterlassung kann die Darstellung der Vermögenslage verfälschen³⁶.
- Die Globalhaftung analog §§ 302, 303 AktG kommt weiterhin dann in Betracht, wenn die Tochtergesellschaft durch die nachteilige Maßnahme in ihrer Existenz getroffen wurde, d. h. vor allem dann, wenn die nachteilige Maßnahme *konkursverursachend* war.
- Unmaßgeblich ist die „Dichte“ der Leitung im Sinne des bisherigen Qualifizierungsmerkmals, denn auch eine Nachteilszufügung durch eine einzige pflichtwidrige Maßnahme kann den Einzelausgleich ausschalten³⁷, so etwa die Überleitung wertvoller Vermögensgegenstände der Tochtergesellschaft ohne hinreichende Gegenleistung oder die Ausschaltung von Kräften in der Tochtergesellschaft, die tendenziell auf die Wahrung der Eigen gegenüber den Konzerninteressen achten können³⁸.

bb) Beeinträchtigung der Eigeninteressen

(1) Fallgruppenbildung

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist nach dem TBB-Urteil, daß der beherrschende Unternehmensgesellschafter die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt. Leider finden sich im Urteil keine weiteren Ausführungen, in welcher Weise dieses Tatbestandsmerkmal konkretisiert werden kann. In Anlehnung an das Haftungssystem des faktischen Konzerns (vgl. §§ 311, 317 AktG) ist davon auszugehen, daß das herrschende Unternehmen dann das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft verletzt, wenn es gegen die Grundsätze verstößt, die ein pflichtgemäß handelnder Geschäftsführer einer selbständigen Vergleichs-GmbH zu beachten hat³⁹. Der BGH hatte diesen Maßstab bereits im Autokran- und auch im Video-Urteil angewendet, dort aber lediglich als Entlastungsmöglichkeit für das herrschende Unternehmen. Das Verhalten des Gesellschafters im „TBB“-Fall wird man ohne weiteres als pflichtwidrig in diesem Sinn ansehen können, da dieser an die Gläubigerbank Gegenstände und Forderungen der „TBB“ zur Sicherung fremder Kreditverbindlichkeiten übereignet bzw. abgetreten hatte. Darüber hinaus sollte die Bank berechtigt sein, alle Soll- und Habensalden der verschiedenen Konzernunternehmen jeweils miteinander zu verrechnen. Eine solche Ver-

mischung unterschiedlicher Unternehmen ohne ordnungsgemäße Buchführung und Trennung der Verbindlichkeiten steht im Widerspruch zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Geschäftsführung.

Das herrschende Unternehmen muß daher, will es nicht der Konzernhaftung ausgesetzt sein, einige grundsätzliche Regeln ordnungsgemäßer Konzerngeschäftsführung beachten⁴⁰:

- Konzerninterne Leistungen sind angemessen zu vergüten.
- Bei der Personalpolitik im Konzern müssen die Interessen der abhängigen Gesellschaft beachtet, Arbeitnehmer dürfen nur in Ausnahmefällen zur Arbeit in anderen Unternehmen und nur zu üblichen Konditionen eingesetzt werden.
- Konzernfinanzierungs- und Liquiditätsgeschäfte müssen zu angemessenen, dem Marktpreis entsprechenden gesicherten Konditionen abgewickelt werden. Der Abzug von Liquidität bei der Tochtergesellschaft ist nur zulässig, wenn sie weiterhin in der Lage ist, den aktuellen und den absehbaren zukünftigen Finanzbedarf zu decken. Liquiditätsabzug darf nur zu solchen Bedingungen wie zwischen unabhängigen Dritten erfolgen⁴¹. Ein cash-Management, bei dem im Wege einer Saldenverrechnung Liquidität einer abhängigen Gesellschaft zur Begleichung von Schulden einer Schwestergesellschaft eingesetzt wird, birgt nach dem TBB-Urteil ein Haftungsrisiko in sich. Das gleiche gilt für eine sonstige Zentralisierung des Finanzwesens bei der Konzernspitze, die zu einem vollständigen Abzug von Liquidität — insbesondere durch tägliches Clearing — bei der abhängigen Gesellschaft führt⁴². Dem vorgenannten Risiko kann nur dadurch begegnet werden, daß für eine etwaige Inanspruchnahme für Verbindlichkeiten der Schwestergesellschaften Rückstellungen gebildet werden und die abhängige Gesellschaft dadurch nicht gehindert ist, ihre übrigen Verbindlichkeiten zu begleichen⁴³.

— Jede Tochtergesellschaft darf in ihrem Recht, Geschäftschancen wahrzunehmen, nicht vom herrschenden Unternehmen beeinträchtigt werden. Dabei geht es jedoch nur um eine Verringerung oder Einstellung *bestehender* Aktivitäten; Gesellschaftsgläubiger haben auch bei konzernbeherrschten Gesellschaften keinen Anspruch darauf, daß der Geschäftsbereich der Gesellschaft ausgeweitet wird⁴⁴.

Die Konzernleitung darf aber nicht zu einer Bestandsgefährdung der abhängigen Gesellschaft führen, etwa dadurch, daß das herrschende Unternehmen die Konzerntochter durch organisatorische oder sonstige Strukturmaßnahmen in ein so hohes Abhängigkeitsverhältnis bringt, daß die Tochter bei einer Beendigung des Konzernverhältnisses nicht mehr selbständig am Markt fortexistieren könnte⁴⁵.

³⁵ Drygala, GmbHR 1993, 320.

³⁶ BGH, GmbHR 1993, 283, 286.

³⁷ Zutreffend Drygala, GmbHR 1993, 321.

³⁸ Vgl. Westermann, ZIP 1993, 556, 557; a. A. zum Erfordernis des Qualifikationsmerkmals Limmer, DSr 1993, 767 f.

³⁹ Zutreffend Limmer, DSr 1993, 767.

⁴⁰ Dazu Limmer, DSr 1993, 767 und Decher, Münchener Hdb. des Gesellschaftsrechts (GmbH); erscheint demnächst.

⁴¹ Vgl. Priester, ZIP 1989, 1302.

⁴² Schneider, WM 1993, 782, 783; Burgard, WM 1993, 925, 928.

⁴³ Kowalski, GmbHR 1993, 256.

⁴⁴ Lutter, ZHR 151 (1987), 444, 457.

⁴⁵ Vgl. Burgard, WM 1993, 925, 929; Schneider, WM 1993, 782, 784.

— Auch die Zentralisierung wesentlicher operativer Unternehmensfunktionen (insbesondere Vertrieb, ggf. auch Produktion und Einkauf) kann zu einer Existenzgefährdung der abhängigen Gesellschaft führen und den Befund einer nachhaltigen Beeinträchtigung ihres Eigeninteresses rechtfertigen⁴⁶. Stets kommt es jedoch auf den Umfang der Zentralisierung und deren Auswirkungen für das jeweilige Unternehmen an. So kann sich die Zentralisierung des Einkaufs auf ein Aushandeln der Einkaufsbedingungen beschränken und dann eine unbedenkliche Serviceleistung des herrschenden Unternehmens darstellen. Kein Verstoß gegen das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft liegt vor, wenn die abhängige Gesellschaft von vornherein nur beschränkten Aufgaben dient (Produktions-GmbH, Vertriebs-GmbH) und die übrigen Unternehmensfunktionen zentralisiert sind. Darauf ist bereits bei Abfassung des Unternehmensgegenstandes der abhängigen Gesellschaft zu achten.

Die Konzernleitung darf nicht sämtliche haftungs- und gewährleistungsrelevanten Bereiche auf die abhängige Gesellschaft ausgliedern und dadurch die abhängige Gesellschaft spekulativ zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger einsetzen⁴⁷.

Zu weiteren Fallgruppen vgl. *Drygala*, GmbHR 1993, 324 ff. und *Kowalski*, GmbHR 1993, 56 ff.

(2) Haftungsneutrale Elemente (negative Fallgruppenbildung)

Nach der TBB-Entscheidung steht fest, daß allein die Identität von herrschendem Unternehmen und Geschäftsführung der abhängigen GmbH nicht mehr zur Begründung eines qualifizierten faktischen Konzerns ausreicht. Es entspricht anerkannter ordentlicher Geschäftsführung, wenn der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH auch dann deren Geschäfte als — häufig einziger — Geschäftsführer selbst leitet, wenn er daneben an weiteren Gesellschaften unternehmerisch beteiligt ist⁴⁸. Auch personelle Verflechtungen dürften auf der Grundlage des TBB-Urteils in Zukunft haftungsneutral sein. Zwar kann eine personelle Verflechtung „von oben nach unten“ Ausdruck einer zentralen Konzernleitung durch das herrschende Unternehmen sein⁴⁹; hohe Leitungsdichte ist jedoch für sich gesehen nicht mehr ein ausreichendes Indiz für die nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft.

Als Fallgruppe, in der vielfach das herrschende Unternehmen (auch) im Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft handelt, sind *Sanierungsfälle* anzusehen, bei denen das herrschende Unternehmen eine abhängige Gesellschaft übernimmt, die ohne die Hilfe der Konzernmutter von vornherein nicht überlebensfähig wäre. In solchen Fällen wird das herrschende Unternehmen regelmäßig eine hohe Leitungsdichte ausüben, die das abhängige Unternehmen in eine so hohe Abhängigkeit von der Muttergesellschaft bringen kann, daß sie bei Beendigung des Konzernverhältnisses nicht mehr fortbestehen könnte. Solche Maßnahmen können jedoch der Existenzsicherung der abhängigen Gesellschaft in der akuten Krise dienen und kompensieren

dann eine Existenzgefährdung für den Fall einer späteren Beendigung des Konzernverhältnisses. An dieser Wertung ändert sich auch dann nichts, wenn die Sanierung nicht gelingt und das herrschende Unternehmen jede weitere Hilfe an das abhängige Unternehmen einstellt, weil andernfalls das Mutterunternehmen eine dem Recht fremde Erfolgsgarantie für die Sanierung tragen würde^{49a}. Durch die Herausnahme solcher Fälle aus der Konzernhaftung⁵⁰ würde sich die Problematik der Erschwerung von Investitionen in den neuen Bundesländern wegen drohender Haftungsrisiken entschärfen lassen⁵¹.

Die TBB-Entscheidung läßt dem herrschenden Unternehmen überdies die Möglichkeit, im Einzelfall auch eine nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses der abhängigen GmbH zu kompensieren. Der BGH verweist insbesondere auf eine vollständige Erfassung solcher Maßnahmen in der Buchführung oder — bei drohenden Nachteilen — auf die Bildung bilanzieller Rückstellungen⁵². Gelingt aufgrund solcher Maßnahmen eine Kompensation der nachhaltigen Beeinträchtigung des Eigeninteresses, so besteht für die Anwendung der besonderen Haftungsregeln im qualifizierten faktischen Konzern kein Bedürfnis. Ausreichend erscheint etwa eine Erfassung von dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft beeinträchtigenden Maßnahmen in Berichten, in einem Finanzplan u. ä. Zu eng ist es jedenfalls nur buchhalterische oder bilanzielle Maßnahmen als Mittel zur Herstellung der Kompensationsfähigkeit zuzulassen⁵³.

(3) Nachhaltige Beeinträchtigung des Eigeninteresses

Liegt im Einzelfall eine Konzernleitung unter Verstoß gegen das Eigeninteresse der abhängigen GmbH vor, so löst diese für sich gesehen noch nicht die Rechtsfolgen des qualifizierten faktischen Konzerns aus. Es muß sich um eine *nachhaltige* Beeinträchtigung des Eigeninteresses handeln⁵⁴. Das bedeutet zweierlei:

Die Beeinträchtigung des Eigeninteresses muß dauerhaft sein und es muß sich um eine vielfältig das Eigeninteresse überlagernde Konzernleitung handeln. Die bisherige Formel des BGH, von der (sachlich) umfassenden und (zeitlich) andauernden Konzernleitung (so Autokran, Tiefbau und Video) gilt weiterhin, nunmehr aber bezogen auf die Interessensverletzung. Eine Haftung im qualifizierten faktischen Konzern bei einzelnen, isolierbaren Konzernleitungsmaßnahmen scheidet — wie bereits ausgeführt — aus, und zwar auch dann, wenn die damit für das abhängige Unternehmen verbundenen Nachteile — etwa wegen der Schwierigkeit der Schadensermittlung — nicht kompensierbar sind⁵⁵. Die Unterbindung oder der Ausgleich nachhaltiger Einzelmaßnahmen erfolgt nach den Regeln des (einfachen) faktischen Konzerns bzw. nach den allgemeinen Regeln (§§ 30, 31 GmbHG, § 826 BGB). Die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern knüpft demgegenüber daran an,

^{49a} Zutreffend *Decher*, Münchener Hdb. des Gesellschaftsrechts (GmbH); erscheint demnächst.

⁵⁰ Vgl. auch *Schanze/Kern*, AG 1991, 421, 425.

⁵¹ Vgl. in diese Richtung auch BAG, ZIP 1993, 1330, 1334.

⁵² Vgl. dazu *Greiffenhagen*, Wpg 1993, 525, 530.

⁵³ So aber *Bauder*, BB 1993, 1103, 1105 und *Greiffenhagen*, Wpg 1993, 525, 532.

⁵⁴ Vgl. *Stodolkowitz*, ZIP 1992, 1517, 1521.

⁵⁵ Vgl. *Lutter*, JZ 1993, 580; *Limmer*, DStR 1993, 756, 768; *Schneider*, WM 1993, 782, 783.

⁴⁶ *Burgard*, WM 1993, 925, 929.

⁴⁷ Vgl. BGH in diesem Heft S. 244.

⁴⁸ *Altmeyden*, DB 1991, 2225, 2227.

⁴⁹ Vgl. *Säcker*, ZHR 151 (1987), 59, 65.

daß wegen der Beständigkeit von das Eigeninteresse beeinträchtigenden Maßnahmen der Konzernleitung eine Isolierung einzelner Maßnahmen und aus diesem Grunde deren Ausgleich nicht möglich ist⁵⁶. Der BGH hat im TBB-Urteil diesen erforderlichen „Umschlag der Quantität in die Qualität“⁵⁷ nicht deutlich genug herausgestellt.

cc) Beweislastverteilung

Die zweite wichtige Korrektur der Rechtsprechung betrifft die *Beweislastgrundsätze*, die der BGH im Video-Urteil aufgestellt hat. Der BGH verlangt nunmehr, daß der Kläger Umstände darlegt und beweist, die zumindest die Annahme nahelegen, daß bei der Unternehmensführung die Belange der GmbH über Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind⁵⁸. Der Kläger muß folglich darlegen, daß die abhängige Gesellschaft aufgrund der nachteiligen Weisungen nicht mehr in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten zu begleichen. Damit kehrt der BGH zu den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Erleichterung bei der Substantiierung und Beweislast wegen Beweisnot, Beweisverteilung oder fehlenden Einblick in die Sphäre der anderen Partei zurück. Danach muß der Kläger konkrete nachteilige Eingriffe im Konzerninteresse darlegen und beweisen. Lediglich in Fällen, in denen er weitere Einzelheiten wegen fehlenden Einblicks in den Konzernbereich nicht vortragen kann, gilt sein Vorbringen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, wenn der Beklagte dem nicht substantiiert entgegentritt⁵⁹.

Ein Gläubiger wird also in Zukunft zumindest Indizien dafür vortragen müssen, daß (1.) der Konzernherr in objektiv mißbräuchlicher Weise in die Leitung der abhängigen Gesellschaft eingegriffen hat und (2.) daß diese Eingriffe nicht mehr isoliert feststellbar sind⁶⁰.

dd) Rechtsfolgen (Verlustübernahme/Ausfallhaftung)

Im aktienrechtlichen Vertragskonzern bestimmt § 302 Abs. 1 AktG, daß das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragszeit entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat; flankierend wird die Verlustausgleichspflicht über § 303 AktG dadurch abgesichert, daß bei Beendigung eines Unternehmensvertrags den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft Sicherheit zu leisten ist. Diese Grundsätze überträgt der BGH auf die von ihm entwickelte Konzernhaftung, überdies wandelt sich nach seiner Auffassung, die aufgrund der Verlustausgleichspflicht bestehende *Innenhaftung* (Gesellschaft gegen Gesellschafter), die den Gläubigern nur mittelbar zugute kommt, in eine *Außenhaftung* gegenüber den Gesellschaftsgläubigern analog § 303 AktG um, wenn feststeht, daß der Gläubiger mit seiner Forderung gegen die beherrschte Gesellschaft ausfällt (z. B. Ablehnung der Eröffnung des Konkursverfahrens oder stille Liquidation der Gesellschaft).

Durch die Anerkennung einer Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens in Analogie zu § 302 AktG bzw. durch Anerkennung der Außenhaftung, wird der

Konzern mit einer natürlichen Person an der Konzernspitze somit unter Durchbrechung des § 13 Abs. 2 GmbHG als Haftungseinheit behandelt⁶¹.

Bei der *typischen* Betriebsaufspaltung können die Haftungsgrundsätze zum qualifiziert faktischen Konzern jedenfalls im Regelfall nicht auf den Besitzgesellschafter übertragen werden⁶².

IV. Vermeidungsstrategien

1. Haftungsvermeidung durch Umstrukturierung

Für kleinere und mittlere Unternehmen mit natürlichen Personen als Konzernherrn wurden insbesondere unter dem Eindruck des Video-Urteils Überlegungen angestellt, wie durch Umstrukturierung der Haftungsdurchschlag auf das Privatvermögen vermieden werden kann. Die Bemühungen der Kautelarjurisprudenz konzentrieren sich auf die Entwicklung von Strategien, die schon das Vorliegen eines Konzernsachverhalts vermeiden, Ansatz ist stets der Begriff des *herrschenden Unternehmens*. So wurde vorgeschlagen, das mit einer Mehrheitsbeteiligung verbundene Stimmrecht gesellschaftsvertraglich abzusenken, die Mehrheitsbeteiligung auf mehrere Familienmitglieder aufzuteilen oder einen Entherrschungsvertrag mit der GmbH zu schließen⁶³. Am häufigsten diskutiert ist der Vorschlag einer Einbringung der Konzernbeteiligungen in eine Holding⁶⁴. Dieses Modell bleibt unbefriedigend, weil es die künstliche und kostenintensive Installierung einer zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Einheit erforderlich macht. Das Holding-Modell bietet zudem keine hinreichende Sicherheit, weil es mit der streitigen Beurteilung steht und fällt, ob die Konzernspitze in einer solchen Konstellation Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne ist⁶⁵. Vollends unbefriedigend ist der Vorschlag einer Zusammenfassung aller unternehmerischen Aktivitäten in einem *Einheitsunternehmen*. Diese Lösung ist zwar sicher, weil sie das Vorliegen eines Konzernsachverhalts ausschließt, sie nimmt aber gerade die Vorteile unternehmerischer Tätigkeit in mehreren Gesellschaften zurück (etwa betreffend die Publizität und die Mitbestimmung). Der Vorschlag widerspricht aber auch dem häufig gehegten Wunsch mittelständischer Unternehmen nach Dekonzentration, der in jüngster Zeit insbesondere durch die Möglichkeit einer ertragsteuerlich neutralen Spaltung⁶⁶ gefördert wird.

Für solche und andere Vermeidungsstrategien besteht nach dem TBB-Urteil des BGH auch kein hinreichender Grund mehr, weil die Gefahr eines „Mittelstandskonzerns mit unbeschränkter Haftung“ nunmehr bereits durch die Beachtung anerkannter Grundsätze ordnungsgemäßer Konzernführung vermieden werden kann⁶⁷.

⁵⁶ Lutter, JZ 1993, 580.

⁵⁷ Stodolkowitz, ZIP 1992, 517, 521.

⁵⁸ BGH GmbHR 1993, 283.

⁵⁹ BGH, GmbHR 1993, 283.

⁶⁰ Vgl. auch Westermann, ZIP 1993, 554, 557; zur Beweislastverteilung ausführlich Kowalski, GmbHR 1993, 258; Drygala, GmbHR 1993, 28; Limmer, DSStR 1993, 768; Schneider, WM 1993, 782 f.

⁶¹ Ausführlich zu den Rechtsfolgen D. Mayer, DSStR 1992, 760, 792.

⁶² Dazu ausführlich D. Mayer, DSStR 1992, 792 ff. und zustimmend Kefler, GmbHR 1993, 549.

⁶³ Vgl. dazu Limmer, MittBayNot 1992, 25.

⁶⁴ Vgl. Priester, ZIP 1986, 137, 144.

⁶⁵ Vgl. K. Schmidt, ZIP 1991, 1327 und BGH, GmbHR 1982, 133.

⁶⁶ Dazu D. Mayer, GmbHR 1992, 129 ff.

⁶⁷ Ebenso Burgard, WM 1993, 925, 934; Kowalski, GmbHR 1993, 253, 256 und Limmer, DSStR 1993, 765, 769.

2. Vermeidung des Haftungstatbestandes

Seit dem TBB-Urteil des BGH können auch kleine und mittlere GmbH-Konzerne wieder durch entsprechende Vorsorge die Haftungsfolgen des qualifizierten faktischen Konzerns vermeiden. Allgemein wird man sagen können, daß eine ordentliche Konzernleitung, die anerkannten Standards genügt, nicht in die Konzernhaftung führen wird. Erforderlich ist nicht, daß das herrschende Unternehmen nur auf die Interessen der einzelnen Konzerngesellschaft achten muß. Vielmehr muß das Eigeninteresse der einzelnen Gesellschaften lediglich gleichwertig neben den Interessen des Gesamtkonzerns, der Muttergesellschaft und anderer Konzerngesellschaften in einer Gesamtabwägung Berücksichtigung finden.

Bei Vorliegen eines Konzernstatbestands ist dem herrschenden Gesellschafter zu raten, jede Gesellschaft wie eine eigene Gesellschaft zu führen, ihre Rechtspersönlichkeit zu respektieren und auf eine sauber getrennte Buchführung und Dokumentation bei den jeweiligen abhängigen Gesellschaften zu achten^{67a}. Vermögensgegenstände, Forderungen und Verbindlichkeiten müssen klar den Konzerngesellschaften zugeordnet sein. Unübersichtliche Leistungsaustauschbeziehungen sind risikobehaftet.

Dabei muß keineswegs die gesamte Geschäftsentwicklung während der Dauer des Konzernverhältnisses dargelegt und der Beweis erbracht werden, daß jede einzelne Geschäftsführungsmaßnahme sachgerecht gewesen ist⁶⁸, aber zumindest über verlustreiche Geschäfte und den Eintritt von ungewöhnlichen Ereignissen müssen genaueste Aufzeichnungen geführt werden. Unter Umständen muß auch ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters beigebracht werden, das die ordnungsgemäße Geschäftsführung im „Verlustjahr“ bestätigt⁶⁹.

Zur Wahrung des Eigeninteresses ist es unbedingt notwendig, die persönliche Stellung der Geschäftsleitungsmitglieder der Tochtergesellschaft abweichend von § 37 Abs. 1 GmbHG nachdrücklich zu stärken. Hierfür bieten sich Satzungsvereinbarungen oder Bestimmungen in den Geschäftsführerverträgen an, in denen dann genau geregelt werden müßte, welchen Handlungsspielraum der Geschäftsführer unbeeinflusst vom herrschenden Unternehmensgesellschafter hat. Diese Bestimmungen sollten zumindest das Tagesgeschäft in die alleinige Verantwortung des Geschäftsführers legen⁷⁰.

^{67a} Solange sich Einzeleingriffe durch Dokumentation isolieren lassen, scheidet eine Außenhaftung aus, vgl. *Lutter*, DB 1994, 129, 130.

⁶⁸ So auch BGH, DB 1991, 2179.

⁶⁹ Zutreffend *Limmer*, MittBayNot 1992, 25.

Zu empfehlen ist überdies die Aufstellung eines Abhängigkeitsberichts sowie dessen fachkundige Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer. Namentlich im Finanzbereich der Konzerntochter ist Vorsorge angezeigt. Zum einen muß der Tochter-Geschäftsleitung die Initiative für die Ergebnis-Verwendung verbleiben; und zum anderen braucht die Tochter bei zentralem „cash-Management“ einen Sockelbetrag an Liquidität, über den die Tochter-Geschäftsleitung jederzeit und völlig frei vom herrschenden Unternehmen disponieren kann. Die Herstellung eines Haftungsverbundes (etwa gegenüber Banken) ist, wie der TBB-Fall deutlich gemacht hat, insbesondere bei Vereinbarung einer Verrechnung der Salden aller Gesellschaften gefährlich und sollte nur bei penibler Verbuchung der einzelnen Zahlungsströme erfolgen; auch die Zentralisierung von haftungs- und gewährleistungsträchtigen Bereichen ausschließlich auf die abhängige Gesellschaft ist zu unterlassen⁷¹.

3. Vermeidung von konzernierten Einzelunternehmen

Wie bereits erwähnt hat es der BGH im TBB-Urteil offengelassen, ob er, wie in der Literatur teilweise gefordert, bei einer natürlichen Person als Konzernspitze das Privatvermögen von der Konzernhaftung freistellt. In seiner neueren Entscheidung hat er dagegen die Haftung der natürlichen Personen als herrschendes Unternehmen mit dem gesamten Privatvermögen auch dann bejaht, wenn die unternehmerische Aktivität ausschließlich durch Mehrheitsbeteiligungen an mehreren Gesellschaften entfaltet wird⁷².

Die bisherigen Entscheidungen, insbesondere die TBB-Entscheidung machen jedenfalls deutlich, daß bei der Einbindung einzelkaufmännischer Unternehmen eine Beeinträchtigung des Eigeninteresses des abhängigen Unternehmens mit weitaus geringeren Anforderungen an das Vorliegen des Haftungstatbestands bejaht wird, mehr als bei einer reinen Mehrfachbeteiligung an GmbH.

Insbesondere bei einer Konzernierung unter Einbindung einzelkaufmännischer Unternehmen muß man sich deshalb darüber im klaren sein, daß nicht nur die Ausgliederung riskanter Betriebsteile aus einzelkaufmännischen Unternehmen auf eine GmbH, sondern vor allem auch die Arbeitsteilung zwischen freiberuflicher Tätigkeit und einer Wirtschaftsprüfungs- bzw. Steuerberatungs-GmbH mit erheblichen konzernrechtlichen Privathaftungsrisiken belastet ist⁷³.

⁷⁰ Vgl. *Limmer*, DStR 1993, 769.

⁷¹ Dazu BGH in diesem Heft S. 244.

⁷² Vgl. BGH in diesem Heft S. 244.

⁷³ Zutreffend *K. Schmidt*, ZIP 1993, 554.

Die Flurkarte im Grundstücksverkehr

Von Notar Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

I.

Der BGH¹ hatte sich mit folgendem Fall zu befassen:

Ein Grundstück war in mehrere Teilflächen aufgeteilt worden. Die neugebildete Fl. Nr. 28/1 war mit einem Gebäude (Schwimmhalle und Wohnungen) bebaut, während Fl. Nr. 28/2 einen unbebauten Parkplatz darstellte. Das bebaute Grundstück sollte in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt werden. In der Teilungserklärung war jedoch irrigerweise Fl. Nr. 28/2 angegeben also (das unbebaute Parkplatzgrundstück).

Das Grundbuch von Fl. Nr. 28/2 wurde geschlossen; Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher wurden angelegt; die Wohnungen wurden verkauft, aufgelassen und in die neugebildeten Wohnungsgrundbücher umgeschrieben. Neun Jahre später entdeckte das Grundbuchamt den Fehler, wies darauf hin, daß die Wohnanlage tatsächlich auf Fl. Nr. 28/1 steht und trug, weil Wohnungseigentum nicht entstanden ist, in den Wohnungsgrundbüchern einen Amtswiderspruch ein.

Einer der Wohnungskäufer verlangte, da der aufteilende Bauträger inzwischen in Vermögensverfall geraten war, Schadensersatz vom Land Schleswig Holstein. Die Schadensersatzpflicht (wegen Amtspflichtverletzung des Grundbuchamts) wurde vom Landgericht bejaht, vom Oberlandesgericht verneint, vom BGH wiederum bejaht².

II.

Dies möge einige Bemerkungen zur Flurkarte rechtfertigen.

Das Grundbuch nimmt hinsichtlich Lage und Größe der Grundstücke Bezug auf ein „amtliches Verzeichnis“ (§ 2 Abs. 2 GBO). Amtliches Verzeichnis ist das Liegenschaftskataster. Dort sind die Grundstücke nach Gemarkung und Flurstücksnummer (früher in Bayern „Plannummer“) eingetragen. In einigen Bundesländern sind mehrere Flurstücknummern zusammengefaßt zu einer „Flur“.

Das Liegenschaftskataster trat 1940 anstelle früherer landesrechtlich geregelter Verzeichnisse. Nach 1945 fiel die Zuständigkeit für das Vermessungswesen wieder an die Länder zurück.

Das Liegenschaftskataster gliedert sich in die Katasterbücher und das Katasterkartenwerk. Weder Katasterbuch noch Katasterkarte müssen materiell sichtbar sein, sie können auch als die im Speicher einer Rechenanlage enthaltenen Daten definiert sein³.

Die Buchungseinheit im Kataster enthält die Nummer des Flurstücks, dessen Benennung und Größe. Die Lage in der Natur ist aus der Flurkarte zu entnehmen.

Die Flurkarte ist die Ausgangsgrundlage für das Grundbuch. Sie ist eine „Karte“ im Sinne von § 2 Abs. 3 GBO. Bei elektronischer Katasterführung gilt der Inhalt des Speichers als amtliche Karte.

Abdrucke der Flurkarte werden auf Antrag vom Vermessungsamt ausgestellt und dienen häufig als Unterlage für Kaufverhandlungen. Die Vertragsteile gehen dabei von dieser Karte aus.

Beim Notar wird diese Karte meist nicht vorgelegt. Auch wenn sie vorgelegt wird, wird sie selten zum Inhalt des Vertrags und zum Bestandteil der notariellen Urkunde gemacht.

Manchmal stimmt jedoch die Karte nicht mit dem gegenwärtigen Rechtsstand überein. Sie berücksichtigt u. U. Veränderungen in den Grenzen und im Flächeninhalt des Grundstücks nicht, die seit Ausstellung der Karte vorgenommen worden sind. Dies gilt besonders für die Praxis in Bayern. Nach den Grundsätzen der früheren (reichsrechtlichen) Regelung mußten für Grundstücke, deren Grenzen geändert wurden, *neue* Flurnummern gebildet werden. Die Mehrzahl der Länder hat dieses Prinzip beibehalten, nicht aber Bayern und Baden-Württemberg³. Die alte Flurstücknummer wird auch für das veränderte Grundstück verwendet. Deshalb ist aus einer älteren Karte nicht mit Sicherheit zu ersehen, ob das abgebildete Grundstück mit dem unter der gleichen Flurnummer im Grundbuch eingetragenen Grundstück übereinstimmt.

III.

Diese Unsicherheit gilt aber nicht nur für ältere Karten. Auch eine neue Karte kann zu Irrtum Anlaß geben⁴. Veränderungen an den Flurstücken sind im „Veränderungsnachweis“ enthalten. Bis zur Übernahme der Veränderungen in die Katasterbücher stellt der Veränderungsnachweis das amtliche Verzeichnis der Grundstücke für das Grundbuch dar. Aufgrund eines Auszugs aus dem Veränderungsnachweis ändert das Grundbuchamt die Angaben im Grundbuch. In den meisten Ländern werden Flurstückserlegungen sofort im Kataster vollzogen und im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs (ohne rechtliche Teilung des Grundstücks) eingetragen⁵. Damit wird die Übereinstimmung mit der Karte möglichst schnell durchgeführt. Dies ist zweckmäßig; denn der Abdruck der Flurkarte gibt nur den Stand der Vermessung wieder und greift der Eintragung im Grundbuch vor⁶. Dadurch können Irrtümer geschehen, insbesondere dann, wenn Veränderungen lange nicht vollzogen werden und wenn sogar weitere Veränderungen an eine nicht vollzogene Veränderung anschließen.

¹ BGH, Urteil vom 12. 11. 1993 — V ZR 174/92 = NJW 1994, 650 = WM 1994, 246.

² Weil der Aufteilungsplan fehlerhaft war. § 7 Abs. 4 WEG schreibt eine „Bauzeichnung“ vor, „aus der sich die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich ist“. Meist ist im Aufteilungsplan auch ein Lageplan (Abdruck aus der Flurkarte) enthalten.

³ *Simmerding* bei *Meikel*, GBO 7. Aufl. (1986) Anhang zu § 2 Rdnr. 67.

⁴ Ein routinemäßiger (nicht substantiiertes) Hinweis auf die Möglichkeit von Divergenzen nützt der Praxis wenig.

⁵ *Simmerding* a. a. O. Rdnr. 91.

⁶ *Simmerding* a. a. O. Rdnr. 101.

In Bayern wird, anders als in den meisten Bundesländern, ein Auszug aus dem Veränderungsnachweis nicht an das Grundbuchamt sondern an einen Notar gegeben, der dann auch die Voraussetzungen einer Grundstücksteilung (Genehmigung, Lastenfreistellung etc.) schaffen soll.

IV.

Kritischer sind die Fälle, in denen „auf Vorrat“ mehrere (im Grundbuch noch gar nicht gebildete) Flurstücke (insbesondere kleine Flächen, die zu einer Straße gezogen werden sollen), zu *einem* Flurstück „verschmolzen“ werden. Auch solche Verschmelzungs-VN werden „vorsorglich schon mit angefertigt, um daran zu erinnern, daß die Verschmelzung zur gegebenen Zeit noch durchzuführen ist“⁷.

Die Verschmelzung kann erst durchgeführt werden, wenn alle zu verschmelzenden Flurstücke sich im Eigentum der Gemeinde befinden. Die grundbuchliche Verschmelzung kann von den Messungsbehörden selbst beantragt werden. Dies gehört jedenfalls nicht zu der notariellen „Urkundstätigkeit“ (§§ 20 – 22 a BNotO). Durch die vorzeitige Anfertigung von Verschmelzungs-VN wird oft auf Jahre hinaus ein falscher Anschein erweckt, insbesondere dann, wenn weitere Veränderungen an unvollziehbare Verschmelzungs-VN anschließen.

Mehrere Teil-Flurstücke zu verschmelzen liegt im Interesse der Übersichtlichkeit des Kartenwerks. Dazu wird der Notar in vielen Fällen hilfreich sein können. Für jede Tätigkeit des Notars ist aber ein Antrag (Ansuchen) eines Beteiligten (hier Grundstückseigentümers) Voraussetzung. Daß der Notar auf Beteiligte „Druck“ ausübt, etwa durch wiederholte Vorladung oder durch Zurückstellung anderer Angelegenheiten des betreffenden Beteiligten, darf aber nicht erwartet werden.

Auf „Vorrat“ erstellte Verschmelzungs-VN beeinträchtigen ohne Not oft auf lange Zeit die Sicherheit des Grundbuchs.

⁷ *Simmerding* a. a. O. Rdnr. 92.

Gregor Basty, Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung von AGB-Gesetz und MaBV, Carl Heymanns Verlag KG, Köln / Berlin / Bonn / München 1993, 258 Seiten, DM 84,—

Die Arbeit des Kollegen *Dr. Basty* setzt neue Maßstäbe: Dem Autor gelingt es, auf 160 Seiten genau diejenigen Vertragsklauseln zu behandeln, die von findigen Bauträgern mit oder ohne juristischen Beistand entworfen werden und deren rechtliche Zulässigkeit oft zweifelhaft ist. Nach einleitender Beschreibung des Bauträgervertrags als Vertragstyp „sui generis“ folgt der Aufbau des Werks der Gliederung einer gekonnt konzipierten notariellen Urkunde, womit auch ohne Zuhilfenahme des Stichwortverzeichnisses schnell die gewünschte Information gefunden werden kann.

In der Praxis ist das Werk, das sich in erster Linie an den Notar und dessen fachkundige Mitarbeiter wendet, bereits auf eine erhebliche Resonanz in der Bauwirtschaft gestoßen, wie eine Besprechung in der Zeitschrift „Immobilien Wirtschaft heute“ (Heft 3/94 — Seite 58) zeigt („Für Bauträger ist dieses Buch ein Muß . . .“). Persönliche Erfahrungen mit Initiatoren (und auch mit Berufskollegen) haben diese Einschätzung bestätigt. Ursache dafür dürfte sein, daß der Autor konkrete Klauseln aufgreift, die sich häufig in Entwürfen überörtlich akquirierender Vertriebe finden, und zu jeder Frage eine klare Stellung bezieht.

Die Vertragspraxis wird im Laufe der Zeit neue Gestaltungen oder zumindest neue Detailregelungen entwickeln. Nach dem gegenwärtigen Stand bleiben kaum Wünsche offen, soweit es um die Beurteilung des Bauträgervertrages geht, der in jedem „Modell“ (Bauträgermodell, Erwerbermodell, konventionelles Modell) für den beurkundenden Ortsnotar wie für den Zentralnotar noch immer die zentrale Bedeutung hat. Um nur einige Beispiele zu nennen: Baukonto des Käufers, Verkauf mehrerer Objekte, Inhalt des Freigabeversprechens mit seinen zahlreichen Klauseln, Sonderwünsche und Ratenplan, Abnahme von Gemeinschaftseigentum, rückwirkende Verzinsung von Baufortschrittsraten, Zwangsvollstreckung wegen Hauptsache und Zinsen, Gewährleistung für Altsubstanz bei renoviertem Altbau, Altlastenproblematik, Schiedsgutachten, Kosten der Gebäudeeinemessung und Katasterfortschreibung etc. Obwohl der Bauträgervertrag eine Bauleistung voraussetzt, kann das Werk in seinen kaufvertraglichen Bestimmungen auch zur Beurteilung eines reinen Kaufvertrages (gewerbliche Aufteilung ohne oder allenfalls mit „Pinselsanie- rung“) herangezogen werden.

Trotz dieser äußeren Vorzüge bliebe das Werk weniger beachtet, wenn der Autor nicht den Mut hätte, auch dort fortzufahren, wo andere Ratgeber enden und auch die Rechtsprechung keine Antwort bietet, wofür als willkürlich

herausgegriffenes Beispiel die Ausführungen zur Vollmacht über die Vormerkung („AV-Killer“) dienen mögen. Die Stärke des Werkes liegt in seinem materiellen Gehalt. So wie im Idealfall die notarielle Urkunde ist das Werk von *Basty* „ausgewogen“, ein gelungener Interessenausgleich zwischen Bauträger/Initiator und privatem Käufer. Soweit Material vorhanden ist, hat sich *Basty* der Rechtsprechung angeschlossen, gelegentlich „Standardliteratur“ angegriffen und konnte der Versuchung widerstehen, den vorhandenen Meinungen auch da eine weitere hinzuzufügen, wo keine neuen Erkenntnisse ersichtlich sind, wofür ihm der Kautelarjurist dankbar sein wird.

Seine Ausführungen sind aus notarieller Sicht überzeugend und erinnern auch im Stil an eine gut formulierte juristische Urkunde. Das Buch kann vom Umfang her ganz oder kapitelweise durchgearbeitet werden oder mag auch nur als Nachschlagewerk dienen. Es ist in jedem Fall eine gute Hilfe für den Praktiker, der schnell eine ungewohnte Klausel beurteilen will oder eine Stütze für seine Meinung sucht.

Verbände der Bau- und Wohnungswirtschaft, der Kreditwirtschaft und Verbraucherschützer werden möglicherweise die Ausführungen des Autors angreifen, freilich in jeweils entgegengesetztem Sinne, was die Ausgewogenheit des Werks belegen würde.

Seit der Fertigstellung des Manuskripts (Juni 1993) wurden einige weitere Entscheidungen und Literaturmeinungen rund um den Bauträgervertrag bekannt: Zum Beispiel die Vollmacht des Bauträgers zur Änderung der Teilungserklärung. Diese darf im Außenverhältnis nicht zu stark eingeschränkt sein, um verwendet werden zu können, was von *Basty* zutreffend gesehen wurde, ehe einschlägige Rechtsprechung bekannt war. Etwas unvollständig sind lediglich seine Ausführungen zur Globalbürgschaft, die allerdings erst in allerjüngster Zeit an praktischer Relevanz gewinnt.

Basty bietet in einem Anhang auch eigene Vertragsmuster an: Der Bauträgervertrag erfreut durch seine Kürze und die Baubeschreibung durch ihre Konkretheit. Verglichen mit der Praxis zeigt sich an letzterer besonders deutlich, daß der Notar noch viel verbessern kann/muß.

Das Werk enthält zur Abrundung die einschlägigen Texte: AGB-Gesetz, § 34 c Gewerbeordnung, Makler- und Bauträgerverordnung und das Bauträgermerkblatt der Landesnotarkammer. Zu Recht nicht aufgenommen sind die „Mindestanforderungen für Verträge“, da diese ohnehin am 31. 12. 1993 gegenstandslos wurden (vgl. MittBayNot 1992/364).

Bei entsprechender Resonanz ist nach Aussage des Autors in einigen Jahren mit einer zweiten Auflage zu rechnen.

Notar *Walter Dietrich*, München

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 823, 906 (*Nachbarschutz vor Zivilgerichten durch quasinegatorische Unterlassungsklage trotz Nichtvorliegens der Voraussetzungen des § 906 BGB*)

Ein Nachbar kann die Einhaltung einer auf der Grundlage entsprechender Vorschriften in einer Baugenehmigung enthaltenen, bestandskräftigen Auflage zu seinem Schutz gegen Lärm (hier: Schließen der Fenster während der Übungsstunden einer Ballettschule) vor den Zivilgerichten im Wege einer quasinegatorischen Unterlassungsklage (§ 823 Abs. 2 BGB; § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog) durchsetzen, auch wenn die Voraussetzungen des § 906 BGB im konkreten Fall nicht vorliegen.

BGH, Urteil vom 26. 2. 1993 — V ZR 74/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Die Beklagte betreibt eine Ballettschule, deren Fenster nach Süden gehen. Die Klägerin ist dingliche Nießbraucherin eines an der Westseite angrenzenden Grundstücks. Unmittelbar an der Grundstücksgrenze befindet sich ihre Terrasse.

Durch Bescheide vom 28. 9. 1984 und vom 19. 11. 1985 erteilte die Stadt B. der Beklagten die erforderliche Baugenehmigung zum Umbau und zu einer Nutzungsänderung im Souterrain (Ballettsaal). Beide Genehmigungen enthalten u. a. die gleichlautende Auflage: „Die Fenster sind während der Übungsstunden bzw. wenn Tonwiedergabegeräte an sind, grundsätzlich geschlossen zu halten.“

In beiden Genehmigungen ist ferner festgelegt, daß für den Einwirkungsbereich der Ballettschule der Immissionsrichtwert tagsüber (6 Uhr bis 22 Uhr) von 60 dB(A) und nachts (22 Uhr bis 6 Uhr) von 45 dB(A) nicht überschritten werden dürfe.

Die Anfechtungsklage der Klägerin gegen die Genehmigung vom 19. 11. 1985 wurde rechtskräftig abgewiesen.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt, die Beklagte zur Einhaltung der genannten Auflagen zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin nur noch ihren Antrag auf Verurteilung der Beklagten, die Fenster im bezeichneten Umfang geschlossen zu halten, weiter verfolgt. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, die Fenster der im ersten Geschöß und im Souterrain ihres Hauses gelegenen Übungsräume in der Zeit ab 19 Uhr geschlossen zu halten, wenn Tonwiedergabegeräte laufen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der im Umfang der Klageabweisung zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Berufungsantrag weiter, soweit er abgewiesen worden ist. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

I. Die Revision der Klägerin ist in vollem Umfang zulässig. (*Wird ausgeführt.*)

II. Die Revision ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch im Sinne ihres Berufungsantrags (§ 823 Abs. 2, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog; vgl. auch *Palandt/Thomas*, BGB 52. Aufl. Einf. vor § 823 Rdnr. 18 als Beispiel der herrschenden Meinung). Sie verlangt Maßnahmen zum Schutz vor künftig drohender Beeinträchtigung und macht damit einen Unterlassungsanspruch geltend (vgl. BGHZ 90, 255, 266).

Soweit das Berufungsgericht die Klage abgewiesen hat, verneint es einen Anspruch der Klägerin auf der Grundlage von § 906 BGB, weil die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorlägen. Aus den Auflagen der Baugenehmigungsbescheide folge kein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch. Zwar könnten die Verwaltungsakte mit nachbarschützendem Charakter als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden, dennoch sei der Zivilrichter hieran nicht gebunden. Es sei systemwidrig, wenn Baugenehmigungen unbeschadet privater Rechte Dritter ergingen und der Nachbar sich einerseits nach § 906 BGB zivilrechtlich weitergehenden Rechtsschutz verschaffen könnte, andererseits aber eine Bindung der Zivilgerichte an Auflagen einträte, wenn unzulässige Lärmwerte nicht erreicht würden. Die Auflage beruhe auch auf Erfahrungswerten und nicht auf einer konkreten Einzelfallprüfung. Über eine Bindungswirkung würde damit das System des Unterlassungsanspruchs aus den Angeln gehoben und auch ein elementarer Grundsatz außer Kraft gesetzt, daß es nämlich dem Störer überlassen bleiben müsse, auf welche Weise er unzulässigen Lärm in Zukunft vermeide oder verhindere.

1. Das Berufungsgericht geht im Ansatz mit Recht davon aus, daß die durch Verwaltungsakt angeordnete Auflage die ihr zugrunde liegende Ermächtigungsnorm hier als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB konkretisiert. Als Schutzgesetz betrachtet wird dabei nicht der Verwaltungsakt als solcher (wie das Berufungsgericht dies ungenau formuliert), sondern die jeweilige Eingriffsnorm, auf der er beruht. Diese schon vom Reichsgericht — wenn auch mit ungenauer Begründung — begonnene Rechtsprechung (vgl. RG JW 1909, 493, 494; JW 1916, 38, 39) wurde in neuerer Zeit fortgesetzt (OLG Hamm, JZ 1981, 277 f.; OLG München, VersR 1983, 887, 888; vgl. auch BayObLG VersR 1979, 743, 744) und in einer grundlegenden Entscheidung auch vom Bundesgerichtshof (BGHZ 62, 265, 266 mit zust. Anm. *Kreft*, LM BJagdG Nr. 11) bestätigt. Sie hat in der Literatur überwiegend Zustimmung gefunden (BGR-RGRK/*Steffen*, 12. Aufl. § 823 Rdnr. 538; *Erman/Schimmann*, BGB 8. Aufl. § 823 Rdnr. 156; *Larenz*, Schuldrecht II 12. Aufl. § 72 II S. 620; *Soergel/Zeuner*, BGB 11. Aufl. § 823 Rdnr. 249; *Staudinger/Schäfer*, BGB 12. Aufl. § 823 Rdnr. 576 u. 578; *Palandt/Thomas*, BGB 52. Aufl. § 823 Rdnr. 140; *Schmiedel*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht 1974, 47 ff.; *Karsten Schmidt*, Kartellverfahrensrecht — Kartellverwaltungsrecht — Bürgerliches Recht 1977, 366 f.; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht 1979 S. 475; *Meisner/Ring/Götz*, Nachbarrecht in Bayern, 7. Aufl. § 38 Rdnr. 36; *Medicus*, JZ 1986, 778, 783; *Bullinger*, VersR 1972, 599, 605; mit Einschränkungen auch *MünchKomm/Mertens*, BGB 2. Aufl. § 823 Rdnr. 153 f.). Der Senat schließt sich dem an.

Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nach ständiger Rechtsprechung eine Norm, die nach Zweck und Inhalt wenigstens auch auf den Schutz von Individualinteressen vor einer näher bestimmten Art ihrer Verletzung ausgerichtet ist. Es genügt nicht, daß der Individualschutz durch Befolgung der Norm als ihr Reflex objektiv erreicht werden kann; er muß im Aufgabenbereich der Norm liegen. Andererseits muß sich das Schutzgesetz auch nicht in der Gewährleistung von Individualschutz erschöpfen; es reicht

aus, daß dieser eines der gesetzgeberischen Anliegen der Norm ist (BGHZ 100, 13, 14 f. m. w. N.). In diesem Sinne haben die hier in Betracht kommenden Ermächtigungsnormen (auch wenn diese von der Genehmigungsbehörde nicht ausdrücklich zitiert worden sind), nämlich § 1 Abs. 1 Nds. BauO, § 34 Abs. 1 BBauG a. F. und § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BImSchG, in ihrer konkreten Ausgestaltung durch die Auflage in den Baugenehmigungsbescheiden drittschützendem Charakter. Ob die nachfolgend behandelten Vorschriften, für sich genommen, als Schutzgesetze betrachtet werden können, mag offen bleiben. Es kommt im vorliegenden Zusammenhang zunächst allein darauf an, ob die drittschützende Wirkung im Gesetz — wenn auch noch konkretisierungsbedürftig in bezug auf konkrete Gebote und Verbote — angelegt ist.

Lärmimmissionen, die nicht von technischen Bauteilen des Gebäudes ausgehen, beurteilen sich nach der Generalklausel des § 1 Abs. 1 Nds. BauO (vgl. *Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert*, Nds. BauO 5. Aufl. § 21 Rdnr. 3). Diese Bestimmung dient zwar in erster Linie dem Allgemeinwohl, stellt aber gleichzeitig eine gesetzliche Ausprägung des Gebots der Rücksichtnahme im Bauordnungsrecht dar, das nachbarschützend wirkt (*Grosse-Suchsdorf*, a. a. O. § 1 Rdnr. 13, 16 und § 72 Rdnr. 23). In diesen Schutz ist die Klägerin als dingliche Nießbrauchsberechtigte einbezogen (*Grosse-Suchsdorf*, a. a. O. § 72 Rdnr. 4).

Auch § 34 Abs. 1 BBauG a. F. kann u. a. dem Schutz des Nachbarn dienen, wobei das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme in dem Begriff des „Einfügens“ aufgeht. Hinsichtlich des von baulichen Anlagen ausgehenden Lärms drängt sich die besondere Schutzwürdigkeit des unmittelbaren Nachbarn geradezu auf (vgl. BVerwG BRS 44 Nr. 71). Auch insoweit unterfällt die Klägerin als dingliche Nießbrauchsberechtigte dem geschützten Personenkreis (BVerwG DVBl 1989, 1055, 1060).

Schließlich ist auch § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG drittschützend, soweit diese Vorschrift der Verhinderung oder Beschränkung konkreter schädlicher Umwelteinwirkungen (also auch Lärm § 3 Abs. 1 und 2 BImSchG) im Wirkungsbereich einer Anlage dient (BVerwGE 74, 315, 326 f.; vgl. auch *Engelhardt*, BImSchG 2. Aufl. § 22 Rdnr. 11; *Landmann/Hansmann*, BImSchG § 22 Rdnr. 4/5). Die Bauaufsichtsbehörde hatte sie wie jede andere öffentlich-rechtliche Norm zu beachten (BVerwG DVBl 1987, 903, 904).

Das Berufungsgericht hat schließlich auch die durch Verwaltungsakt angeordnete einschlägige Auflage dahin verstanden, daß sie — wie die Begründung des Bescheids vom 28. 9. 1984 ausdrücklich ausführt — gerade deshalb erlassen worden ist, um die Nachbarn vor Lärmbeeinträchtigungen der Ballettschule zu schützen. Gegen diese Auslegung, die der Senat uneingeschränkt überprüfen kann (vgl. BGHZ 86, 104, 110) und die auch von den Parteien hingenommen wird, ist nichts zu erinnern.

2. Zu Unrecht verneint das Berufungsgericht eine Bindung des Zivilgerichts an die hier vorliegende Auflage.

Die ordentlichen Gerichte haben grundsätzlich die Existenz und den Inhalt eines Verwaltungsakts, der nicht nichtig ist, zu beachten, solange er nicht von Amts wegen oder auf Rechtsbehelfe hin in den dafür vorgesehenen Verfahren aufgehoben worden ist (BGHZ 73, 114, 117; 103, 30, 34 [= DNotZ 1988, 777]; 112, 363, 365; BVerwG NVwZ 1987,

496). Dem steht nicht entgegen, daß im Amtshaftungs- und Entschädigungsprozeß auch bestandskräftig gewordene Verwaltungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden können (BGHZ 113, 17, 18 f. m. w. N.) und daß auch die bestandskräftige Versagung einer Zustimmung der Schutzbereichsbehörde die Zivilgerichte nicht in der Frage bindet, ob ein Grundstück einen Sachmangel (fehlende Bebaubarkeit) aufweist (BGHZ 117, 159, 166). In diesen Fällen geht es um die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns oder darum, ob aus dem materiellen Baurecht ein Sachmangel folgt. Das sind Fragen, die von den Verwaltungsbehörden nicht mit bindender Wirkung für die Zivilgerichte entschieden werden können. Anders liegt es jedoch im vorliegenden Fall. Die Auflagen in den Genehmigungsbescheiden wirken *rechtsgestaltend*, indem sie durch Konkretisierung entsprechender Normen gegenüber der Beklagten ein Gebot aussprechen. Abgesehen vom Fall der Nichtigkeit eines solchen Verwaltungsakts (für die hier keinerlei Anhaltspunkte vorliegen) können die Zivilgerichte daher nicht in Frage stellen, daß aufgrund einer bestandskräftigen Auflage eine entsprechende Verhaltensanordnung besteht, die die Beklagte auch befolgen muß, solange sie nicht aufgehoben oder suspendiert ist. Diesen Ansatz bezweifelt auch das Berufungsgericht nicht.

3. Soweit das Berufungsgericht eine Bindung des Zivilgerichts unter dem Blickwinkel des § 906 BGB verneint, handelt es sich in Wirklichkeit nicht darum, ob das ordentliche Gericht den Bestand der entsprechenden Verhaltensanordnung in Frage stellen darf, sondern um das Problem der Rechtswidrigkeit und das der Konkurrenz von Ansprüchen. Auch in diesem Rahmen ist den Ausführungen des Berufungsgerichts nicht zu folgen.

Richtig ist zwar, daß im Verhältnis von Grundstücksnachbarn die Sonderbestimmungen der §§ 906 ff. BGB in dem davon erfaßten Regelungsbereich dafür maßgebend sind, ob die von einem auf das andere Grundstück ausgehenden Einwirkungen eine rechtmäßige oder rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung darstellen (BGHZ 90, 255, 258). Insoweit regeln diese Vorschriften nur allgemein den Konflikt zwischen Eigentümern, die — jeder für sich — grundsätzlich nach Belieben mit der Sache verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen können (§ 903 BGB), und begrenzen deren Befugnisse unmittelbar. Dies gilt aber nicht abschließend gegenüber einer spezielleren Regelung durch eine Schutznorm und damit auch nicht für den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch auf der Grundlage eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB). Insoweit indiziert die Schutzgesetzverletzung die Rechtswidrigkeit (h. M. vgl. *Staudinger/Schäfer*, BGB 12. Aufl. § 823 Rdnr. 610 m. w. N.). Über die entsprechende Verhaltensanordnung der Verwaltungsbehörde auf gesetzlicher Grundlage wird ein abstrakter Gefährdungstatbestand normiert, der den Schutz des Nachbarn vorverlagert, ohne daß an einen Verletzungserfolg angeknüpft wird (vgl. BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl. § 823 Rdnr. 535; *Deutsch*, Haftungsrecht I S. 48); durch diesen speziellen Rechtsschutz werden die Rechtsgüter des Nachbarn (Eigentum, Gesundheit) zwar nur mittelbar, aber besonders wirksam geschützt. Diese der Klägerin zusätzlich eingeräumte Rechtsposition kann sie über eine quasinegatorische Unterlassungsklage verteidigen, weil das Verhaltensgebot gegenüber der Beklagten seinem Zweck nur dann gerecht wird, wenn seine Durchsetzung unabhängig von den Auswirkungen im jeweiligen Einzelfall gewährleistet ist. Müßte auch im Falle

einer Schutzgesetzverletzung deren Rechtswidrigkeit am Maßstab des § 906 BGB festgestellt werden, liefe die spezifische und abstrakte Regelungsfunktion der Schutznorm leer. Soweit deshalb versucht wird, auch den quasinegatorischen Anspruch aus einer Schutzgesetzverletzung über § 906 BGB entsprechend einzuschränken (vgl. z. B. OGHZ 2, 181, 186; *Palandt/Bassenge*, BGB, 52. Aufl. § 906 Rdnr. 3; *Staudinger/Roth*, BGB 12. Aufl. § 906 Rdnr. 55 und 16 – 18; *Stich in Salzwedel*, Grundzüge des Umweltrechts S. 300), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Er hat daher schon in einer früheren Entscheidung einer auf die Reichsgaragenordnung als Schutzgesetz gestützten Unterlassungsklage mit dem Antrag, zur Lärmabwehr das Abstellen von Zugmaschinen und Lastkraftwagen mit 3,5 t Eigengewicht oder mehr auf einem Nachbargrundstück zu verbieten, allein auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 45 Abs. 3 ReichsgaragenO „ohne jede weitere Prüfung“ (S. 15 des Urteils NJW 1964, 396/398 insoweit in BGHZ 40, 306 f. nicht abgedruckt), d. h. ohne Feststellung der Voraussetzungen des § 906 BGB, stattgegeben (richtig auch OLG Hamm JZ 1981, 277).

Mit den vorstehenden Ausführungen ist gleichzeitig dargelegt, daß der auf § 823 Abs. 2 BGB gestützte quasinegatorische Unterlassungsanspruch und der Anspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 906 BGB zwar demselben Ziel, nämlich hier der Lärmabwehr, dienen, es sich aber um selbständige Ansprüche mit eigenen Voraussetzungen handelt, die auch inhaltlich teilweise verschieden sein können.

4. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts führt dies nicht zu einem systemwidrigen Ergebnis. Daß der Nachbar sich den ihm nach Maßgabe des § 906 BGB zustehenden Schutz erstreiten kann, ohne an die Baugenehmigung gebunden zu sein, beruht darauf, daß diese unbeschadet privater Rechte Dritter ergeht und schon deshalb keine privatrechtsgestaltende Ausschlußwirkung haben kann (*Erman/Hagen*, BGB 8. Aufl. § 906 Rdnr. 44 m. w. N.). Eben dieses private Recht eröffnet den Nachbarn aber auch die Möglichkeit auf die Einhaltung drittschützender Normen des öffentlichen Rechts zu dringen. Ohne Bedeutung ist die Überlegung, die Auflage beruhe nur auf allgemeinen Erfahrungswerten, denn derjenige, der ein Schutzgesetz verletzt, kann sich grundsätzlich nicht darauf berufen, im jeweiligen Einzelfall lägen die Gründe nicht vor, die zur Schaffung der Schutznorm geführt haben. Ebenso verfehlt ist der Hinweis des Berufungsgerichts auf das grundsätzlich gegebene Wahlrecht des Störers zu Maßnahmen der Lärmverhinderung. Diese Regel kann im Rahmen einer Schutzgesetzverletzung nicht gelten; insoweit läßt die Schutznorm als spezielles Verhaltensgebot dem Störer keine Wahl.

Unbedenklich ist auch, daß der Nachbar über § 823 Abs. 2 BGB eine öffentlich-rechtliche Verhaltensanordnung im Zivilrechtsweg durchsetzen kann. Diese Konsequenz ist unmittelbar in § 823 Abs. 2 BGB angelegt und für den Fall einer *Schadensersatzforderung* unbestritten. Es wird deshalb von der herrschenden Meinung zu Recht nicht in Zweifel gezogen, daß bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Schutzgesetze ein zweigleisiger Rechtsschutz für den Nachbarn besteht (vgl. z. B. *Erman/Hagen*, BGB 8. Aufl. § 903 Rdnr. 8 und § 906 Rdnr. 21).

Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, die Beklagte sei mit der vorstehend vertretenen Meinung schutzlos gestellt, trifft dies nicht zu. Der Beklagten stand die Mög-

lichkeit offen, die Auflage anzufechten. Sie kann schließlich Zwangsvollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) gegen ein rechtskräftiges Zivilurteil erheben, wenn die Auflage später aufgehoben werden sollte.

Dem Anspruch der Klägerin kann die Beklagte auch nicht das Gebot von Treu und Glauben entgegenhalten. Zwar hat der Senat bereits ausgesprochen, daß der lediglich auf objektiver Rechtswidrigkeit beruhende quasinegatorische Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB, etwa wegen Verletzung nachbarschützender Bebauungsvorschriften, nicht weiter gehen kann als der auf schuldhafter Verletzung eines Schutzgesetzes beruhende Schadenersatzanspruch. Immer müsse auch der Rechtsgedanke der Verhältnismäßigkeit (§ 251 Abs. 2 BGB) im Auge behalten werden (vgl. Senatsurteil vom 21. 12. 1973, V ZR 107/72, LM BGB § 1004 Nr. 132). Es gibt im vorliegenden Fall jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß die Befolgung der Auflage die Beklagte in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.

5. Das Berufungsgericht hat auch — revisionsrechtlich bindend — die notwendige Wiederholungsgefahr festgestellt (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog).

...

Anmerkung:

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen, wenn auch die Ausführungen zur Anspruchskonkurrenz der *actio negatoria* mit dem quasideliktischen Unterlassungsanspruch kritischer Betrachtung bedürfen. Das Urteil wirft die Frage nach einer Tendenzwende auf dem eingeschlagenen Weg der Harmonisierung öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Maßstäbe im Nachbarrecht auf (dazu sub 1.); uneingeschränkt positiv ist aber zu vermerken, daß es den Nachbarschutz mit der Eröffnung des Zivilrechtswegs zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Beurteilungsstandards (dazu sub 2.) effektiviert.

1. Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht¹ war für lange Zeit durch eine Inkongruenz der jeweiligen Maßstäbe gekennzeichnet. Am Anfang stand der in § 906 BGB verankerte zivilrechtliche Maßstab der Ortsüblichkeit, der sich ausschließlich an der tatsächlichen Nutzung in der Umgebung eines Grundstücks orientiert. Die Abwehr von Störungen unterhalb der Schwelle sicherheits- und polizeirechtlicher Gefahren oblag ausschließlich dem Individuum mit den Mitteln des Zivilrechts. Abweichungen vom objektiven gebietsspezifischen Maßstab konnten nur kleinräumig und konsensual zwischen zwei Eigentümern mit dem Instrument der Dienstbarkeit (§ 1018 2. und 3. Alt. BGB) erreicht werden.

Mit dem Heranwachsen der Industriegesellschaft ging ein Wandel des Staatsverständnisses vom konstitutionell-liberalen zum sozialen Rechts- und Leistungsstaat einher, verbunden mit einer Aufgabenerweiterung von der Sicherheitsgewährleistung zur Daseinsvorsorge.² Urbanisierung

¹ Dazu grundlegend *Schapp*, Das Verhältnis von privatem und öffentlichem Nachbarrecht, 1978; *Marburger*, Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts — Gutachten C zum 56. Deutschen Juristentag, 1986, S. 102 ff.; *Kleinlein*, Das System des Nachbarrechts, 1987; *Johlen*, BauR 84, 134 (136); *Hagen*, UPR 85, 192 (193, 196 ff.); *Gaentzsch*, UPR 85, 201 (209 f.); *ders.*, NVwZ 86, 601 (602 ff.).

² Grundlegend *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, passim, insbesondere S. 75 ff. und 115 ff. zur Planung.

und gleichzeitige Industrialisierung verstärkten die Gefahr konfligierender Nutzungen und verursachten bei gleichzeitig wachsenden Ansprüchen an die individuelle Lebensqualität städtebaulichen Ordnungsbedarf. Die Raumplanung ist Ausdruck dieser Entwicklung und sie hat sich angesichts der Erkenntnis der knappen Ressource „Boden“ immer stärker zur nahezu alle Ordnungsfaktoren in die Gebietsgestaltung einstellenden Totalplanung entwickelt.³ Gleichzeitig wurde im Hinblick auf Umweltbelastungen die Schwelle staatlicher Interventionseröffnung von der Gefahr auf die Ebene der Unzumutbarkeit und Erheblichkeit von Immissionen abgesenkt.⁴

Gerade die Genese der Bauleitplanung ist Beweis für die aufgezeigten Entwicklungslinien: Die kontinuierlich angestiegene Zahl der Festsetzungsmöglichkeiten, das Anwachsen der in die Abwägung einzustellenden Belange,⁵ die Ausweitung des räumlichen Regelungsbereichs von Bauleitplänen über die Siedlungsfläche hinaus auf die umgebende Landschaft sowie das bewußte Überschreiten des spezifisch baulichen Bereichs durch die Regelungsaufgabe der sonstigen, also nicht-baulichen Nutzung in § 1 Abs. 1 BBauG/BauGB spiegeln die kommunale Verantwortung für die Raumnutzung wider. Die vom Gesetzgeber den Gemeinden in § 1 Abs. 1, 3 BBauG/BauGB zugewiesene Aufgabe der Bauleitplanung ermöglicht diesen ihre urbane Selbstgestaltung, so daß die gemeindliche Planungshoheit zu Recht als verfassungsrechtlich gewährleisteter Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Art. 11 Abs. 2 Satz 2, 83 Abs. 1 BV) angesehen wird.⁶

Bebauungspläne als in die Rechtsform der Satzung (§ 10 BauGB) gegossene kommunale Raumnutzungsentscheidungen beanspruchen Verbindlichkeit (§ 8 Abs. 1 BauGB) und werden deshalb als typisches Beispiel imperativer Pläne angesehen. Sie erlangen aber nicht nur im Baurecht über § 30 BauGB Bedeutung, sondern ihre mehr oder weniger differenzierten Festsetzungen zur Grundstücksnutzung steuern auch den immissionsschutzrechtlichen Erheblichkeitsmaßstab in § 3 Abs. 1 BImSchG bei der Entscheidung, ob zu verhindernde „schädliche Umwelteinwirkungen“ vorliegen.⁷ Nur so wird der Bedeutung der verfassungsrechtlich verankerten Planungshoheit der Kommunen ausreichend Rechnung getragen, da sich ansonsten ihre Gestaltungsvorstellungen nicht mit den vom Gesetzgeber im BauGB und der BauNVO bereitgestellten immissionsschutzrelevanten Instrumenten⁸ durchsetzen ließen und diese mangels Bindung der Genehmigungsbehörde nach dem BImSchG leerlaufen würden. Bau- und Immissions-

schutzrecht sind also in der Weise vinkuliert, daß sich die Schutzwürdigkeit eines Gebietes nach den planungsrechtlichen Zulässigkeitsmaßstäben richtet,⁹ die sich unter Zuhilfenahme des Gebots der Rücksichtnahme entweder statisch an der Faktizität orientieren (§ 34 BauGB) oder dynamisch durch bauplanerische Festsetzungen von der Gemeinde ausgestaltet werden. Eine Divergenz der Beurteilungsmaßstäbe ist angesichts der Prädominanz des Baurechts ausgeschlossen.

Problematisch stellte sich im Gegensatz dazu die Harmonisierung des öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Nachbarrechts dar. Der BGH¹⁰ und das zivilistische Schrifttum¹¹ versagten selbst bebauungsplankonformen Nutzungen im Einzelfall die Ortsüblichkeit und maßen bauplanungsrechtlichen Festsetzungen allenfalls einen Anhalt für die ortsübliche Grundstücksnutzung zu. „Die zukünftige Bauvorhaben betreffende öffentlich-rechtliche Gestaltung vermag die nach § 906 BGB bestehende zivilrechtliche Eigentumsordnung nicht ohne weiteres zu verdrängen.“¹²

Gegen diese zivilistische Sichtweise ist eingewendet worden, daß sie im Extremfall die Durchsetzbarkeit eines Bebauungsplans in Frage zu stellen vermag; ein Ergebnis, das wohl kaum vom Gesetzgeber gewollt war¹³ und zudem mit der verfassungsrechtlich verbürgten gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie nicht vereinbar wäre. Des weiteren gewährleistet der an der Faktizität ausgerichtete Maßstab des § 906 BGB nur einen punktuellen Ausgleich zwischen zwei Grundstücken, während ein Bebauungsplan einen großräumigeren Interessenausgleich unter Einbeziehung und Abwägung aller betroffenen Belange und Interessen (§ 1 Abs. 6 und 7 BauGB) garantiert.

Hagen hat die Sichtweise des BGH u. a. damit verteidigt, daß die Annahme einer privatrechtsgestaltenden Wirkung von Bebauungsplänen „über das hinausginge, was diese Pläne im öffentlich-rechtlichen Bereich zu leisten vermögen. Während privatrechtliche Abwehrrechte ausgeschlossen wären, blieben Befugnisse des öffentlichen (Nachbar-)Rechts, etwa ein Vorgehen der Behörden nach §§ 22 ff. BImSchG oder Eingriffsansprüche der Nachbarn auf der Basis jener nachbarschützenden Normen unberührt.“¹⁴ Angesichts der bereits erwähnten Maßstabsidentität von Bauplanungs- und Immissionsschutzrecht und der Gestaltungsprärogative für die kommunale Planung greift dieses Argument nicht. Auch *Hagens* zweiter Haupteinwand, daß das privatrechtsgestaltende Präklusion beinhaltende Planfeststellungsrecht ein flexibles Instrumentarium des öffentlich-rechtlichen Nachbarschutzes wie Auflagen und Entschädigungsansprüche (§ 74 Abs. 2 Sätze 2 und 3 VwVfG) bereitstelle, das dem Bauplanungsrecht gerade

³ *Breuer*, Die hoheitliche raumgestaltende Planung, 1968, S. 42 f., 180; *Schmidt-Abmann*, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 63.

⁴ Vgl. zu §§ 16 ff. GewO: BVerwG, Urteil vom 27. 2. 1958 — I C 162/57, Buchholz 451.20 § 16 GewO Nr. 2; Urteil vom 12. 12. 1975 — IV C 71/73, DVBl. 76, 214 (216).

⁵ Vgl. insbesondere das planungsrechtliche Optimierungsgebot des § 50 BImSchG als Ausdruck des Trends vom repressiven zum präventiven Immissionsschutz.

⁶ *Widera*, Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung gemeindlicher Planungshoheit, 1985, S. 83 ff. m. w. N. und passim.

⁷ *Kraft*, Immissionsschutz und Bauleitplanung, 1988, S. 82 f., 89 f.; dem folgend BVerwG, Urteil vom 14. 4. 1989 — 4 C 52/87, DVBl. 89, 1050; Urteil vom 24. 9. 1992 — 7 C 7/92, DVBl. 93, 111 (113).

⁸ Vgl. dazu ausführlich *Kraft* (Fn. 7), S. 21 ff.

⁹ BVerwGE 74, 315 (326) unter Rückgriff auf BVerwG, Beschluß vom 6. 8. 1982 — 7 B 67/82, DÖV 82, 906 = NVwZ 83, 155; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 30. 9. 1983 — 4 C 74/78, UPR 84, 127 (128).

¹⁰ BGHZ 30, 273 (277, 279); 41, 264 (270); 54, 384 (389); Urteil vom 17. 12. 1982 — V ZR 55/82, NJW 83, 751 (752).

¹¹ Statt vieler nur *Baur*, JZ 74, 657 (660); *Hagen*, UPR 85, 192 (193, 196 ff.); *Marburger* (Fn. 1), S. C 102 ff. jeweils m. w. N. A. A. *Westermann* in: FS für Larenz, 1973, S. 1003 (1005 f.).

¹² BGH, Urteil vom 15. 1. 1971 — V ZR 110/68, DVBl. 71, 744 (745) mit ablehnender Anmerkung von *Bartsperger*.

¹³ Statt vieler *Papier*, UPR 85, 73 (78); *Gaentzsch*, UPR 85, 201 (210).

¹⁴ UPR 85, 192 (195).

fremd sei und deshalb der Betroffene seiner Rechte verlustig gehen könne,¹⁵ überzeugt nicht. *Gaentzsch* hat bereits darauf hingewiesen, daß die Dispositionsfreiheit der Kommune bei der Überwindung immissionsschutzrechtlicher Belange in der Abwägung gerade mangels kompensatorischer Geldausgleichsmöglichkeit nicht so weit reicht wie die der Planfeststellungsbehörde, so daß im Bebauungsplan derartige Gewichtungen als Abwägungsfehler zur Nichtigkeit führen würden.¹⁶ Der letzte Vorbehalt, daß das bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot nur die zur Zeit der Planaufstellung erkennbaren Interessenkonflikte lösen könne¹⁷ und deshalb zivilrechtliche Abwehrrechte wegen der sich erst aus der konkreten Nutzung ergebenden Problemfelder erforderlich seien,¹⁸ übersieht, daß der Nachbar gerade wegen der (möglichen) Variationsbreite potentieller Nutzungen durch Gebietsfestsetzungen nach der BauNVO beim nicht-anlagenbezogenen Bebauungsplan im Genehmigungsverfahren über § 15 BauNVO öffentlich-rechtliche Abwehrrechte ins Feld zu führen vermag.

Das BVerwG, das zur Prüfung öffentlich-rechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche im Immissionsschutzrecht alternativ Grundrechte bzw. die analog anzuwendenden §§ 1004, 906 BGB heranzieht, die Frage letztendlich aber offenläßt,¹⁹ hat deutlich herausgestellt, daß die Erheblichkeitsschwelle für Immissionen in § 3 Abs. 1 BImSchG identisch ist mit der Qualifizierung einer Beeinträchtigung als „wesentlich“ i. S. d. § 906 BGB.²⁰

Dieser begrüßenswerten These der Maßstabkongruenz, die das BVerwG aufgrund seiner auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten beschränkten Jurisdiktion nur für den Fall einer (eventuellen) analogen Anwendung des § 906 BGB im öffentlich-rechtlichen Nachbarrecht zu postulieren vermochte, hat sich der BGH ohne ausdrückliche Aufgabe seiner früheren Judikatur angeschlossen. In seinem Urteil vom 23. 3. 1990²¹ stellt der 5. Senat unter ausdrücklichem Rekurs auf die o. g. Entscheidungen des BVerwG fest, „daß kein Anlaß bestehe, die grundlegenden Maßstäbe, mit denen das private und das öffentliche Immissionsschutzrecht die Grenze für eine Duldungspflicht bestimmen, nämlich einerseits Wesentlichkeit und andererseits Erheblichkeit, unterschiedlich auszulegen . . .“ Und: „Im Interesse einer Vereinheitlichung zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Beurteilungsmaßstäbe (. . .) erscheint es geboten, die Bekl. in bezug auf die Zulässigkeit von Lärmemissionen privatrechtlich nicht günstiger zu stellen, als sie öffentlich-rechtlich stehen würde.“ Ein Meilenstein in den Bemühungen um Harmonisierung im Nachbarrecht!

Im Lichte der konvergenten Rechtsprechung von BGH und BVerwG ist das zu besprechende Urteil vom 26. 2. 1993 zu sehen. Im Ergebnis steht der BGH zwar weiterhin zur Maß-

stabkongruenz, koppelt sich aber dogmatisch von § 906 BGB ab und stellt auf den quasideliktischen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit insbesondere § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG als drittschützender Norm und die diesen Maßstab konkretisierende Auflage in der Baugenehmigung ab. Die vom BGH (Entscheidungsgründe sub 3.) vertretene Konkurrenz zwischen dem deliktischen und dem eigentumsrechtlichen Anspruch ist überzeugend, aber Besorgnis erregt die vom Senat für möglich gehaltene Anspruchsdivergenz (sub 3. a. E. und Leitsatz), die man eigentlich für überwunden gehalten hatte. Ich möchte diese Sentenzen nicht überinterpretieren, aber die Differenzierung zwischen *lex generalis* (§ 906 BGB) und *lex specialis* (Schutzgesetz) wäre überflüssig und würde leerlaufen, wenn sich der Senat seiner ausdrücklichen Vereinheitlichungsbestrebungen im Urteil vom 23. 3. 1990²² erinnert hätte. Ein Schritt zurück nach dem Vorbild der Echternacher Springprozession?

2. Die Eröffnung des Zivilrechtsweges zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Abwehransprüche im Falle der Qualifizierung der sie ausgestaltenden Vorschriften als Schutzgesetz ist durchweg überzeugend. Ihrer hätte es zwar bei Zugrundelegung der Maßstabkongruenz von § 3 Abs. 1 BImSchG und § 906 BGB nicht bedurft, weil der Kläger dann schon über die *actio negatoria* zum Ziel gekommen wäre, aber unter Abstraktion vom konkreten Fall wird durch diese dogmatische Konstruktion die öffentlich-rechtliche Position des Nachbarn erheblich gestärkt. Abgesehen von durch Gefährdung der Nachbarschaft bedingten Ermessensverdichtungen bis hin zur gebundenen Entscheidung²³ steht ein Einschreiten grundsätzlich im Ermessen der Behörde. Lediglich bei hoher Intensität der Beeinträchtigung des Nachbarn ist eine Reduzierung des Entscheidungsermessens denkbar.²⁴ Selbst wenn (wie im dem Urteil zugrundeliegenden Fall) zugunsten des Nachbarn eine Auflage in den Bescheid aufgenommen wurde, steht deren Vollstreckung wiederum im Ermessen der Behörde, was gerade bei der Durchsetzung von verhaltensbedingten Dauerpflichten zu unbefriedigenden Ergebnissen in der Praxis führt. Angesichts unzureichender fachtechnischer Personalausstattung und der fehlenden Bereitschaft, sich in die häufig durch nachbarschaftliche Querulanz gekennzeichneten Konflikte einzuschalten, wird das Interventionsermessen seitens der Behörden gerne vom Grundsatz „*minima non curat praetor*“ unter Duldung des Zustandes gesteuert.

An anderer Stelle²⁵ wurde bereits im Anschluß an die Ausführungen von *Konrad*²⁶ die Subsidiarität des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes in verschleierte Nachbarrechtsstreitigkeiten herausgearbeitet. Für diese Streitigkeiten mit ihren Beweisproblemen²⁷ besitzen die zivilprozessualen Verfahrensgrundsätze und Beweislastverteilungen höhere Systemgerechtigkeit, denn sobald die Verwaltung durch eine Seite als kosten- und risikoloses Druckmittel gegen den Nachbarn angegangen wird, übernimmt sie — interessen-

¹⁵ a. a. O. S. 198.

¹⁶ UPR 85, 201 (208).

¹⁷ So ausdrücklich § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB.

¹⁸ *Hagen*, UPR 85, 192 (198 f.).

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 29. 4. 1988 — 7 C 33/87, NJW 88, 2396 (Sirene); Urteil vom 19. 1. 1989 — 7 C 77/87, NJW 89, 1291 (Sportanlage Tegelsberg); dazu *Kraft*, JuS 90, 278 (280 f.); vgl. auch zur Grundlage des mit dem Unterlassungsanspruch verwandten Folgenbeseitigungsanspruchs *Kraft*, BayVBl. 92, 456 (457).

²⁰ BVerwG, Urteil vom 29. 4. 1988 — 7 C 33/87, NJW 88, 2396 (2397); Urteil vom 19. 1. 1989 — 7 C 77/87, NJW 89, 1291.

²¹ V ZR 58/89, DVBl. 90, 771 (772 f.).

²² Fn. 21.

²³ Vgl. §§ 17 Abs. 1 S. 1 und 2; 20 Abs. 2, 25 Abs. 1 und 2 BImSchG.

²⁴ Grundlegend BVerwGE 11, 95 (97). Dazu *Wilke* in: Festschrift Scupin, 1983, S. 831 (835 ff. m. w. N.); *Kraft*, BayVBl. 92, 456 (457 f. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

²⁵ *Kraft*, BayVBl. 92, 456 (461).

²⁶ BayVBl. 84, 33 ff. und 70 ff. Dem folgend *Marburger* (Fn. 1), S. C 38 ff. und 42 ff. mit Übersicht über den Meinungsstand.

mäßig betrachtet — seine Beweisführungslast. Bei einem vor dem Verwaltungsgericht ausgetragenen Nachbarstreit fallen materielle Interessenpolarisation und formale Partierollen auseinander, wobei an letztere aber die kostenmäßigen Prozeßrisiken vinkuliert sind. Mit dem Zivilprozeß steht ein die Interessengegensätze und Partierollen zur Kongruenz bringendes Forum zur Verfügung, so daß der Nachbar trotz des administrativen Entschließungs- und Vollstreckungsermessens nicht rechtsschutzlos gestellt wird. Diese prozedurale Effektivierung des Nachbarschutzes ist vorbehaltlos zu begrüßen.

Dr. Ingo Kraft, Ansbach

²⁷ Es gehört nicht viel Phantasie dazu, sich ein durch die fehlende Möglichkeit des gegenseitigen Ausweichens bedingtes, durch kleine Grundstückszuschnitte und den engen Kontakt in Reihenhaussiedlungen gesteigertes und dann noch durch querulatorische Neigungen und insbesondere den Willen, seine Eigentumsrechte voll ausleben zu wollen (gerade bei Wohnungseigentum zu beobachten!) gewürztes, langsam aber stetig steigendes Nachbarschaftsdrama vorzustellen. Diese perhorreszierende Vision ist angesichts wohl spezifisch deutscher Mentalitätsmerkmale in der Realität alles andere als eine Fiktion. Wenn dieses Melodram dann endlich zu einer behördlichen oder gerichtlichen Auseinandersetzung führt, kommen einem Juristen — empirisch bedingt — die typischen Einlassungen sofort in den Sinn: Die Fenster waren geöffnet/geschlossen; die Musik war laut/leise; in der Zeit nach 22 Uhr spielte (keine) Musik, etc.

2. DDR: ZGB §§ 63, 66, 68, 297, 305; BGB § 242 (*Aufrechterhaltung in der ehemaligen DDR abgeschlossener formnichtiger Grundstückskaufverträge nach Treu und Glauben*)

Haben die Parteien im Hinblick auf die Reglementierung des Bodenverkehrs in der DDR zum Schein einen Grundstücksschenkungsvertrag beurkunden lassen, so kann es erforderlich sein, den verdeckt abgeschlossenen formnichtigen Kaufvertrag nach Treu und Glauben als wirksam zu behandeln. Der Käufer ist dann Eigentümer geworden.

BGH, Urteil vom 10. 12. 1993 — V ZR 158/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien ließen anstelle eines verdeckt abgeschlossenen Vertrages, mit dem der Kläger sein in der ehemaligen DDR gelegenes Grundstück für 115.000 Mark der DDR an den Beklagten verkaufte, am 10. 12. 1987 einen Grundstücksschenkungsvertrag notariell beurkunden. Der Beklagte zahlte 70.000 Mark der DDR in bar und schloß mit dem Kläger in Höhe des Restes einen Darlehensvertrag. In der Folgezeit zahlte der Beklagte noch 10.000 Mark. Eine wegen des restlichen Betrages im Februar 1990 erhobene Klage aus dem Darlehensvertrag wurde mit der Begründung abgewiesen, daß die behauptete Hingabe eines Geldbetrages als Darlehen nicht bewiesen worden sei. Mit der dem Beklagten am 4. 10. 1990 zugestellten Klage verlangt der Kläger nunmehr die Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Grundstücksschenkungsvertrages sowie die Verurteilung des Beklagten zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks. Das Kreisgericht hat der Klage stattgegeben, das Bezirksgericht hat sie abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

III. Ob die Abweisung der Herausgabeklage aus anderen Gründen im Ergebnis richtig ist (§ 563 ZPO), entzieht sich einer abschließenden Entscheidung durch den Senat, weil es hierzu noch tatsächlicher Feststellungen bedarf.

Es stellt sich nämlich die Frage, ob einem verdeckten Rechtsgeschäft, das die Parteien — wie hier — wegen der Reglementierung des Bodenverkehrs in der ehemaligen DDR abgeschlossen haben und nicht offenlegen konnten oder wollten, Bestandsschutz zu gewähren ist. Dies brauchte der Senat bisher noch nicht zu entscheiden (Senatsurteile vom 19. 3. 1993, V ZR 247/91, WM 1993, 998 und vom 7. 5. 1993, V ZR 99/92, WM 1993, 1291), ist nunmehr jedoch im Grundsatz zu bejahen.

1. Die Aufrechterhaltung vollzogener Grundstücksgeschäfte in der ehemaligen DDR läßt sich allerdings nicht mit einer entsprechenden Anwendung von § 313 Satz 2 BGB begründen.

Abgesehen davon, daß es hierfür an der erforderlichen Gesetzeslücke fehlt, greift auch der Schutzzweck der Vorschrift nicht unmittelbar. § 313 Satz 2 BGB findet seine Rechtfertigung nach heutiger Ansicht in erster Linie in dem Ziel der Rechtssicherheit des Immobilienverkehrs. Die durch Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung eingetretenen „sachenrechtlich abgeschlossenen Verhältnisse“ (Senatsurteil vom 17. 3. 1978, V ZR 217/75, NJW 1978, 1577 [= DNotZ 1978, 539]; BGHZ 73, 391, 397 [= DNotZ 1979, 539]; 82, 398, 405 [DNotZ 1982, 433]) bzw. die hierdurch verfestigte „sachenrechtliche Konsequenz“ (BGHZ 82, 398) sollen aufrecht erhalten werden. Wenn auch die Einzelheiten hierzu noch nicht abschließend geklärt sein mögen (vgl. *Hagen/Brambring*, Der Grundstückskauf, 5. Aufl., Rdnr. 79–82; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, Diss. 1992, S. 62 f., 78 f., 95 f.), so besteht doch Einigkeit darin, daß die Regelung an die Trennung von schuldrechtlichem Verpflichtungstatbestand und dinglichem Vollzug anknüpft, die das — hier maßgebliche (Art. 233 § 7 EGBGB) — Zivilgesetzbuch der DDR nicht kannte. Darüber hinaus hatte in der DDR die staatliche Kontrolle des Bodenverkehrs absoluten Vorrang vor der Rechtssicherheit. Dies hat sich erst mit dem Umbruch der gesellschaftlichen Verhältnisse geändert.

2. Der Verkäufer muß sich aber seit Inkrafttreten des Einigungsvertrages nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an dem vollzogenen Vertrag festhalten lassen.

Nach gefestigter Rechtsprechung ist ein an sich formnichtiger Grundstückskaufvertrag in besonderen Ausnahmefällen als wirksam zu behandeln, wenn die Nichtigkeitsfolge mit Treu und Glauben unvereinbar wäre (BGHZ 85, 315, 318 m. w. N. [= DNotZ 1983, 232]; Senatsurteil vom 21. 2. 1992, V ZR 273/90, WM 1992, 923, 924; *Hagen/Brambring*, Der Grundstückskauf, 5. Aufl., Rdnr. 83 ff.). Zu den in diesem Zusammenhang anerkannten Fallgruppen (vgl. BGHZ 85, 315, 319 [= DNotZ 1983, 232]; *Hagen/Brambring* a. a. O.) kommen nach der Herstellung der Einheit Deutschlands die Fallgestaltungen hinzu, in denen die Parteien im Hinblick auf die staatliche Reglementierung des Grundstücksverkehrs in der ehemaligen DDR anstelle eines verdeckt abgeschlossenen Kaufvertrages zur Erlangung der behördlichen Genehmigung einen Schenkungsvertrag haben beurkunden lassen und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewirkt haben. Denn es widerspräche dem nunmehr vorherrschenden — in § 313 Satz 2 BGB zum Ausdruck gekommenen — objektiven Interesse an der Rechtssicherheit im Immobilienverkehr durch Aufrechterhaltung erfüllter Rechtsgeschäfte, wenn der Verkäufer sich allein wegen des eingetretenen Wandels

der gesellschaftlichen Verhältnisse von einem Vertrag lösen könnte, den beide Parteien bis dahin als gültig betrachtet haben und dem in der ehemaligen DDR auch ein gewisser tatsächlicher Bestandsschutz zugute kam.

a) Nach § 297 Abs. 1 Satz 2 ZGB und nach der Grundstücksverkehrsverordnung vom 15. 12. 1977 (GBl I S. 73) waren Verträge, durch die Eigentum an einem Grundstück übertragen werden sollte, genehmigungspflichtig. Das Genehmigungserfordernis diente der staatlichen Leitung und Kontrolle des Grundstücksverkehrs. Die Genehmigung eines Grundstücksverkaufs erstreckte sich auch auf die preisrechtliche Unbedenklichkeit des Geschäfts, wodurch die Durchsetzung der Preisanordnung Nr. 415 vom 6. 5. 1955 (GBl I S. 330) gesichert werden sollte, die bei eigengenutzten Grundstücken auf Einheitswerte aus dem Jahr 1936 zurückgriff (Senatsurteil vom 16. 4. 1993, V ZR 87/92, NJW 1993, 2050 [= MittBayNot 1993, 391]). Diesen Beschränkungen versuchten die Beteiligten vielfach dadurch auszuweichen, daß sie bei Kaufverträgen eine vom beurkundeten Preis abweichende Geldzahlung, in manchen Fällen auch in Devisen, vereinbarten oder statt des gewollten entgeltlichen Geschäfts eine Schenkung beurkunden ließen (Senatsurteil vom 16. 4. 1993, a. a. O.). Dies hatte den Vorteil, daß der Wert des Grundstücks nicht vom Taxator ermittelt werden mußte, was erhebliche Zeit in Anspruch nehmen konnte. Die Parteien waren dann in der Bestimmung des Kaufpreises frei. Hinzu kam, daß eine protokollierte Schenkung dem äußeren Erscheinungsbild nach eine Gewinnerzielungsabsicht ausschloß und deshalb, jedenfalls bei Hinzutreten eines persönlichen Nutzungsbedürfnisses des Erwerbers, eine Versagung der Genehmigung oder die Ausübung des Vorkaufsrechtes weniger wahrscheinlich machte (Senatsurteil vom 16. 4. 1993, a. a. O.).

b) In dieser Weise sind auch die Parteien vorgegangen. Sie haben zur Vermeidung einer Wertermittlung durch den Taxator und zur Umgehung einer preisrechtlichen Unbedenklichkeitsprüfung anstelle des verdeckt abgeschlossenen Kaufvertrages einen Schenkungsvertrag beurkunden und die Rechtsänderung in das Grundbuch eintragen lassen. Damit war der Vertrag in tatsächlicher Hinsicht vollzogen, weil — wie das Berufungsgericht festgestellt hat — die Parteien eines verdeckten Kaufvertrages es in der Regel vermieden haben, den wahren Sachverhalt zu offenbaren. Wäre nämlich bekannt geworden, daß sie anstelle des protokollierten Schenkungsvertrages einen Kaufvertrag abgeschlossen haben, hätte die Genehmigung verweigert und die zu Unrecht erlangte Kaufpreiszahlung zugunsten des Staates eingezogen werden können (§ 69 Abs. 2 ZGB). Denn das Geschäft war nicht nur formnichtig, sondern verstieß auch gegen das in § 2 der Preisanordnung Nr. 415 enthaltene Verbot, die preisrechtliche Unbedenklichkeitsprüfung zu umgehen. Die Parteien hatten daher ein Interesse daran, den wahren Sachverhalt nicht offenzulegen. Dies garantierte die Beständigkeit des einmal vollzogenen Geschäfts. Dieser tatsächliche Bestandsschutz ist erst mit dem eingetretenen Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse entfallen. Dies kann es jedoch nicht rechtfertigen, die Grundstücksgeschäfte nunmehr rückabzuwickeln.

c) Muß der Verkäufer sich aber an dem verdeckt abgeschlossenen und vollzogenen Geschäft nach Treu und Glauben festhalten lassen, ist der Kaufvertrag als wirksam zu behandeln. Dies hat — ungeachtet aller unterschiedlichen dogmatischen Begründungsversuche (vgl. Münch-Komm-BGB/Förschler, 3. Aufl., § 125 Rdnr. 53) — zur

Folge, daß der Verkäufer Erfüllung verlangen kann (BGHZ 23, 249, 258) und dem Käufer die ihm nach dem gemäß Art. 232 EGBGB maßgeblichen Recht der ehemaligen DDR eingeräumten Gegenrechte aus dem Grundstückskaufvertrag (§ 302 ZGB) zustehen. Die Bindung an den an sich formnichtigen Vertrag erzeugt aber nicht nur die entsprechenden Rechte und Pflichten aus dem Geschäft, sondern führt auch dazu, daß das Eigentum an dem Grundstück gem. § 297 Abs. 2 ZGB mit der Eintragung in das Grundbuch auf den Erwerber übergegangen ist.

3. Etwas anderes hat allerdings dann zu gelten, wenn der Käufer sich nicht an den Vertrag gehalten und die Erfüllung seiner Pflichten unter Berufung auf die Formnichtigkeit des Geschäfts verweigert hat. Denn es widerspräche geradezu Treu und Glauben, den Verkäufer an einem Vertrag festzuhalten, den der Käufer nicht als gültig angesehen hat.

Da das Berufungsgericht unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt die Sache nicht geprüft und Feststellungen nicht getroffen hat, ist sie insgesamt zur weiteren Aufklärung zurückzuverweisen.

3. BGB §§ 270 Abs. 1, 362 (*Zeitpunkt der Erfüllung bei Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto*)

Zur Frage, ob die Kaufpreisschuld eines Grundstückskäufers erfüllt sein kann, bevor der beim Notar hinterlegte Kaufpreis an den Verkäufer ausgezahlt wird.

BGH, Urteil vom 17. 2. 1994 — IX ZR 158/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, eine schweizerische Immobiliengesellschaft, verlangt vom beklagten Notar Schadensersatz, weil er einen restlichen Grundstückskaufpreis nicht an sie als Verkäuferin, sondern an einen Dritten ausgezahlt hat.

Sie veräußerte ab 1980 zahlreiche Grundstücke in Westdeutschland. Dabei war für sie Rechtsanwalt E. tätig. . . .

Mit dem vom Beklagten beurkundeten Vertrag vom 29. 11. 1985 verkaufte die Klägerin, vertreten durch E. als Vertreter ohne Vertretungsmacht, ein Grundstück in K. für 185.000 DM. Am 18. 12. 1985 genehmigte die Klägerin den Vertrag. Nach § 3 des Vertrages war der Kaufpreis „durch Hinterlegung“ auf ein Anderkonto des Beklagten zu zahlen; dieser wurde angewiesen, mit dem Kaufpreis Grundpfandrechte abzulösen und den Restbetrag an die Klägerin auf deren Konto bei der Volksbank R. „auszuzahlen“, sobald die Löschung der Grundpfandrechte und der vertragsmäßige Eigentumswechsel sichergestellt waren.

Die Ablösung einer Grundschuld von 20.000 DM verzögerte sich, weil der verlorengegangene Brief für kraftlos erklärt werden mußte. Mit Rücksicht darauf erteilten die Vertragspartner dem Beklagten im Juni 1986 eine schriftliche „Anweisung“. Danach hatte dieser die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch „gegen“ Auszahlung eines Teilkaufpreises zu veranlassen, sofern die Grundpfandrechte bis auf die genannte Grundschuld gelöscht waren; den Restkaufpreis von 30.000 DM sollte der Beklagte so lange auf seinem Anderkonto einbehalten, bis die Löschungunterlagen für diese Grundschuld vorlagen, und sodann diesen Betrag an die Klägerin Zug um Zug gegen Löschung der Grundschuld auszahlen.

Im Juli 1986 überwies der Beklagte einen Teilkaufpreis von 100.873,24 DM auf das im Vertrag angegebene Konto der Klägerin. Nachdem alle Grundpfandrechte — mit Hilfe des E. — im August 1988 gelöscht worden waren, wurde der Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 2. 8. 1988 bat E. den Beklagten, das Anderkonto abzurechnen und den Restkaufpreis, der 31.390,76 DM betrug, auf sein „Anderkonto H.“ — dies ist die Firma der Klägerin — bei der Volksbank B. zu überweisen. Dies geschah am 15. 10. 1988.

E. führte den Betrag nicht an die Klägerin ab und schädigte diese bei anderen Grundstücksverkäufen um etwa 2,3 Mio DM. Er ist vermögenslos.

Der Ersatzklage hat das Landgericht im wesentlichen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die zugelassene Revision, mit der die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt, hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat zu Recht geprüft, ob der Klageanspruch durch § 19 BNotO gestützt wird. . . .

III. Die Revision beanstandet mit Erfolg die Ansicht des Berufungsgerichts, die schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Beklagten habe die Klägerin nicht geschädigt.

Dazu hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Schaden erlitten, weil ihr Kaufpreisanspruch in Höhe des veruntreuten Betrages nicht erloschen sei. Für eine Vereinbarung, die Kaufpreisforderung habe mit Zahlung auf das Notaranderkonto als erfüllt gelten sollen, ergäben sich aus dem Vertragswortlaut und dem Vorbringen der Parteien keine Anhaltspunkte. Die Klägerin habe E. nicht zum Geldempfang bevollmächtigt gehabt. Die Voraussetzungen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht seien nicht gegeben, weil der Beklagte nicht auf den Rechtschein einer Vollmacht vertraut habe. Die Klägerin handele nicht treuwidrig, wenn sie den Käufer erneut in Anspruch nehme.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit ein Schaden der Klägerin verneint wurde.

Diese ist geschädigt, wenn sich ihre Vermögenslage infolge der Amtspflichtverletzung des Beklagten gegenüber dem Vermögensstand, den sie bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten hätte, verschlechtert hat (vgl. BGHZ 27, 181, 183 f.; 75, 366, 371; 99, 182, 196).

Hätte der Beklagte die Weisung seiner Auftraggeber beachtet, so hätte er den restlichen Kaufpreis auf das — in § 3 des Vertrages angegebene — Konto der Klägerin überwiesen. Mit der Kontogutschrift des Betrages wäre dessen Wert in das Vermögen der Klägerin übergegangen und spätestens jetzt deren Kaufpreisanspruch erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB; vgl. BGHZ 6, 121, 122; BGH, Urteil vom 13. 3. 1953 — V ZR 92/51, NJW 1953, 897).

Durch die auftragswidrige Überweisung des restlichen Kaufpreises an einen Dritten ist die Klägerin geschädigt worden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klägerin nicht mehr Inhaberin des Kaufpreisanspruchs, vielmehr war dieser bereits erloschen, als der Beklagte das hinterlegte Geld an E. überwies.

1. Allerdings hatte der Käufer seine Kaufpreisschuld noch nicht getilgt, als der von ihm überwiesene Betrag auf dem Anderkonto des beklagten Notars gutgeschrieben wurde (§ 362 BGB).

a) Ein Notar, der als Treuhänder Geld zur Aufbewahrung oder Ablieferung übernimmt, wird nicht als Vertreter einer Partei, sondern als unparteiischer Betreuer für sämtliche

Beteiligten tätig (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO; BGH, Urteil vom 10. 6. 1964 — V ZR 72/62, DNotZ 1965, 343, 345; vom 5. 5. 1986 — III ZR 240/84, WM 1986, 933, 934 [= DNotZ 1987, 155]; Seybold/Hornig, BNotO 5. Aufl. § 24 Rdnr. 17). Etwas anderes machen die Parteien nicht geltend.

Ob ein Notar im Rahmen seines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zu den Beteiligten vom Gläubiger gem. § 362 Abs. 2 in Verbindung mit § 185 BGB ermächtigt werden kann, die vom Schuldner zu erbringende Leistung mit befreiender Wirkung in Empfang zu nehmen (unentschieden in BGHZ 87, 156, 163 [= DNotZ 1983, 549]), kann hier dahinstehen. Eine solche Ermächtigung wurde von den Parteien nicht behauptet und vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Dies gilt auch für eine Ermächtigung des Käufers durch die Klägerin, den Kaufpreis mit Erfüllungserfolg an den Notar zu zahlen (vgl. BGHZ 87, 156, 163).

b) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die von den Vertragspartnern vereinbarte „Hinterlegung“ des Kaufpreises auf dem Anderkonto des beklagten Notars keine solche im Sinne der §§ 372 ff. BGB war und deswegen nicht die in §§ 378, 379 BGB festgelegten Wirkungen hatte (vgl. BGHZ 87, 156, 160).

c) Weiterhin hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß die vereinbarte Hinterlegung beim Notar zunächst nicht zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs geführt hat.

Gem. § 362 BGB erlischt das Schuldverhältnis grundsätzlich noch nicht mit der Leistungshandlung des Schuldners, sondern erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges beim Gläubiger (BGHZ 87, 156, 162 m. w. N.). Eine Vorverlegung dieses Zeitpunkts auf die vereinbarte Überweisung auf ein Notaranderkonto ist im Regelfall wegen der Interessenlage der Beteiligten nicht anzunehmen (BGHZ 87, 156, 162 ff.; 105, 60, 64 [= MittBayNot 1988, 244 = DNotZ 1989, 234]; BGH, Urteil vom 5. 5. 1986 — III ZR 240/84, a. a. O.). Wäre die Kaufpreisschuld bereits mit der Hinterlegung des Kaufpreises beim Notar erfüllt, so trüge der Käufer die Gefahr, daß über das Vermögen des Verkäufers das Konkursverfahren eröffnet wird, bevor dieser seine Vertragspflicht erfüllt hat. Der Käufer wäre dann mit seinem Anspruch auf Erfüllung oder Rückzahlung des Kaufpreises auf die Konkursquote beschränkt. Deswegen hat die vertragsgemäße Hinterlegung beim Notar nur dann Erfüllungswirkung, wenn die Vertragspartner dies ausnahmsweise vereinbaren (BGHZ 87, 156, 162, 164). Nach der unbeanstandeten Feststellung des Berufungsgerichts ist eine solche Abrede im vorliegenden Falle nicht getroffen worden.

d) Für den — hier vorliegenden — Fall, daß der Kaufpreis beim Notar im Interesse beider Vertragspartner hinterlegt ist, wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, in der Regel sei die Kaufpreisschuld erfüllt, sobald das Sicherungsinteresse des Käufers erloschen sei und „alleinige Rechtszuständigkeit“ des Verkäufers bezüglich der Hinterlegungssumme bestehe, also Auszahlungsreife eingetreten sei; von diesem Zeitpunkt an gebe es meistens keinen Grund, die Erfüllungswirkung aufzuschieben (Zimmermann DNotZ 1980, 451, 461; 1983, 552, 556; 1989, 262, 263 f.; Brambring DNotZ 1990, 615, 633). Ob dieser — von der Revision geteilten — Auffassung zu folgen ist, kann dahinstehen.

2. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Vertragsparteien eine Erfüllungswirkung

Verbindung mit den landesrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich auf Verträge, die, wie in Art. 96 EGBGB vorausgesetzt, mit einer Grundstücksüberlassung in Verbindung stehen (vgl. BGHZ 53, 41, 42 [= DNotZ 1970, 249] — zu § 850 b Abs. 1 ZPO, Art. 15 PrAGBGB; Senatsurteile vom 29. 9. 1962, V ZR 91/61, NJW 1962, 2249, 2250; vom 19. 6. 1964, V ZR 4/63, LM PreußAGBGB Art. 15 Nr. 6 Bl. 2; vom 3. 4. 1981, V ZR 55/80, NJW 1981, 2568, 2569 [= DNotZ 1982, 45]; vom 4. 12. 1981, V ZR 37/81, DNotZ 1982, 697, 698).

Die hier für das vorlegende Oberlandesgericht maßgebliche andere Rechtsfrage ist jedoch, ob die Zusammenfassung der vereinbarten Rechte als Altenteil oder — wie hier — unter einer Bezeichnung gleichen Inhalts gem. § 49 GBO eintragungsfähig ist. Diese Vorschrift, die den geschlossenen Kreis dinglicher Rechte nicht etwa erweitert, dient der Vereinfachung des Grundbuchverfahrens: Über § 874 BGB hinausgehend erlaubt sie, daß nicht nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts der dinglichen Rechte, sondern auch zur Bezeichnung bestimmter Rechte selbst auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird. Diese Sonderregelung soll den Grundbuchverkehr vereinfachen und im Interesse besserer Übersichtlichkeit das Grundbuch vor der sonst notwendigen Eintragung einer Mehrzahl dinglicher Rechte bewahren (BGHZ 58, 57, 59 [= MittBayNot 1972, 120 = DNotZ 1972, 487]; BayObLGZ 1975, 132, 133 [= MittBayNot 1975, 170 = DNotZ 1975, 622] m. w. N.). Die Auslegung des § 49 GBO braucht deshalb nicht notwendig zu demselben Ergebnis zu führen wie diejenige von Art. 96 EGBGB in Verbindung mit den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften. Das angeführte Urteil des Bundesgerichtshofes vom 28. 10. 1988 [= MittBayNot 1989, 81] steht daher der Statthaftigkeit der Vorlage nicht entgegen.

II. 1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. . . .

2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das vorlegende Gericht, wie auch schon das Landgericht, von einer zulässigen Erstbeschwerde ausgegangen. . . .

3. Die weitere Beschwerde ist, wie das vorlegende Gericht im Ergebnis richtig angenommen hat, auch begründet.

Anders als im Zusammenhang mit Art. 96 EGBGB ist im Sinne des § 49 GBO die Überlassung eines Grundstücks zwar häufig der Anlaß, nicht aber auch begrifflich Voraussetzung eines Altenteils (vgl. RGZ 162, 52, 57, 59 — zu § 9 EGZPO und in Abgrenzung zu Art. 96 EGBGB; BayObLGZ 1975, 132, 135 [= MittBayNot 1975, 170 = DNotZ 1975, 622]; *Horber/Demharter*, GBO 20. Aufl. § 49 Rdnr. 3, 8; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht 4. Aufl. § 49 Rdnr. 2, jeweils m. w. N.). Der Rechtsgrund, dem das Altenteil im Einzelfall seine Entstehung verdankt, ist für seine Begriffsbestimmung nicht wesentlich. Maßgeblich sind allein die seinen Inhalt ausmachenden Rechte. Diese Rechte sind im wesentlichen Ansprüche auf Sach- und Dienstleistungen, die aus und auf einem Grundstück zu gewähren sind, der allgemeinen und persönlichen Versorgung des Berechtigten dienen und — regelmäßig lebenslängliche — Verknüpfung des Berechtigten mit dem belasteten Grundstück bezwecken; sie ruhen als Reallasten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten auf dem Grundstück, aus dem sie zu befriedigen sind. In der Verknüpfung miteinander bilden sie das Altenteil (Leibgedinge; vgl. RGZ 162, 52, 57, 59). Die erweiterte Bezugsmöglichkeit gem. § 49 GBO rechtfertigt sich daraus, daß

ein derartiges selbständiges Rechtsgebilde (RGZ 104, 272, 274) wegen seines durch den Versorgungszweck bedingten und damit typisierten Inhalts in aller Regel durch die gleichen dinglichen Rechte (beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Reallast) gesichert wird und deren Wiedergabe im Grundbuch selbst daher auch durch den Grundsatz der Grundbuchklarheit nicht zwingend geboten ist (BayObLGZ 1975, 132, 133).

Ist in diesem Zusammenhang sonach die Überlassung eines Grundstücks zwar wohl die Regel, nicht aber ein Begriffsmerkmal, so folgt schon hieraus, daß auch in den Fällen, in denen es neben der Versorgungsleistung tatsächlich zu einer Grundstücküberlassung kommt, die Zweckbestimmung des zu überlassenden Grundstücks und seine Eignung zur Sicherung wenigstens eines Teils der wirtschaftlichen Existenz des Übernehmers nicht Voraussetzung der vereinfachten Eintragung nach § 49 GBO sein kann (ebenso *Horber/Demharter* § 49 Rdnr. 3, 8).

Auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift kommt es nur darauf an, daß es sich um eine Bündelung von Rechten handelt, die typischerweise zu Versorgungszwecken als Altenteil im Grundbuch eingetragen werden. Schon dann wird derjenige, der in das Grundbuch Einsicht nimmt, durch den Text der Grundbucheintragung hinreichend darauf hingewiesen, daß er zur vollständigen Information über den Grundbuchinhalt auch den Text der Eintragungsbewilligung zur Kenntnis nehmen muß. Welche schuldrechtlichen Vereinbarungen die Beteiligten neben der dinglichen Absicherung des Versorgungsberechtigten getroffen haben, ist dagegen für die angestrebte Entlastung des Grundbuchs unerheblich. Vielmehr würde der Entlastungs- und Vereinfachungseffekt zu teuer erkauft, wenn das Grundbuchamt jeweils umständliche Ermittlungen und Wertungen darüber anstellen müßte, ob die Gesamtheit der Vereinbarungen etwa den Charakter eines Austauschvertrages trägt und ob das zu belastende Grundstück, wenn es gleichzeitig dem Schuldner der Versorgungsleistungen überlassen wird, diesem mindestens teilweise die wirtschaftliche Existenz sichern soll und sichern kann. Derartige Ermittlungen, die sich u. a. z. B. auf den Verkehrswert erstrecken müßten, würden das Grundbuchamt mit Aufgaben belasten, die dem formellen Grundbuchrecht fremd sind und zu einer vermeidbaren Verzögerung und Verteuerung des Verfahrens führen würden.

Wie in der Rechtsprechung ebenfalls schon seit langem anerkannt ist, braucht das eingetragene Recht nicht ausdrücklich als „Altenteil“, „Leibgedinge“ o. ä. bezeichnet zu sein. Es genügt, daß sich der Charakter des Rechts (oder der Rechte) als eines Altenteils — wie hier — aus der Grundbucheintragung oder aus der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung hinreichend deutlich ergibt (RGZ 152, 104, 109 f. — zu § 9 EG z. ZVG und zu Art. 6 PrAG z. ZVG; OLG Hamm, OLGZ 1969, 380, 381 [= DNotZ 1970, 37]; BayObLGZ 1975, 132, 134 [= MittBayNot 1975, 170 = DNotZ 1975, 622]).

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zum Altenteil auch BayObLG in diesem Heft S. 225, OLG Köln MittBayNot 1994, 134, OLG Zweibrücken MittBayNot 1994, 136, BFH in diesem Heft S. 262 und *Wolf*, MittBayNot 1994, 117.

5. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2 (*Erwerberhaftung für Wohngeldrückstände*)

Die durch Teilungserklärung getroffene Bestimmung, wonach auch der Erwerber einer Eigentumswohnung für Wohngeldrückstände des Voreigentümers haftet, ist grundsätzlich wirksam.

BGH, Beschluß vom 24. 2. 1994 — V ZB 43/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 27. 4. 1989 kaufte der Antragsgegner eine Eigentumswohnung im Dachgeschoß einer Wohnanlage in B. Besitz, Nutzungen und Lasten sollten ab 1. 7. 1989 auf den Antragsgegner übergehen. Zu dieser Zeit war das Sondereigentum mit einem Miteigentumsanteil sowie einem Sondernutzungsrecht an Räumen im Erdgeschoß verbunden, deren Abtrennung am 19. 11. 1990 im Wohnungsgrundbuch eingetragen wurde. Nach der Gemeinschaftsordnung sind in allen Übertragungsfällen Wohngeldrückstände vom Erwerber zu übernehmen.

Gemäß dem Eigentümerbeschluß vom 7. 4. 1990 ergab die Jahresabrechnung 1989 für den damaligen Wohnungseigentümer einen Minussaldo von 24.797,01 DM. Die Jahresabrechnung 1990 wurde in der Eigentümerversammlung vom 4. 5. 1991 beschlossen; in die Einzelabrechnung für die Eigentumswohnung des Antragsgegners war der Rückstand aus 1989 aufgenommen und insgesamt eine Nachzahlungspflicht von 21.698,37 DM errechnet.

Auf Antrag der übrigen Wohnungseigentümer wurde der Antragsgegner durch das Amtsgericht verpflichtet, an die Antragsteller als Mitgläubiger zu Händen der Verwalterin 21.698,37 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen, den Antrag, den Beschluß der Eigentümerversammlung vom 4. 5. 1991 für ungültig zu erklären und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Anfechtungsfrist zu gewähren, verworfen. Die gegen die Zurückweisung seiner Beschwerde gerichtete sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners hält das Kammergericht für sachlich begründet. Es sieht sich an einer Aufhebung des angefochtenen Beschlusses jedoch durch die auf weitere Beschwerden ergangenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte Düsseldorf vom 3. 1. 1973 — 3 W 206/72, DNotZ 1973, 552, Köln vom 29. 12. 1977 — 16 Wx 124/77, OLGZ 1978, 151 [= MittBayNot 1979, 19] und Frankfurt vom 13. 5. 1980 — 20 W 77/88, Rpfleger 1980, 349 = OLGZ 1980, 420, gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat die sofortige weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1 WEG; §§ 27, 28 Abs. 2 FGG). (*Wird ausgeführt.*)

II. 1. Die sofortige weitere Beschwerde, mit der sich der Antragsgegner lediglich gegen die Zurückweisung seiner Beschwerde wendet, ist zulässig, aber im Ergebnis nicht begründet.

2. Das Landgericht ist der Auffassung, der Antragsgegner sei aufgrund der beschlossenen Gesamt- und Einzelabrechnung für das Jahr 1990 verpflichtet, 21.698,37 DM nebst Zinsen an die Antragsteller zu zahlen. Dieser Beschluß sei bestandskräftig geworden und bilde den Rechtsgrund für die Zahlungspflicht, da er nicht rechtzeitig angefochten worden sei und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Anfechtungsfrist nicht gewährt werden könne.

Dies hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zutreffend ist zwar der Ausgangspunkt, daß erst mit Beschluß der Eigentümerversammlung über die Jahres- und Einzelabrechnungen im Innenverhältnis der Eigentümer die Pflicht

zur Tragung der Lasten und Kosten gem. § 16 Abs. 2 WEG in konkreter Höhe begründet wird (BGHZ 104, 197, 202 f. m. w. N. [= MittBayNot 1988, 178 = DNotZ 1989, 148]; 107, 285, 287 [= MittBayNot 1989, 269 = DNotZ 1990, 371]; 108, 44, 47 [= DNotZ 1990, 373]) . . . Allerdings begründete der Eigentümerbeschluß vom 4. 5. 1991 nach seinem Inhalt keine Zahlungspflicht des Antragsgegners. (*Wird ausgeführt.*)

3. Die Entscheidung erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 563 ZPO).

Das Landgericht hat festgestellt, daß die Jahresabrechnung 1989 am 7. 4. 1990 von den Eigentümern beschlossen und aufgrund dessen der Wohngeldrückstand des Voreigentümers bestandskräftig festgestellt ist (§§ 23 Abs. 4 Satz 1, 28 Abs. 5 WEG). Die Festlegung (24.797,01 DM) für das Wirtschaftsjahr 1989 erstreckte sich aber nicht ohne weiteres auch auf den Antragsgegner als Erwerber des Wohnungseigentums. Ein Haftungsübergang für gegen den Rechtsvorgänger fällig gestellte rückständige, im Verhältnis der Wohnungseigentümer begründete Verbindlichkeiten ist gesetzlich nicht vorgesehen (BGHZ 88, 302, 305 [= DNotZ 1984, 556]; 95, 118, 121; 99, 358, 360 [= MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27]; BayObLG Rpfleger 1979, 352 [= MittBayNot 1979, 114 = DNotZ 1980, 48]; BayObLGZ 1984, 198, 200 [= DNotZ 1985, 416]; OLG Düsseldorf Rpfleger 1983, 387; OLG Karlsruhe MDR 1979, 58 f.; KG OLGZ 1977, 1, 5 und Rpfleger 1985, 11; OLG Braunschweig MDR 1977, 230). Diese Ansicht der Rechtsprechung wird von der Literatur überwiegend geteilt (*Weitnauer*, WEG 7. Aufl. § 16 Rdnr. 33; *Soergel/Stürner*, BGB 12. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 8 a; *Palandt/Bassenge*, BGB 53. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 21; *RGRK/Augustin*, BGB 12. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 31; *Erman/Ganten*, BGB 9. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 4; a. A. von einem mitgliederschaftsrechtlichen Ansatz ausgehend *Bärmann/Pick*, WEG 12. Aufl. § 16 Rdnr. 31; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG 6. Aufl. § 16 Rdnr. 104; *Pick*, JR 1988, 205; *ders.* in *Festschrift für Bärmann und Weitnauer* 1985, S. 70 und Rpfleger 1972, 99, 103; *Junker*, Die Gesellschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 1993, S. 246 f., 250 f.; *MünchKomm-BGB/Röll* 2. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 25, 25 a, für Ansprüche aus dem Wirtschaftsjahr der Veräußerung, *ders.* NJW 1983, 153 f., 1976, 1473 f.). Der Senat sieht keinen Anlaß hiervon abzuweichen.

4. Eine Zahlungspflicht besteht demnach nur, wenn die Regelung der Gemeinschaftsordnung den Antragsgegner wirksam für die entstandenen Rückstände haften läßt. Dies ist der Fall.

Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer ihre Verhältnisse untereinander durch Vereinbarung grundsätzlich frei gestalten. Wird die Gemeinschaftsordnung als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen, wirken die Vereinbarungen auch gegen den Sondernachfolger (§§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG). Gleiches gilt für die Bestimmungen über das Verhältnis der Eigentümer untereinander, die der teilende Eigentümer in der Teilungserklärung einseitig trifft (vgl. § 8 Abs. 2 i. V. mit § 5 Abs. 4 WEG). Die Teilungserklärung enthält dann nicht nur die eigentumsmäßige Aufteilung, sondern legt auch zugleich die zukünftige Gemeinschaftsordnung als Grundlage für die Verhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander fest (BGHZ 49, 250, 257 [= DNotZ 1968, 417]; 88, 302, 304 f. [= DNotZ 1984, 556]; 99, 90, 96 [= MittBayNot 1987, 84 = DNotZ 1988, 24]).

a) Dem Zahlungsbegehren steht nicht entgegen, daß hier nach dem Wortlaut der Gemeinschaftsordnung vom Erwerber die „Rückstände an Wohngeld übernommen werden müssen“. Dies könnte zwar nach dem Wortlaut für den Erwerber zunächst nur eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung gegenüber den Wohnungseigentümern bedeuten. Es kann dahinstehen, ob auch dann unmittelbar die Zahlung eingefordert werden könnte. Denn der Regelung in der Gemeinschaftsordnung ist jedenfalls im Wege der Auslegung eine unmittelbare Haftung des Erwerbers zu entnehmen. Diese Auslegung kann das Rechtsbeschwerdegericht selbst vornehmen (st. Rspr., BGHZ 37, 147, 149 [= DNotZ 1963, 235]; 113, 374, 378 [= MittBayNot 1991, 116 = DNotZ 1991, 888]). Dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (st. Rspr., BGHZ 47, 191, 195 [= DNotZ 1967, 756]; 88, 302, 306 [= DNotZ 1984, 556]; 113, 374, 378 [= MittBayNot 1991, 116 = DNotZ 1991, 888]). In Anwendung dieser Grundsätze folgt aus dem systematischen Zusammenhang mit den übrigen getroffenen Regelungen, daß mit dem Erwerb der Haftungseintritt verbunden sein sollte. Denn darin ist im größeren Zusammenhang mit den Voraussetzungen und Folgen einer Veräußerung eine umfassende Klärung der Vermögensbeziehungen sowohl der Wohnungseigentümer im Verhältnis zum Veräußerer als auch zum Erwerber vorgesehen. Unter Ausschluß eines Anspruchs des Veräußerers auf Auseinandersetzung der angesammelten Instandhaltungsrücklage geht dieses Recht sofort — ohne Übertragungsakt — ebenso auf den Erwerber über, wie diesem etwaige Überschüsse aus Wohngeldzahlungen zufallen. In diesem Zusammenhang drängt sich auch dem unbefangenen Betrachter auf, daß die „Übernahme“ des Rückstandes nicht wörtlich zu verstehen ist, sondern im Interesse einer einfachen Abwicklung ebenfalls unmittelbar erfolgt. Demgegenüber wäre es unverständlich, welchen Sinn ein gestuftes Verfahren hinsichtlich der Erwerberhaftung haben sollte.

b) Nach fast einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur kann — worauf der Senat schon in seinem Beschluß vom 22. 1. 1987 (BGHZ 99, 358, 361 [= MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27]) hingewiesen hat — in der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung auch bestimmt werden, daß der rechtsgeschäftliche Sondernachfolger für die Rückstände des früheren Wohnungseigentümers einzustehen hat. Durch die Festlegung einer Haftung in der eingetragenen Gemeinschaftsordnung wird der Inhalt des Sondereigentums ausgestaltet (§ 5 Abs. 4 WEG); diese sachenrechtliche Gestaltung der Sondernachfolge durch Verknüpfung mit dem Sondereigentum führt zwar nicht dazu, daß die Haftung des Erwerbers als ein selbständiges vom Wohnungseigentum losgelöstes dingliches Recht zu betrachten ist und die Ansprüche auf dem Wohnungseigentum lasten (BGHZ 88, 302, 308; OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552 f.; Ertl, DNotZ 1979, 267, 275). Dennoch hat die Aufnahme der Haftungsanordnung in die Ausgestaltung des Sondereigentums dingliche Wirkung insoweit, als die Haftung unmittelbar durch den Erwerb des Sondereigentums ausgelöst wird, ohne daß es einer schuldrechtlichen Übernahme bedürfte (BGHZ 88, 302, 308 [= DNotZ 1984, 556]; 99, 358, 361 [= MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27]; vgl. auch BGHZ 73, 145, 148 [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168] zu einem Sondernutzungsrecht). Die so erzeugte „Verdinglichung“ der Wohnlasten hat eine persönliche Haftung des

Sondernachfolgers mit seinem gesamten Vermögen zur Folge (BGHZ 99, 358, 361).

c) Die erhobenen Bedenken gegen einen umfassenden Haftungseintritt des Sondernachfolgers teilt der Senat nicht. Das Gesetz räumt den Wohnungseigentümern grundsätzlich die Freiheit ein, ihre Innenbeziehungen untereinander unter anderem durch Vereinbarungen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG) zu gestalten und zum Inhalt des Sondereigentums zu machen (Senatsbeschluß vom 29. 1. 1993, V ZB 24/92, WM 1993, 656; *Bärmann/Pick/Merle*, vor § 10 Rdnr. 12, § 10 Rdnr. 43; *Weitnauer* § 10 Rdnr. 9, vor § 1 Rdnr. 23). Zutreffend geht das vorlegende Gericht davon aus, daß von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung nicht schrankenlos getroffen werden können. Unbeachtlich sind Regelungen, in denen von zwingenden Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes abgewichen wird, die gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen oder die Schranken der §§ 138, 134, 315 BGB überschreiten (BGHZ 99, 90, 95 [= MittBayNot 1987, 84 = DNotZ 1988, 24]; BayObLG Rpfleger 1974, 400 [= MittBayNot 1974, 211 = DNotZ 1975, 308]; 1972, 553; OLG Düsseldorf DNotZ 1973, 552; *Bärmann/Pick/Merle* § 10 Rdnr. 53, vor § 10 Rdnr. 13 f.; *Weitnauer* § 10 Rdnr. 10, § 7 Rdnr. 10 g, h).

aa) Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts sind auch Bestimmungen unzulässig, die gegen die „zwingenden und unverzichtbaren Prinzipien des Sachenrechts“, den „Typenzwang“ oder die „Typenfixierung“ verstießen, wie dies bei der Haftungsregelung der Fall sei. Richtig ist, daß die möglichen dinglichen Rechte und ihr Inhalt im Sachenrecht grundsätzlich erschöpfend dargestellt sind und deshalb die Teilnehmer am Rechtsverkehr nur in den gesetzlich abgesteckten Grenzen wirksam rechtsgeschäftlich handeln können (RGZ 88, 160). Die mit dem Typenzwang des Sachenrechts nur allgemein charakterisierte Begrenzung rechtsgeschäftlicher Gestaltungsbefugnis wirkt aber nicht, soweit gesetzliche Regelungen positive Gestaltungsmöglichkeiten einräumen. Insoweit eröffnet das Wohnungseigentumsgesetz die Möglichkeit, gem. §§ 5 Abs. 4 und 10 Abs. 2 WEG den Inhalt des (Sonder-)Eigentums verbindlich zu gestalten. Der Gesetzgeber hat sich bewußt für diese Möglichkeit entschieden. Die Gestaltungsmacht der Wohnungseigentümer ist deshalb nicht beschränkt durch die Ausgestaltung im einzelnen der im Gesetz vorgesehenen dinglichen Rechte. Die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer über den Inhalt des Sondereigentums stellt im übrigen keinen Fremdkörper im Sachenrecht dar. Sie findet sich auch in gewissem Umfang in der Erbbaurechtsverordnung vom 15. 1. 1919 in den Grenzen ihres § 2. Ebenso vermögen Bruchteilseigentümer gem. § 1010 BGB „Belastungen eigener Art“ schaffen, die keinem der sonst im BGB vorkommenden Typen von dinglichen Rechten entsprechen (BayObLGZ 1973, 84/88; OLG Hamm DNotZ 1973, 546, 548 [= MittBayNot 1973, 92]). Auch das Wohnungseigentumsgesetz erweitert bewußt die Möglichkeiten der rechtlichen Gestaltung im Rahmen der Grundsätze des Sachenrechts. Es gibt deswegen entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts keine — verdeckte — Regelungslücke, die über eine einschränkende Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut geschlossen werden könnte.

bb) Die Haftungserstreckung für Wohngeldrückstände in einer ins Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung verstößt auch nicht gegen das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter. Mit der Aufnahme einer Haftungsklausel wird

nicht unmittelbar die Verpflichtung des rechtsgeschäftlichen Erwerbers begründet, sondern dies erfordert zusätzlich den willentlichen Erwerb des Wohnungseigentums, zu dessen Inhalt die dinglich wirkende Vereinbarung zählt. Die Wirkung gemeinschaftsbezogener Regelungen gegen den Sondernachfolger ist in § 10 Abs. 2 und 3 WEG vorgesehen und damit die Zulässigkeit (rechtsgeschäftlicher) Belastung künftiger Wohnungseigentümer vorausgesetzt.

Die Vereinbarung einer Erwerberhaftung verstößt auch nicht deshalb gegen das Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter, weil bestehende Gläubigerrechte hinsichtlich des Wohnungseigentums, wie die der Grundpfandgläubiger, betroffen würden (Röll, DNotZ 1986, 130, 132; offen gelassen BayObLGZ 1984, 198, 204 [= DNotZ 1985, 416]). Denn es geht nicht um die — unzulässige — Begründung einer schuldrechtlichen Pflicht eines Dritten, wie sie mit der Rechtsfigur eines Vertrages zu Lasten Dritter umschrieben wird. Die Grundpfandgläubiger haben nur das Recht zur Befriedigung durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§§ 1147, 1191 Abs. 2 BGB), mithin nach Maßgabe des ZVG (§ 869 ZPO). Dieses Verwertungsrecht wird aber nicht berührt, da auch die in Rede stehende Regelung den Erwerb durch einen Ersteher in der Zwangsversteigerung nicht erfassen würde (BGHZ 88, 302 ff. [= DNotZ 1984, 556]; 99, 358 ff. [= MittBayNot 1987, 136 = DNotZ 1988, 27]). Die Haftung bei rechtsgeschäftlicher Veräußerung kommt allenfalls einer unbegrenzten und die Verwertbarkeit beeinträchtigenden Vorlast gleich (BGHZ 88, 302, 308; 99, 358, 362; Diester, NJW 1971, 1153, 1156; Röll, NJW 1976, 1473, 1476). Damit würde ein freihändiger Verkauf zur Abwendung der Zwangsversteigerung möglicherweise erschwert, jedoch nicht in das rechtlich geschützte Interesse der Grundpfandgläubiger eingegriffen.

cc) Ein gesetzliches Verbot einer rechtsgeschäftlich begründeten unbeschränkten Haftung ist den vom vorliegenden Gericht hervorgehobenen Tatbeständen eines gesetzlich vorgesehenen Schuldbeitritts gem. § 419 BGB und § 25 HGB nicht zu entnehmen.

dd) Die vom teilenden Eigentümer einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnung unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB (BGHZ 99, 90, 94 [= MittBayNot 1987, 84 = DNotZ 1988, 24]; BayObLGZ 1988, 287, 291 [= DNotZ 1989, 428]; Weitnauer § 7 Rdnr. 10 g; Bärman/Pick/Merle § 8 Rdnr. 16). Ihre Verbindlichkeit muß grundsätzlich gegenüber allen Wohnungseigentümern einheitlich beurteilt werden (BGHZ 99, 90, 96). Das bedingt, daß ebenso wie bei der Prüfung allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Hintanstellung der Besonderheiten des Einzelfalles eine generalisierende Betrachtungsweise gewählt werden muß, die auf den typischerweise zu erwartenden Interessenkonflikt in dem geregelten Bereich abstellt. Auch insoweit bestehen aber gegen die Verbindlichkeit der Regelung keine Bedenken.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben läßt sich nicht mit der Überlegung des vorliegenden Gerichts begründen, bei einer verdinglichten, unbegrenzten Haftung für Rückstände an Wohngeld wäre bereits hochbelastetes Wohnungseigentum nicht mehr verkehrsfähig und werde damit „ausgehöhlt“. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, daß es aufgrund einer Haftungsklausel dazu kommen kann, daß sich kein rechtsgeschäftlicher Erwerber findet, weil die Belastungen den Wert des Wohnungseigentums überschreiten. Doch mag dieses im Einzelfall auftauchende praktische

Problem zwar die Zweckmäßigkeit einer solchen Regel in Frage stellen, nicht aber deren rechtliche Zulässigkeit. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Interesse des Wohnungseigentümers keinen Schutz verdient, denn die Belastung beruht auf seinem gemeinschaftswidrigen Verhalten (Nichtzahlung des fälligen Wohngeldes). Den Wohnungseigentümern hingegen, die Interesse haben können, daß ein Wechsel im Wohnungseigentum ermöglicht wird, ist es unbenommen, die Verkehrsfähigkeit individuell durch Freistellung des Erwerbsinteressenten von der Haftung wiederherzustellen, um nicht weitere Nachteile durch den Nichtzahler zu erleiden. Letztlich ist mangels Gültigkeit einer Haftungsklausel für den Fall der Zwangsversteigerung jedenfalls die Verkehrsfähigkeit insoweit gewährleistet.

Allerdings können die Wohnungseigentümer gehalten sein, eine im typischen Anwendungsbereich wegen des generalisierenden Prüfungsmaßstabes nicht zu beanstandende Regelung bei einer atypischen Konstellation aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles nicht anzuwenden, weil dies dem Betroffenen im Einzelfall unzumutbar wäre (Senatsbeschluss vom 29. 1. 1993, V ZB 24/92, WM 1993, 656; OLG Karlsruhe OLGZ 1976, 273, 275; Weitnauer § 7 Rdnr. 10 g). Insoweit weist der vorliegende Fall die Besonderheit auf, daß der Antragsgegner zwar das mit dem Miteigentumsanteil verbundene Sondereigentum an der Wohnung ungeschmälert übernommen hat, jedoch die dem Voreigentümer zustehende Miteigentumsquote vermindert und das an den Räumen im Erdgeschoß bestehende, den Inhalt des Sondereigentums mitprägende Sondernutzungsrecht (§ 5 Abs. 4 WEG) vor dem Eigentumserwerb durch den Antragsgegner abgetrennt wurde. . . . Wie im Fall der Veräußerung des Wohneigentums in ungeschmälertem Umfang besteht das Interesse der Wohnungseigentümer, Rückstände eines ausscheidenden Wohneigentümers abzusichern und dem Erwerber aufzubürden, der an seiner Stelle eintritt. Wie beim Erwerb des vollen Wohnungseigentums kann der Erwerber sich über die Rückstände verlässlich Auskunft verschaffen und im Veräußerungsvertrag absichern. Es ist deshalb nicht treuwidrig, wenn die Wohnungseigentümer auf Einhaltung der Regelung bestehen.

ee) Da die Erwerberhaftungsklausel schon der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB standhält, kommt ihre Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nicht in Betracht (Palandt/Heinrichs § 242 Rdnr. 19).

5. Nach alledem ist die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen:

a) Der Eigentümerbeschluss vom 4. 5. 1991 über die Jahresabrechnung 1990 ist bestandskräftig geworden (§§ 23 Abs. 4, 28 Abs. 5, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG; BGHZ 54, 65, 69; 73, 302, 307; 74, 258, 267 [= MittBayNot 1979, 153]), weil der Antragsgegner die Anfechtungsfrist versäumt und die Zurückweisung seiner Anträge auf Ungültigerklärung und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch das Landgericht nicht weiter angegriffen hat. Aufgrund der Feststellung des Landgerichts, daß die Jahresabrechnung und die Einzelabrechnungen für 1990 am 4. 5. 1991 beschlossen worden sind ist davon auszugehen, daß für 1990 eine Beitragspflicht des Antragsgegners von — unter Berücksichtigung einer Gutschrift von 100,06 DM — 6.599,09 DM bestand, worauf er 9.697,73 DM geleistet hat.

Unschädlich ist, daß in der Einzelabrechnung für die Wohnung nicht der Antragsgegner, sondern — in Unkenntnis der erfolgten Eigentumsumschreibung — noch der Vor-

eigentümer genannt ist, da für alle Beteiligten erkennbar die Abrechnung für die Wohnung bestimmt war und zudem die Verpflichtung des ausgeschiedenen Voreigentümers ein unzulässiger Gesamtakt zu Lasten eines Dritten gewesen wäre (BGHZ 104, 197, 203 [= MittBayNot 1988, 178 = DNotZ 1989, 148]; OLG Düsseldorf WuM 1991, 623; vgl. aber für einen Sonderfall auch BayObLG WE 1989, 222 f.). Demgegenüber ist die Behauptung des Antragsgegners unerheblich, die Abrechnung sei fehlerhaft, weil in der Einzelabrechnung zu Unrecht Beträge von 726 DM (angebliche Kosten wegen eines Verfahrens gegen den Voreigentümer) und 163,02 DM (angebliche Reparaturkosten für Garage des Voreigentümers) aufgenommen worden seien. Denn auch eine fehlerhafte, aber bestandskräftig beschlossene Jahres- und Einzelabrechnung ist verbindlich (OLG Düsseldorf WuM 1991, 623 m. Anm. Drasdo und WE 1990, 104; BayObLG WE 1985, 123 f.; 1986, 89; BayObLGZ 1984, 257, 265 [= MittBayNot 1985, 30]; 1977, 89, 91; KG WE 1985, 126; OLG Frankfurt OLGZ 1979, 136, 197; *Weitnauer* § 23 Rdnr. 6).

b) Durch den ebenfalls bestandskräftig gewordenen Beschluß der Eigentümer über die Jahresabrechnung 1989 vom 7. 4. 1990 ist der Wohngeldrückstand des Voreigentümers bestandskräftig festgestellt, der sich unter Anrechnung der vom Antragsgegner 1989 geleisteten 1.546,08 DM auf 24.797,01 DM belief. Es ist deshalb unerheblich, daß der Antragsgegner wegen mangelnder Aufschlüsselung die Richtigkeit der Endsumme nunmehr in Zweifel zieht.

Demgemäß stehen den Antragstellern unter Berücksichtigung der auf den Antragsgegner entfallenden Überzahlung von 3.098,64 DM noch 21.698,37 DM zu. Diese sind ab Zustellung des Antrags nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG ab 1. 8. 1991 mit 4% zu verzinsen (§§ 284 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1, 291 BGB).

6. GBO § 7; BGB § 883; BauGB § 19 (*Versagung der Teilungsgenehmigung bei einem von mehreren Kaufverträgen*)

Sollen von einem Grundstück aufgrund mehrerer Kaufverträge Teilflächen abgeschrieben werden, so ist die endgültige Versagung der Teilungsgenehmigung für einen der Verträge nicht geeignet, die Unmöglichkeit der Erfüllung des durch Auflassungsvormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs hinsichtlich einer anderen Teilfläche aus einem anderen Kaufvertrag zu begründen.

BayObLG, Beschluß vom 1. 2. 1994 — 2 Z BR 10/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch ist Sch. seit dem Jahr 1978 aufgrund Auflassung vom 14. 7. 1955 als Eigentümer von zwei Grundstücken eingetragen. Für ihn ist seit dem Jahr 1955 aufgrund Bewilligung vom 4. 6. 1955 außerdem eine Auflassungsvormerkung hinsichtlich dieser Grundstücke eingetragen. Bei der Auflassungsvormerkung ist im Grundbuch vermerkt, daß sie in bezug auf eine Vielzahl von Teilflächen an den beiden Grundstücken an Dritte abgetreten ist, darunter in bezug auf zwei Teilflächen aus dem Flst. 261/5 an den Beteiligten zu 1. Eine dieser Teilflächen hatte ein Rechtsvorgänger des Beteiligten zu 1 am 15. 5. 1956 von Sch. gekauft. Diese Teilfläche überließ der Beteiligte zu 1 am 2. 9. 1993 dem Beteiligten zu 2 und trat an ihn den Eigentumsverschaffungsanspruch aus dem Kaufvertrag vom 15. 5. 1956 ab.

Zu einem Kaufvertrag vom 9. 1. 1956, mit dem Sch. eine andere Teilfläche aus dem Flst. 261/5 verkauft hatte, versagte das Landratsamt die Teilungsgenehmigung nach dem Bundesbaugesetz durch unanfechtbar gewordenen Bescheid vom 25. 8. 1961.

Den Antrag der Beteiligten, die Abtretung gemäß dem Überlassungsvertrag vom 2. 9. 1993 bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch zu vermerken, hat das Grundbuchamt am 6. 10. 1993 abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluß vom 12. 11. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg: es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Anweisung an das Grundbuchamt, die Abtretung im Grundbuch einzutragen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Durch Bescheid vom 25. 8. 1961 sei die Teilungsgenehmigung für das Flst. 261/5 endgültig versagt worden. Ohne diese Genehmigung dürfe die Teilung im Grundbuch nicht vollzogen werden. Dann könne aber auch die Eigentumsübertragung hinsichtlich der Teilfläche nicht eingetragen werden. Mangels eines eintragungsfähigen Übereignungsanspruchs komme auch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung oder ihre Abtretung nicht in Betracht.

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

a) Gem. § 19 Abs. 1 BauGB bedarf die Teilung eines Grundstücks unter bestimmten Voraussetzungen zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung. Unter Teilung ist dabei die sachenrechtliche Abschreibungserklärung des Eigentums gegenüber dem Grundbuchamt zu verstehen (§ 19 Abs. 2 BauGB). Der Genehmigung bedarf jedoch nicht das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag), sondern nur die Teilung als Voraussetzung für die Erfüllung des Verpflichtungsvertrags. Die endgültige Versagung der Teilungsgenehmigung führt daher nicht zur Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags. Jedoch kann sie dessen Erfüllung unmöglich machen (BGH NJW 1993, 648/651).

Der durch Auflassungsvormerkung gesicherte Eigentumsverschaffungsanspruch des Beteiligten zu 1 hinsichtlich einer Teilfläche aus dem Flst. 261/5 aufgrund des Kaufvertrags vom 15. 5. 1956 entfiel daher nicht schon mit der bestandskräftigen Versagung der Teilungsgenehmigung für den Kaufvertrag. Voraussetzung dafür wäre vielmehr die Feststellung, daß die Genehmigung endgültig versagt ist und auch unter veränderten Umständen nicht mehr erteilt werden kann (BayObLGZ 1987, 231/234 [= MittBayNot 1987, 250 = DNotZ 1988, 157]; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. § 7 Rdnr. 11). Nur dann wäre der durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch entfallen und damit auch die Auflassungsvormerkung insoweit erloschen (*Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Rdnr. 135).

b) Daß die Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs aus dem Vertrag vom 15. 5. 1956 unmöglich geworden ist, hat das Landgericht nicht festgestellt. Das Grundbuchamt hat das Bestehen des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht zu prüfen; es genügt, daß der Anspruch entstanden sein kann oder noch entstehen kann. Nur wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon erlangt, daß der zu sichernde Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr entstehen kann, hat es die Eintragung einer Vormerkung oder ihrer Abtretung abzulehnen; denn

es darf nicht dazu mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen (BayObLGZ 1993, 1/3; *Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Rdnr. 134; KEHE/*Ertl* Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. Rdnr. G 30).

Die Vorinstanzen stützen sich auf den Bescheid des Landratsamts vom 25. 8. 1961. Dieser Bescheid besagt aber nicht, daß die Teilung des Flst. 261/5 schlechthin ausgeschlossen ist. Gegenstand des Bescheids ist lediglich die Teilfläche, die Gegenstand des Kaufvertrags vom 9. 1. 1956 war und von dem Grundstück abgeschrieben werden sollte. Auf diesen Bescheid läßt sich die Entscheidung der Vorinstanzen schon deshalb nicht gründen, weil es darin um eine andere Teilfläche als hier geht. Abgesehen davon steht durch diesen Bescheid nicht fest, daß eine Genehmigung auch unter veränderten Voraussetzungen nicht möglich wäre (BayObLGZ 1987, 231 [= MittBayNot 1987, 250 = DNotZ 1988, 157]).

7. BGB § 161 Abs. 1, 3, § 892 Abs. 1 Satz 2 (*Grundbucheintragung bei aufschiebend bedingter Rückübertragung eines Erbteils*)

Überträgt ein im Grundbuch als Miteigentümer in Erbengemeinschaft eingetragener Erbe in notarieller Urkunde seinen Erbanteil auf einen Dritten und tritt dieser den Erbanteil in derselben Urkunde unter einer aufschiebenden Bedingung wieder an den bisherigen Miteigentümer ab, so ist bei der Eintragung der Erbanteilsübertragung im Grundbuch von Amts wegen zugleich die durch die aufschiebend bedingte Rückabtretung bewirkte Verfügungsbeschränkung des Erbanteilerwerbers in Abteilung II einzutragen.

BayObLG, Beschluß vom 14. 2. 1994 — 2 Z BR 17/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 7 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Ehefrau des Beteiligten zu 1 ist Miterbin ihres im Jahre 1967 verstorbenen Vaters geworden. Zum Nachlaß gehört ein Grundstück. Im Grundbuch war die Ehefrau des Beteiligten zu 1 als Miteigentümerin in Erbengemeinschaft eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 3. 4. 1993 überließ die Ehefrau des Beteiligten zu 1 ihren Anteil am Nachlaß ihres Vaters ihrer Tochter, der Beteiligten zu 2. Diese trat in der Urkunde den ihr überlassenen Erbanteil unter einer aufschiebenden Bedingung an den Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau je zur Hälfte ab. Die Beteiligten bewilligten „zur Sicherung der Grundbuchberichtigung im Fall des Eintritts der aufschiebenden Bedingung“ die Eintragung eines Widerspruchs in das Grundbuch.

Den Antrag der Beteiligten sowie der Ehefrau des Beteiligten zu 1, die Erbanteilsübertragung und den Widerspruch einzutragen, hat das Grundbuchamt am 28. 5. 1993 abgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde hat das Landgericht durch Beschluß vom 15. 9. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Den Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs zugunsten der inzwischen verstorbenen Ehefrau des Beteiligten zu 1 haben die Beteiligten zurückgenommen und insoweit die weitere Beschwerde auf die Kosten beschränkt.

Am 31. 1. 1994 ist die Erbanteilsübertragung auf die Beteiligte zu 2 im Grundbuch eingetragen worden.

Aus den Gründen:

I. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts ausgeführt: Die Ein-

tragung eines Widerspruchs setze Grundbuchunrichtigkeit voraus. Diese liege noch nicht vor, weil die aufschiebende Bedingung noch nicht eingetreten sei. Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung sei nicht beantragt.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Durch die in derselben notariellen Urkunde vorgenommene Übertragung des Erbanteils auf die Beteiligte zu 2 und die aufschiebend bedingte Rückabtretung des Erbanteils durch diese ist das Grundbuch insoweit unrichtig geworden, als dort als Miteigentümerin noch die Ehefrau des Beteiligten zu 1 eingetragen war. Die Eintragung der Erbanteilsübertragung ist daher Grundbuchberichtigung. Durch die Eintragung allein der Erbanteilsübertragung, wie am 31. 1. 1994 geschehen, ist das Grundbuch zwar insoweit berichtigt worden, als nunmehr die Beteiligte zu 2 als Miteigentümerin in Erbengemeinschaft eingetragen ist. Das Grundbuch wurde dadurch aber insoweit unrichtig, als deren Verfügungsbeschränkung nicht ausgewiesen wird. Das Grundbuchamt hätte daher die Eintragung der Erbanteilsübertragung nicht vornehmen dürfen, ohne zugleich die Verfügungsbeschränkung der Beteiligten zu 2 einzutragen. Denn das Grundbuchamt darf nicht dabei mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen (allg. Meinung; *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. Anhang zu § 13 Rdnr. 29); es muß daher einen Berichtigungsantrag abweisen, wenn es weiß, daß durch die verlangte Eintragung das Grundbuch wiederum unrichtig würde (vgl. *Horber/Demharter* § 22 Rdnr. 28, 37 m. w. N.).

b) Die Abtretung des Erbanteils durch die Beteiligte zu 2 stellt eine aufschiebend bedingte Verfügung über diesen dar. In diesem Fall ist jede weitere Verfügung, die von der Beteiligten zu 2 während der Schwebezeit über den Erbanteil getroffen wird, im Fall des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als die von der Bedingung abhängige Abtretung des Erbanteils vereitelt oder beeinträchtigt würde (§ 161 Abs. 1 Satz 1 BGB); diese gesetzliche Regelung bewirkt eine absolute Verfügungsbeschränkung der Beteiligten zu 2 zugunsten des Beteiligten zu 1 und dessen Ehefrau. Die Beschränkung erfaßt auch Verfügungen über einzelne Nachlaßgegenstände, die nur von den Miterben gemeinsam vorgenommen werden können (§ 2040 Abs. 1 BGB). Wird die Verfügungsbeschränkung nicht zugleich mit der Erbanteilsübertragung in das Grundbuch eingetragen, so liegt ein Fall des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB vor. Darunter fällt im Hinblick auf § 161 Abs. 3 BGB, der die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb für entsprechend anwendbar erklärt, auch die sich aus § 161 Abs. 1, 2 BGB ergebende Verfügungsbeschränkung, obwohl sie absolut wirkt; insoweit gilt dasselbe wie für die Verfügungsbeschränkung des Vorerben (LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1982, 21; *Palandt/Bassenge* BGB 53. Aufl. § 892 Rdnr. 17; *Winkler* MittBayNot 1978, 1/2; *Staudenmaier* BWNNotZ 1959, 191/193 f.; *Keller* BWNNotZ 1962, 286; KEHE/*Ertl* GBR 4. Aufl. Einl. Rdnr. J 16).

c) Die Verfügungsbeschränkung ist daher eintragungsfähig und auch eintragungsbedürftig; wird sie im Grundbuch nicht ausgewiesen, besteht insoweit ein Berichtigungsanspruch gem. § 894 BGB, der durch einen Widerspruch gem. § 899 Abs. 1 BGB gesichert werden kann. Der Widerspruch richtet sich aber nicht gegen das Miteigentum des Erbanteilerwerbers als solches, sondern dagegen, daß dieses ohne die Verfügungsbeschränkung eingetragen ist.

Ein solcher Widerspruch kann erst dann eingetragen werden, wenn die Erbanteilsübertragung ohne die Verfügungsbeschränkung eingetragen ist und dadurch das Grundbuch unrichtig wird. Vorher kommt nur die Eintragung der Erbanteilsübertragung zusammen mit der Verfügungsbeschränkung in Betracht.

Die Vorinstanzen haben daher zu Recht den Antrag abgewiesen, die Erbanteilsübertragung zusammen mit einem Widerspruch „zur Sicherung der Grundbuchberichtigung im Fall des Eintritts der aufschiebenden Bedingung“ einzutragen. Eine erst künftig mögliche Grundbuchunrichtigkeit kann nicht Grundlage für die Eintragung eines Widerspruchs sein; dieser setzt vielmehr eine bereits bestehende Grundbuchunrichtigkeit voraus (§ 899 Abs. 1 in Verb. mit § 894 BGB).

II. Für das weitere Verfahren wird bemerkt: Bei Einlegung der weiteren Beschwerde haben die Beteiligten beantragt, zunächst nur die Erbanteilsübertragung ohne den Widerspruch einzutragen. Dem hat das Grundbuchamt am 31. 1. 1994 entsprochen. Es hätte dabei aber, weil ihm die aufschiebend bedingte Abtretung des Erbanteils durch die Beteiligte zu 2 bekannt ist, die sich daraus ergebende Verfügungsbeschränkung der Beteiligten zu 2 von Amts wegen in das Grundbuch eintragen müssen. Dem Senat erscheint es geboten, wegen der weitgehend vergleichbaren Rechtslage die in § 51 GBO getroffene Regelung heranzuziehen und die Eintragung der Verfügungsbeschränkung nicht von einem Antrag abhängig zu machen (ebenso KEHE/Ertl Rdnr. J 16; *Staudenmaier* BWNotZ 1959, 191/195). Der Senat ist — wiederum in Anlehnung an die Eintragung des Nacherbenvermerks — der Auffassung, daß die Verfügungsbeschränkung sowohl bei gleichzeitiger Eintragung der Erbanteilsübertragung und der Verfügungsbeschränkung als auch bei Eintritt der Verfügungsbeschränkung nach Eintragung der Erbanteilsübertragung in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen ist (ebenso *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. vor § 13 Rdnr. 80 am Ende; *Staudenmaier* BWNotZ 1959, 191/194; a. M. *Keller* BWNotZ 1962, 286/289). Durch die unterlassene Eintragung der Verfügungsbeschränkung ist das Grundbuch insoweit unrichtig geworden, als es die Verfügungsbeschränkung der Beteiligten zu 2 nicht ausweist. Das Grundbuchamt wird daher zu prüfen haben, ob die unterbliebene Eintragung nachzuholen oder ein Amtswiderspruch gem. § 53 einzutragen ist (*Horber/Demharter* § 51 Rdnr. 20 m. w. N.).

In Betracht kommt jetzt auch die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB. Denn durch die Eintragung der Erbanteilsübertragung ohne Eintragung der Verfügungsbeschränkung ist das Grundbuch unrichtig geworden. Die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB setzt aber eine Bewilligung oder eine einstweilige Verfügung voraus. Die Bewilligung vom 3. 4. 1993 hat nicht die Eintragung eines Widerspruchs gegen die dadurch eingetretene Unrichtigkeit des Grundbuchs zum Gegenstand, daß die Erbanteilsübertragung ohne die Verfügungsbeschränkung eingetragen wurde. Derzeit fehlen daher die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB.

8. WEG § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 (*Erfordernis von Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Aufteilung eines durch Vereinigung entstandenen Wohnungseigentums*)

Bei der Unterteilung eines Wohnungseigentums in selbständige Einheiten müssen dem Grundbuchamt auch dann Aufteilungsplan (Unterteilungsplan) und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegt werden, wenn das Wohnungseigentum durch die Vereinigung zweier Einheiten entstanden ist und jetzt der frühere Rechtszustand wieder hergestellt werden soll.

BayObLG, Beschluß vom 24. 2. 1994 — 2 Z BR 122/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligten gehört ein Wohnungseigentum, das im Grundbuch so beschrieben ist:

138,2775/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück . . . verbunden mit dem Sondereigentum an den Wohnungen Aufteilungsplan Nr. 13 und 14 sowie den Kellerabteilen Nr. 11 und 16 . . .

Das Wohnungseigentum ist durch Vereinigung eines Miteigentumsanteils von 98,9265/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 13 und dem Kellerabteil Nr. 16, und eines Miteigentumsanteils von 39,3510/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 14 und dem Kellerabteil Nr. 11, entstanden.

Zu notarieller Urkunde vom 23. 9. 1993 teilte die Beteiligte ihr Wohnungseigentum (Miteigentumsanteil und Sondereigentum) wieder in die vor der Vereinigung bestehenden Einheiten auf. Das Grundbuchamt hat den Antrag, die Teilung im Grundbuch zu vollziehen, mit Zwischenverfügung vom 28. 9. 1993 beanstandet:

Es seien noch Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde vorzulegen. Der Grundbuchrechtspfleger hat der Erinnerung der Beteiligten teilweise abgeholfen und auf die Vorlage eines neuen Aufteilungsplans verzichtet.

Das Landgericht hat den nicht durch Abhilfe erledigten Teil des Rechtsmittels mit Beschluß vom 25. 10. 1993 zurückgewiesen. Die Beteiligte hat dagegen weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Auch bei der Unterteilung eines Wohnungseigentums müßten Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegt werden. Die Besonderheiten des vorliegenden Falles rechtfertigten keine andere Beurteilung. Die Wohnungen Nr. 13 und 14 seien, wie sich aus dem Aufteilungsplan ergebe, benachbart; die Herstellung einer Verbindungstür erscheine ohne Problem möglich. In der notariellen Urkunde von 1977 über die Vereinigung heiße es, daß die Wohnungen eine wirtschaftliche Einheit darstellten. Dies deute auf eine besondere Verbundenheit der Wohnungen hin. Aus den Grundakten ergäben sich somit Anhaltspunkte dafür, daß die ursprüngliche Abgeschlossenheitsbescheinigung von 1972 nicht mehr zutreffe.

Die vom Notar vorgetragene „Versicherung der Eigentümerin“, daß sich tatsächlich nichts geändert habe, könne die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht ersetzen. Es sei offen, ob die Baubehörde eine neue Bescheinigung auf Grund einer Ortsbesichtigung erteilen werde oder nicht. Nur wegen der Möglichkeit, daß sie die Bescheinigung ohne vorherige Ortsbesichtigung erteilen und diese daher mög-

licherweise unrichtig sein werde, müsse das Grundbuchamt nicht von vornherein auf die Vorlage einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung verzichten.

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

a) Ein Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum jederzeit durch reale Teilung des Sondereigentums und ideelle Teilung des Miteigentumsanteils am Grundstück teilen; Voraussetzung dafür ist, daß die neuen Einheiten wiederum in sich abgeschlossen sind (BGHZ 49, 250 [= DNotZ 1968, 417]; BayObLGZ 1977, 1 [= MittBayNot 1977, 61 = DNotZ 1977, 546]). Die Unterteilung geschieht entsprechend § 8 WEG; nach § 8 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1 und 2 WEG sind ein die Unterteilung darstellender Aufteilungsplan sowie eine Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der neu gebildeten Einheiten vorzulegen (*Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 10. Aufl. Rdnr. 2975; *Haager* WE 1991, 66/67; *Röll* DNotZ 1993, 158/162). Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist zwingende Eintragungsvoraussetzung; fehlt sie, so darf Wohnungseigentum durch das Grundbuchamt nicht begründet werden (BayObLGZ 1989, 447/449 m. w. N. [= MittBayNot 1990, 109 = DNotZ 1990, 260]; 1990, 168/170 [= MittBayNot 1990, 304 = DNotZ 1991, 477]).

b) Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, daß der bis zur Vereinigung zweier Wohnungseigentumsrechte im Jahre 1977 gegebene Rechtszustand wieder hergestellt werden soll. Dies macht aber die erneute Vorlage eines Aufteilungsplans (siehe dazu unten Abschnitt 3) und einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht entbehrlich.

(1) Abgeschlossenheit im Sinne von § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG bedeutet die feste und dauerhafte räumliche Abgrenzung und die Abschließbarkeit einer jeden Wohnung gegenüber den anderen Wohnungen und dem gemeinschaftlichen Eigentum (vgl. Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes BGHZ 119, 42/46 f. [= MittBayNot 1992, 387 = DNotZ 1993, 48]; BGHZ 110, 36/38 [= MittBayNot 1990, 106 = DNotZ 1990, 259]). Die Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit erspart dem Grundbuchamt weitgehend die Prüfung, ob die Wohnungen und sonstigen Räume tatsächlich abgeschlossen sind; das Grundbuchamt wäre auch gar nicht in der Lage, diese im planerischen und tatsächlichen Bereich liegenden Umstände festzustellen (vgl. BayObLGZ 1990, 168/170 f. [= MittBayNot 1990, 234 = DNotZ 1991, 477]). Dem stünde schon das Erfordernis urkundlicher Nachweise im Grundbuchantragsverfahren entgegen (vgl. *Horber/Demharter* GBO 20. Aufl. § 1 Rdnr. 51). Da die Abgeschlossenheitsbescheinigung dem Nachweis tatsächlicher Zustände dient, kann sie nicht durch den Hinweis darauf ersetzt werden, daß der alte Rechtszustand wieder hergestellt werde. Denn die für die Abgeschlossenheit der beiden Wohnungen maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse können sich, wie das Landgericht zu Recht hervorhebt, inzwischen geändert haben. Bei zwei benachbarten Wohnungen liegt dies durchaus im Bereich des Möglichen; es könnte eine Zwischenwand beseitigt oder ein Mauerdurchbruch geschaffen worden sein.

(2) Das Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung läßt sich nicht mit dem Argument entkräften, daß die Baubehörde diese auf der Grundlage einer Bauzeichnung (eben des Aufteilungsplans) erteile (vgl. BayObLG

WuM 1993, 205; Nr. 2 bis 5 der auf Grund § 59 WEG erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WEG vom 19. 3. 1974) und Grundlage für die Erteilung wiederum nur der bei den Grundakten befindliche ursprüngliche Aufteilungsplan sein könne. Die Abgeschlossenheit ist ein tatsächlicher Zustand; die Baubehörde übernimmt mit der Bescheinigung die Verantwortung dafür, daß sie bei Begründung des Wohnungseigentums oder bei der Unterteilung bestehenden Wohnungseigentums gegeben ist. Ob die Baubehörde sich mit der vorgelegten Bauzeichnung zufrieden gibt oder weitere Ermittlungen anstellt, obliegt ihrer Entscheidung; eine Ortsbesichtigung wird zwar weder üblich noch erforderlich sein, sie ist der Baubehörde aber auch nicht verwehrt und, wie dem Senat aus eigener Erfahrung bekannt ist, gelegentlich schon vorgenommen worden. Aber auch wenn man von der Möglichkeit einer Ortsbesichtigung absieht, hat die Forderung nach einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung ihren Sinn: der teilende Eigentümer ist verpflichtet, der Baubehörde eine dem tatsächlichen Baubestand entsprechende Bauzeichnung vorzulegen. Die Erklärung des Eigentümers, es habe sich gegenüber dem ursprünglichen Zustand nichts geändert, ist im Grundbuchantragsverfahren als Beweismittel nicht geeignet. Auch bei der erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum kann eine Versicherung, die Abgeschlossenheit der Wohnungen sei gegeben, sowie die Vorlage der Bauzeichnung, die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht ersetzen. Das Gleiche muß bei der Unterteilung von Wohnungseigentum gelten.

3. Für das weitere Verfahren wird noch bemerkt:

Zu Recht weist die Beteiligte darauf hin, daß das Verlangen nach einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung nur einen Sinn hat, wenn auch ein Aufteilungsplan (Unterteilungsplan) vorgelegt werden muß. Denn die Abgeschlossenheit wird immer für die in einem Plan, nämlich dem Aufteilungsplan des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG dargestellten baulichen Verhältnisse bescheinigt. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 7 Abs. 4 WEG, wohl aber aus Nrn. 2 und 7 der allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 19. 3. 1974 (vgl. auch BGH WM 1994, 246/248).

Das Grundbuchamt hätte daher die Zwischenverfügung vom 28. 9. 1993 auf die Erinnerung der Beteiligten nicht teilweise aufheben dürfen. Es kann die Zwischenverfügung jetzt aber wieder ergänzen oder eine weitere erlassen (vgl. BayObLGZ 1990, 51/56 f. m. w. N. [= MittBayNot 1990, 249 = DNotZ 1991, 546]).

4. Die Festsetzung des Geschäftswerts für das Verfahren der weiteren Beschwerde beruht auf § 31 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 2 KostO.

9. AGBGB Art. 7; BGB § 138 Abs. 2 (*Sittenwidrigkeit eines Leibgedingsvertrages*)

Ein Leibgedingsvertrag setzt eine wirtschaftliche Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung nicht voraus, so daß die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB auf ihn grundsätzlich keine Anwendung findet.

BayObLG, Beschluß vom 2. 3. 1994 — 1 Z RR 384/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten die Rückauflassung eines Grundstücks, das sie der Beklagten zu 1 mit notariellem Vertrag vom 5. 4. 1989 „zum ehelichen Gesamtgut“ überlassen hat. In diesem „Überlassungsvertrag“ hat sich die Beklagte verpflichtet, der Klägerin, ihrer Schwester, im übergebenen Anwesen auf Lebensdauer ein unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht an einer Erdgeschoßwohnung als „Leibgeding“ einzuräumen und ihr eine Leibrente von monatlich 800 DM zu zahlen. Als Eigentümer wurden im Grundbuch die Beklagte zu 1 eingetragen und — wie im Vertrag vereinbart — der Beklagte zu 2, ihr Ehemann, mit dem sie in Gütergemeinschaft lebt.

Die Klägerin behauptet, sie sei bei Abschluß des Vertrages geschäftsunfähig gewesen. Zudem sei der Vertrag gem. § 138 BGB nichtig, weil die von der Beklagten zu erbringende „Gegenleistung“ in einem auffälligen Mißverhältnis zum Wert des übergebenen Anwesens stehe. Das Landgericht hat die Klage am 16. 9. 1992 abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht mit Urteil vom 15. 6. 1993 zurückgewiesen und den Wert der Beschwer auf über 60.000 DM festgesetzt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie ihren Klageanspruch weiterverfolgt. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

1. Die Voraussetzungen für die Annahme der von der Klägerin eingelegten Revision (§ 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts — vgl. BVerfGE 52, 227 und 55, 205) liegen nicht vor.

a) Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Auch die Revision zeigt keine klärungsbedürftige und höchstrichterlich noch nicht entschiedene Rechtsfrage (vgl. *Thomas/Putzo* ZPO 18. Aufl. § 554 b Rdnr. 7 i. V. m. § 546 Rdnr. 19) auf (vgl. zur Darlegungspflicht des Revisionsklägers § 554 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Geklärt sind insbesondere die mit dem Wesen eines Leibgedingsvertrages im Sinn der Art. 7 ff. AGBGB zusammenhängenden Rechtsfragen.

b) Die Revision hat im Endergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, die Klägerin könne weder die Berichtigung des Grundbuchs gem. § 894 BGB noch die Rückübertragung des überlassenen Anwesens gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen, weil der notarielle Vertrag vom 5. 4. 1989 weder gem. § 105 BGB noch gem. § 142 Abs. 1 i. V. m. §§ 119, 123 Abs. 1 BGB oder gem. § 138 BGB nichtig sei, enthält keinen Rechtsfehler (§ 550 ZPO).

aa) Die von der Revision erneut zur Überprüfung gestellte Frage, ob die Klägerin bei Abschluß des Vertrages geschäftsunfähig war (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB), liegt auf tatsächlichem Gebiet und unterliegt daher der Beurteilung des Gerichts der Tatsacheninstanz. Dessen Beweiswürdigung kann im Revisionsverfahren nur in beschränktem Umfang, nämlich auf Rechtsfehler nachgeprüft werden (vgl. *Zöller/Schneider* ZPO 18. Aufl. § 550 Rdnr. 13). Solche sind hier nicht erkennbar. Da die Geschäftsfähigkeit die Regel und ihr Fehlen die Ausnahme ist, hat ihre Voraussetzungen der zu beweisen, der sich auf Geschäftsunfähigkeit beruft (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 53. Aufl. § 104 Rdnr. 8). Das ist hier die Klägerin. Somit durfte das Oberlandesgericht darauf abstellen, daß eine Geschäftsunfähigkeit der Klägerin bei Abschluß des Vertrages jedenfalls nicht bewiesen sei.

bb) Aus Rechtsgründen ist die Meinung des Oberlandesgerichts nicht zu beanstanden, ein rechtlich erheblicher Irrtum im Sinn von § 119 BGB und die Voraussetzungen einer

Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB seien weder schlüssig dargetan noch bewiesen. Eine Verfahrensrüge gem. § 554 Abs. 3 Nr. 3 Buchstabe b ZPO ist nicht erhoben.

cc) Soweit die Revision meint, der Überlassungsvertrag sei wegen eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, nämlich zwischen dem Wert des überlassenen Anwesens und dem Wert des Wohnrechts und der Leibrente, gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig, kann sie schon deshalb keinen Erfolg haben, weil es sich bei dem Vertrag vom 5. 4. 1989 um einen Leibgedingsvertrag im Sinn der Art. 7 ff. AGBGB (vgl. dazu näher *BayObLGZ* 1993, 192 ff. [= *MittBayNot* 1993, 208]) handelt. In dem mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Vertrag haben die durch verwandtschaftliche Beziehungen verbundenen Vertragsparteien zugunsten der Klägerin ein Wohnrecht auf dem überlassenen Grundstück vereinbart, wie es für die Annahme eines Leibgedings typisch (vgl. *BayObLG* a. a. O. S. 194 m. w. N.), aber auch ausreichend (vgl. *Sprau/Ott* Justizgesetze in Bayern Art. 7 AGBGB Rdnr. 18) ist. Im Zusammenhang mit der zu zahlenden Leibrente (vgl. *Sprau/Ott* a. a. O. Rdnr. 21) tritt damit der Versorgungscharakter des Vertrages in den Vordergrund und nicht die synallagmatische Beziehung von gleichwertigen Leistungen (vgl. BGH NJW 1981, 2568/2569 [= *DNotZ* 1982, 45]; BGH *DNotZ* 1982, 697/698). Die im Leibgedingsvertrag üblicherweise vereinbarten Leistungen des Übernehmers sind in der Regel nicht Gegenleistung im eigentlichen Sinn für die Übertragung des Grundbesitzes (vgl. BGHZ 3, 206/211). Der Leibgedingsvertrag ist vielmehr ein sozial motivierter Versorgungsvertrag, der eine wirtschaftliche Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung nicht voraussetzt (*BayObLGZ* 1975, 132/135 f. [= *MittBayNot* 1975, 170 = *DNotZ* 1975, 622]; *BayObLGZ* 1994 Nr. 5; *Sprau/Ott* a. a. O. Rdnr. 8). Daher ist die Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB, die auf einen Leistungsaustausch gerichtete Verträge zugeschnitten ist (vgl. *Palandt/Heinrichs* § 138 Rdnr. 66), grundsätzlich nicht anwendbar. Aber auch ein Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB ist nicht gegeben. Soweit diese Vorschrift auf wucherähnliche Geschäfte angewandt wird (vgl. dazu *Palandt/Heinrichs* a. a. O. Rdnr. 34 f.), setzt dies stets das Vorliegen von besonderen Umständen voraus, die über das bloße Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung hinausgehen. Derartige Umstände haben das Landgericht und ihm folgend das Oberlandesgericht nicht festgestellt.

dd) Inwiefern der Vertrag vom 5. 4. 1989 den Art. 7 ff. AGBGB widersprechen soll, ist nicht ersichtlich. . . .

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zum Altenteil auch BGH in diesem Heft S. 217, OLG Köln *MittBayNot* 1994, 134, OLG Zweibrücken *MittBayNot* 1994, 136, BFH in diesem Heft S. 262 und *Wolf*, *MittBayNot* 1994, 117.

10. SpTrUG § 12; VZOG § 4 (*Grundbuchberichtigung nach mißglückter Aufspaltung*)

Sind für einen VEB entgegen § 11 TreuhandG mehrere GmbH i. A. angemeldet und eingetragen, so reicht zur Grundbuchberichtigung eine Bescheinigung der Treuhandanstalt nach § 12 Abs. 1 Satz 2 SpTrUG aus; ein Bescheid nach § 4 VZOG ist nicht erforderlich.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Grundbuchamt Dresden, Beschluß vom 30. 7. 1993 — NT 3342

Aus den Gründen:

Die M. Dresden GmbH i. A. ist dadurch entstanden, daß der ehemalige VEB R. durch Aufspaltung umgewandelt wurde in die M. GmbH i. A., die L. GmbH i. A. und die P. GmbH i. A. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Spaltungsgesetz werden rechtliche Mängel der Vermögensübertragung auf die M. GmbH i. A. durch die Eintragung dieser Kapitalgesellschaft im Handelsregister geheilt. Aus dem notariell beglaubigten Handelsregisterauszug vom 12. 9. 1991 ergibt sich, daß die Umwandlung des VEB R. in die M. GmbH i. A. in das Handelsregister eingetragen wurde. Mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister gehen die Vermögensteile auf die neu entstandenen Gesellschaften über, ohne daß hierfür ein weiteres Erfüllungsgeschäft/Verfügungsgeschäft erforderlich wäre. Der Eigentumsübergang erfolgt außerhalb des Grundbuchs und wird im Wege der Grundbuchberichtigung übernommen. § 12 Abs. 1 Satz 2 Spaltungsgesetz bestimmt, daß zum Nachweis des Rechtsübergangs gegenüber dem Grundbuchamt eine Bescheinigung der Treuhandanstalt genügt, in der die übergebenen Rechte nach § 28 GBO zu bezeichnen sind. In der bei der Akte D. befindlichen Bescheinigung der Treuhandanstalt ist das Flurstück 2261 von Blatt 3365 mit einer falschen Grundstücksgröße angegeben. Das Flurstück 2261 wurde am 10. 6. 1992 nach Blatt 3342 übertragen. Mit Schreiben vom 18. 3. 1993 berichtigte die Treuhandanstalt ihre Bescheinigung vom 9. 4. 1991 dahingehend, daß nunmehr bei dem Flurstück 2661 der Gemarkung D. die richtige Grundstücksgröße in Übereinstimmung mit dem Grundbuch angegeben wird. Damit liegt ein ausreichender Nachweis für den Rechtsübergang an dem betreffenden Flurstück nach § 12 Abs. 1 Satz 2 Spaltungsgesetz vor.

Da § 4 VZOG lediglich die Rechtsübergänge nach den §§ 11 und 23 des Treuhandgesetzes und nach § 2 der 5. DVO zum Treuhandgesetz regelt, ist bei einer Umwandlung durch Spaltung kein Bescheid nach § 4 VZOG möglich. Daher kann auch die Eintragung der M. GmbH i. A. nicht von einer Entscheidung der Treuhandanstalt nach § 4 VZOG abhängig gemacht werden.

11. BGB §§ 842, 843, 1416, 1450 (*Keine Ehegattinnen-gesellschaft bei Gütergemeinschaft*)

- a) Gehört ein von Eheleuten betriebenes Erwerbsgeschäft zum Gesamtgut der von ihnen errichteten Gütergemeinschaft, so kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie bezüglich dieses Erwerbsgeschäfts daneben stillschweigend eine (Innen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts errichtet haben.
- b) Der in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fallende deliktische Schadensersatzanspruch des verletzten Ehegatten auf Ersatz des Verdienstaufschlags erstreckt sich auf die gesamten unfallbedingten Gewinneinbußen im Erwerbsgeschäft.
- c) Wird die Gütergemeinschaft von beiden Ehegatten verwaltet, ist der verletzte Ehegatte für den zum Gesamtgut gehörenden Schadensersatzanspruch nur dann allein prozeßführungsbefugt, wenn er spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter eine entsprechende Ermächtigung des anderen Ehegatten offenlegt.

BGH, Urteil vom 7. 12. 1993 — VI ZR 152/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der Folgen eines Verkehrsunfalls vom 28. 5. 1985, den ein Versicherungsnehmer der beklagten Haftpflichtversicherung verschuldet hat und bei dem der Kläger erheblich verletzt worden ist. Die volle Einstandspflicht der Beklagten für die dem Kläger entstandenen Unfallfolgen steht zwischen den Parteien außer Streit.

Der zum Unfallzeitpunkt 49 Jahre alte verheiratete Kläger, der seit 1968 im Güterstand der Gütergemeinschaft lebt, betreibt als selbständiger Gärtner unter Mithilfe seiner Ehefrau ein landwirtschaftliches Unternehmen, das auf den Anbau und Verkauf von Salat und Gemüse gerichtet ist. . . .

Mit der Klage begehrt der Kläger weiteren Schadensersatz, insbesondere Schmerzensgeld in Höhe von zusätzlich 15.000 DM sowie Ersatz des gesamten Schadens, der ihm in seinem Gartenbaubetrieb durch Vermarktungs- und Produktionsausfälle sowie durch auf der Einstellung von Ersatzkräften beruhende Kostenbelastungen entstanden sei und künftig noch entstehen werde. . . .

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage jeweils nur teilweise stattgegeben. Die Revisionen beider Parteien führten zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Kläger könne nur die Hälfte der durch den unfallbedingten Ausfall seiner Arbeitskraft im Gartenbaubetrieb eingetretenen Gewinnminderung als Erwerbsschaden ersetzt verlangen, weil das landwirtschaftliche Unternehmen nicht ihm allein, sondern einer von ihm und seiner Ehefrau gebildeten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zuzuordnen sei. Die Eheleute hätten nicht nur gegenüber dem Finanzamt den Gärtnerbetrieb als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ausgegeben; sie hätten auch tatsächlich ihre Arbeitskraft und ihr Vermögen in das Unternehmen eingebracht, um es zusammen erfolgreich betreiben zu können. Auch wenn der angestrebte geschäftliche Erfolg nicht über die Sicherung des Familienunterhalts hinausgegangen sei, sei hier zumindest stillschweigend ein Gesellschaftsverhältnis begründet worden; das gelte umso mehr, als die Ehegatten in Gütergemeinschaft lebten und die Ehefrau so das unternehmerische Risiko mittrage. Daher könne dem Kläger ein Erwerbsschaden nur insoweit erwachsen sein, als sich infolge des Unfalls sein (hälftiger) Gewinnanteil als Gesellschafter vermindert habe.

Die im Gartenbaubetrieb unfallbedingt eingetretenen Geschäftsverluste könnten allein aufgrund eines Jahresvergleichs der Betriebsergebnisse des Unternehmens festgestellt werden. Die vom Kläger geltend gemachten einzelnen Schadenspositionen aus Verlusten bei der Vermarktung bestimmter Pflanzenpartien, Produktionsausfällen und entstandenen zusätzlichen Lohnkosten könnten nur Rechnungsposten im Rahmen der Ermittlung des Betriebsgewinns darstellen, hätten jedoch keine selbständige Bedeutung bei der Schadenserrechnung. Ein Vergleich der Betriebsergebnisse der Jahre 1980 bis 1986 zeige, daß das Geschäftsjahr 1984/85, das mit dem 30. 6. 1985 geendet habe, keinen verminderten Betriebsgewinn aufweise. Für das nachfolgende Betriebsjahr 1985/86, das den Zeitraum vom 1. 7. 1985 bis zum 30. 6. 1986 betreffe, sei zwar von einem infolge erhöhter Personalkosten eingetretenen Betriebsverlust auszugehen, der auf den Ausfall der Arbeitskraft des Klägers zurückgeführt werden könne und auf der Grundlage des § 287 ZPO mit insgesamt 45.000 DM zu bemessen sei. Gleichwohl scheide auch für diesen Zeitraum ein Anspruch des Klägers auf Ersatz von Verdienstaufschlagschaden

aus, weil er am Verlust nur mit seinem hälftigen Gesellschaftsanteil, somit nur in Höhe von 22.500 DM beteiligt sei und die Beklagte insoweit bereits vorprozessual 24.270,68 DM gezahlt habe.

Soweit der Kläger für die Zeit ab 1. 7. 1986 bis 31. 8. 1988 Ausgleich der für eine Ersatzarbeitskraft aufgewendeten Kosten sowie für die Folgezeit die Feststellung der Eintrittspflicht der Beklagten hinsichtlich künftig anfallender Personalkosten begehrt, hat das Berufungsgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtet und die Sache zur Ermittlung der Höhe des zu leistenden Ersatzes an das Landgericht zurückverwiesen; ohne Einholung sachverständigen Rates könne nicht festgestellt werden, wie sich die Aufwendungen für eine derartige Ersatzkraft jeweils betriebswirtschaftlich auswirkten und in welchem Umfang sie das Betriebsergebnis beeinflussen könnten.

Das dem Kläger im Urteil des Landgerichts zuerkannte Schmerzensgeld von 45.000 DM hält das Berufungsgericht der Höhe nach für angemessen.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revisionen beider Parteien nicht stand. Es ist von Verfahrensfehlern beeinflusst und beruht auch in der Sache auf unzutreffenden Erwägungen.

A. Revision der Beklagten

Die Beklagte beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht zu ihrer teilweisen Verurteilung gelangt ist, obwohl der Kläger im Hinblick auf die Zuordnung des Schadensersatzanspruchs zum Gesamtgut der zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehenden Gütergemeinschaft zur Geltendmachung der Klageforderung allein gar nicht befugt war.

1. Nach den Feststellungen im Berufungsurteil, die mit dem unstreitigen Parteivortrag in Einklang stehen, lebt der Kläger mit seiner Ehefrau im Güterstand der Gütergemeinschaft. Seine auf § 823 Abs. 1 BGB gegründete Schadensersatzforderung gehört daher zum Gesamtgut im Sinne des § 1416 BGB (vgl. *Kanzleiter* in: MünchKomm zum BGB, 3. Aufl., Rdnr. 6 zu § 1416 BGB). Dies gilt sowohl für den Anspruch auf Ersatz des auf der Verletzung des Klägers beruhenden Erwerbsschadens als auch für den noch unter der Geltung des § 847 Abs. 1 BGB a. F. anhängig gemachten Schmerzensgeldanspruch; letzterer ist dem Grunde nach bereits vorprozessual von der Beklagten anerkannt worden, was gem. § 847 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. zu seiner Abtretbarkeit geführt hat, so daß er schon vor der gerichtlichen Geltendmachung durch den Kläger nicht mehr als Sondergut im Sinne des § 1417 Abs. 2 BGB anzusehen war. Auch die auf eine unfallbedingte Beschädigung des — im Rahmen des Betriebes des Gartenbauunternehmens eingesetzten — Anhängers gestützte Forderung auf Ersatz von Mietkosten ist Teil des Gesamtguts, zu dem der Gärtnereibetrieb insgesamt ebenfalls gehört, was von keiner der Parteien in Abrede gestellt wird.

2. Da weder den getroffenen Feststellungen noch dem Parteivortrag etwas anderes zu entnehmen ist, ist von einer gemeinschaftlichen Verwaltung des Gesamtguts durch die Eheleute auszugehen (§ 1421 Satz 2 BGB). Demgemäß sind die Ehegatten nach § 1450 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich berechtigt, einen Rechtsstreit, der sich auf das Gesamtgut bezieht, zu führen. Dies gilt auch für den hier vom Kläger eingeklagten Schadensersatzanspruch. Auf der

Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und des Parteivortrags, wie er sich in der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug darstellte, fehlt dem Kläger für die von ihm geltend gemachte Forderung die Prozeßführungsbefugnis; daraus folgt die Unzulässigkeit seiner Klage (vgl. *Bork* in: *Stein/Jonas*, ZPO, 21. Aufl., Rdnr. 55 vor § 50 ZPO; zum Fehlen der Klagebefugnis in diesen Fällen vergleiche auch *Boujong* in: *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Rdnr. 33 zu § 842 BGB; für mangelnde Aktivlegitimation hingegen z. B. *Finke* in: *BGB-RGRK*, 12. Aufl., Rdnr. 14 zu § 1450 BGB sowie *Heckelmann* in: *Erman*, BGB, 9. Aufl., Rdnr. 3 zu § 1450 BGB).

a) Für eine gesetzlich geregelte Ausnahme, aus der die Befugnis des Klägers hergeleitet werden könnte, die hier geltend gemachten Ansprüche allein einzuklagen, sind keine hinreichenden Voraussetzungen festgestellt; dies gilt auch, soweit der Anspruch auf Ersatz von Mietkosten wegen der Beschädigung des zum Gartenbaubetrieb gehörenden Anhängers gerichtet ist, im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 1456 BGB.

b) Eine Alleinprozeßführung des einen Ehegatten (grundsätzlich mit dem Antrag, an die Eheleute in Gütergemeinschaft zu leisten) kommt allerdings dann in Betracht, wenn eine gewillkürte Prozeßstandschaft durch Ermächtigung seitens des anderen Ehegatten errichtet worden ist (vgl. *Kanzleiter* in MünchKomm zum BGB, 3. Aufl., Rdnr. 21 zu § 1451 BGB). Auch deren Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor:

aa) Eine Prozeßstandschaft könnte nur dann angenommen werden, wenn der Kläger klar zum Ausdruck gebracht hätte, ein den Eheleuten in Gütergemeinschaft — und nicht ihm allein — zustehendes Recht geltend machen zu wollen (vgl. dazu *BGHZ* 78, 1, 6 f.; *BGH*, Urteile vom 21. 3. 1985 — VII ZR 148/83 — *NJW* 1985, 1826, 1827; vom 28. 6. 1985 — V ZR 43/84 — *NJW* 1985, 2825 und vom 12. 10. 1987 — II ZR 21/87 — *NJW* 1988, 1585, 1587 m. w. N.); er hätte eine Prozeßstandschaft und eine entsprechende Ermächtigung seiner Ehefrau bereits in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter offenlegen müssen, damit der Gegner die Art seines prozessualen Vorgehens und seiner Verteidigung hierauf in der erforderlichen Weise einrichten kann (vgl. *BGH*, Urteil vom 12. 10. 1987 — II ZR 21/87 — a. a. O.; hierzu auch *Senatsurteil* vom 4. 2. 1975 — VI ZR 85/73 *VersR* 1975, 518, 519). Bereits hieran fehlt es im vorliegenden Fall.

Dafür, daß er zur Prozeßführung für die Gütergemeinschaft ermächtigt sei, hat weder der Kläger bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug etwas vorgetragen noch waren hinreichende Anhaltspunkte ersichtlich. Allein aus der Tatsache, daß die Ehefrau im Rechtsstreit zu Fragen, die mit der Gütergemeinschaft und ihren Auswirkungen auf Inhaberschaft und Geltendmachung des Klageanspruchs schlechthin nichts zu tun hatten, als Zeugin vernommen worden ist, kann keinesfalls auf ihre rechtlich wirksame Erklärung geschlossen werden, sie habe den Kläger zur Prozeßführung und zur Antragsstellung auf Zahlung an sich selbst ermächtigen wollen.

bb) Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich auch nicht daraus, daß der Kläger im Revisionsrechtszug zur Prozeßstandschaft vorgetragen und schriftliche Ermächtigungserklärungen seiner Ehefrau hierzu vorgelegt hat. Zwar handelt es sich bei der Prozeßführungsbefugnis um eine Prozeßvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens,

auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGHZ 31, 279, 281 ff.; 100, 217, 219, BGH, Urteil vom 2. 6. 1986 — II ZR 300/85 — NJW-RR 1987, 57, 58). Da es entscheidend auf die Lage in der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz ankommt, ist hier nur Tatsachenstoff maßgeblich, der die davor liegende Zeit betrifft. Die vom Kläger nunmehr vorgelegten Ermächtigungen seiner Ehefrau datieren erst vom 18. 2. 1993, also aus der Zeit nach der Revisionseinlegung; der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergeben könnte, seine Ehefrau habe ihn auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bereits zur Prozeßführung ermächtigt gehabt. Die Ermächtigungserklärungen vom 18. 2. 1993 vermögen daher im derzeitigen Verfahrensstadium eine Prozeßführungsbefugnis des Klägers nicht zu begründen. . . .

B. Revision des Klägers

Da das Berufungsgericht wegen der mangelnden Prozeßführungsbefugnis des Klägers über die Schadensersatzforderung in der Sache nicht entscheiden durfte, hat das Berufungsurteil bereits wegen dieses Verfahrensfehlers auch insoweit keinen Bestand, als zum Nachteil des Klägers entschieden und die Klage als unbegründet abgewiesen worden ist.

Die bisherige Beurteilung des Berufungsgerichts begegnet jedoch, worauf die Revision des Klägers zu Recht hinweist, auch in der Sache in mehrfacher Hinsicht durchgreifenden Bedenken.

1. Die Revision des Klägers wendet sich mit Recht dagegen, daß das Berufungsgericht bezüglich des Gartenbaubetriebes eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau angenommen und ihm auf dieser Grundlage nur einen aus 50% der Gewinnminderung dieses Unternehmens resultierenden Erwerbsschaden zugesprochen hat. Auch insoweit hat das Berufungsgericht die rechtliche Bedeutung der zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau bestehenden Gütergemeinschaft nicht beachtet.

a) Zwar trifft die Ausgangsüberlegung des Berufungsgerichts zu, daß für die geschäftliche Zusammenarbeit von Ehegatten — auch wenn kein förmlicher Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden ist — ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis in der Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in Frage kommen kann (vgl. dazu BGHZ 31, 197, 200; 47, 157, 162 f.). Im vorliegenden Fall ist jedoch für die Annahme eines solchen Gesellschaftsverhältnisses kein Raum, auch wenn die Ehegatten sich gegenüber dem Finanzamt als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ausgegeben haben.

b) Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen und des unstreitigen Parteivortrags kann nicht zweifelhaft sein, daß der Gartenbaubetrieb, aus dem der Kläger sein Erwerbseinkommen bezieht, zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft des Klägers und seiner Ehefrau gehört. Es bestehen bereits aus Rechtsgründen Bedenken, ob bei dieser Sachlage neben der auf der Gütergemeinschaft beruhenden gesamthänderischen Berechtigung beider Eheleute am Erwerbsgeschäft hinsichtlich desselben Unternehmens eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehen kann (vgl. für den Fall einer offenen Handelsgesellschaft bei Gütergemeinschaft BGHZ 65, 79 ff. [= MittBayNot 1975, 226 = DNotZ 1976, 113]; kritisch dazu *Ulmer* in: MünchKomm zum BGB, 2. Aufl., Rdnr. 63 zu § 705 BGB).

c) Es kann jedoch offenbleiben, ob in einem Fall wie dem vorliegenden eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in Form einer allein in Betracht kommenden „Ehegatteninnengesellschaft“ bereits aus Rechtsgründen ausscheidet. Jedenfalls fehlt es hier an den Voraussetzungen, unter denen dann, wenn keinerlei gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen getroffen worden sind, nur aus dem konkludenten Verhalten der Ehegatten auf eine rechtswirksame gesellschaftsrechtliche Verbindung geschlossen werden könnte. Denn ein derartiges Gesellschaftsverhältnis kann dann weder als gewollt noch als überhaupt sinnvoll erachtet werden, wenn ohnehin das Erwerbsgeschäft bereits in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fällt. Die Rechtsprechung hat auf die Rechtsfigur der stillschweigend abgeschlossenen Innengesellschaft zwischen Eheleuten nur zurückgegriffen, um güterrechtlichen Unzulänglichkeiten beim Ausgleich der Erträge aus gemeinsamer Tätigkeit der Eheleute zu steuern (vgl. z. B. BGHZ 31, 197 ff.; 47, 157 ff.; zur Kritik an einer zu weitgehenden Bejahung der Innengesellschaft durch diese Rechtsprechung z. B. *Ulmer* in: MünchKomm zum BGB, 2. Aufl., Rdnr. 48 ff. vor § 705 BGB). Besteht jedoch zwischen den Ehegatten eine Gütergemeinschaft und fällt das Erwerbsgeschäft in deren Gesamtgut, bewirkt bereits das eheliche Güterrecht einen sachgerechten und billigen Ausgleich im Hinblick auf die Mitarbeit beider Ehegatten. Für die Annahme einer zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Verbindung ist dann kein Raum, wenn sie von den Ehegatten nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.

d) Eine andere rechtliche Beurteilung folgt auch nicht daraus, daß der Kläger und seine Ehefrau in ihren Einkommensteuererklärungen gegenüber dem Finanzamt von einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts mit je hälftigem Gewinnanteil ausgegangen sind. Aus dieser steuerlichen Deklaration ist nicht auf den zivilrechtlich wirksamen Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Beteiligten zu schließen. Die gemeinschaftliche Feststellung des Gewinns des Erwerbsgeschäfts im gesonderten Feststellungsverfahren durch das Finanzamt kann ohne weiteres bereits aus der Gütergemeinschaft erklärt werden; eine steuerliche Mitunternehmerschaft wird durch eine Gütergemeinschaft in gleicher Weise wie durch ein zivilrechtliches Gesellschaftsverhältnis begründet (vgl. BFH, Urteil vom 14. 8. 1986, BB 1986, 2184 [= MittBayNot 1987, 56]).

e) Da somit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinsichtlich des Gartenbaubetriebs keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zwischen den Eheleuten anzunehmen ist, kann auch der von der Beklagten zu ersetzende Erwerbsschaden des Klägers nicht an einem (hälftigen) gesellschaftsrechtlichen Gewinnanteil ausgerichtet werden.

aa) Das Berufungsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, daß bei Bestehen einer Gesellschaft der einzelne Gesellschafter als Erwerbsschaden nur die — durch den unfallbedingten Ausfall seiner Tätigkeit verursachte — Minderung seines Gewinnanteils geltend machen kann (ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. Senatsurteile vom 6. 10. 1964 — VI ZR 156/63 — VersR 1964, 1243, 1244; vom 30. 3. 1965 — VI ZR 274/63 — VersR 1965, 592, 593 und vom 8. 11. 1966 — VI ZR 44/65 — VersR 1967, 83). Es kann hier dahinstehen, ob dieser Grundsatz uneingeschränkt auch im Falle einer „Ehegatteninnengesellschaft“ Geltung beanspruchen kann, was die Revision des Klägers in Abrede stellt. Denn jedenfalls dann, wenn das Erwerbsgeschäft nicht im Rahmen einer Gesellschaft, sondern als Teil des

Gesamtguts der ehelichen Gütergemeinschaft betrieben wird, kann nicht auf einen quotenmäßig bestimmten Anteil des einzelnen Ehegatten abgestellt werden.

bb) Zwar betrifft die verletzungsbefindete Gewinnminderung auch hier die Gesamthandsgemeinschaft, der das Erwerbsgeschäft zugeordnet ist, jedoch läßt sich im Gegensatz zur Personengesellschaft der Schaden des einzelnen Mitglieds weder wirtschaftlich noch bilanzmäßig oder vermögensrechtlich von der finanziellen Einbuße der Gesamthand als solcher trennen, weil die güterrechtliche Ordnung anders als die gesellschaftsvertragliche Regelung Gewinnanteile nicht kennt. Die Einkünfte, die in das Gesamtgut fallen, sind in erster Linie für den Unterhalt der Familie zu verwenden (§ 1420 BGB) und nicht als Gewinn auf die Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft zu verteilen. Der verletzte Ehegatte ist hier aufgrund seiner Beteiligung an der Gesamthand selbst unmittelbar von dem vollen im Gesamtgut eintretenden Vermögensnachteil betroffen. Eine wertmäßige Beteiligung des Ehegatten am Gesamtgut in dem Sinne, wie sie bei der Personengesellschaft im Hinblick auf den Gesellschafts- und Kapitalanteil vorliegt, der eine wirtschaftliche Beziehung zum Gesamtvermögen ausdrückt, gibt es bei bestehender Gütergemeinschaft nicht.

cc) Der wirtschaftliche Verlust des verletzten Ehegatten hinsichtlich der Gewinnminderung im Gesamtgut kann daher nicht gesondert ausgewiesen und ersetzt werden. Daraus folgt, daß sich der — seinerseits wiederum gesamthänderisch gebundene — Schadensersatzanspruch auf den gesamten durch die unfallbedingte Verletzung des einen Ehegatten verursachten Gewinnausfall des zu dem Gesamtgut gehörenden Erwerbsgeschäfts erstreckt, also auf volle Kompensation dieses „Gesamthandsschadens“ gerichtet ist (vgl. hierzu auch *Buchner*, Festschrift für *Günther Beitzke*, 1979, S. 153, 165 ff.). Angesichts der rechtlichen Besonderheiten der Gütergemeinschaft verstößt eine solche Betrachtung auch nicht gegen den Grundsatz, daß ein Schadensausgleich für einen nur mittelbar geschädigten Dritten in der Regel nicht erfolgen kann.

12. BGB § 2288 Abs. 1 (*Vernachlässigung des erbvertraglichen Vermächtnisgegenstandes keine ersatzpflichtige Beeinträchtigung*)

Der Vermächtnisnehmer hat keinen Anspruch gegen den Erben auf Wertersatz aus § 2288 Abs. 1 BGB wegen Zerstörung oder Beschädigung des im Erbvertrag vermachten Hausgrundstücks, wenn dessen Schäden allein darauf beruhen, daß der Erblasser das Objekt zu seinen Lebzeiten nicht instand gehalten hat.

BGH, Urteil vom 3. 11. 1993 — IV ZR 36/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Dem Kläger ist durch Erbvertrag mit seiner Tante und ihrem Ehemann vom 17. 2. 1956, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben, nach dem Tode des Längstlebenden und für den Fall, daß aus der Ehe keine Kinder hervorgehen, ein der Tante gehörendes Hausgrundstück mit einem Metzgereibetrieb vermacht worden. Als letzter der Ehegatten, die ohne Nachkommen geblieben sind, starb am 6. 7. 1988 der Ehemann (im folgenden: Erblasser). Er wurde aufgrund gesetzlicher Erbfolge von den Beklagten beerbt.

Der Kläger hatte die Metzgerei bereits seit 1. 4. 1971 gepachtet. In Erfüllung des Vermächtnisses wurde ihm mit Vertrag vom 26. 8. 1988 das Haus übertragen. Er hat Zahlung von 186.500 DM für die Renovierung des Hauses und insbesondere des überalterten Metzgereibetriebes verlangt. Der Erblasser sei zu einer Instandhaltung nicht bereit gewesen; deshalb seien Haus und Betrieb in einen desolaten Zustand geraten. Soweit sich der Kläger in der Revisionsinstanz nur noch auf § 2288 Abs. 1 BGB stützt, bestreiten die Beklagten eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers, halten die Vorschrift aber schon deshalb nicht für anwendbar, weil der Erblasser den Gegenstand des Vermächtnisses nicht durch aktives Tun beschädigt habe, sondern nur untätig geblieben sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers, die nur in Höhe eines Teilbetrages von 1.865 DM durchgeführt worden ist, blieb ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, mit der der Kläger seinen Berufungsantrag weiterverfolgt. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts greift § 2288 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall nicht ein, und zwar unabhängig davon, ob der Erblasser in Beeinträchtigungsabsicht gehandelt hat. Die Bestimmung solle den Vermächtnisnehmer nur davor schützen, daß der Erblasser das Vermächtnis aktiv und böswillig vereitele. Den vermachten Gegenstand habe der Kläger aber erhalten. Das Haus und seine Einrichtungen seien vom Erblasser weder zerstört noch beschädigt worden. Mangels anderweitiger Bestimmungen im Erbvertrag sei der Erblasser nicht verpflichtet, sein übriges Vermögen für den Erhalt des vermachten Gegenstands einzusetzen. Deshalb könne sein Unterlassen nicht einer aktiven Beschädigung der Sache gleichgestellt werden.

Dem hält die Revision entgegen, im Ergebnis mache es keinen Unterschied, ob der Erblasser den Gegenstand des Vermächtnisses aktiv beschädige oder bewußt verfallen lasse. § 2288 BGB wolle den Vermächtnisnehmer umfassend schützen; die Vorschrift sei zum Beispiel auch beim Untergang des vermachten Gegenstands durch Verbrauch anzuwenden. Der Erbvertrag verpflichte den Erblasser gem. § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt der Vertragstreue, alles zu unterlassen, was den vereinbarten Erfolg beeinträchtigt. Deshalb sei der Erblasser zumindest zu den notwendigen Verwendungen verpflichtet, die ein um seine Habe besorgter Grundstückseigentümer zur Erhaltung des Gebäudes vornehmen würde.

2. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Anwendung von § 2288 Abs. 1 BGB nicht, auf Beeinträchtigungen des vermachten Gegenstandes erstreckt, die allein darauf beruhen, daß der Erblasser das Haus nicht instand gehalten und insbesondere die Einrichtungen des Metzgereibetriebes nicht den modernen Anforderungen angepaßt hat.

a) § 2288 Abs. 1 BGB schützt den erbvertraglich bedachten Vermächtnisnehmer auch vor Beeinträchtigungen rein tatsächlicher Art. Anders als der durch § 2287 BGB geschützte Vertragserbe bedarf der im Erbvertrag bindend bestimmte Vermächtnisnehmer dieses Schutzes, weil das Vermächtnis eines beim Erbfall nicht zur Erbschaft gehörenden Gegenstands, wenn er nach dem Willen des Erblassers nicht auch für diesen Fall dem Bedachten verschafft werden soll, gem. § 2169 Abs. 1 BGB unwirksam ist (vgl. auch §§ 2165, 2171 BGB). Um zu verhindern, daß sich der Erblasser etwa durch Zerstörung des vermachten Gegenstands der erbvertraglichen Bindung entzieht, erweitert

§ 2288 Abs. 1 BGB die gem. § 2279 Abs. 1 BGB auch für vertragsmäßig angeordnete Vermächtnisse geltenden Pflichten aus §§ 2147 ff. BGB (Protokolle Bd. V S. 404; MünchKomm/Musielak, BGB 2. Aufl. § 2288 Rdnr. 1; Staudinger/Kanzleiter, BGB 12. Aufl. § 2288 Rdnr. 1; Soergel/Manfred Wolf, BGB 12. Aufl. § 2288 Rdnr. 1).

b) Andererseits wird der Erblasser durch den Erbvertrag grundsätzlich nur von Todes wegen gebunden. Als Erbschaft bezeichnet das Gesetz in § 1922 BGB das beim Tode vorhandene Vermögen. Damit beschränkt sich die durch den Erbvertrag begründete Bindung gegenständlich auf dasjenige Vermögen, das der Erblasser bei seinem Tod hinterläßt. Er kann daher unter Lebenden nicht nur gem. § 2286 BGB dinglich wirksam über den Zuwendungsgegenstand verfügen, sondern ist auch nicht verpflichtet, ihn für den Vermächtnisnehmer ordnungsmäßig zu verwalten oder überhaupt zu erhalten (BGHZ 31, 13, 15 ff. insbesondere 21 [= DNotZ 1960, 207]). Im Hinblick auf diesen Grundsatz der lebzeitigen Entschließungsfreiheit des Erblassers ist § 2288 BGB als Ausnahmeregelung zwar seinem Sinne entsprechend, aber eng auszulegen (BGHZ 31, 13, 23 in bezug auf § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB).

c) Es ist regelmäßig nicht der Sinn eines erbvertraglichen Vermächtnisses — insbesondere eines Hausgrundstücks mit einem Geschäftsbetrieb —, das Objekt unabhängig vom Interesse des Erblassers durch zusätzliche Aufwendungen zu seinen Lebzeiten zugunsten des Vermächtnisnehmers zu erhalten oder es sogar den im Laufe der Zeit gestiegenen Anforderungen des Geschäftsverkehrs anzupassen. Anders mag es sein, wenn der Erblasser dem Beschwerten von Todes wegen die Pflicht auferlegt, dem Vermächtnisnehmer die zu Lebzeiten des Erblassers verlorengegangenen Werte zu verschaffen. Der Erblasser kann sich auch über das Vermächtnis hinaus im Erbvertrag zusätzlich selbst verpflichten, den Gegenstand des Vermächtnisses zu seinen Lebzeiten instand zu halten. Im vorliegenden Fall ist der Erbvertrag aber weder im Sinne eines Verschaffungsvermächtnisses noch einer lebzeitigen Verpflichtung des Erblassers zu verstehen.

Bei dieser Sachlage hat auch der erbvertraglich bedachte Vermächtnisnehmer Anspruch auf die vermachte Sache nur in dem Zustand, in dem sie sich bei unbeeinflusster Entwicklung im Zeitpunkt des Erbfalls befindet. Zuvor steht ihm weder ein künftiger Anspruch noch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft zu (BGH, Urteil vom 8. 2. 1957 — IV ZR 216/56 — LM BGB § 2288 Nr. 2 [= DNotZ 1957, 548]; BGHZ 12, 115, 118 [= DNotZ 1954, 264]).

Daß § 2288 Abs. 1 BGB daran etwas ändern wollte, ist nicht ersichtlich. Die vom Gesetz aufgezählten Handlungsweisen (zerstören, beiseite schaffen, beschädigen) setzen ein Eingreifen des Erblassers voraus, das auf die willkürliche Verringerung oder Vernichtung des Wertes der vermachten Sache gerichtet ist. Die Vorschrift ist daher ihrem Sinne nach auch anzuwenden, wenn die Sache durch Verarbeitung, Verbindung, Vermischung oder Verbrauch untergeht oder im Wert gemindert wird (Soergel/Manfred Wolf, a. a. O. § 2288 Rdnr. 2; MünchKomm/Musielak, a. a. O. § 2288 Rdnr. 2; Staudinger/Kanzleiter, a. a. O. § 2288 Rdnr. 8). Von dem so gekennzeichneten Anwendungsbereich wird die Unterlassung von Instandhaltungsmaßnahmen, mag ihr im Einzelfall auch eine Beeinträchtigungsabsicht zugrunde liegen, nicht umfaßt. Wie das Landgericht mit Recht hervorgehoben hat, würde eine Er-

streckung auf unterlassene Instandhaltungsmaßnahmen schwierige Abgrenzungen erforderlich machen, zu welchen Aufwendungen der Erblasser im einzelnen verpflichtet ist. Der Gesetzgeber hat dafür keinen Maßstab vorgegeben. Auch das zeigt, daß er § 2288 Abs. 1 BGB nicht auf Fälle unterlassener Instandhaltung angewandt wissen wollte.

Anmerkung:

1. Das Urteil des BGH berührt grundsätzliche Fragen zur Stellung des erbvertraglich Bedachten bei beeinträchtigenden Verfügungen, Handlungen und Unterlassungen des gebundenen Erblassers.

a) Zu Recht verneint der BGH zu Lebzeiten des Erblassers ein Anwartschaftsrecht des erbvertraglich Bedachten auf den späteren Erwerb des derzeitigen Erblasservermögens bzw. des Vermächtnisgegenstandes. Denn die Bindungswirkung eines Erbvertrags erstreckt sich nur auf Verfügungen von Todes wegen (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB). Unter Lebenden vermag der Erblasser dagegen frei zu verfügen (§ 2286 BGB). Auch hinsichtlich rein tatsächlicher oder familienrechtlicher Handlungen, die das Gesetz nicht eigens erwähnt, unterliegt der Erblasser keinerlei Beschränkungen (vgl. dazu *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung (1992), Rdnr. 949). Der erbvertraglich Bedachte besitzt deshalb vor dem Erbfall nur eine bloße Erwerbsaussicht.

Wird diese Hoffnung durch ein böswilliges Handeln des Erblassers enttäuscht, kann der erbvertraglich Bedachte nur nach dem Erbfall den Beschenkten bzw. den Erben aus den §§ 2287, 2288 BGB in Anspruch nehmen. Ein Schadensersatzanspruch des erbvertraglich Bedachten gegen den Erblasser aus § 823 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da es an einem verletzten Recht i. S. dieser Norm fehlt. § 826 BGB wird als Anspruchsnorm von den §§ 2287, 2288 BGB nach dem Spezialitätsgrundsatz verdrängt (BGH NJW 1989, 2389; 1991, 1952; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, § 37 II 2 c (FN 65); a. A. *Staudinger/Kanzleiter*, § 2286 Rdnr. 4). Aus der uneingeschränkten lebzeitigen Verfügungs- und Handlungsfreiheit des Erblassers und der Freistellung von jeglicher Ersatzpflicht für Beeinträchtigungen der Erbanwärter folgt schließlich, daß der Erblasser auch unter dem Gesichtspunkt der Vertragstreue (§ 242 BGB) gegenüber dem erbvertraglich Bedachten nicht verpflichtet sein kann, sein Vermögen bzw. den Vermächtnisgegenstand ordnungsgemäß zu verwalten, instand zu halten oder darüber nicht zu verfügen (so neben vorstehender Entscheidung schon BGHZ 31, 13 [21]). Eine entsprechende Zusatzvereinbarung im Erbvertrag kann auch nicht ohne weiteres vermutet werden (BGH MittBayNot 1970, 167). Deshalb scheidet im Regelfall ein Schadensersatzanspruch des erbvertraglich Bedachten gegen den Erblasser wegen der Verletzung einer solchen lebzeitigen Verpflichtung (§ 280 Abs. 1 BGB) aus.

b) Das BGB gewährt dem Vertragserben nur bei Schenkungen des Erblassers in Beeinträchtigungsabsicht einen Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten (§ 2287 BGB). Darüberhinaus räumt es aber dem Vertragsvermächtnisnehmer auch einen Verschaffungs- bzw. einen Wertersatzanspruch gegen den Erben ein, wenn der Erblasser böswillig über den Vermächtnisgegenstand entgeltlich verfügt (§ 2288 Abs. 2 BGB) oder ihn zerstört, beiseite schafft oder beschädigt (§ 2288 Abs. 1 BGB).

Es überzeugt nicht, daß der BGH die Erweiterung des Tatbestands des § 2288 BGB in Abs. 1 auf tatsächliche Handlungen des Erblassers unter Bezug auf die Protokolle (Band V, S. 404) und die h. L. (statt aller: Münch-Komm/Musielak, § 2288 Rdnr. 1) mit einer erhöhten Schutzbedürftigkeit des Vertragsvermächtnisnehmers gegenüber dem Vertragserben begründet. Ein Vermächtnis wird — sofern nicht der Ausnahmefall des Verschaffungsvermächtnisses vorliegt (§ 2170 BGB) — unwirksam, wenn der vermachte Gegenstand beim Erbfall nicht zum Nachlaß gehört (§ 2169 Abs. 1 BGB). Die Position des Vertragserben als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers wird durch tatsächliche Einwirkungen auf Bestandteile des Erblasservermögens zwar nicht berührt, wirtschaftlich kann die Erbentstellung durch die Vernichtung des Erblasservermögens aber vollständig entwertet sein. Das Erbrecht ist in diesem Fall nicht mehr als eine „leere Hülse“.

Die Besserstellung des Vertragsvermächtnisnehmers ist deshalb nur dadurch zu begründen, daß im Rahmen des § 2287 BGB der Erbe einen Verschaffungs- oder Wertersatzanspruch nur gegen sich selbst oder seine Miterben richten könnte (so schon *Siegmann*, ZEV 1994, 38 [39]).

c) Der BGH prüft lediglich, ob das Unterlassen von Modernisierungs- und Instandhaltungsarbeiten durch den Erblasser den Tatbestand des § 2288 Abs. 1 BGB erfüllen kann. Das Berufungsgericht hat allerdings die weitergehende Ansicht vertreten, daß der Anspruch des Vertragsvermächtnisnehmers aus § 2288 Abs. 1 BGB in keinem Fall durch ein reines Unterlassen des Erblassers entstehen kann. Da der BGH in den Urteilsgründen betont, daß der Wortlaut des § 2288 Abs. 1 BGB ein aktives Handeln voraussetzt und § 2288 als Ausnahmvorschrift zu § 2286 BGB eng auszulegen sei, stimmt er dieser Auffassung aber wohl zu.

Dagegen meint *Siegmann* (ZEV 1994, 38 [39]), daß einem aktiven Beschädigen das Unterlassen notwendiger Unterhalts- und Schutzmaßnahmen durch den Erblasser gleichstehe, wenn diese jeder wirtschaftlich denkende Eigentümer vorgenommen hätte, und das Unterlassen zu einer Beschädigung oder Zerstörung des Vermächtnisgegenstandes führte.

Bei näherer Prüfung erweisen sich die Argumente der Rechtsprechung als wenig überzeugend.

Der Systematik der §§ 2286 ff. BGB widerspricht es nicht, auch ein Unterlassen des Erblassers als Beschädigen i. S. des § 2288 Abs. 1 BGB aufzufassen. Deren Grundstruktur wird dadurch bestimmt, daß zum einen durch einen Erbvertrag die lebzeitige Handlungs- und Verfügungsfreiheit des Erblassers nicht eingeschränkt wird und zum anderen die Folgen von Erblasserverfügungen und -handlungen, die den Tatbestand der §§ 2287, 2288 BGB erfüllen, nicht den Erblasser, sondern erst den Beschenkten bzw. den Erben treffen. Nimmt man an, daß ein Unterlassen des Erblassers ein Beschädigen i. S. des § 2288 Abs. 1 BGB sein kann, würde weder die Handlungsfreiheit des Erblassers beschnitten noch eine lebzeitige Ersatzpflicht begründet.

Ebenso läßt sich gegen die hier vertretene Auffassung nicht anführen, daß den Erblasser keine Verpflichtung zur Erhaltung des Vermächtnisgegenstandes trifft. Denn auch die aktive Zerstörung oder Beschädigung des Vermächtnisgegenstandes stellt ja keinen Pflichtenverstoß dar.

Schließlich würde die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen im Rahmen des § 2288 Abs. 1 BGB zu untrag-

baren Ergebnissen führen. Vernichtet der gebundene Erblasser z. B. den Vermächtnisgegenstand, einen wertvollen Oldtimer, indem er ihn nach der Ankündigung schwerer Überschwemmungen an das Ufer eines Flusses stellt, worauf der Pkw durch die Fluten mitgerissen wird, ist wegen des aktiven Tuns des Erblassers ein Zerstören i. S. des § 2288 Abs. 1 BGB wohl unstrittig. Es kann aber nicht anders entschieden werden, wenn der Erblasser das Wegfahren des bereits am Flußufer geparkten Oldtimers nach der Flutwarnung nur unterläßt, damit dieser durch das Wasser zerstört wird. Auch in der Literatur (*Soergel/Wolf*, § 2288 Rdnr. 2) wird die Zerstörung des Vermächtnisgegenstandes durch Dritte mit Zustimmung des Erblassers als für § 2288 Abs. 1 BGB ausreichend erachtet. Gleiches muß gelten, wenn der Erblasser die Vernichtung des Vermächtnisgegenstandes durch Naturkräfte zustimmend hinnimmt.

d) Dem BGH ist aber darin zu folgen, daß der Tatbestand des Beschädigen in § 2288 Abs. 1 BGB nicht bereits dadurch erfüllt wird, daß der Erblasser den Vermächtnisgegenstand, im vorliegenden Fall eine Metzgerei, nicht an moderne Geschäftsbedingungen angepaßt hat. Hierin kann schon nach dem Wortsinn keine Beschädigung liegen. Dagegen wird man bei der Frage, ob das Unterlassen von Instandhaltungsarbeiten ein Beschädigen i. S. des § 2288 Abs. 1 BGB darstellen kann, unterscheiden müssen (vgl. auch *Siegmann*, ZEV 1994, 38 [39]). Nicht schon das Unterlassen von reinen Schönheitsreparaturen ist als Beschädigen zu werten. Dazu ist zu verlangen, daß die im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags bestehende Substanz des Vermächtnisgegenstandes verletzt wird. Wurde ein Hausgrundstück vermacht, ist dies z. B. der Fall, wenn der Erblasser es unterläßt, einen Wasserrohrbruch zu beheben oder das durch einen Sturm beschädigte Dach zu reparieren, so daß Feuchtigkeit das Bauwerk beschädigt.

e) Letztlich wird aber auch ein Unterlassen des Erblassers, das einem aktiven Beschädigen oder Zerstören des Vermächtnisgegenstandes gleichsteht, nur in den seltensten Fällen zu einer Ersatzpflicht des Erben führen. Denn der Erblasser muß auch in den Fällen des § 2288 Abs. 1 BGB in Beeinträchtigungsabsicht gehandelt haben. Dies kann nur angenommen werden, wenn der Erblasser die Sicherung des Vermächtnisgegenstandes unterläßt, um durch dessen Beschädigung oder Zerstörung dem Vertragsvermächtnisnehmer die Vorteile seiner Einsetzung im Erbvertrag zu entziehen.

Ausgeschlossen ist ein Ersatzanspruch des Vertragsvermächtnisnehmers dagegen, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an dem Unterlassen hat (dazu BGH NJW 1984, 731 [734]). Dies ist z. B. zu bejahen, wenn der Erblasser nach Abschluß des Erbvertrags sein übriges Vermögen verliert und dadurch außerstande ist, den Vermächtnisgegenstand zu unterhalten (*Siegmann*, ZEV 1994, 38 [39]). Ist neben dem Vermächtnisnehmer auch ein Erbe vertraglich eingesetzt, muß jedoch auch die Berücksichtigung der schützenswerten Interessen des Vertragserben durch den Erblasser eine Beeinträchtigungsabsicht i. S. des § 2288 Abs. 1 BGB ausschließen. Unterläßt der Erblasser größere Aufwendungen auf den Vermächtnisgegenstand, um dem Vertragserben — wie bei Abschluß des Erbvertrags geplant — den überwiegenden Teil seines Vermögens übertragen zu können, handelt er deshalb nicht in Beeinträchtigungsabsicht. Vermag etwa der Vertragserblasser den Vermächtnisgegenstand, ein Grundstück mit Wochenendhaus im Wert von 300.000,— DM, nur mit Aufwendungen von

250.000,— DM gegen ein Abrutschen von einem Steilhang dauerhaft zu sichern, besteht ein anzuerkennendes Interesse des Erblassers am Unterlassen dieser Maßnahme, wenn er damit sein Restvermögen von 400.000,— DM ungeschmälert dem Vertragserben erhalten will. Andernfalls würde der dem Erbvertrag zugrundeliegende Verteilungsplan gestört. Denn auch in Extremfällen wäre eine Korrektur nach dem Erbfall anhand der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht möglich. Ein Vermächtnis ist vom Erben grds. bis zur völligen Erschöpfung des Nachlasses zu erfüllen (BGH FamRZ 1993, 422).

2. Allzu oft wird von den Erbvertragsparteien die mögliche wirtschaftliche Vereitelung von Erb- bzw. Vermächtnisaussichten durch lebzeitige Verfügungen, Handlungen und Unterlassungen des Erblassers nicht bedacht. Für die notarielle Praxis folgt aus dem Urteil die Anregung, bei der Gestaltung von Erbverträgen die Beteiligten nicht nur auf das Verhältnis zwischen der lebzeitigen Verfügungs- und Handlungsfreiheit des Erblassers und dessen Bindung hinsichtlich letztwilliger Verfügungen hinzuweisen, sondern auch genau zu prüfen, ob das Regelungsziel der Beteiligten mit der notwendigen Sicherheit nur durch zusätzliche lebzeitige Vereinbarungen erreicht werden kann. Gerade wenn der Erbvertraglich Bedachte Leistungen für die bindende Einsetzung als Erbe oder Vermächtnisnehmer erbringt (entgeltlicher Erbvertrag) ist eine Sicherung des späteren Erwerbs der Nachlaßgegenstände bzw. des Vermächtnisgegenstandes geboten (dazu *Lüke*, Vertragliche Störungen beim „entgeltlichen“ Erbvertrag (1990), S. 57 ff.; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung (1992), Rdnr. 969 ff.; *Hohmann*, Rechtsfolgen von Störungen im Rahmen eines entgeltlichen Erbvertrags und Sicherung der Rechte der Vertragsparteien, Diss. Würzburg (1993), S. 167 ff.; *Knieper*, DNotZ 1968, 331 [337]).

Gleiches gilt für die hier durch den BGH zu entscheidende Fallkonstellation. Setzen kinderlose Ehegatten sich in einem Erbvertrag gegenseitig als alleinige Erben ein, während nach dem Tode des Überlebenden ein Verwandter nur eines Ehegatten Erbe oder Vermächtnisnehmer sein soll, etwa weil das wesentliche Vermögen aus der Familie dieses Ehegatten stammt, besteht für den Fall des Überlebens des anderen Ehegatten stets die Gefahr, daß versucht wird, den Erbvertraglich Bedachten zugunsten genehmerer Personen zu benachteiligen (vgl. dazu auch BGHZ 116, 167 [174 f.]).

Notarassessor *Dr. Klaus Hohmann*, München

13. BGB §§ 2079, 2200 („Übergehen“ des Ehegatten i. S. v. § 2079 BGB)

Hat der Erblasser seinen späteren Ehegatten in einem vor der Eheschließung errichteten Testament mit einem nicht nur ganz geringfügigen Vermächtnis bedacht, so ist der Ehegatte nicht übergangen. Unabhängig vom Wert des Gesamtnachlasses ist eine solche Zuwendung jedenfalls dann nicht nur ganz geringfügig, wenn aus ihrer Art und ihrem Umfang geschlossen werden kann, daß der Erblasser den anfechtenden späteren Ehegatten bei der Verteilung des Nachlasses als eine ihm nahestehende Person in Betracht gezogen und ihm im Hinblick hierauf objektiv erhebliche Vermögenswerte zugewandt hat.

BayObLG, Beschluß vom 21. 12. 1993 — 1 Z BR 49/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 95 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Erblasserin ist am 10. 2. 1992 verstorben. Sie hatte am 19. 12. 1991 den ihr schon seit Jahren bekannten Beteiligten zu 2 geheiratet. Die Beteiligte zu 1 ist ihr einziges Kind. Zum Nachlaß gehören Grundstücke und Eigentumswohnungen, eine Geschäftsbeteiligung, Wertpapiere, Bankguthaben und verschiedene wertvolle bewegliche Habe.

In einem notariellen Testament vom 29. 6. 1990 hat die Erblasserin ihre Tochter zur Alleinerbin eingesetzt, diese aber mit verschiedenen Vermächtnissen und Auflagen beschwert. Insbesondere hat sie durch Vermächtnis eine Stiftung errichtet und dem Beteiligten zu 2 den Nießbrauch an einer Eigentumswohnung, verschiedene Gegenstände, Geld und Versorgungsleistungen zugewandt. Unter II. 4 des Testaments hat die Erblasserin zur Ausführung ihrer Verfügungen Testamentsvollstreckung angeordnet. Einen Testamentsvollstrecker hat sie nicht benannt, sich jedoch ausdrücklich vorbehalten, „durch ein eigenständiges Testament einen Testamentsvollstrecker namentlich zu berufen, sobald ich eine hierfür geeignete Person gefunden habe“.

Zwei Tage vor ihrer Hochzeit, am 17. 12. 1991, haben die Erblasserin und der Beteiligte zu 2 zu notarieller Urkunde gegenseitig auf ihr gesetzliches Ehegattenpflichtteilsrecht samt Pflichtteilsergänzungsansprüchen verzichtet. Kurz vor ihrem Tod beauftragte die Erblasserin einen Notar mit dem Entwurf eines neuen Testaments, wonach der Beteiligte zu 2 zur Hälfte, dessen Neffe sowie die Beteiligte zu 1 je zu 1/4 als Erben eingesetzt werden sollten. Eine Stiftung war in diesem Testament nicht mehr vorgesehen. Zu Testamentsvollstreckern sollten der Beteiligte zu 2 und dessen Neffe ernannt werden. Zur Beurkundung dieses Testaments kam es nicht mehr.

Mit Schreiben vom 31. 3. 1992 an die Beteiligte zu 1 hat der Beteiligte zu 2 den Pflichtteilsverzicht vom 17. 12. 1991 wegen Erklärungsirrtums, hilfsweise wegen Täuschung angefochten. Mit Schreiben vom 7. 4. 1992 an das Nachlaßgericht hat er ferner das Testament vom 29. 6. 1990 wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten. Er ist der Auffassung, daß sein Pflichtteilsverzicht infolge der Anfechtung, aber auch wegen krankheitsbedingter Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Beurkundung des Verzichts unwirksam sei. Als Pflichtteilsberechtigter sei er jedoch auch zur Anfechtung des bereits vor der Eheschließung und damit vor der Entstehung seiner Pflichtteilsberechtigung verfaßten Testaments vom 29. 6. 1990 berechtigt mit der Folge, daß gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Er hat daher einen Erbschein beantragt, der ihn und die Beteiligte zu 1 als Erben zu je 1/2 ausweisen soll.

Die Beteiligte zu 1 hält beide Anfechtungen für unwirksam und ihre Einsetzung zur Alleinerbin in dem Testament vom 29. 6. 1990 für wirksam.

Mit Beschluß vom 16. 9. 1992 hat das Amtsgericht München den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat der Beteiligte zu 2 Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat mit Beschluß vom 1. 3. 1993 die Beschwerde zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 2 hat gegen diese Entscheidung weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

...

Das zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 2 bleibt ohne Erfolg. ...

a) Das Landgericht hat ausgeführt: ...

b) Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) stand. Zutreffend ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, daß das Testament vom 29. 6. 1990 weiterhin wirksam und damit die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin eingesetzt ist.

aa) Das Testament ist wirksam errichtet (§ 2231 Nr. 1, § 2232 BGB) und nicht widerrufen worden. Die Beteiligte zu 1 ist darin zur Alleinerbin eingesetzt worden. Dies wird auch durch den Beteiligten zu 2 nicht in Zweifel gezogen.

bb) Diese Erbeinsetzung ist nicht dadurch unwirksam geworden (§ 142 Abs. 1 BGB), daß sie der Beteiligte zu 2 mit Schreiben vom 7. 4. 1992 gem. § 2079 BGB angefochten hat. Ein Anfechtungsgrund nach dieser Bestimmung liegt nicht vor, weil, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, die Erblasserin den Beteiligten zu 2 in dem Testament nicht übergegangen hat.

(1) Nach dem Wortlaut des § 2079 Satz 1 BGB ist das Anfechtungsrecht auch in den Fällen, in denen der Anfechtende erst nach Errichtung der letztwilligen Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist, nur dann gegeben, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten übergegangen hat (vgl. *Schlüter* Erbrecht 12. Aufl. § 24 I 3 e bb). Denn das Gesetz stellt lediglich denjenigen, dessen Pflichtteilsrecht nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung entstanden ist, demjenigen Pflichtteilsberechtigten gleich, den der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung nicht gekannt hat (*Staudinger/Otte* BGB 12. Aufl. § 2079 Rdnr. 8), während die beiden anderen Voraussetzungen der Anfechtung, das Vorhandensein eines Pflichtteilsberechtigten zur Zeit des Erbfalls und dessen Übergehen, hiervon nicht berührt werden. Die Ausführungen von *Leipold* in MünchKomm BGB 2. Aufl. § 2079 Rdnr. 10 am Anfang beziehen sich, wie der anschließende Satz und die Ausführungen zu Rdnr. 6 zeigen, darauf, wie es zu werten ist, wenn der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits Überlegungen im Hinblick auf die möglicherweise künftig entstehende Pflichtteilsberechtigung angestellt hat.

(2) Umstritten ist allerdings die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine durch den Erblasser bedachte Person als „übergegangen“ anzusehen ist, wenn sie aufgrund von nach der Testamentserrichtung eintretenden Umständen ein Pflichtteilsrecht erlangt hat (ausführliche Darstellung mit Nachweisen zum Streitstand bei *Soergel/Loritz* BGB 12. Aufl. Rdnr. 3 und MünchKomm/*Leipold* Rdnr. 6, jeweils zu § 2079). Die insbesondere in der Rechtsprechung ganz überwiegend vertretene Auffassung bejaht ein Übergehen nur dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist (RGZ 50, 238/239 und 148, 218/223; OLG Celle NJW 1969, 101; ebenso *Staudinger/Otte* Rdnr. 3 und BGB-RGRK/*Johannsen* 12. Aufl. Rdnr. 10, jeweils zu § 2079; von *Lübnow* Erbrecht I S. 324). Dies wird zum Teil dahin eingeschränkt, daß ganz geringfügige Zuwendungen außer Betracht zu bleiben haben (*Palandt/Edenhofer* BGB 52. Aufl. Rdnr. 3, *Erman/Hense* BGB 9. Aufl. Rdnr. 3, jeweils zu § 2079; unentschieden RG JW 1925, 2756/2757).

Nach der insbesondere in der Literatur vertretenen Meinung liegt hingegen ein Übergehen bereits dann vor, wenn der Bedachte im Zeitpunkt der Errichtung der ihn begünstigenden Verfügung noch nicht zu den Pflichtteilsberechtigten zählte, die Zuwendung also nicht im Hinblick auf seine Stellung als pflichtteilsberechtigter gesetzlicher Erbe getätigt wurde (so, mit im einzelnen geringfügigen Unterschieden und jeweils weiteren Nachweisen, MünchKomm/*Leipold* und *Soergel/Loritz* a. a. O.; *Lange/Kuchinke* Erbrecht 3. Aufl. § 35 III 2 e; *Brox* Erbrecht 10. Aufl. Rdnr. 229; *Damrau* BB 1970, 467/473).

(3) Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung (so bereits die nicht veröffentlichten Entscheidungen vom 13. 2. 1975 BReg. 1 Z 77/74 und 24. 7. 1975 BReg. 1 Z 43/75). Nach dem Sprachgebrauch und dem daraus abzuleitenden Wort-sinn ist eine Person in einer letztwilligen Verfügung dann übergegangen, wenn sie vom Erblasser weder mittelbar noch unmittelbar bei der Verteilung des Nachlasses berücksichtigt worden ist (vgl. RG JW 1925, 2756/2757). Die spricht für eine objektive Auslegung des Begriffs. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm lassen sich Anhaltspunkte für die gegenteilige Auffassung nicht gewinnen (*Schubert/Czub* JA 1980, 257/261). Die Annahme, daß der Erblasser den Bedachten günstiger gestellt hätte, wenn er bei der Testamentserrichtung die Pflichtteilsberechtigung gekannt oder vorhergesehen hätte, ist als allgemeine gesetzliche Vermutung, wie sie § 2079 BGB begründet, nicht gerechtfertigt. Denn die umstrittene Fallgestaltung ergibt sich vielfach daraus, daß der Erblasser in höherem Alter eine Person heiratet, die ihm, wie die Zuwendung im Testament zeigt, schon seit längerer Zeit nahegestanden hat. Oft sind dann im Testament Abkömmlinge aus einer früheren Ehe als Erben eingesetzt. In einem solchen Fall kann es keinesfalls als Regel unterstellt werden, daß der Erblasser die oft wohlüberlegte letztwillige Verfügung anders abgefaßt hätte, wenn er den Umstand einer späteren Heirat in seine Überlegungen einbezogen hätte (ebenso *Schubert/Czub* a. a. O.). Der Pflichtteilsberechtigte wird durch eine solche Auslegung des § 2079 Satz 1 BGB nicht schutzlos gestellt. Vielmehr verbleibt ihm die Möglichkeit, die letztwillige Verfügung nach § 2078 Abs. 2 BGB anzufechten (BayObLGZ 1971, 147/151 [= MittBayNot 1971, 319 = DNotZ 1972, 31]; MünchKomm/*Leipold* § 2079 Rdnr. 21). Allerdings trifft ihn, anders als bei § 2079 Satz 1 BGB (vgl. *Staudinger/Otte* § 2079 Rdnr. 1), die Feststellungslast dafür, daß der Erblasser einem Irrtum über seine künftige Rechtsstellung zu dem anfechtenden Pflichtteilsberechtigten unterlag, und daß dieser Irrtum für die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Willensäußerung kausal war. Dieses Ergebnis erscheint dem Senat jedoch für zahlreiche der betroffenen Fallgestaltungen, insbesondere für die oben geschilderten, durchaus sachgerecht.

(4) Dahingestellt bleiben kann, ob § 2079 Satz 1 BGB in einem solchen Fall ausnahmsweise dann eingreifen kann, wenn die Zuwendung an die Pflichtteilsberechtigten nur ganz geringfügig ist (ablehnend z. B. *Staudinger/Otte* § 2079 Rdnr. 3). Denn in Übereinstimmung mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, daß ein solcher Fall hier nicht gegeben ist. Es kann dahinstehen, ob, wofür manches spricht, bei der Frage des Übergehens nur völlig unbedeutende Zuwendungen außer Betracht zu bleiben haben (so der erwähnte Senatsbeschuß vom 24. 7. 1975) oder ob, wie der Beteiligte zu 2 meint, in diesem Zusammenhang auch die Höhe des Gesamtnachlasses zu berücksichtigen ist. Jedenfalls wenn aus dem Umfang der Zuwendung der Schluß gezogen werden kann, daß der Erblasser den Anfechtenden bei der Verteilung des Nachlasses als eine ihm nahestehende Person ernsthaft in Betracht gezogen und ihm im Hinblick hierauf objektiv erhebliche Vermögenswerte zugewandt hat, kann von einer Geringfügigkeit in diesem Sinn nicht mehr gesprochen werden. So aber liegt es hier. Der Beteiligte zu 2 erhält nach dem Testament den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch an einer großzügigen Eigentumswohnung in einer erstklassigen Wohnlage, wobei die Aufwendungen für die Wohnung einschließlich der Nebenkosten aus dem Nachlaß zu tragen

sind. Ferner ist ihm eine monatliche, mit den Lebenshaltungskosten steigende Zahlung von 1.000 DM zugewandt, außerdem ein einmaliger Betrag von 50.000 DM, der sofort auszubezahlen ist. Ein weiterer Betrag von 50.000 DM steht für eventuelle Kosten im Krankheits- oder Gebrechlichkeitsfall zur Verfügung. Schließlich sind dem Beteiligten zu 2 eine Reihe von durchaus wertvollen Gegenständen vermacht, z. B. nach seiner Wahl ein Klavier oder Flügel, ein Auto und die Hälfte einer Zimmereinrichtung. Bei einem derart umfassenden Vermächtnis, das dem Beteiligten zu 2 eine angemessene Lebensgestaltung ermöglicht, kann, auch unter Berücksichtigung der Höhe des Gesamtnachlasses, von einer geringfügigen Zuwendung nicht die Rede sein.

(5) Da die Anfechtung bereits deshalb nicht durchgreifen kann, weil der Beteiligte zu 2 nicht übergangen ist, kommt es auf die Frage der Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts und auf die in diesem Zusammenhang gegen die tatsächliche und rechtliche Würdigung des Landgerichts erhobenen Rügen nicht an.

cc) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht auch das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes nach § 2078 BGB verneint. Ein Erklärungsinhaltsirrtum nach § 2078 Abs. 1 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, daß die Erblasserin bei Errichtung ihres Testaments vom 29. 6. 1990 über die Bedeutung oder Tragweite der darin enthaltenen Erklärungen im Irrtum gewesen wäre. Ein Motivirrtum nach § 2078 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 (vgl. zur beschränkten Wirkung der Anfechtung nach § 2078 BGB BayObLGZ 1971, 147/150 [= MittBayNot 1971, 319 = DNotZ 1972, 31]) könnte nach dem Sachverhalt vorliegen, wenn die Erblasserin bei Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung davon ausgegangen sein sollte, daß sie den Beteiligten zu 2 später nicht heiraten werde, oder wenn eine solche Erwartung jedenfalls als selbstverständlich ihrer Verfügung zugrunde lag (sogenannte unbewußte Vorstellung; vgl. BayObLGZ 1971, 147/149 [= a. a. O.] m. w. N.). Das Landgericht hat jedoch ohne Rechtsfehler die Kausalität eines solchen Irrtums verneint.

(1) Eine letztwillige Verfügung beruht auf dem Irrtum, wenn dieser für die Verfügung mitbestimmend war derart, daß der Erblasser diese Verfügung ohne die irriige Vorstellung nicht getroffen hätte. Jedoch kann aus dem Verhalten des Erblassers nach Bekanntwerden des Irrtums (z. B. aus dem Bestehenlassen der letztwilligen Verfügung) geschlossen werden, daß der Erblasser die Verfügung auch bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte (BayObLGZ 1971, 147/150 [= a. a. O.]).

(2) Von diesen Grundsätzen ist auch das Landgericht ausgegangen. Es hat festgestellt, daß die Erblasserin in Kenntnis des maßgeblichen Umstands (Heirat mit dem Beteiligten zu 2) ihr Testament vom 29. 6. 1990 zunächst nicht widerrufen, sondern vielmehr auf einen Pflichtteilsverzicht hingewirkt hat. Daraus hat es entnommen, daß die Erblasserin die Erklärung im Testament auch bei Kenntnis der Heirat so abgegeben hätte.

Diese tatsächlichen Feststellungen kann der Senat nur in begrenztem Umfang überprüfen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 561 Abs. 2 ZPO), und zwar dahin, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt erforscht (§ 12 FGG), die Vorschriften über die Form der Beweisaufnahme beachtet (§ 15 FGG) und die Beweise fehlerfrei gewürdigt hat. Die Beweis-

würdigung wiederum kann nur dahin überprüft werden, ob das Landgericht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen die Denkgesetze und gegen feststehende (zwingende) Erfahrungssätze verstoßen oder ob es die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (BayObLGZ 1991, 17/20 und ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. für die hier vorliegende Fallgestaltung den erwähnten Beschluß vom 24. 7. 1975). Derartige Fehler sind dem Landgericht nicht unterlaufen. Die insoweit von dem Beteiligten zu 2 erhobenen Rügen greifen nicht durch. (*Wird ausgeführt.*)

(3) Ergänzend wird darauf hingewiesen, daß im Rahmen des § 2078 BGB der Beteiligte zu 2 die Feststellungslast dafür trägt, daß der von ihm behauptete Irrtum für die Verfügung der Erblasserin (mit-) bestimmend war (BayObLGZ 1971, 147/150 [= a. a. O.] m. w. N.). Es genügt daher, wenn diese Kausalität nicht zur Überzeugung des Landgerichts feststand.

14. BGB §§ 2346, 2352 (*Auslegung eines Erbverzichts*)

Zur Frage, ob ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht auch einen Verzicht auf gewillkürte Zuwendungen enthält.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt, Beschluß vom 30. 6. 1993 — 20 W 201/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) bis 3) sind die ehelichen Kinder des Erblassers und seiner im September 1987 verstorbenen Ehefrau. Die Eheleute haben durch Erbvertrag vom 13. 12. 1966 sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und weiter bestimmt, daß der Längstlebende von ihren Abkömmlingen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge beerbt wird. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 3. 4. 1979 haben sie ein Grundstück der Beteiligten zu 1) unentgeltlich übergeben. Mit ihr haben sie am selben Tag in notarieller Form einen Erbverzichtsvertrag geschlossen, in dem die Beteiligte zu 1) gegenüber ihren Eltern auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtet hat. In dem Vertrag hat die Beteiligte zu 1) erklärt, sie habe von ihren Eltern „ein Grundstück erhalten, das die Höhe, den Wert, meines künftigen Erbteils- und Pflichtteilsanspruchs ausmacht“. Die Vertragsschließenden haben in dem Erbverzichtsvertrag den Wert des Verzichts unter Berücksichtigung des gegenwärtigen reinen Vermögens der Eltern, des der Verzichtenden daran zustehenden Erbteils und der noch zu erwartenden Erhöhung oder Verminderung des Vermögens auf 60.000 DM geschätzt.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 12. 3. 1991 hat der Erblasser das mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück der Beteiligten zu 3) übergeben, die ihrem Vater auf Lebensdauer ein unentgeltliches Wohnrecht auf dem Anwesen eingeräumt und sich verpflichtet hat, ihn bei Krankheit und Altersschwäche zu pflegen. Zur Sicherung dieser Rechte hat sie dem Vater ein Leibgeding an dem Anwesen bestellt. Ferner hat sie sich verpflichtet, an ihren Bruder, den Beteiligten zu 2), eine Herauszahlung von 50.000 DM zu leisten. In demselben Vertrag haben die Beteiligten zu 1) und 2) gegenüber ihrem Vater auf ihr Pflichtteilsrecht an dessen Nachlaß in der Weise verzichtet, „daß der Vertragsgegenstand bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs als nicht zum Nachlaß der Übergeber gehörend angesehen und aus der Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen werden soll“.

Die Verträge vom 13. 12. 1966, 3. 4. 1979 und 12. 3. 1991 sind jeweils von anderen Notaren beurkundet worden. In den Urkunden vom 3. 4. 1979 und 12. 3. 1991 ist auf die früheren Urkunden nicht Bezug genommen worden.

Nach dem Tod des Vaters hat die Beteiligte zu 3) die Erteilung eines Teilerbscheins beantragt, wonach sie zu 1/2 Erbin ist. Sie ist der Ansicht, der Erbverzicht der Beteiligten zu 1) vom 3. 4. 1979 enthalte zugleich auch den Verzicht auf eine testamentarische oder erbvertragliche Zuwendung. Die beiden Geschwister der Beteiligten zu 3) sind dem Erbscheinsantrag entgegengetreten. Sie tragen vor, der von der Beteiligten zu 1) im Vertrag vom 3. 4. 1979 ausgesprochene Verzicht auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht sei nicht zugleich als Verzicht auf gewillkürte Zuwendungen anzusehen. Das Amtsgericht hat durch Beschluß vom 10. 9. 1992 angekündigt, daß es den Erbschein nach dem Antrag der Beteiligten zu 3) erteilen werde. Die gegen diesen Beschluß gerichteten Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) hat das Landgericht durch Beschluß vom 14. 4. 1993 zurückgewiesen mit der Begründung, der Erb- und Pflichtteilsverzicht vom 3. 4. 1979 sei gem. §§ 133, 157 BGB auslegungsfähig und bei Erforschung des wirklichen Willens der Vertragsschließenden dahin auszulegen, daß die Beteiligte zu 3) entgegen dem Wortlaut des Vertrages auch auf gewillkürte Zuwendungen ihrer Eltern verzichtet habe. Hiergegen richten sich die mit Anwaltsschriftsatz vom 27. 5. 1993 eingelegten weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2), die meinen, der Wortlaut des Verzichtsvertrages vom 3. 4. 1979 sei eindeutig und nicht auslegungsbedürftig.

Aus den Gründen:

Die nach § 27 Abs. 1 FGG statthaften, auch sonst zulässigen Rechtsmittel sind nicht begründet. Die Ausführungen des Landgerichts halten der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§§ 27 Abs. 1 FGG, 550 ZPO) stand.

Der angefochtene Beschluß geht ohne Rechtsfehler davon aus, daß die Beteiligte zu 1) in dem mit ihren Eltern geschlossenen Vertrag vom 3. 4. 1979 nicht nur auf ihr gesetzliches Erbrecht, sondern auch auf gewillkürte Zuwendungen verzichtet hat. Ob der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht (§ 2346 BGB) auch den Verzicht auf gewillkürte Zuwendungen (§ 2352 BGB), enthält und umgekehrt, hat das Nachlaßgericht im Erbscheinsverfahren von Amts wegen (§ 12 FGG) zu prüfen. Es hat über diese Vorfrage bei der Entscheidung über einen Erbscheinsantrag inzidenter mitzubefinden und dazu — soweit erforderlich — nach Feststellung des Erklärungsstatbestandes die Verzichtserklärung nach den für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden Vorschriften der §§ 133, 157, 242 BGB auszulegen (BayObLGZ 1981, 30/34 = FamRZ 1981, 711 = MDR 1981, 673 = Rpfleger 1981, 305 [= MittBayNot 1981, 142]; BayObLGZ MDR 1984, 403 = Rpfleger 1984, 191; OLG Zweibrücken NJW-RR 1987, 7; *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. § 2346 Rdnr. 8; *Jauernig/Stürner* BGB 6. Aufl. Anm. 1 c).

Für eine Auslegung ist allerdings nur dann Raum, wenn der Wortlaut der Verzichtserklärung nicht eindeutig ist. Andererseits ist es anerkannt, daß der Richter einer auszulegenden Erklärung durchaus auch eine Deutung geben kann, die vom scheinbar eindeutigen Wortlaut abweicht, sofern Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, daß der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (vgl. BGHZ 80, 246 [= MittBayNot 1982, 31 = DNotZ 1982, 323]; BGHZ 86, 41 = NJW 1983, 672 = Rpfleger 1983, 111 [= DNotZ 1984, 38]; *Palandt/Heinrichs* BGB 52. Aufl. § 133 Rdnr. 6; *Jauernig* a. a. O. § 133 Anm. 1 b). Dabei ist die Auslegungsfähigkeit einer Erklärung eine vom Gericht der weiteren Beschwerde selbständig nachzuprüfende und zu entscheidende Rechtsfrage (BGH FamRZ 1971, 641/642 [= MittBayNot 1972, 73]; *Keidel/Kuntze*

FGG Teil A 13. Aufl. § 27 Rdnr. 48). Im vorliegenden Fall muß die Auslegungsfähigkeit jedoch trotz des scheinbar eindeutigen Wortlauts des Erbverzichtsvertrages vom 3. 4. 1979 bejaht werden, weil die Verzichtserklärung angesichts der Umstände, die zu diesem Vertrag geführt haben, nicht völlig eindeutig ist, wie auch die unterschiedlichen Auffassungen der Beteiligten zeigen.

Der Erbverzicht ist ein Instrument der vorweggenommenen Erbfolge und dient vor allem dazu, im Zusammenhang mit der Ausstattung oder Abfindung einzelner Kinder bindend festzulegen, daß der Abgefundene weder Erbrecht noch Pflichtteilsanspruch hat, so daß beim späteren Erbfall der ganze Nachlaß an die übrigen Kinder gelangt (*Kipp/Coing* Erbrecht 14. Bearbeitung 1990 § 82 I). Danach durfte das Landgericht bei der Prüfung der Auslegungsfähigkeit des Verzichtsvertrages vom 3. 4. 1979 den Inhalt des in diesem Vertrag erwähnten, am selben Tag zwischen denselben Parteien geschlossenen Übergabevertrages mit heranziehen.

Die Auslegung selbst ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Seine Auslegung bindet das Gericht der weiteren Beschwerde, sofern sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln im Einklang steht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt. Die Schlußfolgerungen des Tatrichters müssen hierbei nicht zwingend sein; es genügt und ist mit der weiteren Beschwerde nicht mit Erfolg angreifbar, wenn der vom Tatrichter gezogene Schluß möglich ist, mag selbst ein anderer Schluß näher oder zumindest ebenso nahe gelegen haben (BayObLGZ 1981, 30 = a. a. O.; OLG Zweibrücken OLGZ 1989, 153; *Keidel/Kuntze* a. a. O.).

Für die Auslegung der in dem Verzichtsvertrag vom 3. 4. 1979 enthaltenen Willenserklärungen ist nach § 133 BGB der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften; es ist also zu ermitteln, was als Inhalt jeder einzelnen Erklärung anzusehen ist. Hierzu muß der gesamte Inhalt der Erklärungen einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher, die außerhalb der Vertragsurkunde liegen, als Ganzes gewürdigt werden; auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen (BayObLGZ 1981, 30 = a. a. O.). Diese Grundsätze hat das Landgericht beachtet. Die vom Landgericht für richtig gehaltene Auslegung, wonach sich der von der Beteiligten zu 1) ausgesprochene Verzicht nicht nur auf das gesetzliche Erbrecht, sondern auch auf gewillkürte Zuwendungen erstreckt, ist nicht nur möglich, sondern wird auch nach Auffassung des Senats dem Willen der an dem Verzichtsvertrag Beteiligten am ehesten gerecht. Bei dem am gleichen Tag wie der Verzichtsvertrag geschlossenen Grundstücksübertragungsvertrag stand nicht die eigene Versorgung der Eltern der Beteiligten in Rede, sondern ganz eindeutig die vorweggenommene Erbfolge der Beteiligten zu 1). Im Zusammenhang damit muß der Erbverzicht der Beteiligten zu 1) gesehen werden (vgl. auch BGH WM 1972, 313 = DNotZ 1972, 500). Hätte die Beteiligte zu 1) tatsächlich nur auf ihr gesetzliches Erbrecht und nicht auch auf das ihr in dem Erbvertrag vom 13. 12. 1966 zugewendete verzichtet, dann wäre sie gegenüber ihren beiden Geschwistern doppelt begünstigt worden (vgl. dazu auch *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. 1989 § 7 III 5). Dafür, daß diese Doppelbegünstigung von den Beteiligten der Verträge vom 3. 4. 1979 wirklich gewollt gewesen ist, hat die Beteiligte zu 1) eine plausible Erklärung nicht vorgebracht. Nach alledem begehen die Ausführungen des Landgerichts keinen rechtlichen Bedenken, daß der Ver-

zichtsvertrag vom 3. 4. 1979 auch einen Verzicht der Beteiligten zu 1) auf gewillkürte Zuwendungen enthält und daß dieser Verzicht anlässlich des Übergabevertrages vom 12. 3. 1991 nur wiederholt worden ist. Danach können die weiteren Beschwerden keinen Erfolg haben.

Anmerkung:

Der Beschluß des OLG Frankfurt befaßt sich mit einer erbrechtlichen Frage, die jedoch nach den allgemein für Rechtsgeschäfte unter Lebenden geltenden Auslegungsgrundsätzen des BGB zu lösen ist. Es geht um das Problem, ob der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht (§ 2346 BGB) auch einen Verzicht auf gewillkürte Zuwendungen (§ 2352 BGB) enthält und umgekehrt. Dies hat das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren von Amts wegen gem. § 12 FGG zu prüfen und dazu die Verzichtserklärung gem. den Vorschriften der § 133, 157, 242 BGB auszulegen.

Durch den Erbverzichtsvertrag können Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers diesem gegenüber auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten (§ 2346 BGB). Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte. Häufig ist der Verzicht mit einer Abfindung der künftigen Erben, insbesondere der Kinder, verbunden und regelt dann die sogenannte vorweggenommene Erbfolge. Der Erbverzicht ist somit ein Mittel, das Familienvermögen zusammenzuhalten, vor allem dann, wenn es sich um einen gewerblichen Betrieb oder ein landwirtschaftliches Anwesen handelt. Im Gegensatz dazu bezweckt § 2352 BGB, daß auch ein bereits letztwillig Bedachter auf seine Zuwendung verzichten kann. Es handelt sich hier um Fälle, in denen der grundsätzlich mögliche Widerruf eines Testaments (§ 2253 BGB) nicht mehr möglich ist oder bei einem Erbvertrag um Zuwendungen, die einem Dritten gemacht sind (§ 2352 Satz 2 BGB). § 2352 BGB erweitert den Anwendungsbereich des Erbverzichts auf letztwillige Zuwendungen.

Der auf eine Zuwendung von Todes wegen Verzichtende kann gesetzlicher Erbe sein. Dann berührt der Verzicht auf die Zuwendung grundsätzlich nicht das gesetzliche Erbrecht. Es handelt sich hier um einen anderen Berufungsgrund als um denjenigen, auf dem die Zuwendung von Todes wegen beruht. Umgekehrt kann der auf sein gesetzliches Erbrecht Verzichtende letztwillig vom Erblasser bedacht werden. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ändert nichts an der testamentarischen oder vertraglichen Zuwendung. Insbesondere ist der Erblasser nicht gehindert, den Verzichtenden erneut zu bedenken.

Der Verzicht eines gesetzlichen Erben auf eine testamentarische oder erbvertragliche Zuwendung kann zugleich als Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht/Pflichtteilsrecht anzusehen sein (*Soergel/Damrau*, 12. Aufl. 1992, § 2352 BGB Rdnr. 1); es kann aber auch auf das gesetzliche Erbe allein verzichtet werden unter Vorbehalt etwaiger letztwilliger Zuwendungen. Möglich ist aber auch, daß ein Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht den Wegfall der ganzen künftigen Erbenstellung bedeuten soll, also auch zu Gunsten des Erben etwa noch bestehende Verfügungen von Todes wegen umfassen soll. Hier kann es im Einzelfall zu schwierigen Auslegungsfragen kommen, wobei die Auslegungsregel des § 2084 BGB („favor testamenti“) nicht zu beachten ist, weil Erbverzicht und Zuwendungsverzicht rechtsgeschäftliche und nicht letztwillige Verfügungen enthalten (*Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl. 1981, § 2352

BGB, Rdnr. 30). Keine Auslegungsschwierigkeiten stellten sich dabei in einem vom BGH 1972 entschiedenen Fall, in dem „auf Erbteils- und Pflichtteilsansprüche gegen den Nachlaß der Mutter für jetzt und in alle Zukunft“ verzichtet worden war. Ein solcher Verzicht enthält seinem Wortlaut nach keine Einschränkung. Dann aber ist, wenn nicht sonstige gegenteilige Umstände vorliegen, davon auszugehen, wie der BGH in diesem Urteil ausgeführt hat, daß der Verzicht den gänzlichen Wegfall der künftigen Erbenstellung bedeuten sollte, d. h. daß der Verzichtende nicht nur als gesetzlicher Erbe ausscheiden wollte (§ 2346 BGB), sondern daß auch zu seinen Gunsten etwa noch bestehende Verfügungen von Todes wegen als nicht erfolgt gelten sollten (§ 2352 BGB) (BGH DNotZ 1972, 500; zustimmend *MüKo/Strobel*, 2. Aufl. 1989, § 2352 BGB, Rdnr. 7).

Ist ein gesetzlicher Erbe letztwillig bedacht worden und verzichtet er, ohne daß eine derart umfassende Absicht zum Ausdruck gebracht ist, auf die Zuwendung oder auf das gesetzliche Erbrecht, so kann, sofern keine ausdrückliche Bestimmung getroffen wurde, nur im Weg der Auslegung geklärt werden, ob sich der Verzicht auch auf den jeweils anderen Berufungsgrund erstrecken soll. Im Zweifel ist nach wohl h. L. wegen der Rechtsfolgen des Verzichts die Vereinbarung eng auszulegen (Mot. V. S 473; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht 3. Aufl. 1989, § 7 III 5; *Staudinger/Ferid/Cieslar* § 2352 BGB Rdnr. 30). Die Auslegung im Einzelfall kann aber ergeben, daß beides gewollt ist. Dies hat das OLG Frankfurt im vorliegenden Fall mit Recht angenommen. Nachdem die Eltern im Erbvertrag 1966 sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und bestimmt hatten, daß der längstlebende von den Abkömmlingen nach den „Regeln der gesetzlichen Erbfolge beerbt“ wird, überließen sie 1979 einer Tochter unentgeltlich ein Grundstück und schlossen mit ihr am gleichen Tag einen Erbverzichtsvertrag, in dem diese gegenüber ihren Eltern auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtete. Den Wert des Verzichts bestimmten die Vertragsschließenden unter Berücksichtigung des gegenwärtigen reinen Vermögens der Eltern, des der Verzichtenden daran zustehenden Erbteils und der noch zu erwartenden Erhöhung oder Verminderung des Vermögens. Durch diese Umstände kam klar zum Ausdruck, daß die Verzichtende — trotz der anders lautenden Formulierung — nicht nur als gesetzliche Erbin ausscheiden wollte, sondern daß auch zu ihren Gunsten etwa noch bestehende Verfügungen von Todes wegen als nicht erfolgt gelten sollten. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, daß eine Doppelbegünstigung von den Beteiligten nicht gewollt ist. Der gesamte Inhalt der Erklärung einschließlich der Nebenumstände und die allgemeine Lebenserfahrung ergeben, daß die Tochter auf ihr Erbrecht und ihren Pflichtteilsanspruch derart verzichtet hat, daß sie völlig ausscheidet und daß beim späteren Erbfall der ganze Nachlaß an die übrigen Kinder gelangen soll. Wie das Gericht zutreffend ausführt, war Grund für die am gleichen Tag wie der Verzichtsvertrag vorgenommene Grundstücksübertragung nicht die Versorgung der Eltern, sondern die vorweggenommene Erbfolge der Beteiligten. Etwas anderes wäre selbstverständlich anzunehmen, wenn der Erblasser nachträglich dem Verzichtenden erneut eine Zuwendung macht.

Ist ein gesetzlicher Erbe letztwillig bedacht worden und verzichtet er auf die Zuwendung oder auf das gesetzliche Erbrecht, so ist es daher Aufgabe des beurkundenden Notars, zu vermeiden, daß es später überhaupt zu Auslegungs-

problemen kommt. Er hat gem. § 17 BeurkG den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben; Irrtümer und Zweifel soll er vermeiden. Wie wichtig es ist, daß sich aus der notariellen Urkunde eindeutig und klar ergibt, ob lediglich ein Erbverzicht (§ 2346 BGB) oder ein Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) oder beides gewollt ist, sei kurz an einigen unterschiedlichen Rechtsfolgen aufgezeigt, die sich daraus ergeben:

a) Gem. § 2346 Satz 2 BGB ist der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte; er hat kein Pflichtteilsrecht. Dagegen bleibt ein pflichtteilsberechtigter Verwandter, der lediglich auf eine Zuwendung gem. § 2352 BGB verzichtet hat, pflichtteilsberechtigt (*Staudinger/Ferid/Cieslar* § 2352 BGB, Rdnr. 29). Die Frage, ob ein Zuwendungsverzicht gem. § 2352 BGB oder ein Erbverzicht gem. § 2346 BGB vorliegt, ist darüberhinaus nicht nur für das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden von Belang, sondern auch für das der anderen Pflichtteilsberechtigten. Der Erbverzicht gem. § 2346 BGB ändert — anders als der Zuwendungsverzicht gem. § 2352 BGB — nämlich die gesetzliche Erbfolge: Der Verzichtende wird so behandelt, wie wenn er zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr lebte. Demgem. wird der Erbverzichtende — anders als der nur Pflichtteilsverzichtende — bei der Pflichtteilsberechnung anderer Berechtigter nicht mehr mitgezählt (§ 2310 Satz 1 BGB). Verzichtet also ein Abkömmling auf sein Erbrecht, so vermehren sich damit die Pflichtteilsrechte der übrigen Abkömmlinge und bei Gütertrennung auch der Ehefrau. Dies ist ein Grund, warum grundsätzlich von einem Erbverzicht abzuraten ist; der „brave“ Verzichtende begünstigt also den („bösen“) nicht Verzichtenden, ein von den Beteiligten regelmäßig ungewolltes Ergebnis. Ein Erbverzicht ist also im Gegensatz zum Pflichtteilsverzicht nur in den seltensten Fällen sinnvoll, etwa bei Testierunfähigkeit des Erblassers, bei Beseitigung wechselbezüglicher Verfügungen oder bei nichtehelichen Abkömmlingen.

b) Wichtig wird die Frage des Verhältnisses zwischen Erbverzicht und Zuwendungsverzicht im Zusammenhang mit der Ersatzberufung von Abkömmlingen. Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht (§ 2346 BGB), so erstreckt sich nach § 2349 BGB die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird. In § 2352 BGB wird zwar auf die Formvorschriften der §§ 2347, 2348 BGB verwiesen, nicht aber auf § 2349 BGB. Als gesetzlicher Vertreter bedürfte eine Erklärung des Verzichtenden der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 2347 Abs. 1 BGB). Eingesetzte Ersatzerben kommen daher auch als Abkömmlinge des auf eine Zuwendung nach § 2352 BGB Verzichtenden zum Zug, es sei denn, daß ihre Ersatzberufung nicht für den Fall eines Erbverzichts gegen volle Abfindung gewollt war; dies ist durch (gegebenenfalls ergänzende) Auslegung zu ermitteln (OLG Köln, FamRZ 1990, 99; *Palandt/Edenhofer* § 2352 BGB Rdnr. 6). Hat ein vom Erblasser durch Verfügung von Todes wegen bedachter Abkömmling sowohl auf sein gesetzliches Erbrecht als auch auf eine Zuwendung des Erblassers verzichtet, ohne daß weiteres bestimmt worden ist, so stellt sich die Frage, ob der nach § 2349 BGB eingetretene Verlust des gesetzlichen Erbrechts der Abkömmlinge des Verzichtenden sich auch auf

die Zuwendung erstreckt oder aber ob die Abkömmlinge anstelle des Verzichtenden treten. Dies hängt von der Auslegung des Willens des zuwendenden Erblassers ab, denn die Auslegungsregel des § 2069 BGB gilt auch dann, wenn der bedachte Abkömmling durch Verzicht wegfällt. Die Auslegungsregel gilt auch dann, wenn der Verzichtende hinsichtlich der Zuwendung etwa ausdrücklich auf das bei seinem Wegfall eintretende Ersatzerbrecht seiner Abkömmlinge verzichtet hat (*Staudinger/Ferid/Cieslar* § 2352 BGB, Rdnr. 32). Unabhängig hiervon greift aber auch § 2349 BGB nur ein, „sofern nicht ein anderes bestimmt wird“. Die bei Anwendung des § 2349 BGB wie des § 2069 BGB erforderliche Auslegung des Willens des Erblassers enthält erhebliche Unsicherheitsmomente. Deren Ausschaltung erfordert, daß bei Verzicht eines Abkömmlings auch die Frage der Erstreckung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden geklärt wird. Dies kann bei einem Zuwendungsverzicht eventuell geschehen durch eine entsprechende Verfügung von Todes wegen des Erblassers, etwa durch den Widerruf einer von ihm angeordneten Ersatzberufung oder durch einen Verzicht des Ersatzberufenen selbst. Ist dem Erblasser aber der Widerruf verschlossen, weil sich in einem wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testament eine ausdrückliche Ersatzberufung für die Abkömmlinge des Verzichtenden befindet, das er mit seinem verstorbenen Ehegatten errichtet hatte, dann bleibt nur die letztgenannte Möglichkeit, wenn der Zuwendungsverzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt werden soll (*Staudinger/Ferid/Cieslar* § 2352 BGB, Rdnr. 34).

c) Auf einen weiteren Unterschied zwischen dem Verzicht nach § 2346 BGB und § 2352 BGB weisen *Ferid/Cieslar* hin (a. a. O. § 2352 BGB Rdnr. 35): Gem. § 1371 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB ist nur der Ehegatte, der auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hatte und einen vertraglich zugewendeten Erbteil ausschlägt, vom Pflichtteil ausgeschlossen, während der Ehegatte, der auf eine ihm zunächst zugewendete Erbeinsetzung (nach § 2352 BGB) verzichtet hatte und die nachträglich trotz des Verzichts zugewendete Erbeinsetzung ausschlägt, seinen Pflichtteilsanspruch gem. § 1371 Abs. 3 Satz 1 BGB behält.

Allein diese wenigen Punkte zeigen, welche Probleme — neben den sonstigen bei Erb- und Pflichtteilsverzicht sich ergebenden Fragen — vom Notar zu beachten, zu klären und eindeutig zu formulieren sind.

Notar *Dr. Karl Winkler*, München

15. BGB § 2232 S. 1, § 2233 Abs. 3; BeurkG § 31 S. 1 (*Keine Testamentserrichtung durch stummen und schreibunfähigen Erblasser*)

Ein Erblasser, der nicht mehr sprechen noch schreiben kann, kann ein Testament weder durch mündliche Erklärung gegenüber dem Notar noch durch Übergabe einer Schrift an ihn errichten. Kopfnicken und -schütteln sind keine mündlichen Erklärungen.

OLG Hamm, Beschluß vom 8. 10. 1993 — 15 W 74/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Erblasserin ist die am 24. 6. 1992 verstorbene A. Verheiratet war sie mit dem am 13. 2. 1992 verstorbenen B. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen.

Am 10. 3. 1992 hat der Notar X. die folgende Urkunde errichtet:

„ . . .

Frau A. war bettlägerig und konnte infolge Lähmungserscheinungen weder sprechen noch schreiben. Auf meine Fragen antwortete sie durch Kopfnicken oder Kopfschütteln. Aus der in dieser Form geführten Unterhaltung habe ich die Überzeugung gewonnen, daß Frau A. voll geschäfts- und testierfähig ist. Dies wurde mir auf Befragen auch von dem C. bestätigt.

Da Frau A. ihren Namen nicht schreiben konnte, zog ich als Schreibzeugin Frau D. hinzu.

Auf Bitte von Frau A. beurkunde ich nach vorhergehender eingehender Befragung und Erläuterung des nachfolgenden Testamentes ihre mir gegenüber persönlich durch Kopfnicken abgegebenen Erklärungen wie folgt:

[I.]

II.

Ich setze hiermit zu meinen alleinigen Erben entsprechend dem auch von meinem verstorbenen Ehemann geäußerten Wunsch meine Neffen . . . und . . . zu gleichen Teilen ein.

Sollte einer meiner Erben nicht zur Erbfolge gelangen, so bestimme ich als Ersatzerben seine ehelichen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge.

Kommt auch hiernach niemand zur Erbfolge, so berufe ich zur Ersatzerbin die Ehefrau.

[III.]

Diese Urkunde wurde bei gleichzeitiger Anwesenheit von Frau A. und der Schreibzeugin vom Notar vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von der Schreibzeugin wie folgt unterschrieben: . . .“

Aus den Gründen:

„ . . .

Mit dem Erbfall ist Erbfolge nach der Erblasserin kraft Gesetzes gem. §§ 1925 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 1924 Abs. 3 und 4 BGB eingetreten. Die Erblasserin hat ein wirksames Testament nicht errichtet: sie konnte weder sprechen noch schreiben; damit waren ihr die beiden Möglichkeiten des Testierens, die § 2232 S. 1 BGB zur Verfügung stellt, verschlossen. Daß die Erblasserin nicht mehr sprechen noch schreiben konnte, hat der Notar ausdrücklich in der Urkunde vom 10. 3. 1992 festgestellt; keiner der Beteiligten hat dem widersprochen.

1. Schon aus dem Wortlaut der vom Notar errichteten Urkunde ergibt sich eindeutig, daß er — vermeintlich — eine Testamenterrichtung nach § 2232 S. 1 BGB, 1. Fall durch mündliche Erklärung der Erblasserin beurkundet hat: „ . . . beurkunde ich . . . ihre mir gegenüber persönlich durch Kopfnicken abgegebenen Erklärungen wie folgt . . .“

Die Erblasserin konnte indes „mündliche“ Erklärungen nicht abgeben, denn sie war nicht mehr in der Lage, sprachliche Laute zu bilden. Es ist seit über einem halben Jahrhundert einhellige, auch vom Senat (OLGZ 1989, 20, 22 ff. [= DNotZ 1989, 584]) vertretene Meinung in Rechtsprechung und Literatur, daß Kopfnicken und Kopfschütteln keine „mündlichen“ Verlautbarungen sind. Zwar hat das Reichsgericht (RGZ 161, 378, 382 f.) Zweifel daran ge-

äußert, ob „man im Einklange mit der bisherigen Rechtsprechung zu der mündlichen Erklärung den Gebrauch von Worten für notwendig“ zu erachten habe, hat von diesen Zweifeln aber als „selbstverständlich“ ausgenommen den Fall, daß der Erblasser „stumm oder sonst am Sprechen verhindert (gewesen sei), also der Sondertatbestand des § 2243 BGB“ (heute § 2233 Abs. 3 BGB mit § 31 BeurkG) vorgelegen habe. Dieser Fall, eine Verhinderung der Erblasserin am Sprechen, war hier gegeben, so daß selbst das Reichsgericht, hätte es ihn zu entscheiden gehabt, die Formunwirksamkeit des Testaments bejaht hätte (abgesehen davon ist bei dieser Entscheidung zu berücksichtigen, daß sie aus dem Jahr 1939 stammt; aus zeitbedingten Gründen herrschte damals die Tendenz vor, Formvorschriften möglichst einschränkend auszulegen). Heute wird die Fähigkeit, noch „Ja“ und „Nein“ sagen zu können, allgemein als das Mindestanforderungsmerkmal einer mündlichen Erklärung angesehen. Schon nach dem Wortlaut des § 2232 S. 1 BGB, 1. Fall ist eine andere Auffassung nicht möglich. Kopfbewegungen sind Gebärden, aber keine mündlichen, d. h. sprachlichen Artikulationen. Diese Auffassung, daß eine mündliche Erklärung nur in einer durch die Sprechorgane phonetisch gebildeten und damit von einem andern als solcher vernehmbaren Äußerung bestehen kann, eben in gesprochener Sprache, wird im übrigen durch die Bestimmungen des § 2233 BGB bestätigt, die sich in den Abs. 1 – 3 sämtlich auf die Alternative in § 2232 BGB beziehen, nämlich Abs. 1: mündliche Erklärung oder Übergabe einer offenen Schrift, Abs. 2: nur mündliche Erklärung, keine Übergabe, Abs. 3: nur Übergabe, keine mündliche Erklärung, weil sie die (nicht vorhandene) Fähigkeit voraussetzte, hinreichend „sprechen“ zu können (vgl., jeweils m. w. N., u. a. BGHZ 2, 172 und 37, 79, 84 f.; KG in DNotZ 1960, 485, 489; BayObLGZ 1968, 268, 272 f.; ferner, alle zu § 2232, Palandt/Edenhofer, BGB 52. Aufl., Rdnr. 7; Soergel/Harder, BGB 12. Aufl., Rdnr. 3; MünchKomm/Burkart, 2. Aufl. Rdnr. 4 ff.; Staudinger/Firsching, BGB 12. Aufl., Rdnr. 14 ff. und, zu § 2233, Edenhofer Rdnr. 3, Harder Rdnr. 5, Burkart Rdnr. 12, Firsching Rdnr. 10).

Wenn in der Rechtsbeschwerdebegründung im Gegensatz hierzu die Auffassung vertreten wird, eine an den Artt. 1, 2 und 14 GG orientierte verfassungskonforme Auslegung gebiete, das Tatbestandsmerkmal „mündlich erklärt“ in § 2232 S. 1 BGB erweiternd dahin auszulegen, „daß jede eindeutige Feststellung des Erblasserwillens (ausreiche und) hierunter . . . auch ein eindeutiges Kopfnicken oder Kopfschütteln (falle). Entscheidend (müsse) allein die Testierfähigkeit sein“, so vermag der Senat dem nicht zu folgen. Es ist schlechterdings nicht ersichtlich, inwiefern die Würde des Menschen, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Erbrechtsgarantie es gebieten sollten, jede konkludente Willensäußerung eines Erblassers als zur Errichtung eines nach § 2232 S. 1 BGB, 1. Fall notariell beurkundeten Testaments ausreichen zu lassen. Selbst dann aber, wenn dem so wäre, fände auch eine verfassungskonforme Auslegung, wie jede Auslegung, ihre Schranke an der äußersten Grenze des Wortsinns dieser Vorschrift (vgl. zu den „verfassungsrechtlichen Grenzen“ einer verfassungskonformen Auslegung „im Rahmen des Wortlauts“ und ihrer Unzulässigkeit entgegen dem Wortlaut einer Vorschrift den Plenarbeschluß des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 54, 277, 299 f. m. w. N. hierzu aus der Judikatur des Gerichts). Diese Grenze liegt dort, wo von „Sprechen“ mit den Sprechorganen des Mundes gerade noch gesprochen werden kann; die herrschende Auslegung des

§ 2232 S. 1 BGB, 1. Fall hat sie ohnehin mit dem Minimum des bloßen „Ja“ und „Nein“ erreicht. Darüber hinaus ist nichts mehr auszulegen. Mit der Testierfähigkeit hat dies im übrigen alles nichts zu tun. Es kann durchaus Fälle geben, in denen ein Testierfähiger nicht wirksam testieren kann, weil er nicht mehr in der Lage ist, sich einer der vom Gesetz mit gutem Grund für die wirksame Verfügung von Todes wegen vorgeschriebenen Formen zu bedienen.

2. Der Errichtungsvorgang, wie er sich aus der Urkunde des Notars ergibt, läßt sich auch nicht, § 140 BGB, in die Errichtung eines Testaments durch Übergabe einer Schrift gem. §§ 2232 S. 1, 2. Fall, 2233 Abs. 3 BGB, 30 S. 1, 31 S. 1 BeurkG umdeuten. Abgesehen davon, daß nur eine Niederschrift, nicht auch eine übergebene Schrift existiert, fehlte in der Niederschrift die in § 30 S. 1 BeurkG zwingend vorgeschriebene Feststellung des Notars, daß „die Schrift“ übergeben worden sei, und es fehlte ebenso die nach § 31 S. 1 BeurkG erforderliche eigenhändig von der Erblasserin geschriebene Erklärung (wozu sie gar nicht fähig gewesen wäre), daß „die übergebene Schrift“ ihren letzten Willen enthalte. Aus diesem Grund kam es darauf, was unter einer „Übergabe“ im Sinn dieser Vorschriften zu verstehen ist, nicht an.

16. BGB § 2079 S. 1, § 2078 Abs. 2, § 144 (*Anfechtbarkeit eines Testamentes nach späterer Eheschließung des Erblassers; Beseitigung der Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung durch den Erblasser selbst*)

1. Ein Übergehen im Sinne des § 2079 S. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Erblasser in Ergänzung eines früheren Testamentes seiner künftigen Ehefrau unmittelbar vor der beabsichtigten Eheschließung ein Vermächtnis aussetzt, auch wenn dieses nur ihrer vorläufigen Absicherung bis zur Heirat dienen soll.

2. Der Erblasser kann die Anfechtbarkeit seiner eigenen letztwilligen Verfügung selbst beseitigen, indem er in einem späteren ergänzenden Testament seinen Fortgeltungswillen in bezug auf seine frühere Verfügung zum Ausdruck bringt. Dazu bedarf es nicht der Neuerrichtung des früheren Testamentes.

OLG Hamm, Beschluß vom 8. 12. 1993 — 15 W 294/93 —, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Der am 23. 11. 1900 geborene Erblasser ist im Alter von fast 91 Jahren ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben. Er war in erster Ehe verheiratet mit B., die vorverstorben ist. Der Beteiligte zu 2) ist ein Bruder des Erblassers, die Beteiligten zu 3) bis 6) sind die Kinder zweier vorverstorbenen Geschwister.

Der Erblasser errichtete am 10. 5. 1985 ein notarielles Testament, in dem er den Beteiligten zu 2) zu einem Drittel und die Beteiligten zu 3) bis 6) jeweils zu einem Sechstel als Erben einsetzte. Ferner ordnete er Testamentsvollstreckung an und ernannte die Beteiligten zu 7) und 8) zu gemeinsam vertretungsberechtigten Testamentsvollstreckern.

In einem privatschriftlichen Testament vom 18. 9. 1985, das der Erblasser als „Nachtrag zu meinem Testament vom 10. 5. 1985“ überschrieb, vermachte der Erblasser einer Nichte seiner vorverstorbenen Ehefrau mit den Worten „ich bestimme folgende Teilungsanordnung“ einen Teppich und ein Bild.

Im Sommer 1991 entschloß sich der Erblasser, mit der Beteiligten zu 1) die Ehe zu schließen. Mit dieser verband ihn ein langjähriges freundschaftliches Verhältnis, das bereits während seiner ersten Ehe bestand.

Am 1. 9. 1991 errichtete der Erblasser ein weiteres privatschriftliches Testament, das folgenden Wortlaut hat:

„Nachtrag zu meinem Testament.“

Ich bestimme folgende Teilungsanordnung.

Da ich mich gesundheitlich in einem sehr schlechten Zustand befinde, und die Absicht habe, am 20. 9. 91 in Rottach-Egern standesamtlich Fräulein . . . , geb. am 29. 3. 1952 in . . . , katholisch, wohnhaft . . . zu heiraten, bestimme ich folgendes:

Das Grundstück . . . mit aufstehendem Wohnhaus einschließlich der gesamten Einrichtung, sofern nicht anders von mir bestimmt und testamentarisch festgelegt, es betrifft ein Gemälde, ein Blumenbild sowie einen Teppich.

. . . , am 1. 9. 1991

(Unterschrift)

Der Erblasser schloß am 7. 10. 1991 mit der Beteiligten zu 1) die Ehe, und zwar vor dem Standesbeamten des Standesamtes V. Zu einer Reise nach Rottach-Egern war er krankheitsbedingt nicht in der Lage.

Der Erblasser hinterließ bei seinem Tode am 19. 11. 1991 das in seinem Testament vom 1. 9. 1991 erwähnte, im Grundbuch von . . . Bl. . . eingetragene Grundstück sowie umfangreiche Bankguthaben und Wertpapiere. Der Wert des Grundstücks beträgt ca. 300.000,— DM, derjenige des Gesamtnachlasses etwa 2.000.000,— DM.

Die Beteiligte zu 1) hat in notarieller Urkunde vom 18. 12. 1991 die Anfechtung der Testamente des Erblassers vom 10. 5. 1985 und vom 1. 9. 1991 „gem. §§ 2079 ff. BGB“ erklärt und zur Begründung ausgeführt: Sie sei in dem notariellen Testament vom 10. 5. 1985 nicht bedacht. Das privatschriftliche Testament vom 1. 9. 1991 habe ein Vermächtnis zu ihren Gunsten sein sollen, ohne daß der Erblasser dies ausdrücklich gesagt habe. Der Erblasser habe ihr gegenüber erklärt, daß er nach der Eheschließung seine bisherigen Testamente zu ihren Gunsten ändern wolle. Infolge seiner plötzlichen Erkrankung und seines Todes sei es jedoch zu der beabsichtigten Änderung nicht mehr gekommen. Die Anfechtungserklärung ist von dem Urkundsnotar am 30. 12. 1991 bei dem Nachlaßgericht eingereicht worden.

Die Beteiligten zu 7) und 8) haben in notarieller Urkunde vom 23. 12. 1991 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckzeugnisses aufgrund des notariellen Testamentes vom 10. 5. 1985 beantragt.

Die Beteiligte zu 1) ist diesem Antrag unter Hinweis auf die von ihr erklärte Testamentsanfechtung entgegengetreten. Sie hat ihrerseits zu notarieller Urkunde vom 17. 2. 1992 die Erteilung eines Teilerbscheins des Inhaltes beantragt, daß sie den Erblasser aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu $\frac{3}{4}$ -Anteil beerbt habe. Zur weiteren Begründung ihrer Testamentsanfechtung hat die Beteiligte zu 1) im Verfahren vorgetragen:

Der Erblasser habe ihr das Testament vom 1. 9. 1991 vor der ursprünglich geplanten Reise an den Tegernsee übergeben. Er habe dazu erklärt, daß diese letztwillige Verfügung nur vorläufig sein und sie, die Beteiligte zu 1), für den Fall absichern solle, daß ihm bereits vor der geplanten Eheschließung etwas zustoße. Nach der Eheschließung habe sie, die Beteiligte zu 1), als seine Ehefrau ohnehin alles erben sollen. Gegenüber dem Zeugen . . . habe der Erblasser im Juli oder August 1991 erklärt, mit seinen Verwandten sei er fertig, diese hätten von ihm nichts mehr zu erwarten. Gegenüber den Zeugen . . . und . . . habe sich der Erblasser wenige Tage vor der Eheschließung dahin geäußert, er wolle seiner künftigen Ehefrau dereinst sein gesamtes Vermögen hinterlassen. Gegenüber der Zeugin . . . habe der Erblasser erklärt, er wolle keinen seiner Verwandten mehr sehen; diese sollten nicht informiert werden, falls ihm etwas zustoße.

Aus diesem Sachverhalt hat die Beteiligte zu 1) in erster Linie das Bestehen eines Anfechtungsgrundes nach § 2079 Satz 1 BGB hergeleitet. Der Erblasser habe sie als Pflichtteilsberechtigte übergangen, da die Zuwendung in seinem Testament vom 1. 9. 1991 sie lediglich für den Zeitraum bis zu der beabsichtigten Eheschließung habe absichern sollen. Der Erblasser habe bei dieser testamentarischen Anordnung das ihr als (späterer) Ehefrau zustehende gesetzliche Erbrecht nicht berücksichtigt, insbesondere habe der Erblasser sie durch die Zuwendung im Testament vom 1. 9. 1991, die wertmäßig noch deutlich unter ihrem Pflichtteil liege, nicht enterben wollen. Jedenfalls sei, so hat die Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5. 8. 1993 vorgetragen, die Anfechtung auch nach § 2078 Abs. 2 BGB begründet. Die Anfechtung führe zur Nichtigkeit aller letztwilligen Verfügungen des Erblassers, beseitige also insbesondere auch die in dem notariellen Testament vom 10. 5. 1985 angeordnete Testamentsvollstreckung; es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Die Beteiligten zu 2) bis 8) sind dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) entgegengetreten. Sie haben insbesondere geltend gemacht, der Erblasser habe im Hinblick auf die nur kurze Dauer seiner zweiten Ehe von 6 Wochen der Beteiligten zu 1) nicht mehr als sein Wohnhausgrundstück in . . . hinterlassen wollen, das er ihr in seinem Testament vom 1. 9. 1991 als Vermächtnis zugewandt habe.

Das Amtsgericht hat durch Beschluß vom 14. 7. 1993 den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) zurückgewiesen und angeordnet, daß ein gemeinschaftliches Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechend dem von den Beteiligten zu 7) und 8) gestellten Antrag zu erteilen sei.

Gegen diesen Beschluß hat die Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5. 8. 1993 Beschwerde eingelegt, mit der sie ihren Erbscheinsantrag und ihren Antrag auf Zurückweisung des Antrages auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses weiterverfolgt hat.

Die Beteiligten zu 2) bis 6) sind der Beschwerde entgegengetreten.

Das Landgericht hat durch Beschluß vom 6. 9. 1993 die Beschwerde der Beteiligten zu 1) zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Die Beteiligten zu 2) bis 8) beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. . . .

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ausgegangen. (*Wird ausgeführt.*)

Die Entscheidung des Landgerichts hält auch in der Sache rechtlicher Nachprüfung stand.

Die Sachentscheidung hängt allein davon ab, ob die Testamentsanfechtung der Beteiligten zu 1), die diese gegenüber dem Nachlaßgericht form- und fristgerecht erklärt hat, in der Sache durchgreift. Das Landgericht hat zutreffend zunächst den Anfechtungsgrund nach § 2079 Satz 1 BGB geprüft, den auch die Beteiligte zu 1) in den Mittelpunkt ihres Vorbringens gestellt hat. Nach dieser Vorschrift kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war

oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler diesen Anfechtungsgrund nicht als durchgreifend erachtet, weil der Erblasser die Beteiligte zu 1), die erst nach Errichtung seiner letztwilligen Verfügung infolge der Eheschließung mit diesem pflichtteilsberechtigt geworden ist (§ 2303 Abs. 2 BGB), nicht übergangen habe.

Ohne Erfolg greift die weitere Beschwerde in diesem Zusammenhang zunächst die Feststellung des Landgerichts an, der Erblasser habe der Beteiligten zu 1) in seinem Testament vom 1. 9. 1991 sein in . . . gelegenes Hausgrundstück als Vermächtnis zugewandt. Diese Feststellung, die sich allerdings nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Testaments ergibt, hat die Kammer in Übereinstimmung mit den Erwägungen der amtsgerichtlichen Entscheidung im Wege der Auslegung des Testaments getroffen. (*Wird ausgeführt.*)

Der Senat stimmt ferner der vom Landgericht vertretenen Auffassung zu, daß die Beteiligte zu 1) im Hinblick auf die Zuwendung dieses Vermächtnisses nicht als im Sinne des § 2079 Satz 1 BGB übergangen angesehen werden kann. Was unter „Übergehen“ im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist, ist streitig. Im Ausgangspunkt besteht Einmütigkeit darüber, daß ein Pflichtteilsberechtigter übergangen ist, wenn der Erblasser ihm gar nichts zugewendet hat, ihn aber auch nicht von der Erbfolge ausschließen wollte (BayObLGZ 1971, 147, 151 = NJW 1971, 1565 [= MittBayNot 1971, 319 = DNotZ 1972, 31]; BayObLG FamRZ 1992, 988). Ein Übergehen liegt ferner nicht vor, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten eine Zuwendung in Ergänzung und Abänderung eines früheren Testaments gemacht hat, das er zu einer Zeit errichtet hatte, als er die Pflichtteilsberechtigung des Anfechtenden noch nicht kannte (OLG Celle OLGZ 1969, 84 = NJW 1969, 101).

Unterschiedliche Auffassungen bestehen indessen darüber, ob in den Fällen der dritten Alternative des § 2079 Satz 1 BGB allein der objektive Umstand, daß der Erblasser der später pflichtteilsberechtigten Person eine jedenfalls nicht ganz geringfügige Zuwendung gemacht hat, die Annahme eines Übergehens ausschließt. Dieser Standpunkt ist bislang in der Rechtsprechung eingenommen worden (RGZ 50, 238, 239 f.; 148, 218, 223; JW 1925, 2526, 2527; KGJ 38 A 118, 121 sowie OLGE 26, 312, 314; OLG Dresden OLGE 16, 264; OLG Celle OLGZ 1969, 84 = NJW 1969, 101) und wird teilweise auch in der Literatur vertreten (*Staudinger/Otte*, BGB, 12. Aufl., § 2079 Rdnr. 5; *Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., S. 167; *Schubert/Czub*, JA 1980, 257, 261). Demgegenüber wird in der Literatur verbreitet die Auffassung geäußert, eine von dem Erblasser verfügte Zuwendung schließe die Annahme eines Übergehens im Sinne des § 2079 Satz 1 BGB nicht aus, wenn der Erblasser diese Zuwendung nicht im Hinblick auf die Stellung der bedachten Person als pflichtteilsberechtigter gesetzlicher Erbe gemacht habe. Das Übergehen sei also zu verstehen im Sinne eines Übergehens als Pflichtteilsberechtigter. Solange die Zuwendung ohne Rücksicht auf das Pflichtteilsrecht erfolgt sei, müsse die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung bejaht werden, sofern die Zuwendung wertmäßig hinter dem gesetzlichen Erbteil zurückbleibe (vgl. insbesondere *MK-Leipold*, BGB, 2. Aufl., § 2079 Rdnr. 6; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl., § 35, 2 e, S. 617; *Damrau* BB 1970, 467, 473).

Der Senat braucht zu diesem Meinungsstreit nicht abschließend Stellung zu nehmen. Denn die weitere Beschwerde

kann auch die in der Literatur vertretene weitergehende Meinung im Ergebnis nicht mit Erfolg für sich in Anspruch nehmen. Der Anfechtungsgrund des § 2079 Satz 1 BGB ist nach anerkannter Auffassung ein Sonderfall der Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung wegen eines Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB. Beide Anfechtungsstatbestände unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Regelung der Beweis- bzw. materiellen Feststellungslast in bezug auf die Erheblichkeit des Irrtums, für die im Falle des § 2079 Satz 1 BGB eine gesetzliche Vermutung spricht. Zweck des § 2079 BGB ist es, das gesetzliche Erbrecht des Übergangenen nicht durch Verfügungen des Erblassers beeinträchtigen zu lassen, die auf falschen Voraussetzungen beruhen (vgl. MK/Leipold a. a. O., § 2079 Rdnr. 2; Staudinger/Otte, a. a. O., § 2079 Rdnr. 13). Auf dieser Grundlage erscheint es plausibel, von einem durch § 2079 Satz 1 BGB erfaßten Motivirrtum des Erblassers auch dann auszugehen, wenn er einer Person eine Zuwendung gemacht hat, diese Zuwendung jedoch nicht im Hinblick auf deren Stellung als pflichtteilsberechtigter Erbe erfolgt ist. Die Fallgestaltung, die der bereits erwähnten Entscheidung des RG (RGZ 148, 218 ff.) zugrunde liegt, macht dies besonders deutlich: Der Erblasser hatte seine damalige „Hausdame“ neben seinen Geschwistern und Geschwisterkindern zu einer geringen Quote als Miterbin eingesetzt, dabei aber nicht die weitere Entwicklung vorausbedacht, die sich daraus ergab, daß er ein Jahr später mit seiner „Hausdame“ die Ehe schloß. Von einer solchen Konstellation unterscheidet sich der vorliegende Fall jedoch grundlegend, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat. Der Erblasser hat nämlich seine letztwillige Verfügung vom 1.9.1991 in zutreffender Voraussicht der weiteren Entwicklung getroffen. Er hatte, wie er es im Testament selbst zum Ausdruck gebracht hat, zum damaligen Zeitpunkt die feste Absicht, mit der Beteiligten zu 1) die Ehe zu schließen, und hat diese Absicht kurze Zeit darauf tatsächlich auch realisiert. Der Erblasser hat seine Verfügung also in Kenntnis der zeitlich unmittelbar bevorstehenden Eheschließung getroffen, durch die die Beteiligte zu 1) rechtlich zugleich die Rechtsstellung als pflichtteilsberechtigter gesetzliche Erbin des Erblassers erlangte. Hat der Erblasser somit seine letztwillige Verfügung bereits mit Rücksicht auf die künftige Rechtsstellung der Beteiligten zu 1) als Ehefrau und Pflichtteilsberechtigter getroffen, so liegt der in § 2079 Satz 1 BGB vorausgesetzte Motivirrtum des Erblassers nicht vor. Dieser Schlußfolgerung kann die Beteiligte zu 1) nicht durch den Hinweis darauf entgegen gehen, daß der Erblasser sie durch sein Testament vom 1.9.1991 lediglich vorläufig habe absichern wollen, während er sie nach der Eheschließung in weitergehendem Umfang habe bedenken wollen. Es mag sein, daß der Erblasser seinem Testament vom 1.9.1991 lediglich eine vorläufige Bedeutung zugemessen hat. Auch dies ändert jedoch nichts daran, daß er hinsichtlich der künftigen Rechtsstellung der Beteiligten zu 1) von zutreffenden Vorstellungen ausgegangen ist. Insbesondere hat der Erblasser nicht verfügt, daß seine testamentarische Anordnung bereits durch die Eheschließung als solche entfallen und durch eine andere ersetzt werden solle. Der Erblasser ging vielmehr selbst davon aus, daß die von ihm in seinem Testament vom 1.9.1991 getroffene Regelung über den Zeitpunkt der Eheschließung hinaus gelten sollte, mag es sich auch um eine vorläufige Regelung gehandelt haben, die der Erblasser später durch ein weiteres Testament ersetzen wollte.

Hat der Erblasser danach in seinem Testament vom 1.9.1991 die Zuwendung an die Beteiligte zu 1) in Kenntnis ihrer künftigen Rechtsstellung vorgenommen, so kann keinesfalls mehr von ihrem Übergehen im Sinne des § 2079 Satz 1 BGB die Rede sein. Die weitere Beschwerde versucht ohne Erfolg, den gesetzlichen Anfechtungsstatbestand dahin auszuweiten, daß jede letztwillige Verfügung des Erblassers, die dieser zeitlich vor der Entstehung der Pflichtteilsberechtigung seines künftigen Ehegatten getroffen hat, der Anfechtung unterliege, sofern die Zuwendung an diesen wertmäßig hinter dem gesetzlichen Erbteil des späteren Ehegatten zurückbleibe. Indessen liegt der Vorschrift nicht die von der Beteiligten zu 1) angenommene Vermutung zugrunde, daß der Erblasser nach Entstehung des Pflichtteilsrechts seinem Ehegatten zumindest den gesetzlichen Erbteil hinterlassen hätte. Eine solche gesetzliche Vermutung besteht, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht. Sie läßt sich insbesondere nicht aus der oben zitierten, in der Literatur vertretenen Auffassung zum Begriff des Übergehens herleiten. Wie bereits ausgeführt will diese Auffassung lediglich sicherstellen, daß eine unrichtige Motivation des Erblassers bei der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung zum Anknüpfungspunkt für eine wirksame Anfechtung durch den später pflichtteilsberechtigten gewordenen Ehegatten des Erblassers gemacht werden kann. Es geht insoweit nur darum, daß der Erblasser bei seiner letztwilligen Verfügung die Rechtsposition des Pflichtteilsberechtigten in seine Erwägungen mit einbezogen hat (MK/Leipold, a. a. O.), nicht jedoch darum, darüber hinausgehend einen allgemeinen Schutz des gesetzlichen Ehegattenerbrechts vor beeinträchtigenden letztwilligen Verfügungen seines Ehegatten aus der Zeit vor der Eheschließung zu postulieren. Insoweit verbleibt es bei der Testierfreiheit des Erblassers, die ihren Ausgleich nur im Pflichtteilsrecht findet. Ein Anfechtungsrecht nach § 2079 S. 1 BGB besteht insoweit nicht.

Zu Recht hat das Landgericht weiter angenommen, daß die Anfechtung der Beteiligten zu 1) auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 2078 Abs. 2 BGB durchgreife. Allerdings sind die insoweit von dem Beteiligten zu 8) im Verfahren der weiteren Beschwerde erhobenen formellen Bedenken gegen die Geltendmachung dieses Anfechtungsgrundes nicht begründet. Richtig ist zwar, daß die Beteiligte zu 1) in ihrer Anfechtungserklärung vom 18.12.1991 lediglich die „§§ 2079 ff. BGB“ als rechtliche Grundlage ihrer Anfechtung angegeben hat, während § 2078 BGB nicht genannt ist. Dies schließt jedoch die ergänzende Anwendung des § 2078 Abs. 2 BGB, die materiell-rechtlich ohne weiteres neben § 2079 S. 1 BGB möglich ist (RGZ 148, 218, 221; BayObLGZ 1971, 147, 151 [= MittBayNot 1971, 319 = DNNotZ 1972, 31]; 1980, 42, 51) für die Beurteilung der Begründetheit der am 18.12.1991 erklärten Anfechtung nicht aus. Denn insoweit handelt es sich nicht darum, daß von der Beteiligten zu 1) in tatsächlicher Hinsicht ein anderer Anfechtungsgrund geltend gemacht wird, sondern lediglich um die Würdigung des angegebenen Anfechtungsgrundes unter einer anderen gesetzlichen Vorschrift (OLG Köln NJW 1956, 1522, 1523; MK/Leipold, a. a. O., § 2079 Rdnr. 22). Es handelt sich also nicht um eine weitere Anfechtung der Beteiligten zu 1), die allerdings verspätet und nicht formgerecht (gegenüber dem Nachlaßgericht) erklärt wäre.

Nach § 2078 Abs. 2 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu der Verfügung

durch die irrije Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Unter diesem Gesichtspunkt richtet sich die Anfechtung der Beteiligten zu 1) in erster Linie gegen das Testament des Erblassers vom 10. 5. 1985, durch das sie von der Erbfolge ausgeschlossen worden ist. Für die Beurteilung der Frage, ob der Erblasser bei der Errichtung dieser Verfügung im Hinblick auf die Rechtsstellung der Beteiligten zu 1) durch einen Irrtum bestimmt worden ist, hat das Landgericht zu Recht auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung abgestellt. Rechtlich unbedenklich ist dabei die Annahme der Kammer, der Erblasser habe dieses Testament in der unbewußten, von ihm jedoch als selbstverständlich vorausgesetzten Vorstellung errichtet, daß er keine weitere Ehe mehr eingehen werde. Rechtliche Bedenken bestehen jedoch gegen die weiteren Ausführungen des Landgerichts, mit denen es seine Auffassung begründet hat, es könne nicht festgestellt werden, daß die letztwillige Verfügung auf dem Irrtum des Erblassers beruhe.

Ursächlichkeit im Sinne des § 2078 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn anzunehmen ist, der Erblasser hätte seine Verfügung nicht so getroffen, wenn ihm bekannt gewesen wäre, daß die Umstände, die er bei Errichtung seiner letztwilligen Verfügung als selbstverständlich vorausgesetzt hat, nicht vorliegen oder anders eintreten würden (vgl. etwa *Johannsen*, WM 1972, 642, 646). Es kommt insoweit auf den hypothetischen Willen des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung an. Dabei können auch Umstände nach Testamentserrichtung, insbesondere nach Kenntniserlangung des Erblassers von der veränderten Sachlage, berücksichtigt werden, sofern sie einen Schluß auf die Willensrichtung des Erblassers bei Testamentserrichtung zulassen. So kann etwa das Verhalten des Erblassers, der sein früheres Testament auch nach der weiteren Eheschließung geflissentlich hat weiterbestehen lassen, darauf hindeuten, daß er schon bei Testamentserrichtung die später pflichtteilsberechtigt gewordene Person ohnehin nicht hätte bedenken wollen (vgl. BGH LM Nr. 1 zu § 2079 BGB; BayObLGZ 1971, 147, 151 f. = NJW 1971, 1565, 1567 [= a. a. O.]). Bloße Untätigkeit des Erblassers genügt insoweit aber nicht, da diese auch durch andere Umstände, wie etwa Krankheit und Kürze der zur Verfügung stehenden Lebenszeit, bedingt sein kann (BayObLG a. a. O.).

Gleichwohl erweist sich die Entscheidung des Landgerichts unter einem anderen Gesichtspunkt als im Ergebnis richtig. Der Erblasser hat nämlich durch sein Testament vom 1. 9. 1991 eine etwa bestehende Anfechtbarkeit seines Testaments vom 10. 5. 1985 selbst beseitigt. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur versagt dem Erblasser allerdings eine Bestätigung seiner anfechtbaren letztwilligen Verfügung nach § 144 BGB, die nach Abs. 2 der Vorschrift auch formlos möglich wäre, weil der Erblasser ein einseitiges Testament jederzeit widerrufen kann und deshalb selbst nicht anfechtungsberechtigt ist (BayObLG Rpfleger 1975, 242; *Soergel/Damrau*, BGB, 11. Aufl., § 2080 Rdnr. 7; *RGRK/BGB-Johannsen*, 11. Aufl., § 2078 Rdnr. 79; *von Lübtow*, Erbrecht, Bd. I, S. 337; *Coing*, a. a. O., § 24 VII 1; a. A. *Staudinger/Otte*, BGB, 12. Aufl., § 2080 Rdnr. 22; *Soergel/Loritz*, BGB, 12. Aufl., § 2080 Rdnr. 23; *MK/Leipold*, a. a. O., § 2078 Rdnr. 47). Anerkannt ist aber auch von der herrschenden Auffassung, daß der Erblasser die Anfechtbarkeit selbst durch eine neue

letztwillige Verfügung beseitigen kann. Streitig ist insoweit lediglich, ob er die anfechtbare Verfügung formgerecht neu errichten muß (so *von Lübtow*, a. a. O.; *Coing*, a. a. O.) oder ob er sich auf die Erklärung beschränken kann, daß die anfechtbare Verfügung fortgelten solle (*Soergel/Damrau*, a. a. O.; *RGRK/BGB-Johannsen*, a. a. O.; *Ischinger*, Rpfleger 1951, 159, 161).

Letzterer Auffassung ist der Vorzug zu geben. Der Erblasser hat die jederzeitige Dispositionsbefugnis über seine letztwillige Verfügung, die er einer veränderten Sachlage seinen Vorstellungen entsprechend anpassen kann, unter anderem auch dadurch, daß er eine bereits vorgenommene Erbeinsetzung aufrechterhält, diese jedoch durch eine selbständige, danebentretende letztwillige Verfügung modifiziert, indem er z. B. ein den Erben beschwerendes Vermächtnis aussetzt. Der Testamentsform bedarf nur die ergänzende letztwillige Verfügung, obwohl der Erblasser beide nebeneinander geltende Verfügungen als seinen einheitlichen letzten Willen ansieht. Etwas anderes kann nicht allein deshalb gelten, weil der Erblasser mit seiner ergänzenden letztwilligen Verfügung auf eine so grundlegende Veränderung der Sachlage reagiert, die er bei seinem ursprünglichen Testament nicht vorausbedacht hat und die in Widerspruch zu seinen damaligen realen oder nur als selbstverständlich vorausgesetzten Vorstellungen und Erwartungen steht. Daß diese Veränderung der Sachlage möglicherweise zu einer Anfechtbarkeit seiner früheren Verfügung geführt hat — dies mag im einzelnen sogar zweifelhaft sein —, spielt für den Erblasser keine wesentliche Rolle. Ihm geht es nur darum, in Kenntnis der veränderten Sachlage seine letztwillige Verfügung seinen Vorstellungen entsprechend anzupassen. Wenn der Erblasser sich in diesem Zusammenhang entschließt, seine frühere Verfügung fortbestehen zu lassen und lediglich in bestimmter Hinsicht zu ergänzen, so kann von ihm die formgerechte Neuerrichtung seiner früheren Verfügung nicht verlangt werden. Die Anfechtbarkeit allein führt noch nicht zur Nichtigkeit der früheren letztwilligen Verfügung. Der Erblasser kann deshalb nicht gehindert sein, seinen Fortgeltungswillen in einem späteren Testament durch eine inhaltliche Bezugnahme auf das formgerecht errichtete frühere Testament zum Ausdruck zu bringen. Der Berücksichtigung des formgerecht erklärten, wirklichen Erblasserwillens muß der Vorrang vor der Anfechtung eingeräumt werden.

Der Erblasser hat durch sein Testament vom 1. 9. 1991 seinen Willen zum Ausdruck gebracht, sein früheres Testament vom 10. 5. 1985 — wenn auch nur vorläufig und in modifizierter Weise — fortgelten zu lassen. Denn er hat selbst seiner veränderten Lebenssituation, die sich aus seiner ernsthaften Absicht ergab, mit der Beteiligten zu 1) die Ehe zu schließen, dadurch Rechnung getragen, daß er durch das Testament vom 1. 9. 1991 sein Hausgrundstück der Beteiligten zu 1) als Vermächtnis zugewandt hat. Darin liegt zugleich der Wille, sein früheres Testament — zumindest vorläufig — noch aufrechtzuerhalten, es also bei den Erbeinsetzungen der Beteiligten zu 2) bis 6) zu belassen, nunmehr allerdings beschwert durch das Vermächtnis zugunsten der Beteiligten zu 1). Daß der Erblasser sich bewußt war, sein früheres notarielles Testament lediglich abzuändern, ergibt sich mit Deutlichkeit aus dem jeweiligen Eingang der Testamente vom 1. 9. 1991 und vom 18. 9. 1985. Der Erblasser hat also seinen wirklichen Willen testamentarisch zum Ausdruck gebracht; wie er seinen Nachlaß bezogen auf seine Situation am 1. 9. 1991 regeln wollte.

Auch das Testament vom 1.9.1991 kann die Beteiligte zu 1) nicht mit Erfolg nach § 2078 Abs. 2 BGB anfechten. Bezogen auf den Zeitpunkt zum 1.9.1991 unterlag der Erblasser keinem Irrtum über die künftige Entwicklung, auf dem sein testamentarischer Wille beruhte. Grundlage des Testaments des Erblassers vom 1.9.1991 ist seine in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommende feste Absicht, mit der Beteiligten zu 1) eine weitere Ehe zu schließen. Diese Absicht hat der Erblasser realisiert. Er unterlag deshalb auch keinen unrichtigen Vorstellungen über die künftige Rechtsstellung der Beteiligten zu 1) als seiner Ehefrau. Wenn der Erblasser die von ihm in dem Testament vom 1.9.1991 getroffene Regelung lediglich als vorläufige angesehen hat und die Beteiligte zu 1) zu einem künftigen Zeitpunkt nach der Eheschließung in weitergehendem Umfang bedenken wollte, so liegt darin kein Irrtum bei der Errichtung des Testaments vom 11.9.1991, sondern lediglich die Absicht einer künftigen weiteren Testamenterrichtung, die der Erblasser — aus welchen Gründen auch immer — lediglich nicht verwirklicht hat. Aus diesen Gründen kommt es für die Sachentscheidung nicht auf das unter Beweis gestellte tatsächliche Vorbringen der Beteiligten zu 1) an, der Erblasser habe gegenüber den benannten Zeugen sich dahin geäußert, der Beteiligten zu 1) dereinst sein ganzes Vermögen hinterlassen zu wollen, während seine Verwandten von ihm nichts mehr zu erwarten hätten. Das Landgericht konnte deshalb von der Erhebung dieser Beweise ohne Verstoß gegen § 12 FGG absehen.

Handels- und Gesellschaftsrecht

17. AktG 1965 §§ 17, 302, 303 (*Natürliche Person als herrschendes Unternehmen*)

Herrschendes Unternehmen im Sinne der Haftungsgrundsätze im qualifizierten faktischen Konzern kann auch eine natürliche Person sein, deren anderweitige unternehmerische Betätigung sich in der Einflußnahme auf andere Gesellschaften erschöpft, an denen sie maßgeblich beteiligt ist (im Anschluß an Senatsurteil vom 29.3.1993 — II ZR 265/91, ZIP 1993, 589).

BGH, Urteil vom 13.12.1993 — II ZR 89/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der mit einem Stammkapital von 50.000,— DM ausgestatteten S. GmbH Produktions- und Vertriebs-Gesellschaft für EDV-Peripherie (im folgenden: S. GmbH). Er ist außerdem Gesellschafter und Geschäftsführer der S. Gesellschaft für Datentechnik GmbH; von deren Stammkapital, das 350.000,— DM beträgt, halten der Beklagte 200.000,— DM und seine Ehefrau 100.000,— DM. Ferner ist der Beklagte Geschäftsführer einer Gesellschaft namens E. BV und Generaldirektor einer weiteren Gesellschaft mit dem Namen E. S. A.

Die Klägerin stand seit 1984 in Geschäftsbeziehungen zur S. GmbH. Sie verkaufte und lieferte an diese Gesellschaft in der Zeit von Dezember 1987 bis Juni 1988 EDV-Geräte und EDV-Zubehör für insgesamt 64.914,85 DM. Hiervon sind 56.082,57 DM unbeglichen geblieben. Die Klägerin nimmt den Beklagten persönlich unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen in Anspruch.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung des Beklagten auf die Haftungsgrundsätze im qualifizierten faktischen Konzern gestützt. Auf dieser Grundlage haftet nach der Rechtsprechung des Senats der eine GmbH beherrschende Gesellschafter, der sich auch außerhalb der Gesellschaft unternehmerisch betätigt, entsprechend den §§ 302, 303 AktG, wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe (so zuletzt Senatsurteil vom 29.3.1993 — II ZR 265/91, ZIP 1993, 589, 591 ff.). Die Voraussetzungen für eine solche Haftung liegen, wie die Revision zu Recht einwendet, nach den bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht vor.

a) Die Anwendung der Konzernhaftungsregeln scheidet allerdings nicht daran — wegen dieser vom Senat in den Urteilen vom 23.9.1992 (BGHZ 115, 187, 190 f.) und vom 29.3.1993 (a. a. O. S. 592) offengelassenen Frage hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen —, daß der Beklagte kein eigenes Unternehmen betrieb, sondern seine unternehmerischen Aktivitäten lediglich als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter nicht nur in den beiden deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sondern, wie für die Revisionsinstanz mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellen ist, auch in den beiden ausländischen Gesellschaften ausübte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann auch eine natürliche Person Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne sein (Senatsurteil vom 29.3.1993 a. a. O. S. 592 m. w. N.). Der Senat ist auch bereits in seiner Entscheidung vom 23.9.1985 davon ausgegangen, daß dies nicht voraussetzt, daß der beherrschende Gesellschafter seine anderweitigen wirtschaftlichen Interessen in einem eigenen einzelkaufmännischen Unternehmen verfolgt (BGHZ 95, 330, 337 [= DNotZ 1986, 358]). Die Gefahren, die aus der unternehmerischen Betätigung außerhalb der abhängigen Gesellschaft für deren Gläubiger und etwaige Minderheitsgesellschafter entstehen, sind nicht geringer, wenn diese Betätigung ausschließlich auf der Grundlage maßgeblicher Beteiligung an anderen Gesellschaften ausgeübt wird; das gilt jedenfalls dann, wenn die unternehmerische Betätigung in der Ausübung von Leitungsmacht — auch — in jenen anderen Gesellschaften besteht. Dabei spielt es keine entscheidende Rolle, ob es möglich ist und — im Hinblick auf die Belange von an den einzelnen Gesellschaften beteiligten Minderheitsgesellschaftern und der jeweiligen Gläubiger dieser Gesellschaften — gerechtfertigt sein kann, bei „qualifizierter Gleichordnung“ eine Verlustgemeinschaft und damit letztlich einen Haftungsverbund zwischen den von einer natürlichen Person beherrschten Gesellschaften anzunehmen (vgl. *K. Schmidt*, ZHR 155 [1991], 417, 439 ff.; ähnlich schon *Ehlke*, DB 1986, 523, 526). Dies würde jedenfalls keinen Grund darstellen, den Gesellschafter aus seiner Verantwortung gegenüber den Gläubigern und etwaigen Minderheitsgesellschaftern zu entlassen, die ihn dann trifft, wenn er bei der Ausübung seiner Leitungsmacht keine angemessene Rücksicht auf die Belange einer abhängigen Gesellschaft nimmt und damit seine beherrschende Gesellschafterstellung mißbraucht (Senatsurteil vom 29.3.1993 a. a. O. S. 593).

b) Auch eine Begrenzung der Haftung des Gesellschafters auf sein in den Beteiligungen an den einzelnen Gesellschaf-

ten bestehendes Vermögen kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil sich dieses Vermögen vollstreckungsrechtlich nicht befriedigend vom sonstigen Vermögen des Gesellschafters trennen läßt. Denn eine Ausklammerung des Privatvermögens würde zu einer nicht zu rechtfertigenden Bevorzugung der Privatgläubiger gegenüber der abhängigen Gesellschaft und deren Gläubigern führen; vor dem Zugriff jener privaten Gläubiger läßt sich das Beteiligungsvermögen des Gesellschafters nicht schützen. Ohne diese Voraussetzung ist es nicht gerechtfertigt, die Vollstreckungsmöglichkeiten der „betrieblichen“ Gläubiger auf den Anteilsbesitz zu beschränken.

c) Die Verurteilung des Beklagten läßt sich aber nicht, wie es das Berufungsgericht getan hat, allein damit begründen, daß er die S. GmbH dauernd und umfassend geleitet und nicht bewiesen habe, daß die bei der Gesellschaft eingetretenen Verluste nicht auf der im Konzerninteresse ausgeübten Leitungsmacht beruhten. Der Senat hat in seinem nach Erlaß des Berufungsurteils ergangenen Urteil vom 29.3.1993 klargestellt, daß Haftungstatbestand nicht die dauernde und umfassende Leitung der abhängigen Gesellschaft, sondern die bereits oben näher umschriebene Beeinträchtigung ihrer Interessen ist; daß sie vorliege, kann nicht mittels einer tatsächlichen Vermutung allein aus einer derartigen Ausübung der Leitungsmacht gefolgert werden (a. a. O. S. 593). Es ist danach zunächst Sache der klagenden Partei, Umstände darzulegen und zu beweisen, die die Annahme zumindest nahelegen, daß bei der Unternehmensführung die eigenen Belange der GmbH im Hinblick auf das Konzerninteresse über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind.

An einem solchen Vortrag fehlt es im vorliegenden Fall bisher. Die Revisionserwiderung meint, eine Beeinträchtigung der Belange der S. GmbH ergebe sich schon aus dem eigenen Vorbringen des Beklagten. Dieser hat sich damit verteidigt, daß die Gesellschaft erhebliche Mittel in die Entwicklung neuer Produkte, insbesondere eines patentierfähigen diakritischen Zeichensystems investiert habe. Die damit verbundenen außerordentlich kostenaufwendigen Arbeiten hätten voraussichtlich mit Rücksicht auf die Kooperation mit einem großen Maschinenbauunternehmen zu guten Erträgen geführt; dies habe sich aber dadurch zerschlagen, daß Entwicklungspartner der GmbH die Ideen mißbräuchlich ausgenutzt hätten. Er, der Beklagte, der die zukunftsweisende Technologie entwickelt gehabt habe, habe letztlich aus Kostengründen davon abgesehen, gegen die Verletzung des dafür inzwischen erteilten Patents mit rechtlichen Mitteln vorzugehen. Diesem Sachverhalt ist indessen noch nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß der Beklagte die S. GmbH als — alleinigen — Kostenträger für eine Gewinnchance verwendet hat, die, wenn sie sich verwirklicht hätte, vor allem den anderen von ihm beherrschten Gesellschaften zugute gekommen wäre.

d) Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die Parteien Gelegenheit erhalten, ihren Sachvortrag auf der Grundlage der vom Senat im Urteil vom 29.3.1993 (a. a. O. S. 592 f.) aufgestellten, ihnen bislang nicht bekannten Grundsätze zu ergänzen. Erst danach wird sich auch beurteilen lassen, ob der Beklagte die von ihm beherrschte GmbH mit ihrem beschränkten Haftungsvermögen etwa für ein Projekt mißbraucht hat, das von vornherein mit Risiken in einer Größenordnung behaftet war,

die seine Durchführung als Spekulation auf Kosten der Gläubiger erscheinen ließ (vgl. auch OLG Hamburg, BB 1973, 1231, 1232).

2. Soweit erforderlich, wird das Berufungsgericht den Klageanspruch auch unter dem Gesichtspunkt der Haftung wegen Konkursverschleppung (§ 64 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB) zu prüfen haben, auf den die Klage ebenfalls gestützt ist (vgl. dazu den Vorlagebeschluß des Senats vom 20.9.1993 — II ZR 292/91, ZIP 1993, 1543).

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur vorstehenden Entscheidung auch *D. Mayer* in diesem Heft S. 196.

18. GmbHG § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 82 Abs. 1 Nr. 1 (*Einzahlung der Geldeinlage bei Einmann-GmbH*)

Bei Gründung einer Einmanngesellschaft hat die Einzahlung der Geldeinlage so zu erfolgen, daß die Zugehörigkeit der Einlage zum Sondervermögen der Gründungsorganisation für einen Außenstehenden erkennbar ist.

BayObLG, Beschluß vom 20.1.1994 — 4 St RR 1/94 —, mitgeteilt von *Günter Habersack*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Angeklagte ist als Kaufmann tätig und beschäftigt sich mit der Errichtung von Altenheimen. Er gründet hierzu verschiedene Firmen und verdient monatlich DM 30.000,—.

Der Angeklagte errichtete am 24.7.1990 notariell die Firma Senioren-Alten- und Pflegeheimgeschäftshaus GmbH mit dem Sitz in T. Zum Geschäftsführer wurde der Angeklagte bestellt. Der Sitz der Firma wurde nach M. verlegt. Am 8.8.1990 meldete der Notar im Auftrag des Angeklagten die Gesellschaft zum Registergericht M. mit folgender Versicherung des Angeklagten an:

„Ich versichere hiermit gegenüber dem Gericht, daß die auf die Stammeinlagen zu erbringenden Leistungen, nämlich:

Die Stammeinlage in Höhe von DM 50.000,— erbracht sind, daß das Stammkapital somit insgesamt in Höhe von DM 50.000,— eingezahlt ist, daß sich die eingezahlten Beträge endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer befinden und daß das Vermögen der Gesellschaft, abgesehen von den mit der Gründung verbundenen Kosten und Steuern, durch keinerlei Verbindlichkeiten belastet ist.“

Der Angeklagte wußte, daß die Versicherung, das Stammkapital sei voll erbracht, falsch war. Erst auf Aufforderung des Registergerichts, einen Nachweis zu erbringen, eröffnete der Angeklagte am 27.9.1990 ein Konto bei der Raiffeisenbank R. für die GmbH in Gründung und bezahlte dort DM 50.000,— ein.

Am 17.10.1990 hob der Angeklagte DM 25.872,— in bar ab. Am gleichen Tag überwies der Angeklagte DM 10.000,— auf ein Konto der Deutschen Bank K. an sich selbst. Am 15.11.1990 wurden DM 6.800,— auf ein Konto der Firma H. GmbH & Co. KG überwiesen, für die der Angeklagte durch die Zeugin R. am 8.10.1990 mit Schreiben an das Registergericht die Einzahlung der DM 50.000,— mitgeteilt hatte. Am 20.10.1990 erfolgte eine Barauszahlung von DM 27.000,— an den Angeklagten. Am 30.11.1990 wurde eine Gutschrift von DM 20.000,— auf dem Gesellschaftskonto verbucht. Im übrigen wurden Umsatzgebühren der Bank abgebucht. Am 7.8.1991 hatte das Konto noch einen Kontostand von DM 33,22.

Die Firma Senioren-Alten- und Pflegeheimgeschäftshaus GmbH, die ihre Firma später in S. W. P. G. GmbH änderte, hatte kein eigenes Geschäftslokal oder Büro und keine eigenen Angestellten. Die Zeugin R. war Sekretärin des Angeklagten und erstellte in dem Büro- und Wohnhaus des Angeklagten in T., datiert am 3.4.1991, eine „Kassenabrechnung der Firma S. W. P. G. GmbH“ wie folgt:

Kassenabrechnung der Firma S. W. P. G. GmbH

2. 1. 1991	Kassenbestand per 31. 12. 1990	DM 1.000,—	Haben
20. 3. 1991	Bar-Geldausgang an Peter T. sen. als Vorschuß auf Spesen S. W. P. G. GmbH	DM 900,—	Soll
31. 3. 1991	Kassenbestand S. W. P. G. GmbH	DM 100,—	Haben

Zu dieser Kassenabrechnung wurde von der Zeugin ein Betrag in Höhe von DM 100,— eingelegt. Am 6. 8. 1991 durchsuchte der Zeuge W. das Büro- und Wohngebäude des Angeklagten in T. Im ersten Gebäude, einem Wohngebäude im Landhausstil, fand der Zeuge im Kellergeschoß laut Eingangsschild die Büroräume der Firma H., Inhaber T. Die Durchsuchung führte zum Auffinden eines schmalen Ordners mit der Aufschrift S. W. P. G. GmbH. Der Inhalt des Ordners war spärlich und beinhaltete im wesentlichen nur das, was die Staatsanwaltschaft in der Ermittlungsakte bereits hatte. Die vorgefundene Kassenabrechnung wurde von der Zeugin R. erstellt. Wie es zur Einlage des neuen 100,— DM-Scheins gekommen ist, konnte nicht ermittelt werden. Der Angeklagte bewahrte in einem Wandfach einer seiner Privaträume Geld, das er für Versteigerungen benötigte, und schriftliche Unterlagen auf. Im Wandfach, das der Angeklagte für private Zwecke nutzte, waren verschiedene Umschläge. Am 22. 07. 1991 übertrug der Angeklagte die Anteile an der S. W. P. G. treuhänderisch der Zeugin R.

Die falschen Angaben machte der Angeklagte, um entgegen § 7 Abs. 1 GmbHG die Gesellschaft anzumelden und die Eintragung zu erwirken.

Das Amtsgericht sprach den Angeklagten vom Vorwurf eines Vergehens des Gründungsschwindels frei. Auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hob das Landgericht das Ersturteil auf und verurteilte den Angeklagten wegen falscher Angaben gem. § 82 GmbHG zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu je DM 1.000,—.

Gegen das landgerichtliche Urteil wandte sich die Revision des Angeklagten, mit der die Verletzung des formellen und materiellen Rechts beanstandet wurde. Das Rechtsmittel hatte zum Schuldspruch keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Schuldspruch des angefochtenen Urteils begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist weder widersprüchlich noch lückenhaft. Die den Schuldspruch tragende Überzeugung der Kammer besteht darin, daß der Angeklagte — wenn überhaupt Geld in Höhe der Stammeinlage vorhanden war — dieses Geld bewußt in seinem privaten Bereich habe belassen wollen, um damit sonstige Geschäfte zu machen. Demgegenüber kommt es auf die schwankenden Feststellungen im angefochtenen Urteil über das Vorhandensein von Geld nicht an; denn der Tatrichter unterstellt jedenfalls beim Schuldspruch das Vorhandensein von Geld in Höhe der Stammeinlage. Gleiches gilt auch für die Frage, ob sich (vorhandenes) Geld in einem Kuvert befunden habe. Allerdings hat die Kammer auf Seite 6 der Urteilsgründe nur festgestellt, daß sich im privat genutzten Wandfach verschiedene Umschläge befunden hätten, aber nicht die Überzeugung gewonnen, daß der Angeklagte Geld in der Höhe der Stammeinlage *nicht* in einem Kuvert in diesem privaten Wandfach aufbewahrt habe. Vielmehr konnte sie sich nur nicht davon überzeugen, daß dies tatsächlich so war. Damit bleibt zwar die *Möglichkeit* einer solchen Aufbewahrung offen. Hierauf kommt es aber im Hinblick darauf nicht an, daß das Berufungsgericht jedenfalls davon überzeugt ist, der Angeklagte habe dieses Geld bewußt in seinem privaten Bereich belassen wollen, es habe also rechtlich nicht der Gesellschaft zugestanden. Von einer

Beweislastumkehr kann daher ebensowenig die Rede sein wie von einem Widerspruch zur Feststellung des Monateinkommens des Angeklagten.

Ob hierbei die Auffassung, bei Einmanngründung könnten Geldeinlagen wegen der erforderlichen Publizität *nur* durch Bareinzahlung, Überweisung oder Einlösung von Schecks *auf ein Konto der Gründungsorganisation* (oder des Geschäftsführers als künftiges Organ) vorgenommen werden (vgl. *Hachenburg/Ulmer GmbHG* 8. Aufl. § 7 Rdnr. 61; vgl. auch *Meyer-Landrut/Müller/Niehus GmbHG* § 7 Rdnr. 17 m. w. N.; kritisch *Scholz/Winter GmbHG* 8. Aufl. § 7 Rdnr. 46), in dieser Ausschließlichkeit zutreffend ist, oder ob auch Bareinzahlung in eine Kasse oder eine vergleichbare Einrichtung möglich ist, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Auch im letzteren Fall müßte nämlich für einen Außenstehenden ersichtlich sein, wem die Kasse oder vergleichbare Einrichtung rechtlich zusteht. Daß aber — unabhängig von der Frage, ob ein bloßes Kuvert eine solche vergleichbare Einrichtung darstellt — der das Geld enthaltende Umschlag eine Aufschrift oder einen Hinweis auf die in Gründung befindliche Gesellschaft getragen hätte, hat weder das Landgericht festgestellt noch der Angeklagte bzw. die Revision behauptet. Auf Seite 14 der Revisionsbegründung ist nur von einer Absonderung des Geldes die Rede, nicht aber davon, daß diese für einen Außenstehenden erkennbar gewesen sei.

Demgegenüber kommt es auch nicht darauf an, ob in der Feststellung fehlender Geschäftstätigkeit einerseits und minimaler Geschäftsunterlagen andererseits ein Widerspruch zu sehen wäre, obwohl die Zeugin R. bekundet hat, die wenigen Dinge, die die Gesellschaft überhaupt betroffen hätten, auf private Anweisung des Angeklagten getan zu haben. Angesichts der fehlenden Übertragung des Geldes auf das Sondervermögen der Gründungsorganisation ist auch die Frage nicht erheblich, ob aus der weiteren Geschäftsentwicklung Rückschlüsse auf die Verfügbarkeit hinsichtlich der Stammeinlage gezogen werden können. . . .

19. HGB § 18 Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 2 (*Firma der GmbH & Co. KG*)

Bei einer Kommanditgesellschaft darf der GmbH-Zusatz der in der Firma allein genannten Komplementärgesellschaft grundsätzlich auch dann nicht weggelassen werden, wenn neben dieser weitere Komplementäre vorhanden sind, die natürliche Personen sind.

OLG Hamm, Beschluß vom 2. 12. 1993 — 15 W 229/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

20. HGB § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1, 2 (*Erwerberhaftung trotz Nichtvorliegens einer Firmenfortführung im eigentlichen Sinn*)

1. **Das Nichtvorliegen einer Firmenfortführung im eigentlichen Sinn schließt eine Erwerberhaftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht notwendig aus.**
2. **Die Eintragung eines vereinbarten Haftungsausschlusses in das Handelsregister ist bereits dann zulässig, wenn eine Haftung des Erwerbers nach § 25 Abs. 1 HGB nicht ausgeschlossen werden kann.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Berlin, Beschluß vom 3. 8. 1993 — 98 T 51/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die am 6. 4. 1992 gegründete Gesellschaft Z. Internationale Möbelhandels-gesellschaft mbH hat mit Vertrag vom 10. 11. 1992 das von der Firma Z. Handels- und Service GmbH, einem ehemaligen VEB, betriebene Handelsgeschäft gekauft. In § 9 des Vertrages ist ihr das Recht zur Firmenfortführung eingeräumt.

Die Gesellschaft exportiert in erheblichem Umfang Möbel in die GUS-Staaten und nach Polen. Der Beteiligte hat am 12. 11. 1992 zur Eintragung angemeldet, die Gesellschaft hafte nicht für die Verbindlichkeiten der Firma Z. Handels- und Service GmbH. Das Registergericht hat die Anmeldung des Haftungsausschlusses durch den angefochtenen Beschluß als nicht eintragungsfähig zurückgewiesen, weil eine Firmenfortführung nicht vorliege.

Aus den Gründen:

Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist nach §§ 19, 20 FGG zulässig und in der Sache auch begründet, weil die Gesellschaft als Erwerberin des Unternehmens ein berechtigtes Interesse an der beantragten Eintragung eines Haftungsausschlusses hat.

Dem Amtsgericht ist darin zuzustimmen, daß eine Firmenfortführung nach § 22 HGB nicht vorliegt. Das ist aber auch nicht erforderlich. Eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB kann bereits dann eintreten, wenn der Erwerber eines Handelsgeschäfts durch die Fortführung von Firmenbestandteilen und durch andere Verhaltensweisen dem Handelsverkehr den Eindruck einer Kontinuität des Unternehmens vermittelt (*Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, § 25 Anm. 1 A). Die Unzulässigkeit bzw. das Nichtvorliegen einer Firmenfortführung im eigentlichen Sinn schließt also eine Erwerberhaftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht notwendig aus. Die unterschiedlichen Zwecke der Vorschriften erfordern insoweit eine eigenständige Auslegung (*Staub/Hüffer*, HGB, § 25 Rdnr. 47; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, HGB, § 25 Anm. 7). Der tragende Gesichtspunkt für die in § 25 Abs. 1 HGB vorgesehene Haftung des Erwerbers wird von der Rechtsprechung darin gesehen, eine nach außen dokumentierte Unternehmenskontinuität auch mit einer Haftungskontinuität zu verbinden (vgl. BGH NJW 1992, 911, 912 unter IV 1 m. w. N. [= MittBayNot 1992, 208 = DNotZ 1992, 581]). Damit stimmt überein, daß im Schrifttum der Firmenfortführung keine tragende Bedeutung für die Anwendung von § 25 Abs. 1 beigemessen wird (so besonders *Karsten Schmidt* ZHR 145/81/2; aber auch *Hüffer* a. a. O. Rdnr. 28).

Dabei ist nicht zu verkennen, daß diese Auslegung von § 25 Abs. 1 HGB über den Wortlaut der Vorschrift hinausgeht. Das mag nicht unbedenklich sein, ist aber jedenfalls insoweit zu berücksichtigen, als es um die vom Gesetz in § 25 Abs. 2 eingeräumte Möglichkeit geht, die gesetzlich vorgesehene Haftungserstreckung auf den Geschäftserwerber auszuschließen. Die Rechtsprechung hat die dem Erwerber mit § 25 Abs. 2 offenstehende Möglichkeit gerade auch unter dem Gesichtspunkt gesehen, daß damit die weite Auslegung von § 25 Abs. 1 zu Lasten des Geschäftserwerbers abgewendet werden könne (vgl. BGH a. a. O.). Der Haftungsausschluß ist also gewissermaßen als Ausgleich für die strenge Haftung nach § 25 Abs. 1 anzusehen; ebenso etwa, wie die gleichfalls als sehr weitgehend empfundene Haftung des Kommanditisten nach § 176 HGB durch die Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Eintritts abgewendet werden kann (vgl. BGHZ 82, 212 [= MittBayNot 1982, 37 = DNotZ 1984, 582]). Diese Funktion von § 25 Abs. 2 muß bei der im Vorfeld der Haftung zu beurteilenden Frage berücksichtigt werden, ob ein Haftungsausschluß eingetragen werden kann.

Unter Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich für den vorliegenden Sachverhalt folgendes:

Die sich auf die Regelung des § 25 Abs. 2 HGB berufende Gesellschaft führt ein Handelsgeschäft fort. Sie tut dies in denselben Geschäftsräumen wie die bisherige Inhaberin und ohne nennenswerte Veränderungen des Geschäftsbereichs. Die Arbeitnehmer einschließlich der leitenden Angestellten sind von der Gesellschaft übernommen worden. Der Kundenstamm ist im wesentlichen unverändert. Damit entsteht für den Handelsverkehr ein starker Anschein der Unternehmenskontinuität. Er wird durch das in der Firma fortgeführte, ungewöhnliche und aussagekräftige Wort „Z.“ verstärkt. Demgegenüber treten die wesentlich farbloseren anderen Firmenbestandteile in den Hintergrund, hinsichtlich „Handel“ sind sie sogar ebenfalls identisch. Die Kammer hält deshalb nicht für ausgeschlossen, daß die Geschäftsfortführung durch die anmeldende Gesellschaft noch in den Anwendungsbereich von § 25 Abs. 1 HGB fällt. Dann muß aber auch zulässig sein, dieses Haftungsrisiko vorsorglich nach § 25 Abs. 2 HGB auszuschließen, wie dies vorliegend geschehen ist. Der angefochtene Beschluß, der zuviel Gewicht auf eine Firmenfortführung im technischen Sinne legt, muß daher aufgehoben werden.

Öffentliches Recht

21. BGB §§ 167, 242, 133, 157 (*Kommunalrechtliche Formvorschriften als Beschränkungen der Vertretungsmacht*)

1. **Formvorschriften der Gemeindeordnungen, die von den Vertretern der Gemeinden beim Abschluß von Verträgen beachtet werden müssen, sind materielle Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht.**
2. **Eine Gemeinde kann sich ausnahmsweise dann nicht auf einen Verstoß gegen die Formvorschriften der Gemeindeordnung berufen, wenn das nach der Gemeindeordnung für die Willensbildung zuständige Organ den Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts gebilligt hat.**

BGH, Urteil vom 20. 1. 1994 — VII ZR 174/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH.

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, die Schwester des Architekten Dr. P., verlangt aus abgetretenem Recht Architektenhonorar für erbrachte und für nicht ausgeführte Architektenleistungen.

Im Jahre 1986 bewarben sich die Architekten Dr. P. und H. um die von der Beklagten geplante Sanierung des Projektes „Amthof“ in Bad C. In ihrem Angebotsschreiben vom 4. 3. 1986, das sie als Architektengemeinschaft abgaben, teilten sie mit, daß „der Schwerpunkt des Büros P. . . die planerische Gestaltung und Ausführung sein“ würde und daß das „Büro H. . . vorrangig Ausschreibungsleistung und Objektbetreuung (Bauleitung) erbringen“ würde. Aufgrund eines Magistratsbeschlusses erteilte der Bürgermeister der Beklagten der Architektengemeinschaft mündlich den Sanierungsauftrag. Im Anschluß an die Auftragserteilung kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den beiden Architekten der Architektengemeinschaft, weil der Architekt H. die Leistungsphase 5 für sich beanspruchte.

Mit Schreiben vom 15. 5. 1986 bat Dr. P. die Beklagte um einen Direktauftrag für die Leistungsphasen 1 bis 5. Nachdem die Architekten sich nicht einigen konnten und mehrere Verhandlungen mit

der Beklagten zu keiner Klärung geführt hatten, unterbreitete Dr. P. der Beklagten auf deren Bitte mit Schreiben vom 1. 9. 1986 vier Lösungsmöglichkeiten zur Beilegung des Konfliktes. Aufgrund eines Magistratsbeschlusses teilte die Beklagte Dr. P. mit Schreiben vom 7. 11. 1986 mit, daß ihm für den ersten Bauabschnitt des Sanierungsvorhabens die Grundlagenermittlung, Vorplanung, Entwurfsplanung und Genehmigungsplanung abzüglich der Kostenschätzung bzw. des Kostenvoranschlages und daß dem Architekten H. die restlichen Leistungen nach der HOAI übertragen werden. Den mit der Bitte um Unterzeichnung gleichzeitig übersandten Architektenvertrag unterschrieb Dr. P. nicht.

Mit Schreiben vom 13. 7. 1987 kündigte die Beklagte Dr. P. Honorarzählungen für erbrachte Leistungen an und erklärte, daß mit der Abrechnung und Auszahlung des Honorars das Vertragsverhältnis zwischen ihr und Dr. P. beendet sei. Dr. P. widersprach dieser Rechtsansicht der Beklagten und erklärte, daß der ursprünglich mündlich erteilte Auftrag Bestand habe.

Die Klägerin, die sich die Honoraransprüche von Dr. P. durch Vertrag vom 27. 5. 1987 hat abtreten lassen, hat mit ihrer Klage Resthonoraransprüche für erbrachte Leistungen in Höhe von 46.038 DM und für nicht erbrachte Leistungen von 118.839,57 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat die Klagforderung im Hinblick auf erbrachte Leistungen in Höhe von 4.859,25 DM anerkannt.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil zur Zahlung des anerkannten Betrages verurteilt und die Klage hinsichtlich eines Teilbetrages für erbrachte Leistungen in Höhe von 9.718,50 DM sowie hinsichtlich des Honorars für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 118.839,52 abgewiesen. Im übrigen hat es die Entscheidung über die restlichen Honorarforderungen für erbrachte Leistungen dem Schlußurteil vorbehalten. Das Berufungsgericht hat der Klägerin für erbrachte Leistungen weitere 8.151 DM nebst Zinsen zugesprochen und im übrigen das landgerichtliche Urteil bestätigt. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Honorars für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 118.839,57 DM nebst Zinsen.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg, sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. 1. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der ursprüngliche Architektenvertrag wirksam zustande gekommen ist, mit folgenden Erwägungen dahinstehen lassen:

Die Beklagte habe den beiden Architekten als Architektengemeinschaft auf der Grundlage eines Magistratsbeschlusses einen Gesamtauftrag über die Sanierung des Amthofes erteilt. Ob die mündliche Auftragserteilung im Hinblick auf § 71 Abs. 2 Satz 1 der Hessischen Gemeindeordnung ausreiche, oder ob es der Beklagten nach § 242 BGB verwehrt sei, sich auf die fehlende Schriftform zu berufen, könne dahinstehen, weil ein möglicherweise entstandener Anspruch aufgrund des späteren Änderungsvertrages nicht bestehe.

2. Die Frage der Wirksamkeit des ursprünglichen Architektenvertrages kann hier nicht dahinstehen, weil die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe einen Änderungsvertrag geschlossen, durch den Dr. P. auf einen möglicherweise entstandenen Honoraranspruch verzichtet hat, der rechtlichen Nachprüfung aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht standhält (III).

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt es sich bei den Formvorschriften der Gemeindeordnung, die die Vertreter der Gemeinden beim Abschluß von Verträgen beachten müssen, um materielle Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht,

die dem Schutz der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und ihrer Mitglieder dienen (Senat Urteil vom 2. 3. 1972 — VII ZR 143/70 = NJW 1972, 940, 941; BGH Urteil vom 16. 11. 1978 — III ZR 81/77 = NJW 1980, 117, 118; allgemein zu den Kompetenzvorschriften der Gemeindeordnung vgl. BGH Urteil vom 8. 7. 1986 — VI ZR 18/85 = NJW 1986, 2939, 2940 = WM 1986, 1106 = WuB IV A § 89 BGB 1.87 *van Look*; Senat Urteil vom 11. 6. 1992 — VII ZR 110/91 = ZfBR 1992, 269, 270 = BauR 1992, 761, 762; HdB. priv. BauR (*Kleine-Möller*) § 6 Rdnr. 68 bis 70). Im Hinblick auf diese Schutzfunktion kann sich der Vertragspartner einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft nur unter besonderen Umständen nach § 242 BGB darauf berufen, der Einwand der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, ihre Verpflichtungserklärung sei wegen eines Verstoßes gegen die Formvorschriften der Gemeindeordnung unwirksam, verstoße gegen den Grundsatz der unzulässigen Rechtsübung (BGH Urteil vom 16. 11. 1978 — III ZR 81/77 a. a. O.; HdB. priv. BauR (*Kleine-Möller*) § 6 Rdnr. 70 f).

Einen derartigen Ausnahmefall hat der Bundesgerichtshof unter anderem dann angenommen, wenn der mit der Formvorschrift bezweckte Schutz deshalb bedeutungslos geworden ist, weil das nach der Gemeindeordnung für die Willensbildung zuständige Organ der öffentlich-rechtlichen Körperschaft den Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes gebilligt hat (BGH Urteil vom 8. 6. 1973 — V ZR 72/72 = NJW 1973, 1494, 1495 [= DNotZ 1973, 759]).

b) Der ursprüngliche Vertrag zwischen der Beklagten und der Architektengemeinschaft ist als wirksam anzusehen, obwohl er der Schriftform des § 71 Abs. 2 der Hessischen Gemeindeordnung nicht genügt. Die besonderen Voraussetzungen, die es rechtfertigen, der Beklagten die Berufung auf die fehlende Schriftform zu verwehren, liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor. Die zuständige Gemeindevertretung hat vor der Erteilung des Auftrags an die Architektengemeinschaft den Vertragsabschluß beschlossen. Sie hat diesen Beschluß später mittelbar dadurch bestätigt, daß sie der von der Beklagten geplanten Änderung des ursprünglich abgeschlossenen Vertrages zugestimmt hat.

Kostenrecht

22. KostO § 60 Abs. 1, §§ 67, 30 Abs. 1 (*Grundbuchgebühren bei Anwachsung von Gesellschaftsanteilen*)

1. Die Eintragung des Ausscheidens eines Gesellschafters einer Grundeigentum besitzenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der Anwachsung seines Anteils auf andere Gesellschafter in Spalte 4 der Abteilung I des Grundbuchs rechtfertigt auch dann keine Eigentumsumschreibungsgebühr nach § 60 Abs. 1 KostO, wenn das Grundbuchamt die Namen der erwerbenden Gesellschafter zur Klarstellung in Spalte 2 noch einmal einträgt. Es fällt vielmehr eine Viertelgebühr für eine sonstige Eintragung nach § 67 KostO an.
2. Der nach § 30 Abs. 1 KostO zu ermittelnde Geschäftswert bemißt sich nach einem Bruchteil des Werts des ideellen Anteils des Ausscheidenden zur Zeit der Eintragung.

BayObLG, Beschluß vom 9. 9. 1993 — 3 Z BR 108/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 74 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der Erblasser war Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, zu deren Gesellschaftsvermögen ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück gehörte. Der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen betrug $\frac{12}{48}$. Der Erblasser wurde von seinen Kindern, den Beteiligten zu 1) bis 4), beerbt, die ihrerseits Mitglieder der Gesellschaft mit einem Anteil von je $\frac{3}{48}$ waren.

Aus § 11 des Gesellschaftsvertrags vom 7. 1. 1984 ergibt sich nach den Feststellungen des Landgerichts, daß der Gesellschaftsanteil des Erblassers auf Grund einer Nachfolgeklausel bei seinem Ableben auf seine Abkömmlinge übergeht.

2. Mit Schriftsatz vom 14. 9. 1989 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten u. a. die Berichtigung des Grundbuchs nach Maßgabe der in einer Urkunde vom 6. 9. 1989 aufgeführten Rechtsänderungen (Anwachsung des Gesellschaftsanteils des Erblassers zu gleichen Teilen an die Anteile der Erben; Ausscheiden des Erblassers aus der Gesellschaft). Der Rechtspfleger des Grundbuchamts führte in seinem — eine vorhergegangene, zum Teil unzutreffende Eintragung berichtigenden — Eintrag vom 23. 7. 1992 in der Ersten Abteilung Spalte 2 „Eigentümer“ die Namen der Beteiligten — als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts — erneut auf und bezeichnete die Beteiligten in Spalte 4 „Grundlage der Eintragung“ als Mitgesellschafter anstelle des Erblassers auf Grund Erbfolge und Nachfolgereinbarung.

Für diesen Eintrag und den ebenfalls vorgenommenen grundbuchamtlichen Vollzug der Übertragung des Gesellschaftsanteils der Ehefrau des Erblassers auf die Beteiligten zu 3) und 4), stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts dem Beteiligten zu 4) mit Kostenrechnung vom 28. 7. 1992 ausgehend von einem Geschäftswert von 3 279 051 DM, eine Eigentumsumschreibungsgebühr (§§ 60, 61 KostO) und eine Gebühr für die Fortführung des Liegenschaftskatasters in Höhe von insgesamt 3 263,50 DM in Rechnung, auf die die bereits bezahlten Gebühren für die Anteilsübertragung in Höhe von 1 183 DM angerechnet wurden, so daß eine Restschuld von 2 086,50 DM verblieb.

Gegen den Kostenansatz legten die Beteiligten Erinnerungen ein, mit denen sie sich dagegen wendeten, daß die Erbfolgeberichtigung des Grundbuchs nicht nach § 60 Abs. 4 KostO gebührenfrei vorgenommen worden sei.

Die Erinnerungen wurden mit Beschluß des Amtsgerichts (Rechtspfleger) vom 12. 11. 1992 als unbegründet zurückgewiesen, da § 60 Abs. 4 KostO auf die vorliegende gesellschaftsrechtliche Sonderrechtsnachfolge unanwendbar sei.

Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts legten die Beteiligten erneut Erinnerungen ein. Neben der Berufung auf die Gebührenfreiheit des § 60 Abs. 4 KostO wiesen sie darauf hin, daß die Beteiligten als Eigentümer gar nicht hätten eingetragen werden müssen, da sie bereits als Mitgesellschafter der BGB-Gesellschaft im Grundbuch eingetragen gewesen seien.

Rechtspfleger und Grundbuchrichter halfen den Erinnerungen nicht ab. Das Landgericht wies mit Beschluß vom 5. 4. 1993 die Beschwerden der Beteiligten zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Vorliegend seien die Erben zwar schon als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen gewesen; in Anbetracht der durch die Anwachsung veränderten Anteilshöhe sei das Grundbuch aber falsch gewesen. Die Voraussetzungen des § 60 Abs. 4 KostO lägen bei einer Anwachsung nicht vor.

Gegen die landgerichtliche Entscheidung wenden sich die Beteiligten mit den weiteren Beschwerden.

Aus den Gründen:

Die zulässigen weiteren Beschwerden (§ 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) sind sachlich überwiegend begründet. Die landgerichtliche Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die vorliegende Eintragung hinsichtlich der Anwachsung des Gesellschaftsanteils des verstorbenen Gesellschafters auf die ihn beerbenden Gesellschafter stellt keine Eintragung von Miteigentümern i. S. des § 60 Abs. 1 KostO dar; so daß hierfür entgegen der Auffassung der Vorinstanzen eine volle Gebühr aus dem nach § 61 Abs. 1 Satz 3 KostO zu berechnenden Wert (und auch eine Katasterfortführungsgebühr) nicht angesetzt werden kann (a. A. möglicherweise *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 12. Aufl. § 61 Rdnr. 7). Erwirbt ein Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, die Grundeigentum besitzt, den Anteil eines von mehreren Gesellschaftern, so kann im Grundbuch lediglich das Ausscheiden des — hier verstorbenen — Gesellschafters, nicht aber der erwerbende Gesellschafter nochmals eingetragen werden (OLG Frankfurt MittBayNot 1983, 167 = Rpfleger 1982, 469 m. Anm. *Meyer-Stolte; Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 19 Anm. 19g). Dies hat seinen Grund im Wesen des Gesamthandsverhältnisses. Der Erwerb eines weiteren Anteils an der Gesellschaft als Ganzem begründet für die Mitgesellschafter keinen neuen Eigentumserwerb an den einzelnen Gegenständen, sondern eine Erweiterung ihres Anteilsrechts an der Gesellschaft und einen entsprechenden Anspruch gegen die Mitgesellschafter. Diese Erweiterung des Anteils einzelner Gesellschafter ist aber im Grundbuch ebensowenig einzutragen wie die Größe des Anteils der einzelnen Gesamthänder (a. M. *Eickmann* Rpfleger 1985, 85/90). In der Person des erwerbenden Gesellschafters entsteht kein neues Eigentum am Grundstück, das nach wie vor im Eigentum der Gesamthand steht, mag sich auch die Zahl der Gesamthänder vermindert haben (vgl. OLG Frankfurt a. a. O. S. 168).

Allerdings wird die Anwachsung außer durch die Rötung des Namens des ausgeschiedenen Gesellschafters in einem Eintrag in Spalte 4 der Abteilung I des Grundbuchs zum Ausdruck zu bringen sein (BayObLGZ 1991, 301/303 [= MittBayNot 1992, 47 = DNotZ 1992, 157]). In diesem Sinn ist der Eintrag des Grundbuchrechtspflegers in Spalte 4, in dem er die Beteiligten zu 1) bis 4) als Mitgesellschafter anstelle des Erblassers auf Grund Erbfolge und Nachfolgereinbarung bezeichnet, auch zu verstehen; die gleichzeitige *nochmalige* Aufführung der Namen der Beteiligten in Spalte 2 der Abteilung I des Grundbuchs diente lediglich der Klarstellung. Insoweit liegt der Fall anders als in der Entscheidung BayObLGZ 1979, 176.

Da eine Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO nicht anfällt, ist auf die im vorliegenden Verfahren ebenfalls aufgeworfene Frage der Gebührenbefreiung bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers nach § 60 Abs. 4 KostO nicht mehr einzugehen.

Die Beschlüsse des Landgerichts und des Amtsgerichts (Rechtspfleger) sowie der Kostenansatz des Kostenbeamten des Amtsgerichts sind somit abzuändern.

2. Der Senat entscheidet in der Sache selbst, weil die teilweise Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses nur auf einer Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt beruht (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entsprechend; vgl. BayObLGZ 1993, 179/180), und somit auf Grund des festgestellten Sachverhalts Entscheidungsreife gegeben ist.

Die auf Gebührenfreiheit abzielenden Erstbeschwerden sind nicht in vollem Umfang begründet.

Da eine Eigentumsumschreibungsgebühr nach § 60 Abs. 1 KostO, aber auch eine Lösungsgebühr nach § 68 KostO (im Hinblick auf § 46 GBO; vgl. *Meyer-Stolte* a. a. O.; *Horber/Demharter* § 46 Anm. 9 und 9b) nicht anfallen, ist nach § 67 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 KostO für den Anwachungsvermerk ein Viertel der vollen Gebühr aus dem sich nach § 30 KostO bestimmenden Wert zu erheben. Unter die „sonstigen Eintragungen“ des § 67 KostO fallen Eintragungen, die lediglich zum Zweck der Berichtigung oder Klarstellung erfolgen (*Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 67 Rdnr. 27, vgl. auch Rdnr. 10), mithin auch die Eintragung des Erwerbsgrundes (*Hartmann* Kostengesetze 25. Aufl. § 67 KostO Rdnr. 9) und — wie vorliegend — der Anwachung eines Gesellschaftsanteils (vgl. auch BayObLG JurBüro 1983, 427).

Da im Grundbuch lediglich das Ausscheiden des Erblassers als Gesellschafter eingetragen wurde, nicht aber eine Veränderung der Rechtsstellung der Erben, kommt auch eine entsprechende Anwendung der Gebührenbefreiungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO auf die Gebühr aus § 67 KostO nicht in Betracht.

Im Rahmen der Wertbestimmung nach § 30 Abs. 1 KostO dient der Wert des Grundstücks als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Schätzung, wobei allerdings angesichts der Bedeutung der Eintragung nur ein Bruchteil des Grundstückswertes als Geschäftswert in Betracht kommt (vgl. *Rohs/Wedewer* § 67 Rdnr. 27). Der Senat nimmt den Geschäftswert mit 10 v. H. des Wertes des ideellen Erblasseranteils an dem Grundstück zur Zeit der Eintragung von unstreitig 2 154 051 DM, also mit 215 405 DM an. Die hieraus zu errechnende Viertelgebühr beträgt 110 DM.

23. KostO § 2 Nr. 1, § 145 Abs. 1 Satz 1 (*Keine Kostenschuld bei Entwurf eines „aliud“*)

Fertigt der Notar an Stelle des erfordernten Entwurfes eines Kaufangebots einen Vertragsentwurf, so entfällt eine Kostenschuld des Veranlassers.

BayObLG, Beschluß vom 9. 9. 1993 — 3 Z BR 131/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte zu 1) beabsichtigte, ein im Eigentum der Beteiligten zu 2) stehendes Grundstück zu erwerben. Mit Schreiben vom 29. 3. 1989 übersandte sie der Beteiligten zu 2) den Entwurf eines notariellen Kaufangebotes „als Mustervorlage für das notarielle Kaufangebot, welches Sie uns für das o. a. Objekt bei Ihrem Notar ausarbeiten lassen wollen.“ Die Beteiligte zu 2) setzte sich mit dem Notar in Verbindung und übergab ihm den übersandten Entwurf. Der Notar erstellte daraufhin eine „Urkunde über ein Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages“, in deren Nr. 7 es heißt:

„*Verpflichtung zur Annahme*“

Sollte der Angebotsempfänger keinen Dritten gemäß Ziffer 2. dieser Urkunde als Käufer benennen, ist er ohne Rücksicht auf die Gründe zum Selbsteintritt verpflichtet. Der Angebotsempfänger verpflichtet sich demgemäß hiermit, daß er das vorläufige Angebot unverzüglich dann annimmt, wenn auf dem Notaranderkonto ein Betrag von DM 500 000 angesammelt ist und zu diesem Zeitpunkt kein Dritter als Käufer benannt ist oder wird. Dieses Notaranderkonto ist daher sofort mit Abgabe des Vertragsangebots zu errichten.“

Mit Kostenberechnung vom 14. 11. 1991 forderte der Notar von der Beteiligten zu 1) Kosten in Höhe von insgesamt 14 345,76 DM. Unter dem 25. 11. 1991 erteilte er sich eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung.

2. Gegen die Kostenberechnung erhob die Beteiligte zu 1) Einwendungen. Sie führt aus, daß sie dem Notar keinen Auftrag erteilt habe; Auftraggeberin sei allein die Beteiligte zu 2) gewesen. Diese sei von ihr auch nicht bevollmächtigt gewesen. I. ü. sei es nur um ein Kaufangebot und nicht um einen Kaufvertragsentwurf, wie vom Notar erstellt und in Rechnung gestellt, gegangen.

Der Notar vertrat demgegenüber die Ansicht, die Beteiligte zu 1) sei, vertreten durch die Beteiligte zu 2), Auftraggeberin gewesen.

Das Landgericht hob mit Beschluß vom 19. 3. 1992 auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1) die Kostenberechnung des Notars vom 14. 11. 1991 und deren vollstreckbare Ausfertigung vom 25. 11. 1991 auf; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Beteiligte zu 1) mangels Auftragserteilung an den Notar nicht Kostenschuldnerin geworden sei. Den Nachweis einer Bevollmächtigung der Beteiligten zu 2) habe der Notar nicht erbracht.

3. Gegen die landgerichtliche Entscheidung vom 19. 3. 1992 legte der beteiligte Notar am 16. 4. 1992 weitere Beschwerde ein, die dem Senat erst am 16. 6. 1993 zugegangen ist.

Aus den Gründen:

1. . . .

2. Das zulässige Rechtsmittel bleibt sachlich ohne Erfolg.

. . . .

c) Es kann dahinstehen, ob die Beteiligte zu 1) hinsichtlich der Beurkundungstätigkeit des Notars eine Veranlasserhaftung trifft (vgl. BayObLG DNotZ 1989, 707 [= MittBayNot 1988, 140]; ihre Kostenschuldnerschaft entfällt jedenfalls deshalb, weil der Notar nicht den von der Beteiligten zu 1) im Schreiben vom 29. 3. 1989 erfordernten Entwurf eines Kaufangebots gefertigt hat, sondern ein „aliud“ in Form eines Vertragsentwurfs; damit ist er von dem von ihm behaupteten Auftrag abgewichen, wozu er nicht berechtigt war (BayObLGZ 1993, 198/202 [= MittBayNot 1993, 242]).

Die Gebühr des § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO entsteht nur, wenn der vom Notar gefertigte Entwurf vollständig und vorlesungsfähig ist (BayObLGZ 1989, 331/337 [= MittBayNot 1990, 58]). Dies trifft auf den gefertigten Entwurf als Kaufangebot nicht zu. Der Entwurf enthält — worauf die Notarkasse zu Recht hinweist — in Nr. 7 eine Verpflichtung des Angebotsempfängers zur Annahme des Angebots unter bestimmten Voraussetzungen, somit einen Vertrag, der von beiden Vertragsteilen zu unterschreiben ist. Dies widerspricht dem Wesen des Angebots, das einseitig sein soll und deshalb auch nicht die doppelte Vertragsgebühr des § 36 Abs. 2 KostO auslöst, wie sie hier in Rechnung gestellt wurde.

3. Da es somit jedenfalls hinsichtlich des vom Notar erstellten Vertragsentwurfes an einer Veranlassung durch die Beteiligte zu 1) fehlt, ist diese auch nicht Kostenschuldnerin. Die weitere Beschwerde des Notars erweist sich als unbegründet und ist zurückzuweisen.

24. KostO § 131 Abs. 1, §§ 68, 66, 30 (*Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens*)

Zum Geschäftswert eines die Löschung einer Auflassungsvormerkung betreffenden Beschwerdeverfahrens.

BayObLG, Beschluß vom 23. 9. 1993 — 3 Z BR 151/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Mit Kaufvertrag vom 15. 5. 1979 verkaufte der Beteiligte zu 1) sein im Grundbuch des Amtsgerichts Nürnberg vorgetragenes Grundstück an die Beteiligte zu 2). Am 25. 7. 1979 wurde in das Grundbuch eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2) eingetragen.

Die Anträge des Beteiligten zu 1) vom 21. 5. und 14. 8. 1991 auf Löschung der Auflassungsvormerkung wurden mit Beschluß des Amtsgerichts vom 16. 12. 1991 zurückgewiesen.

Die hiergegen erhobene Beschwerde des Beteiligten zu 1) wurde vom Landgericht mit Beschluß vom 2. 4. 1993 zum Teil als unzulässig verworfen, zum Teil als unbegründet zurückgewiesen. Den Beschwerdewert setzte das Landgericht auf 120 000 DM fest (Nr. II der Entscheidung). Das Landgericht stützte seine Entscheidung im wesentlichen darauf, daß das Gründungsmitglied der Beteiligten zu 2) S. der tatsächlich nicht zur Entstehung gelangten Firma T. die Löschung der Auflassungsvormerkung bislang nicht bewilligt habe.

Mit seiner — später zurückgenommenen — Beschwerde wandte sich der Beteiligte zu 1) gegen die Geschäftswertfestsetzung in Nr. II der landgerichtlichen Entscheidung. Er beantragte, den Geschäftswert auf 9 600 DM, einen Teil des Kaufpreises aus dem Kaufvertrag vom 15. 5. 1979, festzusetzen.

Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Der Vertreter der Staatskasse legte gegen die Geschäftswertfestsetzung des Landgerichts ebenfalls Beschwerde ein mit dem Antrag, den Beschwerdewert auf 1 450 000 DM festzusetzen. Der Beteiligte zu 1) habe das Grundstück mit Kaufvertrag vom 1. 7. 1992 zu diesem Kaufpreis weiter veräußert.

Aus den Gründen:

1. Das noch verbliebene Rechtsmittel der Staatskasse ist als Erstbeschwerde gem. § 31 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 Satz 1 KostO anzusehen, da das Landgericht bei der Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren im ersten Rechtszug entschieden hat.

Der Beschwerdewert (§ 567 Abs. 2 ZPO) ist erreicht.

2. Die sonach zulässige Beschwerde ist sachlich nicht begründet. Das Landgericht hat den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren im Ergebnis zutreffend festgesetzt.

a) Nach § 131 Abs. 2 KostO bestimmt sich der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in allen Fällen nach § 30 KostO. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten — wie hier — ist daher der Wert des Beschwerdegegenstandes regelmäßig in erster Linie gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen.

Dabei kommt es vor allem auf das mit der Beschwerde verfolgte wirtschaftliche Interesse, die Bedeutung der Beschwerde für die Beteiligten sowie auf die sonstigen Umstände des Einzelfalles an. Die für den ersten Rechtszug maßgeblichen Vorschriften der Kostenordnung können als Anhaltspunkt für die vorzunehmende Schätzung herangezogen werden, sind jedoch nicht unmittelbar anzuwen-

den (ständige Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts; vgl. BayObLGZ 1986, 489/491; BayObLG JurBüro 1978, 1372/1373; 1982, 116 und 1387/1388; 1983, 1553 [= MittBayNot 1983, 245]; 1984, 266 und 1883; 1985, 1381/1382).

b) Nach den als Anhaltspunkt für die Schätzung heranzuziehenden Vorschriften der KostO für den ersten Rechtszug bestimmt sich der Geschäftswert einer Löschung nach dem Wert der gelöschten Eintragung; maßgebend ist allerdings nicht der gegenwärtige Wert des gelöschten Rechts, sondern der Wert, den das Recht nach dem Inhalt der Eintragung hätte, wenn diese im Zeitpunkt der Löschung vorgenommen würde (allg. Meinung, vgl. BayObLGZ 1955, 102/108; BayObLG Rpfleger 1986, 31 [= MittBayNot 1985, 271 = DNotZ 1986, 433]; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 23 Rdnr. 5 und § 68 Rdnr. 6 und 6 d; *Göttlich/Mümmeler* KostO 11. Aufl. Stichwort „Löschungen“ S. 770). Es kommt somit auf den Wert an, den die Auflassungsvormerkung nach den allgemeinen Wertvorschriften hatte, wenn sie im Zeitpunkt der Löschung eingetragen worden wäre. In aller Regel kommt dabei als Geschäftswert für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung der volle Wert des Grundstücks in Betracht; liegt der Auflassungsvormerkung — wie hier — ein Kauf zugrunde, so ist gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO grundsätzlich der Kaufpreis maßgebend (BayObLGZ 1961, 112/116; BayObLG Rpfleger 1986, 31 [= MittBayNot 1985, 271 = DNotZ 1986, 433]; *Rohs/Wedewer* Rdnr. 3 a, *Korintenberg / Lappe / Bengel / Reimann* KostO 12. Aufl. Rdnr. 5, je zu § 66; *Göttlich/Mümmeler* Stichwort „Auflassungsvormerkung“ S. 86); ist der Kaufpreis niedriger als der Wert des Gegenstands, so ist dieser maßgebend (§ 20 Abs. 1 Satz 2 KostO).

Damit ergibt sich, daß entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts vorliegend nicht vom Gegenwert im Kaufvertrag vom 15. 5. 1979, sondern gem. § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO vom derzeitigen Verkehrswert des Grundbesitzes auszugehen ist, der nach dem weiteren Kaufvertrag vom 1. 7. 1992 mit 1 450 000 DM anzusetzen ist.

Allerdings kann dieser Beziehungswert dem zu schätzenden Beschwerdewert nicht in voller Höhe zugrunde gelegt werden. Dies würde dem mit der Beschwerde verfolgten wirtschaftlichen Interesse des Beteiligten zu 1) nicht gerecht.

Es trifft zwar zu, daß die angestrebte Löschung der Auflassungsvormerkung Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises aus dem Vertrag vom 1. 7. 1992 ist. Die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts bedeutet aber kein endgültiges Hindernis für die Durchführung dieses Kaufvertrages. Die vom Landgericht beanstandete, derzeit noch fehlende Löschungsbewilligung eines Gründungsmitglieds der Beteiligten zu 2) kann durchaus noch beigebracht, gegebenenfalls auch erstritten werden. Die Vorbereitungen hierfür sind getroffen. Das Beschwerdeinteresse des Beteiligten zu 1) ging deshalb letztlich auf eine beschleunigte Durchführung der begehrten Löschung und ist nur mit einem Bruchteil des an sich anzusetzenden Geschäftswerts der Löschung zu bewerten. Der vom Landgericht festgesetzte Wert von 120 000 DM ist angemessen.

3. Die Beschwerde der Staatskasse erweist sich somit als unbegründet und ist zurückzuweisen.

25. KostO § 144 Abs. 1 (*Keine Gebührenermäßigung für Deutsche Bundesbahn*)

Die Deutsche Bundesbahn ist ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes im Sinne des § 144 Abs. 1 S. 1 KostO.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Hanseatisches OLG Bremen, Beschluß vom 23.2.1993
— 1 W 55/92 —

26. KostO § 144 Abs. 1 (*Keine Gebührenermäßigung für Deutsche Bundespost TELEKOM*)

Das Sondervermögen Deutsche Bundespost TELEKOM ist ein wirtschaftliches Unternehmen, so daß die Bundesrepublik Deutschland für eine dieses Unternehmen betreffende Angelegenheit keine Gebührenermäßigung nach § 144 KostO beanspruchen kann.

OLG Celle, Beschluß vom 9.9.1993 — 8 W 40/93 —

27. KostO § 144 Abs. 1; PostVerfG §§ 4, 37, GG Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 73 Ziff. 7, Art. 87 Abs. 1 S. 1 (*Deutsche Bundespost POSTDIENST wirtschaftliches Unternehmen*)

Trotz der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge sind Bundespost und Bundesbahn wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 8.6.1993
— 10 W 37-42/93 —

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthaft, weil das Landgericht sie zugelassen hat. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 2 Satz 1 Abs. 4 KostO). Das Rechtsmittel der Kostenschuldnerin ist jedoch unbegründet.

Das Landgericht hat durch die angefochtene Entscheidung zu Recht die Einwendungen der Kostenschuldnerin gegen die Kostenrechnungen Nr. ... des Beschwerdegegners zurückgewiesen. Entgegen der von der Kostenschuldnerin vertretenen Auffassung steht ihr keine Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO zu, denn die durch den Notar abgerechnete Angelegenheit betraf ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 2 PostVerfG, nämlich den von der Beschwerdeführerin betriebenen Postdienst. Gegenstand der bezeichneten Kostenrechnungen war die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen, welche die Beschwerdeführerin mit dem Ziel abgeschlossen hatte, auf den betreffenden Liegenschaften ein Frachtzentrum zu errichten. Dazu im einzelnen:

1) Zwar ist die Beschwerdeführerin begrifflich dem Begriff „Bund“ gem. § 144 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 KostO zuzuordnen. Denn auch nach der Neustrukturierung durch das Poststrukturgesetz vom 8.6.1989 stellt sie ein Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung dar, welches sich wiederum in die Teilsondervermögen der drei Unternehmen Deutsche Bundespost POSTDIENST, Deutsche Bundespost POSTBANK und Deutsche Bundespost TELEKOM gliedert (§ 2 Abs. 1 PostVerfG, vgl. *Göttlich/Mümmler*, Kommentar zur KostO, 11. Aufl.,

Stichwort „Deutsche Bundespost“). Allerdings hat auch der Bund keinen Anspruch auf bevorzugte Behandlung im Rahmen der notariellen Kostenabrechnung, wenn er ein *wirtschaftliches* Unternehmen betreibt.

Der Senat hat in Bezug auf ein weiteres nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes mit eigener Wirtschafts- und Rechnungsführung, nämlich die Deutsche Bundesbahn, bereits entschieden, daß diese jedenfalls im Sinne des Kostenrechts ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes ist und deshalb keinen Anspruch auf Kostenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 KostO hat (MittRhNotK 1992, 94 [= MittBayNot 1992, 291 = DNotZ 1992, 595]). Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, daß wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts solche Einrichtungen und Anlagen sind, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können und auf kommunaler Ebene, z. B. in Form von Eigengesellschaften, betrieben werden (Senat a. a. O., mit Hinweis auf BGHZ 95, 155, 157). Der von der Bundesbahn anzustrebende wirtschaftliche Erfolg der Steigerung der Erträge über das Maß der Aufwendungen hinaus bei einer nach Kostengesichtspunkten orientierten Betriebsführung reicht für die Annahme eines wirtschaftlichen Unternehmens (Senat a. a. O.).

2) Diese Grundsätze sind im wesentlichen auch auf den von der Beschwerdeführerin betriebenen Postdienst anzuwenden. Aus § 37 Abs. 1 PostVerfG folgt, daß die öffentlichen Unternehmen der Kostenschuldnerin, also auch der Postdienst, so zu leiten sind, daß die Erträge die Aufwendungen decken. Darüber hinaus soll im Hinblick auf das erforderliche Eigenkapital ein angemessener Gewinn erwirtschaftet werden. In dieser Hinsicht ist festzustellen, daß der Beschwerdeführerin gerade für den hier in Rede stehenden Dienstleistungsbereich der Paket- und Frachtbeförderung in den vergangenen Jahren eine erhebliche Konkurrenz durch Privatunternehmen erwachsen ist, dem standzuhalten sie sich durch Gewinnsteigerungen bemühen muß. Zwar weist die Kostenschuldnerin zutreffend darauf hin, daß sie in erheblichem Ausmaß gemeinnützige, öffentlich-rechtliche Aufgaben zu erledigen hat. Von ihr sind u. a. Infrastrukturdienste (Monopolaufgaben und Pflichtleistungen) sowie die notwendige Infrastruktur im Sinne der öffentlichen Aufgabenstellung, insbesondere der Daseinsvorsorge, nach den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik Deutschland zu sichern und der Entwicklung anzupassen (§ 4 Abs. 1 Satz 3 PostVerfG). Die gleichzeitige Erfüllung einer gemeinnützigen öffentlich-rechtlichen Aufgabe steht jedoch der Annahme eines wirtschaftlichen Unternehmens durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht entgegen, wenn nur ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird, der den Aufwand — wenn auch möglicherweise nur in bescheidenem Umfang — übersteigt (BGH a. a. O., 157, 158). Zur Erreichung dieses betriebswirtschaftlichen Ziels ist die Beschwerdeführerin überdies auch nach § 37 Abs. 1 PostVerfG gesetzlich verpflichtet. Gem. § 4 Abs. 1 Satz 5 und 6 PostVerfG beteiligen sich alle drei Unternehmen der Kostenschuldnerin am Wettbewerb, und die Unternehmen sind unter Berücksichtigung der gesetzlich aufgeführten Leitlinien nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. Hinzu kommt, daß die Kostenschuldnerin nach der ausdrücklichen Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 4 PostVerfG auch bei der Wahrnehmung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben an die betriebsökonomische Notwendigkeit der

Beachtung der Grenzen der wirtschaftlichen Möglichkeiten gebunden ist. Ein generelles Primat der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher oder hoheitlicher Aufgaben besteht somit nicht.

3) Der Senat vermag sich auch nicht der durch das BayObLG vertretenen Auffassung anzuschließen, wonach zu den wirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht solche Unternehmen zählen sollen, zu deren Einrichtung und Unterhaltung die öffentliche Hand gesetzlich verpflichtet ist oder bei denen die gemeinnützige Zielsetzung im Vordergrund steht (Beschluss vom 5. 11. 1992 — 3 Z BR 136/92). Zwar hat der Bund nach Art. 73 Ziff. 7 GG die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit über das Post- und Fernmeldewesen, und gem. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG wird die Bundespost in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt. Die Betätigung hoheitlicher Gewalt schließt indessen nicht aus, daß sich der Hoheitsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben auf den Boden des bürgerlich-rechtlichen Verkehrs begibt (BGHZ a. a. O., 161 mit Hinweis auf BGH 2, 37, 41; 6, 304, 309 f.). Gem. § 7 PostG sind die durch die Inanspruchnahme der Einrichtungen des Postwesens entstehenden Rechtsbeziehungen grundsätzlich privater Natur. Zur Errichtung des bezeichneten Frachtzentrums ist die Kostenschuldnerin darüber hinaus auf den Abschluß einer Vielzahl privatrechtlicher Verträge, u. a. der hier in Rede stehenden Grundstücksübertragungsgeschäfte, angewiesen.

Die Regelungen in Art. 73 Nr. 7 und 87 Abs. 1 GG sind auch der sachliche Grund dafür, daß sich die Beschwerdeführerin auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens umfangreich privatrechtlich betätigt. Jedoch nimmt auch die grundgesetzliche Normierung dem öffentlichen Unternehmen Postdienst nicht die Eigenschaft eines *wirtschaftlichen* Unternehmens. Dem steht gleichfalls nicht entgegen, daß die Beschwerdeführerin mit dem Postdienst Funktionen der Daseinsvorsorge wahrnimmt. Anderenfalls müßten etwa alle Verkehrs-, Versorgungs- und Entsorgungsbetriebe ungeachtet ihrer jeweiligen Rechtsform und Trägerschaft unter die gebührenrechtliche Privilegierung des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO fallen, was jedoch nicht Sinn dieser gesetzlichen Vorschrift ist. Trotz der Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge sind von dieser Privilegierung Bundespost und Bundesbahn als wirtschaftliche Unternehmen ausgeschlossen (*Korintenberg/Dreimann*, Kommentar zur KostO, 12. Aufl., § 144 Rdnrn. 9 und 16; *Schmidt*, MittRhNotK 1989, 209, 210; a. A. BayObLG a. a. O.; *Göttlich/Mümmeler*, Kommentar zur KostO, 11. Aufl., Stichwort „Deutsche Bundespost“; *Hartmann*, Kostengesetze, 24. Aufl., § 144 KostO Anm. 4 A).

Zwar genießen Bundesbahn und Bundespost gem. § 11 Abs. 1 KostO Befreiung von den Gerichtsgebühren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Anwendung dieser Regelung auf die Kosten der Notare scheidet aber schon daran, daß gem. § 143 Abs. 1 KostO die Vorschrift des § 11 KostO unanwendbar ist, wenn — wie hier — die Gebühren für die Tätigkeit des Notars diesem selbst zufließen.

4) Eine Verpflichtung, berufliche Leistungen für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter den als angemessen geltenden Regelgebühren liegt, ist überdies verfassungsrechtlich als Einschränkung der freien Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) zu beurteilen. Da die Gebühren, die dem Notar zufließen, das Entgelt für seine Tätigkeit

darstellen, kann ihm nicht zugemutet werden, auf den größten Teil seiner Gebühren in all den Fällen zu verzichten, in denen es für den Staat gerechtfertigt sein mag, von der Erhebung von Gebühren abzusehen. Vielmehr muß in jedem Falle, in dem Gebührenfreiheit gewährt werden soll, geprüft werden, ob damit nicht von dem Notar ein unzumutbares Opfer verlangt wird (BVerfGE 47, 285, 321, 322 [= DNotZ 1978, 412]). Das Ergebnis einer solchen Prüfung spricht für die hier vertretene Auffassung, dem Unternehmen eines Hoheitsträgers jedenfalls dann keine Gebührenermäßigung gem. § 144 KostO zu gewähren, wenn es neben der Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Ziele zumindest gleichwertig auch wirtschaftliche Zwecke in Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Der Gesetzgeber hat mit der Ausgrenzung der wirtschaftlichen Unternehmen aus der Gebührenermäßigung des § 144 Abs. 1 KostO eine klare Regelung geschaffen und damit gleichzeitig sichergestellt, daß die Gebührenvergünstigung nur in einem engen, den Notar möglichst wenig belastenden Rahmen in Anspruch genommen werden kann. Eine weitergehende sachliche Abgrenzung läßt sich nicht zweifelsfrei definieren, da ein bestimmtes Geschäft der öffentlichen Hand nicht immer eindeutig der Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe einerseits oder einer wirtschaftlichen Betätigung andererseits zugeordnet werden kann. Im Interesse möglichst eindeutiger und praktikabler Regelungen im Kostenrecht ist deshalb der Normierung, die mit den wirtschaftlichen Unternehmen einen abgrenzbaren Teil der Geschäfte aus einer generellen Ermäßigungspflicht ausnimmt, der Vorzug zu geben (vgl. auch die amtliche Begründung zu dem Gesetz zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger bundesrechtlicher Vorschriften vom 15. 6. 1989, abgedr. bei *Rohs/Wedewer/Belchius*, § 144 Rdnr. 1).

5) Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Rechtsmittelbegründung darauf hinweist, sie erwirtschaftete im Bereich des Paketdienstes jährlich ein Defizit bis zu 2 Milliarden DM, was maßgeblich auf ihrer gesetzlich bestimmten generellen Beförderungspflicht beruhe, während private Konkurrenten unrentable Geschäftsbereiche und Regionen unberücksichtigt lassen könnten, vermag diese Argumentation ebenfalls der weiteren Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Im Zusammenhang mit den von der Beschwerdeführerin angesprochenen wirtschaftlichen Erwägungen ist nämlich zu berücksichtigen, daß sie sich in die bezeichneten drei Unternehmen gliedert, von welchen sich dasjenige der Telekom durch gute betriebswirtschaftliche Ergebnisse mit erheblichen Gewinnen auszeichnet. Gem. § 37 Abs. 3 Satz 1 PostVerfG ist zwischen den Unternehmen ein Finanzausgleich vorzunehmen, wenn eines der Unternehmen, insbesondere als Folge der Beachtung der Leitungsgrundsätze des § 4 Abs. 1 PostVerfG, nicht in der Lage ist, die Aufwendungen aus eigenen Erträgen zu decken. Es ist gerichtsbebekannt, daß entsprechend dieser gesetzlichen Vorgabe die Gewinne der Telekom in einem beträchtlichem Umfang zum Ausgleich der Defizite des Postdienstes herangezogen werden. Unabhängig davon verliert ein Unternehmen seine Eigenschaft als Gewerbebetrieb nicht allein dadurch, daß es bisher mit erheblichen Verlusten abgeschlossen hat. Kein Kaufmann büßt seinen Status als Inhaber eines Handelsgewerbes aufgrund des Umstandes ein, daß sein Betrieb — gegebenenfalls jahrelang — mit Verlust arbeitet (BGH a. a. O., 158, 159 mit Hinweis auf *Becker* NJW 1977, 1674/1675).

28. KostO § 144 Abs. 1; PostVerfG §§ 4, 37 (*Deutsche Bundespost POSTDIENST wirtschaftliches Unternehmen*)

Die Deutsche Bundespost POSTDIENST ist jedenfalls im Sinne des Kostenrechts ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes und deshalb nicht gem. § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO gebührenbegünstigt (im Anschluß an OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1993, 167 [= in diesem Heft S. 252 = DNotZ 1994, 131]).

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluß vom 24. 11. 1993 — 3 W 186/93 —, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken

Aus den Gründen:

Bei der Deutschen Bundespost POSTDIENST handelt es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes, das deshalb von der Gebührenbegünstigung des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO ausgeschlossen ist. Der Senat folgt insoweit den grundlegenden Ausführungen des OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1993, 167 [= in diesem Heft S. 252 = DNotZ 1994, 131]); so auch: *Korintenberg/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 144 Rdnr. 9; *Schmidt*, MittRhNotK 1989, 209, 210; *Mayer* in Anm. zu OLG Düsseldorf MittBayNot 1992, 291, 292 re. Sp.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 595 = MittBayNot 1992, 291 betreffend die Deutsche Bundesbahn; a. A.: *BayObLGZ* 1992, 324 = MDR 1993, 585 = JurBüro 1993, 304 betreffend die Deutsche Bundespost TELEKOM; *Mümmler*, JurBüro 1990 Sp. 696; *Göttlich/Mümmler*, KostO, 11. Aufl., Stichw. „Deutsche Bundespost“ S. 266/267 und Stichw. „Ermäßigung von Notargebühren“ S. 409). Im einzelnen gilt folgendes:

1. Die Deutsche Bundespost POSTDIENST ist den in § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO genannten Kostenschuldnern zuzuordnen. Die Deutsche Bundespost gliedert sich in drei Teilbereiche, die als öffentliche Unternehmen mit den Bezeichnungen „Deutsche Bundespost POSTDIENST, Deutsche Bundespost POSTBANK, Deutsche Bundespost TELEKOM“ geführt werden (§ 1 Abs. 2 PostVerfG). Bei dem diesen Unternehmen gewidmeten und bei deren Verwaltung erworbenen Vermögen handelt es sich um Sondervermögen des Bundes, wobei sich dieses in die Teilsondervermögen der drei Unternehmen gliedert (§ 2 Abs. 1 PostVerfG). Für die Verbindlichkeiten der Deutschen Bundespost haftet der Bund mit diesem Sondervermögen (§ 2 Abs. 2 PostVerfG). Der Beteiligte zu 1) erhebt in vorliegendem Fall mithin als beurkundender Notar Gebühren von dem Bund i. S. des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO (dies ist in Rechtsprechung und Literatur — soweit ersichtlich — außer Streit; vgl. nur: OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 167 [= in diesem Heft S. 252 = DNotZ 1994, 131]; *BayObLG* a. a. O.; *Göttlich/Mümmler*, a. a. O., Stichw. „Deutsche Bundespost“ S. 266; *Mümmler* a. a. O.).

2. Die weitere Voraussetzung der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO, daß die Angelegenheit nicht ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes betrifft, ist hingegen nicht gegeben.

a) Um wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt es sich bei solchen Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können und zumindest gelegentlich auch

betrieben werden. Notwendig ist eine Tätigkeit, die nicht allein und herkömmlich mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird (BGHZ 95, 155, 157).

Hiervon ist bei der Deutschen Bundespost POSTDIENST auszugehen. Die Unternehmen der Deutschen Bundespost POSTDIENST, POSTBANK und TELEKOM sind gem. § 37 Abs. 1 und 2 PostVerfG so zu leiten, daß die Erträge die Aufwendungen decken. Die Unternehmen sollen für die einzelnen Dienste in der Regel jeweils die vollen Kosten und einen angemessenen Gewinn erwirtschaften. Nach § 4 Abs. 1 Satz 5 und 6 PostVerfG beteiligen sich die Unternehmen am Wettbewerb und sind nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen. In dem hier in Rede stehenden Dienstleistungsbereich der Paket- und Frachtbeförderung ist der Beteiligten zu 2) in den letzten Jahren eine erhebliche Konkurrenz durch Privatunternehmen erwachsen, der standzuhalten sie sich durch Gewinnsteigerungen bemühen muß. Dieses Bestreben findet in zum Teil drastischen Gebührenerhöhungen sichtbar Ausdruck (vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 167 [= in diesem Heft S. 252 = DNotZ 1994, 131]).

b) Der Hinweis der Beteiligten zu 2) auf die in § 4 Abs. 1 PostVerfG niedergelegten Leitungsgrundsätze rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar haben die Unternehmen der Deutschen Bundespost die Nachfrage von Bürgern, Wirtschaft und Verwaltung nach Leistungen der Post-, Postbank- und Fernmeldedienste zu decken, wobei auch Infrastrukturdienste und die notwendige Infrastruktur i. S. der öffentlichen Aufgabenstellung, insbesondere der Daseinsvorsorge, nach den Grundsätzen der Politik der Bundesrepublik Deutschland zu sichern und der Entwicklung anzupassen sind. Die Grenzen der wirtschaftlichen Möglichkeit der Unternehmen sind allerdings zu beachten (§ 4 Abs. 1 Satz 4 PostVerfG). Insbesondere das in den Grundsätzen der Wirtschaftsführung niedergelegte Ziel der Erwirtschaftung eines angemessenen Gewinns (§ 37 Abs. 1 und 2 PostVerfG) erhellt, daß die Deutsche Bundespost ihre Tätigkeit jedenfalls nicht allein mit der Zielrichtung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ausübt, auch wenn sich bei der Wahrnehmung ihrer Tätigkeit der Grundsatz der Gemeinwirtschaftlichkeit und der der wirtschaftlichen Betriebsführung widerstreiten. Zwar braucht die Deutsche Bundespost keine „Gewinnmaximierung“ anzustreben; dies steht jedoch der Annahme eines wirtschaftlichen Unternehmens nicht entgegen. Es genügt, daß ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird, der den Aufwand — wenn auch nur in bescheidenem Maße — übersteigt (vgl. BGH, a. a. O., betreffend die Qualifizierung der Deutschen Bundesbahn als Gewerbebetrieb). Hierzu ist die Deutsche Bundespost — wie dargelegt — verpflichtet. Ein generelles Primat der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher oder hoheitlicher Aufgaben besteht somit nicht (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O.).

c) Die Deutsche Bundespost beruft sich darauf, daß zwischen dem defizitär arbeitenden Unternehmensteil POSTDIENST und der TELEKOM seit Jahren ein milliarden-schwerer Finanzausgleich nach § 37 Abs. 3 PostVerfG zugunsten des POSTDIENSTES stattfindet. Dies kann dem Unternehmensteil POSTDIENST jedoch die Eigenschaft eines wirtschaftlichen Unternehmens nicht nehmen (zutreffend OLG Düsseldorf a. a. O.). Kein Kaufmann büßt allein deshalb seinen Status als Inhaber eines Handelsgewerbes ein, weil sein Betrieb — gegebenenfalls jahrelang — mit Verlust arbeitet (vgl. BGH a. a. O. S. 158/159).

Für die Annahme eines Wirtschaftsunternehmens gilt dies entsprechend. Gerade angesichts des gesetzlich vorgeschriebenen Finanzausgleichs erschiene es nicht nachvollziehbar, das sich durch gute betriebswirtschaftliche Ergebnisse mit erheblichen Gewinnen auszeichnende Unternehmen TELEKOM, das den gleichen Leitungsgrundsätzen und Grundsätzen der Wirtschaftsführung (§§ 4 und 37 PostVerfG) wie das Unternehmen POSTDIENST unterliegt, anders als dieses als wirtschaftliches Unternehmen zu qualifizieren.

d) Keine Bedeutung kommt in vorliegendem Zusammenhang der Tatsache zu, daß die Deutsche Bundespost zu ihren Leistungen nach dem Postverfassungsgesetz verpflichtet ist (ebenso OLG Düsseldorf a. a. O. gegen BayObLG a. a. O.). Unter Hinweis darauf, daß der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens dem Kommunalrecht entstammt, wird er vereinzelt auch hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen einer Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 1 KostO negativ dahin abgegrenzt, daß als wirtschaftliche Unternehmen nicht solche gelten, zu deren Betrieb die öffentliche Hand gesetzlich verpflichtet ist (BayObLG a. a. O.; *Mümmeler*, JurBüro 1990, Sp. 696 und 1991, Sp. 502/503). Die Verallgemeinerung einer dahingehenden kommunalrechtlichen Definition des wirtschaftlichen Unternehmens ist jedoch nicht gerechtfertigt und erscheint insbesondere hinsichtlich der Voraussetzungen einer Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 KostO unzulässig (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O.; *Schmidt*, MittRhNotK 1989, 209, 210; *Mayer* in Anm. zu OLG Düsseldorf in MittBayNot 1992, 291, 292 re. Sp.). Bei der Deutschen Bundespost handelt es sich — ebenso wie bei der Bundesbahn — gewissermaßen um ein janusköpfiges Wesen, welches sowohl öffentlich-rechtlich-gemeinwirtschaftliche als auch privatrechtlich-eigenwirtschaftliche Züge aufweist. Die Gesamtkonzeption der Betriebsführung richtet sich nach wirtschaftlichen Grundsätzen und ist auf die Erzielung eines angemessenen Gewinns ausgerichtet (vgl. insbesondere §§ 4 und 37 PostVerfG). Die Auffassung des BayObLG (a. a. O.), daß Unternehmen, deren Einrichtung und Unterhaltung der öffentlichen Hand gesetzlich vorgeschrieben ist, die Gebührenbegünstigung deshalb erhalten bleibt, weil solche Unternehmen nicht in erster Linie auf Gewinnerzielung gerichtet sind, überzeugt angesichts dessen betreffend die Deutsche Bundespost nicht.

e) Für die Beurteilung der Frage, ob die Deutsche Bundespost POSTDIENST als wirtschaftliches Unternehmen anzusehen ist, kann schließlich auch die Verkehrsanschauung nicht unberücksichtigt bleiben; diese stellt erfahrungsgemäß auf betriebliche, organisatorische und wirtschaftliche Gesichtspunkte ab, d. h. auf den Aufbau und die Ausgestaltung des Unternehmens, wie es nach außen in Erscheinung tritt (vgl. BGHZ 95, 155, 159 betreffend die Tätigkeit der Deutschen Bundesbahn als Gewerbebetrieb). Dem Verkehr stellt sich die Deutsche Bundespost POSTDIENST als ein auf die Beförderung von Briefen und Fracht gerichteter Großbetrieb dar. Das Prinzip der wirtschaftlichen Betriebsführung tritt — wie oben dargelegt — gegenüber dem Grundsatz der Gemeinwirtschaftlichkeit jedenfalls nicht völlig zurück. Die Deutsche Bundespost steht vielmehr in einem regen Wettbewerb mit privaten Anbietern vergleichbarer Dienstleistungen, wobei das Unternehmen POSTDIENST sich insbesondere mit privaten Paketbeförderungsunternehmen auseinandersetzen hat. Dementsprechend wirbt die Deutsche Bundespost in

erheblichem Umfang mit den Vorzügen ihrer Einrichtungen und Leistungen. Sie erstrebt damit erkennbar eine Verbesserung ihres wirtschaftlichen Ergebnisses. Das alles lenkt nach Auffassung des Senats die Verkehrsanschauung darauf hin, in der Tätigkeit der Deutschen Bundespost ein wirtschaftliches Unternehmen zu sehen.

Dem steht nicht entgegen, daß die Deutsche Bundespost in öffentlich-rechtlicher Rechtsform betrieben wird, staatsrechtlicher Teil der Bundesverwaltung ist und staatliche Tätigkeit ausübt (a. A. BayObLG a. a. O.). Die Betätigung hoheitlicher Gewalt schließt nicht aus, daß sich der Hoheitsträger zur Erfüllung seiner Aufgaben auf den Boden des bürgerlich-rechtlichen Verkehrs begibt. So sind die durch die Inanspruchnahme der Einrichtungen des Postwesens entstehenden Rechtsbeziehungen privatrechtlicher Natur (§ 7 Satz 1 PostG). Auch bei der verfahrensgegenständlichen Beurkundung mehrerer Grundstücksübertragungsgeschäfte für den Bau eines Postfrachtzentrums ist die Deutsche Bundespost POSTDIENST rein privatrechtlich tätig geworden. Jedenfalls in diesem Bereich ihrer Tätigkeit ist sie deshalb als wirtschaftliches Unternehmen anzusehen (vgl. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1993, 167 [= in diesem Heft S. 252 = DNotZ 1994, 131] unter Hinweis auf BGHZ 95, 155).

Bei dieser Beurteilung kann nicht außer Betracht bleiben, daß der Zwang, notarielle Leistungen für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter den Durchschnittskosten liegt, sich nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbaren läßt, wenn er auf Gemeinwohlgründen beruht, die schwerer wiegen als die Belange der betroffenen Notare. Da die Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 KostO mithin eine enge Ausnahme von der Gebührenpflicht gegenüber dem Gebührennotar darstellt, ist der Begriff „wirtschaftliches Unternehmen“ weit auszulegen und im Zweifel mit der Folge des Bestehenbleibens der Gebührenpflicht zu bejahen (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 25. Aufl., § 144 KostO Rdnr. 4). Da die Gebührenbegünstigung nur in einem engen, den Notar möglichst wenig belastenden Rahmen gewährt werden soll, steht sie dem Unternehmen eines Hoheitsträgers jedenfalls dann nicht zu, wenn dieses neben der Verwirklichung öffentlich-rechtlicher Ziele zumindest gleichwertig auch wirtschaftliche Zwecke in Gewinnerzielungsabsicht verfolgt bzw. deren Tätigkeit jedenfalls nicht allein mit der Zielrichtung einer öffentlichen Aufgabe betrieben wird. Hiervon ist vorliegend — wie dargelegt — auszugehen. Der finanzwirtschaftlichen (steuerlichen) Behandlung der Deutschen Bundespost kommt im Rahmen des Notarkostenrechts keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

...

Anmerkung:

1.

Nach Durchführung der Poststrukturreform ist die Deutsche Bundespost in drei Teilbereiche aufgegliedert, die unter den Bezeichnungen „Deutsche Bundespost POSTDIENST“, „Deutsche Bundespost POSTBANK“ und „Deutsche Bundespost TELEKOM“ geführt werden (§ 1 Absatz 2 PostVerfG). Bei allen drei Teilbereichen handelt es sich um öffentliche Unternehmen, die Sonderbetriebsvermögen (Teilsondervermögen) des Bundes sind (§ 2 Abs. 1 PostVerfG). Zur Frage, ob die Deutsche Bundespost unter die Gebührenermäßigungsvorschrift des § 144

KostO fällt, liegen nunmehr vier obergerichtliche Erkenntnisse vor: Nach den vorabgedruckten Beschlüssen des OLG Düsseldorf und des OLG Zweibrücken stellt die Deutsche Bundespost POSTDIENST ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO dar und hat daher keinen Anspruch auf Kostenermäßigung; zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Celle für die Deutsche Bundespost TELEKOM. Das Bayerische Oberste Landesgericht war in seinem Beschluß vom 11. 11. 1992 (MittBayNot 1993, 47) für den Teilbereich TELEKOM der Deutschen Bundespost zum gegenteiligen Ergebnis gelangt.

2.

Die Entscheidung der Frage, ob die Deutsche Bundespost mit ihren drei Teilbereichen in den Genuß der Gebührenermäßigung kommt, welche die Vorschrift des § 144 KostO anordnet, wird in allen vier Beschlüssen ausschließlich unter dem Aspekt des „Wirtschaftlichen Unternehmens“ im Sinne von § 144 Abs. 1 Satz 1 KostO abgehandelt. Ob die Deutsche Bundespost überhaupt unter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO fällt, wird nicht erörtert. Es ist immerhin zweifelhaft, ob die Deutsche Bundesbahn eine „nach dem Haushaltsplan des Bundes ... für Rechnung des Bundes“ verwaltete „Anstalt“ ist. Die gesonderte Nennung von Bundesbahn und Bundespost in § 11 Abs. 1 Satz 2 KostO spricht dagegen. Sie wäre entbehrlich gewesen, wenn Bundespost und Bundesbahn unter die in § 11 Absatz 1 Satz 1 KostO genannten Begünstigungen, die tatbestandsmäßig identische Voraussetzungen wie § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO haben, fielen. Es ist also davon auszugehen, daß § 144 KostO die Deutsche Bundespost überhaupt nicht erfaßt, da die Bundespost ein Sondervermögen des Bundes darstellt und nicht eine nach dem Haushaltsplan des Bundes verwaltete öffentliche Körperschaft oder Anstalt ist (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO § 144 Rdnr. 9, vgl. auch *N. Mayer* MittBayNot 1992, 292, für die Deutsche Bundesbahn).

3.

Subsumiert man die Deutsche Bundespost, wie es die vier obergerichtlichen Erkenntnisse tun, unter § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO, bleibt offen, ob mit der Deutschen Bundespost in ihren drei Teilbereichen ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes betroffen und somit der Gebührenbegünstigung entzogen ist. Die Streitfrage spitzt sich damit als Frage nach der Definition des Begriffes „Wirtschaftliches Unternehmen“ zu. Das OLG Düsseldorf und das OLG Zweibrücken übernehmen die Definition des Bundesgerichtshofes (BGHZ 95, 155, 157): Wirtschaftliche Unternehmen von Körperschaften des öffentlichen Rechts sind solche Einrichtungen und Anlagen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Erzielung dauernder Einnahmen betrieben werden können. Das BayOLG erkennt, hiervon abweichend, ein wirtschaftliches Unternehmen dann nicht an, „wenn die öffentliche Hand zur Einrichtung und Unterhaltung des Unternehmens gesetzlich verpflichtet ist“; dies wird bei Einrichtungen der Daseinsvorsorge angenommen.

Die Deutsche Bundespost hat (ebenso wie die Deutsche Bundesbahn vor dem 1. 1. 1994) tatsächlich ein „gespaltenes Wesen“: Sie erfüllt einmal unstreitig Aufgaben der Daseinsvorsorge, andererseits ist sie nach der nunmehr geltenden gesetzlichen Konzeption privatwirtschaftlichen Grundsätzen verpflichtet. Dies kommt in dem jetzt gesetzlich fixierten Ziel der Erwirtschaftung eines angemessenen

Gewinns zum Ausdruck (§ 37 Abs. 1 und 2 PostVerfG). Diese privatwirtschaftlichen Elemente wurden auch im Detail gesetzlich verankert. Für die Wirtschaftsführung ist ein Wirtschaftsplan für das Geschäftsjahr aufzustellen (§ 38 PostStruktG). Zum Jahresabschluß ist jeweils eine Bilanz mit Gewinn- und Verlustrechnung nach handelsrechtlichen Grundsätzen aufzustellen (§ 44 PostStruktG). Die Einnahmen und Ausgaben der drei Teilbereiche werden nicht über den Haushaltsplan des Bundes abgewickelt. Die Deutsche Bundespost hat darüberhinaus ab 1. 1. 1996 eine Ablieferung an den Bund zu tätigen, wobei Berechnungsmaßstab die steuerliche Belastung eines selbständigen Unternehmens ist (§ 43 PostStruktG). Der Gesetzgeber hat also offenbar selbst den prinzipiell auf Gewinnerzielung gerichteten Charakter der Deutschen Bundespost gefordert. Die Tatsache, daß die Unternehmen der Daseinsvorsorge Defizite in Kauf nehmen, ändert an dieser Beurteilung nichts.

Das OLG Zweibrücken weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß gerade im Unternehmensbereich POSTDIENST der Deutschen Bundespost in den letzten Jahren eine erhebliche Konkurrenz durch Privatunternehmen erwachsen ist. Für die Bereiche TELEKOM und POSTBANK wird sich der Aspekt der Daseinsvorsorge ohnehin kaum noch betonen lassen. Das Bankwesen bedarf keiner Postbank. Die von der Deutschen Bundespost angebotenen Telekommunikationsleistungen können, wie ein Blick in das Ausland zeigt, ohne Qualitätsminderung (und ohne Kostensteigerung) ebenso von privater Hand erbracht werden. Der Aspekt der Daseinsvorsorge kann damit wohl nur noch für den Bereich Postdienst eine Rolle spielen. Für diesen muß man jedoch, insoweit in Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf und dem OLG Zweibrücken, die gesetzlich fixierte Privatisierungstendenz als durchschlagend ansehen.

Es ergibt sich mithin keine Notwendigkeit, von der BGH-Definition des Begriffes der wirtschaftlichen Unternehmen abzugehen.

4.

Die Auffassung des BayOLG erweist sich somit als veraltet. Wo nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten gearbeitet wird und nach den gesetzgeberischen Vorgaben zu arbeiten ist, kann eine Verpflichtung anderer Dienstleistungsträger, hier der Notare, diesem Tätigkeitsbereich Privilegierungen zu gewähren, nicht mehr legitim sein (vgl. *Lappe* NJW 1993, 1370). Das OLG Düsseldorf wie auch das OLG Zweibrücken führen daher zutreffend auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Privilegierung der Deutschen Bundespost aus Artikel 12 Abs. 1 Satz 2 GG und den dazu ergangenen Richtlinien des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 47, 285 = DNotZ 1978, 412) in die Argumentation ein.

Dem Bundesgesetzgeber hätte es zudem freigestanden, bei der Novellierung des § 144 KostO durch Gesetz vom 15. 6. 1989 (BGBl. I S. 1082) oder später die Deutsche Bundespost und die Deutsche Bundesbahn ausdrücklich in die Gebührenermäßigung miteinzubeziehen. Bei der Treuhandanstalt war dies auch möglich (§ 144 a KostO, eingefügt durch das Gesetz zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms — FKPG — vom 23. 6. 1993, BGBl. I 944). Nach der sog. Unklarheitenregel (vgl. § 5 AGBG) haben Zweifel bei der Auslegung zu Lasten dessen zu gehen, der die Vorschrift, die ihn selbst begünstigt, erlassen hat.

5.

Für die Deutsche Bundesbahn haben das OLG Düsseldorf (MittBayNot 1992, 291) und das OLG Bremen (s. o.) entschieden, sie sei ein wirtschaftliches Unternehmen des Bundes und habe keinen Anspruch auf Kostenermäßigung nach § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO. Die Frage ist seit dem 1. 1. 1994 wegen der zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen Privatisierung der Bahnaktivitäten und der Errichtung der Deutschen Bahn AG obsolet geworden.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Steuerrecht

29. ErbStG 1974 § 5 Abs. 1, § 12; BGB §§ 1371 ff. (*Berechnung der fiktiven Ausgleichsforderung nach § 5 Abs. 1 ErbStG*)

Ist zur Berechnung der fiktiven Ausgleichsforderung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974) nach zivilrechtlichen Grundsätzen das zum Nachlaß gehörende Endvermögen des Erblassers mit höheren Werten angesetzt als bei der nach steuerlichen Vorschriften erfolgenden Bewertung des Nachlasses, so ist zur Ermittlung des Abzugsbetrags die Ausgleichsforderung entsprechend dem Verhältnis des Steuerwerts des zum Nachlaß gehörenden Endvermögens zu dessen höherem Wert zu kürzen. Gegenstände des Endvermögens, die von der Erbschaftsteuer befreit sind, sind dabei in die Berechnung miteinzubeziehen.

BFH, Urteil vom 10. 3. 1993 — II R 87/91 —

Aus dem Tatbestand:

Am 17. 9. 1988 verstarb der Ehemann der Klägerin. Die Klägerin wurde seine Alleinerbin. Die Eheleute hatten 1947 geheiratet und im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt. Den Steuerwert der deutschen Erbschaftsteuer unterliegenden Nachlaßgegenstände errechnete das Finanzamt (FA) mit 832 879 DM. Der Nachlaß bestand im wesentlichen aus Wertpapieren und Bankguthaben in Höhe von 572 191 DM sowie aus Miteigentumsanteilen an Grundstücken, die der Erblasser jeweils zusammen mit der Klägerin als Miteigentümer zur Hälfte erworben hatte. Der auf den Erblasser und damit auf den Nachlaß entfallende (hälftige) mit 140 v. H. indizierte Einheitswert der inländischen Grundstücke wurde vom FA mit 109 620 DM berechnet. Diese Grundstücke hatten — zuzüglich eines Grundstücks in Österreich, das nach dem Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)-Österreich von der deutschen Erbschaftsteuer befreit war — einen Verkehrswert von insgesamt 1 110 000 DM.

Das FA setzte gegen die Klägerin Erbschaftsteuer in Höhe von 22 106 DM fest.

Bei der Berechnung der Erbschaftsteuer zog das FA vom Nachlaß den Betrag ab, den die Klägerin im Falle des § 1371 Abs. 2 als Ausgleichsforderung hätte geltend machen können. Die Ausgleichsforderung berechnete das FA wie folgt: Zur Ermittlung des Endvermögens des Erblassers rechnete es dem errechneten Steuerwert den halben Verkehrswert der Grundstücke von (555 000 DM abzüglich indizierten Einheitswert von 109 620 DM) 445 380 DM hinzu, wodurch sich ein Betrag von 1 278 259 DM ergab. Als Endvermögen der Ehefrau — der Klägerin — nahm es den halben Verkehrswert der Grundstücke in Höhe von 555 000 DM an. Aus der halben Differenz zwischen beiden Beträgen ergab sich als Ausgleichsforderung 361 629 DM. Diesen Betrag multiplizierte das FA mit dem Betrag von 832 879 DM und dividierte ihn durch den Verkehrswert des Endvermögens des Erblassers (1 278 259 DM). Dies ergab einen Betrag von 235 627 DM, den das FA vom Nachlaß abzog.

Mit der hiergegen gerichteten Klage machte die Klägerin geltend, daß die steuerfreie Ausgleichsforderung 328 988 DM betrage. Die Ausgleichsforderung sei entgegen der Auffassung des FA bezüglich der im Endvermögen der beiden Ehegatten befindlichen Grundstücke mit dem Steuerwert und nicht mit dem Verkehrswert zu berechnen. Die vom FA vorgenommene Verhältnisrechnung (Kürzung der Ausgleichsforderung nach dem Verhältnis des Steuerwerts zum Verkehrswert des Endvermögens des Erblassers) finde im Gesetz keine Stütze. Im übrigen hätten die Eheleute selbst zur Ermittlung der Zugewinnausgleichsforderung die Einheitswerte der Grundstücke angesetzt. Dem sei auch steuerlich zu folgen. Die Unrichtigkeit der Rechtsauffassung des FA ergebe sich auch daraus, daß sich eine niedrigere Erbschaftsteuer dann ergeben würde, wenn die Eheleute das Grundvermögen während der Zugewinnngemeinschaft nicht gemeinsam erworben hätten, sondern dieses allein der Ehemann (Erblasser) angeschafft hätte.

Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen. Es verstehe die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 nach Wortlaut und Sinn dahin, daß die steuerfreie Ausgleichsforderung nach dem Verhältnis der Steuerwerte zu den Verkehrswerten der Nachlaßgegenstände zu bestimmen sei. Es widerspreche der steuerlichen Gerechtigkeit, würden auf der einen Seite bei Ermittlung des Erwerbs die niedrigeren Einheitswerte angesetzt, auf der anderen Seite aber bei Berechnung des steuerfreien Teils des Erwerbs die Verkehrswerte in voller Höhe zugrunde gelegt.

Mit der hiergegen gerichteten Revision rügt die Klägerin sinngemäß unrichtige Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974. Sie beantragt, unter Aufhebung der Vorentscheidung den Erbschaftsteuerbescheid in der Fassung der Einspruchsentscheidung in der Weise zu ändern, daß die Erbschaftsteuer auf 13 344 DM festgesetzt wird. Zur Begründung trägt sie u. a. vor, daß auch verfassungsrechtliche Grundsätze, insbesondere Art. 3 GG in die Betrachtung miteinzubeziehen seien. Es würde sowohl gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit als auch gegen Art. 3 GG verstoßen, wenn § 5 ErbStG 1974 so ausgelegt werden würde, daß bei höherem geerbten Nachlaßvermögen die Erbschaftsteuerschuld niedriger anzusetzen sei als bei geringerem Wert.

Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur (geringfügigen) Herabsetzung der Erbschaftsteuer, im übrigen aber zur Abweisung der Klage.

Zu Unrecht hat das FG die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Erbschaftsteuerbescheids in vollem Umfang bejaht. Die fiktive (Zugewinn-)Ausgleichsforderung konnte vom FA zwar nach § Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 entsprechend dem Verhältnis von Steuerwert zu Verkehrswert des zum Nachlaß gehörenden Endvermögens des Erblassers gekürzt werden; beim Steuerwert des Endvermögens war dabei jedoch auch der Anteil an dem Grundstück in Österreich zu berücksichtigen.

1. Wird der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet und der Zugewinn nicht nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen, so gilt beim überlebenden Ehegatten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 der Betrag, den er im Falle des § 1371 Abs. 2 BGB als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb i. S. des § 3 ErbStG 1974. Obwohl in diesem Fall dem überlebenden Ehegatten zivilrechtlich gerade keine Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB zusteht, wird eine solche für die Erbschaftsteuer fiktiv errechnet und vom Erwerb abgezogen. Damit wird eine Angleichung der erbschaftsteuerrechtlichen Behandlung von erbrechtlicher und güterrechtlicher Lösung bei Beendigung der Zugewinnngemeinschaft erreicht. Erfolgt der Ausgleich nach Beendigung der Zugewinnngemeinschaft durch die güterrechtliche Lösung (§ 1371

Abs. 2, §§ 1372 ff. BGB), so unterliegt die Ausgleichsforderung eines Ehegatten ohnehin nicht der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer, wie § 5 Abs. 2 ErbStG 1974 klarstellend regelt. Die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 bewirkt zumindest grundsätzlich und bei pauschaler Betrachtungsweise, daß der Erwerb des überlebenden Ehegatten einerseits zu dem Anteil nicht mit Erbschaftsteuer belastet wird, der ihm (auch) bei einer güterrechtlichen Lösung zugestanden hätte, andererseits aber der diesen übersteigende Anteil der normalen Besteuerung unterworfen wird.

a) Zur Berechnung des von den Ehegatten jeweils erzielten Zugewinns (§ 1373 BGB) und damit der Ausgleichsforderung (§ 1378 Abs. 1 BGB) werden die Rechengrößen Anfangs- und Endvermögen (§§ 1374, 1375 BGB) zu den maßgebenden Zeitpunkten (§ 1376 Abs. 1 bis 3 BGB) — sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt (vgl. z. B. § 1376 Abs. 4 BGB) bzw. güterrechtsvertraglich nichts anderes vereinbart ist — mit dem „vollen wirklichen Wert“ der einzelnen Vermögensgegenstände eingesetzt (vgl. MünchKomm, § 1376 Rdnr. 8). Die Ermittlung der Ausgleichsforderung basiert damit auf anderen Bewertungsregeln, als sie für die Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs nach dem ErbStG vorgeschrieben sind (vgl. § 12 ErbStG 1974). Die erbschaftsteuerrechtlichen Bewertungsvorschriften können — wie dies beispielsweise für inländischen Grundbesitz wegen der Anknüpfung an die Einheitswerte offenbar ist — zu Steuerwerten führen, die niedriger sind als die in die Berechnung der Ausgleichsforderung eingehenden Werte des Endvermögens. Dies hätte zur Folge, daß beim Abzug der *fiktiven* Ausgleichsforderung von der Wertermittlung her unvergleichbare Rechen- bzw. Wertgrößen miteinander in Beziehung gesetzt würden. Dies soll die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 erkennbar verhindern, indem sie die Begünstigungswirkung der Berücksichtigung der nach bürgerlichem Recht berechneten *fiktiven* Ausgleichsforderung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974) durch Angleichung an den Steuerwert des Nachlasses beschränkt.

b) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 gilt, soweit der Nachlaß des Erblassers bei der Ermittlung des als Ausgleichsforderung steuerfreien Betrags mit einem höheren Wert als dem sich aus den steuerlichen Bewertungsgrundsätzen maßgebenden Wert angesetzt worden ist, höchstens der dem Steuerwert des Nachlasses entsprechende Betrag nicht als Erwerb i. S. des § 3 ErbStG 1974. Wenngleich der Wortlaut der Vorschrift nicht in jeder Beziehung eindeutige Formulierungen enthält, läßt sich doch ihr Inhalt — ausgehend vom Regelungsziel — durch Auslegung ermitteln. Dabei ist dem spezifisch erbschaftsteuerrechtlichen Charakter des § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 Rechnung zu tragen.

Ausgangsgröße für die Angleichung des als fiktive Ausgleichsforderung steuerfreien Betrags ist der Gesamtwert des Nachlasses als diejenige Rechengröße, die erbschaftsteuerrechtlich (ohne Berücksichtigung von Steuerbefreiungen und Freibeträgen) von Bedeutung ist und die im Falle eines vom verstorbenen Ehegatten erzielten Zugewinns (zumindest im Regelfall) auch seinem Endvermögen entspricht. Wenn dabei unberücksichtigt bleibt, daß es sich beim Endvermögen des verstorbenen Ehegatten für die Berechnung des fiktiven Ausgleichsanspruchs nur um einen der Posten handelt, die in diese eingehen, so ist das im Hinblick auf den Charakter der Gesamtregelung als einer rein erbschaftsteuerrechtlichen Begünstigung unerheblich. Nach

dem erkennbaren Ziel der in § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 angeordneten Begrenzung des steuerfreien Betrags sind der Steuerwert des Nachlasses und der diesem nach außersteuerlichen Bewertungsmaßstäben zuzumessende Wert zueinander ins Verhältnis zu setzen, um diesem Verhältnis entsprechend die erbschaftsteuerrechtlich steuerfrei bleibende Ausgleichsforderung zu bestimmen. Der als Ausgleichsforderung steuerfreie Betrag steht folglich zu der (nach zivilrechtlichen Grundsätzen errechneten) Ausgleichsforderung in demselben Verhältnis wie der Steuerwert des regelmäßig das Endvermögen repräsentierenden Nachlasses zu dessen nach anderen Bewertungsgrundsätzen bestimmten Wert.

Dies entspricht im Grundsatz der vom FG bestätigten Berechnung des FA.

c) Da § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 an den Steuerwert des Nachlasses anknüpft, sind bei dessen Ermittlung zur Findung des steuerfrei bleibenden Betrags im Wege der Verhältnisrechnung alle Nachlaßgegenstände einzubeziehen, gleichgültig ob und aus welchem Grund ihr Erwerb erbschaftsteuerfrei wäre. Der Wert des Miteigentumsanteils an dem in Österreich belegenen Grundstück (§ 12 Abs. 6 ErbStG 1974 i. V. m. § 31 des Bewertungsgesetzes — BewG —) hat dementsprechend in den Steuerwert des Nachlasses im Zuge der Verhältnisrechnung einbezogen werden müssen. Das ist in dem vom FG bestätigten angefochtenen Erbschaftsteuerbescheid unterblieben.

d) Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung, § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 sei dahin zu verstehen, daß der steuerfreie Betrag der fiktiven Ausgleichsforderung lediglich auf den Steuerwert des Nachlasses begrenzt sei (vgl. *Meincke*, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 46; *Kapp*, Das Erbschaftsteuergesetz, 10. Aufl. Rdnr. 30 zu § 5, m. w. N.). Diese Auslegung ist mit dem Inhalt der Vorschrift nicht vereinbar. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er in Anbindung an § 1378 Abs. 2 BGB den steuerfreien Betrag durch die Höhe des Steuerwerts des Nachlasses begrenzt, nicht aber auf einen dem Steuerwert des Nachlasses „entsprechenden Betrag“.

2. Einzuräumen ist der Revision, daß im Streitfall eine geringere Erbschaftsteuer entstanden wäre, wenn allein der verstorbene Ehemann der Klägerin einen Zugewinn erzielt hätte. Da § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 jedoch im Wege der Fiktion an die Ausgleichsforderung anknüpft, die bei der güterrechtlichen Lösung entstanden wäre, geht dieses Vorbringen ins Leere. Denn der Zugewinnausgleichsanspruch (§ 1378 BGB) bezieht sich — soweit er nicht bürgerlichrechtlich in zulässiger Weise durch formgerechten (vgl. § 1410 BGB) Ehevertrag (§ 1408 BGB) modifiziert wurde — allein auf den Vergleich des jeweiligen Zugewinns, also des Betrags, um den das Endvermögen jedes der Ehegatten dessen Anfangsvermögen übersteigt. Bei der Ermittlung dieser Rechengrößen hebt das Zivilrecht nicht darauf ab, ob im Wert des Endvermögens beider Ehegatten gemeinsam (d. h. hälftig) erworbene Gegenstände sich niederschlagen. Erst bei der Begrenzung des steuerfreien Betrags nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 kann sich die Zusammensetzung des Nachlasses auswirken. Die durch diese Vorschrift normierte Begrenzung der nicht der Steuer unterliegenden Ausgleichsforderung entsprechend dem Verhältnis des Steuerwerts des Nachlasses zu dessen nach anderen Bewertungsmaßstäben berechneten Wert (vgl. oben unter 1. b) ist jedenfalls nicht willkürlich, weil dem erbschaftsteuerrechtlichen Bewertungssystem angepaßt. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) liegt nicht vor.

3. Die von anderen Grundsätzen ausgehende Entscheidung des FG ist aufzuheben. Die Sache ist spruchreif.

Bei der vom FA vorgenommenen Berechnung des Abzugsbetrags ist der angenommene Steuerwert des Endvermögens um 30 000 DM (Wert des Miteigentums an dem Grundstück in Österreich) zu ergänzen.

Dies ergibt folgende neue Berechnung des Abzugsbetrags:
 $361\,629\text{ DM} \times 862\,879 : 1\,278\,259 = 244\,114\text{ DM}$.

Das führt zu einem steuerpflichtigen Erwerb von 307 332 DM und bei einem Steuersatz von 7 v. H. zu einer Steuer von 21 513 DM.

30. GG Art. 3 Abs. 1; EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 Nrn. 1 und 2, § 22 Nr. 1 Sätze 1 und 3, § 33 a Abs. 1 (*Keine Anerkennung einer dauernden Last bei gleichzeitigem Nießbrauchsvorbehalt*)

Erwirbt jemand Vermögen unter Vorbehalt des Nießbrauchs und sagt er aus diesem Anlaß dem Übergeber Versorgungsleistungen zu, sind die Aufwendungen hierfür bei verfassungskonformer Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG in der Regel nicht als dauernde Last abziehbar (Bestätigung des Senatsurteils vom 25. 3. 1992 X R 100/91, BFHE 168, 243, BStBl II 1992, 803 [= MittBayNot 1993, 53]).

BFH, Urteil vom 14. 7. 1993 — X R 54/91 —

Aus dem Tatbestand:

Die Mutter der Klägerin hatte im Jahre 1981 eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 475 900 DM erworben. Diese Wohnung übertrug sie der Klägerin mit Vertrag vom 16. 12. 1988 zu Eigentum unter Vorbehalt des lebenslangen Nießbrauchs; ferner übertrug die Mutter der Klägerin Hausrat. Da die Mutter keine ausreichende Altersversorgung hatte, verpflichtete sich die Klägerin im Übergabevertrag, dieser zur Bestreitung des Lebensunterhalts monatlich 500 DM zu zahlen. Die „nach § 323 ZPO abänderbare“ Zahlungsverpflichtung sollte durch eine Reallast gesichert werden. Im Vertrag ist erwähnt, daß die Klägerin ihrer Mutter ein zinsloses Darlehen in Höhe von 150 000 DM gegeben habe. Weiterhin heißt es in dem Vertrag:

„XV.

Unter Berücksichtigung der bereits von der Erwerberin bisher erbrachten Leistungen und der in dieser Urkunde übernommenen Verpflichtungen hat die Erwerberin . . . keine weiteren Gegenleistungen mehr zu erbringen. Sie hat insbesondere keine Zahlungen an ihre drei Geschwister zu leisten . . .

(Schlußklausel)

Die Vertragsteile sind sich einig, daß in der Übertragung der Eigentumswohnung im Hinblick auf die Leistungen der Tochter und der vorbehaltenen Rechte eine unentgeltliche Zuwendung nicht vorliegt.“

Die Klägerin hat eine Erklärung vorgelegt, in der ihre Mutter bestätigt, von ihrer Tochter ein zinsloses Darlehen über 150 000 DM in bar erhalten zu haben. Ausweislich einer privatschriftlichen Verzichtserklärung vom 15. 11. 1988 hat die Klägerin auf die Rückzahlung des ihrer Mutter gewährten Darlehens von 150 000 DM sowie weiterer 8 360 DM unter der Bedingung verzichtet, daß die Mutter ihr die Eigentumswohnung unter dem Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs überträgt.

Für das Streitjahr 1989 beantragte die Klägerin, die Sonderausgaben (dauernde Last i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 des Einkommensteuergesetzes — EStG —) mit einem Freibetrag in Höhe von 6 000 DM auf der Lohnsteuerkarte zu berücksichtigen. Diesen Antrag lehnte der Beklagte (das Finanzamt — FA —) ab mit der Begründung, die Zahlung an die Mutter sei Gegenleistung für das übertragene Vermögen (Abschn. 87 Abs. 3 der Einkommensteuer-Richtlinien — EStR —); die Vertragspartner hätten ausdrücklich keine vorweggenommene Erbfolge gewollt.

Hiergegen hat die Klägerin Klage erhoben mit dem Antrag festzustellen, daß der ablehnende Bescheid über die Lohnsteuerermäßigung 1989 rechtswidrig gewesen war. Sie hat im Klageverfahren vorgetragen: Der Verkehrswert der Wohnung betrage derzeit 320 000 DM. Nach Abzug des Wertes des Nießbrauchs (133 910 DM) verbleibe ein Restwert von 186 090 DM. Unter Berücksichtigung der Unverzinslichkeit der Darlehen habe sie ihrer Mutter Vermögensvorteile in Höhe von insgesamt 218 360 DM gewährt. Diese Leistungen überstiegen den Wert der empfangenen Leistung, so daß die monatlichen Zahlungen als Sonderausgaben abziehbar seien. Demgegenüber hat das FA geltend gemacht, im Übertragungsvertrag sei ein Verzicht auf die Rückzahlung eines Darlehens nicht vereinbart worden; daher fehle jedenfalls ein Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung. Der Darlehensvertrag sei nur zum Schein geschlossen worden. Die Klägerin habe nämlich 90 000 DM geschenkt erhalten. Weder liege ein schriftlicher Vertrag vor noch könnten Geldbewegungen festgestellt werden. Da der Übertragungsvorgang nach dem Willen der Vertragsparteien auch keine vorweggenommene Erbfolge darstelle, könne die als Gegenleistung übernommene Zahlungsverpflichtung im Streitjahr nicht steuermindernd berücksichtigt werden, weil sie den Wert des übernommenen Vermögens nicht übersteige.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben. Sein Urteil ist veröffentlicht in EFG 1991, 666.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts.

Es beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Sie trägt u. a. vor: Die Erwähnung von Gegenleistungen im Übergabevertrag habe dazu gedient, Ausgleichsansprüche der Geschwister abzuwehren. Sie habe ihrer Mutter niemals Darlehen gewährt. Die Mutter habe nach einer schweren Erkrankung sicherstellen wollen, daß sie, die Klägerin, tatsächlich das gesamte Vermögen erhalte.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage.

1. Zu Unrecht hat das FG auf die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage entschieden, daß die Versorgungsleistungen an die Mutter als dauernde Last abziehbar seien. Seine Auffassung, entgegen der Schlußklausel des notariellen Vertrages sei die Eigentumswohnung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und damit unentgeltlich übertragen worden, hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Die steuerrechtliche Anerkennung eines Vermögensübergabevertrages setzt voraus, daß die Vertragsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten klar und eindeutig vereinbart haben. Die klaren und ernsthaft gewollten Vereinbarungen müssen zu Beginn des maßgeblichen Rechtsverhältnisses oder bei Änderung des Verhältnisses für die Zukunft getroffen werden; rückwirkende Vereinbarungen sind steuerrechtlich nicht anzuerkennen (vgl. Urteile des Bundesfinanzhofs — BFH — vom 28. 4. 1987 IX R 40/81, BFH/NV 1987, 712, unter 3.; vom 20. 5. 1992 X R 207/87, BFH/NV 1992, 805; vom 15. 7. 1992 X R 165/90, BFHE

168, 561, 565, BStBl II 1992, 1020, m. w. N. der Rechtsprechung des BFH). Der rechtliche Mindestbestand der den Vertragstypus prägenden Rechtsfolgen muß klar vereinbart sein. Die Leistungen müssen wie vereinbart erbracht werden (Urteil in BFHE 168, 561, 565, BStBl II 1992, 1020).

b) Das FG hat angenommen, die Parteien des Vertrages vom 16. 12. 1988 hätten keine Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung erstrebt; die Vermögensübergabe sei im steuerrechtlichen Sinne unentgeltlich gewesen, so daß keine Verrechnung mit dem Wert der Gegenleistung erforderlich sei. Der für die steuerliche Beurteilung maßgebliche Inhalt des Vertrages „trage die Bestimmung der Schlußklausel nicht“, daß die Eigentumswohnung nicht unentgeltlich übertragen worden sei. Das im notariellen Vertrag erwähnte Darlehen über 150 000 DM sei kein Darlehen i. S. des § 607 BGB. Zum Teil handele es sich um eigenes Geld der Mutter; hinsichtlich eines Teilbetrages von 60 000 DM sei bei Hingabe des Geldes keine Verpflichtung zur Rückzahlung vereinbart worden. Die Vermögensübergabe habe der vorweggenommenen Erbfolge gedient.

Diese Erwägungen des FG sind rechtsfehlerhaft. Das FG hat nicht dargelegt, auf welcher Grundlage es diese Feststellungen insbesondere zu den subjektiven Vorstellungen der Vertragsbeteiligten sowie zum Inhalt und zur Durchführung der Darlehensverträge getroffen hat. Es ist ohne nähere Darlegung davon ausgegangen, daß die Erklärungen über die Hingabe des Darlehens, über den Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch und zur Entgeltlichkeit lediglich zum Schein abgegeben worden sind. Zwar ist es denkbar, daß es sich so verhalten hat; die entsprechenden Feststellungen des FG hätten indes weitergehender Ermittlungen zum Sachverhalt und Angaben darüber bedurft, welche Gründe für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind (§ 96 Abs. 1 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Dieser materiell-rechtliche Fehler des angefochtenen Urteils, der in der Revisionsinstanz auch ohne diesbezügliche Rüge von Amts wegen zu beachten ist, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

2. Die Sache ist spruchreif. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Klagebegehren bereits daran scheitert, daß das von den Vertragsparteien wirklich Gewollte nicht klar und eindeutig vereinbart worden ist. Jedenfalls sind zugunsten der Klägerin weder Werbungskosten (einschließlich Absetzung für Abnutzung – AfA –) noch eine dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG) zu berücksichtigen.

a) Da die Klägerin aus der Wohnung keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, kann sie auch keine Aufwendungen (AfA nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG und andere Werbungskosten) abziehen.

b) Die Klägerin kann keine dauernde Last abziehen, weil die Übereignung der Eigentumswohnung unter Vorbehalt des Nießbrauchs keine Vermögensübergabe ist, wie sie in § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG vorausgesetzt wird. Dem Abzug der geltend gemachten Aufwendungen steht § 12 Nr. 2 EStG entgegen.

Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 25. 3. 1992 X R 100/91 (BFHE 168, 243, 246, BStBl II 1992, 803 [= MittBayNot 1993, 53]) ausgeführt: Dem steuerrechtlichen Typus des Vermögensübergabevertrages können solche Vereinbarungen nicht mehr zugeordnet werden, bei denen sich der Übergeber den gesamten Ertrag des Vermögens vorbehält und ihm ohnehin die Einkünfte aus der

Nutzung dieses Vermögens — originär — zugerechnet werden. Es gibt keinen rechtlichen Grund dafür, die anlässlich des Vorbehalts eines solchen Nießbrauchs vereinbarten Leistungen des (neuen) Eigentümers an den Nießbraucher vom Abzugsverbot des § 12 Nr. 2 EStG auszunehmen. Die vom Großen Senat ausgesprochene Charakterisierung der Versorgungsleistungen „als vorbehaltene Vermögenserträge“ ist in dem Sinne zu verstehen, daß durch den Abzug der Sonderausgabe beim Verpflichteten und durch die Erfassung der Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen beim Berechtigten das der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Prinzip der „vorbehaltenen Vermögenserträge“ rechtstechnisch verwirklicht wird. Das den Ausschluß der §§ 12, 22 Nr. 1 Satz 2 EStG rechtfertigende Prinzip hat Geltung nur für das Rechtsinstitut „Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen“.

Nach diesen Grundsätzen ist der von der Klägerin begehrte Abzug von Sonderausgaben ausgeschlossen.

3. An dieser Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG, die maßgebend darauf abstellt, ob ein Rechtsvorgang dem steuerrechtlichen Typus der Hof- und Geschäftsübergabe und der hieraus entwickelten und hiermit vergleichbaren sonstigen Vermögensübergabe zugeordnet werden kann, hält der Senat mit folgender Erläuterung fest:

a) Sonderausgaben i. S. des § 10 Abs. 1 Nrn. 1, 2 bis 7 EStG sind generell (und seit der Neufassung des § 12 EStG im Jahre 1974 ausdrücklich) von dem für Privatausgaben geltenden Abzugsverbot ausgenommen. Ein solcher ausdrücklicher Vorbehalt gilt nicht für Sonderausgaben i. S. des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG. Hieraus war ein Vorrang des § 12 EStG in dem Sinne hergeleitet worden, daß dauernde Lasten nur abgezogen werden können, soweit keine „Zuwendungen“ i. S. des § 12 EStG vorliegen; die abziehbare private Versorgungsrente und die nach § 12 Nrn. 1 und 2 EStG nichtabziehbare Unterhaltsrente wurden durch Auslegung des Begriffs „Zuwendung“ voneinander abgegrenzt (vgl. statt vieler *Arndt in Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 12 Rdnrn. C 1 ff., 17). Dieser Versuch, die private Versorgungsrente aus dem Anwendungsbereich des § 12 EStG auszunehmen, führte zu dem Widerspruch, daß einerseits die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unentgeltlich sein sollte; andererseits sah man in der Versorgungsrente deswegen keine „Zuwendung“, weil ihr eine „Gegenleistung“ gegenüberstehe (vgl. hierzu BFH-Beschluß vom 25. 4. 1990 X R 38/86, BFHE 160, 33, 48, BStBl II 1990, 625). Auf die Vorlage des IX. Senats des BFH, der die Versorgungsrente als Anschaffungskosten behandelt wissen wollte, hat der Große Senat des BFH in seinem Beschluß vom 5. 7. 1990 GrS 4 – 6/89 (BFHE 161, 317, 329, BStBl II 1990, 847 [= MittBayNot 1990, 372]) im Ergebnis an der überkommenen Rechtsprechung festgehalten, die Nichtanwendung des § 12 EStG aber auf eine neue Begründung gestellt: „Durch ihre Charakterisierung als vorbehaltene Vermögenserträge unterscheiden sich Versorgungsleistungen von Unterhaltsleistungen i. S. von § 12 EStG; sie enthalten deshalb auch keine Zuwendungen des Vermögensübernehmers aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht i. S. von § 12 Nr. 2 EStG.“

Diese rechtliche Aussage hat der Große Senat in seinem Beschluß vom 15. 7. 1991 GrS 1/90 (BFHE 165, 225, 238, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67]) wiederholt. Er hat ausgeführt, die „anlässlich der Übergabe von Vermögen vereinbarten Versorgungsleistungen“ seien „Hauptanwen-

dungsfall der in vollem Umfang abziehbaren Last“, und ausdrücklich bemerkt, die hierfür nach bisheriger Rechtsprechung vorausgesetzte ausdrückliche Vereinbarung der Abänderbarkeit werde „im Normalfall“ durch eine Bezugnahme auf § 323 ZPO erfüllt und dadurch die Rechtslage hergestellt, die dem Regelungswillen des Steuerneuerordnungsgesetzes (StNOG) 1954 — grundsätzliche Abziehbarkeit der Versorgungsleistungen — entspreche.

b) Auf der Grundlage des EStG i. d. F. des StNOG 1954 hat sich die Unterscheidung entwickelt zwischen wiederkehrenden Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung, bei denen eine Verrechnung mit dem Wert der Gegenleistung vorzunehmen war, und anderen wiederkehrenden Leistungen. Der Große Senat (BFHE 165, 225, 234, BStBl II 1992, 78, unter 1. C. 4. d [= MittBayNot 1992, 67]) führt als Beispiel für die wiederkehrenden Leistungen ohne Wertverrechnung — unter Bezugnahme auf das BFH-Urteil vom 16. 9. 1965 IV 67/61 S (BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706) — „landwirtschaftliche Altenteilsleistungen und ähnliche dauernde Lasten“ an. Dieses Urteil des IV. Senats hatte die Wertverrechnung abgelehnt u. a. mit der Begründung, der Entstehungsgeschichte des StNOG 1954 sei zu entnehmen, daß „Altenteilsleistungen und sonstige bei Betriebsübergaben jeder Art vereinbarte Versorgungslasten in der Regel ganz oder teilweise abzugsfähig sein sollten“.

c) Diese Begründung des Urteils in BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 708 mag nicht zwingend gewesen sein (vgl. *Reiß* in *Kirchhof/Söhn*, a. a. O., § 16 Rdnrn. B 197 ff.; kritisch auch *Schmidt/Heinicke*, Einkommensteuergesetz, 12. Aufl., 1992, § 22 Anm. 17 a). Das Grundsatzurteil in BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706 hat aber die Rechtsentwicklung nachhaltig beeinflusst. Der Große Senat des BFH hat es in seinem Beschluß in BFHE 165, 225, 236, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67]) aus Gründen der Rechtskontinuität für notwendig gehalten, die hier einschlägigen Bestimmungen unter größtmöglicher Wahrung ihres tradierten und anerkannten Regelungsgehalts auszulegen. Dies bedeutet vor allem, daß das steuerrechtliche Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen den Sonderausgaben (§ 10 Abs. Nr. 1 a EStG) zugeordnet bleibt.

d) Die Unterscheidung zwischen wiederkehrenden Leistungen mit und ohne Wertverrechnung wurde in der Rechtsprechung des BFH unabhängig davon kontinuierlich praktiziert, daß es eine trennscharfe Grenzziehung zwischen diesen beiden Bereichen nie gegeben hat. Für die steuerrechtliche Einordnung von Sachverhalten, zu denen sich — wie auch zum hier zu beurteilenden — der Große Senat nicht geäußert hat, kommt dem wertenden Vergleich mit den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen eine besondere Bedeutung zu. Rechtliche Aussagen sind möglich mittels Zuordnung zum steuerrechtlichen Typus der Hof- und Geschäftsübergabe einerseits und zu der nicht als eine solche Vermögensübergabe anerkannten Rückzahlung von Geldbeträgen in lebenslänglich wiederkehrenden (abänderbaren) Leistungen andererseits (vgl. BFH-Urteile vom 28. 6. 1963 VI 321/61 U, BFHE 77, 287, BStBl III 1963, 424; vom 13. 8. 1985 IX R 10/80, BFHE 144, 423, BStBl II 1985, 709 [= MittBayNot 1986, 46]; fortgeführt im Senatsurteil vom 27. 2. 1992 X R 136/88, BFHE 167, 375, BStBl II 1992, 609).

e) Die bisherige Rechtsprechung des BFH hatte sich nicht mit der Frage befaßt, ob die Übertragung eines Grundstücks unter Vorbehalt eines Nießbrauchs als solche einer

Hof- oder Geschäftsübergabe gleichgestellt werden kann. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß in sachlichem Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe — insbesondere bei einem typischen Altenteilsvertrag — zusammen mit einem Inbegriff von Versorgungsleistungen ein dingliches Nutzungsrecht an einer vom Übergeber zu nutzenden Wohnung vorbehalten wird; zur Begründung wird Bezug genommen auf die Senatsurteile vom 25. 3. 1992 X R 196/87 (BFHE 167, 408, BStBl II 1992, 1012) und in BFHE 168, 243, BStBl II 1992, 803 [= MittBayNot 1993, 53]).

4. Der erkennende Senat hält daran fest, daß die Übertragung eines Grundstücks unter (Total-)Nießbrauchsvorbehalt nicht dem Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unterstellt werden kann.

a) Der vom Großen Senat des BFH als maßgebend betonte Grund für den Ausschluß des § 12 EStG darf nicht durch eine beliebige Verwendung der Begriffe „Vermögensübergabe“ und/oder „Versorgungsleistungen“ überspielt und dadurch in seinem rechtlichen Gehalt entwertet werden. Der rechtliche Gesichtspunkt des „Vorbehalts von Vermögenserträgen“ ist konstitutiv für das steuerrechtliche Rechtsinstitut der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

b) Hiervon geht auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Beschluß vom 17. 12. 1992 1 BvR 4/87 (DStR 1993, 315) aus. Für Zwecke einer Prüfung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) erörtert das BVerfG, es sei weder dem Gesetzgeber noch der Rechtsprechung bei der Auslegung der gesetzlichen Vorgaben verwehrt, bei Übergabeverträgen inhaltlich von zwei miteinander — allerdings ohne wirtschaftlich berechnete Gegenleistung — verknüpften Rechtsvorgängen auszugehen: von der Schenkung des die Erwerbsgrundlagen darstellenden Vermögens einerseits und des Anspruchs auf die Versorgungsleistungen andererseits. Auch sei es nicht sachwidrig, wenn die Rechtsprechung die Versorgungsleistungen als wiederkehrende Bezüge deute, „weil in diesen Fällen ein bedeutsamer Transfer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit stattfindet; denn der Sache nach fordern die Eltern einen bestimmten Ertrag des bereits übergebenen Vermögens in regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen zurück“. Bedenken dagegen, daß eine Verrechnung der Werte des übertragenen Vermögens und der Versorgungsleistungen nicht vorgenommen werde, seien letztlich nicht durchgreifend: Zu einer solchen Verrechnung sei die Rechtsprechung nicht verpflichtet, „weil es typischerweise den Beteiligten darauf ankomme, daß die Kinder nur aus dem Ertrag, den die übertragene Erwerbsgrundlage abwirft, die Versorgungsleistungen erbringen sollen. Es ist gerade nicht Kennzeichen der Übergabeverträge, daß das übertragene Vermögen als solches ggf. durch Verkauf dazu dienen soll, die vereinbarten Versorgungsleistungen abzudecken.“

Der erkennende Senat hält es für geboten, die Grenzen des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen wiederkehrende Leistungen verfassungskonform zu bestimmen. Er versteht die Ausführungen des BVerfG dahin, daß mit der Zahlung von Versorgungsleistungen, die nicht mehr aus den Erträgen der übertragenen Erwerbsgrundlage bestritten werden können, kein verfassungsrechtlich unbedenklicher Transfer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit stattfindet. Damit hat das BVerfG die sich aus dem Verfassungsrecht ergebenden Grenzen für die Auslegung des einfachen Rechts bestimmt. Eine hiervon abweichende Subsumtion

würde nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die das BVerfG für seine einfachrechtliche Ableitung gesetzt hat (vgl. — zur verfassungskonformen Auslegung — BVerfG-Beschluß vom 10. 6. 1975 2 BvR 1018/74, BVerfGE 40, 88, 94; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts — BVerwG — vom 12. 6. 1992 7 C 5.92, BVerwGE 90, 220, 226 f.).

c) Eine verfassungskonforme enge Auslegung des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG mittels des Rechtsgedankens der „vorbehaltenen Vermögenserträge“ ist auch notwendig, um den Anwendungsbereich des § 12 EStG nicht gleichheitswidrig einzuengen.

Eine steuermindernde Berücksichtigung von Privataufwendungen ist in Abweichung vom Grundsatz des § 12 Nrn. 1 und 2 EStG nur zulässig, wenn das EStG dies — ausnahmsweise — vorsieht, und zwar insbesondere bei den Sonderausgaben und bei den außergewöhnlichen Belastungen. Die Belastung von Eltern mit Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern wird durch die Kinderfreibeträge (§ 32 EStG) sowie durch das Kindergeld und durch vergleichbare Leistungen abgegolten. Den Abzug von (typischen; s. *Arndt* in *Kirchhof/Söhn*, a. a. O., § 33 a Rdnrn. B 52 ff.) Unterhaltsaufwendungen sieht der Gesetzgeber — unter bestimmten Voraussetzungen und der Höhe nach begrenzt — in § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Unterhaltsleistungen an den geschiedenen oder getrennt lebenden Ehegatten — Realsplitting) und — u. a. für Leistungen von Kindern an ihre Eltern — in § 33 a Abs. 1 EStG (außergewöhnliche Belastung in besonderen Fällen) vor. Es wäre mit dem Verfassungsgebot der steuerrechtlichen Gleichbehandlung nicht zu vereinbaren, wenn Unterhaltszahlungen von Kindern an ihre Eltern aus dem einzigen Grunde steuerlich abziehbar wären, daß die Eltern in der Lage waren, ihren Kindern *Vermögen* zu übertragen. Das BVerfG hat — im Zusammenhang mit der Finanzierung von politischen Parteien durch Spenden — ausgesprochen, es dürfe nicht zugelassen werden, daß eine faktische Ungleichheit zu einer Privilegierung finanziell leistungsfähiger Bürger führe. Ob diese den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisierende Aussage die Steuergestaltungsmöglichkeiten unter Familienangehörigen von Verfassungen wegen generell einschränkt (so *Arndt*, *Steuerliche Vierteljahresschrift* — *StVj* — 1993, 2, 11), kann hier dahingestellt bleiben; sie ist jedenfalls bei der Begrenzung der abziehbaren Unterhaltsaufwendungen zu beachten. Das Willkürverbot ist demgegenüber nicht berührt, wenn der Gesetzgeber unter dem verfassungsrechtlich legitimierenden Gesichtspunkt des Vorbehalts von Vermögenserträgen einen „Transfer steuerlicher Leistungsfähigkeit“ (BVerfG, a. a. O.) zuläßt.

5. Nach Auffassung der Vorinstanz setzt die Charakterisierung der Versorgungsleistungen als vorbehaltene Vermögenserträge nur voraus, daß potentiell ertragbringendes Vermögen übertragen werde; es komme nicht darauf an, ob das Vermögen in der Hand des Übernehmers tatsächlich Erträge erbringe oder in seiner Substanz erhalten bleibe. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Entscheidend ist, ob ein Vertrag dem Typus der am Modell der Hof- und Geschäftsübergabe entwickelten steuerrechtlichen Vermögensübergabe entspricht. Hiernach kann beispielsweise der Übernehmer eines landwirtschaftlichen Hofes Altersleistungen auch in den Jahren als dauernde Last abziehen, in denen er Verluste aus Landwirtschaft erwirtschaftet.

Zwar hat der XI. Senat des BFH mit Urteil vom 23. 1. 1992 XI R 6/87 (BFHE 167, 86, BSStBl II 1992, 526) unter Bezugnahme auf die Vorentscheidung dieses Revisionsverfahrens ausgeführt, es sei nicht Voraussetzung für die Anerkennung einer privaten Versorgungsrente als dauernde Last, daß sie aus Erträgen des übertragenen Vermögens geleistet werden könne; es sei „lediglich auf die typischerweise gegebene Situation“ abzustellen. Hiernach soll eine private Versorgungsrente und keine Unterhaltsrente vorliegen, wenn der Wert des übertragenen Vermögens zumindest die Hälfte des Kapitalwerts der Versorgungsleistungen ausmacht (Abschn. 123 Abs. 3 EStR).

Der erkennende Senat läßt dahingestellt, ob er sich dem anschließen könnte. Die Bemerkung des Großen Senats zur Vergleichsrechnung des Abschn. 123 Abs. 3 EStR setzt voraus, daß überhaupt eine Vermögensübergabe vorliegt. Dieser Vertrag ist nach Darlegung des Großen Senats u. a. charakterisiert worden durch das Zurückbehalten von Erträgen sowie dadurch, daß die Beteiligten „den übertragenen Betrieb der Familie erhalten wollen“; die besondere Art der Versorgungsleistungen muß die „Folgerung aus der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder“ sein. Diese den Typus begründenden Voraussetzungen sind jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn sich — wie hier — der Übergeber alle Erträge mittels Nießbrauchs vorbehält und zusätzliche Versorgungsleistungen typischerweise aus der Substanz des übertragenen Vermögens bestritten werden müssen.

6. Da das Urteil des FG von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist und sich sein Urteil auch nicht im rechtlichen Ergebnis als zutreffend erweist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die spruchreife Klage ist abzuweisen.

31. EStG § 9 a Satz 1 Nr. 3, § 12 Nr. 2, § 22 Nr. 1 Sätze 1 und 2, § 24 a (*Altenteilsleistungen zugunsten der Ehefrau des Hofübergebers*)

Überträgt der Alleineigentümer einen landwirtschaftlichen Betrieb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und werden hierbei Altenteilsleistungen auch zugunsten seiner Ehefrau als Gesamtberechtigter vereinbart, hat auch diese insoweit im Regelfall eigene Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen. Ihr stehen der Pauschbetrag für Werbungskosten (§ 9 a Satz 1 Nr. 3 EStG) und der Altersentlastungsbetrag (§ 24 a EStG) gleichfalls zu.

BFH, Urteil vom 22. 9. 1993 — X R 48/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Eheleute und wurden für das Streitjahr 1987 zur Einkommensteuer zusammenveranlagt. Der Kläger ist im Jahre 1919, die Klägerin im Jahre 1922 geboren.

Der Kläger war Alleineigentümer eines landwirtschaftlichen Grundbesitzes. Mit Vertrag vom 20. 2. 1984 übertrug er den Grundbesitz auf seinen Sohn. Dieser verpflichtete sich (§ 4 des Vertrages), „seinen Eltern“ auf dem übertragenen Grundbesitz ein lebenslanges Altenteilsrecht (u. a. freie Wohnung, freie Lieferung von Heizung, Strom und Wasser, freie Kost, Hege und Pflege „in guten und kranken Tagen“ und ein bares Altenteil in Höhe von monatlich 500 DM zu gewähren. Die Vertragsschließenden bewilligten und beantragten die Eintragung der Altenteilsrechte „für die Altenteiler als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB im Grundbuch“.

In ihrer Einkommensteuererklärung für 1987 gaben die Kläger die Höhe der wiederkehrenden Bezüge mit 13 794 DM an. Sie rechneten

ten sich die Bezüge jeweils zur Hälfte zu. Demgegenüber setzte der Beklagte (das Finanzamt — FA —) die Bezüge in voller Höhe beim Kläger an; er berücksichtigte nur beim Kläger einen Altersentlastungsbetrag (§ 24 a des Einkommensteuergesetzes — EStG —) in Höhe von 3 000 DM (Höchstbetrag) und setzte die Steuer nach einem zu versteuernden Einkommen von 10 157 DM fest. Mit dem Einspruch beehrten die Kläger, nach Berücksichtigung einer hälftigen Zurechnung der wiederkehrenden Bezüge den Altersentlastungsbetrag zweifach in Höhe von jeweils 2 718 DM anzuerkennen und die Einkommensteuer auf 0 DM festzusetzen.

Das Finanzgericht (FG) hat der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage stattgegeben. Sein Urteil ist veröffentlicht in EFG 1992, 531.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts.

Es beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung — FGO —).

1. Nach § 2 Abs. 3 EStG wird zur Ermittlung des Gesamtbetrages der Einkünfte die Summe der Einkünfte u. a. um den Altersentlastungsbetrag vermindert. Altersentlastungsbetrag ist nach § 24 a Satz 1 EStG (in der für das Streitjahr 1987 geltenden Fassung) ein Betrag von 40 v.H. des Arbeitslohns und der Summe der positiven Einkünfte, die nicht solche aus nichtselbständiger Arbeit sind, höchstens jedoch ein Betrag von 3 000 DM im Kalenderjahr. Nach Maßgabe des § 24 a Satz 2 EStG bleiben bestimmte Versorgungsbezüge bzw. Alterseinkünfte bei der Bemessung des Betrages außer Betracht. Im Fall der Zusammenveranlagung von Ehegatten zur Einkommensteuer ist diese Regelung gem. § 24 a Satz 4 EStG „für jeden Ehegatten gesondert anzuwenden“.

Das FG hat rechtsfehlerfrei entschieden, daß die Klägerin selbst Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) bezogen hat und daß deswegen auch ihr der Altersentlastungsbetrag zusteht.

2. Die parallel gelagerte Frage, ob jedem der Altenteiler, die nach Übergabe eines Hofes durch den Alleineigentümer-Ehegatten nach § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG steuerbare Altenteilsleistungen beziehen, der Werbungskosten-Pauschbetrag nach § 9 a Satz 1 Nr. 3 EStG zusteht, hat der Senat durch Urteil vom heutigen Tage X R 126/92 (nicht zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt) bejaht. Der Abzugsbetrag des § 24 a EStG kann — ebenso wie der Pauschbetrag des § 9 a Satz 1 Nr. 3 EStG — jedem der zusammenveranlagten Eheleute gewährt werden, wenn er selbst Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) hat (im Ergebnis ebenso *Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, Teil A Rdnr. 739; *Leingärtner/Zaisch*, Die Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirtschaft, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 1755). Dies ist dann der Fall, wenn er bürgerlich-rechtlicher Gläubiger einer Forderung auf Unterhalt ist und freiwillige Unterhaltsleistungen (§ 12 Nr. 2 EStG) und damit nichtsteuerbare Zuwendungen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) des Übernehmers an diesen Ehegatten deswegen nicht vorliegen, weil diese Leistungen „durch die Betriebsübergabe notwendig geworden sind“.

3. Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Erzielung von Einkünften erfüllt. Auf der Grundlage dieses Rechtssatzes hat der Große Senat des

Bundesfinanzhofs (BFH) mit Beschluß vom 29. 11. 1982 GrS 1/81 (BFHE 137, 433, 438 f., BStBl II 1983, 272, 274) für die Zurechnung von Einkünften aus Kapitalvermögen und aus Gewerbebetrieb (§ 20 Abs. 1 und 3 EStG) entschieden, daß den Tatbestand der Einkünfterzielung nicht nur erfüllt, wer selbst ursprünglich Kapitalvermögen durch Entgelt zur Nutzung überlassen hat. Das gleiche gilt vielmehr auch für dessen Nachfolger in dem Rechtsverhältnis, das der Überlassung des Kapitals zur Nutzung zugrunde liegt, soweit ihm die Einnahmen aus Kapitalvermögen gebühren. Durch die Folgerechtsprechung ist z. B. anerkannt worden, daß ein Kind aus einem geschenkten Guthaben steuerrechtlich eigene Einkünfte bezieht, wenn die Guthabensforderung endgültig in das Vermögen des Kindes übergegangen ist (BFH-Urteil vom 24. 4. 1990 VIII R 170/83, BFHE 160, 256, BStBl II 1990, 539). Einem Gesamtgläubiger i. S. von § 428 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sind Zinsen als Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen, soweit sie ihm bürgerlich-rechtlich gebühren (BFH-Urteil vom 10. 12. 1985 VIII R 15/83, BFHE 145, 538, BStBl II 1986, 342).

Diese Grundaussage über die Zurechnung von Einkünften gilt auch für die Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen. Aufgrund ihrer zivilrechtlichen Mitberechtigung als Gesamtgläubigerin (§ 428 BGB) hat die Klägerin gegenüber dem Verpflichteten eine eigene Forderung erlangt. Mit der Realisierung der ihr selbst aus dem Dauerschuldverhältnis geschuldeten Leistungen, die „ihr gebühren“, fließen ihr eigene Einkünfte zu.

Zivilrechtlich haben die Unterhaltsansprüche beider Altenteiler dieselbe Rechtsqualität. Die Begründung jeweils selbständiger Forderungsrechte der Kläger auf Unterhalt war, wie sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 428 BGB ergibt, von den Vertragsschließenden gewollt. Nach dieser Vorschrift darf, soweit sich nicht aus § 429 BGB Besonderheiten ergeben, jeder von mehreren Gläubigern die ganze Leistung fordern. Werden höchstpersönliche Leistungen — z. B. „Wart und Pflege“ — geschuldet, kann jeder Gläubiger die Leistungen an den verlangen, für den sie inhaltlich bestimmt ist. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in seinem Beschluß vom 21. 5. 1975 BReg. 2 Z 29/75 (BayObLGZ 1975, 191, 194 f. [= MittBayNot 1975, 167 = DNotZ 1975, 619]) hierzu ausgeführt, diese Rechtsgestaltung biete sich gerade für Austragsleistungen an Pflegebedürftige an, ermögliche sie doch jedem der Gläubiger, die Leistung auch hinsichtlich solcher Mitberechtigter zu verlangen, die wegen ihrer Pflegebedürftigkeit zur Geltendmachung und Durchsetzung ihres Anspruchs nicht mehr in der Lage seien.

4. Die Versorgungsleistungen sind der Klägerin nicht i. S. von § 12 Nr. 2, § 22 Nr. 1 Satz 2 EStG zugewendet.

Die in sachlichem Zusammenhang mit der Übergabe z. B. eines Hofes vereinbarten Altenteilsleistungen sind „eine besondere Art von Versorgungsleistungen, die durch die Betriebsübergabe notwendig geworden sind“ (vgl. BFH-Beschluß des Großen Senats vom 15. 7. 1991 GrS 1/90, BFHE 165, 225, 239, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67], unter Bezugnahme auf die BFH-Urteile vom 2. 2. 1956 IV 217/54 U, BFHE 62, 235, BStBl III 1956, 88, und vom 28. 7. 1983 IV R 174/80, BFHE 139, 367, BStBl II 1984, 97 [= MittBayNot 1984, 104]). Zur Charakterisierung der Versorgungsleistungen als vorbehaltene Vermögenserträge hat sich der Große Senat des BFH (a. a. O.)

u. a. auf das Urteil des Reichsfinanzhofs (RFH) vom 1. 2. 1933 VI A 2056/32 (RStBl 1933, 583) bezogen, nach welchem es wirtschaftlich auch so angesehen werden könne, „als ob die Eltern sich von ihrem Vermögen an Ertragswert das zurückbehielten, was für sie zur Lebenshaltung nötig ist“. Bereits der RFH habe in dieser Entscheidung anerkannt, daß Sinn und Zweck der Versorgungsleistungen regelmäßig „nicht die (selbständige) Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht ist“, sondern die „Folgerung aus der Übergabe von Vermögen seitens der Eltern an die Kinder“. Die Aussage des IV. Senats des BFH in BFHE 139, 367, 373, BStBl II 1984, 97, 100 [= MittBayNot 1984, 104], bei Altenteilsleistungen handele es sich um „eine besondere Art von privaten Versorgungsleistungen, die durch die Betriebsübergabe notwendig geworden sind“, entspricht allgemeiner Auffassung.

Auszugehen ist von der typischen Situation der Altenteiler bei einer Hofübergabe.

Bezogen auf den Altenteiler, der nicht Hofeigentümer war, bedeutet dies: Seinen Anspruch auf Unterhalt, der bislang gegen den Ehegatten gerichtet war, kann jener nicht mehr erfüllen; in Folge der Hofübergabe muß der Übernehmer des Vermögens *beide* Eltern unterhalten. Deren beider Ansprüche gegen den Übernehmer auf Unterhalt haben ihre Ursache in der Hofübergabe; die vertragliche Regelung dieser Ansprüche dient der wirtschaftlichen Sicherung beider Elternteile gleichermaßen. Indem der Ehegatte, der nicht Hofeigentümer ist, der Übergabe des Hofes an die nächste Generation zustimmt, nimmt er eine Minderung späterer erbrechtlicher Ansprüche und — freilich nur möglicher — Ansprüche aus der Beendigung des Güterstandes in Kauf. Ist der Hof die wirtschaftliche Grundlage der Familie, muß der Unterhalt durch Versorgungsleistungen sichergestellt werden. Aus diesem Grunde räumt § 14 Abs. 2 HöfeO dem Ehegatten, der als Miterbe oder Pflichtteilsberechtigter u. a. auf „die Abfindung nach dem Erbfall“ (§ 12 HöfeO) verzichtet, ein gesetzliches Altenteil ein. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß der überlebende Ehegatte, der nicht Hoferbe wird, aufgrund der ehelichen Lebensgemeinschaft und der auf dieser Grundlage für den Hof regelmäßig erbrachten Arbeitsleistungen eine besondere Sicherstellung verdient (vgl. *Wöhrmann/Stöcker*, Das Landwirtschafts-erbrecht, 5. Aufl. 1988, A. Das Höferecht, § 14 Rdnr. 1). Dieser Rechtsgedanke trägt die Annahme, daß dieser Ehegatte, der durch seine Mitwirkung bei der Weitergabe der Existenzgrundlage an die Kinder zumindest im wirtschaftlichen Sinne über „eigenes“ Vermögen verfügt, ein originär eigenes Altenteilsrecht hat. Die Vorstellung des FA, nur der frühere Hofeigentümer erhalte vom Übernehmer Unterhaltsleistungen, die er — teilweise — mittels nichtsteuerbarer Zuwendung (§ 22 Nr. 1 Satz 2 EStG) an den Ehegatten weiterleite, ist mit der zivil- und steuerrechtlichen Rechtsnatur der Hofübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht vereinbar.

Die Einkünfte sind auf die Eltern — in der Regel je zur Hälfte — aufzuteilen (im Ergebnis ebenso *Leingärtner/Zaisch*, a. a. O., Rdnr. 1755). Hiernach ist die Herabsetzung der Einkommensteuer auf 0 DM im Ergebnis zutreffend.

32. EStG § 7, § 7 b, § 9 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Nr. 7; EStDV § 11 d Abs. 1, §§ 82 a, 82 b; BGB § 1922 (*Keine AfA-Befugnis für Vermächtnisnießbraucher*)

Ein Vermächtnisnießbraucher kann entgegen Tz. 51, 41 des BMF-Schreibens vom 15. 11. 1984 IV B 1 — S 2253 — 139/84 (BStBl I 1984, 561) AfA aufgrund von Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Erblassers nicht in Anspruch nehmen.

BFH, Urteil vom 28. 9. 1993 — IX R 156/88 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Johann Frank*, Greding

Aus dem Tatbestand:

Der im Jahre 1976 verstorbene Ehemann der im Jahre 1934 geborenen Klägerin war Eigentümer eines mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks. Mit gemeinschaftlichem Testament vom 23. 5. 1966 setzten die Eheleute ihre beiden Töchter zu gleichen Teilen als Erbinnen ein. Der überlebende Ehegatte sollte als Vermächtnis u. a. den Nießbrauch am Nachlaß des Erstversterbenden erhalten. Der Nießbrauch sollte im Falle der Eingehung einer neuen Ehe, im übrigen aber mit dem Tode des überlebenden Ehegatten enden.

Da nach dem Tode des Ehemanns der Klägerin eine Vermietung des Wohn- und Geschäftshauses sich als nicht kostendeckend erwies, veräußerten die damals minderjährigen Töchter, vertreten durch zwei Ergänzungspfleger, das Grundstück mit Wirkung vom 1. 2. 1977. Sie erwarben anstelle dieses Grundstücks zu je 1/2 ein mit einem Zweifamilienhaus bebautes Grundstück. Zugleich bestellten sie der Klägerin in Erfüllung des Testaments ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem Zweifamilienhausgrundstück. Das Nutzungsrecht der Klägerin wurde im Grundbuch eingetragen.

Der Beklagte (das Finanzamt — FA —) rechnete bei seiner Veranlagung der Klägerin zur Einkommensteuer des Streitjahres 1977 ihr sämtliche Einnahmen des Wohn- und Geschäftshauses und auch des Zweifamilienhauses zu. Das FA versagte es ihr jedoch, bei ihren Einkünften aus dem Wohn- und Geschäftshaus Absetzungen für Abnutzung (AfA) nach § 7 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes (EStG) von 136 DM und erhöhte Absetzungen nach § 82 a der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) von 288 DM als Werbungskosten abzuziehen. Außerdem erkannte es bei ihren Einkünften aus dem Zweifamilienhaus erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG von 10 000 DM, AfA nach § 7 Abs. 4 EStG von 205 DM und von der Klägerin getragenen, nach § 82 b EStDV auf fünf Jahre verteilten Instandhaltungsaufwand von 10 560 DM, von dem 2 112 DM auf das Streitjahr entfielen, nicht als Werbungskosten an. Das FA sah die Klägerin als Vermächtnisnießbraucherin nicht als AfA-berechtigt an. Den Instandhaltungsaufwand zu tragen, habe nicht ihr, sondern ihren Töchtern als Eigentümerinnen obliegen.

Das Finanzgericht (FG) gab der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage statt. Es hielt die Klägerin unter entsprechender Anwendung von § 11 d Abs. 1 EStDV für berechtigt, erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG und AfA aufgrund der Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Erblassers in Anspruch zu nehmen.

Das FA rügt mit seiner Revision Verletzung von § 7 Abs. 4 und § 7 b EStG. . . .

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Entscheidung in der Sache selbst (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

1. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, weil das FG rechtsfehlerhaft die Klägerin als Vermächtnisnießbraucherin für berechtigt gehalten hat, erhöhte Absetzungen und AfA auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für

das vom Erblasser hinterlassene Wohn- und Geschäftshaus und auf das als Ersatz hierfür von den Erbinnen angeschaffte Zweifamilienhaus in Anspruch zu nehmen.

a) Grundsätzlich ist derjenige befugt, AfA nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG i. V. m. § 7 Abs. 4 EStG geltend zu machen, der den Tatbestand der Vermietung nach § 21 Abs. 1 EStG erfüllt und die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Wirtschaftsgut getragen hat. Die Befugnis setzt nicht zwingend voraus, daß er bürgerlich-rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer ist (Urteil des BFH vom 24. 4. 1990 IX R 9/86, BFHE 160, 522, BStBl II 1990, 888). Entsprechendes gilt für das Recht, erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG oder § 82 a EStDV in Anspruch zu nehmen (BFH-Urteil vom 15. 5. 1990 IX R 21/86, BFHE 162, 26, BStBl II 1992, 67 [= MittBayNot 1992, 354]).

Aufgrund dessen hat die Rechtsprechung das Recht auf erhöhte Absetzungen oder AfA auch einem Vorbehaltsnießbraucher zugesprochen, der die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hatte, bevor er das Grundstück unter dem Vorbehalt eines Nießbrauchs einem Angehörigen schenkte, und der nunmehr aufgrund seines Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Wer hingegen ein Objekt aufgrund eines ihm unentgeltlich zugewendeten Nießbrauchsrechts nutzt, kann keine AfA oder erhöhten Absetzungen in Anspruch nehmen, wenn nicht er, sondern der Eigentümer die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hat. Diese stellen für den aufgrund des unentgeltlich zugewendeten Rechts nutzenden Nießbraucher nicht abziehbaren Drittaufwand dar (BFH-Urteil in BFHE 160, 522, BStBl II 1990, 888; in BFHE 162, 26, BStBl II 1992, 67 [= MittBayNot 1992, 354], und Vorlagebeschluß vom 9. 7. 1992 IV R 115/90, BFHE 169, 56, BStBl II 1992, 948).

b) Ein Vermächtnisnießbraucher — wie die Klägerin — wird allerdings im Schrifttum und bisher auch von der Verwaltung ebenso wie ein Vorbehaltsnießbraucher als AfA-befugt angesehen. Die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des früheren Eigentümers und Erblassers seien ihm als dessen partiellem Gesamtrechtsnachfolger nach den Grundsätzen des BFH-Urteils vom 5. 8. 1971 IV 243/65 (BFHE 103, 345, BStBl II 1972, 114 [= MittBayNot 1972, 92]) zuzurechnen. Er müsse so gestellt werden, wie wenn der Erblasser das Grundstück noch zu seinen Lebzeiten auf den Vermächtnisnehmer übertragen und dieser es dann unter Nießbrauchsvorbehalt an den Erben weiter übereignet hätte (*L. Schmidt*, FR 1982, 598; *Schmidt/Drenseck*, Einkommensteuergesetz, § 7 Anm. 3 e — 9 —; *Stephan in Littmann/Bitz/Meincke*, § 21 EStG Rdnr. 23; Schreiben des BMF vom 15. 11. 1984 IV B 1 — S 2253 — 139/84, BStBl I 1984, 561 Tz. 51 [= MittBayNot 1984, 278 ff.]). Entgegen der vorstehenden Beurteilung hält der Senat jedoch einen Vermächtnisnießbraucher nicht für berechtigt, erhöhte Absetzungen oder AfA des Erblassers fortzusetzen. Denn die vom Erblasser getragenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind nach dessen Tode nicht dem Vermächtnisnießbraucher, sondern dem Erben als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers zuzurechnen.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 11 d Abs. 1 EStDV. Bei den nicht zu einem Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern, die ein Steuerpflichtiger unentgeltlich erworben hat, bemessen sich die AfA nach dieser Vorschrift grundsätzlich nach den Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Rechtsvorgängers. Aus dieser Vorschrift ergibt

sich nicht, wem als Rechtsnachfolger die Anschaffungs- oder Herstellungskosten seines Rechtsvorgängers zuzurechnen sind. Dies ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen. § 11 d Abs. 1 EStDV regelt demgegenüber — entsprechend der Ermächtigung in § 51 Abs. 1 Nr. 2 p EStG — nur die Bemessungsgrundlage und den Abzugszeitraum für die Absetzungen des Rechtsnachfolgers (BFH-Urteile vom 4. 9. 1990 IX R 197/87, BFHE 162, 404, BStBl II 1992, 69; vom 4. 12. 1991 X R 89/90, BFHE 166, 346, BStBl II 1992, 295).

Die vom Erblasser getragenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten sind nach dessen Tode nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Erben und nicht dem Vermächtnisnießbraucher zuzurechnen. Denn mit dem Tode des Erblassers geht sein Vermögen und damit auch das Wirtschaftsgut, das der Erblasser mit dem strittigen Aufwand angeschafft oder hergestellt hat, auf den Erben als Gesamtrechtsnachfolger über (§ 1922 BGB). Der Vermächtnisnießbraucher hingegen kann vom Erben aufgrund der letztwilligen Verfügung des Erblassers nur die Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechts verlangen.

Abweichend hiervon hatte der BFH allerdings in seinem Urteil in BFHE 103, 345, BStBl II 1972, 114 [= MittBayNot 1972, 92] die Fiktion aufgestellt, der Gegenstand des Vermächtnisses gehe mit dem Tode des Erblassers unmittelbar auf den Vermächtnisnehmer über. Diese Beurteilung des Vermächtnisnießbrauchers als partiellen Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers, die der Bejahung der AfA-Berechtigung des Vermächtnisnießbrauchers zugrunde liegt, ist jedoch durch den Beschluß des Großen Senats des BFH vom 5. 7. 1990 GrS 2/89 (BFHE 161, 332, BStBl II 1990, 837 [= MittBayNot 1990, 368]) zur Erbaueinsetzung überholt. Dort hat der BFH sowohl für den Bereich des Betriebsvermögens als auch für den des Privatvermögens die steuerrechtliche Fiktion einer rechtlichen Einheit von Erbfall und Erbaueinsetzung aufgegeben. Damit bleibt auch kein Raum mehr für die Vorstellung, der Vermächtnisnehmer erwerbe den Gegenstand des Vermächtnisses unmittelbar vom Erblasser. Auch der Gegenstand eines Vermächtnisses geht als Teil des Nachlasses auf den Erben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über. Gehört ein vermachtes Wirtschaftsgut zu einem Betriebsvermögen, so muß der Erbe es zur Erfüllung des Vermächtnisses aus seinem Betriebsvermögen entnehmen. Entgegen der früheren Auffassung obliegt es ihm — und nicht dem Vermächtnisnehmer —, den Entnahmegewinn zu versteuern. Der Vermächtnisnehmer kann das Wirtschaftsgut ggf. in sein Betriebsvermögen zum Teilwert einlegen.

c) Der erkennende Senat verkennt nicht, daß der Vermächtnisnießbrauch bürgerlich-rechtlich seinen Rechtsgrund in der letztwilligen Zuwendung des Nutzungsrechts durch den Erblasser hat, während der Erbe das Vermächtnis des Erblassers mit der Bestellung des Vermächtnisnießbrauchs erfüllt (vgl. hierzu *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, Köln 1992, S. 387 ff.). Dies vermag jedoch an der Zurechnung der vom Erblasser getragenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten nach seinem Tode beim Erben nichts zu ändern. Der Erbe erwirbt das mit dem Aufwand des Erblassers angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgut als dessen Gesamtrechtsnachfolger. Er behält auch das Eigentum hieran nach der Bestellung des Nießbrauchs. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann der Erbe die Zurechnung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten nicht durch eine unentgeltliche Zuwendung zugunsten des Vermächtnisnießbrauchers ändern.

Die steuerrechtliche Zuordnung unterliegt nicht der vertraglichen Disposition.

d) Die Entscheidung des erkennenden Senats wird nicht berührt von der Vorlage der Frage durch den IV. Senat an den Großen Senat lt. Beschluß in BFHE 169, 56, BStBl II 1992, 948, ob im Falle der unentgeltlichen Nutzungsüberlassung durch Angehörige der diesen entstandene Aufwand beim Nutzenden als sog. Drittaufwand berücksichtigt werden kann. Im vorliegenden Fall wird nicht um die Abziehbarkeit von Drittaufwand gestritten, sondern darum, wer als Rechtsnachfolger des Erblassers berechtigt ist, AFA aufgrund von dessen Anschaffungs- oder Herstellungskosten in Anspruch zu nehmen. Aus diesem Grunde kommt — entgegen der Auffassung der Klägerin — keine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Großen Senats in der vorstehenden Vorlegesache in Betracht.

Da das FG von einer anderen Rechtsauffassung ausgegangen ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif.

a) ...

b) Dennoch ist die Klage teilweise begründet.

Die Klägerin kann — entgegen der Auffassung des FA — die von ihr getragenen Instandhaltungsaufwendungen auf das Zweifamilienhaus nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG i. V. m. § 82 b Abs. 1 EStDV — antragsgemäß auf fünf Jahre verteilt — im Streitjahr mit 1/5 von 10 560 DM = 2 112 DM als Werbungskosten absetzen.

Die Vorinstanz hat festgestellt, daß bei den Aufwendungen auf das Zweifamilienhaus die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme von Instandhaltungskosten vorliegen. Diese tatsächliche Würdigung durch das FG ist möglich. Der erkennende Senat ist an sie gem. § 118 Abs. 2 FGO gebunden (Senatsentscheidung vom 19. 6. 1991 IX R 1/87, BFHE 165, 355, BStBl II 1992, 73).

Das FA kann gegen einen Abzug dieses Aufwands als Werbungskosten durch die Klägerin nicht einwenden, dem stehe § 12 Nr. 2 EStG entgegen. Allerdings ist eine Zuwendung im Sinne dieser Vorschrift anzunehmen, wenn ein Nießbraucher außergewöhnliche Aufwendungen auf den Nießbrauchsgegenstand macht, den zu tragen er nicht kraft Vertrags oder kraft Gesetzes (§ 1041 BGB) verpflichtet ist, sofern er einen gesetzlichen Erstattungsanspruch nach § 1049 i. V. m. §§ 677, 670, 683, 684 Satz 2 BGB nicht geltend macht (Urteil des erkennenden Senats vom 14. 11. 1989 IX R 110/85, BFHE 159, 442, BStBl II 1990, 462; BFH-Urteil vom 10. 4. 1991 XI R 13/87, BFH/NV 1991, 740).

Einen solchen Erstattungsanspruch, auf den die Klägerin verzichtet haben könnte, verneint der Senat jedoch im Anschluß an das Urteil des XI. Senats in BFH/NV 1991, 740. Selbst wenn es sich bei den Instandhaltungsarbeiten um außergewöhnliche gehandelt haben sollte, kann die Klägerin keinen Ersatz nach § 683 BGB als Geschäftsführerin ohne Auftrag von ihren Töchtern beanspruchen. Denn sie führte die Instandhaltung im eigenen Interesse durch. Der Nutzen dieser Maßnahmen erscheint kürzer als die Dauer des lebenslänglichen Nießbrauchs der im Streitjahr 43 Jahre alten Klägerin.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch das Schreiben des BMF vom 22. 4. 1994 in diesem Heft S. 282.

33. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 516 ff. (*Schenkungsteuerpflicht unbenannter Zuwendungen*)

Sogenannte unbenannte (ehebedingte) Zuwendungen sind nicht deswegen von der Schenkungsteuer ausgenommen, weil sie — wegen ihres spezifisch ehebezogenen Charakters — nach herrschender zivilrechtlicher Auffassung keine Schenkungen i. S. der §§ 516 ff. BGB darstellen. Die Schenkungsteuerpflicht unbenannter Zuwendungen beurteilt sich — nicht anders als bei sonstigen Zuwendungen — nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974. Die danach unter anderem erforderliche objektive Unentgeltlichkeit der Leistung kann nicht allein deswegen verneint werden, weil der unbenannten Zuwendung besondere ehebezogene Motive zugrunde liegen, etwa dahingehend, daß die Zuwendung dem „Ausgleich für geleistete Mitarbeit“ des bedachten Ehegatten oder dessen „angemessener Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens“ dienen soll (teilweise Abkehr vom BFH-Urteil in BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= MittBayNot 1985, 155]).

BFH, Urteil vom 2. 3. 1994 — II R 59/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und ihr Ehemann sind seit 1961 verheiratet. Sie haben drei gemeinsame Kinder und leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Bei Beginn der Ehe verfügte die Klägerin über geringfügiges Vermögen. Am 1. 1. 1982 betrug ihr aus einer Erbschaft resultierendes Vermögen (Wertpapiere, Beteiligungen, Kapitalforderungen) ca. 2 Mio DM. Der Ehemann der Klägerin war zu Beginn der Ehe an der A-Gesellschaft beteiligt. Diese Beteiligung besaß am 1. 1. 1962 nach Angaben der Klägerin einen Wert von 135 000 DM. Daneben besaß der Ehemann ein Einfamilienhaus, das er 1966 für 330 000 DM verkaufte.

In den Jahren 1980 bis 1985 erzielten die Klägerin und ihr Ehemann Einkünfte in folgender Höhe:

	Gesamtbetrag der Einkünfte lt. Betriebsprüfungsbericht (abgerundet)	Ehemann	Ehefrau
1980	7 830 000 DM	7 766 200 DM	63 800 DM
1981	24 813 000 DM	24 750 820 DM	62 180 DM
1982	28 905 000 DM	28 841 650 DM	63 360 DM
1983	56 667 000 DM	56 523 560 DM	143 440 DM
1984	40 769 000 DM	40 613 850 DM	155 150 DM
1985	31 328 000 DM	31 159 170 DM	168 830 DM

Der Vermögensteuerbescheid auf den 1. 1. 1982 weist ein steuerpflichtiges Gesamtvermögen in Höhe von 84 335 000 DM aus. Bis auf den genannten Betrag von ca. 2 Mio DM gehörte das Vermögen dem Ehemann der Klägerin.

Am 10. 2. 1982 erwarb die Klägerin Anleihen im Nennwert von 1 Mio DM. Über das Depot war auch der Ehemann der Klägerin verfügungsbefugt. Der Kaufpreis von 997 355 DM zuzüglich Stückzinsen in Höhe von 5 145 DM wurde von dem Ehemann der Klägerin bezahlt.

Mit dem angefochtenen Schenkungsteuerbescheid vom 29. 3. 1989 unterwarf der Beklagte (das Finanzamt — FA —) diesen Vorgang der Schenkungsteuer.

Mit der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage begehrte die Klägerin, den angefochtenen Schenkungsteuerbescheid ersatzlos aufzuheben. Sie meint, die Übernahme der Kosten für die 1982 angeschafften Wertpapiere durch ihren Ehemann stelle keine steuerpflichtige Schenkung, sondern eine unbenannte Zuwendung dar.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage statt.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts. Es beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung — FGO —). Die Zuwendung des Geldbetrages in Höhe von 1 002 500 DM durch den Ehemann der Klägerin an diese stellte eine freigebige Zuwendung i. S. von § 7 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) 1974 an die Klägerin dar.

1. Die Zuwendung erfüllt den *objektiven Tatbestand* des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974. Nach dieser Bestimmung gilt als Schenkung unter Lebenden „jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird“. Der objektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung verlangt daher, daß die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt; sie muß (objektiv) unentgeltlich sein.

Nach der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung und der herrschenden Zivilrechtslehre, denen grundsätzlich auch für das Schenkungsteuerrecht zu folgen ist, „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 die Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht“ (Urteil des BGH vom 27. 11. 1991 IV ZR 164/90, NJW 1992, 564, m. w. N. [= MittBayNot 1992, 150 = DNotZ 1992, 513]).

Nach diesen Grundsätzen erfolgte die hier zu beurteilende Geldzuwendung *objektiv unentgeltlich*. Die Klägerin hatte auf diese Leistung weder einen Rechtsanspruch noch war die Zuwendung ihres Ehemannes im o. g. Sinne — d. h. synallagmatisch, konditional oder kausal — mit einer Gegenleistung der Klägerin verknüpft.

a) Eine *Gegenleistung* im vorgenannten Sinne kann zunächst nicht mit der Erwägung begründet werden, daß die Klägerin *in Zukunft* (weiterhin) unentgeltlich den gemeinsamen Haushalt führe, die gemeinsamen Kinder betreue und ihren Ehemann bei dessen geschäftlichen Aktivitäten unterstütze. Denn solche unentgeltlichen Tätigkeiten des mit der Zuwendung bedachten, keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgehenden Ehegatten können schon deshalb keine Gegenleistungen für eine Zuwendung des anderen Ehegatten sein, weil es sich dabei um ohnehin dem anderen Ehegatten geschuldete Beiträge zum Familienunterhalt handelt (vgl. §§ 1360, 1360 a BGB), die nach § 1360 b BGB im Zweifel auch dann nicht zu vergüten sind, wenn sie über das übliche Maß hinausgehen (BGH-Urteil in NJW 1992, 564, re. Sp. f. [= a. a. O.]). Selbst wenn der Ehegatte im Unternehmen des anderen mitarbeitet, erfolgt dies grundsätzlich unentgeltlich, sofern nicht die Ehepartner — was im Streitfall nicht in Betracht kommt — etwas anderes — etwa durch Abschluß eines Arbeitsvertrages — vereinbart haben (vgl. z. B. BGH-Urteil vom 13. 3. 1978 VIII ZR 241/76, BGHZ 71, 61, 67, m. w. N.).

b) Aus denselben Gründen kann eine Gegenleistung für eine Zuwendung entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht auch nicht darin gesehen werden, daß sie die unter a) beschriebenen unentgeltlichen Leistungen in der *Vergangenheit* (während eines langen Zeitraums) erbracht hat. Zwar ist nicht zu verkennen, daß der Zuwendung des Ehemannes angesichts dieser „Vorleistungen“ der Klägerin (zugleich) der Charakter einer Anerkennung (*Belohnung*) zukam. Jedoch ging es dabei nicht um die Bezahlung (*Entlohnung*) von Leistungen, nämlich um die für den Geschäftsverkehr bestimmte Ebene, auf der Leistung und Gegenleistung rechtlich miteinander verknüpft werden. Vielmehr ist in dieser Anerkennung eine Haltung des Ehemannes zu sehen, die den Schenker einer belohnenden (remuneratorischen) Schenkung kennzeichnet (BGH-Urteil in NJW 1992, 564, 565 [= MittBayNot 1992, 150 = DNotZ 1992, 513]).

c) Eine (rechtliche) Verpflichtung des Ehemannes der Klägerin zur Zahlung des genannten Geldbetrages ergab sich auch nicht aus einem Anspruch der Klägerin auf Zugewinnausgleich; denn ein solcher Anspruch existierte im Zeitpunkt der Zuwendung nicht.

Der Anspruch auf Zugewinnausgleich entsteht — wenn nicht ausnahmsweise, was hier nicht in Betracht kommt, die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Zugewinnausgleich vorliegen (§§ 1385 f. BGB) — erst mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes (§ 1363 Abs. 2 Satz 2 BGB). Bis zu diesem Zeitpunkt können sich im übrigen unter Umständen noch gravierende Veränderungen dahingehend ergeben, daß eine Zugewinnausgleichsforderung in der Person des Zuwendungsempfängers entweder überhaupt nicht oder nicht in der im Zeitpunkt der Zuwendung erwarteten Höhe entsteht oder daß der Zuwendungsempfänger umgekehrt sogar Schuldner einer Zugewinnausgleichsforderung wird (vgl. auch *Schotten*, NJW 1990, 2841, 2846, re. Sp.).

Aus denselben Gründen läßt sich auch nicht annehmen, der zuwendende Ehegatte erhalte für seine Zuwendung deshalb eine *Gegenleistung*, weil er für den Fall einer ihn später evtl. treffenden Zugewinnausgleichsverpflichtung diese Schuld gem. § 1380 Abs. 1 BGB um den Wert der Zuwendung kürzen könne. Daß dieser Aspekt nicht geeignet ist, die Erfüllung des Tatbestands der freigebigen Zuwendung auszuschließen, belegt überdies auch § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG 1974. Hätte der Gesetzgeber den sog. vorweggenommenen Zugewinnausgleich für nicht steuerbar gehalten, so verlöre die Korrekturvorschrift des § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG 1974 ihren Sinn (s. auch *Gebel*, DStZ 1993, 451, 455).

d) Eine (objektive) Entgeltlichkeit der streitigen Zuwendung kann auch nicht auf die Erwägung gestützt werden, mit ihr sei der Ehemann der Klägerin seiner Verpflichtung zum *Vorsorgeunterhalt* nachgekommen.

Einen ausdrücklich geregelten Anspruch auf Vorsorgeunterhalt sieht das Gesetz nur für den geschiedenen und — nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens — für den getrenntlebenden Ehegatten vor (vgl. § 1578 Abs. 3, § 1361 Abs. 1 Satz 2 BGB). Diese Regelungen gewähren dem begünstigten Ehegatten einen — zweckgebundenen — Anspruch auf Versicherungsbeiträge, primär zur gesetzlichen Rentenversicherung (vgl. z. B. *Wacke* in MünchKomm, 3. Aufl., § 1361 Rdnr. 23, und *Richter* in MünchKomm, § 1578 Rdnr. 43 ff.).

Der Senat kann offenlassen, ob ein entsprechender Anspruch auf Vorsorgeunterhalt gem. § 1360 BGB auch bei intakter Ehe besteht. Jedenfalls deckt ein evtl. bestehender Anspruch des bedachten Ehegatten auf Vorsorgeunterhalt nicht die bereits gegenwärtige Übertragung von Vermögensgegenständen ab.

e) Der objektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung läßt sich bei Zuwendungen unter Ehegatten im gesetzlichen Güterstand auch nicht mit der pauschalen Begründung verneinen, die „potentielle Ausgleichspflicht des während der Ehe erzielten Vermögens (begründe) ein gemeinsames Familienvermögen“ (so *Willemer*, DB 1985, 1254, 1257), innerhalb dessen Vermögensverschiebungen zwischen den Ehegatten nicht zu Be- und Entreicherungen führen könnten. Es mag zwar sein, daß auch nicht in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten nicht selten von der (laienhaften, eher von einer faktischen und wirtschaftlichen Betrachtung geprägten) Vorstellung eines gemeinschaftlichen Ehevermögens ausgehen (vgl. *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970, 123). Das BGB entspricht jedoch dieser Vorstellung nur bei der Gütergemeinschaft und auch dort nur in bezug auf das Gesamtgut.

f) Die (objektive) „Entgeltlichkeit“ der Leistung des Ehemannes kann auch nicht darauf gestützt werden, daß eine sog. unbenannte („ehebedingte“, „ehebezogene“) Zuwendung an die Klägerin vorgelegen habe.

aa) Dem FG ist darin beizupflichten, daß es sich im vorliegenden Fall um eine solche unbenannte Zuwendung im Sinne der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung handelt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind Zuwendungen unter Ehegatten *in der Regel* nicht als Schenkungen i. S. der §§ 516 ff. BGB, sondern als „unbenannte Zuwendungen“ zu qualifizieren. Eine unbenannte (ehebedingte) Zuwendung ist nach der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung anzunehmen, wenn der Leistung die Vorstellung oder Erwartung des zuwendenden Ehegatten zugrunde liegt, daß die Ehe Bestand haben werde, oder wenn die Zuwendung (sonst) um der Ehe willen oder als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht wird und darin ihre Geschäftsgrundlage hat (vgl. z. B. BGH-Urteil in NJW 1992, 564, re. Sp., m. w. N. [= *MittBayNot* 1992, 150 = *DNotZ* 1992, 513]). Dazu gehören nicht nur solche Leistungen, die sich als „Ausgleich für geleistete Mitarbeit oder als angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens“ erweisen (vgl. Senatsurteil vom 28. 11. 1984 II R 133/83, BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= *MittBayNot* 1985, 155]). Vielmehr rechnen hierzu auch diejenigen Zuwendungen, „die ein Ehegatte dem anderen im Interesse einer haftungsmäßig günstigen Organisation des Familienvermögens, etwa durch dessen Verlagerung auf den betrieblich nicht haftenden Ehegatten macht“ (BGH-Urteil vom 17. 1. 1990 XII ZR 1/89, FamRZ 1990, 600, 601 [= *MittBayNot* 1990, 178 = *DNotZ* 1991, 492]) oder deren Zweck ganz allgemein auf die „Vermögensbildung in der Hand des begünstigten Ehegatten“ gerichtet ist (BGH-Urteil vom 15. 2. 1989 IV b ZR 105/87, FamRZ 1989, 599, 600 [= *MittBayNot* 1989, 157 = *DNotZ* 1989, 704]). Angesichts dieses weiten Verständnisses vom Begriff der „unbenannten Zuwendung“ besteht im Streitfall kein Zweifel, daß die Leistung des Ehemannes der Klägerin eine solche darstellte.

bb) Dem FG kann indessen nicht darin gefolgt werden, daß die streitige Zuwendung deshalb (objektiv) entgeltlich gewesen sei, weil sie sich zivilrechtlich als unbenannte Zuwendung darstellt; denn dies besagt nicht, daß für die Zuwendung ein Rechtsgrund besteht, sondern stellt (lediglich) eine besondere Bezeichnung für Zuwendungen im Rahmen der Ehe dar. Allein mit der Feststellung, daß sich eine bestimmte Leistung als „unbenannte Zuwendung“ im oben (unter aa) beschriebenen weiten Sinne erweist, ist daher für die Auslegung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974, namentlich für die Beurteilung der objektiven Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Zuwendung, nichts gewonnen. Die objektive Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Zuwendung beurteilt sich vielmehr ausschließlich nach den oben C I., vor a) dargelegten Grundsätzen. Für die Frage der (Un-)Entgeltlichkeit der unbenannten Zuwendung kommt es deshalb entgegen der Auffassung des FG nicht darauf an, ob die Leistung des Ehemannes — was das FG bejaht hat — einen „Ausgleich für geleistete Mitarbeit“ der Klägerin oder deren „angemessene Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens“ bewirken sollte und bewirkt hat. Soweit der erkennende Senat in seinem Urteil in BFHE 142, 511, BStBl II 1985, 159 [= *MittBayNot* 1985, 155] hierzu einen anderen Standpunkt eingenommen hat, hält er daran nicht mehr fest.

Zwar liegt — wie schon dargelegt — einer unbenannten Zuwendung die Vorstellung oder Erwartung zugrunde, daß die Ehe bzw. eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde. Diese ehebezogene Motivationslage (Geschäftsgrundlage) bildet jedoch keine „causa“ (keinen Rechtsgrund) im Sinne des Vertragsrechts, die einen (eigenständigen) Leistungsanspruch begründet. Sie bildet vielmehr lediglich einen — im Falle der Scheidung u. U. entfallenden — Rechtsgrund (eine „causa“ im weiteren Sinne) für das „Behaltendürfen“ einer ohne Rechtspflicht erbrachten unbenannten Zuwendung. Die Ehe als solche kann ohne zusätzliche vertragliche Vereinbarung nur solche Leistungsansprüche „begründen“, zu denen die Ehegatten bereits kraft Gesetzes (z. B. gem. § 1360 BGB) verpflichtet sind. Die Begründung darüber hinausgehender Ansprüche bedarf einer besonderen — vertraglichen — Grundlage (ausführlich *Sandweg*, NJW 1989, 1965, 1967, re. Sp. f., m. w. N.). Niemand ist also nur deswegen zur Übertragung von Teilen seines Vermögens auf seinen Ehegatten verpflichtet, weil eine Ehe (eheliche Lebensgemeinschaft) besteht. Eine völlig andere Frage ist es, ob und unter welchen Voraussetzungen der durch eine freigebige (d. h. ohne rechtliche Verpflichtung erbrachte) Zuwendung begünstigte Ehegatte den Zuwendungsgegenstand bzw. dessen Wert auf Verlangen des Zuwender-Ehegatten wieder „herausgeben“ muß.

cc) Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die für das Ehegüterrecht zuständigen Senate des BGH bisweilen angenommen haben, unbenannte Zuwendungen seien nicht als unentgeltliche anzusehen (vgl. z. B. BGH-Urteile vom 24. 3. 1983 IX ZR 62/82, BGHZ 87, 145, 146 [= *DNotZ* 1983, 690], und vom 5. 10. 1988 IV b ZR 52/87, FamRZ 1989, 147, 149). Die diesen Urteilen zugrundeliegenden Fälle betrafen ausschließlich vermögensrechtliche Streitigkeiten in Ehescheidungsachen, also Sachverhalte, in denen es allein um einen sachgerechten Interessenausgleich im Verhältnis der (geschiedenen) Ehegatten untereinander ging. In diesem ehedaten-internen Konfliktbereich hielt es der BGH für

sinnvoll und notwendig, Zuwendungen unter Ehegatten während der intakten Ehe im Regelfall nicht als unentgeltliche Verfügungen i. S. der §§ 516 ff. BGB zu qualifizieren, um sie insbesondere den regelmäßig „nicht passenden“ (BGH-Urteil vom 7.1.1972 IV ZR 231/69, NJW 1972, 580 [= MittBayNot 1972, 120]), weil zu engen und starren Vorschriften der §§ 528, 530 BGB zu entziehen und um sie in den (umfassenden) güterrechtlichen Ausgleich (vgl. z. B. §§ 1372 ff. BGB) einbeziehen und/oder dem auf § 242 BGB basierenden Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, das Raum für eine billige Abwägung der Umstände des Einzelfalles bietet, unterstellen zu können (grundlegend: BGH-Urteil in NJW 1972, 580 [= a. a. O.]).

Diese auf die besondere eherechtliche Konfliktlage für den Bereich der §§ 516 ff. BGB abstellende Interpretation des Begriffs der (Un-)Entgeltlichkeit ist für die steuerrechtliche Auslegung des objektiven Tatbestands des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 nicht maßgebend. Das folgt bereits daraus, daß jeder gesetzliche Tatbestand aus sich selbst heraus — nach seiner eigenen, spezifischen Teleologie — auszulegen ist. Dies gilt schon innerhalb des Normengefüges des BGB und des übrigen Zivilrechts. So hat der BGH unbenannte Zuwendungen namentlich dort als unentgeltliche Leistungen qualifiziert, wo die Lösung von Interessenkonflikten zwischen den Ehegatten bzw. einem von ihnen einerseits und dritten Personen andererseits geboten war (vgl. BGH-Urteile in NJW 1992, 564 [= MittBayNot 1992, 150 = DNotZ 1992, 513], betr. „beeinträchtigende Schenkungen“ i. S. von § 2287 BGB; in BGHZ 71, 61, betreffend die „Schenkungsanfechtung“ nach § 32 Nr. 2 KO; vom 28.2.1991 IX ZR 74/90, NJW 1991, 1610 [= MittBayNot 1991, 114 = DNotZ 1992, 38], betreffend „Schenkungsanfechtung“ nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG). Um so mehr gilt dies dann, wenn — wie hier — die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen in solchen Gesetzen in Betracht kommt, die ganz verschiedenen Teilrechtsordnungen (hier: Zivilrecht, dort: Steuerrecht) angehören.

2. Die hier zu beurteilende Zuwendung des Ehemannes der Klägerin erfüllt auch den *subjektiven Tatbestand* des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974.

Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats genügt zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung der (einseitige) Wille des Zuwendenden zur Unentgeltlichkeit. Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille im Sinne einer Bereicherungsabsicht („animus donandi“) ist nicht erforderlich (Urteile des BFH vom 5.3.1980 II R 148/76, BFHE 130, 179, BStBl II 1980, 402, 403; vom 10.9.1986 II R 81/84, BFHE 148, 69, BStBl II 1987, 80, 81 [= MittBayNot 1987, 111]; vom 27.4.1988 II R 53/82, BFH/NV 1989, 168, 169; vom 1.7.1992 II R 70/88, BFHE 168, 380, BStBl II 1992, 921, 923, und vom 1.7.1992 II R 12/90, BFHE 168, 390, BStBl II 1992, 925, 927).

Der „Wille zur Unentgeltlichkeit“ liegt nach der Rechtsprechung des Senats vor, wenn sich der Zuwendende der Unentgeltlichkeit der Zuwendung derart bewußt ist, daß er seine Leistung ohne Verpflichtung (und sei es auch nur in bezug auf eine Naturalobligation) und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung (oder einem Gemeinschaftszweck) erbringt (vgl. z. B. BFH-Urteile in BFHE 168, 380, BStBl II 1992, 921, 923, und in BFHE

168, 390, BStBl II 1992, 925, 927; *Mößlang*, NWB Fach 10, S. 479, 480). Anders ausgedrückt ist der Wille zur Unentgeltlichkeit dann gegeben, wenn der Zuwendende in dem Bewußtsein handelt, zu der Vermögenshingabe weder rechtlich verpflichtet zu sein noch dafür eine mit seiner Leistung in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Zusammenhang stehende Gegenleistung zu erhalten.

a) Der subjektive Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 entfällt daher, wenn der Zuwendende seine Leistung — wenn auch irrtümlich — als entgeltliche ansieht, wenn er also annimmt, entweder zu seiner Leistung rechtlich verpflichtet zu sein oder dafür eine Gegenleistung im oben beschriebenen Sinne zu erhalten. Allerdings schließt nicht jeder Irrtum des Zuwendenden über die Unentgeltlichkeit den subjektiven Tatbestand der freigebigen Zuwendung aus. Bei der „(Un-)Entgeltlichkeit“ handelt es sich um einen komplexen normativen („wertausfüllungsbedürftigen“) Begriff, dessen exakter Sinngehalt sich nur durch umfangreiche und komplizierte rechtliche Wertungen und Subsumtionen erschließt. Für die zutreffende — irrtumsausschließende — Vorstellung des Zuwendenden von dem Begriff der (Un-)Entgeltlichkeit genügt es, wenn er dessen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt „nach Laienart“ zutreffend erfaßt („Parallelwertung in der Laiensphäre“; vgl. *Mößlang* in NWB, Fach 10, S. 479, 480); eine exakte juristische Subsumtion ist nicht erforderlich.

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ist davon auszugehen, daß der Ehemann der Klägerin in dem Bewußtsein der (objektiven) Unentgeltlichkeit seiner Zuwendung handelte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist der „Wille zur Unentgeltlichkeit“ auf der Grundlage der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen festzustellen (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 12.7.1979 II R 26/78, BFHE 128, 266, BStBl II 1979, 631, 632 [= MittBayNot 1979, 253]; in BFHE 148, 69, BStBl II 1987, 80, 81 [= MittBayNot 1987, 111]; in BFH/NV 1989, 168, 169; *Schulze-Osterloh*, StuW 1977, 122, 135).

Der Ehemann der Klägerin kannte sämtliche Tatsachen, aufgrund deren seine Zuwendung als objektiv unentgeltliche zu qualifizieren war. Sofern er dennoch — infolge fehlerhafter juristischer Wertungen — gemeint haben sollte, zu der Zuwendung rechtlich (und nicht nur sittlich) verpflichtet zu sein oder für seine Zuwendung eine damit synallagmatisch, konditional oder kausal verknüpfte Gegenleistung zu erhalten, wäre dies ein „nach den Maßstäben des Verkehrsüblichen“ unbeachtlicher Subsumtionsirrtum.

c) Die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung läßt sich im Streitfall auch nicht mit der von *Meincke* (Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, 9. Aufl., § 7 Rdnr. 82; ihm folgend *Klein-Blenkers*, Die Bedeutung subjektiver Merkmale im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, 1992, S. 109 ff., 119 f.) vertretenen Ansicht in Frage stellen, der „Wille zur Freigebigkeit“ i. S. von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 erfordere neben dem „Willen zur Unentgeltlichkeit“ auch den „Willen zur schenkweisen Zuwendung“. Denn ein solches zusätzliches Willensmerkmal läßt sich § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 auch im Auslegungswege nicht entnehmen.

Meincke (a. a. O.) wäre nur dann zu folgen, wenn die Auslegung des subjektiven Tatbestandes des § 7 Abs. 1 Nr. 1

ErbStG 1974 ergäbe, daß dieser bis auf das Erfordernis der *vertraglichen Einigung* über die Unentgeltlichkeit mit dem subjektiven Tatbestand des § 516 Abs. 1 BGB identisch wäre, anders ausgedrückt, wenn der (einseitige) Wille zur Freigebigkeit alle Merkmale einer Schenkungsofferte i. S. des § 516 Abs. 1 BGB umfassen müßte. Dies ist indessen zu verneinen; denn eine solche Sichtweise widerspräche nicht nur dem Willen des (historischen) Gesetzgebers, sondern auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Auffassung *Meinckes* (a. a. O.) liefe im Ergebnis darauf hinaus, daß die unbenannten Zuwendungen von der Schenkungsbesteuerung ausgenommen wären, weil sie nach der Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Zivilrechtslehre nicht den subjektiven Tatbestand des § 516 Abs. 1 BGB erfüllen. Angesichts des weiten Verständnisses vom Begriff der „unbenannten Zuwendung“ in der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung (vgl. unter 1. f, aa) hätte dies zur Folge, daß nahezu alle objektiv unentgeltlichen Zuwendungen unter Ehegatten schenkungsteuerfrei wären. Dies entspräche jedoch nicht dem Willen des (historischen) Gesetzgebers. Den Gesetzgebern der Vorläufer des hier einschlägigen ErbStG 1974 war die erst später entwickelte Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung unbekannt. Auch bei Erlass des ErbStG 1974 hatte sich dieses Rechtsinstitut noch nicht etabliert, wurde nur vereinzelt diskutiert und war noch nicht — jedenfalls nicht in seinem späteren Bedeutungsgehalt — in das Bewußtsein des Gesetzgebers getreten. Dementsprechend ging der Gesetzgeber des ErbStG 1974 davon aus, daß „nach geltendem Recht auch die Schenkungen zwischen Ehegatten (worumunter nach damaligem Verständnis eben auch die unbenannten Zuwendungen zu fassen waren) steuerpflichtig (seien)“ (BTDrucks VI/3418, S. 64).

Daß der Gesetzgeber des ErbStG 1974 eine weitgehende Herausnahme der objektiv unentgeltlichen Ehegattenzuwendungen aus der Schenkungsbesteuerung nicht beabsichtigte, belegt auch § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG 1974. Mit Recht ist in der Literatur darauf hingewiesen worden, daß die Begründung der Gütergemeinschaft „eigentlich ein Musterbeispiel für eine ehebedingte Zuwendung (sei)“, da gerade ein solcher Ehevertrag in besonderem Maße der Wirklichkeit der ehelichen Lebensgemeinschaft diene (*Schotten*, NJW 1990, 2841, 2848). Auch aus der Regelung des § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG 1974 läßt sich folgern, daß der Gesetzgeber die unbenannten Zuwendungen im Grundsatz für steuerbar hielt (vgl. schon 1. c, letzter Absatz).

Hinzu kommt, daß es für die Frage, ob eine unentgeltliche Zuwendung den (objektiven und) subjektiven Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 erfüllt, weder entscheidend darauf ankommt, welches bürgerlich-rechtliche „Vertragskleid“ (welchen Vertragstyp) die Beteiligten für die unentgeltliche Zuwendung gewählt haben bzw. wählen mußten, noch ob in bezug auf die unentgeltliche Zuwendung überhaupt eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Beteiligten zustande gekommen ist. So spielt es für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 namentlich keine Rolle, ob Geber und Empfänger der unentgeltlichen Zuwendung anstelle eines (wegen des Zuwendungsgegenstandes nicht in Betracht kommenden) Schenkungsvertrages i. S. des § 516 Abs. 1 BGB einen (unentgeltlichen) Darlehensvertrag oder Leihvertrag geschlossen haben. Ebenso wenig kann es deshalb von Belang sein, ob die Beteiligten im Hinblick auf einen besonderen, den Schenkungstatbestand überlagernden

Zweck der unentgeltlichen Zuwendung bzw. angesichts der spezifischen eherechtlichen Motivationslage die unentgeltliche Zuwendung statt in einen Schenkungsvertrag i. S. des § 516 Abs. 1 BGB in einen Vertrag über eine unbenannte Zuwendung — d. h. in einen „familienrechtlichen Vertrag eigener Art“ — „eingebettet“ haben (so zutreffend *Gebel*, DStZ 1993, 451, 458). Diese — für das Zivilrecht und dessen Rechtsfolgen bedeutsamen — vertragstypologischen Einordnungen vermögen nichts daran zu ändern, „daß die für eine sonstige freigebige Zuwendung erforderlichen Willensmomente einschließlich der für das Bewußtsein der Unentgeltlichkeit notwendigen Kenntnisse beim Zuwendenden vorhanden sind“ (*Gebel*, DStZ 1993, 451, 458).

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 26.4.1994 in diesem Heft S. 282.

Notar- und Beurkundungsrecht

34. ZPO § 130 Nr. 6 (*Anforderungen an eine Unterschrift*)

Ob ein Schriftzeichen eine Unterschrift oder lediglich eine Abkürzung (Handzeichen, Paraphe) darstellt, ist nach dem äußeren Erscheinungsbild zu beurteilen. Der Wille des Unterzeichnenden ist nur insoweit von Bedeutung, als er in dem Schriftzug seinen Ausdruck gefunden hat.

BGH, Urteil vom 22. 10. 1993 — V ZR 112/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger hat gegen ein Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 2. 10. 1991 begründet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen, weil die Berufungsbegründung nicht ordnungsgemäß unterschrieben sei. Hiergegen richtet sich die Revision, mit der der Kläger die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht begehrt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die — gem. § 547 ZPO unbeschränkt statthafte — Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zu Recht als unzulässig angesehen.

Die vom Senat von Amts wegen ohne Bindung an die Ausführungen des Berufungsgerichts vorzunehmende (BGH, Urteil vom 9. 11. 1988, I ZR 149/87, NJW 1989, 588 m. N.) Prüfung, ob die Berufungsbegründungsschrift der Prozeßordnung gemäß unterzeichnet ist, führt zu demselben Ergebnis, zu dem bereits das Berufungsgericht gelangt ist.

Rechtsmittelbegründungsschriften müssen als bestimmende Schriftsätze im Anwaltsprozeß von einem beim Rechtsmittelgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Mit der Unterschrift wird der Nachweis geführt, daß der Anwalt sich den Inhalt der Rechtsmittelbegründungsschrift zu eigen macht und die Verantwortung dafür übernimmt (st. Rspr., vgl. BGHZ 97, 251, 253).

Was unter einer „Unterschrift“ zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Sprachgebrauch und dem Zweck der Formvorschrift. Eine Unterschrift setzt danach ein aus Buchstaben einer üblichen Schrift bestehendes Gebilde voraus, das nicht lesbar zu sein braucht. Erforderlich, aber auch genügend, ist das Vorliegen eines die Identität des Unter-

schreibenden ausreichend kennzeichnenden individuellen Schriftzuges, der einmalig ist, entsprechende charakteristische Merkmale aufweist, sich als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschriftsleistung erkennen läßt.

Handzeichen, die allenfalls einen Buchstaben verdeutlichen, sowie Unterzeichnungen mit einer Buchstabenfolge, die erkennbar als bewußte und gewollte Namensabkürzung erscheint, stellen demgegenüber keine formgültige Unterschrift dar. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. Beschluß vom 11. 10. 1984, X ZB 11/84, NJW 1985, 1227; Beschluß vom 29. 10. 1986, IV a ZB 13/86, BGHR ZPO § 130 Nr. 6 — Unterschrift 2; Urteil vom 9. 11. 1988, I ZR 149/87, NJW 1989, 588; Beschluß vom 8. 10. 1991, XI ZB 6/91, NJW 1992, 243 jeweils m. w. N.). Nicht einheitlich beurteilt wird lediglich die Frage, ob zur Unterschrift gehört, daß mindestens einzelne Buchstaben erkennbar sind, weil es sonst an dem Merkmal einer Schrift überhaupt fehle (so BGH, Beschluß vom 11. 10. 1984, X ZB 11/84, a. a. O.; a. A. Beschluß vom 8. 10. 1991, XI ZB 6/91, a. a. O., jeweils m. N.). Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, weil es sich bei dem Schriftgebilde unter der Berufungsbegründungsschrift eindeutig nur um eine Unterzeichnung mit einer Buchstabenfolge handelt, die sich erkennbar als bewußte und gewollte Namensabkürzung darstellt und deswegen dem Formerfordernis nicht genügt.

Ob ein Schriftzeichen eine Unterschrift oder lediglich eine Abkürzung (Handzeichen, Paraphe) darstellt, beurteilt sich nach dem äußeren Erscheinungsbild (BGH, Urteil vom 11. 2. 1982, III ZR 39/81, NJW 1982, 1467; Urteil vom 20. 11. 1986, III ZR 18/86, BGHR ZPO § 130 Nr. 6 — Unterschrift 1). Der Wille des Unterzeichnenden ist nur insoweit von Bedeutung, als er in dem Schriftzug seinen Ausdruck gefunden hat.

Dem äußeren Erscheinungsbild nach handelt es sich bei dem Schriftzeichen unter der Berufungsbegründung um ein „M“ und um ein „D“ mit einem anschließenden Aufwärtshaken. Hinter beiden Schriftzeichen findet sich deutlich abgesetzt ein Punkt. Darin unterscheidet sich die Buchstabenfolge von der unter der Berufungsschrift. Dort ist hinter dem „M.“ der Nachname bis zum vierten Buchstaben deutlich ausgeschrieben, bevor er nach einem Aufwärtshaken ausläuft. Eine ähnliche Unterschrift findet sich auch unter dem Schriftsatz vom 24. 1. 1992. Dort weist der Nachname des Prozeßbevollmächtigten ebenfalls nicht nur den Anfangsbuchstaben mit einem Aufwärtshaken, sondern zumindest zwei weitere als Buchstaben erkennbare Schriftzüge auf, bevor diese in einem Aufwärtshaken auslaufen. Soweit die Revision demgegenüber geltend macht, die Unterschriften unter der Berufungsbegründung und der Berufungsschrift seien gleich, und hierzu auf ein als Anlage überreichtes Exemplar der Berufungsschrift Bezug nimmt, handelt es sich bei den dort befindlichen Schriftzeichen eindeutig nicht um diejenigen, die sich auf dem bei Gericht eingereichten Schriftsatz befinden, sondern um ein hiervon abweichendes Schriftgebilde, das tatsächlich den Schriftzeichen unter der Berufungsbegründung ähnelt. Gerade diese Ähnlichkeit der Schriftzeichen auf dem Original der Berufungsbegründung mit denen auf dem offensichtlich in den Handakten des Prozeßbevollmächtigten verbliebenen Exemplar der Berufungsschrift und der Gegensatz zur Unterschrift unter der in den Gerichtsakten befindlichen

Berufungsschrift beweist aber, daß die Berufungsbegründung nicht wie die Berufungsschrift die Unterschrift des Prozeßbevollmächtigten trägt, sondern nur dessen Handzeichen. Daß sich diese Schriftzeichen auch noch an anderer Stelle in den Akten finden, am deutlichsten unter dem Schriftsatz vom 3. 6. 1991, ändert nichts an ihrer Einordnung als Handzeichen aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes. Deswegen kommt es auch auf den unter Beweis gestellten Willen des Prozeßbevollmächtigten, bestimmende Schriftsätze generell nur mit seiner vollen Unterschrift zu unterzeichnen, nicht an. Denn dieser Wille hat in den Schriftzeichen unter der Berufungsbegründung keinen Ausdruck gefunden. Im übrigen ließe ein solcher Wille auch nicht den von der Revision damit verknüpften Schluß zu, der Prozeßbevollmächtigte habe auch im vorliegenden Fall die Berufungsbegründung nicht abzeichnen, sondern unterschreiben wollen. Wer — wie hier der Prozeßbevollmächtigte des Klägers — keinen einheitlichen Schriftzug zur Ab- oder Unterzeichnung eines Schriftstückes verwendet, läuft das Risiko, im Drang der Geschäfte versehentlich auch einmal einen bestimmenden Schriftsatz bloß abzuzeichnen. Unerheblich ist auch, daß der Prozeßbevollmächtigte noch nie auf die Bedenken gegen die Anerkennung der unter der Berufungsschrift verwandten Zeichen als Unterschrift hingewiesen worden ist. Ein solcher Hinweis wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn derselbe Spruchkörper diese Form der Unterschrift längere Zeit nicht beanstandet hätte (BVerfG NJW 1988, 2787). Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das Berufungsgericht aber verneint und die Revision nicht näher dargelegt.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

35. BeurkG § 9 Abs. 1 Satz 2, § 13 Abs. 1 Satz 3 (*Vermutung für Vorliegen einer Anlage bei Beurkundung*)

Ergibt sich aus der Niederschrift einer notariellen Urkunde, daß diese den Beteiligten vorgelesen und von ihnen unterschrieben worden ist, so wird vermutet, daß auch die als Anlage bezeichneten Schriftstücke bei Unterzeichnung der Urkunde beigelegt waren.

BGH, Urteil vom 28. 1. 1994 — V ZR 131/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 13. 6. 1990 verkauften der Kläger und seine Ehefrau dem Beklagten eine als Imbißstube eingerichtete Teileigentum-Einheit mit Inventar für insgesamt 260.000 DM. Diesen Kaufpreisanspruch macht der Kläger geltend. Der Beklagte hält den Vertrag mangels ordnungsgemäßer Beurkundung und aufgrund Anfechtung wegen einer Täuschung über den Umsatz für nichtig und beantragt im Wege der Widerklage gegen den Kläger und seine Ehefrau die Feststellung, daß ein wirksamer Kaufvertrag nicht bestehe.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht nach weiterer Beweiserhebung zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

ErbStG 1974 ergäbe, daß dieser bis auf vertraglichen Einigung über die Un- subjektiven Tatbestand des § 51 wäre, anders ausgedrückt, wenn Freigebigkeit alle Merkmale des § 516 Abs. 1 BGB umfassen verneinen; denn eine solche nur dem Willen des Erblassers, auch dem Sinn und Zweck der Meinckes (a. a. O.) unbenannten Verfügung aus dem Inhalt der Urkunde nicht zu entnehmen, erfüllt

der er in entar dem e aus ende Die ver- tetet der den über tars mit

age, die Inventarliste, auf die der Kaufvertrag Bezug nimmt, im Sinne des § 9 BeurkG beigelegt worden ist, tragen nicht die Auffassung, der Kaufvertrag sei wirksam beurkundet und nicht wegen eines Beurkundungsmangels nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Die Revision rügt zu Recht, daß die zum Beweis des Umstandes, daß die Urkunde zunächst ohne die Anlage geheftet worden sei, als Zeugin benannte zuständige Notariatsangestellte nicht gehört worden sei.

a) § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG ist eine zwingende Verfahrensvorschrift, deren Nichtbeachtung die Beurkundung unwirksam macht. An der erforderlichen Beifügung des Schriftstücks, auf das in der Urkunde verwiesen wird (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) fehlt es, wenn das Schriftstück im Zeitpunkt der Beurkundung dem Notar und den Urkundsbeteiligten nicht vorlag, sondern erst später nachgereicht wurde (*Keidel/Kuntze/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* Teil B 12. Aufl. § 9 BeurkG Rdnr. 51 m. w. N.). Auch die anschließende Verbindung mit Schnur und Siegel (§ 44 BeurkG) kann dieses Erfordernis nicht ersetzen.

b) Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht die Reichweite der Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG nicht verkannt. Die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG, auf die das Berufungsurteil Bezug nimmt, setzt voraus, daß die Niederschrift vorgelesen wird. Die Regelung stellt damit mit der Verlesung ein weiteres Beurkundungserfordernis auf. Auch die Vermutung kann sich deshalb nur auf diese zusätzliche Voraussetzung beziehen. Sie knüpft an das Vorliegen der Unterschrift und der Niederschrift an. Ob ein in Bezug genommenes Schriftstück Inhalt der Niederschrift ist, richtet sich nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Danach muß das Schriftstück, auf das verwiesen wird, der Niederschrift beigelegt werden. Denn nur Verweisungserklärung und — wenn auch nur lose — Beifügung — spätestens bei Unterzeichnung der Niederschrift — zusammen machen das Schriftstück zum Bestandteil der Urkunde (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 9 BeurkG Rdnr. 50 m. w. N.). Die Einheit der Urkunde muß nicht nur durch die gedankliche Verbindung, die in der Bezugnahme liegt, sondern auch äußerlich durch Beifügung des in Bezug genommenen Schriftstücks in Erscheinung treten (vgl. BGHZ 40, 255, 263 [= DNotZ 1964, 683]). Allein die Unterschrift unter die Niederschrift selbst kann daher noch nicht die Vermutung dafür begründen, daß auch die Anlage — körperlich — vorhanden gewesen war. Bei der Niederschrift selbst wird diese Frage nicht aufgeworfen, denn ohne ihr Vorliegen kann die Unterschrift nicht aufgebracht

werden. Die Anlage aber wird nicht unterschrieben. Es ist zwar zutreffend, daß die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG auch für die in der Niederschrift als Anlage bezeichneten Schriftstücke gilt (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 BeurkG Rdnr. 40 m. w. N.). Dies kann aber zunächst nur gelten, wenn diese vorgelegen haben. Denn wenn vermutet wird, daß eine Urkunde verlesen wurde, so setzt dies notwendigerweise voraus, daß sie beim Beurkundungsvorgang auch vorlag. Dies gilt auch für eine in Bezug genommene Anlage.

Es ist jedoch mit dem Wortlaut und mit dem systematischen Zusammenhang der Regelung vereinbar, die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG dahingehend zu erweitern, daß die Verweisung in einer unterschriebenen Urkunde auf eine Anlage auch die Vermutung erbringt, daß die Anlage bereits bei der Beurkundung vorhanden war und vorlag. Die Regelung soll gewährleisten, daß die Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift unzweideutig wiedergegeben sind (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Dies ist auch in der Form der Verweisung möglich, die eine Wiedergabe in der Niederschrift selbst ersetzt (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 9 BeurkG Rdnr. 15, 16 m. w. N.) und die Anlage zum Bestandteil der beurkundeten Niederschrift macht. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Inventarliste ist in der Niederschrift ausdrücklich als Anlage bezeichnet worden. Das bedeutet, daß sie bei der Protokollierung von den Beteiligten als Urkundenbestandteil behandelt wurde (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die Verlesung, Genehmigung und eigenhändige Unterschrift haben demnach die Vermutung zur Folge, daß die Urkunde mit der Anlage im ganzen zur Verlesung gebracht und genehmigt wurde (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG). Denn diese gesetzliche Vermutung erstreckt sich naturgemäß auf die notarielle Urkunde im ganzen und damit auch auf die Anlagen, die in der Niederschrift ausdrücklich als solche aufgeführt worden sind.

c) Die Wirkung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG ist keine unwiderlegliche Fiktion, sondern eine widerlegbare Tatsachenvermutung (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 BeurkG Rdnr. 40 m. w. N.). Damit kommt es auf die vom Beklagten unter Beweis gestellte und nach dem Beschluß vom 25. 6. 1992 zum Berichtigungsantrag des Beklagten streitige Behauptung an, das Inventarverzeichnis habe bei der Unterschriftsleistung nicht vorgelegen. Der Beklagte rügt zu Recht, die zum Beweis des Umstandes, daß die Urkunde zunächst ohne die Anlage geheftet worden sei, als Zeugin benannte zuständige Notariatsangestellte sei nicht gehört worden. Dieses Beweisthema betrifft nur ein Indiz, denn selbst wenn die Anlage erst später der Niederschrift beigelegt wurde, kann sie im Beurkundungstermin vorgelegen haben. Dieses Indiz ist aber bedeutsam, zumal sich das Siegel auf dem letzten Blatt der Niederschrift vor der Anlage befindet, also vor deren Herstellung angebracht worden sein kann, und die Inventarliste bei sämtlichen Ausfertigungen, bei denen der Notar bestätigte, daß die Ausfertigung mit der Urschrift übereinstimmt, fehlte. Das Berufungsurteil trifft zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zum Einheitlichkeitswillen der Parteien hinsichtlich der Kaufverträge über das Teileigentum und die in der Inventarliste bezeichneten Einrichtungsgegenstände. Es geht aber von einem solchen Einheitlichkeitswillen aus, weil es die Entscheidung über den gesamten Zahlungsanspruch (260.000 DM) von der Wirksamkeit der Beurkundung der Inventarliste abhängig macht (BGHZ 89, 41, 43 [= DNotZ

1984, 319]). Mithin ist davon auszugehen, daß sich der Formzwang auf das gesamte Rechtsgeschäft, einschließlich des Zubehörkaufs, bezog.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings die Verken- nung der Voraussetzungen des § 13 a BeurkG. Da die am Beurkundungstag von den Verkäufern als Eigentümern vor- genommene Änderung der Teilungserklärung noch nicht im Grundbuch eingetragen war, mußte der im notariellen Ver- trag festgelegte „Eintritt in die Rechte und Pflichten“ durch den Beklagten zwischen den Parteien rechtsgeschäftlich ver- einbart werden (§ 10 Abs. 2 WEG). Nach den von der Revi- sion nicht angegriffenen Feststellungen des Berufsungs- gerichts war die Ergänzung der Teilungserklärung unmittel- bar vor der Beurkundung des Vertrages „protokolliert“ worden. Auf diese andere notarielle Niederschrift, von der damit auszugehen ist, war damit nach § 13 a BeurkG eine Bezugnahme möglich. Dies wäre nur dann ausgeschlossen, wenn diese Änderung lediglich durch privatschriftliche Urkunde erfolgte und nur die Unterschrift beglaubigt war, auch wenn der Entwurf vom Notar gefertigt sein sollte (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 a BeurkG Rdnr. 12).

Nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG brauchte die Änderung der Teilungserklärung nicht verlesen zu werden, wenn die Beteiligten erklärten, daß ihnen der Inhalt bekannt sei und sie auf das Vorlesen verzichteten. Die Revision räumt ein, daß auch ein stillschweigender Verzicht in diesem Zusammen- hang zwar möglich sei, sie vermißt in den Darlegungen des Berufungsgerichts jedoch greifbare und schlüssige Anhalts- punkte für das Vorliegen einer solchen Erklärung. Der bloße Hinweis auf die Kenntnis des Inhalts der anderen Niederschrift reiche nicht aus.

Der Revision ist einzuräumen, daß § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG keine Vermutung dafür begründet, daß der Ver- zicht abgegeben wurde. § 13 Abs. 1 Satz 3 findet keine entsprechende Anwendung (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 a BeurkG Rdnr. 38). Das Berufungsgericht stützt sich aber entgegen der Meinung der Revision insoweit nicht nur auf den Inhalt der Erklärung in der Niederschrift, daß auch die Änderung der Teilungserklärung bekannt sei, sondern kommt aufgrund einer Auslegung dieser Erklärung vor dem Hintergrund des zeitlichen Zusammenhangs der Niederschrift mit der Änderung und ihrer Bekanntgabe zu dem Ergebnis, daß auf die Verlesung verzichtet wurde. Insoweit vermag die Revision einen Rechtsfehler nicht aufzuzeigen. Ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

3. Auf die von der Revision zur Überprüfung gestellte Frage, ob mögliche Rechte Dritter an dem Inventar als maß- gebliche Tatsachen im Sinne des § 123 BGB dem Beklagten offenzulegen waren, kommt es im Ergebnis nicht an. Das Berufungsgericht verneint bereits einen Täuschungs- willen der Kläger. Es ist auch nicht ersichtlich, wie dieser Umstand, den Beklagten beeinflusst haben oder für eine Willenserklärung ursächlich geworden sein soll. Im übrigen waren die Eigentumsverhältnisse jedenfalls im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung durch einen Vergleich geklärt.

4. ...

36. BNotO § 15 Abs. 1, § 14 Abs. 2; BGB §§ 656, 781; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Amtsverweigerung durch Notar bei Verfolgung erkennbar unerlaubter Zwecke*)

1. Dem Notar steht bei der Prüfung der Frage, ob er eine bestimmte Beurkundung vornehmen darf, ein nur durch den Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkter Beurteilungsspielraum zu.
2. Der Notar darf die Beurkundung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses nebst Zwangsvollstreckungs- unterwerfung über eine Honorarforderung aus Partner- schaftsvermittlung-Dienstvertrag wegen Verfolgung er- kennbar unerlaubter Zwecke ablehnen.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Wuppertal, Beschluß vom 20. 1. 1994 — 6 T 929/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin hat am 4. 11. 1993 an den Notar das Ersuchen gerichtet, ein Schuldanerkenntnis eines ihrer Kunden zu beurkun- den. Dies hat der Notar abgelehnt.

Der Notar begründet die Ablehnung der Beurkundung damit, es solle ein Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunter- werfung beurkundet werden, das der Durchsetzung einer Natural- obligation gem. § 656 BGB dienen solle. Die Antragstellerin sei in einem neueren Zeitungsbericht über unseriöse Heiratsvermittler in ... ausdrücklich aufgeführt worden.

Die Antragstellerin macht zur Begründung ihrer Beschwerde im wesentlichen geltend, sie betreibe kein Heiratsvermittlungsinstitut, sondern verstehe sich als Institut, das sich die Beratung und Betreuung ihrer Vertragspartner bei Fragen des täglichen Lebens auf Dienstleistungsbasis zur Aufgabe gemacht habe; diese Dienste seien auch nicht mit der Tätigkeit einer Partnerschaftsvermittlung gleichzusetzen. ...

Aus den Gründen:

Das gem. §§ 15 Abs. 1 S. 2 und 3 BNotO, 19 ff. FGG als Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darf der Notar seine Ur- kundstätigkeit nach den §§ 20 – 22 jenes Gesetzes — um eine Beurkundung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO geht es vorliegend — nicht ohne ausreichenden Grund ver- weigern. Da der Begriff des ausreichenden Grundes im Gesetz nicht ausdrücklich umschrieben ist, muß bei An- wendung des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO von den Aufgaben eines Notars ausgegangen werden. Die allgemeinen nota- riellen Pflichten sind unter Berücksichtigung der Belange der Rechtsuchenden zu bestimmen, weil einem Gesuch- steller ein Anspruch auf Urkundstätigkeit zusteht, der sog. Urkundsgewährungsanspruch. Danach beurteilt sich die Berechtigung einer Amtsverweigerung — abgesehen von den hier zweifelsfrei nicht gegebenen Ausschließungsgrün- den des § 16 BNotO — nach § 14 Abs. 2 BNotO und für Beurkundungen ergänzend nach § 4 BeurkG. Hierbei ist allerdings der Stellung des Notars als unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO, Rechnung zu tragen. Dies geschieht dadurch, daß dem Notar ein nur durch den Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkter Beurteil- ungsspielraum zuzugestehen ist. Das Beschwerdegericht prüft danach, ob die Amtsverweigerung des Notars nach den Maßstäben der Rechts- und Sittenordnung auf vertret- baren Erwägungen beruht und nicht willkürlich oder rechtsmißbräuchlich erscheint (BGH in DNotZ 1970, S. 444/446; BayObLG in DNotZ 1984, S. 250/251 f. mit

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht meint, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Grundstückskaufvertrag mit der in seinem Wortlaut angesprochenen Liste über das Inventar der Imbißstube bei der Beurkundungsverhandlung von dem Notar verlesen worden. Die Liste habe vorgelegen. Die aus der eigenhändigen Unterschrift der Beteiligten folgende Vermutung habe der Beklagte nicht widerlegen können. Die Ergänzungserklärung zur Teilungserklärung habe nicht verlesen werden müssen, weil die Parteien darauf verzichtet hätten. Der Kaufvertrag sei auch nicht aufgrund der Anfechtungserklärung nichtig, weil der Beklagte durch den Kläger weder über die Umsätze der Imbißstube noch über die Möglichkeit der Übereignung des verkauften Inventars getäuscht worden sei. Dies bekämpft die Revision mit Erfolg.

II. 1. Die Feststellungen des Berufungsurteils zu der Frage, ob die Inventarliste, auf die der Kaufvertrag Bezug nimmt, im Sinne des § 9 BeurkG beigefügt worden ist, tragen nicht die Auffassung, der Kaufvertrag sei wirksam beurkundet und nicht wegen eines Beurkundungsmangels nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Die Revision rügt zu Recht, daß die zum Beweis des Umstandes, daß die Urkunde zunächst ohne die Anlage geheftet worden sei, als Zeugin benannte zuständige Notariatsangestellte nicht gehört worden sei.

a) § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG ist eine zwingende Verfahrensvorschrift, deren Nichtbeachtung die Beurkundung unwirksam macht. An der erforderlichen Beifügung des Schriftstücks, auf das in der Urkunde verwiesen wird (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG) fehlt es, wenn das Schriftstück im Zeitpunkt der Beurkundung dem Notar und den Urkundsbeteiligten nicht vorlag, sondern erst später nachgereicht wurde (*Keidel/Kuntze/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* Teil B 12. Aufl. § 9 BeurkG Rdnr. 51 m. w. N.). Auch die anschließende Verbindung mit Schnur und Siegel (§ 44 BeurkG) kann dieses Erfordernis nicht ersetzen.

b) Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht die Reichweite der Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG nicht verkannt. Die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG, auf die das Berufungsurteil Bezug nimmt, setzt voraus, daß die Niederschrift vorgelesen wird. Die Regelung stellt damit mit der Verlesung ein weiteres Beurkundungserfordernis auf. Auch die Vermutung kann sich deshalb nur auf diese zusätzliche Voraussetzung beziehen. Sie knüpft an das Vorliegen der Unterschrift und der Niederschrift an. Ob ein in Bezug genommenes Schriftstück Inhalt der Niederschrift ist, richtet sich nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Danach muß das Schriftstück, auf das verwiesen wird, der Niederschrift beigefügt werden. Denn nur Verweisungserklärung und — wenn auch nur lose — Beifügung — spätestens bei Unterzeichnung der Niederschrift — zusammen machen das Schriftstück zum Bestandteil der Urkunde (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 9 BeurkG Rdnr. 50 m. w. N.). Die Einheit der Urkunde muß nicht nur durch die gedankliche Verbindung, die in der Bezugnahme liegt, sondern auch äußerlich durch Beifügung des in Bezug genommenen Schriftstücks in Erscheinung treten (vgl. BGHZ 40, 255, 263 [= DNotZ 1964, 683]). Allein die Unterschrift unter die Niederschrift selbst kann daher noch nicht die Vermutung dafür begründen, daß auch die Anlage — körperlich — vorhanden gewesen war. Bei der Niederschrift selbst wird diese Frage nicht aufgeworfen, denn ohne ihr Vorliegen kann die Unterschrift nicht aufgebracht

werden. Die Anlage aber wird nicht unterschrieben. Es ist zwar zutreffend, daß die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG auch für die in der Niederschrift als Anlage bezeichneten Schriftstücke gilt (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 BeurkG Rdnr. 40 m. w. N.). Dies kann aber zunächst nur gelten, wenn diese vorgelegen haben. Denn wenn vermutet wird, daß eine Urkunde verlesen wurde, so setzt dies notwendigerweise voraus, daß sie beim Beurkundungsvorgang auch vorlag. Dies gilt auch für eine in Bezug genommene Anlage.

Es ist jedoch mit dem Wortlaut und mit dem systematischen Zusammenhang der Regelung vereinbar, die Vermutung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG dahingehend zu erweitern, daß die Verweisung in einer unterschriebenen Urkunde auf eine Anlage auch die Vermutung erbringt, daß die Anlage bereits bei der Beurkundung vorhanden war und vorlag. Die Regelung soll gewährleisten, daß die Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift unzweideutig wiedergegeben sind (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Dies ist auch in der Form der Verweisung möglich, die eine Wiedergabe in der Niederschrift selbst ersetzt (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 9 BeurkG Rdnr. 15, 16 m. w. N.) und die Anlage zum Bestandteil der beurkundeten Niederschrift macht. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Inventarliste ist in der Niederschrift ausdrücklich als Anlage bezeichnet worden. Das bedeutet, daß sie bei der Protokollierung von den Beteiligten als Urkundsbestandteil behandelt wurde (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Die Verlesung, Genehmigung und eigenhändige Unterschrift haben demnach die Vermutung zur Folge, daß die Urkunde mit der Anlage im ganzen zur Verlesung gebracht und genehmigt wurde (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG). Denn diese gesetzliche Vermutung erstreckt sich naturgemäß auf die notarielle Urkunde im ganzen und damit auch auf die Anlagen, die in der Niederschrift ausdrücklich als solche aufgeführt worden sind.

c) Die Wirkung des § 13 Abs. 1 Satz 3 BeurkG ist keine unwiderlegliche Fiktion, sondern eine widerlegbare Tatsachenvermutung (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 BeurkG Rdnr. 40 m. w. N.). Damit kommt es auf die vom Beklagten unter Beweis gestellte und nach dem Beschluß vom 25. 6. 1992 zum Berichtigungsantrag des Beklagten streitige Behauptung an, das Inventarverzeichnis habe bei der Unterschriftsleistung nicht vorgelegen. Der Beklagte rügt zu Recht, die zum Beweis des Umstandes, daß die Urkunde zunächst ohne die Anlage geheftet worden sei, als Zeugin benannte zuständige Notariatsangestellte sei nicht gehört worden. Dieses Beweisthema betrifft nur ein Indiz, denn selbst wenn die Anlage erst später der Niederschrift beigefügt wurde, kann sie im Beurkundungstermin vorgelegen haben. Dieses Indiz ist aber bedeutsam, zumal sich das Siegel auf dem letzten Blatt der Niederschrift vor der Anlage befindet, also vor deren Herstellung angebracht worden sein kann, und die Inventarliste bei sämtlichen Ausfertigungen, bei denen der Notar bestätigte, daß die Ausfertigung mit der Urschrift übereinstimmt, fehlte. Das Berufungsurteil trifft zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zum Einheitlichkeitswillen der Parteien hinsichtlich der Kaufverträge über das Teileigentum und die in der Inventarliste bezeichneten Einrichtungsgegenstände. Es geht aber von einem solchen Einheitlichkeitswillen aus, weil es die Entscheidung über den gesamten Zahlungsanspruch (260.000 DM) von der Wirksamkeit der Beurkundung der Inventarliste abhängig macht (BGHZ 89, 41, 43 [= DNotZ

1984, 319]). Mithin ist davon auszugehen, daß sich der Formzwang auf das gesamte Rechtsgeschäft, einschließlich des Zubehörkaufs, bezog.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings die Verken- nung der Voraussetzungen des § 13 a BeurkG. Da die am Beurkundungstag von den Verkäufern als Eigentümern vor- genommene Änderung der Teilungserklärung noch nicht im Grundbuch eingetragen war, mußte der im notariellen Ver- trag festgelegte „Eintritt in die Rechte und Pflichten“ durch den Beklagten zwischen den Parteien rechtsgeschäftlich ver- einbart werden (§ 10 Abs. 2 WEG). Nach den von der Revi- sion nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungs- gerichts war die Ergänzung der Teilungserklärung unmittel- bar vor der Beurkundung des Vertrages „protokolliert“ worden. Auf diese andere notarielle Niederschrift, von der damit auszugehen ist, war damit nach § 13 a BeurkG eine Bezugnahme möglich. Dies wäre nur dann ausgeschlossen, wenn diese Änderung lediglich durch privatschriftliche Urkunde erfolgte und nur die Unterschrift beglaubigt war, auch wenn der Entwurf vom Notar gefertigt sein sollte (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 a BeurkG Rdnr. 12).

Nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG brauchte die Änderung der Teilungserklärung nicht verlesen zu werden, wenn die Beteiligten erklärten, daß ihnen der Inhalt bekannt sei und sie auf das Vorlesen verzichteten. Die Revision räumt ein, daß auch ein stillschweigender Verzicht in diesem Zusammen- hang zwar möglich sei, sie vermißt in den Darlegungen des Berufungsgerichts jedoch greifbare und schlüssige Anhalts- punkte für das Vorliegen einer solchen Erklärung. Der bloße Hinweis auf die Kenntnis des Inhalts der anderen Niederschrift reiche nicht aus.

Der Revision ist einzuräumen, daß § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG keine Vermutung dafür begründet, daß der Ver- zicht abgegeben wurde. § 13 Abs. 1 Satz 3 findet keine entsprechende Anwendung (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 13 a BeurkG Rdnr. 38). Das Berufungsgericht stützt sich aber entgegen der Meinung der Revision insoweit nicht nur auf den Inhalt der Erklärung in der Niederschrift, daß auch die Änderung der Teilungserklärung bekannt sei, sondern kommt aufgrund einer Auslegung dieser Erklärung vor dem Hintergrund des zeitlichen Zusammenhangs der Niederschrift mit der Änderung und ihrer Bekanntgabe zu dem Ergebnis, daß auf die Verlesung verzichtet wurde. Insoweit vermag die Revision einen Rechtsfehler nicht aufzuzeigen. Ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

3. Auf die von der Revision zur Überprüfung gestellte Frage, ob mögliche Rechte Dritter an dem Inventar als maß- gebliche Tatsachen im Sinne des § 123 BGB dem Beklagten offenzulegen waren, kommt es im Ergebnis nicht an. Das Berufungsgericht verneint bereits einen Täuschungs- willen der Kläger. Es ist auch nicht ersichtlich, wie dieser Umstand, den Beklagten beeinflusst haben oder für eine Willenserklärung ursächlich geworden sein soll. Im übrigen waren die Eigentumsverhältnisse jedenfalls im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung durch einen Vergleich geklärt.

4. ...

36. BNotO § 15 Abs. 1, § 14 Abs. 2; BGB §§ 656, 781; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Amtsverweigerung durch Notar bei Verfolgung erkennbar unerlaubter Zwecke*)

1. Dem Notar steht bei der Prüfung der Frage, ob er eine bestimmte Beurkundung vornehmen darf, ein nur durch den Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkter Beurteilungsspielraum zu.
2. Der Notar darf die Beurkundung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses nebst Zwangsvollstreckungs- unterwerfung über eine Honorarforderung aus Partner- schaftsvermittlung-Dienstvertrag wegen Verfolgung er- kennbar unerlaubter Zwecke ablehnen.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Wuppertal, Beschluß vom 20. 1. 1994 — 6 T 929/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin hat am 4. 11. 1993 an den Notar das Ersuchen gerichtet, ein Schuldanerkenntnis eines ihrer Kunden zu beurkun- den. Dies hat der Notar abgelehnt.

Der Notar begründet die Ablehnung der Beurkundung damit, es solle ein Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunter- werfung beurkundet werden, das der Durchsetzung einer Natural- obligation gem. § 656 BGB dienen solle. Die Antragstellerin sei in einem neueren Zeitungsbericht über unseriöse Heiratsvermittler in ... ausdrücklich aufgeführt worden.

Die Antragstellerin macht zur Begründung ihrer Beschwerde im wesentlichen geltend, sie betreibe kein Heiratsvermittlungsinstitut, sondern verstehe sich als Institut, das sich die Beratung und Betreuung ihrer Vertragspartner bei Fragen des täglichen Lebens auf Dienstleistungsbasis zur Aufgabe gemacht habe; diese Dienste seien auch nicht mit der Tätigkeit einer Partnerschaftsvermittlung gleichzusetzen. ...

Aus den Gründen:

Das gem. §§ 15 Abs. 1 S. 2 und 3 BNotO, 19 ff. FGG als Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darf der Notar seine Ur- kundstätigkeit nach den §§ 20 – 22 jenes Gesetzes — um eine Beurkundung im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 BNotO geht es vorliegend — nicht ohne ausreichenden Grund ver- weigern. Da der Begriff des ausreichenden Grundes im Gesetz nicht ausdrücklich umschrieben ist, muß bei An- wendung des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO von den Aufgaben eines Notars ausgegangen werden. Die allgemeinen nota- riellen Pflichten sind unter Berücksichtigung der Belange der Rechtsuchenden zu bestimmen, weil einem Gesuch- steller ein Anspruch auf Urkundstätigkeit zusteht, der sog. Urkundsgewährungsanspruch. Danach beurteilt sich die Berechtigung einer Amtsverweigerung — abgesehen von den hier zweifelsfrei nicht gegebenen Ausschließungsgrün- den des § 16 BNotO — nach § 14 Abs. 2 BNotO und für Beurkundungen ergänzend nach § 4 BeurkG. Hierbei ist allerdings der Stellung des Notars als unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes, § 1 BNotO, Rechnung zu tragen. Dies geschieht dadurch, daß dem Notar ein nur durch den Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkter Beur- teilungsspielraum zuzugestehen ist. Das Beschwerdegericht prüft danach, ob die Amtsverweigerung des Notars nach den Maßstäben der Rechts- und Sittenordnung auf vertret- baren Erwägungen beruht und nicht willkürlich oder rechtsmißbräuchlich erscheint (BGH in DNotZ 1970, S. 444/446; BayObLG in DNotZ 1984, S. 250/251 f. mit

zahlreichen Nachweisen; Seybold/Hornig, BNotO, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 85; Arndt, BNotO, 2. Aufl., § 15 Anm. II 3.; Bohrer, Das Berufsrecht der Notare, Rdnr. 397 Fn. 13).

Nach diesen Grundsätzen durfte hier der Notar seine Amtstätigkeit gem. § 14 Abs. 2 BNotO wegen Verfolgung erkennbar unerlaubter Zwecke verweigern. Mit der Errichtung einer Urkunde des von der Antragstellerin gewünschten Inhaltes hätte der Notar der gesetzgeberischen Anordnung des § 656 Abs. 2 BGB zuwider gehandelt. Er hätte nämlich durch Beurkundung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung die Möglichkeit geschaffen, eine nach dem Gesetz nicht einklagbare Naturalobligation für den Gläubiger mit Mitteln staatlichen Zwangs durchsetzbar zu machen.

Nach § 656 Abs. 2 BGB wird durch ein Schuldanerkenntnis, das ein Kunde zum Zwecke der Erfüllung eines sog. Ehemaklerversprechens abgegeben hat, eine Verbindlichkeit nicht begründet. Diese Vorschrift ist auf Partnerschaftsvermittlungs-Dienstverträge entsprechend anzuwenden (BGHZ 112, S. 122/124 ff.). Der Notar durfte im vorliegenden Fall beurteilungsfehlerfrei davon ausgehen, daß die von der Antragstellerin gewünschte Urkunde ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) über eine Honorarforderung aus Partnerschaftsvermittlung-Dienstvertrag nebst der auf die abstrakte Verbindlichkeit bezogenen Zwangsvollstreckungsunterwerfung enthalten soll. Soweit das Vorbringen des Notars bezüglich des Zeitungsberichtes zutreffend sein sollte — insofern bedarf es keiner abschließenden Entscheidung —, ergibt sich dies ohne weiteres. Nichts anderes folgt aber aus den eigenen Darlegungen der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren. Dem Gesamtzusammenhang ihres Inhaltes nach ist die zwischen ihr und ihrem Kunden getroffene „Vereinbarung“ ersichtlich auf Partnerschaftsvermittlung ausgerichtet. Partnerschaftsvermittlungsverträge können sich in der Erarbeitung von Partnervorschlügen erschöpfen oder darüber hinausgehend Partnerzusammenführungen über gemeinsame Freizeitveranstaltungen oder Kontaktseminare enthalten (statt aller *Staudinger-Reuter*, BGB, 12. Aufl., § 656 Rdnr. 5). Derartige Veranstaltungen sind unter „c)“ der „Vereinbarung“ vorgesehen. Daß auch das zu den Akten gereichte „Psychogramm“ letztlich nichts anderes als Hilfe bei der Partnervermittlung sein soll, ergibt sich aus dessen eigenem Inhalt. (*Wird ausgeführt.*)

Bei dieser Lage war der Notar weder gehalten, lediglich „Bedenken“ mit den Beteiligten zu erörtern (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG), eine Beurkundung jedoch gleichwohl vorzunehmen, falls die Beteiligten hierauf bestehen (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG), noch konnte er seine Amtsverweigerung auf Teile der Urkunde, nämlich auf die Zwangsvollstreckungsunterwerfung, beschränken. Denn die Beurkundung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses ohne die Möglichkeit sofortiger Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung stellt gegenüber dem von der Antragstellerin begehrten Urkundsinhalt kein Weniger, sondern eine andersartige Urkunde dar, weil in einem solchen Fall die abstrakte Verbindlichkeit im — vorliegend nicht eröffneten — Klagewege durchgesetzt werden müßte, die Antragstellerin mithin, außer hinsichtlich eventueller Einwendungen des Kunden, gegenüber der bestehenden Lage keinen Vorteil für sich erzielen würde. Den von der Antragstellerin erstrebten Forderungsabtretungen schließlich kommt keine selbständige Bedeutung zu, da sie nicht an Zahlungs Statt für die Honorarforderung, sondern lediglich sicherungshalber für die abstrakte Verbindlichkeit erfolgen sollen.

Internationales Recht

37. BGB § 2369; EGBGB Art. 25 Abs. 1; Art. 26 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3; Codice Civile Art. 602 Abs. 1, Art. 606 Abs. 1; Disposizioni preliminari zum Codice Civile Artt. 23, 30 (*Erbfolge nach italienischem Erblasser*)

1. Das italienische Kollisionsrecht verweist nicht auf das deutsche Recht zurück, so daß sich die Erbfolge nach einem Erblasser italienischer Staatsangehörigkeit nach italienischem Recht beurteilt.
2. Die internationale Zuständigkeit eines deutschen Nachlaßgerichts für die Erteilung eines gegenständlichen beschränkten Erbscheins ergibt sich aus § 2369 BGB.
3. Die Formgültigkeit eines privatschriftlichen Testaments setzt auch nach italienischem Recht voraus, daß die Urkunde eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist.

BayObLG, Beschluß vom 3. 8. 1993 — 1 Z BR 58/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der ledige Erblasser ist im Alter von 69 Jahren an den Folgen eines Verkehrsunfalls verstorben, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen. Er war italienischer Staatsangehöriger und lebte seit vielen Jahren in M., wo er als Pharmazievertreter tätig war. Seine Eltern sind vor ihm verstorben. Von seinen sechs Geschwistern haben ihn drei überlebt, nämlich zwei Schwestern (die Beteiligten zu 1 und 2) und ein Bruder (der Beteiligte zu 3). Die Beteiligten zu 4 bis 8 sind Abkömmlinge dreier vorverstorbenen Brüder.

Der Nachlaß besteht aus Bankguthaben in der Bundesrepublik, deren Höhe nach den Angaben der Beteiligten zu 1 und 2 rund 30.000 DM beträgt. Weitere Vermögensgegenstände, deren Wert noch nicht ermittelt ist, befinden sich in Italien.

Die in M. lebende Beteiligte zu 1 übergab am 7. 5. 1990 dem Nachlaßgericht einen verschlossenen Briefumschlag mit dem Bemerken, daß sie voraussichtlich einen Erbschein benötige. Das handschriftlich verfaßte Schriftstück ist mit dem Namen des Erblassers unterzeichnet und lautet wie folgt:

Testament

Ich lasse alles meinen Schwestern . . . (Beteiligte zu 2) und . . . (Beteiligte zu 1). Sie müssen an die Missionen denken.

M., den 14-7-87

Gestützt auf dieses Testament beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 zu Protokoll des Nachlaßgerichts vom 19. 6. 1990 einen auf den inländischen Nachlaß beschränkten gemeinschaftlichen Erbschein, der sie in Anwendung italienischen Rechts als Erben je zur Hälfte ausweisen sollte. Diesem Antrag trat die Beteiligte zu 4 mit der Behauptung entgegen, das Testament vom 14. 7. 1987 sei gefälscht. Es sei vom Erblasser weder selbst geschrieben noch von ihm unterschrieben. Nach italienischem Recht sei daher die gesetzliche Erbfolge eingetreten. Zum Beweis für ihr Vorbringen legte die Beteiligte zu 4 ein Schriftgutachten eines in Bozen wohnhaften Sachverständigen vor, der zu dem Ergebnis gekommen ist, das Testament sei eine Fälschung. Das Nachlaßgericht holte hierauf ein Gutachten des Diplom-Psychologen und Schriftpsychologen A. ein, demzufolge das Testament „mit größter Wahrscheinlichkeit“ vom Erblasser weder geschrieben noch unterschrieben worden sei. Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 vorgebracht hatten, der Erblasser sei am 13. 7. 1987 wegen eines Oberschenkelhalsbruchs in eine Chirurgische Klinik in M. eingeliefert worden und habe das Testament am folgenden Tag in einem physischen und psychischen Ausnahmezustand „halb liegend“ geschrieben, woraus sich die Schriftunterschiede zu den vorgelegten Schriftproben erklärten, ergänzte der Sachverständige A. sein Gutachten dahin, daß die Echtheit des Testaments unter diesen Umständen nicht mit einem auch nur einigermaßen unanfechtbaren Grad von Wahrscheinlich-

keit in der einen oder anderen Richtung zu entscheiden sei. Im Hinblick auf die vom Gericht eingeholten Stellungnahmen der Klinik, wonach beim Erblasser keine Beeinträchtigung der Schreibfähigkeit vorgelegen habe, ist der Sachverständige A. in seinem zweiten Ergänzungsgutachten zu dem Ergebnis gekommen, sein ursprüngliches Untersuchungsergebnis sei zutreffend; das Testament sei mit „größter Wahrscheinlichkeit“ gefälscht.

Mit Beschluß vom 27. 10. 1992 wies das Nachlaßgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurück, weil das Testament gefälscht sei. Die hiergegen eingelegten Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 wies das Landgericht am 11. 3. 1993 zurück. Ferner ordnete es an, daß die Beteiligten zu 1 und 2 die der Beteiligten zu 4 im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten haben. Der Geschäftswert wurde auf 30.000 DM festgesetzt (Nr. III des Beschlusses).

Gegen diese Entscheidung richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2. Sie beantragen, die Beschlüsse des Nachlaßgerichts und des Landgerichts aufzuheben und das Nachlaßgericht anzuweisen, ihnen den beantragten Erbschein zu erteilen.

Aus den Gründen:

Die zulässigen weiteren Beschwerden sind nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

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

a) Zutreffend ist das Landgericht von der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte und der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts M. ausgegangen.

aa) Im Hinblick auf die italienische Staatsangehörigkeit des Erblassers beurteilt sich der Erbfall gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach italienischem Recht, dessen Kollisionsrecht (Art. 23, 30 Disposizioni preliminari zum Codice Civile vom 30. 3. 1942 — DispPrel, abgedruckt bei *Ferid/Firsching* Internationales Erbrecht „Italien“ A I) nicht auf das deutsche Recht zurückverweist (BayObLGZ 1965, 423/425 m. w. N.; *Staudinger/Firsching* BGB 12. Aufl. Art. 25 EGBGB Rdnr. 76; *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. § 2369 Rdnr. 13). Ungeachtet des damit nicht gegebenen Gleichlaufs von materiellem Recht und Verfahrensrecht als Voraussetzung für die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte (vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB 52. Aufl. § 2369 Rdnr. 2 und *Palandt/Heldrich* Art. 25 EGBGB Rdnr. 20; *Keidel/Amelung* FGG 13. Aufl. Einl. Rdnr. 74 und *Keidel/Winkler* § 73 Rdnr. 18), ergibt sich diese hier aus § 2369 BGB (BayObLGZ 1961, 4/8; *Palandt/Edenhofer* a. a. O.).

bb) Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts M. folgt aus § 73 Abs. 1 FGG.

b) Die Entscheidung des Landgerichts, die Beteiligten zu 1 und 2 seien mangels eines formwirksamen Testaments zu ihren Gunsten nicht Alleinerben und könnten daher keinen Erbschein gem. § 2369 Abs. 1 BGB verlangen, ist auch in der Sache nicht zu beanstanden.

aa) Die Formgültigkeit (vgl. Art. 26 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 EGBGB) eines privatschriftlichen Testaments setzt sowohl nach deutschem (§ 2247 Abs. 1 BGB) als auch nach italienischem (vgl. Art. 602 Abs. 1, Art. 606 Abs. 1 des Codice Civile — CC — vom 30. 3. 1942, abgedruckt bei *Ferid/Firsching* a. a. O. B) Recht voraus, daß es eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist. Das ist nach den Feststellungen des Landgerichts bei der Urkunde vom 14. 7. 1987 nicht der Fall. Die Beschwerdekammer ist vielmehr der Überzeugung, daß sie gefälscht sei. Die Frage, ob ein als letztwillige Verfügung in Betracht kommendes Schriftstück vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben wurde und somit als formgültiges Testament angesehen

werden kann, liegt auf tatsächlichem Gebiet (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. BayObLG FamRZ 1992, 1206 m. w. N.). Die hierzu vom Gericht der Tatsacheninstanz getroffenen Feststellungen können im Verfahren der weiteren Beschwerde nur daraufhin überprüft werden, ob der Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt und damit gegen § 12 FGG verstoßen wurde, ob Vorschriften über die Form der Beweisaufnahme (§ 15 FGG) verletzt wurden und ob die Beweiswürdigung fehlerhaft ist. Diese darf nur in beschränktem Umfang nachgeprüft werden, nämlich ob das Beschwerdegericht alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen die Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze verstoßen und ob es die Beweisforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BayObLG a. a. O. m. w. N.). Derartige Rechtsfehler sind nicht feststellbar.

(3) Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 schließlich ausführen, es stehe nicht fest, daß es sich bei der Urkunde vom 14. 7. 1987 um eine Fälschung handle, verkennen sie, daß auch dies zu ihren Lasten ginge; denn die Feststellungslast für die Eigenhändigkeit einer als Testament in Betracht kommenden Urkunde trägt derjenige, der Rechte aus ihr herleitet (BayObLG FamRZ 1985, 837/838; *Palandt/Edenhofer* § 2247 Rdnr. 20).

bb) Handelt es sich mithin bei der Urkunde vom 14. 7. 1987 nicht um ein formgültiges Testament, so wird der Erblasser kraft Gesetzes beerbt, nämlich gemäß Artt. 565, 570 Abs. 1, Art. 467 Abs. 1, Art. 468 Abs. 1 CC von seinen Geschwistern, den Beteiligten zu 1 bis 3, und den Abkömmlingen der vorverstorbenen Geschwister, den Beteiligten zu 4 bis 8 (vgl. *Ferid/Firsching* a. a. O. Grdz. E VI Rdnr. 59). Den Beteiligten zu 1 und 2 steht somit das von ihnen beanspruchte Erbrecht nicht zu. Einen Erbschein, der die Beteiligten zu 1 und 2 als gesetzliche Erben ausweist, durfte das Nachlaßgericht mangels eines entsprechenden Antrags nicht erteilen (vgl. *Palandt/Edenhofer* § 2353 Rdnr. 14).

Anmerkung:

Der dem BayObLG vorliegende Sachverhalt illustriert erneut die Komplikationen, die sich bei einem tatsächlich wie rechtlich relativ einfachen Fall aus der herrschenden Rechtsprechung zur Internationalen Zuständigkeit in Nachlasssachen sowie der Entscheidung des IPRNG (Gesetz zur Neuregelung des IPR vom 25. 7. 1986) für das Staatsangehörigkeitsprinzip als Anknüpfungspunkt für das Erbstatut ergeben.

1. Nach gefestigter Rechtsprechung (vgl. nur OLG Dresden KGJ 47, 238; BayObLGZ 56, 121; DAVorm 83, 758; NJW-RR 1991, 1098) und auch der in der zu besprechenden Entscheidung vertretenen Auffassung richtet sich die internationale Zuständigkeit in Nachlasssachen, also die Abgrenzung der Aufgaben inländischer von denen ausländischer Gerichte (*Palandt/Heldrich*, Vor Art. 3 EGBGB, Rdnr. 3; *Geimer*, IZPR, 2. Aufl. 1993, Rdnr. 844), prinzipiell nach dem sog. „Gleichlaufgrundsatz“. Deutsche Gerichte sollen international dann zuständig sein, wenn in der Sache materielles deutsches Recht — ggf. auch aufgrund einer Rückverweisung oder Nachlaßspaltung — zur Anwendung kommt. Während in anderen Bereichen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die internationale Zuständigkeit ausdrücklich geregelt ist (für Vormundschaftssachen in § 35 b FGG, für Adoptionsachen in § 43 b FGG) hat der Ge-

setzgeber des IPRNG „mangels zwingenden Bedürfnisses“ und „wegen bestehender Zweifel bei den Grundsatzfragen“ auf eine solche Bestimmung in Nachlaßsachen verzichtet (BegrRegE, BT-Drucks. 10/504, 92).

Die Literatur ist dagegen überwiegend der Auffassung, die internationale Zuständigkeit in Nachlaßsachen nach der sog. Doppelfunktionstheorie (vgl. ausführlich *Geimer*, IZPR, Rdnr. 943 ff.) in Anlehnung an die örtliche Zuständigkeit zu bestimmen (*Kegel*, IPR, 6. Aufl. 1987, § 21 IV 1; *Palandt/Heldrich*, Art. 25 EGBGB, Rdnr. 18; *ders.*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht (1969), S. 211 ff.; *ders.*, NJW 1967, 417 (419 f.); *Kropholler*, IPR 2. Aufl. 1994, S. 388; der Rspr. dagegen zustimmend *v. Bar*, IPR II (1991), Rdnr. 389 f.). Danach wäre § 73 FGG analog heranzuziehen und die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei einem Wohnsitz des Erblassers in Deutschland zu bejahen. Wie in der ZPO hat der Gesetzgeber im FGG die Regelung der internationalen Zuständigkeit nicht „vergessen“, sondern ging vielmehr als selbstverständlich davon aus, daß bei fehlender ausdrücklicher Regelung die örtliche die internationale Zuständigkeit „indiziere“ (vgl. *Geimer*, IZPR, Rdnr. 944 f.; *Heldrich*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, S. 169 f.).

Für das Gleichlaufprinzip spricht eine gewisse Vereinfachung der Rechtsanwendung. Gerichte sind im Falle der Anwendbarkeit — möglicherweise schwer zu ermittelnden und nicht in gewohnter Weise auszulegenden — ausländischen Rechts schon gar nicht zuständig und müssen somit stets nur ihr eigenes, ihnen besser bekanntes Recht anwenden (vgl. hierzu *Heldrich*, NJW 1967, 417 [420]). Auch soll aus § 2369 BGB folgen, daß § 73 III FGG die internationale Zuständigkeit nicht mitregeln könne. Die Nachlaßbelegenheit in Deutschland begründete die internationale Zuständigkeit, ohne daß es des § 2369 BGB noch bedürfte (*v. Bar*, IPR II, Rdnr. 386). Wegen der engen Verschränkung von materiellem Recht und Verfahrensrecht bestehe zudem die Gefahr, das fremde materielle Recht sei „nicht ohne inhaltliche Verfälschung in das Korsett des deutschen Verfahrensrechts (zu) zwingen“ (*v. Bar*, IPR II (1991), Rdnr. 390).

Allerdings verführt eine solche Argumentation leicht dazu, ein differenziertes Kollisionsrecht überhaupt in Frage zu stellen. Die Abstimmung von materiellem Recht und Verfahrensrecht kann in jedem Rechtsgebiet, nicht nur im Internationalen Erbrecht, erhebliche Probleme aufwerfen. Man kann diesen Schwierigkeiten auf verschiedene Weise nachgeben. So wurde vorgeschlagen, Kollisionsrecht nur auf Einwendung der Parteien zu berücksichtigen (so die Theorie vom fakultativen Kollisionsrecht, *Flessner*, *RabelsZ* 34 (1970), 547 ff.; *Raape/Sturm*, IPR 6. Aufl. Bd. I [1977] S. 306 f.), oder die *lex fori* als Ersatzrecht anzuwenden, sofern Probleme bei der Ermittlung ausländischen Rechts auftreten (vgl. dazu ausführlich *Heldrich* in *FS Ferid* 70 [1978], S. 209 ff.). Jedoch bedeutete es den „Bankrott des internationalen Privatrechts“ (*Heldrich*, *FS Ferid* 70 [1978], S. 211), diese Vorschläge zu realisieren, denn das IPR bezweckt gerade, die sachnächste Rechtsordnung zur Anwendung zu bringen, auch wenn diese komplizierter zu ermitteln oder auszulegen ist.

Warum die Verflechtung von materiellem und Verfahrensrecht im internationalen Erbrecht *prinzipiell* schwieriger als in anderen Rechtsgebieten zu lösen sein sollte, ohne daß über Qualifikation und Anpassung sachgerechte Lösung erzielt würden, können die Verfechter des Gleichlaufgrundsatzes kaum überzeugend darlegen. Für andere

Rechtsgebiete könnte mit ähnlicher Berechtigung behauptet werden, daß die Gerichte überfordert seien, „ihr Verfahrensrecht ständig aufs Neue an die Gegebenheiten wechselnder ausländischer (. . . S)taturen anzupassen“ (so aber *v. Bar*, IPR II, Rdnr. 390 für das Nachlaßrecht).

Auch der Schluß aus der Zusammenschau von § 2369 BGB und § 73 III FGG ist angesichts der Tatsache, daß der Gesetzgeber in § 2369 BGB keine umfassende Regelung der internationalen Zuständigkeit in Nachlaßsachen treffen wollte, nicht überzeugend (vgl. *Mugdan*, Materialien V 846; ausf. *Heldrich*, NJW 1967, 417 [419]).

Der Gegensatz zwischen Gleichlauftheorie und Doppelfunktionstheorie wird allerdings dadurch gemildert, daß auch nach der Gleichlauftheorie neben der gesetzlichen Regelung des § 2369 BGB Notzuständigkeiten für vorläufig sichernde Maßnahmen bei Bestehen eines inländischen Fürsorgebedürfnisses eröffnet werden, bzw. wenn andernfalls eine Rechtsverweigerung drohte (BayObLG NJW 1967, 447 ff.: Haftungsbeschränkende Inventarerrichtung nach italienischem Recht). Auch die Vertreter einer analogen Anwendung des § 73 FGG begrenzen die deutsche internationale Zuständigkeit durch die sog. wesenseigene Zuständigkeit, also der Ablehnung der deutschen internationalen Zuständigkeit, wenn ein Richter die von seiner Kollisionsnorm durch Verweis auf die fremde Rechtsordnung gebotene, ihm aber verfahrensrechtlich unbekannte Tätigkeit ausführen soll (vgl. *Heldrich*, NJW 67, 417 [421], *ders.*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, S. 214). Im wesentlichen geht es bei diesem gesamten Streit also darum, das bei der Anwendbarkeit ausländischen Sachrechts bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis von grundsätzlicher Unzuständigkeit deutscher Gerichte mit eventuellen Ausnahmen bei drohender Rechtsverweigerung (so der Gleichlaufgrundsatz) in den Grundsatz der Zuständigkeit deutscher Gerichte nach § 73 FGG analog mit Ausnahme von Fällen der wesenseigenen internationalen Unzuständigkeit umzukehren. Dem Interesse des Bürgers an einem räumlich nahen Forum dürfte solange der Vorrang zu geben sein, wie dem Gericht keine unzumutbare Tätigkeit angesonnen wird (so auch *Kegel*, IPR 6. Aufl., § 21 IV 3, anders dagegen (kein „bequemes“ Forum) *v. Bar*, IPR II, Rdnr. 390). Im vorliegenden Fall ist wegen der Verteilung des Nachlasses auf Deutschland und Italien eine doppelte Zuständigkeit möglicherweise gerechtfertigt. Es erscheint aber wenig sinnvoll, daß ein deutscher Erbe den Nachlaß seines in M. verstorbenen Onkels italienischer Staatsangehörigkeit, der seit 30 Jahren Italien nur noch im Urlaub gesehen hat, mit viel Aufwand in Sizilien abwickeln muß. Das gilt umso mehr, wenn der Nachlaß finanziell nicht sehr bedeutsam ist und dem Gericht keine übermäßig schwierigen Tätigkeiten abverlangt werden. Die Literaturmeinung erscheint damit vorzugswürdig, auch wenn mit einer Aufgabe der verfestigten Rechtsprechung in naherer Zukunft kaum zu rechnen ist. Das BayObLG diskutiert diese Frage in der vorliegenden Entscheidung nicht einmal mehr.

Da hier der Hauptumfang des Vermögens des Erblassers in Deutschland belegen ist, greift die Ausnahmenvorschrift des § 2369 BGB, die eine zumindest gespaltene Zuständigkeit für in Deutschland belegene Vermögensgegenstände eines Fremdrechtsnachlasses vorsieht.

II. Bei der Ermittlung des anwendbaren Rechts ergeben sich für das BayObLG keine besonderen Schwierigkeiten. Der mangels vorrangigen Staatsvertrags (Art. 3 II 1 EGBGB) einschlägige Art. 25 I EGBGB verweist auf das Heimatrecht des Erblassers, also das italienische Recht. Gemäß Art. 4 I

EGBGB handelt es sich dabei um eine Gesamtverweisung, d. h. es wird nicht nur das italienische materielle Recht in Bezug genommen, sondern die gesamte italienische Rechtsordnung und damit auch ihr IPR. Da aber auch das italienische IPR, hier der Art. 23 der Disp. Prel. zum Codice Civile (vgl. z. B. *Pescatore/Ruperto*, Codice Civile I, Mailand 1986, Erläuterungen hierzu bei *Ferid/Firsching/Lichtenberger/Casarotto*, Int. Erbrecht, Bd. III, Stand Okt. 1993; Grdz. C I, Rdnr. 9) auf das Heimatrecht des Erblassers verweist, nimmt es diese Verweisung an, so daß damit das italienische Sachrecht Anwendung findet.

Auch das Staatsangehörigkeitsprinzip im Art. 25 I EGBGB zeigt in diesem Fall seine Nachteile. Ist es wirklich sinnvoll, daß ein Italiener, der „seit vielen Jahren“ in Deutschland wohnt, nach italienischem Recht beerbt wird? Der Lebensmittelpunkt gerade von Gastarbeitern — z. T. der zweiten und dritten Generation —, die aufgrund der nicht leicht zu erfüllenden Voraussetzungen für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit i. d. R. ihre Heimatstaatsangehörigkeit behalten haben, befindet sich häufig in Deutschland. Die vom Erbfall betroffenen Personen, insbesondere nähere Angehörige, Freunde und Gläubiger sowie das Vermögen befinden sich ebenfalls oft in Deutschland (vgl. *Kropholler*, IPR, 2. Aufl. 1994, § 51 I). Sowohl praktische Gründe — können deutsche Gerichte wirklich die Fremdnachlässe der hier lebenden Ausländer noch mit einem vernünftigen Aufwand abwickeln? (vgl. *Basedow*, NJW 1986, 2977) — als auch der Grundsatz der „most significant relationship“ sprechen eher dafür, zur Ermittlung des Erbstatuts an Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt anzuknüpfen bzw. die bisher sehr beschränkten Rechtswahlmöglichkeiten zu erweitern. Unter den neueren IPR-Kodifikationen hat sich insbesondere das schweizerische IPRG (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 1. 1. 1989) in seinem Art. 90 Abs. 1 für eine Anknüpfung an den Wohnsitz entschieden. Auch Art. 3 des (bisher noch nicht in Kraft getretenen) Haager Übereinkommens über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht vom 1. 8. 1989 sieht als wichtigsten Anknüpfungspunkt den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers vor: Auf der ersten Anknüpfungsstufe gilt er, wenn gewöhnlicher Aufenthalt und Staatsangehörigkeit zusammenfallen, auf der zweiten Stufe ist ein mindestens fünfjähriger gewöhnlicher Aufenthalt in einem fremden Staat unmittelbar vor seinem Tod maßgeblich. Erst an dritter Stelle ist dann die Staatsangehörigkeit allein maßgeblich, es sei denn, es hätten im Todeszeitpunkt engere Bindungen zu einem anderen Staat bestanden. Gemäß Art. 5 des Abkommens hat der Erblasser schließlich die Möglichkeit, das Recht des Aufenthalts- oder des Heimatstaates als Erbstatut zu wählen.

Zu beachten ist, daß eine Rückverweisung aus einer Rechtsordnung, die dem Wohnsitzprinzip folgt (vgl. etwa die oben zitierte schweizerische Regelung), gem. § 4 I 2 EGBGB zu beachten ist, damit deutsches Sachrecht anwendbar wäre und eine umfassende internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bestünde.

Die Zuständigkeit deutscher Gerichte kann sich in Anwendung des Gleichlaufgrundsatzes also ergeben aus Staatsverträgen (z. B. § 14 II der Anlage zu Art. 20 des deutsch-türkischen Konsularvertrags, etwa abgedruckt bei *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 7. Aufl. 1994, S. 100 ff.), einem Verweis des deutschen Kollisionsrechts auf deutsches Erbrecht, aus einer Gesamt- oder Teilrückverweisung aus dem vom deutschen IPR bezeichneten ausländischen Kollisionsrecht (z. B. aus dem

Recht US-amerikanischer Bundesstaaten hinsichtlich in Deutschland belegener unbeweglicher Sachen) sowie aus § 2369 BGB.

III. In der vorliegenden Frage führt das italienische Recht zu keinem anderen Ergebnis als das deutsche Erbrecht, denn auch nach deutschem Recht wäre das Testament mangels Eigenhändigkeit gem. § 2247 BGB nichtig gewesen. Formvorschriften führen wegen Art. 26 EGBGB bzw. Art. 1 Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. 10. 1961 (BGBl. 1965 II, S. 1145; *Jayme/Hausmann*, a. a. O., S. 97 ff.), die eine Leiter alternativer Anknüpfungen vorsehen, selten zu einer Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung.

Allerdings können sich für die notarielle Praxis wegen der in den verschiedenen Rechtsordnungen durchaus in unterschiedlichem Ausmaß gewährten Testierfreiheit erhebliche Abweichungen ergeben, die bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen durch ausländische Staatsbürger zu beachten sind. So sind im romanischen Rechtskreis gemeinschaftliche (Ehegatten-)Testamente und Erbverträge, wie sie das deutsche Recht in §§ 2265 ff. BGB kennt, weitgehend verboten. Allerdings ist hier streitig, ob und ggf. wann ein Verbot solcher gemeinschaftlichen Testamente als Formfrage zu qualifizieren ist (und damit unter Art. 26 I EGBGB fällt) oder eine Gültigkeitsfrage betrifft und demgemäß Art. 26 V EGBGB zuzuordnen ist, der auf das hypothetische Erbstatut z. Zt. der Errichtung der letztwilligen Verfügung verweist. Z. T. wird das Verbot solcher letztwilligen Verfügungen einheitlich als Frage des materiellen Rechts beurteilt (v. *Bar* IPR II, Rdnr. 381 m. w. N. in Fn. 157), während eine differenzierende Ansicht darauf abstellt, ob das jeweilige Erbstatut diese Frage als materiell oder formell qualifiziert (*Palandt/Heldrich*, Art. 25 Rdnr. 13 f., *Kropholler*, a. a. O., S. 386). Während in bezug auf Frankreich und die Niederlande auch eine Qualifikation als Formfrage vertreten wird (*Palandt/Heldrich*, a. a. O.; *Kropholler*, a. a. O.; *MünchKomm/Birk* Art. 26, Rdnr. 93; *Staudinger/Firsching*, Vorb. 273 ff. zu Art. 24 – 26; a. A. v. *Bar*, a. a. O. m. w. N.), herrscht im Hinblick auf das entsprechende italienische Verbot Einigkeit über eine materiell-rechtliche Qualifikation. In der Praxis ist es bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags ausländischer Staatsbürger daher ratsam, sich zunächst über die Zulässigkeit einer solchen letztwilligen Verfügung nach dem Heimatrecht der Beteiligten klar zu werden, um spätere unliebsame Überraschungen zu verhindern.

Auch diese Komplikationen würden — zumindest für die Nachlaßabwicklung in Deutschland — weitgehend vermieden, wenn das deutsche internationale Erbrecht statt auf die Nationalität auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers abstellen würde. Daß sich neue Friktionen mit Staaten, die dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgen, ergeben könnten, weil die Gültigkeit des Testaments für den dort befindlichen Nachlaß abweichend beurteilt wurde, wäre allerdings eine negative Konsequenz einer entsprechenden Gesetzesänderung, sofern sich das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht international nicht durchsetzen sollte.

Rechtsreferendar *Gebhard Rehm*,
Wiss. Hilfskraft am Institut für Internationales Recht
— Rechtsvergleichung — der Universität München

38. EGBGB Artt. 15, 220 Abs. 3; BGB § 1414; Codice Civile Art. 159 ff., Artt. 177, 228 (*Güterstand italienischer Ehegatten*)

Mangels einer anderslautenden ehevertraglichen Regelung unterliegen dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht alle die Gegenstände, die die Ehegatten nach dem 15. 1. 1978 erwerben.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 18. 8. 1993 — 20 W 264/93 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) und 2), beide italienische Staatsangehörige, haben am 1. 6. 1963 in Mailand die Ehe miteinander geschlossen. Sie sind seit vielen Jahren in Deutschland ansässig. Durch notariellen Vertrag vom 4. 3. 1975 kaufte die Beteiligte zu 1), die schon damals mit dem Beteiligten zu 2) in G. wohnte, ein in G.-W. gelegenes Baugrundstück zu Alleineigentum. Die Auflassung wurde am selben Tag erklärt und das Eigentum am 10. 6. 1975 auf die Beteiligte zu 1) umgeschrieben. Der notarielle Vertrag vom 4. 3. 1975 enthält außer dem Namen der Beteiligten zu 1) keinen Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Falles mit Auslandsberührung.

Durch Urteil des Landgerichts Como vom 28. 6. 1984 wurde die Ehe der Beteiligten gemäß Art. 151 CC gerichtlich getrennt. Beide Beteiligten beantragten im Jahre 1989 bei dem Amtsgericht G. die Scheidung ihrer Ehe. Unter dem 6. 8. 1990 regte der Beteiligte zu 2) bei dem Grundbuchamt an, gegen die am 10. 6. 1975 erfolgte Eintragung der Beteiligten zu 1) als Alleineigentümerin einen Amtswiderspruch einzutragen.

Zur Begründung trug er vor, für das Grundstück gelte nach italienischem Recht der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft. In dem sich an diese Anregung anschließenden Verfahren vor dem Grundbuchamt stellte sich heraus, daß die beiden Beteiligten noch am Abend des 4. 3. 1975 einen notariell beurkundeten Ehevertrag in G. geschlossen und Gütertrennung vereinbart hatten. In diesem Vertrag heißt es: „Wir wollen von jetzt ab in Gütertrennung gem. § 1414 BGB leben und heben deshalb den gesetzlichen Güterstand für unsere Ehe auf. Bisher etwa entstandene Ansprüche auf Ausgleich des Zugewinnes schließen wir für die Vergangenheit aus.“

Der Grundbuchrichter, dem die Sache vom Rpfleger nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 RpfVG vorgelegt worden war, ordnete durch Beschluß vom 5. 3. 1991 an, von Amts wegen einen Widerspruch zugunsten der beiden Beteiligten in Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht gegen die am 10. 6. 1975 erfolgte Eintragung des (Allein-)Eigentums der Beteiligten zu 1) einzutragen. Der Amtswiderspruch wurde am 2. 4. 1991 eingetragen.

Die Beteiligte zu 1) hat unter dem 29. 12. 1992 Beschwerde gegen die Eintragung des Amtswiderspruchs mit dem Ziel seiner Löschung eingelegt. Der Beteiligte zu 2) hat dem Grundbuchamt mitgeteilt, er trete der Beschwerde nicht entgegen, weil nach Art. 228 CC die Errungenschaftsgemeinschaft (italienischen Rechts) sich nur auf die nach dem 20. 9. 1975 erworbenen Gegenstände erstrecke. Gleichwohl hat der Grundbuchrichter durch Beschluß vom 28. 1. 1993 ausgesprochen, er helfe der Beschwerde nicht ab. Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluß vom 7. 6. 1993 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die mit Anwaltschriftsatz vom 8. 7. 1993 eingelegte weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Unter Aufhebung der Vorentscheidungen ist das Grundbuchamt anzuweisen, den eingetragenen Amtswiderspruch zu löschen, weil er zu Unrecht eingetragen worden ist.

Im Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Landgerichts allerdings insofern zutreffend, als das Landgericht angenommen hat, daß auf die güterrechtlichen Beziehungen der Beteiligten italienisches Recht anzuwenden ist.

Welches Recht für die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe maßgebend ist, bestimmt sich nach dem durch das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 27. 8. 1986 mit Wirkung ab 1. 9. 1986 neugestalteten Art. 15 EGBGB i. V. m. der Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB (BayObLG Rpfleger 1992, 341 [= MittBayNot 1992, 268 = DNotZ 1992, 575]). Danach ist von entscheidender Bedeutung, wann die Ehe geschlossen wurde. Nach Art. 220 Abs. 3 EGBGB bestimmen sich die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die — wie hier — nach dem 31. 3. 1953 und vor dem 9. 4. 1983 geschlossen worden sind, für die hier maßgebliche Zeit nach dem 8. 4. 1983 nach Art. 15 EGBGB. Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht. Letzteres ist in Art. 14 Abs. 1 EGBGB geregelt. Demnach ist in erster Linie maßgeblich das Recht desjenigen Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört. Nach deutschem internationalem Güterrecht bestimmt sich daher das Güterrecht grundsätzlich nach der gemeinschaftlichen Staatsangehörigkeit bei der Eheschließung (*Röll*, Das Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts in der notariellen Praxis, MittBayNot 1989, 1). Mithin ist im Streitfall italienisches Recht anzuwenden. Dieses Recht aber haben die Vorinstanzen nicht richtig angewendet. Die Nachprüfung ausländischen Rechts ist dem Gericht der weiteren Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht verschlossen, weil Gesetz im Sinne der §§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG, 78 Satz 1 GBO ganz allgemein jede Rechtsnorm ist, so daß — abweichend von § 549 Abs. 1 ZPO — auch ausländisches Recht auf seine richtige Anwendung nachzuprüfen ist (KG JFG 16, 23/28; *KEHE-Kuntze* GBR 4. Aufl. Rdnr. 8 und *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 4 a, je zu § 78 m. w. N. aus der Rechtsprechung).

Mit dem am 20. 9. 1975 in Kraft getretenen italienischen Familienrechtsreformgesetz vom 19. 5. 1975 wurde der bisher geltende gesetzliche Güterstand der Gütertrennung durch die Gütergemeinschaft in der Form der Errungenschaftsgemeinschaft gem. Artt. 159 ff., 177 CC abgelöst (vgl. OLG Karlsruhe IPRax 1990, 122/124; LG Kempten MittBayNot 1982, 250/251; *Grunsky* Italienisches Familienrecht 2. Aufl. 1978 S. 49; *Ferid* FamRZ 1975, 465; *Bergmann/Ferid* Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Abschnitt Italien S. 38 ff.). Die Absätze 1 und 2 der hier maßgeblichen Kernvorschrift des Übergangsrechts (Art. 228 CC) lauten wie folgt (abgedruckt bei *Ferid* a. a. O. S. 469):

„Die bereits vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begründeten Familien unterliegen nach Ablauf von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt dem Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft hinsichtlich jener Werte, die sie nach dem genannten Zeitpunkt erwerben. Dies gilt nicht, wenn innerhalb des genannten Zeitraums einer der Ehegatten den gegenteiligen Willen in einer Urkunde zum Ausdruck bringt, welche von einem Notar oder dem Standesbeamten des Eheschließungsortes aufgenommen wird.“

Innerhalb des gleichen Zeitraumes können die Ehegatten eine Vereinbarung dahin treffen, daß die vor dem in Absatz I bezeichneten Zeitpunkt erworbenen Vermögenswerte vorbehaltlich der Rechte Dritter dem Güterstand der Gütergemeinschaft unterworfen werden.“

Den Inhalt dieser Bestimmungen haben die Vorinstanzen entweder übersehen oder nicht richtig erkannt. Aus ihnen ergibt sich nämlich, wie die weitere Beschwerde mit Recht hervorhebt, eindeutig, daß Ehen, die vor dem 20. 9. 1975 geschlossen worden sind, nur hinsichtlich derjenigen Gegenstände in den neuen gesetzlichen Güterstand übergeleitet werden, die die Ehegatten nach dem 20. 9. 1977 (verlängert bis 15. 1. 1978, vgl. *Bergmann/Ferid* a. a. O. S. 41 Fn. 43 a) erwerben, es sei denn, daß die Ehegatten eine anderslautende Vereinbarung treffen (OLG Karlsruhe a. a. O.; LG Kempten a. a. O.; *Grunsky* a. a. O.). Im Streitfall ist weder von den Beteiligten vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, daß die beiden Beteiligten eine anderslautende Vereinbarung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 19. 5. 1975 getroffen haben. Daher bewendet es für das davor vorhandene Vermögen, auch für das eingangs näher bezeichnete Grundstück der Beteiligten zu 1), bei der Gütertrennung. Mithin erweist sich die am 2. 4. 1991 erfolgte Eintragung eines Amtswiderspruchs schon deshalb als nicht gerechtfertigt.

Danach kommt es auf die von den Vorinstanzen erörterte Zweifelsfrage, ob der Güterrechtsvertrag der Beteiligten vom 4. 3. 1975 nach italienischem Recht unzulässig war und ob er wenigstens in Deutschland „hinkend“ wirksam war (vgl. dazu *Röll* a. a. O. S. 2; *Ferid* Internationales Privatrecht 3. Aufl. 1986 Rdnr. 8 – 139 ff.; siehe auch *Lichtenberger* MittBayNot 1986, 111/113), nicht an.

Anmerkung:

I. Ausgangspunkt der Entscheidung ist § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO, wonach das Grundbuchamt einen Widerspruch von Amts wegen einzutragen hat, wenn das Grundbuch unrichtig geworden ist, dies die Folge einer unter Verletzung von gesetzlichen Vorschriften vorgenommenen Eintragung ist und die Eintragung Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein kann (BGHZ 25, 16 [20]; BayObLG Rpfleger 1987, 450 [= MittBayNot 1987, 250 = DNotZ 1988, 157]; *Meikel/ Streck*, Grundbuchrecht, Band 3, Teil 1, 7. Aufl. 1993, § 53 Rdnr. 43).

Es ist deshalb danach zu fragen, ob die Beteiligte zu 1 zu Recht im Grundbuch als Alleineigentümerin eingetragen wurde.

II. Internationalprivatrechtlich sind hier zwei Fragenkreise voneinander zu unterscheiden: Zum einen das Problem, welchem Recht die Eigentumsübertragung unterliegt. Zum anderen ist zu erörtern, welche Rechtsordnung die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten beherrscht, weil ihr Güterstand auf die sachenrechtliche Lage Einfluß nehmen kann.

I. Wie das Eigentum an einem Grundstück übergeht, ist eine Frage des Sachenrechts und daher sachenrechtlich zu qualifizieren. Das Internationale Sachenrecht ist zwar im EGBGB (noch) nicht geregelt (zur IPR-Reform vgl. Art. 43 Abs. 1 Satz 1 EGBGB-Referentenentwurf, abgedruckt u. a. bei *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1994, S. 558). Jedoch gilt kraft Gewohnheitsrecht grundsätzlich das Recht des Lageortes (*lex rei sitae*; vgl. BGHZ 52, 239

[240] [= DNotZ 1970, 21]; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Anhang II zu Art. 38 EGBGB Rdnr. 2; *von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band, 1991, Rdnr. 746). Da das fragliche Grundstück in Deutschland belegen ist, ist insoweit deutsches Recht anzuwenden. Die nach §§ 873 Abs. 1, 925 BGB erforderliche Auflassung liegt ebenso vor wie die Eintragung im Grundbuch, hier der Beteiligten zu 1 als Alleineigentümerin.

2. Fraglich ist aber, ob die Beteiligte zu 1 aus güterrechtlichen Gründen gerade nicht als Alleineigentümerin hätte eingetragen werden dürfen.

a) Das Grundbuchamt ging nämlich nachträglich davon aus, daß die beiden Beteiligten als Errungenschaftsgemeinschaft des italienischen Rechts Eigentümer des Grundstücks seien. Hinsichtlich der Gütergemeinschaft nach §§ 1415 ff. BGB ist heute allgemein anerkannt, daß das Grundbuchamt, dem es bekannt ist, daß der die Eintragung begehrende Ehegatte in Gütergemeinschaft lebt, diesen nicht als Alleineigentümer eintragen darf, weil sonst das Grundbuch jedenfalls nach einer logischen Sekunde unrichtig werden würde; vielmehr sind beide Ehegatten sogleich als Eigentümer in Gütergemeinschaft (§ 47 GBO) einzutragen (RGZ 155, 344 [347]; BayObLG Rpfleger 1975, 302 [= MittBayNot 1975, 169 = DNotZ 1976, 174]; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 4. Aufl. 1994, S. 596; *MünchKomm/Kanzleiter*, BGB, 3. Aufl. 1993, § 1416 Rdnr. 26; *Erman/Heckelmann*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 1416 Rdnr. 6). Entsprechendes könnte für eine Errungenschaftsgemeinschaft des italienischen Rechts gelten.

b) Ob die beiden Beteiligten in diesem Güterstand leben, ist ein Problem des Internationalen Privatrechts, genauer des Internationalen Ehegüterrechts. Deshalb ist zunächst zu klären, welcher Rechtsordnung die güterrechtlichen Beziehungen der Beteiligten unterliegen.

(1) Dabei hätte das Gericht der Frage nachgehen können, ob insoweit eine nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB vorrangige staatsvertragliche Regelung existiert.

In diesem Zusammenhang ist an eine Fortgeltung des erst zum 23. 8. 1987 gekündigten (BGBl. 1986 II, S. 505) Haager Ehwirkungsabkommens vom 17. 5. 1905 (RGBl. 1912, 433, 475; BGBl. 1955 II, S. 188 zu C) unter dem Gesichtspunkt der Unwandelbarkeit des einmal begründeten Güterrechtsstatuts (dazu *Klinke*, IPRax 1983, 132 m. w. N. zur französischen und niederländischen Rechtsprechung) zu denken. Im Ergebnis ist dies jedoch abzulehnen, weil die geschlechtsbezogene Anknüpfung an das Mannesrecht (Art. 2 Abs. 1 des Abkommens) in gleicher Weise wie Art. 15 EGBGB a. F. (vgl. BVerfGE 63, 181 [= MittBayNot 1983, 70 = DNotZ 1983, 356]) gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG verstößt (BGH FamRZ 1986, 1200 [1201] [= MittBayNot 1987, 32 = DNotZ 1987, 262]; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Anhang zu Art. 15 EGBGB Rdnr. 1 m. w. N.).

(2) Hinsichtlich den aus der Verfassungswidrigkeit des Abkommens resultierenden Übergangsfragen ist Art. 220 Abs. 3 EGBGB entsprechend anzuwenden (BGH FamRZ 1986, 1200 [1201]; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Anhang zu Art. 15 EGBGB Rdnr. 1; *von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band, 1991, Rdnr. 106 FN 24).

Durch die Übergangsvorschrift des Art. 220 Abs. 3 EGBGB, die notwendig wurde, als das BVerfG durch Beschluß vom 22. 2. 1983 (BVerfGE 63, 181 [= MittBayNot 1983, 70])

Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 Halbsatz 1 EGBGB a. F. mit Art. 3 Abs. 2 GG für unvereinbar und daher nichtig erklärte, versuchte der Gesetzgeber einen Ausgleich zwischen den mit Verfassungsrang ausgestatteten Grundsätzen der Gleichberechtigung und des Vertrauensschutzes (OLG Karlsruhe IPRax 1990, 122 f.) zu schaffen.

Nach dieser Norm ist zu unterscheiden, in welchem Zeitraum die betreffende Ehe geschlossen wurde.

a) Ist die Ehe vor dem 1. 4. 1953, also vor dem in Art. 117 Abs. 1 GG genannten Zeitpunkt, geschlossen, so bleibt es bei der Anwendung von Art. 15 EGBGB a. F. (in seiner gewohnheitsrechtlichen Fortbildung zu einer allseitigen Kollisionsnorm, vgl. *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 6) bzw. hier bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens.

b) Eine nach dem 31. 3. 1953 aber vor dem 9. 4. 1983 geschlossene Ehe unterliegt hinsichtlich ihrer güterrechtlichen Wirkungen dem sich aus der Anknüpfungsleiter des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 EGBGB ergebenden Recht. Dies gilt jedoch nur bis zum 8. 4. 1983; danach ist das anwendbare Recht Art. 15 EGBGB n. F. zu entnehmen, Art. 220 Abs. 2 Satz 2.

c) Ehen, die nach dem 8. 4. 1983 (9. 4. 1983: Tag des Bekanntwerdens (§ 30 III BVerfGG) des Beschlusses vom 22. 2. 1983, vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 107) geschlossen wurden, unterliegen hinsichtlich ihrer güterrechtlichen Wirkungen nach Art. 220 Abs. 3 Satz 5 EGBGB dem sich aus Art. 15 EGBGB n. F. ergebenden Recht.

d) Die Beteiligten schlossen am 1. 6. 1963 die Ehe wirksam nach italienischem Recht, vgl. Art. 1, 5, 8 des Haager Eheschließungsabkommens vom 12. 6. 1902 (RGBl. 1904, S. 221) i. V. m. Art. 82 ff. Codice civile. Zum relevanten Zeitpunkt des Eigentumserwerbs war die Ehe auch nicht geschieden.

Somit sind die Sätze 1–3 des Art. 220 Abs. 3 EGBGB in analoger Anwendung einschlägig. Das auf die güterrechtlichen Beziehungen anwendbare Recht wäre nach der Anknüpfungsleiter des Art. 220 Abs. 3 Satz 1 EGBGB zu bestimmen, soweit sich aus Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB nicht etwas anderes ergibt. Nach dieser Vorschrift ist für die Zeit nach dem 8. 4. 1983 Art. 15 EGBGB n. F. anzuwenden. Fraglich und umstritten ist, wie diese Vorschrift zu verstehen ist.

Denkbar wäre es, auf den Zeitpunkt des Vermögenserwerbs abzustellen. Dann wäre auf nach dem 8. 4. 1983 erworbenes Vermögen Art. 15 EGBGB n. F. anwendbar; für vorher Erworbenes wäre Art. 220 Abs. 3 Satz 1 EGBGB einschlägig, so daß ein „Sondervermögen abgespalten“ wird. Dieses führte „ein kollisionsrechtliches Eigenleben im stillen Winkel weiter“ (*Ferid/Böhmer*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, § 8–146, 3).

Gegen diese Auslegung spricht aber schon der Wortlaut von Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB, der gerade nicht anordnet, daß Art. 15 EGBGB n. F. nur nach dem Stichtag erworbene Gegenstände betrifft (*Staudinger/Dörner*, EGBGB, 12. Aufl. 1993, Art. 220 Rdnr. 125).

Um eine güterrechtliche Aufspaltung in zwei Vermögensmassen zu vermeiden, stellt der BGH nicht auf den Zeitpunkt des Vermögenserwerbs ab, sondern auf den des jeweiligen güterrechtlich relevanten Vorgangs (Beendigung der Ehe) (BGH FamRZ 1986, 1200 [1202] [= MittBayNot 1987,

32 = DNotZ 1987, 262]); FamRZ 1987, 679 [680] [= MittBayNot 1987, 254]; zustimmend: OLG Hamm FamRZ 1993, 115; *Henrich*, Internationales Familienrecht, 1989, S. 81 f.; *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 13; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1994, § 45 III 4 b). Die dadurch eintretende Rückwirkung ist verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG FamRZ 1988, 920 [= MittBayNot 1988, 239]; zustimmend: MünchKomm/Siehr, EGBGB, 2. Aufl. 1990, Art. 15 Rdnr. 166).

Für diese Lösung spricht auch, daß damit eine — wenn auch auf das vor dem 9. 4. 1983 erworbene Vermögen beschränkte — Fortwirkung des Heimatrechts des Mannes (vgl. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EGBGB) vermieden wird (*von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band, 1991, Rdnr. 231).

Stellt man also auf den güterrechtlich relevanten Vorgang ab, so ist hier Art. 15 EGBGB n. F. anzuwenden, vgl. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB analog. Ohne auf das dargelegte Problem einzugehen, folgt das Gericht dieser Ansicht, denn es wendet Art. 15 EGBGB n. F. an, obwohl der Erwerb des Grundstücks schon am 10. 6. 1975 stattgefunden hat.

(3) Nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB können die Ehegatten auch nach Eheschließung (*Kropholler*, IPR, 2. Aufl. 1994, § 45 III 3) ihr Güterrechtsstatut durch unmittelbare Rechtswahl, die an keine Voraussetzungen geknüpft ist (*Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 21), bestimmen.

Da die Anknüpfung des Art. 15 Abs. 1 EGBGB nur dann in Betracht kommt, wenn keine oder eine nicht wirksame Rechtswahl vorliegt, hätte das Gericht auf die Vereinbarung der Beteiligten vom 4. 3. 1975 eingehen müssen, in der sich die Beteiligten u. a. darüber verständigten, daß sie von diesem Zeitpunkt an „in Gütertrennung gem. § 1414 BGB leben“ wollen und „den gesetzlichen Güterstand“ ihrer Ehe aufheben. Soweit aus dem diesbezüglich nur knappen Sachverhalt erkennbar, liegt hierin sowohl eine Wahl des deutschen Güterrechts als auch der Gütertrennung. Internationalprivatrechtlich ist dies nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB zulässig, da mindestens (dazu *Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 22) ein Ehegatte in Deutschland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die Wirksamkeit des Rechtswahlvertrags ist auch aus deutscher Sicht davon unabhängig, ob er aus italienischer Sicht zulässig ist (*von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band, 1991, Rdnr. 223; *Ferid/Böhmer*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, § 8–139, 3), woran wegen Art. 18 Disp. Prel. gezweifelt werden muß. Schließlich wurde auch die Form des Art. 15 Abs. 3 i. V. m. Art. 14 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, nämlich die notarielle Beurkundung, eingehalten. Damit wählten die Parteien deutsches Güterrecht, so daß die Feststellung des Gerichts, daß „auf die güterrechtlichen Beziehungen der Beteiligten italienisches Recht anzuwenden ist“ unzutreffend ist. Lebten die Beteiligten aber ab dem 4. 3. 1975 — die Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB wirkt grundsätzlich ex nunc (*Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 21) — in wirksam vereinbarter Gütertrennung (§§ 1408 Abs. 1, 1410, 1414 BGB), so erwarb die Beteiligte zu 1 am 10. 6. 1975 durch Eintragung (Vollendung des Erwerbstatbestands) Alleineigentum am Grundstück, so daß die Eintragung zu Recht erfolgte. Die Eintragung des Amtswiderspruchs war deshalb unzulässig.

(4) Das Gericht geht hier aber einen anderen Weg. Da es sich nicht mit der Wirksamkeit des Rechtswahlvertrags auseinandersetzen möchte, prüft es die Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB n. F., die aufgrund der gemeinsamen italienischen Staatsangehörigkeit der Beteiligten auf italienisches Recht verweisen. Dabei handelt es sich um eine Gesamtverweisung nach Art. 4 I 1 EGBGB (*Palandt/Heldrich*, BGB, 53. Aufl. 1994, Art. 15 EGBGB Rdnr. 1 und Art. 14 EGBGB Rdnr. 3; *von Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band, 1991, Rdnr. 213; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1994, § 45 III vor 1). Deshalb hätte das Gericht zunächst die Regelungen des italienischen internationalen Privatrechts — wie es das Kammergericht in einem vergleichbaren Sachverhalt (IPRax 1987, 117 [120]) tat — anwenden müssen.

Vorrangige Staatsverträge sind auch hier nicht ersichtlich; insbesondere findet das Haager Ehwirkungsabkommen keine Anwendung, da es von Deutschland zum 23. 8. 1987 gekündigt (BGBl. 1986 II, S. 505) wurde.

Daher ist autonomes italienisches Kollisionsrecht anzuwenden. Einschlägig ist Art. 19 Disp. Prel., wonach die güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten dem Heimatrecht des Mannes im Zeitpunkt der Eheschließung unterliegen. Aus maßgeblicher italienischer Sicht könnten an dieser Norm verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Geschlechter bestehen. Art. 18 und 20 Abs. 1 Disp. Prel., die hinsichtlich der persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander (Art. 18 Disp. Prel.) bzw. des Eltern-Kind-Verhältnisses ebenfalls an das Heimatrecht des Mannes anknüpfen (Art. 20 Abs. 1 Disp. Prel.), wurden durch den italienischen Verfassungsgerichtshof insoweit für verfassungswidrig erklärt, als in Ermangelung einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten an das Heimatrecht des Mannes angeknüpft wird (*Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 1993, § 19 Rdnr. 10 m. w. N.). Da Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs keine konstitutive Wirkung zukommt, sondern die Verfassungswidrigkeit einer Norm lediglich festgestellt wird (*Luther*, Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1990, 129 f. m. w. N.), bedarf es auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung von Art. 19 Disp. Prel., dessen Unwirksamkeit jedoch nur

insoweit in Betracht kommt, als mangels gemeinsamer Staatsangehörigkeit der Ehegatten an das Heimatrecht des Mannes angeknüpft wird. Hier sind beide Beteiligte jedoch italienische Staatsangehörige, so daß Art. 19 Disp. Prel. zugrundegelegt werden kann. Danach nimmt das italienische Kollisionsrecht die Verweisung an.

Erst nach diesen Überlegungen hätte das Gericht — wenn überhaupt — in die Prüfung des italienischen Güterrechts eintreten dürfen, wobei es dem Gericht der weiteren Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht analog § 549 Abs. 1 ZPO verwehrt ist, ausländisches Recht hinsichtlich seiner richtigen Anwendung zu überprüfen (*Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, Band 3, Teil 1, 7. Aufl. 1993, § 78 Rdnr. 16; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 78 Rdnr. 8).

Hierzu führt es zutreffend aus, daß der gesetzliche Güterstand nach Art. 159, 177 ff. Codice civile zwar die Gütergemeinschaft ist, welche der Sache nach eher eine Errungenschaftsgemeinschaft darstellt (*Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 1993, § 11 Rdnr. 19). Jedoch ergibt sich aus der intertemporären Kollisionsnorm des Art. 228 Abs. 1 des Gesetzes über die Familienrechtsreform vom 19. 5. 1975, daß es jedenfalls hinsichtlich schon erworbener Vermögensgegenstände beim bisherigen Güterstand, nämlich der Gütertrennung bleibt (*Grunsky*, Italienisches Familienrecht, 2. Aufl. 1978, S. 49; *Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 1993, § 11 Rdnr. 17).

Damit konnte das Gericht feststellen, daß selbst bei der Anwendung italienischen Güterrechts die Beteiligte zu 1 Alleineigentümerin des Grundstücks wurde. Aus diesen Erwägungen wurde das Grundbuch nicht dadurch unrichtig, daß die Beteiligte zu 1 als Alleineigentümerin eingetragen wurde.

III. Das Gericht hat also zu Recht entschieden, daß der Amtswiderspruch nicht hätte eingetragen werden dürfen. In der Begründung ist ihm jedoch nicht zu folgen.

Rechtsreferendar *Michael Ultsch*,
Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht
— Rechtsvergleichung — der Universität München

1. Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz; hier: Rückwirkungsverbot nach § 5 Abs. 1 Sätze 2–4 ErbStG bei Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 19. 5. 1994 — 34 — S 3804 — 7/4 — 31 676 —

Die Landesnotarkammer Bayern hat beim Bayer. Staatsministerium der Finanzen angefragt, ob das Rückwirkungsverbot bei Vereinbarung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft durch Ehevertrag nach § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG i. d. F. des Mißbrauchsbekämpfung- und Steuerbereinigungsgesetzes vom 21. 12. 1993 (BGBl I, S. 2310) auch dann gilt, wenn die Beteiligten im Wege einer Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB den gesetzlichen Güterstand nach deutschem Recht nur deshalb wählen, um Zweifel über das für ihre Ehe anwendbare Güterrecht auszuräumen.

Das Bayer. Staatsministerium der Finanzen hat die Anfrage mit Schreiben vom 19. 5. 1994 (Az. 34 — S 3804 — 7/4 — 31 676) wie folgt beantwortet:

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 ErstG ist auch dann anzuwenden, wenn Ehegatten nach § 15 Abs. 2 EGBGB für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe in notariell beurkundeter Erklärung deutsches Recht wählen und dann — sofern sie keine weiteren Vereinbarungen treffen — für ihre Rechtsbeziehungen das Recht der Zugewinnsgemeinschaft gilt.

Die mit der Rechtswahl erfolgende Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse ist als Ehevertrag i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG anzusehen, so daß als Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes der Tag der notariell beurkundeten Erklärung gilt.

Aber auch dann, wenn diese Regelung nicht als Ehevertrag i. S. des § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG beurteilt werden könnte, wäre die erbschaftsteuerliche Anerkennung einer rückwirkenden Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft in Zusammenhang mit der Güterrechtswahl nicht möglich. Ein Statutenwechsel durch Rechtswahl während der Ehe wirkt grundsätzlich ex nunc. Durch die Rechtswahl selbst tritt deshalb auch der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft ebenfalls nur ex nunc ein. Eine davon abweichende Bestimmung eines Zeitpunkts vor dem Güterrechtswechsel läßt sich zwar zivilrechtlich durch Ehevertrag nach §§ 1408 ff. BGB — oder die — zivilrechtlich ebenfalls mögliche — Unterstellung des zur Zeit der Rechtswahl bereits vorhandenen Ehegattenvermögens unter das neue Güterrechtsstatut erreichen. Derartige güterrechtliche Vereinbarungen sind jedoch nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG erbschaftsteuerlich unbeachtlich.

Anmerkung der Schriftleitung:

Im Hinblick auf die Auffassung der Finanzverwaltung zu dieser Frage erscheint es angebracht, bei Zweifeln über das anwendbare Güterrecht in der Urkunde diese zu vermerken und zugleich darzulegen, aus welchen Gründen die Beteiligten davon ausgehen, daß auf ihre Ehe das durch Rechtswahl gewählte Güterrecht ohnehin anwendbar ist.

2. Schenkungsteuerrechtliche Behandlung von „unbenannten Zuwendungen“ unter Ehegatten

Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 26. 4. 1994, BStBl I S. 297

Bezug: Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10. 11. 1988 (BStBl I S. 513 [= MittBayNot 1989, 50])

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 2. 3. 1994 — II R 59/92 — [= BStBl II S. 366, in diesem Heft S. 266]) sind sogenannte unbenannte (ehebedingte) Zuwendungen nicht deswegen von der Schenkungsteuer ausgenommen, weil sie — wegen ihres spezifisch ehebezogenen Charakters — nach herrschender zivilrechtlicher Auffassung keine Schenkungen i. S. der §§ 516 ff. BGB darstellen. Die Schenkungsteuerpflicht unbenannter Zuwendungen beurteilt sich — nicht anders als bei sonstigen Zuwendungen — nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die danach unter anderem erforderliche objektive Unentgeltlichkeit der Leistung kann nicht allein deswegen verneint werden, weil der unbenannten Zuwendung besondere ehebezogene Motive zugrunde liegen, etwa dahingehend, daß die Zuwendung dem „Ausgleich für geleistete Mitarbeit“ des bedachten Ehegatten oder dessen „angemessener Beteiligung an den Früchten des ehelichen Zusammenwirkens“ dienen soll. Auf die Art des zugewendeten Vermögens und die Angemessenheit der Zuwendung kommt es nicht an.

In Übereinstimmung mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder hebe ich den Bezugserrlaß mit Wirkung vom 31. 5. 1994 auf. Auf unbenannte Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Familienwohnheims, die vor dem 31. 5. 1994 ausgeführt worden sind, bleibt der Erlaß anzuwenden.

3. AfA-Befugnis des Vermächtnisnießbrauchers; hier: Anwendung des BFH-Urteils vom 28. 9. 1993 — IX R 156/88 —

Schreiben des BMF vom 22. 4. 1994 — IV B 3 — S 2253 — 31/94 —

Der Bundesfinanzhof hat mit Urteil vom 28. 9. 1993 — IX R 156/88 — (BStBl II 1994 S. 319 [in diesem Heft S. 264]) entschieden, daß entgegen Tz. 51, 41 des BMF-Schreibens vom 15. 11. 1984 — IV B 1 — S 2253 — 139/84 — (BStBl I S. 561 [= MittBayNot 1984, 278 ff.]) und der entsprechenden Ländererlasse ein Vermächtnisnießbraucher die Gebäude-AfA aufgrund von Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Erblassers nicht in Anspruch nehmen kann.

Die Rechtsgrundsätze dieses Urteils sind in allen Fällen anzuwenden, in denen der Vermächtnisnießbrauch nach dem 31. 5. 1994 notariell beurkundet worden ist. Ist der Vermächtnisnießbrauch vor dem 1. 6. 1994 notariell beurkundet worden, ist der Nießbraucher weiterhin zum Abzug der Gebäude-AfA nach Maßgabe der Tz. 51, 41 des BMF-Schreibens vom 15. 11. 1984 — IV B 1 — S 2253 — 139/84 — und der entsprechenden Ländererlasse berechtigt.

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung ab 1. 7. 1994:

Notar Dr. Karl Ludwig Wimmer, Wasserburg

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung ab 1. 5. 1994:

Ursula Wilfart, Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Eva Rumpf, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Huber / von Daumiller)

Robert Kiefer, Kandel/Pfalz (Notarstellen Pfeiffer / Herb)

Mit Wirkung ab 1. 6. 1994:

Birgit Stoll, Schwabach, (Notarstellen Reißmann/Hagg)

Stefan Weinmann, Regen (Notarstellen Dr. Dr. Grziwotz / Vogt-Grziwotz)

Mit Wirkung vom 1. 7. 1994:

Hans-Joachim Vollrath, Zwiesel (Notarstelle Dr. Mayer)

3. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Norbert Dolp, Weilheim (Notarstellen Döbereiner / Dr. Strober), ab 1. 4. 1994 in München (Notarstellen Dr. Lichtenberger / Dr. Bader)

Notarassessor Dr. Anton Wiedemann, Traunstein (Notarstelle Dr. Ullrich), ab 1. 4. 1994 in Regensburg (Notarstellen Strobel / Dr. Sauer)

Notarassessor Stephan-Klaus Schiller, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Scheckenhofer / Dr. Brückner), ab 1. 4. 1994 in München (Notarstellen Jungsberger / Dr. Wirner)

Notarassessor Thomas Lindner, Heilsbronn (Notarstellen Füller / Dr. Albrecht), ab 2. 5. 1994 in München (Notarstellen Dr. Wolfsteiner / Dr. Bohrer)

Notarassessor Dr. Klaus Hohmann, Friedberg (Notarstellen Dr. Schmidt / Dr. Nawratil), ab 1. 6. 1994 in Heilsbronn (Notarstellen Füller / Dr. Albrecht)

Oberinspektor i. N. Bernhard Mailänder, München (Notarstellen Jungsberger / Dr. Wirner), ab 1. 1. 1995 in Augsburg (Notarstellen Füger / Hartmann)

Oberinspektor i. N. Alois Megele, Uffenheim (Notarstelle Thiede), ab 19. 9. 1994 in Ansbach (Notarstellen Dr. Karl / Dr. Anderle)

4. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat Gerold Sand, Ansbach (Notarstellen Dr. Karl / Dr. Anderle), ab 1. 5. 1994 ausgeschieden

Oberinspektor Klaus Ernstberger, München (Notarstellen Mittenzwei / Dr. Steinbauer), ab 1. 4. 1993 ausgeschieden

Oberamtsrat Franz Langer, Ochsenfurt (Notarstelle Brand), ab 1. 6. 1994 im Ruhestand

Amtsrat Walter Rucker, Dillingen (Notarstelle Dr. Jorden), ab 1. 5. 1994 im Ruhestand