

ABHANDLUNGEN

Ausgewählte Fragen des Familienrechts*

Von Dr. Rainer Hoppenz, Vorsitzender Richter am OLG Karlsruhe

Das Thema bedeutet angesichts der Fülle der Fragen, die das Familienrecht aufwirft – man sehe sich nur die Themen der 24 Arbeitskreise des diesjährigen Brühler Familiengerichtstags an – die Qual der Wahl. Ich gebe auch zu, daß es mir nicht geringe Mühe bereitet hat, mich in die Seele eines Notars zu versetzen, um zu ermitteln, nicht nur welche familienrechtlichen Probleme sie bewegen, sondern auch, ob ich als Familienrichter geeignet bin, diese Probleme darzustellen. Ich bin schließlich auf die vermögensrechtliche Bedeutung von Zuwendungen unter Ehegatten verfallen, bei denen ich sicher bin, daß sie Sie beschäftigen, und die andererseits die Gerichte zunehmend erreichen. In diesem Zusammenhang sollen aber auch kurz Zuwendungen unter Verlobten, unter Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie von Schwiegereltern an Schwiegerkinder, andererseits aber auch Parallelprobleme im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht gestreift werden: Vielleicht ergeben sich daraus größere Zusammenhänge. Daß ich Ihnen im wesentlichen nur Probleme aufzeige, müssen Sie hinnehmen: Mein Thema ist „Ausgewählte Fragen“ und nicht: „Auserwählte Antworten“.

I.

Lassen Sie mich mit der Wirkung von Schenkungen unter Eheleuten im Zugewinnausgleich beginnen. Dabei soll die Frage, wann heute überhaupt noch von Schenkung gesprochen werden kann, zunächst noch offenbleiben.

1. Die geringste Mühe bereiten, um sozusagen das Pferd vom Schwanz her aufzuzäumen, die wegen Verarmung des Schenkers zurückgeforderten oder wegen groben Undanks zu Recht widerrufenen Schenkungen. Sie zeigen Auswirkungen nur im Endvermögen beider Ehegatten: Der Wert des Rückforderungs- bzw. Bereicherungsanspruchs ist im Endvermögen des Schenkers als Aktiv- und im Endvermögen des beschenkten Ehegatten als Passivposten anzusetzen.

Ganz selbstverständlich ist diese Konkurrenz von schuldrechtlichem Anspruch und Zugewinnausgleich aber nicht. Es könnte immerhin die Frage gestellt werden, ob die Regelung

des Zugewinnausgleichs nicht etwa den schuldrechtlichen Ausgleich ausschließe, wie dies etwa bei der Frage der Rückforderung einer unbenannten Zuwendung der Fall sein soll; dazu später. Hier jedenfalls sieht die Rechtsprechung keine Probleme. Die auch bei anderen schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen vorhandene Zweigleisigkeit des Ausgleichs und auch der gerichtlichen Zuständigkeiten und die daraus folgende Gefahr unterschiedlicher rechtlicher Beurteilung des Anspruchs des Schenkers durch das allgemeine Zivilgericht und – als Vorfrage – durch das Familiengericht muß hingenommen werden.

Zu den Voraussetzungen insbesondere eines Widerrufs wegen groben Undanks erspare ich mir Ausführungen; nur so viel sei festgestellt: Das Verschulden an Trennung und Scheidung genügt als solches allein noch nicht.

2. Die Probleme beginnen, wenn die Schenkung Bestand hat. Von ihr handeln § 1374 Abs. 2 BGB (Schlagwort: Privilegiertes Vermögen) und § 1380 BGB (Schlagwort: Voraufempfang). Nach § 1374 Abs. 2 ist nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen, was unter anderem durch Schenkung erworben ist, soweit es nicht den Umständen des Falles nach zu den Einkünften zu rechnen ist. § 1380 ordnet die Anrechnung von Zuwendungen eines Ehegatten auf den Ausgleichsanspruch des anderen an, wobei dieser unter Hinzurechnung der Zuwendung zum Zugewinn des Zuwenders zu errechnen ist.

Das sind klare Regeln, wie man meinen sollte. Aber schon beim ersten Rechenschritt, der Hinzurechnung der Schenkung zum Anfangsvermögen des Empfängers, fällt uns der BGH in den Arm: § 1374 Abs. 2 gilt nicht für Ehegattenschenkungen!¹ Die Begründung ist lesenswert: Wesentlicher Grund für die Ausnahmeregelung des § 1374 Abs. 2 sei, daß es um einen Vermögenserwerb gehe, der auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zum Zuwender oder auf ähnlichen besonderen Umständen beruhe; dieses Motiv des Gesetzgebers passe bei Schenkungen nur auf solche, die von einem Dritten stammten; soweit Grundlage der Schenkung die persönlichen Beziehungen des Schenkers zum eigenen Ehepartner sei, sprächen diese Umstände gegen die Privilegierung. Von welchem Eheverständnis geht man hier eigent-

* Festvortrag gehalten am 21.6.1997 anlässlich der Jahresversammlung des Thüringer Notarverbundes. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

¹ FamRZ 1987, 791.

lich aus? Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift gegen ihren eindeutigen Wortlaut steht zudem im Gegensatz zur wiederholt geäußerten Ansicht des BGH, § 1374 Abs. 2 sei eine starre, nicht oder jedenfalls nur ganz eingeschränkt analogiefähige Bestimmung²: Was für die Analogie gilt, hat auch für die teleologische Reduktion Gültigkeit.

Obwohl der BGH damit von einer früheren Entscheidung und auch von der früher herrschenden Lehre abgewichen ist, hat ihm erstaunlicherweise die überwiegende Literatur die Gefolgschaft nicht versagt. Das wird einerseits noch erstaunlicher, wenn man bedenkt, daß damit der Zusammenhang der Vorschrift mit § 1380 unberücksichtigt bleibt, andererseits teilweise verständlich, weil der BGH bei Ehegattenschenkungen den § 1374 Abs. 2 schlicht in den § 1380 hineinoperiert hat. Dazu müssen wir § 1380 ins Visier nehmen.

3. Diese Vorschrift zählt zum Kompliziertesten, was das Güterrecht, ja das BGB aufzubieten hat. Ich will mich auf die wichtigsten Streitfragen beschränken. Bemerkenswert ist allerdings, daß § 1380 in der gerichtlichen Praxis bislang nur eine unbedeutende Rolle spielt. Vermutlich leisten Sie als Notare hier so ganze Arbeit, daß kaum mehr etwas zu uns Familienrichtern durchkommt.

§ 1380 schreibt, wie schon gesagt, zwei Rechenschritte vor: Hinzurechnung des Wertes der Zuwendung zum Zugewinn des Leistenden und Anrechnung dieses Wertes auf den so errechneten Ausgleichsanspruch. Der BGH macht daraus drei: Der weitere Schritt ist der Abzug des Wertes der Zuwendung vom Endvermögen des Empfängers. Der Wortlaut der Vorschrift bietet hierfür keine Grundlage. Die Begründung des BGH ist dünn: Wenn der Zugewinn des Zuwendenden und damit ja dessen Endvermögen um den Wert der Zuwendung erhöht werde, sei damit zugleich gesagt, daß der Wert der Zuwendung nicht auch beim Endvermögen des Empfängers berücksichtigt werden dürfe; die Zuwendung könne nicht zugleich den Wert des Endvermögens beider Ehegatten erhöhen. Wir befinden uns hier aber weder im Gütertausch noch in einem Nullsummenspiel. § 1380 BGB ist eine abstrakte Vorschrift zur Berechnung des Zugewinns. – Schwerer noch wiegt der Einwand, daß § 1380 BGB auf diese Weise fast völlig seines Sinnes beraubt wird. Wenn der durch Zuschlag zum Zugewinn des Leistenden und Abzug vom Endvermögen des Empfängers sich ergebende, um also genau den Wert der Zuwendung höhere Zugewinnausgleichsanspruch durch Anrechnung eben dieser Zuwendung wieder ausgeglichen wird, mag dies ein interessantes Beschäftigungsmodell für Notare und Familienrichter sein; Auswirkungen hat die Vorschrift jedoch nicht.

Rührend sind die Versuche des BGH und, ihm folgend, der Literatur, dem § 1380 dennoch die Existenzberechtigung zuzusprechen. Freilich behält die Vorschrift auch in der eben geschilderten Auslegung einen gewissen Sinn. Das ist dann der Fall, wenn ein Zugewinn des Empfängers entweder fehlt, jedenfalls aber geringer als der Wert der Zuwendung ist. Der Abzug des Wertes der Zuwendung von seinem Endvermögen würde zu einem negativen Zugewinn führen, was ausgeschlossen ist, weil der Zugewinn minimal Null ist. § 1380 verändert in diesem Fall die Zugewinndifferenz um weniger als den doppelten Wert der Zuwendung; gleichwohl bleibt es beim Abzug des vollen Wertes der Zuwendung von der so ermittelten Ausgleichsforderung. Hier begünstigt § 1380 BGB

² FamRZ 1981, 755; 1995, 289.

den Zuwender. Dementsprechend sieht z.B. *Langenfeld*³ den Sinn der Vorschrift in der Sicherung der Anrechnung unabhängig vom Schicksal der Zuwendung im Vermögen des Empfängers. Mit dieser Formulierung wird verschleiert, daß es sich nur um einen Sonderfall handelt. Er beruht auf dem wirtschaftlicher Betrachtungsweise fremden Verbot, Anfangsvermögen, Endvermögen und Zugewinn unter Null anzusetzen.

Damit erweist sich, daß der BGH, um seine Fehlinterpretation des § 1374 Abs. 2 im Bereich der Ehegattenschenkung zu korrigieren, auch die Vorschrift des § 1380 in einem unzutreffenden Sinn auszulegen gezwungen ist. Richtigerweise greifen beide Vorschriften ineinander, ist § 1380 die Reaktion auf § 1374 Abs. 2. Durch diese Vorschrift wird der Wert der Schenkung durch Zurechnung zum Anfangsvermögen dem Zugewinn entzogen; das Ausgleichsniveau verschiebt sich um die Hälfte des Wertes zu Gunsten des Empfängers. § 1380 macht das, soweit die Vorschrift reicht, für die Ehegattenschenkung wieder rückgängig: Durch Hinzurechnung des Wertes zum Endvermögen des Zuwendenden und sodann dessen Abzug von der Zugewinnausgleichsforderung. Auf diese Weise wird die Zuwendung in Höhe der Hälfte ihres Wertes tatsächlich zu einer Art Vorausempfang auf den Zugewinnausgleich. Dem kann ein Sinn nicht abgesprochen werden; widersprüchlich, wie der BGH⁴ meint, ist das nicht. Dieses Verständnis der beiden Vorschriften ist nicht neu. Es entsprach vor der genannten Entscheidung des BGH einer verbreiteten Ansicht⁵. *Lipp*⁶ hat sie in letzter Zeit bekräftigt.

Nun könnte man einwenden: Wozu der intellektuelle Aufwand? Ob man das Anfangsvermögen um den Wert der Zuwendung erhöht oder das Endvermögen entsprechend verringert: Der Zugewinn bleibt doch gleich! Solange § 1380 anwendbar ist, kann das in der Tat offenbleiben. Aber schon der Wortlaut („Auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten wird angerechnet ...“) verrät Einschränkungen des Anwendungsbereichs. Fällt § 1380 aus, so kommt es zum Schwur. Wer Ehegattenschenkungen nicht privilegiert, müßte konsequenterweise den Wert der Zuwendung wie jeden anderen Vermögenserwerb behandeln. Kommt dagegen § 1374 Abs. 2 zur Anwendung, erhöht sich das Anfangsvermögen des Empfängers und verschiebt sich dadurch der Zugewinnausgleich endgültig um die Hälfte des Wertes zu dessen Gunsten.

Da im Anwendungsbereich des § 1380 so gut wie nichts unstrittig ist, bestehen auch hier unterschiedliche Meinungen. Es geht um zwei Fälle. Einig ist man sich, daß § 1380 ausscheidet, wenn kein – vorläufig errechneter – Zugewinnausgleichsanspruch des Empfängers verbleibt, auf den der Wert der Zuwendung auch nur teilweise angerechnet werden könnte. Streitig sind die sogenannten überschüssigen Zuwendungen: Der Empfänger ist zwar ausgleichsberechtigt, der Wert der in der dritten Berechnungsstufe anzurechnenden Zuwendung übersteigt aber den vorläufig errechneten Zugewinnausgleichsanspruch. Der BGH⁷ hält § 1380 nur bei vollständiger Anrechenbarkeit für anwendbar; ist das nicht der Fall, verbleibt es bei der „schlichten“ Ausgleichsberechnung auf der Grundlage eines Vergleichs der beiderseitigen Zugewinne, der durch keine Modifizierungen verändert ist.

³ Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl., Rdnr. 192.

⁴ vgl. Fußnote 1.

⁵ vgl. z.B. BGHZ 65, 320.

⁶ JuS 1993, 89.

⁷ FamRZ 1982, 778.

Dogmatisch konsequenter und auch vom Ergebnis befriedigender erscheint der Vorschlag, den Wert der Zuwendung in einem ersten Rechenschritt bis zur Höhe des Zugewinnausgleichsanspruchs anzurechnen und hinsichtlich des Spitzenbetrages wieder § 1374 Abs. 2 anzuwenden und in diesem zweiten Rechenschritt die endgültige Ausgleichsforderung zu errechnen. Daß diese u.a. von *Lipp*⁶ vertretene Auffassung sich durchsetzen wird, ist kaum zu erwarten. Die Auffassung des BGH ist immerhin vertretbar und wird von der herrschenden Literatur geteilt.

Fällt damit aber eine beträchtliche Zahl von Fällen aus dem Anwendungsbereich des § 1380 heraus, so hat die Frage der Privilegierung von Ehegattenzuwendungen nicht nur marginale Bedeutung. Die Fälle, in denen der Zuwender die Anwendung der Vorschrift zum Zeitpunkt der Zuwendung abbedungen hat (§ 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB), kommen hinzu, sind aber wohl selten.

Man sollte nun meinen, daß, wer die Anwendung des § 1374 Abs. 2 auf Ehegattenschenkungen ausschließt, jetzt „normal“ rechnet, also ohne jede Modifikation die Anfangs- und Endvermögen saldiert und den Zugewinnunterschied entsprechend ausgleicht. So konsequent ist man aber nicht immer. Der BGH mußte zwar noch nicht Farbe bekennen. In der Literatur wird aber, z.B. von *Schwab*⁸, erwogen, in diesem Fall den Wert der Zuwendung vom Endvermögen des Empfängers abzuziehen und mit dieser Modifikation den Zugewinnausgleich zu errechnen – wohlgerneht auf der Basis der Nichtanwendung des § 1374 Abs. 2 und des § 1380! Eine Begründung für diesen Rechenschritt wird uns vorenthalten; es gibt auch keine. Natürlich ist das Ergebnis richtig: Es folgt aus § 1374 Abs. 2.

Daß die Kompliziertheit der Materie auch bedeutende Geister zu fragwürdigen Konstruktionen verleitet, zeigt das folgende Problem, mit dem ich die Ausführungen zum § 1380 abschließen möchte. Der treulose Empfänger hat das Geschenk nicht mehr: Er hat es verloren, weggegeben und – bei Geld – auch kein Surrogat mehr. Hier wird unter Zugrundelegung der Drei-Schritte-Theorie des BGH zu § 1380 die Auffassung vertreten, die Herausrechnung des Wertes der Zurechnung aus dem Endvermögen des Empfängers – der zweifelhafte Schritt 2 – habe zu unterbleiben, bei teilweisem Verlust eben zum Teil; anderenfalls würde nicht der Empfänger, sondern der Zuwendende das „Untergangs- bzw. Verschlechterungsrisiko“ tragen.⁹ Nichts davon ist dem § 1380 zu entnehmen. Der dem Schuldrecht entnommene Begriff des „Sachrisikos“ hat in der ehelichen Lebensgemeinschaft nichts zu suchen. Auch kann man sich des Eindrucks einer gewissen Praxisferne nicht erwehren: Wie soll denn etwa nach zwanzigjähriger Ehe festgestellt werden, daß das noch in glücklichen Zeiten gemachte Geschenk, ganz oder zum Teil, auch nicht mehr als Surrogat vorhanden ist? Müssen wir dann über Jahre hinweg das Schicksal des Geschenks und seiner Surrogate und wieder deren Surrogate verfolgen? Eine Horrorvision! Aber diese Konstruktion widerspricht auch dem Aufbau des Zugewinnausgleichs. Dies ergibt sich daraus, daß sie an einen konkreten Vermögensgegenstand anknüpft. Dem Zugewinnausgleich ist das fremd. Maßgebend ist nie der Gegenstand selbst, sondern der durch ihn verkörperte Wert. Der Gegenstand ist nichts anderes als ein Berechnungsposten bei der Errechnung des Anfangsvermögens, Endvermögens, Zuge-

winns, der Privilegierung oder der illoyalen Vermögensminderung. Sein weiteres Schicksal ist uninteressant. – Bei der oben vertretenen, wie mir scheint, richtigen Auslegung der §§ 1374 Abs. 2, 1380 stellt sich das Problem natürlich von vornherein nicht. Daß eine Privilegierung nach § 1374 Abs. 2 nur stattfinden darf, wenn das Erlangte noch im Endvermögen ist, hat noch niemand vertreten.

II.

Lebten wir noch Anfang der 70er Jahre, so könnte ich jetzt schließen und könnten wir uns erfreulichen Dingen zuwenden. Leider hat damals mit der Erschaffung der dogmatischen Figur der ehebedingten oder unbenannten Zuwendung eine Rechtsentwicklung eingesetzt, die bis heute noch nicht beendet ist.

1. a) Ausgangspunkt waren Fälle der Gütervermehrung eines Ehegatten durch den anderen bei Gütertrennung. Ein güterrechtlicher Ausgleich kommt hier nicht in Frage. Widerspruch es dem Rechtsempfinden, es beim Scheitern der Ehe bei der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Vermögensverteilung zu belassen, so lag es nahe, nach einer schuldrechtlichen Ausgleichsmöglichkeit zu suchen. Soweit mangels Verarmung des Schenkers oder groben Undanks des Beschenkten schenkungsrechtliche Ansprüche ausscheiden, konnte ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht oder auf die Lehre von der Geschäftsgrundlage zu einer adäquaten Rechtsgrundlage verhelfen. Man mußte nur noch eine Vermögensbewegung von einem Ehegatten zum anderen finden, an die ein Ausgleichsanspruch dogmatisch geknüpft werden konnte. Eigentlich hätte es nahegelegen, an die Güterbewegung als einer Schenkung anzuknüpfen. Diese noch in den 80er Jahren gelegentlich vertretene Auffassung¹⁰ hat sich nicht durchgesetzt. Statt dessen verengte man den Anwendungsbereich der Schenkung durch Erweiterung des Begriffs der Gegenleistung: Eine solche, die Schenkung ausschließende Gegenleistung liegt auch vor, wenn die Zuwendung die Geschäftsgrundlage hat, daß dafür eine Verpflichtung eingegangen oder eine Leistung bewirkt wird; diese – und das ist das Entscheidende – kann auch immateriell sein. Herausgenommen aus der Schenkung zu Gunsten der neuen Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung und damit zugleich deren Definition sind Zuwendungen, denen die Vorstellung zugrunde liegt, die eheliche Lebensgemeinschaft habe Bestand, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensverhältnisse erbracht werden¹¹. Damit hatte man dogmatisch einen neuen Rechtsgrund für die Zuwendung, der einerseits der Rechtsgrund für das Behaltendürfen war, bei dessen Wegfall oder Nichterreichen man aber den Rückforderungsanspruch ansetzen konnte.

Damit blieb noch die Frage, ob die Rückforderung nach Bereicherungsrecht oder nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfolgen solle. Der BGH hat sich für den zweiten Weg entschieden¹². Dogmatisch ging dies nicht ohne Winkelzüge. Zielpunkt ist die Annahme, das Scheitern der Ehe bedeute in der Regel einen Wegfall der Geschäftsgrundlage der unbenannten Zuwendung. Das steht in Widerspruch zum Ausgangspunkt, die Annahme einer Schenkung scheitere daran, daß hier eine Gegenleistung vereinbart sei. Diese soll ja in der Erwartung liegen, die eheliche Lebensgemeinschaft

⁸ Handbuch des Scheidungsrechts, 3. Aufl., S. 1531.

⁹ Jaeger in *Johannsen/Henrich*, Eherecht, 2. Aufl., § 1380, Rdnr. 3, 14.

¹⁰ *Holzhauser*, JuS 1983, 833.

¹¹ Z. B. BGH, FamRZ 1990, 600; 1992, 293.

¹² FamRZ 1982, 778; 910.

habe Bestand. Deren Fortbestehen kann aber nicht gleichzeitig Inhalt und Geschäftsgrundlage der unbenannten Zuwendung sein. Richtigerweise hätte, worauf *Lipp*⁶ mit Recht aufmerksam macht, die rechtliche Behandlung schon auf der Ebene der Gegenleistung ansetzen müssen. Ist die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft die causa der unbenannten Zuwendung, so führt deren Scheitern direkt in das Recht der Leistungsstörungen. Hält man dieses wegen des personenrechtlichen Charakters der unbenannten Zuwendung für unanwendbar, stünde immer noch der Bereicherungsausgleich zur Verfügung. Mit dem Scheitern der Ehe ist der Rechtsgrund für die unbenannte Zuwendung nachträglich entfallen. Der BGH¹² verneint einen Bereicherungsanspruch nach der ersten Alternative des § 812 Abs. 1 Satz 2 (späterer Wegfall des rechtlichen Grundes), weil aus der ehelichen Lebensgemeinschaft keine Verpflichtung zur Leistung bestanden habe. Über die zweite Alternative (Nichteintritt des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolges) kommt er nur mit einer Verkürzung dieses Zwecks hinweg: Nicht mehr allgemein der Bestand, die Erhaltung oder Sicherung der Ehe werden hier als solche für maßgeblich erachtet, sondern die Erreichung des im Einzelfall bezweckten vermögensrechtlichen Erfolges, also die Erstellung eines Familienheims, die Alterssicherung oder die Verlagerung des Vermögens auf den nicht haftenden Ehegatten; dieser Zweck ist freilich erreicht worden.

Trotz dieser dogmatischen Bedenken hat sich diese Rechtsprechung des BGH in der Praxis und auch in großen Teilen des Schrifttums durchgesetzt. Das mag dadurch erleichtert worden sein, daß es sich, grob gesehen, um die unrichtige Begründung eines für richtig gehaltenen Ergebnisses handelt.

b) Die Rechtsfigur der unbenannten Zuwendung hat in der kurzen Zeit ihres Bestehens einen beeindruckenden Siegeszug angetreten. Ging es zunächst nur um Leistungen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Erwerb eines Familienheims¹³, so fielen ihr in der Folgezeit Leistungen zur Alterssicherung¹⁴, zur Vermögensbildung¹⁵, zum Ausbau der beruflichen Existenz¹⁶ und zur Verlagerung des Vermögens auf den nicht haftenden Ehegatten¹⁷ zu. Reine Arbeitsleistungen, z.B. zum Ausbau des Familienheims auf dem Grundstück des anderen Ehegatten, nahm man heraus, um sie sogleich aber auf der Grundlage eines „familienrechtlichen Vertrages besonderer Art“ denselben Rückforderungsregeln zu unterstellen¹³. Tatsächlich dürfte die Weite des Kriteriums: Zuwendungen unter Ehegatten, denen die Erwartung zugrunde liegt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung und Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werden und die darin ihre Geschäftsgrundlage hatten, erlauben, annähernd sämtliche Vermögensgeschäfte unter Eheleuten dem Begriff der unbenannten Zuwendung dienstbar machen.

Damit geht notwendigerweise eine Verarmung der Artenspezies schuldrechtlicher Rechtsgrundlagen einher. Gesellschaftsrecht gerät – außer bei Außengesellschaften – in Gefahr, nur noch bei ausdrücklicher Vereinbarung einer Ehegattinnenngesellschaft zur Anwendung zu kommen. Der

weitere Anwendungsbereich des Gesellschaftsrechts, nämlich der konkludente Abschluß eines Gesellschaftsvertrags durch Verfolgung eines über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zwecks¹³, gerät in den Sog der unbenannten Zuwendung. Denn die dafür angeführten Beispiele: Aufbau eines Unternehmens oder die gemeinsame berufliche oder gewerbliche Tätigkeit, lassen sich zwanglos über den Ausbau der beruflichen Existenz unter die unbenannte Zuwendung subsumieren. So verwundert es nicht, wie *Langenfeld*¹⁸ ermittelt hat, daß die letzte BGH-Entscheidung zur schlüssigen Vereinbarung einer Ehegattinnenngesellschaft 1974 ergangen ist. Und so kommt es, daß wir die Ehegattenschenkung auf der Roten Liste der vom Aussterben bedrohten Rechtsfiguren wiederfinden. Man muß suchen, um Reste zu finden. In Anlehnung an *Langenfeld* hat der BGH¹⁹ sie als „von beiden Ehegatten akzeptierte echte Freigebigkeit ohne spezifisch ehebedingte Gründe“ definiert. In derselben Entscheidung hat er sie dann wie folgt von der unbenannten Zuwendung abgegrenzt: Während bei dieser der Zuwendende davon ausgehe, daß die Ehe Bestand haben werde und ihm daher der zugewandte Gegenstand letztlich doch nicht verlorengehe, fehle ihm diese Vorstellung bei der Ehegattenschenkung; dort veräußere er den Gegenstand unabhängig vom Fortbestand der Ehe. Daraus kann ich für meine Person nur den Schluß ziehen, daß ich von nun an außerstande gesetzt werde, meiner Frau etwas zu schenken: Denn leider ist mir bekannt, daß auf Ehegattenschenkungen nach allgemeiner Auffassung § 1380 Anwendung findet, so daß ich jedenfalls einen Teil des Geschenks über diese Vorschrift wieder zurückerhalte. Geht es Ihnen auch so: Es bereitet mir jedesmal große Schwierigkeiten, für meine Frau zu Weihnachten oder an ihrem Geburtstag die richtige unbenannte Zuwendung zu finden? Letztlich sind diese Definitionen kaum brauchbar. Auch ein Geschenk wird doch nicht unabhängig vom Fortbestand der Ehe gegeben! Eine exakte Abgrenzung unbenannter Zuwendungen von Ehegattenschenkungen dürfte nicht möglich sein. Man kann nur Näherungswerte erzielen. Je stärker die Zuwendung von geschäftlichen statt von rein persönlichen Überlegungen geprägt ist, desto näher liegt die unbenannte Zuwendung. Geht es nur um die sachgerechte Aufteilung des in der Ehe vorhandenen Vermögens, so fällt der Vorgang in den Bereich der unbenannten Zuwendung. Hierbei dürfte ein Unterschied zwischen dem gemeinsam Erarbeiteten oder noch zu Erarbeitenden und dem Anfangsvermögen eines Ehegatten nicht gerechtfertigt sein. Dem steht das sozusagen „persönliche“ Geschenk gegenüber, das weder Ausdruck der Anerkennung der Leistung des anderen in der Ehe noch aus sonstigen Gründen „vernünftig“ ist, sondern nur dazu bestimmt ist, – ich verfallte in Gemeinplätze – dem anderen eine Freude zu machen. Das sind leider die selteneren Fälle.

Das schließt natürlich nicht aus, daß die Ehegatten zum Gegenstand einer Schenkung machen, was üblicherweise als unbenannte Zuwendung zu werten ist. Der Auslegung als unbenannte Zuwendung sind dort Grenzen gesetzt, wo eine Schenkung in Kenntnis der rechtlichen Bedeutung tatsächlich gewollt ist. Die Bezeichnung als solche in einem notariellen Vertrag ist ein starkes Indiz dafür. Freilich gilt dies, wie der BGH¹⁹ klargestellt hat, erst ab hinreichender Bekanntheit der Erfindung der unbenannten Zuwendung bei den Notaren; dies sei jedenfalls 1972 noch nicht der Fall gewesen.

c) Ist nun eine unbenannte Zuwendung zu bejahen, so bedeutet, wie schon gesagt, nach herrschender Meinung das

¹³ Z. B. FamRZ 1982, 910.

¹⁴ FamRZ 1988, 482.

¹⁵ FamRZ 1989, 599.

¹⁶ FamRZ 1993, 1047.

¹⁷ FamRZ 1982, 600.

¹⁸ A.a.O., Rdnr. 220.

¹⁹ FamRZ 1990, 600.

Scheitern der Ehe den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Das kann, muß aber nicht zu einem Ausgleichsanspruch des Zuwenders führen. Er besteht nur, soweit es Treu und Glauben widerspricht, dem anderen den Wert der Zuwendung ungeschmälert zu belassen. Das setzt eine umfassende Abwägung aller Umstände voraus, insbesondere also Ehedauer, beiderseits erbrachte Leistungen, Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensvermehrung, Vermögensersatz, künftige Erwerbschancen. Das Ergebnis kann dann ein billiger Ausgleich bis zur Höhe der durch die fragliche Zuwendung verursachten Vermögensmehrung sein. Dieser Anspruch geht grundsätzlich auf Geldzahlung; auf Rückgewähr des geleisteten Gegenstandes nur bei schutzwürdigem Interesse. Die Heranziehung sämtlicher Umstände, also nicht nur die der jeweiligen Zuwendung zugrundeliegenden, sondern auch z.B. des übrigen Vermögenserwerbs der Eheleute, macht deutlich, daß es nicht um die isolierte Korrektur eines einzelnen Übertragungsvorgangs geht. Dieser ist nur der Anknüpfungspunkt für eine globale Korrektur einer Vermögensaufteilung am Ende der Ehe, die als mit Treu und Glauben für nicht vereinbar erachtet wird.

Es soll nicht verschwiegen werden, daß durch diese Ausgleichsmöglichkeit der Unterschied zwischen Zugewinnsgemeinschaft und Gütertrennung auf den Kopf gestellt wird. Das Gesetz sieht einen globalen Ausgleich nur in der Zugewinnsgemeinschaft vor. Dort wird mit grobem Raster gearbeitet, tun sich allerlei Unebenheiten auf, die der BGH zu glätten sich weigert unter Hinweis auf die angebliche Starrheit der gesetzlichen Regelung; dort behindert der BGH die Berufung auf § 1381 BGB durch eine an Selbstverleugnung grenzende Verschärfung der Anforderungen an die grobe Unbilligkeit. Die Gütertrennung dagegen kennt keinen güterrechtlichen Ausgleich. Er wird durch richterliche Rechtsfortbildung über die Figur der unbenannten Zuwendung erreicht. Er ermöglicht aber nun aber eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende, sensible Interessenabwägung. Man ist versucht, festzustellen, daß die richterliche Sorgfalt, welche dem Zugewinnausgleich verweigert wird, der Abwicklung der in Gütertrennung geführten Ehe zu Gute kommt. Zugespitzt könnte man demjenigen empfehlen, Gütertrennung zu vereinbaren, der Wert auf einen gerechten Ausgleich am Ende der Ehe legt.

2. Wesentlich größere Schwierigkeiten bereiten unbenannte Zuwendungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Hier zeigt sich nicht nur die Frage eines Ausgleichsanspruchs in neuem Licht. Zu klären ist auch, ob die unbenannte Zuwendung privilegiert ist und Gegenstand eines Vorausempfanges sein kann.

a) Das Bedürfnis nach einem güterrechtlichen Ausgleich unter den Ehegatten wird bei Zugewinnsgemeinschaft, wenn auch nur holzschnittartig, durch den Zugewinnausgleich gedeckt. Dementsprechend verdrängen nach Auffassung des BGH die §§ 1372 ff als die speziellere gesetzliche Regelung den Anspruch auf Rückgewähr der unbenannten Zuwendung²⁰. Dem läßt sich nichts entgegenhalten, wenn man dem BGH darin folgt, daß der Anspruch aus § 242 BGB und nicht etwa aus dem Recht der Leistungsstörungen oder aus Bereicherungsrecht herzuleiten ist. Denn wird der Vermögensausgleich nicht schon durch andere Vorschriften ermöglicht, so muß verhindert werden, daß die Eheleute mit einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Vermögensaufteilung ausein-

andergehen. Konsequenz ist es weiterhin, daß § 242 BGB anwendbar bleiben soll, um trotz Zugewinnausgleichs unzumutbare Ergebnisse zu verhindern. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Rückgewähr unbenannter Zuwendungen ist damit aber auf „extreme Ausnahmefälle“ beschränkt²¹.

Um welche Fälle es sich dabei handelt, ergibt sich aus dem oben genannten Grundsatz der Spezialität der Zugewinnausgleichsregeln. Wo diese nicht zu einem angemessenen Ausgleich führen, bleibt Raum für einen aus § 242 herzuleitenden Ausgleichsanspruch. Dieser setzt daher zunächst einmal eine Zugewinnausgleichsberechnung voraus. Führt sie zu einem, gemessen an § 242, unbefriedigenden Ergebnis, so wäre es unzulässig, daneben und unabhängig vom Zugewinnausgleich einfach einen weiteren Ausgleichsanspruch zu gewähren. Denn da dieser Anspruch am Stichtag für die Berechnung des Endvermögens bereits besteht, müßte er in die Berechnung des Endvermögens beider Ehegatten einbezogen werden – beim Gläubiger als Aktiv-, beim Schuldner als Passivposten. Als Vermögensposten bei beiden Eheleuten genießt er keinerlei Sonderstatus. Er hat sich im Zugewinnausgleich dem durch diesen ausschließlich verkörperten Globalausgleich unterzuordnen. Nun werden aber gegenseitige Ansprüche unter Eheleuten durch den Zugewinnausgleich in der Regel neutralisiert: Dieser verschiebt sich in Höhe dieses Anspruchs zu Lasten des Gläubigers. Das ist die notwendige Folge davon, daß auch diese Ansprüche in den Vermögensausgleich einzubeziehen sind. Raum für die unbenannte Zuwendung ist also nur dort, wo der Ausgleichsanspruch nicht durch den Zugewinnausgleich kompensiert wird. Das setzt einen Vergleich der Gesamtvermögenslage der Ehegatten mit Einstellung eines Ausgleichsanspruchs aus § 242 in die Zugewinnausgleichsberechnung und ohne sie voraus. Dabei ist klar, wo der dem Zugewinnausgleich typische Neutralisierungseffekt ausbleibt: Wo nämlich infolge von Anfangsvermögen ein Zugewinn nicht erzielt worden ist, weil dieser nicht negativ sein kann. Wir haben hier dieselbe Erscheinung vor uns, die dem § 1380 in der Auslegung der herrschenden Meinung eine begrenzte Daseinsberechtigung ermöglicht.

Einzelheiten sind noch ungeklärt. Dazu gehört die Frage, wo der Anspruch einsetzt, wenn der Zugewinnausgleich die Zuwendung nur zum Teil egalisiert. Der BGH neigt in einem obiter dictum dazu, einen Anspruch noch nicht deshalb zu bejahen, wenn sich die Zuwendung zu weniger als 50% des Wertes auf den Zugewinnausgleichsanspruch auswirkt²¹. Wenn er in derselben Entscheidung aber erwägt, einen solchen Anspruch zusätzlich davon abhängig zu machen, daß der Zuwendende in seinem Auskommen beeinträchtigt sei, weil er mit den verbliebenen Mitteln seinen angemessenen Unterhalt nicht bestreiten könne, so verläßt er die von ihm eingeschlagene Linie. Mangels Eingreifens der spezielleren Regelung des Zugewinnausgleichs verbleibt es bei einem Anspruch auf Rückgewähr der unbenannten Zuwendung. Er ist jedenfalls nicht grundsätzlich davon abhängig, daß der Zuwendende Not leidet. Was aufgrund einer Gesamtabwägung gälte, wenn die Eheleute Gütertrennung vereinbart hätten, ist hier nicht anders zu bewerten. Unterschiede der beiden Güterstände – der Ausgleich des Zugewinns – wirken sich hier nicht aus.

b) Daß die unbenannte Zuwendung nicht unter § 1374 Abs. 2 fällt, entspricht herrschender Auffassung. Für den BGH und die herrschende Meinung folgt dies schon aus der Prämisse, die Vorschrift gelte nicht für Zuwendungen unter Ehegatten¹.

²⁰ FamRZ 1982, 246; 1989, 147.

²¹ FamRZ 1991, 1169.

Für andere ist maßgebend, daß es sich eben nicht um Schenkungen handelt²².

Bedenken hiergegen können sich indessen unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ergeben. Die unbenannte Zuwendung ist nämlich auch schon ins Erbrecht und Steuerrecht vorgedungen. Und dort wird sie der Schenkung gleichgestellt.

Der für das Erbrecht zuständige IV. Zivilsenat des BGH²³ hat sie zwar, insoweit mit der bisher erörterten Rechtsprechung der zuständigen Familiensenate übereinstimmend, als ehebezogenes Rechtsgeschäft eigener Art bezeichnet, das einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Zuwendung liefere. Aus der Qualifizierung als „objektiv unentgeltlich“ leitet er jedoch die Berechtigung ab, sie wie eine Schenkung zu behandeln. Mit diesem Kunstgriff vermeidet er eine Kollision mit dem XII. Zivilsenat und eine Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen. Hintergrund ist das Bestreben, eine Fehlentwicklung im Pflichtteilsrecht (§ 2325 BGB) und im Recht des Erbvertrages (§§ 2287, 2288 BGB) durch Weiterleitung von Vermögenswerten auf den Ehegatten am Nachlaß vorbei vorzubeugen. – Dieselbe Linie hat sodann der Bundesfinanzhof²⁴ in einer Entscheidung zu § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 eingeschlagen. Auch er hat allein auf die objektive Unentgeltlichkeit der unbenannten Zuwendung abgehoben und sie der Schenkung gleichgestellt. Und anders noch als der IV. Zivilsenat des BGH hat er jeden Kompromiß mit der Rechtsprechung des XII. Zivilsenats abgelehnt. Jener hatte noch die Gleichstellung der unbenannten Zuwendung mit der Schenkung dann abgelehnt, wenn die Leistung zur Alterssicherung bestimmt war; hier fehle es an der objektiven Unentgeltlichkeit, da Altersvorsorge auch bei intakter Ehe als Unterhalt geschuldet sei. Der Bundesfinanzhof hat hier kurz und trocken eine objektive Unentgeltlichkeit bejaht, weil der Anspruch auf Vorsorgeunterhalt während intakter Ehe jedenfalls nicht die bereits gegenwärtige Übertragung von Vermögensgegenständen abdecke. Die Rechtsfrage ist neuerdings durch Herausnahme der Zuwendung eines als Eigenheim genutzten Grundstücks aus der Erbschaftssteuer (§ 13 Nr. 4a ErbStG) durch das Jahressteuergesetz 1996²⁵ etwas entschärft.

c) Das Bild einer uneinheitlichen Rechtsprechung wird vervollständigt, indem der damals zuständige IX. Zivilsenat des BGH mit Billigung der herrschenden Meinung den § 1380 BGB auf die unbenannte Zuwendung anwandte. Denn diese Vorschrift ist, worauf der IV. Zivilsenat in der oben genannten Entscheidung hingewiesen hat, auf unentgeltliche Zuwendungen zugeschnitten. Wir haben oben gesehen, daß der BGH über die Verminderung des Endvermögens des Zuwendungsempfängers als zweiten Rechenschritt letztlich den § 1374 Abs. 2 in den § 1380 hineinoperiert. In der Gleichstellung mit der ebenfalls von § 1380 erfaßten Schenkung liegt die Behandlung der Zuwendung als unentgeltlich.

d) Ist die Zuwendung nun entgeltlich oder ist sie als unentgeltlich der Schenkung gleichzustellen?

Eines jedenfalls kann schon vorweg gesagt werden: Die unbenannte Zuwendung fällt entweder unter § 1374 Abs. 2 und unter § 1380 oder unter beide nicht. Die Auffassung des BGH, die Eigenschaft als Voraussempfang zu bejahen, jedoch die

Privilegierung als Anfangsvermögen zu verweigern, ist hier so falsch wie bei der Schenkung. Daß § 1374 Abs. 2 grundsätzlich nicht analogiefähig sei, wie der BGH auch weiterhin mit unverständlicher Hartnäckigkeit fordert, schließt ja nicht aus, die unbenannte Zuwendung analog der Schenkung zu behandeln. Denn dieses „Analogieverbot“ schließt aufgrund der neuesten Rechtsprechung des BGH²⁶ zwar die Ausdehnung der Privilegierung auf Erwerbstatbestände aus, die keiner der Fallgruppen des § 1374 Abs. 2 BGB zugeordnet werden können; sie erlaubt aber die Subsumierung unter eine der Fallgruppen, hier also die Schenkung. Das müßte um so mehr gelten, als die Grenzen der unbenannten Zuwendung und der Schenkung, wie oben gezeigt, fließend sind.

Ich habe die unbenannte Zuwendung als Akt sachgerechter Aufteilung des in der Ehe vorhandenen Vermögens auf die Ehegatten bezeichnet. Das dürfte die Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung ausschließen. Am deutlichsten wird dies im wohl häufigsten Fall, dem Erwerb eines Grundstücks zu je hälftigem Miteigentum. Zahlt nun der alleinerwerbstätige Mann Zins und Tilgung, so soll darin, d.h. in der dadurch bewirkten Steigerung des Vermögenswertes, eine unbenannte Zuwendung des Mannes an die Frau liegen. Damit gerät der BGH jedoch in Widerspruch zu seiner Begründung, warum das keine Schenkung sei: „Der Erwerb dient der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Schaffung der Familienheimstätte erfordert das gedeihliche Zusammenwirken beider Ehegatten nach besten Kräften. Der Gesetzgeber erachtet die Hausarbeit der Frau grundsätzlich der auf Gelderwerb gerichteten Tätigkeit des Mannes gleich und gibt, wenn der Mann in der Ehe mehr erwirbt als die Frau, dieser einen Ausgleich. In dem Erwerb eines Familienwohnheims zum hälftigen Miteigentum wird daher regelmäßig die Anerkennung eines gleichwertigen Beitrags beider Ehepartner liegen.“ Schöne Worte und wie wahr! Aber dann muß man damit auch ernst machen und darf das hälftige Miteigentum der Frau nicht als Zuwendung des Mannes qualifizieren! Mit derselben Berechtigung könnte man im Miteigentum des Mannes eine Zuwendung der Frau sehen. – Nicht anders ist der Fall zu beurteilen, daß der Mann zunächst alleiniger Eigentümer ist und erst später der Frau das Miteigentum überträgt. – Nicht ohne Reiz wäre es, zu verfolgen, wie der BGH mit denjenigen Fällen fertig wird, in denen beide Ehegatten in unterschiedlichem Maß erwerbstätig sind. Angenommen, der Mann verdiene DM 6.000,-, die Frau aus einer halben Erwerbstätigkeit nur DM 1.800,-, die aber ausschließlich für Zins und Tilgung verwendet werden, während man vom Einkommen des Mannes „lebt“: Der BGH müßte hier eine unbenannte Zuwendung der Frau an den Mann annehmen. – Eine Zuwendung ist weiter zumindest zweifelhaft in den Fällen gezielter Alterssicherung eines Ehegatten. Überträgt der alleinverdienende Mann der Frau zu diesem Zweck das Alleineigentum an einem Renditeobjekt, wird auch dies in der Regel Ausdruck der Anerkennung gemeinsamer Lebensleistung sein. Daß die Frau dadurch möglicherweise mehr erhalten hat, als wir ihr zubilligen würden: Kann es darauf ankommen? Müssen wir nicht die Entscheidung der Eheleute über die ihnen angemessene Aufteilung des Vermögens respektieren? – Nichts anderes gilt schließlich in der dritten Fallgruppe: Der Verlagerung des Endvermögens auf den nicht haftenden Ehegatten. Hier wird besonders deutlich, daß eine Zuwendung überhaupt nicht vorliegt. Denn wirtschaftlich gesehen soll dieser Ehegatte das Ehevermögen nur einem Treuhänder ver-

²² Lipp, vgl. Fußnote 6.

²³ FamRZ 1992, 300 Nr.140.

²⁴ FamRZ 1994, 887.

²⁵ BGBl 1995 I, 1250, 1403.

²⁶ FamRZ 1995, 1562 Nr. 956.

gleichbar halten. Am Zweck, daß es schon jetzt – und nicht erst über den Zugewinnausgleich – beiden Ehegatten zu Gute kommt, ändert sich dadurch nichts.

e) Richtigerweise wird man in der unbenannten oder ehebedingten Zuwendung keine Zuwendung sehen dürfen. Der Begriff verfälscht den zugrundeliegenden Sachverhalt. Trefender wäre es, von ehebedingter Vermögensübertragung zu sprechen. Familienrechtliche Bedeutung kommt ihr nur als eine finanziell rückgängig zu machende zu. Sie ist, wie wir gesehen haben, der Punkt, an dem der schuldrechtliche Hebel angesetzt wird, um einen Ausgleich einer als gegen Treu und Glauben verstößenden Vermögensverteilung unter den Partnern am Ende der Ehe zu ermöglichen. Diesen Zweck hat die herrschende Meinung aus dem Auge verloren und der unbenannten Zuwendung als solcher, also ohne Rücksicht auf ihre Rückabwicklung, erlaubt, sich des § 1380 zu bemächtigen. Nur der begrenzte Anwendungsbereich der Vorschrift in der Auslegung des BGH verhindert gravierende Auswirkungen.

Damit bleibt ein Widerspruch zur Behandlung zur unbenannten Zuwendung im Erb- und Steuerrecht. Denn dort wird ihr schon als solcher rechtliche Bedeutung beigemessen. Ob dies die einzige rechtliche Konstruktion ist, mit der Umgehungen der Steuerlast oder die unzumutbare Benachteiligung des Vertragserben oder des Pflichtteilsberechtigten verhindert werden können, mag offenbleiben. Die unterschiedliche Interessenlage ist geeignet, worauf der IV. Zivilsenat mit Recht hinweist²³, die verschiedene rechtliche Behandlung zu rechtfertigen. Geht es nur um das Verhältnis der Eheleute untereinander, so können unbenannte Zuwendungen außer Betracht bleiben. Werden die Interessen Dritter betroffen, so mag, ähnlich dem familienrechtlichen Anspruch auf Rückerstattung des Wertes, hieran angeknüpft werden, um eine – hier fiktive – Korrektur eines Vermögensstands zu erreichen, der für unbefriedigend erachtet wird.

III.

Zum Schluß sei noch ein Blick auf die rechtliche Behandlung der Zuwendungen innerhalb anderer familienrechtlicher Verbindungen geworfen.

1. Am Rande mit der unbenannten Zuwendung unter Ehegatten verzahnt ist die Zuwendung durch Eltern eines Ehegatten.

Vorrangig ist hier die Frage nach dem Zuwendungsempfänger zu beantworten – ein beliebter Streitpunkt in Zugewinnausgleichsprozessen. Der BGH²⁷ hat die Auffassung der Vorinstanz gebilligt, daß weder ein Erfahrungssatz noch eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, als Empfänger den Verwandten zu sehen. Dem wird man zustimmen können.

Im Zweifelsfall wird man also beide Ehegatten als Empfänger jeweils der Hälfte der Leistung ansehen müssen. Auf seiten des Kindes ist sie, als Schenkung oder Zuwendung im Weg vorweggenommener Erbfolge, gemäß § 1374 Abs. 2 privilegiert. Die rechtliche Behandlung der Zuwendung beim Schwiegerkind hat der BGH²⁷ vor kurzem geklärt. Die hier als Privilegierungsgrund allein in Betracht kommende Schenkung hat er abgelehnt und statt dessen die Zuwendung analog der unbenannten Zuwendung unter Ehegatten behandelt. Denn die Leistung solle nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden und frei disponiblen Bereicherung führen, sondern auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit auch von deren Bestand abhängig sein. Rechtsgrund sei

ein familienrechtliches Rechtsverhältnis eigener Art. Die Folge kann, analog den unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten, ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage sein. Dessen Voraussetzungen beurteilen sich nach der Person des Kindes. Im übrigen wendet der BGH diejenigen Grundsätze an, welche für den Ausgleichsanspruch bei Zugewinnngemeinschaft gelten: Ein Ausgleichsanspruch kommt somit nur dann in Betracht, wenn der Zugewinnausgleich zu keinem angemessenen Ausgleich führt. Über ihn hat ja das Kind im Normalfall zur Hälfte Anteil an der dem Ehegatten zugeflossenen Leistung.

Der schon aus steuerlichen Gründen gewählte Normalfall dürfte dagegen die sogenannte Kettenschenkung sein. Sie birgt jedenfalls keine neuen Probleme. Die Zuwendung fließt in vollem Umfang an das Kind und wird dort privilegiertes Vermögen. In einem zweiten Akt überträgt das Kind die Hälfte der Zuwendung an den Ehepartner. Die rechtliche Beurteilung mündet in die bekannten Streitfragen. Ob die Weitergabe der Hälfte der Zuwendung an den Partner tatsächlich als Schenkung zu werten ist, scheint mir zweifelhaft. Was bei direkter Zuwendung an das Schwiegerkind analog der unbenannten Zuwendung zu werten ist, sollte nicht als Schenkung behandelt werden, wenn aus steuerlichen Gründen der Umweg über das Kind gewählt wird.

2. Zuwendungen unter Verlobten können bei Rücktritt des Empfängers vom Verlöbniß als Schadensersatz gemäß § 1298 BGB ausgeglichen werden. Direkt in unser Thema führt jedoch der Fall, daß es zur Ehe kommt. Wie sind nach deren Scheitern Zuwendungen zum Zeitpunkt des Verlobtseins zu behandeln?

Der Zugewinnausgleich schafft keine befriedigende Lösung. Indem die Zuwendung das Anfangsvermögen des Empfängers erhöht, wird der Zugewinnausgleich zu Lasten des Zuwenders beeinflußt. Der BGH²⁸ versucht hier eine Abhilfe durch einen neben den Zugewinnausgleich tretenden, aus § 242 BGB folgenden Ausgleichsanspruch. Zur Begründung zieht er die Parallele zur unbenannten Zuwendung zwischen Ehegatten und formuliert: „Es liegt kein hinreichender Grund vor, um einer tatsächlich zustandekommenen Ehe willen erbrachte Leistungen deswegen rechtlich anders zu behandeln, weil sie teilweise bereits in der Verlobungszeit erbracht worden sind“. Diese vergleichende Betrachtung behält er bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs bei. Mit Kriterien, die dem Schadensersatzrecht entlehnt sind, will er den Leistenden so stellen, wie er bei Zuwendung erst nach Eheschließung stehen würde: Dann wäre die Zuwendung im Anfangsvermögen nicht zu berücksichtigen. Die Höhe des Ausgleichsanspruchs ergibt sich damit aus der Differenz der beiden Zugewinnausgleichsberechnungen.

In dieser grundlegenden Entscheidung hat der BGH ein Problem übergangen. Dem Anspruch wird ein – offenbar den Zugewinnausgleich – ergänzender Charakter zuerkannt, sozusagen als Quasizugewinnausgleichsanspruch²⁹. Wenn er aber mit dem Scheitern der Ehe entsteht, müßte er doch eigentlich ins Endvermögen beider Seiten eingestellt werden! Und damit teilt er das Schicksal der gegenseitigen Ansprüche unter Eheleuten, nämlich die Neutralisierung durch entsprechende Verschiebung des Zugewinnausgleichs, jedenfalls im Regelfall. Mit der Zubilligung eines solchen Ausgleichsanspruchs ist also nichts gewonnen. Erforderlich ist vielmehr, ihn ent-

²⁷ FamRZ 1995, 106.

²⁸ FamRZ 1992, 160

²⁹ Smid, JR 1993, 62.

weder auf das Anfangsvermögen durchschlagen zu lassen, vielleicht als zum Zeitpunkt der Heirat schon bestehenden bedingten Anspruch bzw. schon bestehende bedingte Verpflichtung, oder ihn aus der Endvermögensbilanz der Eheleute herauszunehmen. Eine Begründung für die letztere Lösung dürfte allerdings schwer fallen.

3. Die Haltung der Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist durch Zurückhaltung gekennzeichnet. Sie drückt sich darin aus, daß der Partner für den Ausgleich von Zuwendungen, für die keine Ersatzpflicht vereinbart wurde, auf den dornigen Weg des Gesellschaftsrechts verwiesen wird.

Nun ist die Annahme, die Partner hätten mit der Zuwendung einen Gesellschaftsvertrag auch nur konkludent geschlossen, nicht gerade lebensnah. Die Rechtsprechung ist ihnen deshalb etwas entgegengekommen und hat ihnen mit erheblichem Aufwand an Differenzierung einen Anspruch analog §§ 730 ff. BGB zur Verfügung gestellt. Voraussetzung ist, daß die Parteien beabsichtigten, mit dem Erwerb eines Gegenstands einen, wenn auch nur wirtschaftlich, gemeinsamen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden würde, sondern ihnen auch gemeinsam gehören sollte³⁰. Indem sich der BGH, wenn auch spät, dazu bereitgefunden hat, die formaldingliche Zuordnung des Gegenstandes in den Hintergrund treten zu lassen, ist ein entscheidender Vorteil gewonnen: Hin- und Herbewegungen des Gegenstandes oder von Miteigentumsteilen an ihm zwischen den Parteien sind grundsätzlich ohne Bedeutung; die Auseinandersetzung erfolgt nach Gesellschaftsrecht ohne Rücksicht auf Eigentumsverhältnisse. Damit ist bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft das erreicht, was der Ehe zum Teil zu Recht, zum Teil aber zu Unrecht, verweigert wird: Die Bedeutungslosigkeit von Vermögensübertragungen von einem Partner auf den anderen.

Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Konstruktion einer gesellschaftsähnlichen Verbindung in ihren Voraussetzungen schwer zu handhaben ist und in ihrer Ausgestaltung nicht mehr viel mit Gesellschaftsrecht gemeinsam hat. Die Absicht gemeinsamer Wertschöpfung soll sich aus den Absprachen der Parteien, aus Äußerungen gegenüber Dritten oder aus wesentlichen Beiträgen des Partners ergeben; die Feststellung ist deshalb mit großen Unsicherheiten belastet. Die §§ 730 ff. BGB sollen auch nur eingeschränkt gelten: Entgegen § 733 Abs. 2 Satz 3 soll Ersatz für Arbeitsleistungen verlangt werden können³¹; eine Gesamtauseinandersetzung

soll nicht erforderlich, ein Einzelausgleich hinsichtlich der Vermögensgegenstände damit möglich sein³². Der stärkste Einwand gegen diese Lösung ist jedoch, daß sie den Ausgleich von Leistungen und Zuwendungen von unpassenden Voraussetzungen abhängig macht. Ein Ausgleich für den mitfinanzierten Vermögenserwerb durch den anderen oder für die Vermögensübertragung auf den anderen ist auch dann unter Umständen geboten, wenn kein *gemeinsamer* Wert geschaffen werden soll, z.B. bei der Finanzierung des allein vom Partner betriebenen Erwerbsgeschäfts.

Die Frage liegt auf der Hand: Was hält den BGH eigentlich davon ab, auch hier die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden? Gilt hier nicht Entsprechendes wie bei Zuwendungen während der Ehe, nämlich daß sie im Vertrauen auf den Fortbestand und als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erbracht worden sind?

Der BGH hat sich dieser Lösung bisher verschlossen. Ansätze dazu gibt es. Der II. Zivilsenat hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1980³³ offengelassen, ob die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar sind; die Tatsache, daß er diese Frage als „zweifelhaft“ bezeichnete angesichts der jederzeitigen Auflösbarkeit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, läßt allerdings wenig hoffen. Der V. Zivilsenat hat 1990³⁴ in seiner zurückverweisenden Entscheidung dem OLG die Prüfung aufgegeben, ob die Voraussetzungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage dargetan seien, und sich mit Recht darauf berufen, daß diese Anspruchsgrundlage vom BGH bislang jedenfalls nicht abgelehnt worden sei. Inzwischen wird sie vom II. Zivilsenat kategorisch abgelehnt³⁵.

Die Rechtsentwicklung ist hier noch im Fluß. Es ist zu erwarten, daß nichteheliche Lebensgemeinschaften mit der Zunahme ihrer Zahl auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung „salonfähig“ werden und ihre vermögensmäßige Rückabwicklung nicht mehr gleichsam durch die Hintertür erfolgen muß. Die Ansätze dazu mehren sich. So hat sich das OLG Karlsruhe in einer ausführlich begründeten Entscheidung aus dem Jahre 1994³⁶ für die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ausgesprochen. Damit wäre dann jedenfalls im familienrechtlichen Bereich ein Gleichklang hergestellt.

³⁰ FamRZ 1980, 664; 1993, 939 Nr. 533.

³¹ BGH, FamRZ 1985, 1232 Nr. 636.

³² BGH, FamRZ 1981, 530.

³³ FamRZ 1980, 664.

³⁴ FamRZ 1991, 168.

³⁵ FamRZ 1996, 1141; 1997, 1533.

³⁶ FamRZ 1994, 377.

Grundstücksteilung nach der Änderung des BauGB – Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung

Von Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, München

Am 1.1.1998 trat das Gesetz vom 18.8.1997 zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz, BGBl. S. 2081) in Kraft. Von den zahlreichen Änderungen, die dieses Gesetz mit sich brachte¹, ist die Neufassung der Bestimmungen über die Genehmigung von Grundstücksteilungen (§§ 19 und 20 BauGB n.F.) für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung².

I. Neuregelung

Das Erfordernis einer Teilungsgenehmigung ist nach der Novellierung im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) und im Außenbereich (§ 35 BauGB) sowie im Geltungsbereich einer Veränderungssperre (§§ 14 ff. BauGB) ersatzlos aufgehoben. Im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans nach § 30 Abs. 1 BauGB oder eines einfachen Bebauungsplans im Sinn von § 30 Abs. 3 BauGB n.F. kann die Gemeinde nach § 19 Abs. 1 BauGB n.F. die Genehmigungsbedürftigkeit für Grundstücksteilungen durch Satzung wieder einführen. Dies kann bereits im Bebauungsplan geregelt werden. Möglich ist allerdings auch der Erlass einer speziellen Teilungssatzung. Nach § 19 Abs. 5 BauGB n.F. können die Landesregierungen den Erlass derartiger Satzungen durch Rechtsverordnung untersagen. Bayern hat von dieser Ermächtigung in der Weise Gebrauch gemacht, daß nur Satzungen erlaubt sind, die eine befristete Genehmigungsbedürftigkeit bis zum 31.12.2000 vorsehen.

In jedem Fall wurde, unabhängig davon, ob nach den jetzigen Regelungen die Grundstücksteilung einer Genehmigung bedarf oder nicht, durch die Novellierung die Bindungswirkung des § 21 BauGB a.F. beseitigt. Aufgrund dieser Bestimmung entfalte die Teilungsgenehmigung eine „Zusagewirkung kraft Gesetzes“³. Hinsichtlich der Versagungsgründe des § 20 BauGB a.F. wurde für die Dauer von drei Jahren (§ 21 Abs. 1 BauGB a.F.) die Entscheidung über die Baugenehmigung auf die Teilungsgenehmigung vorverlagert⁴. Dies galt insbesondere für die Frage der Unvereinbarkeit der Teilung mit den Festsetzungen des Bebauungsplans und für den Fall, daß durch die Teilung ein Grundstück entstanden wäre, auf dem die mit der Teilung bezweckte Nutzung den Festsetzungen des Bebauungsplans widersprochen hätte. Dieses Verfahren diene unter anderem dazu, den Erwerber einer Grundstücksteilfläche in bauplanungsrechtlicher Hinsicht davor zu schützen, ein unbebaubares Grundstück zu erhalten⁵.

¹ Vgl. die Übersichten bei *Grziwotz*, Änderungen des Baugesetzbuchs und Vertragsgestaltung, DNotZ 1997, 916 ff.; *Finkelnburg*, Bauleitplanung, Teilungsgenehmigung, Vorkaufsrechte und Zulässigkeit von Vorhaben, NJW 1998, 1 ff.; *Battis/Krautzberger/Löhr*, Die Neuregelungen des Baugesetzbuchs zum 1.1.1998, NVwZ 1997, 1145 ff. und *Peine*, Das neue Bau- und Raumordnungsrecht 1998, JZ 1998, 23 ff.

² Vgl. speziell zu dieser Thematik auch *Groth/Schmitz*, Wegfall der Teilungsgenehmigung für Grundstücke – Neue Gewinnchancen und ganz neue Risiken, Das Grundeigentum 1998, 22 ff.

³ So BVerwG, Baurechtssammlung, Bd. 18, Nr. 66, S. 115.

⁴ Vgl. auch *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 5. Aufl., § 21 Rdnr. 3.

⁵ Vgl. *Groth/Schmitz*, a.a.O., S. 22 und *Grziwotz*, a.a.O., S. 924 m.w.N.

Nach neuem Recht besteht nun beispielsweise jederzeit die Möglichkeit, dem Käufer einer Teilfläche im Baugenehmigungsverfahren entgegenzuhalten, daß die mit der Teilung bezweckte Nutzung mit den Festsetzungen eines Bebauungsplans nicht vereinbar ist, oder daß infolge der Teilung im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) ein Grundstück entstanden ist, auf dem ein Vorhaben unzulässig ist, weil es sich nicht nach § 34 Abs. 1 BauGB in die Umgebung einfügt. Dies wäre nach altem Recht innerhalb der Drei-Jahresfrist des § 21 Abs. 1 BauGB a.F. nicht möglich gewesen. Das Risiko, eine nicht bebaubare Grundstücksteilfläche zu erwerben, erhöht sich also nach neuem Recht.

Der Schutz der Bindungswirkung einer Teilungsgenehmigung war zwar auch bisher nicht umfassend. So blieben Fragen der Erschließung oder des Bauordnungsrechts stets von der Bindungswirkung ausgenommen, da sie nicht Gegenstand des Teilungsgenehmigungsverfahrens waren. Dennoch sollte durch eine entsprechende Vertragsgestaltung versucht werden, den vollständigen Wegfall dieser Schutzwirkung zu kompensieren.

II. Möglichkeiten der Vertragsgestaltung

Nach der Rechtsprechung⁶ trägt der Käufer grundsätzlich das Risiko der Bebaubarkeit des Grundstücks (Verwendungsrisiko), sofern eine Regelung dieser Frage im Kaufvertrag fehlt. Ist eine derartige Verteilung des Verwendungsrisikos nicht gewollt, so gehört es zu den Aufgaben der Vertragsgestaltung, eine eindeutige und den Interessen beider Vertragsseiten gerecht werdende Risikoverteilung hinsichtlich der Bebaubarkeit der Teilfläche zu erreichen. Als Gestaltungsinstrumente kommen in Betracht: Modifikationen bei den Gewährleistungsregelungen, die Vereinbarung von Garantieübernahmen, Rücktrittsrechten oder aufschiebenden Bedingungen, Vertragsangebote des Verkäufers sowie Kaufpreisfälligkeitenregelungen.

1. Gewährleistungsregelung

Während die frühere Rechtsprechung in der Unbebaubarkeit eines Grundstücks aus öffentlich-rechtlichen Gründen noch einen Rechtsmangel erblickte⁷, geht die heute ganz herrschende Meinung⁸ von der Anwendbarkeit der Sachmängelvorschriften aus. Die Bebaubarkeit kann je nach vertraglicher Ausgestaltung zum einen eine Beschaffenheitsangabe gemäß § 459 Abs. 1 BGB sein, bei deren Unrichtigkeit ein Fehler vorliegt. Sie kann aber auch als Eigenschaft nach § 459 Abs. 2 BGB zugesichert werden.

In den „Standardkaufverträgen“ wird üblicherweise mit einem vollständigen Gewährleistungsausschluß für Sachmängel gearbeitet. Eine vertragsgestalterische Möglichkeit besteht hier darin, diese Gewährleistungsklauseln so anzupassen, daß hinsichtlich der Bebaubarkeit eine Beschaffenheitsvereinbarung

⁶ BGHZ 74, 370, 374; BGH, DNotZ 1980, 620, 622.

⁷ Vgl. RGZ 52, 429, 431; RG, JW 1909, 132.

⁸ So BGH, BB 1965, 1291, BGH, WM 1985, 230 f. ebenso Münch-Komm/Westermann, BGB, 3. Auflage, § 459 Rdnr. 34, *Staudinger-Honsell*, BGB, 13. Bearbeitung, § 459 Rdnr. 75.

getroffen oder eine entsprechende Zusicherung gemacht wird⁹. In diesem Zusammenhang kann auch überlegt werden, ob eventuell eine Beschränkung der Rechtsfolgen auf die Wandelung vorgenommen wird¹⁰.

Eine Gewährleistungsklausel mit einer derartigen Beschaffenheitsvereinbarung könnte beispielsweise lauten:

„Die Vertragsteile vereinbaren hinsichtlich der Bebaubarkeit des Vertragsgegenstandes im Wege der Beschaffenheitsangabe nach § 459 Abs. 1 BGB, nicht als Zusicherung gemäß § 459 Abs. 2 BGB, was folgt:

Auf dem Vertragsgegenstand muß eine ... -geschoßige Wohnbebauung mit einer Geschoßflächenzahl von mindestens ... zulässig sein.

Sollte die Bebaubarkeit im vorstehend vereinbarten Umfang nicht gegeben sein, so kann der Käufer die Rückgängigmachung des Kaufvertrages (Wandelung), nicht allerdings die Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen.

Im übrigen wird die Haftung des Verkäufers für Sachmängel – soweit gesetzlich zulässig – ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für Größe, Güte und Bodenbeschaffenheit des Vertragsgegenstandes.“

Die Formulierung einer Eigenschaftszusicherung könnte etwa lauten:

„Der Verkäufer sichert dem Käufer nach § 459 Abs. 2 BGB im Hinblick auf die Bebaubarkeit des Vertragsgegenstandes folgendes zu: ...

Im übrigen wird die Haftung des Verkäufers für Sachmängel – soweit gesetzlich zulässig – ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für Größe, Güte und Bodenbeschaffenheit des Vertragsgegenstandes.“

Derartige Regelungen können allerdings nur getroffen werden für eine bei Gefahrübergang (§ 459 BGB) – und bei Zusicherung zusätzlich auch bei Vertragsschluß (§ 463 BGB) – bestehende, nicht aber für eine zukünftige Bebaubarkeit, wie sie für sogenanntes Bauerwartungsland typisch ist.

2. Garantieübernahme

Soll auch das Risiko einer zukünftigen Bebaubarkeit vom Verkäufer getragen werden, so kommen Vereinbarungen in Betracht, durch die sich bei Nichteintritt eines bestimmten Erfolges, hier Bebaubarkeit des Grundstücks, der Verkäufer in genau definiertem Umfang bis zu einem festgelegten Termin, zu vollem oder teilweise Schadenersatz verpflichtet, also eine diesbezügliche Garantie übernimmt¹¹. Eine derartige Garantieübernahme wird allerdings nur in Ausnahmefällen dem Willen des Verkäufers entsprechen.

Die Garantieübernahme könnte wie folgt formuliert werden:

„Der Verkäufer haftet dem Käufer dafür, daß bis spätestens ... eine Bebauung des Vertragsgegenstandes mit folgenden Maßgaben rechtlich möglich ist: ...

Sollte eine derartige Bebauung bis zum vorstehend vereinbarten Termin – gleich aus welchem Grund – rechtlich nicht möglich sein, so hat der Verkäufer dem Käufer die gesamten durch

⁹ So auch Groth/Schmitz, a.a.O., S. 30.

¹⁰ Vgl. Grziwotz, a.a.O.; S. 927; ders., Baulanderschließung, S. 235 ff. mit Formulierungsbeispiel auf S. 240.

¹¹ Vgl. Grziwotz, Änderungen des Baugesetzbuchs und Vertragsgestaltung, DNotZ 1997, 916, 926; Soergel-Huber, BGB, 12. Auflage, § 459 Rdnr. 151.

die nicht vereinbarungsgemäße Bebaubarkeit nachweislich eintretenden Schäden zu ersetzen.“

oder:

„... so hat der Verkäufer dem Käufer Schadensersatz in Höhe von ... zu leisten^{11a}. Dem Verkäufer bleibt der Nachweis vorbehalten, daß ein geringerer oder kein Schaden eingetreten ist.“

3. Rücktrittsrechte, aufschiebende Bedingung, Angebot

In Fällen, in denen der Verkäufer das Risiko der Bebaubarkeit des Vertragsgrundstücks nicht allein tragen soll, ist die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder einer aufschiebenden Bedingung denkbar, die jeweils entweder an das Vorliegen einer spezifizierten Baugenehmigung bzw. eines die genau festgelegte bauplanungsrechtliche Zulässigkeit regelnden Vorbescheids oder die Aufstellung eines ebenfalls genau spezifizierten (geänderten) Bebauungsplans anknüpft. Der Vorteil der aufschiebenden Bedingung gegenüber dem Rücktrittsrecht liegt darin, daß bis zum Bedingungseintritt die Grunderwerbsteuer nicht entsteht (§ 14 Nr. 1 GrEStG).

Wird das Rücktrittsrecht gewählt, so sollte vermieden werden, daß die Kaufpreisfälligkeit vor dem Erlöschen des Rücktrittsrechts eintritt. Außerdem sollte das Rücktrittsrecht grundsätzlich beiden Vertragsteilen eingeräumt werden. Da das schützwürdige Interesse des Verkäufers allerdings nur darin besteht, nicht lange an einen Kaufvertrag gebunden zu sein, dessen Kaufpreisfälligkeit nicht eintritt, ist es denkbar, letztlich dem Käufer die Entscheidungsbefugnis über den Bestand des Vertrages zu geben. Dies läßt sich dadurch erreichen, daß dem Verkäufer die Ausübung seines Rücktrittsrechts nur unter der aufschiebenden Bedingung gestattet wird, daß der Käufer der Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Verkäufer nicht innerhalb einer bestimmten Frist widerspricht¹³. Macht der Käufer von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, so sollte die Kaufpreisfälligkeit ohne Rücksicht auf die Bebaubarkeit des Grundstücks eintreten und dem Verkäufer jede Gewährleistung wegen fehlender Bebaubarkeit erlassen werden.

Denkbar wäre es ferner, daß der Verkäufer lediglich ein Vertragsangebot abgibt. Um eine einseitige Bindung des Verkäufers zu vermeiden, könnte in die Angebotsurkunde, an deren Errichtung der Käufer dann mitwirken müßte, eine Annahmeverpflichtung des Käufers aufgenommen werden. Der Käufer könnte sich für den Fall der Erteilung einer genau spezifizierten Baugenehmigung, eines Vorbescheids oder des Inkrafttretens eines Bebauungsplans dazu verpflichten, das Angebot anzunehmen.

Wegen der Möglichkeit von Nachbarwidersprüchen und Nachbarklagen sollte bei Anknüpfung an die Baugenehmigung oder den Vorbescheid ausdrücklich geregelt werden, ob die Wirksamkeit des Verwaltungsakts nach Art. 43 Abs. 1 BayVwVfG ausreichen soll, oder ob Bestandskraft vorliegen muß, was allerdings nur in Ausnahmefällen gewollt sein dürfte. Wird auf den Erlaß eines Bebauungsplans Bezug genommen, sollte von „Inkrafttreten des Bebauungsplans

^{11a} Bei Verträgen, die dem AGBG unterliegen, darf die Pauschale nach § 11 Nr. 5a AGBG nicht den nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder gewöhnliche Wertminderung übersteigen.

¹² In diesem Sinn auch Groth/Schmitz, a.a.O., S. 30, die ein Rücktrittsrecht allerdings nur für den Käufer empfehlen.

¹³ Grziwotz, Baulanderschließung, S. 242 wählt in diesem Zusammenhang die Konstruktion einer Abwendungsbefugnis des Käufers.

nach § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB“, keinesfalls von „Rechtskraft“ gesprochen werden. Bebauungspläne sind als Satzungen – anders als gerichtliche Entscheidungen – der Rechtskraft nicht zugänglich. Die Verwendung der gebräuchlichen Formulierung „rechtskräftiger Bebauungsplan“ birgt zudem die Gefahr, daß hierunter der Ablauf der Frist für die Geltendmachung der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften sowie von Mängeln der Abwägung im Sinn von § 215 BauGB verstanden wird.

Formulierungsbeispiele für die vorbezeichneten Rücktrittsrechte könnten etwa lauten¹⁴:

a) Rücktrittsrecht bei fehlender Baugenehmigung

„Jeder Vertragsteil ist berechtigt, vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten, wenn eine Baugenehmigung nicht spätestens zum ... entsprechend dem dieser Urkunde in Abschrift beigefügten Bauantrag samt Bauvorlagen (Anlage ...) erteilt ist. Die Baugenehmigung muß zum vorgenannten Zeitpunkt nach Art. 43 Abs. 1 BayVwVfG wirksam, nicht jedoch bestandskräftig sein. Haben zu diesem Zeitpunkt Dritte Rechtsbehelfe gegen die Baugenehmigung eingelegt, so ist der Käufer dennoch zum Rücktritt berechtigt, unabhängig davon, ob diese Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung haben oder nicht.“

Der Verkäufer darf seinen Rücktritt von diesem Vertrag jedoch nur unter der aufschiebenden Bedingung erklären, daß der Käufer nicht bis ... der Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Verkäufer widerspricht. Macht der Käufer von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, so ist die Fälligkeit des Kaufpreises nicht mehr von der Erteilung der Baugenehmigung/dem Inkrafttreten des Bebauungsplans gemäß Ziffer ... abhängig. Außerdem ist dem Verkäufer in diesem Fall ausdrücklich jegliche Gewährleistung wegen fehlender Bebaubarkeit des Vertragsgegenstandes erlassen.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts und des Widerspruchsrechts des Käufers haben durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen, der an die zuletzt genannte Adresse des anderen Vertragsteils zu senden ist.“

(Es folgen übliche Regelungen zur Kostentragung bei Ausübung des Rücktrittsrechts).

b) Rücktrittsrecht bei nicht in Kraft getretenem Bebauungsplan

„Jeder Vertragsteil ist berechtigt, vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten, wenn nicht bis spätestens .. der diesem Vertrag als Anlage beigefügte Bebauungsplanentwurf nach § 10 Abs. 3 S. 4 BauGB in Kraft getreten ist. Textliche Festsetzungen dieses Planentwurfs wurden vom Notar vorgelesen. Die Pläne sind den Beteiligten zur Durchsicht vorgelegt und von diesen genehmigt worden.“

(Es folgen ggf. Regelungen zum Widerspruchsrecht des Käufers beim Rücktritt des Verkäufers, vgl. vorstehende lit. a), sowie übliche Regelungen zur Ausübung des Rücktrittsrechts und zur Kostentragung).

Die aufschiebende Bedingung im vorstehend beschriebenen Sinn könnte wie folgt gefaßt werden¹⁵:

„Der nachstehende Kaufvertrag wird mit Ausnahme der Abschnitte „Auflassung“ und „Eigentumsvormerkung“ unter die aufschiebende Bedingung gestellt, daß bis spätestens ... eine Baugenehmigung entsprechend dem dieser Urkunde

¹⁴ Weiteres Formulierungsbeispiel bei Grziwotz, a.a.O., S. 242 f.

¹⁵ Weiteres Formulierungsbeispiel bei Grziwotz, a.a.O., S. 244.

in Abschrift beigefügten Bauantrag samt Bauvorlagen (Anlage ...) erteilt wird. Die Baugenehmigung muß zu diesem Zeitpunkt wirksam i.S.v. Art. 43 Abs. 1 BayVwVfG sein. Bestandskraft muß jedoch noch nicht vorliegen. Legen Dritte Rechtsbehelfe gegen die Baugenehmigung ein, gilt die Bedingung als nicht eingetreten, unabhängig davon, ob die Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung haben oder nicht.“

Anschließend können Anweisungen an den Notar zum Vollzug des Vertrages vor Bedingungseintritt (z.B. Eintragung einer Eigentumsvormerkung) und Regelungen zur Kostentragung im Fall des Nichteintritts der Bedingung getroffen werden¹⁶.

4. Vereinbarungen zur Kaufpreisfälligkeit

Soll weder der Verkäufer noch der Käufer das Risiko der Bebaubarkeit des Grundstücks tragen, so kommt auch die Vereinbarung in Betracht, daß die Kaufpreisfälligkeit von der Wirksamkeit einer Baugenehmigung bzw. eines Vorbescheids oder vom Inkrafttreten eines Bebauungsplans abhängig gemacht wird, wobei der Inhalt der Bescheide bzw. des Bebauungsplans wiederum möglichst genau definiert werden sollte. Ein derartiges Hinausschieben der Kaufpreisfälligkeit wird allerdings regelmäßig für den Verkäufer nur zumutbar sein, wenn ihm gleichzeitig auch ein Rücktrittsrecht mit vorstehend beschriebenen Inhalt eingeräumt wird, da er andernfalls bei erheblichen zeitlichen Verzögerungen, die z.B. bei Aufstellung eines Bebauungsplans durchaus möglich sind, unter Umständen sehr lange an den Vertrag gebunden wäre, ohne den Kaufpreis zu erhalten.

Die Formulierung einer solchen Kaufpreisfälligkeitsregelung könnte lauten¹⁷:

„Weitere, vom Notar nicht zu bestätigende Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit ist die Erteilung der vorstehend näher beschriebenen Baugenehmigung“

bzw.:

„... das Inkrafttreten des vorstehend näher bezeichneten Bebauungsplans.“

III. Pflichten des Notars

Im Zusammenhang mit den Neuregelungen der Bestimmungen über die Genehmigung von Grundstücksteilungen durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 stellt sich schließlich noch die Frage, ob der Notar verpflichtet ist, die Beteiligten über den Wegfall der Bindungswirkung nach § 21 BauGB a.F. zu belehren. Grziwotz¹⁸ verneint dies mit der zutreffenden Begründung, daß der Notar nicht verpflichtet ist, über nicht mehr geltendes Recht zu belehren.

Dies befreit den Notar aber selbstverständlich nicht von seiner Pflicht, auf eine ausgewogene und dem Willen der Vertragsparteien entsprechende Vertragsgestaltung hinzuwirken. Der Notar muß z.B. im Rahmen seiner Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG) ermitteln, ob der Käufer einen Bauplatz erwerben will, und gegebenenfalls das Problem der Bebaubarkeit einer sachgerechten Lösung – wie oben unter II. dargestellt – zuführen¹⁹. Hiervon hat ihn bisher § 21 BauGB a.F., soweit dessen Bindungswirkung reichte, entbunden.

¹⁶ Beispiele hierzu bei Grziwotz, a.a.O.

¹⁷ Weiteres Formulierungsbeispiel bei Grziwotz, a.a.O., S. 242.

¹⁸ DNotZ 1997, 916, 927; verfehlt insoweit Groth/Schmitz, a.a.O., S. 31.

¹⁹ In diesem Sinn auch Groth/Schmitz, a.a.O., S. 29 f.

Das Ende des Wirksamkeitsvermerks?

– Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des BayObLG vom 26.2.1998
– 3Z BR 277/97 und 3Z BR 315/97 –*

Von Notar Dr. Johann Frank, Amberg

Mit den vorgenannten zwei Beschlüssen vom 26.2.1998 hat es das BayObLG abgelehnt, einen gleichzeitig mit der Finanzierungsgrundschuld des Käufers beantragten Wirksamkeitsvermerk (gegenüber der Käufervormerkung) gebührenfrei in das Grundbuch einzutragen. Für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks soll vielmehr entgegen einer verbreitet vertretenen Ansicht¹ eine Viertelgebühr gemäß § 67 KostO aus einem Geschäftswert in Anlehnung an § 23 Abs. 1 KostO entstehen². Da der Wirksamkeitsvermerk die eingetragene Auflassungsvormerkung des Käufers verändere, diese gleichsam „teilweise gelöscht werde“, sei kein Grund ersichtlich, warum der einer Rangänderung gleichkommende Wirksamkeitsvermerk gebührenfrei im Grundbuch eingetragen werden soll. Damit scheint eines der Hauptargumente der Befürworter des Wirksamkeitsvermerks, nämlich die gebührenfreie Eintragung zusammen mit der Finanzierungsgrundschuld entkräftet zu sein. Dennoch bedeuten die beiden Entscheidungen wohl noch nicht das Ende der Diskussion zum Wirksamkeitsvermerk³.

Zum einen vermag die Begründung des BayObLG nicht zu überzeugen, zum anderen sprechen aber auch nach wie vor gewichtige dogmatische Gründe für die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Vergleich zur bloßen Rangänderung.

1. Das BayObLG beruft sich in erster Linie darauf, daß sich der gleichzeitig mit der Grundschuld eingetragene Wirksamkeitsvermerk, der zeitlich nach der Vormerkung des Käufers eingetragen wird, wie eine Rangänderung auswirke. Da er (analog zu § 18 GBV) auch bei der Auflassungsvormerkung und nicht nur bei der Grundschuld⁴ einzutragen sei, könne er nicht nach § 35 KostO gebührenfreies Nebengeschäft zur Grundschuld sein. Dieser Argumentation kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

Der Wirksamkeitsvermerk ist weder in der Grundbuchordnung noch in der Kostenordnung ausdrücklich erwähnt. Er ist inzwischen anerkannt, um die Wirksamkeit eines Rechts gegenüber einer im Grundbuch eingetragenen relativen Verfügungsbeschränkung zu dokumentieren, z.B. bei der Zustimmung des Nacherben zur Verfügung des Vorerben⁵. Er

wird nach inzwischen wohl herrschender Meinung insbesondere auch für Verfügungen im Verhältnis zu einer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung (arg. § 883 Abs. 2 BGB) zugelassen⁶. Auch seine Beachtung in der Zwangsvollstreckung ist gesichert, so daß ein Gläubiger, dessen Grundpfandrecht gegenüber der Auflassungsvormerkung wirksam ist, mit der Eintragung der Wirksamkeit gegenüber der Vormerkung nicht schlechter dasteht als bei einem Rangrücktritt⁷. Da die Rangfähigkeit einer Auflassungsvormerkung äußerst problematisch ist⁸, jedoch von der bislang h.M. anerkannt wird, hat sich der Rangrücktritt in der Praxis bisher als einzige Möglichkeit angeboten, die Wirksamkeit einer Verfügung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten grundbuchmäßig zu dokumentieren⁹. Die Anwendung der Kostenfolge nach § 67 KostO war die notwendige Folge.

Durch die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zur vormerkungswidrigen Verfügung wird diese unabhängig von einer Grundbucheintragung dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirksam, die Elisionswirkung des § 883 Abs. 2 BGB also insoweit ausgeschaltet. Die Eintragung im Grundbuch hat – im Gegensatz zur Rangänderung – nur deklaratorische Wirkung. Sie wird zugelassen, um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs insoweit wieder herzustellen¹⁰. Würde die (isoliert betrachtet) vormerkungswidrige Verfügung ohne einen entsprechenden (Wirksamkeits-) Vermerk in das Grundbuch eingetragen, hätte dies die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge. Nur der gleichzeitig eingetragene Wirksamkeitsvermerk verlaubar daher die richtige Rechtslage. Hierfür kann jedoch keine höhere Gebühr anfallen als für die Eintragung des bewilligten Rechts als solchen¹¹. Anders bei einer Rangänderung, die ihre Wirkungen erst durch die Eintragung im Grundbuch erhält, bedeutet der Wirksamkeitsvermerk nur eine Klarstellung der bereits materiell-rechtlich eingetretenen Rechtslage. Der Vergleich mit der Rangänderung ist also bereits tatbestandsmäßig nicht

* In diesem Heft S. 274.

¹ LG Saarbrücken MittBayNot 1997, 451 = RPflegler 1997, 86; Lehmann NJW 1993, 1558 (1560); Frank MittBayNot 1996, 271 (273 f.); Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (11. Aufl. 1997) Rdnr. 1523.

² Richtig wohl: § 23 Abs. 3 KostO. Ebenso bereits Steuer Rpflegler 1997, 541; zweifelnd an der Gebührenfreiheit: OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25 (26).

³ Kritisch zu den beiden Entscheidungen bereits Schmidt, MittRhNotK 1998, 142 („nicht recht überzeugende Begründung“).

⁴ So z.B. LG Saarbrücken, Lehmann und Frank a.a.O. (Fn. 1).

⁵ BayObLG MittBayNot 1997, 238; Horber/Demharter, GBO (22. Aufl. 1997) § 51 Rdnr. 25; Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht Rdnr. 296.

⁶ OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25; LG Amberg MittBayNot 1996, 41; Lehmann NJW 1993, 1558; Demharter, EWIR 1995, 448; Frank MittBayNot 1996, 271; Stöber MittBayNot 1997, 143; Gursky DNotZ 1998, 273 ff. Auch das BayObLG geht in den beiden Entscheidungen vom 26.2.1998 von der Zulässigkeit als solcher aus; a.M. soweit ersichtlich nur OLG Köln DNotZ 1998, 311).

⁷ Stöber MittBayNot 1997, 143 ff.; Lehmann MittBayNot 1997, 143 ff.; Lehmann NJW 1993, 1558 (1559); Ulrich MittRhNotK 1995 289 (308); Frank MittBayNot 1996, 271 (273).

⁸ Vgl. dazu ausführlich Staudinger/Gursky, 13. Bearb. 1996, § 883 Rdnr. 178; ders. DNotZ 1998, 273 (275).

⁹ Das OLG Köln (oben Fn. 6) hat die von ihm vertretene Unzulässigkeit des Wirksamkeitsvermerks gerade damit begründet, daß das Verfahren der Rangänderung der „allgemeinen Auffassung“ entspricht.

¹⁰ Stöber MittBayNot 1997, 143 (145); Gursky DNotZ 1998, 273 (278).

¹¹ Dies habe ich bereits in MittBayNot 1996, 271 (273 f.) ausgeführt.

zutreffend. Der Gebührentatbestand der Rangänderung rechtfertigt sich daraus, daß erst die Eintragung im Grundbuch die Rechtsänderung bewirkt. Beim (gleichzeitig mit der Grundschuld) einzutragenden Wirksamkeitsvermerk geht es darum, eine materiellrechtlich richtige Eintragung der Grundschuld zu dokumentieren. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Wirksamkeitsvermerk bei der Auflassungsvormerkung, der einzutragenden Finanzierungsgrundschuld oder bei beiden Rechten einzutragen ist¹².

Entscheidend für die Gebührenfreiheit des Wirksamkeitsvermerks dürfte bei der hier zu beurteilenden Fallgestaltung jedoch folgende Überlegung sein: Die Finanzierungsgrundschuld des Käufers kann vor Eigentumsumschreibung nur im Grundbuch eingetragen werden, wenn die Verpflichtung hierzu im Kaufvertrag ausdrücklich geregelt ist. Der Kaufvertrag enthält die causa dafür, daß das Finanzierungsgrundpfandrecht nicht im Widerspruch zur Vormerkung des Käufers steht, da dort regelmäßig (ausdrücklich oder konkludent) geregelt ist, daß das auf Veranlassung und unter Mitwirkung des Käufers bestellte Finanzierungsgrundpfandrecht von diesem mit der Eigentumsumschreibung übernommen wird. Ob man hier – bei einer materiellen Betrachtung – sagt, die Bestellung des Grundpfandrechts sei bereits gar nicht vormerkungswidrig, weil diese anhand des gesamten Inhalts des Vertrages zu messen sei¹³ oder – formal betrachtet – die Vormerkungswidrigkeit zwar gegeben, aber wegen der Käuferzustimmung ausgeschlossen sei, kann letztlich dahingestellt bleiben. Der Wirksamkeitsvermerk ist in beiden Fällen zulässig, da er – auch bei der materiellen Betrachtungsweise – stets nur die wahre Rechtslage im Grundbuch zum Ausdruck bringt¹⁴. Beide Lösungen entsprechen genau der Situation des Rangvorbehalts, bei dem die „vorrangige“ Eintragung eines weiteren Rechts der Auflassungsvormerkung immanent ist. Der Vorbehalt gehört zum Inhalt des „nachrangigen“ Rechts (der Auflassungsvormerkung) und ist daher bei dessen Grundbucheintragung gebührenfreies Nebengeschäft (§ 62 Abs. 3 S. 1 KostO)¹⁵. Auch die nachträgliche Einweisung ist dann stets gebührenfrei¹⁶. Damit kann der Wirksamkeitsvermerk bei der Eintragung einer Grundschuld, deren Bestellung und Wirksamkeit gegenüber der Käufervormerkung bereits (abstrakt oder konkret) im Kaufvertrag vorgesehen war, keine zusätzliche Gebühr auslösen, da er analog zum Rangvorbehalt zu behandeln ist. Seine Eintragung bedeutet gerade nicht die Teillöschung der Auflassungsvormerkung, wie das BayObLG argumentiert. Die Gleichbehandlung mit dem Rangvorbehalt gilt in allen Fällen, in denen die eingetragene Belastung „vormerkungskonform“ zu den Absprachen in dem der Eigentumsvormerkung zugrundeliegenden Vertrag erfolgt. Neben der vorliegenden Fallgestaltung sind hier etwa noch folgende Beispiele zu nennen:

- Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld an einem Grundstück, das mit einem durch Vormerkung gesicherten Wiederkaufsrecht belastet ist, wenn der Berechtigte der Belastung zugestimmt hat. Z.B. kann die Gemeinde im Rahmen eines Bauplatzverkaufs der Finanzierungsgrundschuld bereits zustimmen, wenn in der Grundschuldurkunde die Zweckerklärung dahingehend eingeschränkt ist, daß diese bis zur Erfüllung der durch das Wiederkaufsrecht gesicherten Bauverpflichtung nur zur Sicherung der Grundstücks- und Hausbaufinanzierung dienen darf¹⁷.
- Eintragung eines Grundpfandrechts, wenn das Grundstück mit einer Rückauflassungsvormerkung belastet ist, die ein vereinbartes Belastungs- und Veräußerungsverbot absichern soll und der Vormerkungsberechtigte in dem Vertrag der Bestellung gerade dieses Grundpfandrechts vorab zugestimmt hat.

Etwas anderes mag dann gelten, wenn die Bestellung des „vormerkungswidrigen“ Rechts noch nicht in der Bestellungsurkunde der Auflassungsvormerkung geplant war, dieses gerade im Gegenteil verhindern sollte. War also in dem zuletzt genannten Beispiel die Grundschuldbestellung noch nicht vorgesehen (d.h. im Vertrag zugelassen), kann das später eingetragene Recht erst durch die (nachträgliche) Zustimmung des Vormerkungsberechtigten diesem gegenüber wirksam werden. In einem solchen Fall erscheint das Entstehen einer Viertelgebühr nach § 67 KostO zumindest als vertretbar, weil hierdurch die im Grundbuch noch uneingeschränkt eingetragene Vormerkung (wenn auch nur im Wege der Grundbuchberichtigung) teilweise gelöscht wird.

2. Gibt es nach alledem noch Gründe im Vergleich zur üblichen Praxis der Rangänderung, die eine Diskussion des Wirksamkeitsvermerks in Zukunft rechtfertigen könnten?

Die gebührenfreie Eintragung des Grundpfandrechts könnte auch über einen Rangvorbehalt erreicht werden¹⁸. Dennoch bestehen zum bloßen Rangvorbehalt Unterschiede: Der Rangvorbehalt muß von vornherein inhaltlich und betragsmäßig bestimmt sein. Darüberhinaus ist auch fraglich, ob der Rangvorbehalt an die (notwendige) Bedingung geknüpft sein kann, daß er nur für Rechte gilt, die mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten, also eines Dritten eingetragen werden. Noch größere Probleme entstehen bei Zwischenrechten, wenn man die von der h.M. bejahte Rangfähigkeit konsequent durchführt: Wird z.B. eine Zwangssicherungshypothek nach Eintragung der Käufervormerkung, aber vor Eintragung der Finanzierungsgrundschuld eingetragen, entsteht wegen § 881 Abs. 4 BGB ein relatives Rangverhältnis, das je nach Erlös in der Zwangsversteigerung zu grotesken Ergebnissen führen würde¹⁹. Da das ohne Zustimmung des Käufers eingetragene Zwischenrecht aber vormerkungswidrig ist, kann der Käufer dessen Beseitigung verlangen (§ 883 Abs. 2 BGB). Der bloße bessere Rang i.S.v. § 879 BGB oder ein Rangvorbehalt führt hier nicht zu brauchbaren Ergebnissen. Entscheidend ist nämlich nicht die Rang-, sondern die Wirksamkeitsreihenfolge.

Die Problematik der Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung zeigt auch folgender Fall²⁰: Käufer K hat ein Grundstück zum Kaufpreis von 100.000,00 DM erworben. Nach

¹² Das BayObLG stellt hierzu richtig fest, daß es für die Rechtsfolgen keine Rolle spielt, an welcher Stelle des Grundbuchs die Eintragung vorgenommen wird.

¹³ BGH DNotZ 1959, 399 (401); NJW 1981, 980 (981); *Palandt/Bassenge*, § 883 BGB Rdnr. 21; *Stöber MittBayNot* 1997, 143 (145); *Gursky DNotZ* 1998, 273 (277) m.w.N.

¹⁴ Vgl. die Nachweise oben Fn. 10.

¹⁵ OLG Köln MittRhNotK 1992, 122; DNotZ 1998, 311 (312), 314; OLG Frankfurt NJW 1993, 26; a.M. (Kostenpflicht) *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO (12. Aufl. 1991) § 64 Rdnr. 23.

¹⁶ Gebührenfreies Nebengeschäft, vgl. etwa *Wolfsteiner*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (20. Aufl. 1994), S. 1070.

¹⁷ Dazu zuletzt *Grziwotz ZNotP* 1998, 236.

¹⁸ So der Vorschlag des OLG Köln (oben Fn. 6).

¹⁹ Vgl. *Staudinger/Kutter*, 13. Bearb. 1996, § 881 Rdnr. 33 ff.; *MünchKomm/Wacke*, 2. Aufl. 1986, § 881 Rdnr. 18 f.

²⁰ In meiner Praxis vor kurzem aufgetreten.

Eintragung der Auflassungsvormerkung belastet Verkäufer V das Grundstück vormerkungswidrig mit einer Kanaldienstbarkeit zugunsten der Gemeinde. Im Anschluß daran, jedoch noch vor Eigentumsumschreibung bestellt K eine Finanzierungsgrundschuld zu 100.000,00 DM und tritt mit der Auflassungsvormerkung hinter die Grundschuld zurück. Wendet man hier die Grundsätze der Rangänderung an, gelangt man im Hinblick auf die Kanaldienstbarkeit als Zwischenrecht nach § 880 Abs. 5 BGB zu folgendem Ergebnis: Da die Rangänderung zu einem vollkommenen Rangaustausch zwischen vortretendem und zurücktretendem Recht insoweit führt, als das vortretende Recht sich mit dem zurücktretenden wertmäßig deckt, hat das zurücktretende Recht – ohne daß es einer ausdrücklichen Rangänderung bedarf – insoweit ohne weiteres auch Rang *nach* dem Zwischenrecht²¹. Daher würde nunmehr folgender Rang bestehen:

1. Rang: 100.000,00 DM Finanzierungsgrundschuld
2. Rang: Kanaldienstbarkeit
3. Rang: Auflassungsvormerkung.

Auch hier ist wie beim vorstehend geschilderten relativen Rangverhältnis fraglich, wie sich dieses Ergebnis in einer Zwangsversteigerung auswirken würde und ob durch den Rangrücktritt auch die Wirkungen der Vormerkung gegenüber der ohne Zustimmung des Käufers bestellten Kanaldienstbarkeit entfallen sind. Dies ist m.E. zu verneinen, weil es eben nicht auf den Rang, sondern die Wirksamkeitsreihenfolge ankommt. Eine klare Antwort findet man aber weder in Rechtsprechung noch Literatur.

²¹ Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2574.

Schließt man sich der Lösung durch Wirksamkeitsvermerk an, hat man mit der praktischen Behandlung solcher Fälle kein Problem.

3. Zusammenfassend kann man sagen, daß in Sachen Wirksamkeitsvermerk das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Beachtliche Gründe sprechen im Gegenteil dafür, das „Ende des Rangrücktritts der Auflassungsvormerkung“ zur Diskussion zu stellen²². Zumindest bei der Eintragung der Finanzierungsgrundschuld und in allen Fällen, in denen das später eingetragene Recht von vornherein „vormerkungskonform“ ist, kann der Wirksamkeitsvermerk (im Gegensatz zur Entscheidung des BayObLG) keine zusätzliche Gebühr auslösen, weil kostenrechtlich für ihn dieselben Grundsätze wie beim Rangvorbehalt gelten müssen. Da bei Grundbuchkosten eine Divergenzbeschwerde nach § 28 Abs. 2 FGG oder § 79 Abs. 2 GBO nicht möglich ist, bleibt zu hoffen, daß das BayObLG seine Entscheidungen revidiert bzw. zumindest in dem hier vertretenen Umfang auf die Fälle beschränkt, in denen die Vormerkungswidrigkeit erst durch die später erklärte Zustimmung des Vormerkungsberechtigten ausgeschlossen wird.

Selbst wenn sich aus dem Wegfall der Gebührenfreiheit kein unmittelbarer Vorteil ergibt, sollte der Wirksamkeitsvermerk weiterhin als Gestaltungsmittel praktiziert werden, da er die Probleme der konsequent durchgeführten Ranglösung vermeidet und die Rechtslage zutreffender im Grundbuch darstellt.

²² Oder allgemein: Das Ende der Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung.

Ermächtigung des Erwerbers zur Ausübung des Kündigungsrechts des Vermieters vor Eigentumsumschreibung

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10.12.1997, XII ZR 119/96¹ –

Von Notarassessor Dr. Peter Wirth, DNotI, Würzburg

I. Rechtliche Würdigung

Gemäß § 571 Abs. 1 BGB tritt im Falle der Veräußerung eines Grundstücks der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein, wenn die Veräußerung nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter erfolgt („Kauf bricht nicht Miete“). Ratio legis der Vorschrift ist es, dem Mieter bei einem Wechsel des Eigentümers seine durch den Mietvertrag erworbenen Rechte zu erhalten². Der Eintritt des Erwerbers erfolgt nach § 571 BGB mit dem Vollzug des Eigentumswechsels, d.h. mit der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber im Grundbuch. Bis zum Eigentumswechsel bleibt von Gesetzes wegen der Veräußerer Inhaber der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters³. In der Praxis

erfolgt jedoch im Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber der Besitz-, Nutzen- und Lastenübergang auf den Erwerber regelmäßig vor der Eigentumsumschreibung (z.B. zum Zeitpunkt der vollständigen Kaufpreiszahlung). In diesen Fällen besteht aus der Sicht der Beteiligten des Grundstücksveräußerungsvertrages häufig ein Interesse daran, dem Erwerber bereits vor der Eigentumsumschreibung auch die Gestaltungsrechte des Vermieters, insbesondere das Kündigungsrecht, zu übertragen. Soll eine Übertragung des Kündigungsrechts des Vermieters auf den Erwerber ohne Mitwirkung des Mieters erfolgen, sind drei Wege denkbar:

1. Der Veräußerer tritt dem Erwerber das Kündigungsrecht aus dem Mietverhältnis mit Wirkung zum Tag des Besitzübergangs gemäß §§ 398, 413 BGB ab.
2. Der Veräußerer bevollmächtigt den Erwerber nach § 167 BGB, das Kündigungsrecht ab dem Zeitpunkt des Besitzübergangs gemäß §§ 164 ff. BGB im Namen des Veräußerers gegenüber dem Mieter auszuüben.
3. Der Veräußerer ermächtigt den Erwerber nach § 185 Abs. 1 BGB, das Kündigungsrecht ab dem Zeitpunkt des Besitzübergangs im eigenen Namen gegenüber dem Mieter auszuüben.

¹ In diesem Heft S. 250.

² Dazu ausführlich: Frenz, „Kauf bricht nicht Miete“ – Zur Problematik der §§ 571 ff. BGB bei Grundstücksverträgen, MittRhNotK 1991, 165; Gather, Rechtsfragen bei Vermieterwechsel, ZAP, Fach 4, S. 401 f.

³ Vgl. Frenz, a.a.O., 173; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb. 1997, § 571, Rdnr. 54 m.w.N.: Eine entsprechende Anwendung des § 571 BGB auf den Zeitraum zwischen Besitzübergang und Eigentumsumschreibung ist nach st. Rspr. und h.M. nicht möglich.

In der Literatur⁴ und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung⁵ wird jedoch ganz überwiegend die Auffassung vertreten, daß unselbständige Gestaltungsrechte wie das Kündigungsrecht nicht ohne das Hauptrecht übertragen werden können, so daß der vorstehend unter Ziff. 1 skizzierte Weg einer Abtretung nach §§ 398, 413 BGB ausscheidet. Der BGH hat diese Rechtsfrage im Urteil vom 10.12.1997 weiterhin offengelassen⁶.

Unstreitig war schon bisher der unter vorstehender Ziff. 2 dargestellte Weg einer Bevollmächtigung des Erwerbers durch den Veräußerer, welche den Erwerber in die Lage versetzt, den Veräußerer nach dem Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten, aber vor der Eigentumsumschreibung bei der Ausübung des Kündigungsrechts zu vertreten und eine Kündigung des Mietverhältnisses im Namen des Veräußerers auszusprechen⁷.

Demgegenüber stieß der unter vorstehender Ziff. 3 skizzierte Weg einer Ermächtigung des Erwerbers zur Wahrnehmung des Kündigungsrechts nach § 185 Abs. 1 BGB bisher bei Teilen der Literatur⁸ und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung⁹ auf Ablehnung. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, daß sich der Mieter im Falle einer Ermächtigung nach § 185 BGB – anders als im Falle der Bevollmächtigung – mehreren als „Vermieter“ auftretenden Personen gegenüber sähe, was gegen den Schutzzweck des § 571 BGB verstoße. Die Ermächtigung unterscheidet sich von der Bevollmächtigung nämlich dadurch, daß der Erwerber im Falle der Ermächtigung die Rechte des Vermieters nicht in dessen Namen ausüben muß, sondern im eigenen Namen auftreten kann. Der BGH hält im Urteil vom 10.12.1997 eine solche Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen hinsichtlich des Kündigungsrechts für möglich, ohne sich mit den Bedenken der Gegenauffassung ausdrücklich auseinanderzusetzen. Er zieht Parallelen zu seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach die Ausübung des Wandlungsrechts einer Ermächtigung nach § 185 BGB zugänglich ist. Was für das Wandlungsrecht gelte, müsse auch für das Kündigungsrecht gelten, da es sich in beiden Fällen um unselbständige Gestaltungsrechte handle. Im übrigen erkennt der BGH vom Schutzbedürfnis des Mieters her offenbar keinen Unterschied zwischen Vollmacht und Ermächtigung. Denn er betont ausdrücklich, daß „der durch eine entsprechende Ermächtigung herbeigeführte Erfolg hätte genauso erreicht werden können, wenn die W. GmbH die Klägerin bevollmächtigt hätte, in ihrem – der W. GmbH – Namen die Kündigung zu erklären“.

Angesichts dieser Argumentation bestehen keine Bedenken dagegen, die Entscheidung des BGH vom 10.12.1997, welche nach dem zugrundeliegenden Sachverhalt ein gewerbliches Mietverhältnis betrifft, auch auf Fälle der Wohnraummiete

anzuwenden. Der spezifische Kündigungsschutz des Wohnraummieters bleibt von einer Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB unberührt, da für das Vorliegen von Kündigungsgründen stets auf die Mietvertragsparteien zum Zeitpunkt der Kündigung abzustellen ist¹⁰. Es bleibt daher auch nach dem Urteil des BGH vom 10.12.1997 dabei, daß eine Eigenbedarfskündigung des nach § 185 Abs. 1 BGB zur Ausübung des Kündigungsrechts ermächtigten Erwerbers vor Eigentumsumschreibung nicht wegen eines Eigenbedarfs des Erwerbers ausgesprochen werden kann¹¹. Denn der BGH weist ausdrücklich darauf hin, daß „sowohl der von einem Vertragspartner Bevollmächtigte als auch der von diesem Ermächtigte seine Befugnis auf eine Erlaubnis des eigentlichen Berechtigten zurückführt“. Auch bei der Ermächtigung folgt die Rechtsmacht zur Kündigung also nicht aus eigenem Recht des Ermächtigten, sondern es ist auf den Ermächtigenden – also den Veräußerer und Vermieter – abzustellen¹².

II. Folgerungen für die Praxis

Folgt man dieser Auslegung der BGH-Entscheidung vom 10.12.1997, stellt die Ermächtigung des Erwerbers nach § 185 BGB zur Wahrnehmung des Kündigungsrechts im Zeitraum zwischen Besitzübergang und Eigentumsumschreibung nunmehr auch bei der Wohnraummiete eine Alternative zur Bevollmächtigung nach § 167 BGB dar¹³. Die Ermächtigung bietet gegenüber der Vollmacht den Vorteil, daß der Ermächtigte eine Kündigung bereits im eigenen Namen aussprechen kann. Sie befreit aber nicht von dem Erfordernis, daß personenbezogene Kündigungsgründe in der Person dessen vorliegen müssen, der im Zeitpunkt der Kündigung Partei des Mietverhältnisses ist. Darauf dürfte im Rahmen der notariellen Belehrungspflichten aus § 17 BeurkG hinzuweisen sein, wenn eine Ermächtigung nach § 185 BGB in den Grundstücksveräußerungsvertrag aufgenommen wird.

Die Formularliteratur empfiehlt bisher – entsprechend der Einschätzung der Rechtslage bis zum Urteil des BGH vom 10.12.1997 – die Ermächtigung des Erwerbers zur Wahrnehmung von Gestaltungsrechten des Vermieters im Zeitraum zwischen Besitzübergang und Eigentumsumschreibung als Bevollmächtigung zu formulieren¹⁴. Wird angesichts der neuen BGH-Rechtsprechung nunmehr eine Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen nach § 185 BGB gewünscht, kommt dafür folgende Formulierung in Betracht:

„Der Veräußerer ermächtigt den Erwerber nach § 185 BGB, soweit rechtlich zulässig, ab Besitzübergang bis zur Eigen-

⁴ *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Bearb. 1994, § 413, Rdnr. 35; *Soergel/Zeiss*, BGB, 12. Aufl. 1990, § 399, Rdnr. 3, § 413 BGB, Rdnr. 4; *MünchKomm/Roth*, BGB, 3. Aufl. 1994, § 399, Rdnr. 18; *Grapenttin*, in: *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl. 1993, IV, Rdnr. 3; a. A. *Mayer*, ZMR 1990, 121, 123.

⁵ LG Wiesbaden, WuM 1987, 392; LG Kiel, WuM 1992, 128; LG Augsburg, NJW-RR 1992, 520; LG Berlin, ZMR 1996, 325, 326.

⁶ So auch schon in BGHZ 95, 250, 254.

⁷ Vgl. statt aller: *Brambring*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A I, Rdnr. 136; *Staudinger/Emmerich*, a.a.O., § 571, Rdnr. 59.

⁸ *Staudinger/Emmerich*, a.a.O., § 571, Rdnr. 58; *Scholz*, ZMR 1988, 285; *Kinne*, GE 1993, 880; anders: *MünchKomm/Voelskow*, BGB, 3. Aufl. 1995, § 571, Rdnr. 9; *Fricke*, ZMR 1979, 65 f.

⁹ LG Kiel, a.a.O.; LG Augsburg, a.a.O.; LG Hamburg, WuM 1977, 260.

¹⁰ Vgl. LG Münster, WuM 1991, 105; AG Ratingen, MDR 1971, 667; AG Lennestadt, WuM 1978, 175; AG Frankfurt/Main, WuM 1981, 233; AG Buhl, WuM 1988, 112; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, IV, Rdnr. 19; *Köhler/Kossmann*, Handbuch der Wohnraummiete, 4. Aufl. 1996, § 118, Rdnr. 33.; *Gather*, a.a.O.

¹¹ DNotI-Report 10/1998, 93, 94.

¹² DNotI-Report, a.a.O.

¹³ Im entschiedenen Fall kam eine Umdeutung der erklärten Abtretung in eine Bevollmächtigung nach § 167 BGB nicht in Betracht, da die Erwerberin die Kündigung im eigenen Namen erklärt hatte, so daß das Offenheitsprinzip der Stellvertretung (vgl. dazu statt aller: *Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Aufl. 1998, § 164, Rdnr. 1) nicht gewahrt gewesen wäre.

¹⁴ Vgl. *Nieder*, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 4, 1. Halbband, 4. Aufl. 1998, Muster I. 1., § 8; *Krauß*, in: *Limmer/Krauß*, Vertragsmusterhandbuch für die Rechtspraxis, Loseblatt, Stand: Grundwerk 1997, Teil 7: Immobilienrecht, I. Immobilienerwerb, Muster 1, S. 15 f.

tumsumschreibung im eigenen Namen, auf eigene Kosten und auf eigenes Risiko dem Mieter gegenüber sämtliche mietrechtlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere die Gestaltungsrechte des Vermieters wie das Kündigungsrecht auszuüben, und gegebenenfalls in gewillkürter Prozeßstandschaft für den Veräußerer entsprechende Prozesse im eigenen Namen zu führen, wobei den Veräußerer kein Prozeß- oder Kostenrisiko treffen darf.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, daß trotz der vorstehenden Ermächtigung personenbezogene Kündigungsgründe jeweils in der Person des Beteiligten vorliegen müssen, der im Zeitpunkt der Kündigung Partei des Mietverhältnisses ist. Eine Kündigung wegen Eigenbedarfs des Erwerbers kann daher trotz der vorstehenden Ermächtigung erst nach der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber im Grundbuch ausgesprochen werden“.

Nochmals: Gaststättenkauf und Verbraucherkreditgesetz*

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

Anders als das Abzahlungsgesetz betrifft das Verbraucherkreditgesetz auch Grundstücksgeschäfte. Die jüngste Rechtsprechung¹ scheint durch eine großzügige Analogie hinsichtlich der entsprechenden Vorschriften den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes weit über den Gesetzeswortlaut hinaus auszudehnen. Das Verbraucherkreditgesetz wird deshalb in der „Alltagspraxis“ des Notars erhebliche Bedeutung erhalten². Im Hinblick auf diese Rechtsprechung und geänderte Kommentierungen³ sind einige ergänzende Anmerkungen zu den Ausführungen in MittBayNot 1993, 263 ff. erforderlich. Sie betreffen nicht nur die im Rahmen eines Grundstückskaufs erfolgte Übernahme eines Brauereidarlehens und/oder einer Getränkebezugsverpflichtung, sondern auch andere Grundstücksgeschäfte, mit denen die Übernahme einer Bezugsverpflichtung verbunden ist. Beispiele hierfür sind die Verpflichtung zur Abnahme von Mineralölstoffen bei Übergabe eines Tankstellengrundstücks, Lebensmittelbezugsverpflichtungen und Factoring-Verträge, die im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften stehen. Den Beteiligten ist hierbei kaum noch verständlich, daß bei Betriebsübergaben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das Verbraucherkreditgesetz Anwendung finden soll⁴. Auch der Übernehmer eines Hotelkomplexes im Gesamtwert von 20 Mio. DM wird in der Regel nicht einsehen, wieso der europäische und der nationale Gesetzgeber ihn unbedingt davor schützen wollen, daß er im Zusammenhang mit der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgten Hotelübergabe ein günstiges Brauereidarlehen in Höhe von 90.000 DM und eine Getränkebezugsverpflichtung im Gesamtwert von noch 50.000 DM für die Restlaufzeit übernimmt.

I. Bierlieferungsvertrag und Brauereidarlehen

1. Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen

a) Gewerbliche oder private Geschäfte

Das Verbraucherkreditgesetz ist – auch hinsichtlich der in § 2 VerbrKrG genannten Verträge – nur anwendbar, wenn der Veräußerer in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Auf private Geschäfte ist das Verbraucherkreditgesetz nicht anwendbar. Allerdings besteht eine Ten-

denz, den Anwendungsbereich möglichst weit zu fassen. Auch die einmalige Gewährung eines Kredites soll für die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes ausreichen⁵. Die Darlegungs- und Beweislast für das Nichteingreifen der Bestimmungen des Verbraucherkreditgesetzes liegt beim Kreditgeber⁶. Für Kaufleute ist in diesem Zusammenhang von der Vermutungsregel des § 344 HGB auszugehen.

Bei der Vertragsübernahme scheint es irrelevant zu sein, daß der Grundstücksveräußerer selbst privat tätig ist, wenn der Gläubiger des übernommenen Vertrages i.S.d. § 1 Abs. 1 VerbrKrG in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt. Gerade im Rahmen dieser Konstellation zeigt sich, daß die Sichtweise, daß es „stets und immer nur um den Schutz des Verbrauchers“ gehe⁷, zu eng ist. Gleichwohl muß sich die Praxis zunächst auf diese Meinungsfrage einstellen.

b) Der Existenzgründer als Verbraucher

Das Verbraucherkreditgesetz ist grundsätzlich auch auf die Existenzgründung anwendbar. Lediglich Geschäfte, die eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit betreffen, sind vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Die Existenzgründungsphase dauert dabei bis zu dem Zeitpunkt, in welchem feststeht, daß die gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird⁸. Relevant wird das Verbraucherkreditgesetz also nur dann, wenn der Grundstückserwerber nicht bereits in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit handelt. Betroffen sind somit nur Existenzgründungen⁹. Durch die Übernahme eines Brauereidarlehens bzw. eines Bierlieferungsvertrages kann der Erwerber zum Kaufmann werden. Der erstmalige

* Ergänzung zu MittBayNot 1993, 263 ff.

¹ S. nur BGH, NJW 1996, 2156 u. 2865; NJW 1997, 654. Vgl. auch v. Westphalen, MDR 1997, 307.

² S. dazu Kurz, MittBayNot 1997, 129; ders., DNotZ 1997, 552 und Grziwotz, MDR 1997, 432.

³ S. nur Palandt/Putzo, 57. Aufl., § 1 Rdnr. 10 und v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl. 1996, § 1 Rdnr. 75 u. 78.

⁴ So aber bereits zum AbzG BGH, NJW-RR 1992, 593.

⁵ S. nur v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg (Fußn. 3), § 1 Rdnr. 23.

⁶ MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdnr. 13.

⁷ v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg (Fußn. 3), § 1 Rdnr. 23.

⁸ v. Westphalen/Emmerich/v.Rottenburg (Fußn. 3), § 3 Rdnr. 17.

⁹ BGH, NJW 1997, 1442; Palandt/Putzo (Fußn. 3), § 2 Rdnr. 6 und Erman/Klingsporn-Rebmann, BGB, 9. Aufl., § 2 Rdnr. 11 und 25. Vgl. auch BGH, NJW 1995, 722 u. 2290.

Abschluß dieser Verträge fällt aber noch nicht aus dem Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes heraus¹⁰. Nimmt ein Gastwirt die von ihm zwischenzeitlich aus persönlichen Gründen aufgegeben gewerbliche Tätigkeit wieder auf, so kann er ebenfalls Verbraucher sein¹¹.

c) Unbeschränkte und Teilausnahmen

Für die notarielle Praxis im Rahmen der Übernahme von Bierbezugsverpflichtungen und Brauereidarlehen ist die Ausnahme des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerbrKrG von Bedeutung. Danach sind Existenzgründungskredite, also auch die Übernahme eines Darlehens, vom Anwendungsbereich des Gesetzes dann ausgenommen, wenn sie 100.000 DM übersteigen. Bei Real-krediten finden lediglich einzelne Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes keine Anwendung, nämlich die Angabe nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 b VerbrKrG sowie das Widerrufsrecht und die Vorschriften über verbundene Geschäfte (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG). Nach dem Gesetzeswortlaut muß es sich um einen Kredit handeln, der von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und zu für grundpfandrechlich abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt wird. Die zweite Bedingung ist bei Brauereidarlehen, die regelmäßig unter dem marktüblichen Zinssatz liegen, gleichwohl erfüllt, da durch das Verbraucherkreditgesetz der Verbraucher geschützt, nicht aber eine günstige Kreditvergabe verhindert werden soll¹². Wichtig ist, daß hinsichtlich des Darlehens, und zwar bezogen auf die Vertragsübernahme, die übrigen in § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG genannten Angaben gemacht werden müssen. Unterbleibt dies, so sind die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes wieder uneingeschränkt anwendbar, insbesondere auch das Widerrufsrecht gemäß § 7 VerbrKrG.

Eine weitere wichtige Ausnahme für die Notarpraxis ist § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG, der notariell beurkundete Verträge von den Angaben nach § 4 VerbrKrG, dem Widerrufsrecht und § 9 Abs. 2 VerbrKrG (verbundene Geschäfte) freistellt, wenn die Urkunde den (nominellen) Jahreszins, die bei Abschluß des Vertrages in Rechnung gestellten Kosten des Kredits sowie die Voraussetzungen enthält, unter denen der Jahreszins oder die Kosten geändert werden können. Die Notarkosten gehören nach herrschender Meinung nicht zu den anzugebenden Kosten; da dies strittig ist, empfiehlt es sich in der Praxis, die erforderliche Angabe zu machen¹³. Die in der notariellen Urkunde erklärte Übernahme eines Brauereidarlehens sollte diese Angaben enthalten, da ansonsten wiederum das gesamte Verbraucherkreditgesetz anwendbar wird.

Wichtig ist, daß die vorgenannten Vorschriften unstreitig nur bei Übernahme eines Kredites Anwendung finden. Die h.L.¹⁴ wendet sie – teilweise auch nur § 3 Abs. 1 VerbrKrG – auf die Verträge nach § 2 VerbrKrG an. Demgegenüber hat der

Bundesgerichtshof¹⁵ die Anwendung der Ausnahmen des § 3 VerbrKrG auf die Übernahme der Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen verneint, so daß auch bei einer notariell beurkundeten Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung das Widerrufsrecht und die Vorschriften über verbundene Geschäfte anwendbar sind.

2. Die Übernahme einer Getränkebezugsverpflichtung

Die Übernahme einer Getränkebezugsverpflichtung, insbesondere einer Bierbezugsverpflichtung, unterfällt § 2 Nr. 3 VerbrKrG, und zwar auch dann, wenn sie mit einem Grundstückserwerbsvertrag gekoppelt ist¹⁶, sofern der Grundstückserwerber nicht bereits in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit handelt. Die Verweisung in § 2 VerbrKrG führt dazu, daß der Vertrag der Schriftform bedarf und dem Erwerber eine Abschrift der Vertragsurkunde ausgehändigt werden muß. Dies ist bei notariell beurkundeten Verträgen, in denen die Beteiligten ein Recht auf eine Ausfertigung haben, unproblematisch. Ferner steht dem Verbraucher das Widerrufsrecht zu. Hierüber ist der Verbraucher zu belehren. Die Belehrung kann durch den Notar erfolgen und muß vom Verbraucher gesondert unterzeichnet werden. Ein Exemplar der Widerrufsbelehrung ist ihm auszuhändigen. Der Widerruf hat gegenüber dem Gläubiger der Getränkebezugsverpflichtung, nicht gegenüber dem davon möglicherweise personenverschiedenen Grundstückserwäuerer zu erfolgen¹⁷. Der Widerruf erfaßt grundsätzlich nur die Getränkebezugsverpflichtung, da § 9 VerbrKrG im Rahmen von § 2 VerbrKrG nicht erwähnt wird und eine entsprechende Anwendung von der ganz herrschenden Meinung abgelehnt wird¹⁸. Anders ist dies, wenn eine Getränkebezugsverpflichtung i.S.v. § 9 Abs. 1 VerbrKrG mit einem Brauereidarlehen in der Weise verbunden wird, daß der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises für den Getränkebezug dient¹⁹.

Bei einer privatschriftlichen Darlehensübernahme entfällt bei einem diesbezüglichen Widerruf auch die Übernahme des Getränkebezugs. Dagegen ist bei einer notariell beurkundeten Übernahme eines Brauereidarlehens das Widerrufsrecht gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG nicht anwendbar; deshalb kann auch im Rahmen des verbundenen Geschäfts keine Unwirksamkeit gemäß § 9 Abs. 2 VerbrKrG eintreten.

3. Die Übernahme eines Brauereidarlehens

*Kurz*²⁰ hat zutreffend darauf hingewiesen, daß das Verbraucherkreditgesetz den Fall der Übernahme einer grundpfandrechlich gesicherten Darlehensschuld im Rahmen eines Grundstückserwerbsvertrages durch Vereinbarung zwischen Verwäuerer und Erwerber mit Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers gemäß § 416 BGB nicht erfaßt. Da der BGH²¹ (einseitig) den Verbraucherschutz betont²² und mit

¹⁰ v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg* (Fußn. 3), § 2 Rdnr. 47 sowie die in Fußn. 9 Genannten; a.A. nur *Vortmann*, VerbrKrG, § 2 Rdnr. 3 und ihm folgend *Bruckner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, VerbrKrG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 26.

¹¹ OLG Köln, NJW-RR 1995, 816 für Gastwirt, der wegen einer Bypassoperation sein Gewerbe aufgegeben hat. Ebenso v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg* (Fußn. 3), § 1 Rdnr. 58; a.A. OLG Nürnberg, WM 1995, 481.

¹² *Erman/Klingsporn-Rebmann* (Fußn. 9), § 3 Rdnr. 7.

¹³ Wie hier *Seibert*, VerbrKrG, § 3 Rdnr. 13 und *Erman/Klingsporn-Rebmann* (Fußn. 9), § 3 Rdnr. 8; a.A. *MünchKomm/Ulmer* (Fußn. 6), § 3 Rdnr. 31.

¹⁴ So z.B. *Erman/Klingsporn-Rebmann* (Fußn. 9), § 2 Rdnr. 14 und § 3 Rdnr. 8; *MünchKomm/Ulmer* (Fußn. 6), § 2 Rdnr. 10 und *Palandt/Putzo* (Fußn. 3), § 2 Rdnr. 10 (anders § 3 Rdnr. 3).

¹⁵ BGHZ 128, 156/164 = NJW 1995, 721; ebenso OLG Karlsruhe, MDR 1993, 513; *Bruckner/Ott/Wagner-Wieduwilt* (Fußn. 10), § 2 Rdnr. 2 und v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg* (Fußn. 33), § 2 Rdnr. 31.

¹⁶ S. nur v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg* (Fußn. 3), § 2 Rdnr. 32.

¹⁷ BGH, NJW 1995, 2290/2292 u. 3386. Zur Rückabwicklung bei Widerruf s. BGH, NJW 1997, 933 und *Lebek*, Rückabwicklung und Regreß bei verbundenen Geschäften, 1996, passim.

¹⁸ *MünchKomm/Ulmer* (Fußn. 6), § 2 Rdnr. 30.

¹⁹ v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg* (Fußn. 3), § 2 Rdnr. 37.

²⁰ DNotZ 1997, 553/558 ff., ebenso bereits *Ulmer/Timmann*, in: FS f. Rowedder, 1994, 503/512 ff.

²¹ NJW 1996, 2156/2157 = MDR 1996, 890.

²² Krit. bereits *Grzizowt*, MDR 1997, 432/436.

Billigung der Literatur²³ wohl nicht eine bloße Schuldübernahme, sondern eine wesentlich komplexere Vertragsübernahme anzunehmen scheint²⁴, sollte sich die Vertragspraxis auf eine Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf derartige Gestaltungen einstellen²⁵. Allerdings unterfällt die Übernahme eines Brauereidarlehens im Rahmen eines Grundstückserwerbs nur dann dem Verbraucherkreditgesetz, wenn es sich um eine Existenzgründung, also nicht um eine bereits ausgeübte gewerbliche Tätigkeit seitens des Erwerbers handelt. Zusätzlich darf bei einer Existenzgründung das Darlehen (Nettokreditbetrag) nicht den Betrag von 100.000 DM übersteigen, da andernfalls das Verbraucherkreditgesetz wiederum nicht anwendbar ist. Auch bei einer Existenzgründung und einem Kreditbetrag unter 100.000 DM sind jedoch die partiellen Ausnahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bei einem grundpfandrechtsmäßig gesicherten Darlehen und § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG bei einer notariell beurkundeten Darlehensübernahme anwendbar. In der Urkunde sind deshalb nur die in § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG genannten Angaben, und zwar bezogen auf das zu übernehmende Darlehen, zu machen. Besonders wichtig ist dies, wenn im Rahmen einer Grundstücksveräußerung durch eine Brauerei ein Darlehen zur Anschaffung des Objektes gewahrt wird. Unterbleiben hier die Angaben, so besteht das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG. Gleichzeitig ist § 9 VerbrKrG über verbundene Geschäfte anwendbar, so daß auch der Grundstückserwerb erst wirksam wird, wenn der Verbraucher seine auf den Abschluß des Darlehens- und Getränelieferungsvertrages gerichteten Willenserklärungen nicht widerruft.

²³ S. nur *Palandt/Putzo* (Fußn. 3), § 1 VerbrKrG Rdnr. 4 u. 10.

²⁴ So für die Übernahme einer Getränkebezugsverpflichtung BGH, NJW 1991, 2903/2904 u. NJW-RR 1992, 593/595.

²⁵ Wie hier bereits *Grziwotz*, MDR 1997, 432/434.

II. Gestaltungshinweise

1. Belehrung über Widerrufsrecht

Hinsichtlich der Belehrung über das Widerrufsrecht kann auf das Muster von *Langenfeld* im Münchner Vertragshandbuch²⁶ verwiesen werden.

2. (Un-)Wirksamkeit des übrigen Vertrages

Außerdem sollte durch die Aufnahme einer Bedingung oder eines Rücktrittsrechtes das Schicksal des übrigen Vertrages geregelt werden, wenn die Getränkebezugsverpflichtung widerrufen wird. Anderenfalls ist das Schicksal des weiteren Vertrages durch Auslegung und unter Berücksichtigung von § 139 BGB zu ermitteln. Dabei tritt die Unwirksamkeit gemäß § 139 BGB gerade bei Geschäften im Wege der vorweggenommenen Erbfolge keinesfalls automatisch ein; in vielen Fällen wird vielmehr eine lediglich zwischen Veräußerer und Erwerber wirkende Erfüllungsübernahme unter Fortbestehen des übrigen Vertrages anzunehmen sein²⁷.

3. Angaben bei Übernahme eines Brauereidarlehens

Bei der Übernahme eines Brauereidarlehens, das in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes fällt, sind die in § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG genannten Angaben zu machen. Wer besonders vorsichtig ist, kann zudem die für die Vertragsübernahme anfallenden Notarkosten in die Urkunde aufnehmen.

²⁶ *Langenfeld*, in: *MünchVhb*, 3. Aufl., IV/1, Form. I. 4.

²⁷ *Grziwotz*, MDR 1997, 432.

Erbvertrag: Amtliche Verwahrung des Aufhebungsvertrages?

Von Notar Dr. Michael Commichau, Hamburg

I. Bei Erbverträgen können die Vertragsschließenden bestimmen, ob der abgeschlossene Erbvertrag bei dem beurkundenden Notar oder aber gemäß § 2277 BGB in die amtliche Verwahrung durch das Amtsgericht genommen werden soll. Gemäß § 34 Abs. 2 BeurkG ist die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht als Regelfall anzusehen. Für die Praxis empfiehlt es sich, die Frage der Verwahrung bei dem beurkundenden Notar oder einem bestimmten Amtsgericht durch eine entsprechende Regelung im Erbvertrag zu klären.

II. Nach § 2290 BGB erfolgt die Aufhebung eines Erbvertrages ebenfalls durch Vertrag, der seinerseits gemäß § 2290 Abs. 4 BGB in Verbindung mit § 2276 BGB wiederum der notariellen Beurkundung bedarf.

Fraglich ist nun, ob der Aufhebungsvertrag von dem beurkundenden Notar zu verwahren ist oder in die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht einzureichen ist.

1. Auf den ersten Blick liegt es nahe, mit einem Aufhebungsvertrag ebenso wie mit dem aufgehobenen Erbvertrag zu verfahren. Sofern der beurkundende Notar bereits den Erbvertrag verwahrt, sollte er auch den Aufhebungsvertrag verwahren und den verwahrten Erbvertrag mit einem entsprechenden Hinweis auf seine spätere Aufhebung versehen. Sofern der Erbvertrag jedoch in amtliche Verwahrung bei einem Amtsgericht genommen worden ist, sollte auch der Aufhebungsvertrag bei diesem Amtsgericht eingereicht werden. Diese Lösung drängt sich aus praktischen Erwägungen geradezu auf.

2. § 2290 Abs. 4 BGB enthält jedoch keinen Verweis auf § 2277 BGB. Ebenso spricht § 34 Abs. 2 BeurkG nur vom „Abschluß“ des Erbvertrages. Daraus könnte der Schluß gezogen werden, daß die amtliche Verwahrung eines Aufhebungsvertrages bei Gericht nicht möglich ist. In der Literatur wird demnach auch von *Edenhofer (Palandt-Edenhofer, 57. Auflage 1998, § 2290 Rdnr. 2)*, *Kregel (BGB-RGRK-Kregel, 12. Auflage 1975, § 2290 Rdnr. 2)*, *Musielak (Münchener Kommentar – Musielak, 3. Auflage 1997, § 2290 Rdnr. 7)*, *Reimann (Dittmann/Bengel/Reimann, Testament und Erbvertrag, 2. Auflage 1986, § 2290 Rdnr. 12, m.w.N.)* sowie von *Wolf (Soergel-Wolf, 12. Auflage 1992, § 2290 Rdnr. 5)* bei Aufhebungsverträgen betreffend Erbverträge ohne weitere Begründung die Anwendbarkeit von § 2277 BGB und § 34 Abs. 2 BeurkG verneint und damit die besondere amtliche Verwahrung ausgeschlossen. Auch der als einzige Gegenstimme zitierte *Greiff (Planck-Greiff, 4. Auflage 1930, § 2290 Anm. 3)* nennt bei Aufhebungsverträgen die Möglichkeit der amtlichen Verwahrung beim Amtsgericht nur für den Fall, daß dem Notar von den Vertragsschließenden eine verschlossene Schrift übergeben wird, während in allen übrigen Fällen die amtliche Verwahrung nicht erfolge. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

3. Nach meiner Ansicht kann den vorgenannten Stimmen in der Literatur nicht gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, weshalb für die Aufhebung eines Erbvertrages etwas anderes gelten soll als für den aufzuhebenden Erbvertrag. Auch die Aufhebung eines Erbvertrages ist ein Erbvertrag gemäß § 2274 BGB. Für Erbverträge ist gemäß § 34 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BeurkG die amtliche Verwahrung als Regelfall vorgegeben, sofern nicht die Vertragsschließenden die besondere amtliche Verwahrung ausschließen. Der Wortlaut des § 34 Abs. 2 1. Hs. BeurkG setzt für eine Verwahrung des Erbvertrages bei dem beurkundenden Notar eine zusätzliche Erklärung der Vertragsschließenden voraus, so daß im Regelfall der Erbvertrag in die amtliche Verwahrung zu bringen ist. Demnach ist bereits nach dem Gesetzeswortlaut auch für die erbvertragliche Aufhebung eines Erbvertrages die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht als Regelfall anzusehen. Dieses muß insbesondere in den Fällen gelten, in denen bereits der Erbvertrag in amtliche Verwahrung gegeben worden ist. Nur durch die amtliche Inverwahrungnahme des Aufhebungsvertrages durch das den aufgehobenen Erbvertrag verwahrende Amtsgericht wird ein zeitliches Auseinanderfallen der Eröffnung des Erbvertrages und des Aufhebungsvertrages ausgeschlossen, was gerade bei der Aufhebung eines Erbvertrages von besonderer Bedeutung ist. Eine abweichende Praxis ist den Vertragsschließenden nicht zu vermitteln, zumal diese bei Abschluß des Aufhebungsvertrages vornehmlich ein Interesse an der Eröffnung des Aufhebungsvertrages und weniger an der Eröffnung des abgeschlossenen Erbvertrages haben dürften. Bei einem Erbvertrag, der einen bestehenden Erbvertrag aufhebt und gleichzeitig neuerliche Verfügungen enthält, besteht ohnehin die Möglichkeit, diesen wie einen „normalen“ Erbvertrag in amtliche Verwahrung bei Gericht zu geben. Umgekehrt sollte der Aufhebungsvertrag in jedem Fall in notarielle Verwahrung genommen werden, wenn der aufgehobene Erbvertrag selbst bei dem beurkundenden Notar verwahrt wird.

Anzumerken ist an dieser Stelle auch, daß unklar ist, in welcher Weise die Amtsgerichte den Inhalt einer erbvertraglichen Verfügung feststellen sollten. Da es sich bei dem Aufhebungsvertrag wie bei dem aufzuhebenden Erbvertrag ebenfalls um einen Erbvertrag handelt, ist auch eine beim Amtsgericht in die amtliche Verwahrung zu bringende Erbvertragsaufhebung lediglich als „Erbvertrag“ zu kennzeichnen.

III. Richtigerweise muß es also möglich sein, auch den Aufhebungsvertrag bezüglich eines Erbvertrages in besondere amtliche Verwahrung beim Amtsgericht zu geben. Im Falle der amtlichen Verwahrung ist der Aufhebungsvertrag vom Notar zu verschließen, der Umschlag wie bei einem gewöhnlichen Erbvertrag mit den entsprechenden Eintragungen zu versehen und zum Amtsgericht einzureichen.

Belastungen des zugewendeten Grundstücks – (bloße) Einschränkung oder (mögliche) Aufhebung des rechtlichen Vorteils

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.11.1997, XI ZR 129/96 (MittBayNot 98,105) und des OLG Köln vom 10.11.1997, 14 Wx 10/97 (MittBayNot 98, 106) –

Von Notar Dr. Bernhard Gschoßmann, Regensburg

I. Die Diskussion um die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften, bei denen Minderjährige Grundstücke (oder jedenfalls die Mittel zu deren Erwerb) geschenkt bekommen, mit denen aber zugleich Belastungen des Grundstücks einhergehen, hat zu einer Fülle von Differenzierungen geführt. Ausgangspunkt ist immer die Frage, ob die Interessen des Minderjährigen trotz der Belastung gewahrt werden, was bei Geschenken davon abhängt, ob der mit der Schenkung verbundene rechtliche Vorteil durch die Belastung lediglich eingeschränkt oder (jedenfalls möglicherweise) aufgehoben wird. Beide Entscheidungen erweitern und vertiefen die bisher hierzu gefundenen Ergebnisse.

II. Das Urteil des BGH ist ein Paukenschlag.

1. Dabei sind die rechtlichen Zusammenhänge komplexer, als die Urteilsbegründung vermuten läßt. Vorausgegangen war ein vormundschaftsgerichtlich genehmigter Grundstückskauf durch den Minderjährigen. Die Grundschild diente nicht zur Sicherung der Kaufpreisfinanzierung, sondern zur Sicherung zweier Darlehen. Diese hatte der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen zur Sicherung eines Teils des Kaufpreises und von Renovierungsarbeiten aufgenommen. Der gesetzliche Vertreter war Darlehensnehmer, der Minderjährige Mithaftender; die Darlehen waren vormundschaftsgerichtlich nicht, aber nach Erlangung der Volljährigkeit vom Minderjährigen selbst genehmigt worden. Ohne dies in der Begründung besonders zu betonen, geht der Senat zunächst offenbar davon aus, daß als Gegenstand der Schenkung tatsächlich das Grundstück anzusehen ist; er scheint damit der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ der Finanzgerichte und -verwaltungen bei der schenkungsteuerrechtlichen Beurteilung der sog. „mittelbaren Grundstücksschenkungen“ zu folgen. Das erscheint zwar nicht unvernünftig, überrascht aber doch angesichts der gesicherten Erkenntnis, daß es bei der Beurteilung des Minderjährigenschutzes nicht auf den wirtschaftlich betrachteten Vorteil ankommt, sondern gerade auf den rechtlichen Vorteil.

2. Die Darlehen dienten nicht zur Fremdfinanzierung des Kaufpreises. Die Grundschild kann daher auch nicht als bloße Erwerbsmodalität im Sinne der zitierten Reichsgerichtsentscheidung (RGZ 108, 356, 363 ff.) bezeichnet werden, die durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Kaufvertrags quasi mit absegnet worden wäre. Im Gegenteil: Der Minderjährige stellte das von ihm gekaufte Grundstück zur Belastung mit einer Grundschild zur Verfügung, die die Finanzierung einer Geldschenkung sicherte. Das mag als Geschäftsgrundlage für die Schenkung, als Auflage, Bedingung oder gar Gegenleistung qualifiziert werden. Aber eines liegt doch auf der Hand: Das zuvor unbelastet gekaufte Grundstück ist nun belastet, und das ist ein rechtlicher Nachteil.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, § 1821 BGB solle auf die Bestellung eines Grundpfandrechts zur Finanzierung des Grundstückskaufpreises keine Anwendung finden (zumal das so unumstritten nicht ist). Denn es ist doch, meine ich, ein

fundamentaler Unterschied, ob ein Kaufvertrag mit Belastungsvollmacht vormundschaftsgerichtlich genehmigt wird und im engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang damit ein Finanzierungsgrundpfandrecht (ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) bestellt wird, oder ob – wie hier – das mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gekaufte Grundstück zur (teilweisen) Finanzierung der Schenkung des Kaufpreises belastet werden soll. Im ersten Fall hatte nämlich das Vormundschaftsgericht Gelegenheit zur Prüfung, ob die in Aussicht genommene Belastung den Interessen des Minderjährigen entgegensteht. Im zweiten Fall konnte dies dagegen nicht geprüft werden, zumal der Darlehensvertrag vom gesetzlichen Vertreter abgeschlossen wurde und daher auch nicht gemäß § 1822 Abs. 1 Ziffer 5 BGB zu genehmigen war (die Mithaft des Minderjährigen tut an dieser Stelle nichts zur Sache).

Hinzu kommt, daß über die Grundschild auch die Finanzierung von Renovierungsarbeiten gesichert werden sollte. Das Urteil gibt zwar keine Auskunft darüber, wer hier Auftraggeber sein sollte und ob auch diese Mittel geschenkt waren. Ein Zusammenhang mit dem genehmigten Grundstückskauf liegt aber fern, ist zumindest sehr fraglich, so daß sich hier erst recht die Frage stellt, warum § 1821 Abs. 1 Ziffer 1 BGB nicht anwendbar sein soll; wo und wann sollte denn geprüft werden, ob dies im Interesse des Minderjährigen ist?

Um nicht mißverstanden zu werden: Es mag im Ergebnis in der Tat zu befürworten sein, daß das Grundstück mit der Grundschild belastet wurde, und zwar sowohl zur Finanzierung des Kaufpreises als auch der Renovierungsarbeiten. Aber das hat mit der Anwendbarkeit von § 1821 Abs. 1 Ziffer 1 BGB nicht das Geringste zu tun, sondern sollte eben gerade der Prüfung durch das Vormundschaftsgericht unterliegen.

3. Die Formulierung des Senats, bei einer Grundschild im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb könne es – jedenfalls, wenn die Grundschild den Kaufpreis nicht übersteigt – nicht darauf ankommen, ob dadurch die Mittel für die Kaufpreisfinanzierung oder für andere Zwecke beschafft werden sollen, läßt sich m. E. nicht halten. Völlig unbrauchbar ist vor allem das vom Senat bemühte Kriterium des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Grundschildbestellung und Grundstückserwerb. Wenn diese Formulierung richtig sein sollte, könnten Grundschilden zu beliebigen Finanzierungszwecken bestellt werden, wenn das nur im zeitlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb erfolgt. Das kann nicht sein. M. E. kann es nur darauf ankommen, ob die Wahrung der Interessen des Minderjährigen durch die vormundschaftsgerichtliche Prüfung gesichert ist oder nicht, und dabei spielt der zeitliche Zusammenhang gewiß keine Rolle. Dasselbe gilt übrigens für die Höhe der Grundschild. Ob diese den Kaufpreis übersteigt oder nicht, ist nicht wichtig, gerade wenn es um die Prüfung der Frage geht, ob das Grundstück auch zur Finanzierung von Renovierungsleistungen – also ggf. über den Kaufpreis hinaus – soll belastet werden können.

Wie auch immer: Ich halte die Begründung der Entscheidung für verfehlt und in ihren Konsequenzen wenig durchdacht. Das Ergebnis der Entscheidung halte ich nur vor dem Hintergrund für erträglich, daß der Minderjährige nach Erreichung der Volljährigkeit die Darlehensverträge genehmigt hatte, und es deshalb nicht ungerecht erscheint, daß er auch aus der Grundschuld haftet; aber das ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die, wie gesagt, nicht angebracht ist.

III. Viel vorsichtiger als der BGH urteilt das OLG Köln, das die vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht in allen Zweifelsfällen bejaht. Allerdings habe ich Zweifel, ob der Beschluß in seiner Strenge nicht übertreibt.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt, wonach der Vorbehalt von Rechten an dem dem Minderjährigen geschenkten Grundstück den rechtlichen Vorteil der Schenkung nicht per se beseitigt, jedenfalls dann nicht, wenn nicht zu besorgen ist, daß der Minderjährige aus dem Vermögen, das er vor Abschluß des Vertrags besaß, etwas aufgeben muß, und wenn seine Verpflichtungen auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt bleiben. Diese Grundsätze sind nicht neu.

2. Der Beschluß dürfte daher über den Einzelfall hinaus keine große Bedeutung haben. Pikant ist allerdings die Begründung, mit der hier die Genehmigungspflicht wegen des vorbehaltenen Rückübertragungsanspruchs bejaht wird. Die Verweisung auf § 531 BGB lasse nicht hinreichend deutlich erkennen, ob damit auch auf § 531 Abs. 2 BGB verwiesen sei. Hier meine ich, daß das OLG zu spitzfindig ist. Im Grunde geht es doch darum, ob es sich bei der Verweisung auf § 531 BGB um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgeverweisung handelt. Rechtsgrundverweisung kann es aber nicht sein, da die Gründe, die zur Rückforderung des geschenkten Grundstücks berechtigen sollten, im Vertrag ausdrücklich aufgeführt sind; außerdem beinhaltet § 531 BGB keinen Rechtsgrund, sondern regelt die Rechtsfolgen des Widerrufs einer Schenkung.

Abgesehen davon aber halte ich es für übertrieben, die Entscheidung daran aufzuhängen, ob die Verweisung ausdrücklich auch § 531 Abs. 2 BGB erfaßt. Die Auslegung – und zwar schon die Wortlautauslegung – ergibt doch wohl eindeutig, daß auf die ganze Vorschrift des § 531 BGB verwiesen wurde. Und die Lektüre von § 531 BGB ergibt, daß hier eigentlich gerade Absatz 2 gemeint sein mußte, da nur darin etwas über die Rechtsfolgen des verwirkten Rückforderungsanspruchs steht. Mit etwas gutem Willen hätte diese Klippe also umschifft werden können.

3. Andererseits ist aber zu bedenken, daß sich der Minderjährige im Vertrag zur Mitwirkung an der Rückübertragung verpflichtet hatte. M. E. konnte es nicht dahinstehen, ob dies die Erforderlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung begründen konnte. Ich meine nein. Zwar ist es nicht von der Hand zu weisen, daß bei Nicht-, Schlecht- oder verspäteter Erfüllung der Rückübertragungsverpflichtung (nach Eintritt der Bedingungen, die den Gläubiger zur Rückforderung berechtigten) Schadenersatzansprüche drohen, für die der Minderjährige auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Aber das ist beim vorbehaltenen Wohnungsrecht oder Nießbrauch, bei denen das Bestehenbleiben des rechtlichen Vorteils bejaht wird, nicht anders, denn auch die hieraus sich

ergebenden Pflichten (z. B. Besitzgewährung an den Berechtigten, Erhaltungs- und Kostentragungspflichten) können in Schadensersatz begründender Weise verletzt werden.

Gleichwohl ist es richtig, beim vorbehaltenen Nießbrauch und Wohnungsrecht die Genehmigungspflicht zu verneinen, und dies sollte auch beim vorbehaltenen bedingten Rückforderungsrecht so beurteilt werden. In allen Fällen ist nämlich die denkbare Haftung des Minderjährigen mit sonstigem Vermögen nicht Folge des vorbehaltenen Rechts, sondern Folge der Verletzung der Pflichten aus dem vorbehaltenen Recht. Mit anderen Worten: Solange sich der Minderjährige vertragstreu verhält und die Pflichten aus den vorbehaltenen Rechten des Schenkers (oder Dritter) erfüllt, bleibt die Zuwendung auch unter Vorbehalt der Rechte rechtlich vorteilhaft. Und vor eigener Vertragsuntreue kann den Minderjährigen auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht schützen.

IV. Im Ergebnis vermögen daher weder das BGH-Urteil noch der Beschluß des OLG Köln zu überzeugen. Beiden Entscheidungen mangelt es – abgesehen von Subsumtionsdefiziten – meines Erachtens am richtigen Blick auf die ratio des § 1821 BGB und an der richtigen Einordnung der wohlverstandenen Interessen des Minderjährigen. Das Urteil des BGH wird künftig sicherlich relativiert werden, da es schlechterdings nicht sein kann, daß jedwede Belastung des geschenkten Grundstücks, wenn sie nur „im Zusammenhang mit dem Erwerb“ steht, vom Schutzzweck des § 1821 BGB ausgenommen bleibt. Die Entscheidung des OLG Köln möchten die für die Gestaltung und Formulierung von Verträgen Verantwortlichen zum Anlaß nehmen, sich immer an zweierlei zu erinnern: Erstens, daß man nie Gesetzesvorschriften aus dem Kopf zitieren sollte, ohne zuvor im Gesetz nachgeschlagen zu haben. Und zweitens, daß die gesetzlichen Regelungen zwar oft helfen, Lebenssachverhalte, die vertraglich erfaßt werden sollen, angemessen zu regeln, daß aber eine Vermengung vertraglicher Formulierungen mit unklaren Verweisungen auf gesetzliche Regelungen rasch ins Verderben führen kann.

V. Gestattet sei noch die Anmerkung, daß es im Fall, der dem BGH-Urteil zugrundelag, m. E. zwingend erforderlich gewesen wäre, den Vertrag über die Schenkung des Kaufpreises vom gesetzlichen Vertreter an den Minderjährigen mit dem Vertrag über den Kauf des Grundstücks durch den Minderjährigen mitzubeurkunden (jedenfalls, wenn die Schenkung noch nicht vollzogen war), wobei im Grundstückskaufvertrag auf einen Schuldbeitritt des gesetzlichen Vertreters (des Schenkers) Wert zu legen wäre. Dies gleich aus mehreren Gründen: Erstens besteht wohl ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Kauf und Schenkung – der Minderjährige würde das Grundstück ohne die Schenkung nicht kaufen. Zweitens hat andernfalls der Minderjährige keine Gewißheit, daß die Schenkung erfüllt wird, er also den Kaufpreis bezahlen kann. Drittens hat der Verkäufer sonst keinen zahlungsfähigen Kaufpreisschuldner. Und viertens halte ich es für ausgeschlossen, daß der Kaufvertrag vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden kann, wenn nicht der Mittelzufluß qua Schenkung an den Minderjährigen verbindlich – durch Beurkundung der Schenkung – gewährleistet ist.

Blaurock, Handbuch der Stillen Gesellschaft, 5. Aufl. 1998, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 792 Seiten, DM 238,—

Sollte sich ein Notar das „Handbuch der Stillen Gesellschaft“ von Blaurock anschaffen? Dies hängt sicherlich entscheidend davon ab, inwieweit man mit der Gestaltung stiller Gesellschaftsverträge zu tun hat bzw. zu tun haben möchte. Da der Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft im Regelfall nicht beurkundungspflichtig (zu Ausnahmen a.a.O. Rdnr. 436 ff.) und auch nicht im Handelsregister einzutragen ist (Ausnahme: AG als Geschäftsinhaberin), wird der Notar hierzu nicht mit derselben Selbstverständlichkeit als juristischer Berater hinzugezogen, wie es für die Gründung von Kapitalgesellschaften der Fall ist; aufgesucht wird hier wohl in erster Linie der Steuerberater. Neben den steuerrechtlichen Fragen besteht aber häufig auch in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht erheblicher Beratungsbedarf, nicht zuletzt im Hinblick auf die gebotene Abstimmung des stillen Gesellschaftsvertrags auf die Rechtsform und Ausgestaltung des beteiligten Geschäftsinhabers. Gerade bei der stillen Beteiligung an einer GmbH oder AG, die vor allem auch in steuerlicher Hinsicht nutzbringende Gestaltungen ermöglicht (z.B. verbesserte Verlustverrechnungsmöglichkeiten; Schütt-aus/Hol-zurück-Verfahren; vgl. a.a.O. Rdnr. 1550 ff.), stellt der Notar insoweit eigentlich einen idealen Ansprechpartner dar. Und um es gleich vorwegzunehmen: Der „Blaurock“ bietet dem hiermit befaßten Notar für nahezu sämtliche in diesem Zusammenhang auftretenden Fragen einen ergebnisreichen und kompetenten Ratgeber, mit dessen Hilfe auch spezielle Probleme bei der Vertragsgestaltung gemeistert werden können.

Das „Handbuch der Stillen Gesellschaft“ ist nunmehr knapp 10 Jahre nach der Voraufgabe neu erschienen und stellt die wohl umfassendste und aktuellste Abhandlung zur stillen Gesellschaft dar, die derzeit angeboten wird. Besonders hervorzuheben ist, daß sich die Darstellung nicht nur auf die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen und Besonderheiten beschränkt, sondern auch die steuerliche und bilanzrechtliche Seite ausführlich behandelt. Dabei werden an die steuer- und bilanzrechtlichen Vorkenntnisse des Lesers keine (zu) hohen Anforderungen gestellt, so daß das Handbuch auch zur Aneignung steuerrechtlicher Grundkenntnisse auf dem Gebiet stiller Beteiligungen genutzt werden kann.

Im einzelnen behandelt das Handbuch im Anschluß an allgemeine Überlegungen zur Rechtsformwahl (S. 1–15) die möglichen Motive für eine stille Gesellschaft (S. 16–31), die gesetzlichen Rahmenbedingungen der stillen Gesellschaft in anderen Ländern (S. 34–52) sowie die zivil- und handelsrechtlichen Grundlagen (S. 53–412) einschließlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen, des notwendigen und möglichen Inhalts des Gesellschaftsvertrags, der Bilanzierung, der Insolvenz eines Gesellschafters (auch unter Berücksichtigung der neuen InsO) und der Umwandlung beteiligter Rechtsträger. Es folgen die steuerrechtlichen Grundlagen (S. 413–658) einschließlich der Behandlung der atypischen stillen Beteiligung („Mitunternehmerschaft“), der stillen Familiengesellschaft und der GmbH & Still, wobei neben der Einkommensteuer auch die Körperschaft-, Gewerbe-, Umsatz-, Erbschaft-, Schenkung-, Grunderwerb- und Grundsteuer angesprochen werden, ferner das internationale Steuerrecht. Dargestellt

wird schließlich die – der stillen Gesellschaft artverwandte – Unterbeteiligung, wiederum sowohl in gesellschafts- als auch steuerrechtlicher Hinsicht (S. 659–708). Für den Kautelarjuristen erfreulich ist nicht zuletzt die (Wieder-)Aufnahme zweier Vertragsmuster im Anhang, betreffend die typische und die atypische stille Gesellschaft.

Kritikpunkte lassen sich nur wenige finden. So wird bei der Darstellung der Nichtanwendbarkeit des AGBG (a.a.O. Rdnr. 442) die Diskussion über die Folgen der der Schaffung des § 24 a AGBG zugrundeliegenden EG-Richtlinie auf die stille Gesellschaft übergangen (vgl. hierzu *Palandt*, BGB, § 24 AGBG, Rdnr. 4). Bei den Überlegungen *Blaurocks* zur Unwirksamkeit von Buchwertklauseln in bestimmten Fällen (a.a.O. Rdnr. 515 + 921) wird auf die neuere Rspr. des BGH hierzu nicht eingegangen (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 138, Rdnr. 36). Beim Vertragsmuster über die Errichtung einer typischen stillen Gesellschaft (a.a.O. im Anhang) erscheint der Anwendungsbereich des Wettbewerbsverbots zu Lasten der als Geschäftsinhaberin fungierenden OHG (§ 15 des Musters) vor dem Hintergrund fraglich, daß unter Berücksichtigung von § 8 des Musters, wonach das Bilanzergebnis der OHG für die Gewinnbeteiligung des stillen Gesellschafters maßgeblich ist, doch eigentlich sämtliche (einschließlich der „konkurrierenden“) Geschäftsaktivitäten auch für Rechnung des stillen Gesellschafters erfolgen; sinnvoll dürfte ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des Geschäftsinhabers daher regelmäßig wohl nur bei einem Einzelkaufmann sein (bzw. evtl. zu Lasten der Gesellschafter/Geschäftsführer der als Geschäftsinhaberin fungierenden Handelsgesellschaft). Desweiteren sind Gewinne und Verluste aus Abgängen von Anlagevermögen nach § 8 Abs. 2 lit. f des Musters in geringerem Umfang von der Gewinn- und Verlustbeteiligung des (typischen) stillen Gesellschafters ausgenommen, als dies nach den Ausführungen *Blaurocks* a.a.O. Rdnr. 869 f. nahe liegt; auch die von *Blaurock* insoweit propagierte nachträgliche Korrektur i. R. d. Auseinandersetzung (a.a.O. Rdnr. 874) findet im Muster keinen Niederschlag (vgl. § 14). Beim Vertragsmuster über die Errichtung einer atypischen stillen Beteiligung fällt auf, daß sich die Beteiligung des stillen Gesellschafters i. R. d. Auseinandersetzung neben der Rückzahlung seines Einlageguthabens auch auf sämtliche stille Reserven – unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Entstehung – erstreckt (§ 14 des Musters); oftmals dürfte hier wohl nur die Beteiligung an stillen Reserven angemessen sein, die während der Laufzeit der stillen Gesellschaft gebildet wurden.

Nicht in den Verantwortungsbereich des Autors, sondern (insb.) des so änderfreudigen Steuergesetzgebers fällt, daß trotz der Aktualität des Werks die steuerrechtlichen Ausführungen an einigen wenigen Stellen bereits überholt sind, so hinsichtlich der (zwischenzeitlich abgeschafften) Gewerbesteuer (a.a.O. Rdnr. 1623 ff.). Kaum vermeidbar sind bei einem solchen Handbuch wohl auch gelegentliche Wiederholungen und an manchen Stellen eine gewisse Unübersichtlichkeit; wünschenswert wären insoweit eine Vervollständigung/Erweiterung des Stichwortverzeichnisses und verstärkt gegenseitige Verweisungen, so z.B. hinsichtlich der Erläuterungen zum Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, auf die im Stichwortverzeichnis lediglich

unter dem Stichwort „Minderjährige“ auf die Rdnr. 1289 ff. verwiesen ist, wohingegen die hauptsächlichen Ausführungen unter den Rdnr. 452 ff. zu finden sind. Angeregt für eine Neuauflage sei schließlich eine Erweiterung der Ausführungen über die Einräumung stiller Beteiligung an Angehörige im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, einem der wesentlichen Anwendungsfälle der stillen Gesellschaft; zwar sind die Voraussetzungen für die steuerliche Anerkennung stiller Familiengesellschaften ausführlich dargestellt, doch fehlt es an näheren Ausführungen zur Ausgestaltung des zugrundeliegenden Schenkungsvertrags und damit zusammenhängender Auflagen bzw. Gegenleistungen, z.B. zum (Vorbehalts-) Nießbrauch an einer stillen Beteiligung. Sehr knapp gehalten sind auch die Erläuterungen zur Erbschaft- und Schenkungssteuer, insb. zur unterschiedlichen Behandlung der typischen und atypischen Beteiligung hinsichtlich der §§ 13 a, 19 a ErbStG. Einige Anregungen des Rezensenten der Voraufgabe,

des Kollegen *Vossius* (DNotZ 1989, 717), wurden dagegen in erfreulicher Weise berücksichtigt.

Der „Blaurock“ führt zu Recht den Titel „Handbuch der Stillen Gesellschaft“ und ist – nunmehr wieder aktualisiert – auf diesem Gebiet ohne echte Konkurrenz. Wer nur gelegentlich ein einfaches „Standard“-Muster zur stillen Gesellschaft erstellen muß und sich – wenig empfehlenswert! – mit dieser Gesellschaftsform nicht eingehender beschäftigen möchte, kommt auch mit den gängigen Formularbüchern und den darin enthaltenen Erläuterungen aus (z.B. Münchner Vertragshandbuch, Bd. 1, GesR, Teil VIII.; Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, Teil A.14). Zur Klärung spezieller Fragestellungen und für individuelle Vertragsgestaltungen auf dem Gebiet stiller Beteiligungen ist das „Handbuch der stillen Gesellschaft“ dagegen kaum entbehrlich.

Notarassessor Dr. *Gerald Weigl*, München

Deutsche Notar-CD, Edition 1/1998, Verlag C.H. Beck, München, Vorzugspreis für Abonnenten der DNotZ: DM 998,-

Jedenfalls für denjenigen, der auch seine tägliche Arbeit immer wieder anhand von Literatur und Rechtsprechung überprüft, muß es ein faszinierender Gedanke sein, jeweils über zehn Jahrgänge der bisher wichtigsten Notarzeitschriften und zusätzlich die veröffentlichten Gutachten des deutschen Notarinstituts auf einem Blick – bzw. „Klick“ zur Verfügung zu haben und nach beliebigen Begriffen durchsuchen zu können. Wer kennt nicht das frustrierende Gefühl, wenn man sich sicher zu erinnern glaubt, daß es doch vor einiger Zeit zu einem bestimmten Problem eine Entscheidung oder einen Aufsatz gegeben hat, die Fundstelle aber nicht mehr ermitteln kann? In welchem Jahr war es etwa, wo war das veröffentlicht? Man blättert die Inhaltsverzeichnisse der verschiedenen Zeitschriften durch – nicht alle haben Mehrjahresregister – und ärgert sich – wenn deren Aufbau immer wieder wechselt. Trotzdem hat die Suche nicht jedesmal Erfolg; manchmal bezieht sich die Erinnerung auch – nur – auf ein obiter dictum, das nicht in den Leitsatz und auch nicht in das Inhaltsverzeichnis eingegangen ist. Mit der jetzt neu erschienenen CD-ROM können die erfaßten Zeitschriften und Gutachten praktisch auf jedes einzelne Wort abgesucht werden.

Nach mehrjähriger Vorbereitung¹ hat das Deutsche Notarinstitut C.H. Beck eine CD-ROM herausgebracht, auf der folgende Dokumente gespeichert sind:

- DNotZ: ab 1981 die wesentlichen Leitsätze, ab 1996 der volle Text
- BWNotZ: ab 1986 der volle Text
- MittBayNot: ab 1970 die wesentlichen Leitsätze, ab 1986 der volle Text,
- MittRhNotK: ab 1986 der volle Text,
- DNotI-Report: ab Erscheinen im Jahr 1993 der volle Text.

¹ Bereits der Bericht der Bundesnotarkammer für das Jahr 1994 – man findet ihn, wenn man auf der CD-ROM unter dem Stichwort „CD-ROM“ eingibt – wird der Plan, eine notarspezifische CD-ROM herauszugeben, erwähnt.

I.

Die CD kann unter Windows 3.x oder Windows 95/NT installiert werden. Die Installation ist einfach auch für jemanden, der nicht über Computererfahrung verfügt. Nicht auszuschließen ist jedoch, daß für einzelne Funktionen Änderungen im Windows-Programm durchzuführen sind. So mußte ich feststellen, daß bei mir in der Maske „Suche im einfachen Modus“, dort wo es „Volltext“ heißen müßte, nur „Vollte“ stand und ich vor allem einzelne Suchfelder nicht beschreiben konnte. Über die Hotline des Beck-Verlages² wurde mir mitgeteilt, daß die Bildschirmеigenschaft auf kleinere Symbole oder eine höhere Auflösung umzustellen sei. Wie das geht, habe ich dann wiederum über meine „Computer-Firma“ erfahren (bei Windows 3.11 muß in der Hauptgruppe „Windows-Setup“, aufgerufen und dort im Bereich „Anzeige“ über die Option „Systemeinstellung ändern“ auf „kleinere Schrift“ geändert werden) und schon ging's, wenn auch leider eben mit einer kleineren Schrift auf dem gesamten Bildschirm.

Klickt man die CD mit einem Doppel-Maus-Klick an³, erscheint eine Suchmaske und zwar „Suche im einfachen Modus“ mit fünf Suchfeldern, in welcher die Kriterien eingegeben werden können, nach denen die Suche durchgeführt werden soll.

Das Suchfeld „Volltext“ wird das in der Praxis sicherlich meistverwendete sein. Hier können beliebige Begriffe eingegeben werden wie z. B. Anderkonto, Altlast, Testamentsvollstrecker usw. Ist ein Wort eingegeben, sucht die CD alle gespeicherten Daten auf dieses Wort ab und zwar entweder dadurch, daß mit der Maus das Feld „Suchen“ angeklickt wird oder durch Drücken der Taste „Return“. In der Suchmaske wird dann die Anzahl der „Treffer“ angezeigt, also die Anzahl der Dokumente – Urteile, Aufsätze, Gutachten usw. – in denen das gesuchte Wort vorkommt. Bei nicht völlig ausge-

² Die Telefonnummer erhält man, sobald man sich hat registrieren lassen oder über die Funktion Hilfe unter „Einführung in die Online Hilfe“.

³ Das Arbeiten mit der „Maus“, insbesondere auch der „Doppel-Klick“, sind für manchen sicher am Anfang etwas gewöhnungsbedürftig, aber schnell erlernbar. Hilfreich sind hier „Mäuse“, die über drei Tasten verfügen. Hier kann, sofern man über einen entsprechenden Maus-Treiber verfügt, festgelegt werden, daß über Antippen der mittleren Taste die Funktion „Doppel-Klick“ erreicht wird.

fallenen Suchbegriffen wird regelmäßig eine sehr hohe Anzahl von Treffern erzielt. Gibt man etwa – dem Beispiel der Bedienungsanleitung folgend – das Suchwort „Notaranderkonto“ ein, werden immerhin 202 „Treffer“ gefunden. Will man diese ansehen, wird darauf hingewiesen, daß zur besseren Übersicht die Suchanfrage genauer spezifiziert werden sollte. Dies kann dadurch geschehen, daß ein weiterer Suchbegriff eingegeben wird, z. B. Kaufpreis. Dann werden alle Dokumente angezeigt, in dem die beiden Wörter „Notaranderkonto“ und „Kaufpreis“ erscheinen, das sind immerhin auch noch 140. Die Standard-Einstellung verknüpft zwei Suchbegriffe, ohne daß dies gesondert eingegeben werden müßte, automatisch mit „und“, zeigt somit alle Dokumente an, in denen die beiden gesuchten Wörter vorkommen („feldinterne Standardverknüpfung“). Diese kann über „Operator“ in der Suchmaske geändert werden, z. B. in „oder“. Dann werden alle Dokumente angezeigt, in denen einer der beiden Suchbegriffe erscheint, was etwa bei synonymen Begriffen sinnvoll sein kann. Schließlich steht der Operator „ohne“ zur Verfügung, durch den bestimmte Begriffe bei der Suche ausgeklammert werden können, wie zum Beispiel alle Landgerichtsentscheidungen (Gericht: „ohne lg*“).

Eine in der Praxis wichtige weitere Einschränkungsmöglichkeit eröffnen die sogenannten Abstandsoperatoren „neben“ und „nahe“. Schreibt man etwa zwischen die Worte „Notaranderkonto“ und „Kaufpreis“ den Operator „nahe10“, so werden alle Dokumente gesucht, bei denen die beiden Begriffe „Notaranderkonto“ und „Kaufpreis“ so nahe nebeneinanderstehen müssen, daß sie höchstens zehn Worte voneinander getrennt sind. Dies ist in nur noch 59 Dokumenten der Fall. Bei der Arbeit mit diesen Abstandsoperatoren ist übrigens wichtig, daß zwischen dem „nahe“ oder „neben“ und der anschließenden Zahl kein Leerschritt steht. Darauf sollte auch die Bedienungsanleitung ausdrücklich hinweisen. Das Beispiel auf Seite 30 ist sogar falsch gedruckt (richtig: Seite 46).

Auf der anderen Seite kann es sinnvoll sein, den einzelnen Suchbegriff als solchen auch zu erweitern. Man muß sich immer bewußt sein, daß der Computer nicht mitdenkt. Ist als Suchbegriff etwa „Notaranderkonto“ eingegeben, so wird ein Dokument, in dem lediglich das Wort „Anderkonto“ erscheint, ebensowenig angezeigt wie das Wort „Notaranderkonten“. Hier hilft meist das sog. Trunkieren weiter. Dabei wird lediglich ein Teil des Suchbegriffs eingegeben und mit einem „*“ versehen – wiederum ohne Leerschritt dazwischen – also etwa „Notaranderkont*“. Dadurch werden auch Dokumente angezeigt, in denen das Wort „Notaranderkonten“ erscheint. Das Zeichen „*“ kann auch am Anfang oder was allerdings praktisch wohl selten aktuell wird – in der Mitte eines Wortes stehen, mehr als zwei Sterne können jedoch in einem Suchbegriff nicht verwendet werden. Sollen alle Dokumente angezeigt werden, in denen „Notaranderkonto“ oder „Anderkonto“ erscheinen, müssen beide Begriffe eingegeben und mit „oder“ verknüpft werden.

Das Auswählen der richtigen Suchkriterien wird wohl eines der für die Praxis wichtigsten Probleme sein, insbesondere dann, wenn sich ein zur Lösung anstehendes Problem nicht auf einen „einfachen Nenner“ bringen läßt. Hier kann die zusätzliche Eingabe von Gesetzesstellen, also von Paragraphen hilfreich sein. Die juristische Tradition, zur Begründung seiner Ansicht die entsprechenden Gesetzesparagraphen zu zitieren, ist ja ungebrochen. Werden etwa Dokumente zu der Frage gesucht, ob der Vorerbe die Person des Nacherben bestimmen kann, bietet sich an, nach den Begriffen „Nacherb*“ und „§ 2065“ zu suchen. Leider erfährt man in der Bedienungs-

anleitung nur unzureichend, wie hier zu verfahren ist. Die Suche nach § 2065 kann in den Feldern „Volltext“ und „Normenkette“ erfolgen. Sucht man über letzteres, werden jedoch nur Gerichtsentscheidungen ermittelt, bei denen in der „Normenkette“ vor dem Leitsatz, in der üblicherweise die wichtigsten von der Entscheidung erfaßten Gesetzesstellen aufgeführt sind, § 2065 genannt ist. Dessen muß man sich bei der Suche über dieses Feld bewußt sein⁴.

Die Gesetzesstelle kann aber auch über das Feld „Volltext“ gesucht werden. Gibt man allerdings lediglich § 2065 ein, werden alle Dokumente angezeigt, in denen die Zahl 2065 erscheint, möglicherweise auch nur als Seitenzahl. Die Verknüpfung „§ neben 2065“ hilft nicht, da nach dem Paragraphenzeichen nicht gesucht wird, wohl aber die Verknüpfung „2065 neben BGB“⁵.

Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von weiteren Suchmöglichkeiten, die hier jedoch nicht einzeln angesprochen werden sollen. So können z.B. durch Eingabe im Suchfeld „Gericht“ nur Entscheidungen eines bestimmten Gerichts, z.B. des BGH gesucht werden; man kann Dokumente anzeigen, deren Fundstelle in einer von der CD erfaßten Zeitschriften bekannt ist, oder Entscheidungen, deren Datum man kennt, etwa wenn man über die gleichzeitig zitierte Fundstelle nicht verfügt oder die angegebene Fundstelle unrichtig ist und man wissen will, ob die Entscheidung nicht doch in einer der auf der CD-ROM gespeicherten Zeitschriften veröffentlicht wurde.

Die Suchbegriffe können übrigens auch vollständig mit Kleinbuchstaben eingegeben werden, z.B. bgh. Im übrigen sollten die Suchbegriffe natürlich richtig geschrieben werden, da sonst die Suche erfolglos ist. Der Computer denkt ja nicht mit⁶.

II.

Durch Anklicken des Feldes „Anzeige“ bzw. durch „Return“ werden dann alle gefundenen Dokumente im Bildschirm angezeigt. Hierzu werden im Bildschirm gleichzeitig mehrere Seiten dargestellt, die zum Teil überlappen, ähnlich wie Spielkarten, die man in der Hand hält, nur daß die Ränder parallel verlaufen. Bei der Standardeinstellung erscheint auf dem linken, halbabgedeckten Fenster der Autor bzw. das Gericht, daneben der „Titel“ und auf der rechten Hälfte des Bildschirms bereits der Text des ersten aufgeführten Dokuments.

Auf der Seite „Autor/Gericht“ werden die Autoren in wenig sinnvoller Weise nicht beginnend mit ihrem Nachnamen aufgeführt, sondern mit Titel, Vornamen und Nachnamen, also etwa Notar Prof. Dr. XY, so daß man bei der Standardeinstellung dadurch, daß die Seite von der nächsten Seite teilweise überdeckt ist, nicht einmal mehr den Vornamen voll erkennen

⁴ Dieses Feld führt in der Bedienungsanleitung überhaupt ein Schattendasein. Es wird bei der Vorstellung der Suchmaske auf Seite 17 überhaupt nicht erwähnt, kommt auch im Inhaltsverzeichnis nicht vor und ist auf Seite 47 unter „Feldoperator“ in einer für „Computerlaien“ nicht einfachen Weise dargestellt.

⁵ Die Verknüpfung mehrerer Suchbegriffe mit Anführungszeichen, etwa „2065 BGB“, die bei anderen CD's vorgesehen ist, ist dagegen hier nicht möglich.

⁶ Erstaunlicherweise wird man trotzdem gelegentlich auch mit einem falsch geschriebenen Suchbegriff einen Treffer landen, etwa wenn man nach „terstament*“ sucht und feststellen muß, daß im Leitsatz der Entscheidung DNotZ 96/302 ein solches Wort vorkommt. In diesem Leitsatz ist gleich noch ein weiterer Schreibfehler enthalten. Das sind seltene Fälle, aber keine Einzelfälle, die doch wohl vermeidbar wären.

kann. Geht man allerdings mit dem Pfeil im Bildschirm kurz oberhalb des Namens, so wird der gesamte Name mit der Zeitschriftenstelle der Veröffentlichung in einem sich automatisch öffnenden Hilfsfenster angegeben.

Die Ränder der einzelnen Seiten lassen sich mit Maus-Klick verschieben, so daß man die entsprechende Seite vollständig sieht. Bestimmte Grundeinstellungen kann man auch – und das Verfahren ist schneller – durch Anklicken entsprechender Symbole in der Symbolleiste erreichen. Insbesondere kann die Seite, auf der das angezeigte Dokument erscheint, auf die ganze Bildschirmgröße ausgedehnt werden, was das Lesen erleichtert. In diesem Bereich läßt sich übrigens auch die Schriftgröße zwischen 75% bis 200% verkleinert oder vergrößert gegenüber der Standardeinstellung ändern und als eigener Standard abspeichern, um die Lesbarkeit der Dokumente im Bildschirm weiter zu verbessern. Der oben erwähnte Anzeigemodus nach Titel, Vorname, Nachname etc. läßt sich dagegen nicht standardmäßig verändern, sondern muß jeweils neu eingerichtet werden, da bei einem wiederholten Aufruf die Überdeckung des Namensfeldes wieder besteht. Insofern wäre eine Verbesserung der Software für den Bearbeiter sehr hilfreich und erfreulich, wenn standardmäßig auf eine Reihenfolge umgestellt werden würde, die zuerst den Nachnamen, dann den Vornamen und zuletzt Titel bzw. Beruf der Personen ausweisen würde.

Wenig praxisnah erscheint es auch, daß die gefundenen Dokumente nach ihrem Erscheinen in den verschiedenen erfaßten Zeitschriften sortiert sind. Es werden zuerst alle Entscheidungen in der DNotZ angezeigt, dann die in der MittBayNot usw. Diese Unterscheidung wird in der Praxis selten von Bedeutung sein. Zudem erfolgt die Sortierung zeitlich gesehen in aufsteigender Linie, es wird also erst die älteste Entscheidung aufgeführt. Dies kann über den Modus „Sortieren“ durch Anklicken des entsprechenden Symbols in der Symbol-Leiste geändert werden. Die sinnvollste Sortierung ist m.E. nach Datum oder Jahrgang und zeitlich absteigend, so daß jeweils die jüngste Entscheidung als erste genannt wird. Es ist jedoch leider nicht möglich, diese Art des Sortierens als Standard abzuspeichern, d.h. diese Art der Auflistung der gefundenen Dokumente muß bei jeder Suche neu vorgegeben werden, da der Bildschirm nach dem Sortieren nicht die gewählte Bildschirmaufteilung beibehält, sondern zur Standardaufteilung zurückkehrt. Auch dies sollte bei einer Überarbeitung der Software berücksichtigt werden.

Die gefundenen Dokumente können auf drei verschiedene Weisen angezeigt werden: Einmal als „Dokumentenübersicht“, die allerdings wenig informativ ist. Sie gibt bei der Rechtsprechung lediglich die Zeitschriftenstelle an, in der das Urteil abgedruckt ist. Eine bessere Übersicht ergibt die Ansicht „Leitsatz/Abstrakt“. Zusätzlich läßt sich natürlich auch der Volltext abrufen, soweit er gespeichert ist.

In der angezeigten Entscheidung sind die eingegebenen Suchbegriffe schwarz unterlegt, um ihr Auffinden zu erleichtern. Zudem kann, was bei längeren Dokumenten insbesondere Aufsätzen sehr hilfreich ist, durch Anklicken des Symbols „nächster Treffer“ jeweils die Dokumentenstelle hergeholt werden, auf der sich das erste oder gegebenenfalls das nächste Mal einer der gesuchten Begriffe befindet. Auf die gleiche Weise kann wieder zu den letzten „Treffern“ zurückgekehrt werden.

In den angezeigten Dokumenten werden die Paragraphen und eine Reihe von zitierten Zeitschriftenstellen grün gekennzeichnet. Es handelt sich dabei um sog. „Hypertextverweise“.

Klickt man sie mit der Maus an, erscheint das angeklickte Dokument im Bildschirm, also etwa der zitierte Aufsatz in einer anderen Zeitschrift. Dabei können auch Texte in den Bildschirm geholt werden, die sich auf anderen CD's der Firma Beck befinden (Beck Connectivity), natürlich nur, wenn die entsprechende CD, z. B. die „Schönfelder CD“, ebenfalls ordnungsgemäß installiert ist. Wird auf diese Weise ein anderes Dokument im Bildschirm angezeigt, verläßt man allerdings das aktuelle Suchprogramm. Um hierauf zurückzukommen, muß es neu aufgerufen werden, was jedoch relativ einfach und schnell geht.

Die gefundenen Dokumente können auch ausgedruckt werden. Das ist allerdings mit Schwierigkeiten verbunden, wenn die Computer-Konfiguration standardmäßig so eingestellt ist, daß sie nicht aus dem Windows-Programm druckt, insbesondere wenn die sonstige Arbeit – etwa das verwendete Schreibprogramm – nicht über Windows läuft.

Zu den Dokumenten können schließlich selbst Anmerkungen gemacht werden, vergleichbar mit den Randvermerken, die man sich in den Zeitschriften oder Kommentaren macht. Diese Anmerkungen bleiben auch bei der Installation eines Updates, bei welcher die CD auf den neuesten Stand gebracht wird, erhalten, da sie auf der Festplatte gespeichert werden. Anmerkungen zum Dokument können nur geschrieben werden, wenn die Anzeige des Dokuments selbst nicht die ganze Bildschirmfläche in Anspruch nimmt. Die Frage, wie eine Anmerkung wieder gelöscht wird, ist in der Bedienungsanleitung leider nicht behandelt.

Eine weitere Funktion, welche die CD bietet, ist schließlich das Kopieren. Damit kann ein Textteil oder das gesamte Dokument über die Zwischenablage in die Textverarbeitung übertragen werden. Voraussetzung dafür ist natürlich, daß die jeweiligen Programme kompatibel sind. Die Fälle, in denen diese Möglichkeit eingesetzt wird, dürfte jedoch in der notariellen Praxis eher gering sein.

III.

Durch die CD werden praktisch die aufgenommenen Zeitschriften und der DNotI-Report zu einem einzigen großen Nachschlagewerk zusammengefaßt. In ihm werden die Texte platzsparend gespeichert. Der entscheidende Fortschritt besteht aber darin, daß – wie im einzelnen geschildert – die Texte nach beliebigen Begriffen und anderen Kriterien durchsucht werden können und zwar unvergleichlich schneller und vor allem zuverlässiger, als dies mit einem noch so gut bearbeiteten gedruckten Inhaltsverzeichnis möglich ist. In unserer – jedenfalls im fachlichen Bereich – doch recht schreibfreudigen Zeit gibt es kaum ein praxisrelevantes Thema, das nicht in der einschlägigen Rspr. und Literatur behandelt ist. Hier freut man sich wohl zum ersten Mal uneingeschränkt darüber, daß es so viele „Notarzeitschriften“ gibt. Erhöht sich dadurch doch die Chance, eine Frage beantwortet zu bekommen. Es wird wohl nicht mehr lange dauern und die CD-ROM-Recherche wird aus der Arbeit des Notars nicht mehr wegzudenken sein.

Erforderlich ist allerdings – wie bei wohl allen technischen Neuerungen –, daß man sich die Zeit nimmt, die Handhabung praktisch auszuprobieren und zu üben, um einigermaßen sicher mit ihr umgehen zu können, wenn sie im Alltag benötigt wird. Dies würde durch eine noch ausführlichere gedruckte Bedienungsanleitung erleichtert, die auch dem „Computeralien“ einen sicheren Zugang verschafft. Die Zugriffsgeschwindigkeit als solche hängt im übrigen entscheidend von

der Hardware ab, wobei die Schnelligkeit des CD-ROM Laufwerks und die Speicherkapazität wichtig sind. Erschwert wird der Einsatz teilweise für diejenigen, die ihr Textverarbeitungsprogramm nicht über Windows laufen lassen, da hier jeweils ein „Umschalten“ erforderlich ist.

Neben den aufgenommenen „klassischen“ Notarzeitschriften sind in letzter Zeit eine Reihe zusätzlicher notarspezifischer Periodika erschienen, wie die NotBZ oder die ZNotP. Zudem gibt es weitere Zeitschriften, die viele notarspezifische Themen behandeln wie z.B. die ZEV. Es wäre natürlich begrüßenswert, wenn auch diese Zeitschriften in Zukunft mitaufgenommen werden könnten. Nach Auskunft des DNotI werden hier bereits Verhandlungen geführt. Ebenso erfreulich wäre die Aufnahme der unveröffentlichten Gutachten des DNotI, die derzeit nur im Faxabruf erhältlich sind. An der Speicherkapazität dürfte dies angesichts der rasanten technischen Entwicklung nicht scheitern. Während die CD-ROM eine Kapazität von etwa 650 Megabyte aufweist, soll dieses Jahr noch eine neue „Scheibe“ auf den Markt kommen, die DVD – Digital Versatile Disc –, mit einer Speicherkapazität

von 4,7 Gigabyte, bald angeblich sogar 17 Gigabyte. Auch die Rechner werden laufend schneller⁷.

Ob sich auf Dauer die CD bzw. DVD als Recherchemittel durchsetzen wird oder ob hier die On-Line Dienste mit ihren noch wesentlich erweiterten und vor allem jeweils aktuellen Zugriffsmöglichkeiten den Vorzug verdienen, bleibt abzuwarten. Eine wichtige Rolle werden dabei sicher auch die jeweils anfallenden Kosten und die Zugriffszeiten⁸ spielen. Gedacht wird auch bereits an eine Kombination von CD-Rom mit einer Onlineabfrage, wobei letztere nur für die neuesten, auf der CD-ROM noch nicht gespeicherten Daten verwendet wird.

Notar *Dr. Klaus Hoffmann*, Amberg, unter
Mitarbeit von Notarassessorin *Susanne Pöllmann-Budnik*

⁷ Seit Jahren verdoppelt sich angeblich alle 18 Monate die Rechnerleistung.

⁸ Die bisherigen Erfahrungen mit dem EDV-Grundbuch machen einen da eher skeptisch.

Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, Verbrauchercreditgesetz, Kommentar, 2., Neubearb. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1996, 748 Seiten, geb. DM 168,-.

Die erste Auflage des besprochenen Werkes hat sich „der Grundtendenz, den Verbraucherschutz zu intensivieren, mehr verpflichtet [gesehen], als der zur Beliebigkeit neigenden Kautelarjurisprudenz.“

Auch wenn dies im Vorwort der vorliegenden Neuauflage nicht mehr wiederholt wird, diese sich vielmehr um „wissenschaftliche Präzision und praxisgerechte Interpretation“ bemüht, erstrebt die Kommentierung doch „ein möglichst hohes Maß an Gerechtigkeit und Schutz zugunsten des Verbrauchers“ durch eine tendenziell weite Auslegung des VerbrKrG. Die damit verbundene Einschränkung der Inhaltsfreiheit des Vertrages bereitet dem Praktiker Probleme, auch und gerade demjenigen, der nicht „beliebige“ Verträge gestaltet, sondern – seinem gesetzlichen Auftrag entsprechend – auch dann dafür sorgt, daß „ungewandte und unerfahrene Beteiligte nicht benachteiligt werden“ (§ 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG), wenn das VerbrKrG nicht gilt. Die Kommentierung unternimmt es, der Praxis in dem „als undurchdringlich zu bezeichnenden Dschungel einen Weg zu weisen“.

Dazu mußten die Kommentatoren auch nach sechs Jahren Gültigkeit des VerbrKrG noch in vielen Punkten völliges Neuland betreten. Ihre in § 1 Rdnr. 71, 73 vertretene Ansicht, die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des VerbrKrG müßten in der Person des mitverpflichteten Dritten vorliegen, wurde vom BGH zum Schuldbeitritt mehrfach bestätigt (vgl. MittBayNot 1997, 163), zur Bürgschaft vom BGH (NJW 1998, 1939) und vom EuGH (NJW 1998, 1295) aber nicht übernommen. Hinsichtlich des Kündigungsrechts gegenüber dem Mitverpflichteten (§ 12 Rdnr. 53; dazu jetzt OLG Celle v. 29.1.1997, 2 U 38/96), der mehrfachen Existenzgründung (§ 3 Rdnr. 19) und des Erfordernisses der Angaben gemäß § 4 VerbrKrG auch gegenüber dem Mitverpflichteten (§ 1 Rdnr. 77 und dazu BGH, NJW 1997, 654) liegen Kommen-

terierung und neue Rechtsprechung auf einer Linie. Die extensive Anwendung des Gesetzes auf Bürgschaft und Aval (§ 1 Rdnr. 80, 103, entgegen Gesetzesbegründung und h.M. und noch über die in § 1 Rdnr. 86 der Voraufgabe vertretene Position hinaus) ist nach der neuen Rechtsprechung fraglich. Bei den Rechtsfolgen des Widerrufs eines Rahmenvertrages hat der BGH (NJW 1997, 933) ausdrücklich gegen eine Rückabwicklung der Einzelverträge (so aber § 2 Rdnr. 44 entgegen der h.M.) entschieden.

Beim Schuldbeitritt wird zutreffend differenziert (§ 1 Rdnr. 74: Anwendbar nur bei Vertrag Gläubiger-Beitretender). Zutreffend und in Übereinstimmung mit der h.M. wird ein eigenständiger Schutz des nur über § 1357 BGB mitverpflichteten Ehegatten verneint. Insbesondere müssen ihm gegenüber weder die Form- und Inhaltsvorschriften des § 4 VerbrKrG beachtet werden, noch muß ihm eine eigene Widerrufsbelehrung erteilt werden (§ 1 Rdnr. 83). Dann allerdings sollte der nur über § 1357 BGB mitverpflichtete Ehegatte auch nicht in § 7 Rdnr. 118 erwähnt werden, weil er gerade kein eigenes Widerrufsrecht hat. Bei der Schuldübernahme wird die Anwendung des VerbrKrG zutreffend nur bei § 414 BGB bejaht, während es auf § 415 BGB nur über § 18 Satz 2 VerbrKrG anwendbar sein soll, wenn die Schuldübernahme auf Initiative des Kreditgebers erfolgt. Dies ist jedenfalls in der notariellen Praxis eher die Ausnahme (anders § 1 Rdnr. 79). Was dann im Fall des § 415 BGB gelten soll, ist dem Rezensenten nicht klar geworden. Das Urteil BGHZ 129, 371, in dem der BGH grundsätzliche Ausführungen zur Anwendbarkeit des VerbrKrG auf die Schuldübernahme gemacht hat, wird leider nicht zitiert.

Ob der Verbraucherschutz es gebietet, daß bereits die einmalige Gewähr eines Zahlungsaufschubs durch einen Kleinunternehmer unter das VerbrKrG fällt (so § 1 Rdnrn. 2, 23, entgegen OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 759), erscheint nicht zwingend, auch wenn zuzugeben ist, daß diese Auslegung Abgrenzungsprobleme vermeidet; in diesen Fällen wird aber der Zahlungsaufschub regelmäßig gerade im Interesse und auf Initiative des Verbrauchers/Kunden ver-

einbart. Die Kommentierung des Immobilienleasing (Vorausgabe § 1 Rdnr. 166 ff.) wurde auf den Hinweis auf in § 3 Rdnr. 109 reduziert, auf Grund der notariellen Beurkundung bestehe kein Widerrufsrecht; dies gilt nur, wenn die Urkunde die drei Mindestangaben gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG enthält. Dazu sollen auch die Beurkundungskosten gehören (§ 3 Rdnr. 104); dies ist zweifelhaft, da es sich dabei nicht um „Kosten des Kredits“ selbst, sondern um Kosten des Vertragsabschlusses handelt. Die Angabe der Beurkundungskosten trägt auch nicht dazu bei, für den Verbraucher die Vergleichbarkeit mehrerer Kreditangebote zu erhöhen. Kleine Ungenauigkeiten haben sich in § 3 Rdnr. 91 (der Zinssatz für Realkredite ist nur üblich, wenn er unter dem für Personalkredite liegt) und § 3 Rdnr. 22 eingeschlichen (Die Wertgrenze von 100.000,- DM bezieht sich nicht auf das Entgelt, sondern auf den Betrag des Zahlungsaufschubs).

Insgesamt aber legen die Verfasser ein detailreiches, fundiertes, für Wissenschaft und Praxis gleichermaßen befruchtendes Werk vor. Der Umfang des Kommentars hat um 211 Seiten oder fast 40% zugenommen. Die Kommentierungen sind wesentlich erweitert und vertieft, zum Teil völlig neu geschrieben worden, etwa zum persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes (§ 1 Rdnr. 1 ff.), zum Kollisionsrecht (Anh. zu § 1) und zur Beteiligung Dritter am Kreditvertrag (§ 1 Rdnr. 67 ff.). Durch Zwischenüberschriften und Hervorhebungen wurde die Übersichtlichkeit noch verbessert. Vielfach wurde die Entscheidungspraxis in eigenen Abschnitten zusammengefaßt. Der ABC-Katalog zu den Kreditformen des § 1 (Rdnr. 99 ff.) wurde erweitert und läßt keine Wünsche offen. Wer mit dem Verbraucherkreditgesetz konfrontiert ist, wird nicht an diesem Buch vorbeikommen.

Notarassessor *Dr. Stefan Kurz*, München/Bonn

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 398, 401 Abs. 1; BNotO §§ 15, 24 Abs. 1 (*Auszahlungsanspruch gegen den Notar bei Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto nur zusammen mit Kaufpreisforderung abtretbar*)

a) Haben die Parteien eines Kaufvertrages die Abwicklung des Kaufpreises über ein Notaranderkonto vereinbart, entsteht mit Eingang des Geldes auf diesem Konto ein öffentlich-rechtlicher, abtretbarer Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar.

b) Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar kann, solange die Kaufpreisforderung nicht erloschen ist, nur zusammen mit dieser abgetreten werden.

BGH, Urteil vom 19.3.1998 – IX ZR 242/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte ist Verwalter in dem am 27.4.1994 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der R. GmbH K. (nachfolgend: Schuldnerin).

Die klagende Bank gewährte der Schuldnerin einen Kontokorrentkredit über 200.000 DM. Zur Sicherung der daraus resultierenden Ansprüche trat die Schuldnerin – neben der Gewährung weiterer Sicherheiten – am 3.8.1993 eine Forderung an die Klägerin schriftlich ab, die wie folgt bezeichnet wurde:

„Forderung gegen Grundkredit Bank eG Berlin aus Termineinlagenkonto Nr. ... Notar-Anderkonto“.

Der Notar Dr. G. hatte unter der genannten Nummer bei der besagten Bank ein Anderkonto eingerichtet. Auf dieses Konto hatten die Erwerber eines von der Schuldnerin mit notariellem Vertrag vom 11.3.1993 verkauften Grundstücks den Kaufpreis von 130.000 DM, wie vereinbart, einbezahlt.

Die Klägerin hat den Beklagten unter anderem auf Zustimmung zur Auszahlung dieses Betrages an sie in Anspruch genommen. Der Beklagte hat eingewandt, mangels hinreichend bestimmter Bezeichnung der Forderung liege keine wirksame Abtretung vor. Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg.

Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Erfolglos wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe der Klägerin den Anspruch auf Auszahlung des auf dem Notarkonto eingegangenen Betrages abgetreten, den die Grundstückskäufer dorthin überwiesen hatten. Die tatrichterliche Auslegung der Abtretungserklärung ist rechtlich selbst dann einwandfrei, wenn die Abtretung, was der Beklagte aus dem Inhalt des nicht bei den Akten befindlichen Kreditvertrages herleiten will, der Schriftform bedurfte.

Willenserklärungen sind nach beiden Seiten hin zweck- und interessengerecht auszulegen (st. Rspr.: vgl. BGHZ 131, 136, 138). Im Streitfall konnte es für die Schuldnerin ebenso wie für die Klägerin nur darum gehen, den genannten Anspruch abzutreten. Allein unter diesem Gesichtspunkt gibt die Abtretungserklärung einen vernünftigen Sinn. Die Schuldnerin hatte keinen Anspruch gegen die Grundkreditbank Berlin; sie unterhielt dort auch kein Konto. Der Wille der Parteien hat durch den der Kontonummer beigefügten Zusatz „Notar-Anderkonto“ in der Urkunde, wenn auch unvollkommen, seinen

Ausdruck gefunden; dies ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend (vgl. allgemein BGH, Urt. v. 12.7.1996 – V ZR 202/95, NJW 1996, 2792, 2793 [= MittBayNot 1996, 429]; zur Bürgschaft Senatsurt. v. 3.12.1992 – IX ZR 29/92, NJW 1993, 724, 725). Die Abtretung wurde nicht der Grundkreditbank, sondern dem Notar Dr. G. als Drittschuldner mitgeteilt. Dieser außerhalb der eigentlichen Abtretungsurkunde liegende Umstand ist für die Auslegung ebenfalls zu berücksichtigen.

2. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht geprüft, ob ein solcher Anspruch überhaupt an einen Dritten übertragen werden konnte und die erklärte Abtretung wirksam geworden ist. Letzteres läßt sich auf der Basis der tatrichterlichen Feststellungen noch nicht abschließend beurteilen.

1. Als die Abtretung erfolgte, war ein Auszahlungsanspruch der Schuldnerin gegen den Notar entstanden.

a) Der Notar hat aufgrund eines ihm erteilten Treuhandauftrages, die Vollzugsreife des Kaufvertrages herbeizuführen, das Kaufgeld in Empfang genommen. Die ihm damit übertragene Aufgabe betraf die Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§§ 23, 24 BNotO), stellte also ein typisches Amtsgeschäft dar. Auch in diesen Fällen wird der Notar hoheitlich tätig; zwischen ihm und den Parteien des Kaufvertrages besteht ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung (Senatsurt. v. 3.6.1993 – IX ZR 119/92, NJW 1993, 2317; v. 17.2.1994 – IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403 [= MittBayNot 1994, 214]). Der Notar kann weder durch eine zivilrechtliche Klage noch vor dem Verwaltungsgericht auf Auszahlung des auf dem Notaranderkonto liegenden Geldbetrages in Anspruch genommen werden. Streitigkeiten, welche die Vornahme von Amtshandlungen des Notars betreffen, sind allein dem Verfahren nach § 15 BNotO zugewiesen worden (BGHZ 76, 9, 13 ff.); dies gilt auch für den Bereich der neuen Bundesländer (BGH, Beschl. v. 3.7.97 – IX ZB 116/96, WM 1997, 2094).

b) Daraus folgert eine im Schrifttum und in der Rechtsprechung verbreitete Meinung, daß der Verkäufer keinen materiell-rechtlichen Anspruch gegen den Notar auf Herausgabe des verwalteten Geldes besitze. Da der Berechtigte nur die Möglichkeit habe, gegen den Notar im Wege der Beschwerde vorzugehen, stehe ihm gegen diesen keine Geldforderung zu. Er könne lediglich die weisungsgemäße Abwicklung der übernommenen Verwahrung als sonstiges vermögenswertes Recht geltend machen (OLG Hamm DNotZ 1983, 61; 1983, 702; *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO 3. Aufl. § 23 Rdnr. 137; *Kersten/Bühling/Zimmermann*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 20. Aufl. § 11 S. 84; *Weingärtner/Schöttler*, Dienstordnung für Notare 7. Aufl. Rdnr. 147 ff.).

c) Dieser Auffassung folgt der Senat jedoch nicht; denn es ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, warum die hoheitliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Notar und den Kaufvertragsparteien einen Zahlungsanspruch ausschließen soll. Vor Inkrafttreten der Reichsnotarordnung wurden die heute von §§ 23, 24 BNotO erfaßten Geschäfte als vertragliche Tätigkeit des Notars eingeordnet (vgl. dazu BGH, Urt. v. 21.11.1996 – IX ZR 182/95, NJW 1997, 661, 663 m.w.N., z.V.b. in BGHZ 134, 100), so daß ein entsprechender Anspruch unmittelbar aus § 667 BGB begründet war. Mit der Einbeziehung der Treuhandtätigkeit des Notars in den

hoheitlichen Bereich sollte keine materielle Schlechterstellung der Beteiligten verbunden sein. Dies kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß der Grundsatz der Subsidiarität der Notarhaftung (§ 21 Abs. 1 Satz 2 RNotO, § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO) nicht gilt, soweit der Notar aufgrund der §§ 23, 24 BNotO für den Auftraggeber tätig geworden ist. Zwar sieht § 15 BNotO ein besonderes, den Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterliegendes Verfahren vor, wenn der Notar die Erfüllung von Amtspflichten verweigert. Will der Berechtigte geltend machen, der Notar erfülle eine ihm im Rahmen der Tätigkeit nach §§ 23, 24 BNotO obliegende amtliche Aufgabe nicht, muß dieser verfahrensrechtliche Weg ebenfalls eingehalten werden. Auch Streitigkeiten über die Abwicklung von Notaranderkonten sind daher durch Beschwerde nach § 15 BNotO auszutragen (BGH, Urt. v. 14.12.1989 – IX ZR 119/88, NJW 1990, 1733, 1734). Gegenstand einer solchen Beschwerde ist indessen ein subjektivöffentliches Recht des Antragstellers. Der Beschwerdeführer kann auf diesem Wege erreichen, daß der Notar angewiesen wird, eine bestimmte, näher bezeichnete Amtshandlung, z.B. die Auszahlung des auf dem Treuhandkonto verwalteten Geldes, vorzunehmen (Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O. § 15 Rdnr. 103; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 12. Aufl. § 54 BeurkG Rdnr. 9; Seybold/Schippel/Reithmann, BNotO 6. Aufl. § 15 Rdnr. 86). Durch den bei Streitigkeiten über Amtshandlungen gesetzlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Weg wird die materielle Rechtsstellung desjenigen, der den Notar mit einer Tätigkeit nach §§ 23, 24 BNotO betraut hat, nicht geschmälert. Mit einer im Schrifttum und in der Rechtsprechung im Vordringen begriffenen Auffassung (Kawohl, Notaranderkonto Rdnr. 103; Lüke, ZIP 1992, 150, 157 ff.; Reithmann, Vorsorgende Rechtspflege S. 224; ders. WM 1991, 1493, 1497; Rupp/Fleischmann, NJW 1983, 2368, 2369; Stöber Forderungspfändung 11. Aufl. Rdnr. 1781; Volhard DNotZ 1987, 523, 545; OLG Celle DNotZ 1984, 256; LG Duisburg MittRhNotK 1984, 26; LG Wuppertal MittRhNotK 1984, 149) ist daher anzunehmen, daß der öffentlich-rechtlichen Pflicht des Notars, den auf seinem Anderkonto verwalteten Kaufpreis bei Auszahlungsreife an den Verkäufer auszukehren, ein entsprechender Anspruch des Berechtigten gegenübersteht.

2. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar kann jedoch, solange die Kaufpreisforderung noch besteht, nicht isoliert abgetreten werden.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Gläubiger des Verkäufers dessen Anspruch gegen den Notar auf Auszahlung des Kaufpreises nicht ohne die zugrundeliegende Kaufpreisforderung wirksam pfänden (BGHZ 105, 60). Dies beruht auf der Erwägung, daß der Verkäufer ansonsten über seine Forderung noch frei verfügen könnte und dies mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar wäre. Dieselben Gefahren treten auf, wenn man eine isolierte Abtretung des Auszahlungsanspruchs gegen den Notar zuläßt, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist.

b) Daß eine solche Trennung rechtlich nicht zulässig ist, folgt auch aus Sinn und Zweck des § 401 Abs. 1 BGB. Über die dort genannten Rechte hinaus gehen in entsprechender Anwendung der Vorschrift auch andere unselbständige Sicherungsrechte sowie Hilfsrechte, die zur Durchsetzung der Forderung erforderlich sind, zusammen mit dem Hauptanspruch auf den Zessionar über (vgl. BGH, Urt. v. 1.6.1973 – V ZR 134/72, NJW 1973, 1793, 1794 [= MittBayNot 1973, 345]; v. 21.6.1985 – V ZR 134/84, WM 1985, 1106, 1107; weitere Nachweise bei Palandt/Heinrichs, BGB 57. Aufl. § 401

Rdnr. 4). Der Anspruch gegen den Notar ist im Verhältnis zur Kaufpreisforderung ebenfalls als ein solches Nebenrecht einzuordnen. Die Einschaltung des Notars zur Abwicklung des Kaufpreises dient dem Zweck sicherzustellen, daß die Ansprüche der Parteien Zug um Zug erfüllt werden. Die Vertragspartner sollen vor rechtlichen Nachteilen geschützt werden, die mit Inhalt und Zweck der getroffenen Regelung nicht vereinbar sind. Der Auszahlungsanspruch gegen den Notar entsteht im Zuge der Vertragsabwicklung; er hängt daher, solange die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen ist, eng und unmittelbar mit ihr zusammen. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung. Daher darf, solange die Kaufpreisforderung noch besteht, diese nicht im Wege der Abtretung von dem Auszahlungsanspruch gegen den Notar getrennt werden.

3. Zu dem Zeitpunkt, als die Abtretung des Anspruchs gegen den Notar erfolgte, war die Kaufpreisforderung noch nicht erloschen. Grundsätzlich wird die Kaufpreisschuld nicht schon mit dem Eingang des Geldes beim Notar erfüllt (BGHZ 87, 156, 162 ff.; BGH, Urt. v. 17.2.1994 – IX ZR 158/93, NJW 1994, 1403, 1404 [= MittBayNot 1994, 214]). Daß hier ausnahmsweise etwas anderes vereinbart war, ist nicht behauptet. Der Kaufpreisanspruch war am 3.8.1993 nicht auszahlungsreif, weil die im Kaufvertrag vereinbarten Voraussetzungen noch nicht erfüllt waren. Dies folgt aus den Angaben des Notars in der Drittschuldnererklärung vom 16.8.1993, die nicht bestritten wurden. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob der Kaufvertrag in dem Sinne auszulegen ist, daß die Kaufpreisschuld mit Eintritt der Auszahlungsreife getilgt war (vgl. dazu Senatsurt. v. 17.2.1994, a.a.O. S. 1404 f. [= MittBayNot 1994, 214]).

4. Die Klägerin hat zwar behauptet, ihr sei auch der Kaufpreisanspruch abgetreten worden. Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen. Für die revisionsrechtliche Beurteilung ist somit davon auszugehen, daß eine entsprechende Abtretung nicht erfolgt ist. Jedoch läßt sich derzeit nicht ausschließen, daß die Kaufpreisforderung wirksam auf die Klägerin übergegangen ist. Die Klägerin hat vortragen und unter Beweis gestellt, sie sei sich mit der Schuldnerin am 3.8. darüber einig gewesen, daß die schriftliche Abtretungserklärung auch die Forderung gegen die Grundstückskäufer betraf. Ist dies richtig, scheidet die Abtretung nicht an einer eventuell vereinbarten Schriftform. Da genau ein Betrag in Höhe der Kaufpreissumme abgetreten wurde und die Urkunde das Notaranderkonto erwähnt, findet sich in ihr ein Anhaltspunkt für den von der Klägerin behaupteten Erklärungsinhalt. Davon abgesehen konnten die Vertragspartner jederzeit auf die Schriftform verzichten, wenn sie nur hinreichend zum Ausdruck brachten, daß das mündlich Vereinbarte uneingeschränkt gültig sein sollte (vgl. BGHZ 71, 162, 164). Möglicherweise ist dies geschehen.

5. Wurde der Klägerin außer dem Auszahlungsanspruch gegen den Notar auch die Kaufpreisforderung abgetreten, kann sie vom Beklagten gemäß § 12 Abs. 1 GesO Zustimmung zur Auszahlung verlangen.

a) Die Sicherungsabtretung gehört zu den von § 12 Abs. 1 GesO erfaßten Rechten. Die Vorschrift ist vom Wortlaut her zu eng gefaßt. Der Sicherungsnehmer kann nach dieser Vorschrift nicht nur Herausgabe, sondern bei an Geldforderungen begründeten Sicherungsrechten auch Zahlung verlangen (Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 12 GesO Ann. 2).

b) Die Wirkung der Abtretung wurde durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht mehr beeinträchtigt, weil die Grundstückskäufer vom Beklagten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO Erfüllung ihres Auflassungsanspruchs verlangen können.

aa) Für die Käufer ist eine Vormerkung zur Sicherung ihrer Ansprüche eingetragen worden. Die Eintragung erfolgte allerdings erst nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Daran scheidet der geltend gemachte Anspruch jedoch nicht. § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO soll die Wirkungen einer Vormerkung auch im Gesamtvollstreckungsverfahren durchsetzen; die Vorschrift entspricht nach Inhalt und Zweck § 24 KO. Auf die Bewilligung einer Vormerkung findet § 878 BGB entsprechende Anwendung, weil die Vormerkung eine dingliche Gebundenheit des von ihr betroffenen Grundstücks zur Folge hat (BGHZ 28, 182, 185 f.; 131, 189, 197). Die Wirkung dieser Vorschrift wird durch § 15 Satz 2 KO in das Konkursverfahren übertragen. Eine nach Konkurseröffnung eingetragene Vormerkung hat Bestand, wenn vorher eine bindende Bewilligung vorliegt und der Berechtigte den Eintragungsantrag gestellt hat. § 15 Satz 2 KO findet im Gesamtvollstreckungsverfahren entsprechende Anwendung (*Smid*, GesO 3. Aufl. § 7 Rdnr. 129). Derjenige, der auf dem Weg zum Erwerb eines Immobilienrechts bereits eine nach den Vorschriften des BGB nicht mehr zu beseitigende Rechtsposition erlangt hat, soll hier in gleicher Weise geschützt werden. § 91 Abs. 2 InsO enthält eine dem § 15 Satz 2 KO entsprechende Vorschrift, und es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der von diesen Vorschriften erfaßte Kreis der Berechtigten in der Gesamtvollstreckung anders behandelt werden soll. Im Gegenteil wurde dort deren Rechtsstellung durch die Norm des § 10 Abs. 3 GesO, wonach bei Anfechtung von Rechtshandlungen nicht auf die Eintragung im Grundbuch, sondern auf den nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt abzustellen ist, zusätzlich gestärkt (vgl. BGHZ 131, 189, 196 ff.). Am 3.8.1993 war die Vormerkung bindend bewilligt und der Antrag beim Grundbuchamt gestellt worden.

bb) Nach der neueren Rechtsprechung des Senats ist § 17 Abs. 1 KO allerdings dahin auszulegen, daß Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen grundsätzlich erlöschen (BGHZ 106, 236, 241 ff.; 116, 156, 158; 129, 336, 338). § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ist in demselben Sinne zu verstehen wie § 17 Abs. 1 KO (Senatsurt. v. 27.2.1997 – IX ZR 5/96, ZIP 1997, 688, 890, z.V.b. in BGHZ 135, 25). Diese Rechtsprechung setzt jedoch voraus, daß die genannten Bestimmungen überhaupt eingreifen, der Verwalter also die Wahl hat, ob er Erfüllung verlangt oder ablehnt. Diese Möglichkeit besteht für den Beklagten hinsichtlich des Grundstücks im Hinblick auf § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO nicht mehr. Der Auflassungsanspruch ist nach dieser Vorschrift konkursfest; der Verwalter kann dessen Erfüllung nicht mehr verhindern. § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO schließt daher ebenso wie § 24 KO das ansonsten bei beiderseits noch nicht voll erfüllten Verträgen vorhandene Wahlrecht des Verwalters aus (vgl. zur KO: *Jaeger/Henckel*, KO 9. Aufl. § 24 Rdnr. 32; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO 11. Aufl. § 24 Rdnr. 11; zur GesO: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, § 9 Rdnr. 102). Das Ergebnis ist auch sachgerecht. Die neue Rechtsprechung beruht wesentlich auf der Erwägung, daß für Leistungen, die mit Mitteln der Masse erbracht werden, auch die Gegenleistung der Masse gebühren soll (BGHZ 129, 336, 339; BGH, Urt. v. 27.2.1997, a.a.O. S. 689). Infolge der Wirkung des § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO war das Grundstück, zumindest wirtschaftlich gesehen, mit seinem wesentlichen Wert bereits vor Konkurseröffnung

verloren. Daher ist es auch nicht geboten, daß der als Ausgleich dafür erhaltene Kaufpreisanspruch der Gesamtheit der Gläubiger zufließt. Die vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens vorgenommene Abtretung bleibt wirksam.

2. AGBG § 11 Nr. 10 a (*Unwirksamkeit einer Gewährleistungsklausel im Bauträgervertrag*)

Eine Klausel, die die Haftung eines Bauträgers davon abhängig macht, daß die abgetretenen Gewährleistungsansprüche gegen Subunternehmen „nicht durchsetzbar sind“, begründet aufgrund ihrer sprachlichen Fassung die Gefahr, daß der Klauselgegner sie dahin versteht, daß die gerichtliche Inanspruchnahme der Subunternehmen Voraussetzung für die subsidiäre Haftung des Bauträgers ist. Sie ist daher nach § 11 Nr. 10 Buchst. a AGBG unwirksam (im Anschluß an Senatsurteil vom 6.4.1995 – VII ZR 73/94, NJW 1995, 1675 = BauR 1995, 542 = ZfBR 1995, 202 [= MittBayNot 1995, 376].

BGH, Urteil vom 4.12.1997 – VII ZR 6/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger fordern Mängelbeseitigung.

Sie erwarben 1990/Anfang 1991 durch im wesentlich gleichlautende Erwerbverträge von der beklagten Bauträgerin zu errichtendes Wohnungseigentum in N.-R. Nach § 4 der Verträge sollten die Vertragsparteien bei Bezugsfertigkeit das Bauwerk gemeinsam besichtigen und ein schriftliches Übergabe- und Abnahmeprotokoll unterzeichnen. In § 5 der Verträge ist die subsidiäre Haftung der Beklagten wie folgt geregelt:

„Die Verkäuferin tritt mit dem Zeitpunkt der Abnahme die ihr gegen die Subunternehmen zustehenden Gewährleistungsansprüche dem Käufer in demselben Umfang ab, wie sie ihr selbst zustehen. Der Käufer nimmt die Abtretung an.

Damit erfüllt die Verkäuferin ihre Gewährleistungspflicht hinsichtlich der abgetretenen Ansprüche, es sei denn, daß die abgetretenen Ansprüche nicht durchsetzbar sind (subsidiäre Haftung).

...“

Im Dezember 1991 wurden die Wohnungen den Klägern übergeben und Protokolle über festgestellte Mängel erstellt; sie wurden von der Generalunternehmerin der Beklagten und den jeweiligen Klägern unterzeichnet. Im August 1992 fand eine Begehung der Wohnungseigentumsanlage statt, bei der der Verwalter der Anlage die Abnahme des Gemeinschaftseigentums verweigerte.

Die Kläger haben die Beklagte unmittelbar auf Beseitigung zahlreicher Mängel an der Wohnungseigentumsanlage in Anspruch genommen. Land- und Berufungsgericht haben die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen. Ein Erfüllungsanspruch stehe den Klägern nicht mehr zu, da das Bauwerk abgenommen worden sei. Ein Anspruch auf Mängelbeseitigung sei im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel derzeit nicht begründet. Hiergegen wendet sich die Revision der Kläger zu 1 bis 5 (im folgenden Kläger). Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht führt aus, der Erfüllungsanspruch der Kläger sei mit der Abnahme erloschen. Die Abnahme sei in der Übergabe der Wohnungen zu sehen und umfasse sowohl das Sondereigentum als auch das Gemeinschaftseigentum. Bei den im Dezember 1991 erstellten Protokollen handele es sich um Übergabe- und Abnahmeprotokolle im Sinne des § 4 der Verträge, in denen die Kläger Mängel sowohl des Ge-

meinschafts- als auch des Sondereigentums beanstandet hätten. Eine getrennte Regelung über eine Abnahme von Gemeinschafts- und Sondereigentum sei in den Verträgen nicht vorgesehen. Die Begehung im August 1992 sei ohne rechtliche Bedeutung.

2. Die in § 5 der Verträge geregelte subsidiäre Haftung der Beklagten sei wirksam. Die Klausel verstoße nicht gegen § 11 Nr. 10 a AGBG. Die Gefahr, die Kläger könnten die Klausel dahin verstehen, zunächst klageweise gegen Subunternehmen vorgehen zu müssen, bestehe nicht. Ein derart enges Verständnis sei der Klausel nicht zu entnehmen. Die Beklagte verwende zwar die Formulierung „durchsetzen kann“, allerdings lasse die restliche sprachliche Fassung der Klausel ausreichend Raum für die Auslegung, daß jegliche Gründe der fehlenden Durchsetzbarkeit zur Eigenhaftung führten.

II. Letzteres hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die Verfahrensrügen der Revision gegen die aufgrund der Auslegung der Verträge und der Protokolle getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten im Dezember 1991 auch das Gemeinschaftseigentum abgenommen, hält der Senat nicht für durchgreifend; er sieht von einer Begründung ab (§ 565 a ZPO).

2. Die Klausel über die subsidiäre Haftung der Beklagten ist nach § 11 Nr. 10 a AGBG unwirksam.

a) Nach § 11 Nr. 10 a AGBG ist in AGB eine Klausel unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen die Gewährleistungsansprüche gegen den Verwender von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig gemacht werden. Diese Bestimmung ist auch auf den Erwerb noch zu errichtender Eigentumswohnungen anwendbar.

b) Nach der Rechtsprechung des Senats ist eine Klausel, die den Erwerber an den als gewährleistungspflichtig bezeichneten Dritten verweist, nicht nur dann unwirksam, wenn der Verwender seine Eigenhaftung davon abhängig macht, daß der Erwerber zunächst gegen den Dritten gerichtlich vorgeht, sondern auch dann, wenn die besondere Klauselgestaltung die Gefahr begründet, daß der Klauselgegner die Klausel in diesem Sinn verstehen kann (Senatsurteil vom 6.4.1995 – VII ZR 73/94, NJW 1995, 1675 = BauR 1995, 542 = ZfBR 1995, 202 [= MittBayNot 1995, 376]. Der Senat hat dies dem Schutzzweck des § 11 Nr. 10 a AGBG entnommen. Daran ist festzuhalten (zustimmend *Hensen*, EWiR § 209 BGB 1/95, 539).

c) Die vorliegende Klausel ist nach § 11 Nr. 10 a AGBG unwirksam, weil sie die Gefahr einer Irreführung des Klauselgegners in dem genannten Sinn begründet. Das gegenteilige Verständnis des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerhaft; es bindet den Senat nicht.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Auslegung einer vorformulierten Klausel, deren Anwendungsbereich nicht über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausreicht, revisionsgerichtlich darauf nachprüfbar, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht (Urteil vom 18.9.1963 – V ZR 169/61, NJW 1963, 2227). Die Auslegung des Berufungsgerichts ist unvollständig und damit rechtsfehlerhaft. Es verneint die Gefahr einer Irreführung der Kläger dahin, daß die Beklagte erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen die Subunternehmen praktisch oder rechtlich unmöglich sei. Die Begründung, trotz der Formulierung „nicht durchsetzen kann“ lasse

„die restliche sprachliche Fassung ausreichend Raum“ für das aufgezeigte Auslegungsergebnis, ist unvollständig. Es ist zum einen nicht erkennbar, welche restliche Fassung der Klausel das Berufungsgericht seinem Verständnis zugrunde legen will. Zum anderen bleibt offen, aus welchen Gründen die gefundene Auslegung zutreffen soll.

bb) Der Senat kann die Klausel selbst auslegen, da zur Frage ihrer Auslegung weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1993 – IV ZR 206/91, BGHZ 121, 284, 289). Die Klausel begründet die Gefahr einer Irreführung des Klauselgegners im Sinne der Senatsrechtsprechung. Sie kann dahin verstanden werden, daß die subsidiäre Haftung der Beklagten erst dann eintreten soll, wenn die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche gegen die Subunternehmen auch gerichtlich nicht möglich ist. Ein Kunde, der einen Anspruch durchzusetzen hat, muß sein Ziel im Zweifel auch gegen Widerstände erreichen (so zutreffend *Hensen* a.a.O.). Jedenfalls reicht die Bedeutung der Worte „nicht durchsetzen kann“ von der erfolglosen Aufforderung des Dritten zur Gewährleistung bis zu erfolglosen Vollstreckungsversuchen aufgrund eines obsiegenden Titels, ohne daß sich im Wege der Auslegung hinreichend sicher feststellen ließe, welches konkrete Maß an Tätigkeit der Klauselgegner schuldet. Diese Unklarheit ist geeignet, die Kläger dahin irreführen zu lassen, sie müßten ein Subunternehmen erst erfolglos verklagen, bevor sie die Beklagte als ihre Vertragspartnerin unmittelbar auf Gewährleistung in Anspruch nehmen können. Dies geht zu Lasten der Beklagten als Klauselverwenderin.

3. BGB § 434 (*Rechtsmangel des verkauften Grundstücks, wenn Mieter Verlängerungsoption ausübt*)

ist entgegen der Angabe des Verkäufers eines Grundstücks von der einem Mieter eingeräumten Verlängerungsoption Gebrauch gemacht worden, so bedeutet dies einen (behebaren) Rechtsmangel des verkauften Grundstücks.

BGH, Urteil vom 24.10.1997 – V ZR 187/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte ist Nacherbe seines Vaters und Alleinerbe seiner Mutter, die als befreite Vorerbin ihres vorverstorbenen Ehemannes mit notariellem Vertrag vom 8.2.1990 dem Kläger für 2.800.000 DM ein Hausgrundstück verkaufte. Die Verkäuferin „versicherte“ im Kaufvertrag unter Gewährleistungsausschluß im übrigen, daß eine gewerbliche Mieterin in dem Anwesen von der ihr eingeräumten Verlängerungsoption bis zum Vertragsabschluß mit dem Beklagten nicht Gebrauch gemacht habe. Dies war jedoch ohne Kenntnis der Verkäuferin bereits mit Schreiben vom 15.9.1988 an ihren Ehemann und ursprünglichen Grundstückseigentümer fristgerecht geschehen. Die Mieterin widersprach deshalb der Kündigung des Mietverhältnisses zum 30.11.1991 durch den Kläger. Dieser ging auf die von der Verkäuferin angebotene Rückabwicklung des Vertrages nicht ein und verkaufte 1992 das Grundstück für 3.850.000 DM an einen Dritten.

Der Kläger verlangt mit der 1994 erhobenen Klage vom Beklagten 855.919,26 DM, die er nach seiner Behauptung bei einem Weiterverkauf hätte mehr Erlösen können, wenn die Kündigung der gewerblichen Mieterin vor dem Weiterverkauf möglich gewesen wäre und er die Ladenräume günstiger hätte weitervermieten können. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. 1. Zutreffend weist die Revision allerdings darauf hin, daß das Berufungsgericht das entgegen der Angabe der Verkäuferin bereits ausgeübte Optionsrecht fehlerhaft als Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft (§ 459 Abs. 2 BGB) gewertet habe. Denn insoweit liegt ein Rechtsmangel vor, so daß denkbare Schadensersatzansprüche des Klägers (§§ 326, 440 Abs. 1, 434 BGB) der regelmäßigen Verjährung (§ 195 BGB) unterliegen würden.

a) Die Verpflichtung nach § 434 BGB erstreckt sich beim Grundstückskauf auch auf ein bestehendes Mietverhältnis und seine Dauer (vgl. §§ 571, 580 BGB; BGH, Urteil vom 25.2.1972, V ZR 74/69, WM 1972, 556, 557; Urteil vom 2.10.1987, V ZR 105/86, NJW-RR 1988, 79; Urteil vom 17.5.1991, V ZR 92/90, NJW 1991, 2700 [= MittBayNot 1991, 212]). Etwas anderes ergibt sich entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch nicht aus dem Umstand, daß hier für den Kaufschluß des Klägers in erster Linie die Höhe des zu erwartenden Mietertrages maßgeblich war.

b) Zwar lassen sich nicht alle rechtlichen Beziehungen eines Grundstücks von vornherein als Rechtsmängel einordnen. Denn der hiervon abzugrenzende Begriff des Sachmangels (§ 459 BGB) kann nicht allein auf solche Fehler beschränkt werden, die der Sache selbst in ihrer natürlichen Beschaffenheit anhaften. Insbesondere der im Sachmängelrecht vorherrschende subjektive Fehlerbegriff macht eine formelhafte Abgrenzung von Rechts- und Sachmangel unmöglich und verschiebt die begrifflichen Grenzen (vgl. *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl. § 434 Rdnr. 14; MünchKomm BGB/*Westermann*, 3. Aufl. § 434 Rdnr. 4). Deshalb kann ein Sachmangel auch in Eigentümlichkeiten bestehen, die in der Beziehung der Sache zur Umwelt begründet sind, wenn sie nach der Verkehrsanschauung für die Brauchbarkeit der Sache oder deren Wert von Bedeutung sind (BGHZ 67, 134 ff. [= MittBayNot 1976, 169 f.]; vgl. auch Urteil vom 19.9.1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46; BGHZ 113, 106, 112 f.; *Grunewald*, Die Grenzziehung zwischen der Rechts- und Sachmängelhaftung beim Kauf, 1980, S. 22). Diese Beziehungen können sowohl tatsächlicher, als auch wirtschaftlicher oder rechtlicher Art sein, sich also beispielsweise aus einem Vertrag ergeben. Es kommen aber nur solche Rechtsbeziehungen in Frage, die auf der besonderen Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beruhen und in dieser selbst ihre Ursache haben (BGHZ 67, 134, 136 m.w.N. [= MittBayNot 1976, 169 f.]; vgl. ferner BGH, Urteil vom 6.12.1968, V ZR 92/65, WM 1969, 273, 274). Denn die besondere Ausgestaltung der Sachmängelhaftung, insbesondere die kurze Verjährung (§ 477 BGB), stellt darauf ab, daß der Käufer regelmäßig nach Besitzerlangung in der Lage ist, den Mangel zu erkennen. An dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall. Die hier allein maßgebliche falsche Angabe der Verkäuferin zur Ausübung des Optionsrechts betrifft im Kern den zeitlichen Umfang der Belastung des Grundstücks mit einem Mietrecht. Dies aber steht in keinem Bezug zu der erkennbaren Beschaffenheit des Grundstücks selbst, insbesondere seiner Lage oder der Art der Bebauung, sondern beruht auf der vorangegangenen und für die Parteien zunächst nicht zu erkennenden Optionsausübung der Mieterin gegenüber dem Ehemann der Verkäuferin.

c) Zutreffend ist zwar, daß der Mietertrag eines Hausgrundstücks eine Eigenschaft im Sinn des § 459 Abs. 2 BGB sein kann (BGH, Urteil vom 14.6.1980, V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457 m.w.N.; vom 19.9.1980, V ZR 51/78, NJW 1981,

45, 46 f.; vom 2.12.1988, V ZR 91/87, NJW 1989, 1795) und dies auch für die Dauer eines bestehenden Mietverhältnisses in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 23.3.1990, V ZR 16/89, NJW-RR 1990, 970). Dies gilt aber nur dann, wenn die Angabe über die rechtlich gesicherte Dauer des Ertrages mit der Auskunft über die Ertragshöhe derart verbunden ist, daß sich aus dem Zusammenhang beider Umstände ein Aussagewert über eine dauerhafte Ertragsfähigkeit des Grundstücks und damit den Verkehrswert ergibt. Anders liegt es jedoch hier. Die Frage der Optionsausübung war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für den Kläger wegen des Zeitpunkts einer für ihn günstigeren Weitervermietung von Bedeutung, nicht aber wegen der rechtlich gesicherten Dauer des gegenwärtigen Ertrages. Damit bezieht sich die falsche Angabe der Verkäuferin entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auf die durch den Mietvertrag bestehende weitere zeitliche Beschränkung in der beabsichtigten Nutzung des Grundstücks, die den Kläger an der vollumfänglichen Ausübung seiner Eigentümerrechte hindert. Dies stellt einen Rechtsmangel dar.

Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil daher nicht aufrechterhalten werden.

2. Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

a) Wegen des Rechtsmangels würden dem Kläger die sich aus den §§ 320 bis 327 BGB ergebenden Rechte zustehen (§ 440 Abs. 1 BGB). Das weitere Bestehen eines Mietrechts ist grundsätzlich ein behebbarer Rechtsmangel (vgl. *Soergel/Huber*, § 440 Rdnr. 24), so daß der Kläger den verlangten Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur unter den Voraussetzungen der §§ 326, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen kann. Diese Voraussetzungen sind nicht dargetan. Der Kläger hat weder behauptet, er habe der Verkäuferin oder dem Beklagten nach Verzugseintritt eine Frist zur Beseitigung des Rechtsmangels gesetzt mit der Androhung, die Leistung abzulehnen (§ 326 Abs. 1 BGB), noch hat er Umstände vorgetragen unter denen eine solche Fristsetzung entbehrlich ist.

b) Dies wäre ausnahmsweise dann der Fall, wenn sie sich im Einzelfall als eine zwecklose und überflüssige Handlung darstellen würde (RGZ 69, 355, 357; *Soergel/Huber*, § 440 Rdnr. 26).

aa) So liegt es, wenn der Verkäufer zur Behebung des Rechtsmangels offensichtlich außerstande ist (BGH, Urteil vom 17.5.1991, V ZR 92/90, NJW 1991, 2700, 2701 [= MittBayNot 1991, 212]). Daß eine solche Sachlage gegeben sei, hat der Kläger nur durch die Berufung auf die ihm zugewandene Aufforderung der Mieterin im Schreiben vom 10.5.1990, er solle sich vertragsgetreu verhalten, nachzuweisen versucht. Dies läßt aber schon im Verhältnis zum Kläger nicht eine endgültige Weigerung erkennen. Erst recht schließt es nicht aus, daß es der Verkäuferin aufgrund des auch von der Mieterin als „überaus angenehm“ bezeichneten langjährigen Mietverhältnisses (vgl. Optionsschreiben von 1988) gelungen wäre, eine Lösung im Verhandlungswege zu finden.

bb) Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist auch dann entbehrlich, wenn der Schuldner durch sein Verhalten die endgültige Weigerung zum Ausdruck bringt, seine Pflicht zur Beseitigung des Rechtsmangels zu erfüllen (BGH, Urteil vom 25.10.1991, V ZR 225/90, WM 1991, 2166, 2167; vom 19.10.1988, VIII ZR 22/88, NJW 1989, 451, 452). Der Umstand, daß die Verkäuferin, nachdem sie von der Optionsausübung durch die Mieterin Kenntnis erlangt hatte, dem Kläger

die Rückabwicklung des Kaufvertrages angeboten hat, läßt aber nicht den Schluß auf eine Erfüllungsverweigerung zu. Hieran sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Endgültigkeit der Erklärung muß eindeutig zum Ausdruck kommen und sie als „letztes Wort“ erscheinen lassen; eine Änderung darf nicht zu erwarten sein (BGH, Urteil vom 18.1.1991, V ZR 315/89, NJW 1991, 1822, 1823 f.; vom 20.10.1976, VIII ZR 51/75, NJW 1977, 36, 37; *Erman/Battes*, BGB 9. Aufl. § 326 Rdnr. 31). Dem Angebot der Verkäuferin, das Grundstück gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzunehmen, läßt sich nicht entnehmen, daß dies die einzige und endgültige Möglichkeit sein sollte, den Ansprüchen des Klägers zu begegnen. Die Verkäuferin hat damit vielmehr den Rechtsmangel eingeräumt und dem Kläger Verhandlungsbereitschaft mit einer aus ihrer Sicht sinnvollen Lösungsmöglichkeit angeboten. Damit konnte der Kläger nicht von einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung ausgehen und von der ihm obliegenden Fristsetzung und Ablehnungsandrohung absehen.

c) Die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung kann auch nicht wegen Wegfalls des Interesses des Käufers an der Beseitigung des Rechtsmangels angenommen werden (§ 326 Abs. 2 BGB). Zwar hat die vollständige Erfüllung des Vertrages durch die Weiterveräußerung des mit dem Mietverhältnis belasteten Grundstücks für den Kläger die ursprüngliche Bedeutung verloren. Dies ist jedoch durch den Weiterverkauf verursacht worden und hat nicht seinen Grund in dem Schuldnerverzug (vgl. *Staudinger/Otto*, BGB (1995) § 326 Rdnr. 125, 126 m.w.N.).

3. Auf die Hilfserwägung des Berufungsgerichts zur Möglichkeit einer Optionsausübung nach Abschluß des Kaufvertrages und auf die Berechtigung der Gegenrüge des Beklagten, das Berufungsgericht habe die „Versicherung“ der Verkäuferin rechtsfehlerhaft als Zusicherung gewertet, kommt es damit nicht mehr an.

4. BGB § 571 Abs. 1 (*Fortführung eines Mietvertrages trotz Gesellschafterwechsel bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vermieterin*)

Ein Mietvertrag über ein Grundstück, den eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vermieterin abgeschlossen hat, wird nach einem Gesellschafterwechsel jedenfalls dann ohne weiteres mit der Gesellschaft in der neuen personellen Zusammensetzung fortgeführt, wenn die ursprünglichen Gesellschafter mit einem ihre gesamthänderische Bindung bezeichnenden Vermerk (§ 47 GBO) als Eigentümer oder Erbbauberechtigte im Grundbuch eingetragen waren.

BGH, Urteil vom 18.2.1998 – XII ZR 39/96 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Durch schriftlichen Mietvertrag vom 25./26.3.1993 mietete der Beklagte von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die aus dem Kläger zu 1 und S. bestand, Geschäftsräume zum Betrieb eines Restaurants. Das Gebäude war noch nicht fertiggestellt und sollte spätestens zum 1.10.1994 bezugsfertig sein. Dem Beklagten wurde für den Fall, daß der Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden könne, ein Rücktrittsrecht eingeräumt.

Der Kläger zu 1 und S. waren als Erbbauberechtigte im Erbbaugrundbuch eingetragen. Durch notariellen Vertrag vom 30.7.1993 vereinbarten die Kläger und S., daß S. aus der GbR ausscheide und daß sein bisheriger Anteil von 30% zu $\frac{2}{3}$ von dem Kläger zu 1 übernommen werde, zu $\frac{1}{3}$ von der in die Gesellschaft eintretenden Klägerin zu 2.

Die Parteien streiten darüber, ob die vermieteten Räume am 1.10.1994 bezugsfertig waren. Der Beklagte weigerte sich, die ihm zur Übergabe angebotenen Räume zu übernehmen und erklärte den Rücktritt von dem Mietvertrag, hilfsweise die fristlose Kündigung des Mietvertrages.

Die Kläger machen mit der Klage den vereinbarten Mietzins einschließlich Umsatzsteuer und die vereinbarten Nebenkostenvorauszahlungen für die Zeit vom 15.10.1994 bis zum 15.3.1995 geltend. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Kläger seien für die eingeklagte Forderung nicht aktivlegitimiert. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie ihren Zahlungsanspruch weiter verfolgen. Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Frage, ob ein Mietvertrag, den eine GbR als Vermieterin abgeschlossen hat, nach einem Gesellschafterwechsel ohne weiteres – ohne daß es auf die Eigentumsverhältnisse an dem Mietobjekt und auf eine Zustimmung des Mieters ankommt – mit der GbR in der neuen personellen Zusammensetzung fortgeführt wird, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet (dafür *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. III Rdnr. 73 = S. 608; dagegen *Beuermann*, Grundeigentum 1993, 290 f. und 1997, 1282 f. m.N.; wohl auch *Bub/Treier/Heile*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl. II Rdnr. 863 i.V. mit Rdnr. 806 f.). Die mietrechtliche Literatur befaßt sich in diesem Zusammenhang überwiegend nicht mit der gesellschaftsrechtlichen Frage (vgl. aber *Gläser*, Grundeigentum 1997, 838 f.), in welchem Umfang der GbR eine „Teilrechtsfähigkeit“ zuzubilligen ist in dem Sinne, daß sie als „gesamthänderisches Rechtssubjekt“ selbst Rechte erwerben und Schuldnerin sein kann (vgl. hierzu BGHZ 116, 86, 88; BGH, Urteil vom 2.10.1997 – II ZR 249/96 – WM 1997, 2220 [= MittBayNot 1998, 115]; MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 3. Aufl. § 705 Rdnr. 130 f. m.N.; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl., § 60 II 1 = S. 1772 f.), und inwieweit sich daraus eine Verselbständigung der Gesamthand gegenüber ihren Mitgliedern ergibt, die auch beim Auswechseln eines Mitglieds die Identität der Personengesellschaft und die Aufrechterhaltung des ihr zugeordneten Gesamthandsvermögens sicherstellt (vgl. MünchKomm-BGB/*Ulmer* a.a.O. § 719 Rdnr. 19 f.).

Die Entscheidung des vorliegenden Falles macht es nicht erforderlich, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen. Selbst wenn nämlich der Mietvertrag nach dem Eintreten der Klägerin zu 2 in die GbR und dem Ausscheiden des S. nicht ohne weiteres mit der GbR in der neuen Zusammensetzung fortgeführt worden sein sollte, ist die GbR in der neuen Zusammensetzung zumindest in entsprechender Anwendung des § 571 Abs. 1 BGB auf Vermieterseite in den bestehenden Mietvertrag eingetreten.

3. a) § 571 BGB ist nicht nur anwendbar, wenn in einem Veräußerungsgeschäft das Eigentum an dem vermieteten Grundstück übertragen wird, sondern auch bei der Übertragung eines Erbbaurechts. Die Bestimmung gehört nämlich zu den „sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften“, die nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO auf das Erbbaurecht entsprechend anzuwenden sind (BGH, Urteil vom 19.11.1971 – V ZR 88/69 – NJW 1972, 198 f. m.N. [= MittBayNot 1972, 63]).

Der Anwendbarkeit steht nicht entgegen, daß die vermieteten Räume nicht „an den Mieter überlassen“ worden waren, weil

die beiden neuen Gesellschafter – die Kläger – alle Verbindlichkeiten des ausscheidenden Gesellschafters S. aus seiner Beteiligung an der GbR übernommen und ihn freigestellt haben (§ 578 BGB).

b) Die Übertragung von Geschäftsanteilen einer GbR kann das Grundgeschäft einer „Veräußerung“ i. S. des § 571 BGB darstellen (MünchKomm-BGB/Voelskow, a.a.O. § 571 Rdnr. 12; *Bub/Treier/Heile* a.a.O. II 863, jeweils m.N.; *Erman-Jendrek*, BGB 9. Aufl. § 571 Rdnr. 6). Der Erwerber tritt zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, erst mit dem dinglichen Vollzug der Veräußerung in den bestehenden Mietvertrag ein. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht aber, hierzu sei im vorliegenden Fall die Eintragung der neuen Gesellschafter im Erbbaugrundbuch erforderlich gewesen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die ursprünglichen Gesellschafter – der Kläger zu 1 und S. – im Erbbaugrundbuch als Erbbauberechtigte eingetragen waren, und zwar in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. Grundbuchauszug vom 1.7.1993). Enthält das Grundbuch oder das Erbbaugrundbuch den Vermerk, daß mehrere Personen in ihrer Eigenschaft als Mitglieder einer GbR gemeinsam Eigentümer oder Erbbauberechtigte sind, ist beim Ausscheiden oder Auswechseln eines Gesellschafters kein besonderer Übertragungsakt erforderlich. Die Gesamthand wird ohne weiteres in ihrer neuen Zusammensetzung Eigentümerin. Der Wechsel dereteiligungsverhältnisse an der GbR ist lediglich im Wege einer Berichtigung in das Grundbuch einzutragen. Diese Eintragung hat keine konstitutive Wirkung (BayObLG, NJW-RR 1992, 228, 229 [= MittBayNot 1992, 47]; *Karsten Schmidt*, a.a.O. § 60 II 1 = S. 1772 f.; MünchKomm-BGB/Ulmer a.a.O. § 738 Rdnr. 5; *Palandt/Thomas*, BGB 57. Aufl. § 736 Rdnr. 6, jeweils m.N.)

Zu Unrecht meint das Oberlandesgericht Düsseldorf (MDR 1993, 143), § 571 Abs. 1 BGB sei in einem solchen Falle nicht anwendbar, weil keine echte Übertragung des Eigentums (hier: des Erbbaurechts) von einem Rechtsträger auf einen anderen erfolgt sei, die Eigentumsverhältnisse sich vielmehr außerhalb des Grundbuchs durch ein Auswechseln des Gesellschafters der GbR verändert hätten. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, auf welche Weise sich die Eigentumsverhältnisse geändert haben, entscheidend ist vielmehr, ob sie sich verändert haben. Vor dem Gesellschafterwechsel waren andere zu einer Gesamthand zusammengeschlossene Personen Eigentümer bzw. Erbbauberechtigte als nach dem Gesellschafterwechsel. § 571 Abs. 1 BGB will u.a. verhindern, daß ein Mieter, der von dem oder den Eigentümern gemietet hat, ohne sein Zutun plötzlich einem oder mehreren Vermietern gegenübersteht, die nicht mehr Eigentümer sind, und einem oder mehreren Eigentümern, die nicht durch einen Mietvertrag an ihn gebunden sind. Genau dieses Ergebnis würde aber erreicht, wenn der Gesellschafterwechsel ohne weiteres zu einer Änderung der Eigentumsverhältnisse führen würde, die neuen Eigentümer aber nicht gleichzeitig auf Vermieterseite in den Mietvertrag einträten (im Ergebnis wie hier: *Bub/Treier/Heile* a.a.O. II Rdnr. 863; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 6. Aufl. § 571 Rdnr. 7).

4. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben. Sollte der Beklagte Mietzins und Nebenkostenvorauszahlungen schulden, können die Kläger diese Ansprüche geltend machen und Zahlung an sich verlangen.

5. BGB §§ 185 Abs. 1, 571 Abs. 1 (*Ermächtigung des Käufers zur Kündigung eines Mietvertrages vor Eigentumsumschreibung*)

Der Verkäufer eines Grundstücks kann den Käufer (jedenfalls) ermächtigen, einen bestehenden Mietvertrag im eigenen Namen zu kündigen, schon bevor der Käufer mit der Eintragung im Grundbuch in den Mietvertrag eintritt.

BGH, Urteil vom 10.12.1997 – XII ZR 119/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die W. GmbH war Eigentümerin eines gewerblichen Grundstücks, zu dem eine Halle gehört. Durch Mietvertrag vom 8.1./1.3.1990 vermietete sie die Halle mit dem dazugehörigen Hofgelände an den Beklagten zum Betriebe einer Kfz-Reparaturwerkstatt. Durch notariellen Vertrag vom 6.10.1994 verkaufte sie das Grundstück an die Klägerin. Die Klägerin ist aber bisher nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 29.11.1994 trat die W. GmbH der Klägerin auf deren Wunsch hin das Recht ab, die Mietverträge „gegenüber den Mietern von Gewerbeobjekten“ zu kündigen. Mit Schreiben ihres erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 6.12.1994 kündigte die Klägerin daraufhin das Mietverhältnis mit dem Beklagten unter Einhaltung der in dem Mietvertrag vereinbarten Frist zum 31.3.1995 und forderte ihn auf, das Mietobjekt zu diesem Termin zu räumen. Dem Kündigungsschreiben beigelegt war eine Fotokopie des Schreibens an die Klägerin vom 29.11.1994. Da der Beklagte auf das Kündigungsschreiben nicht reagierte und das Anwesen nicht räumte, erhob die Klägerin mit Schriftsatz vom 8.6.1995 Räumungsklage. Der Beklagte ist der Meinung, die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung sei unwirksam, weil das Recht, die Kündigung zu erklären, vom Vermieter nicht isoliert abgetreten werden könne.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Räumung und zur Herausgabe an die Klägerin verurteilt. Berufung und Revision des Beklagten blieben erfolglos. Die zulässige Revision des Beklagten ist nicht begründet.

Aus den Gründen:

Der Beklagte ist zu Recht verurteilt worden, nach Beendigung des Mietverhältnisses das Mietobjekt zu räumen und herauszugeben (§ 556 Abs. 1 BGB). Das Mietverhältnis ist durch die mit Schreiben vom 6.12.1994 ausgesprochene Kündigung zum 31.3.1995 beendet worden.

1. ...

2. Das Recht, einen Vertrag zu kündigen, ist ein Gestaltungsrecht. Nach § 413 BGB finden die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen (§§ 398 f. BGB) auf die Übertragung anderer Rechte, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, entsprechende Anwendung. Daraus ergibt sich, daß auch Gestaltungsrechte jedenfalls im Grundsatz abgetreten werden können. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang jedoch häufig differenziert zwischen selbständigen Gestaltungsrechten, die ohne Einschränkung übertragbar sein sollen, und unselbständigen Gestaltungsrechten, deren Übertragung nur zusammen mit dem Hauptrecht möglich sein soll (vgl. z.B. *Staudinger/Kaduk*, BGB 12. Aufl. § 413 Rdnr. 35; *Soergel/Zeiss*, BGB 12. Aufl. § 413 Rdnr. 4; *Larenz*, Schuldrecht I, 13. Aufl. § 35 VI = S. 545; *Enneccerus/Lehmann*, Schuldrecht 15. Bearbeitung § 83 Nr. 3; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht Allgemeiner Teil Bd. 1 37 I = S. 251, jeweils m.N.). Zum Teil wird die Meinung vertreten, auch unselbständige Gestaltungsrechte – auch das Recht, einen Vertrag zu kündigen – könnten zusammen mit einem Teil der Forde-

rungen aus einem Vertrag abgetreten werden, ohne daß auf den Abtretungsempfänger sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Vertrag übergehen müßten (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB 56. Aufl. § 413 Rdnr. 7 m.N.). Der Bundesgerichtshof hat bisher offengelassen, ob unselbständige Gestaltungsrechte „im Hinblick auf ihre Verbindung mit dem Schuldverhältnis“ isoliert abtretbar sind (vgl. z.B. BGHZ 95, 250, 254).

In der Literatur wird das Recht, einen Mietvertrag zu kündigen, überwiegend für ein unselbständiges Gestaltungsrecht gehalten, dessen isolierte Abtretung unwirksam sei (so *Staudinger/Kaduk*, a.a.O.; *Soergel/Zeiss*, a.a.O. § 399 Rdnr. 3; *MünchKomm/Roth* 3. Aufl. § 399 Rdnr. 18; *Bub/Treier/Grapentin*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 2. Aufl. IV Rdnr. 3 und *Bub/Treier/Heile* a.a.O. II Rdnr. 865; *Sternel*, Mietrecht, 3. Aufl. IV Rdnr. 2, jeweils m.w.N.; a.A. *Mayer*, ZMR 1990, 121, 123; jedenfalls für bestimmte Fälle auch *Palandt/Heinrichs* a.a.O. § 413 Rdnr. 7).

Das Berufungsgericht will der herrschenden Meinung nicht folgen und hält eine isolierte Abtretung des Kündigungsrechts jedenfalls dann für wirksam, wenn das Kündigungsrecht einen gewerblichen Mietvertrag betrifft. Folgt man dieser Ansicht, so ist die Klägerin durch die Abtretung Inhaberin des Kündigungsrechts geworden und konnte es wirksam ausüben.

Die Streitfrage kann jedoch, wie das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung zutreffend ausführt, offen bleiben. Auch wenn man nämlich der herrschenden Meinung folgt und die Abtretung für unwirksam hält, konnte die Klägerin wirksam im eigenen Namen kündigen. Die unwirksame Abtretung ist dann nämlich nach § 140 BGB umzudeuten in eine wirksame Ermächtigung zur Kündigung nach § 185 Abs. 1 BGB.

3. Der Bundesgerichtshof hatte sich bereits mit der ähnlich gelagerten Frage zu befassen, ob die Befugnis, wegen eines Sachmangels die Wandlung eines Vertrages zu verlangen, isoliert abtretbar ist. Gegen die Abtretbarkeit des Wandlungsrechts bestehen in der Literatur ebenfalls Bedenken, weil auch das Geltendmachen dieses Rechts das gesamte Rechtsverhältnis im weiteren Sinne – den Vertrag – umgestaltet und weil die Entscheidung über den Fortbestand des Vertrages den Vertragsparteien überlassen werden soll (vgl. die Nachweise BGHZ 68, 118/ 124 f.). Der Bundesgerichtshof hat auch diese umstrittene Frage offengelassen mit der Begründung, eine etwa unwirksame Abtretung des Wandlungsrechts sei zumindest gemäß § 140 BGB in eine – rechtswirksame – Ermächtigung umzudeuten, die Wandlungsbefugnis im eigenen Namen geltend zu machen (BGHZ a.a.O. S. 125).

Im vorliegenden Fall gilt nichts anderes. Sinn und Zweck des § 140 BGB ist es, die Absicht der handelnden Personen, einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen, auch dann zu verwirklichen, wenn das von ihnen gewählte rechtliche Mittel unzulässig ist, ein anderes zulässiges Mittel jedoch, das ihrem hypothetischen Willen entspricht, den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen vermag (so zutreffend *Soergel/Hefermehl* a.a.O. § 140 Rdnr. 1; RGRK-BGB/*Krüger-Nieland/Zöller*, 12. Aufl. § 140 Rdnr. 1 m.N.). Durch die Abtretung sollte die Klägerin – auch nach der Vorstellung der Verkäuferin – erkennbar in die Lage versetzt werden, das Mietverhältnis (u.a.) mit dem Beklagten im eigenen Namen zu kündigen, schon bevor sie nach § 571 BGB mit der Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch auf Vermieterseite in den bestehenden Mietvertrag mit dem Beklagten eintreten würde. Genau derselbe Erfolg war durch eine Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB, die Kündigung des Mietvertrages im

eigenen Namen zu erklären, zu erreichen. Die Annahme des Berufungsgerichts, nach dem hypothetischen Willen der Beteiligten hätten sie bei Kenntnis der Nichtigkeit der Abtretung diesen Weg gewählt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie beruht auf einem allgemeinen Erfahrungssatz und bedurfte keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen.

Die Gründe, die der Wirksamkeit einer Abtretung des Kündigungsrechts entgegenstehen könnten, beeinträchtigen nicht die Wirksamkeit einer Ermächtigung, das Kündigungsrecht im eigenen Namen auszuüben (vgl. hierzu *MünchKomm-BGB/Mayer-Maly*, § 140 Rdnr. 10 m.N.; RGRK-BGB a.a.O. § 140 Rdnr. 17). Eine Ermächtigung zur Abgabe einer Kündigungserklärung im eigenen Namen ist systematisch und funktionell der Vollmacht verwandt (so zutreffend *MünchKomm-BGB/Schramm* a.a.O. § 185 Rdnr. 1 m.N.). Stellvertretung ist auch bei der Ausübung unselbständiger Gestaltungsrechte unbestritten zulässig. Die Stellvertretung unterscheidet sich von einer Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB im wesentlichen dadurch, daß der Stellvertreter die Erklärung im fremden Namen abgibt, der Ermächtigte im eigenen Namen. Von diesem eher formalen Unterschied hängt es nicht ab, in welchem Umfang der eigentlich berechnigte Vertragspartner das Kündigungsrecht aus der Hand gibt. Während nach einer wirksamen Abtretung des Kündigungsrechts der Zessionar anstelle des Zedenten frei entscheiden könnte, ob er die Kündigung erklärt oder nicht, führt sowohl der von einem Vertragspartner Bevollmächtigte als auch der von diesem Ermächtigte seine Befugnis auf eine Erlaubnis des eigentlich Berechtigten zurück, die auch im Falle der Ermächtigung regelmäßig bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich ist (§ 183 BGB). Der durch eine entsprechende Ermächtigung herbeigeführte Erfolg hätte genauso erreicht werden können, wenn die W. GmbH die Klägerin bevollmächtigt hätte, in ihrem – der W. GmbH – Namen die Kündigung zu erklären (im Ergebnis wie hier: *Staudinger/Kaduk* a.a.O. § 399 Rdnr. 76; *Bub/Treier/Heile* a.a.O. II Rdnr. 865).

4. Die Klägerin hat offengelegt, daß sie die Kündigung zwar im eigenen Namen, aber aus einem von der Vermieterin abgeleiteten Recht erklärt. Ob der Beklagte berechnigt gewesen wäre, die von der Klägerin erklärte Kündigung zurückzuweisen, z.B. weil ihm das die Ermächtigung der Klägerin enthaltende Schreiben der W. GmbH vom 29.11.1994 lediglich in Form einer Fotokopie überlassen worden ist (vgl. §§ 182 Abs. 3, 111 BGB), kann dahingestellt bleiben. Die Zurückweisung hätte unverzüglich erfolgen müssen (§ 111 BGB). Es ist aber unstrittig, daß der Beklagte auf das Kündigungsschreiben der Klägerin vom 6.12.1994 vor der Klageerhebung, die erst ein halbes Jahr später erfolgt ist, nicht reagiert hat.

5. Die Klägerin kann nach der wirksamen Kündigung im eigenen Namen Räumung des Mietobjekts und Herausgabe an sich verlangen. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, „das dafür von der Rechtsprechung für die gerichtliche Geltendmachung geforderte eigene schutzwürdige Interesse der Klägerin“ sei „offensichtlich“. Diese Ausführungen sind dahin zu verstehen, daß die W. GmbH die Klägerin auch ermächtigt habe, im Wege einer gewillkürten Prozeßstandschaft den Anspruch aus § 556 BGB im eigenen Namen geltend zu machen und daß die Klägerin daran ein eigenes schutzwürdiges Interesse habe. Diese Annahme wäre zwar an sich nicht zu beanstanden, es kommt darauf aber nicht an. Die W. GmbH hat an die Klägerin in dem notariellen Kaufvertrag – wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt – alle ihr aus dem Mietvertrag mit dem Beklagten zustehenden Ansprüche abge-

treten. Dazu gehört auch der Anspruch aus § 556 BGB. Dar- aus ergibt sich, daß die Klägerin Inhaberin dieses Anspruchs und damit ohne weiteres klagebefugt ist.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Dr. Wirth*, in diesem Heft S. 230.

6. BGB §§ 434, 437 (*Nichterfüllung der Verpflichtung zur Übertragung eines Kfz-Stellplatzes – Gewährleistungsansprüche bei Werklieferungsvertrag*)

Verpflichtet sich der Verkäufer zur Übertragung eines Sondernutzungsrechtes an einer 12 qm großen Fläche (Kfz-Stellplatz) und erfüllt er diese Verpflichtung nicht, so stellt dies einen Rechtsmangel i.S. von §§ 434, 437 BGB dar. Sind im Kaufvertrag Gewährleistungsansprüche auf Nachbesserungsansprüche beschränkt, so bezieht sich diese Klausel nicht auf Rechtsmängel.

OLG Koblenz, Urteil vom 9.10.1997 – 5 U 239/97 –

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger begehren Rückabwicklung eines notariellen „Kaufvertrages“, durch den die Beklagten sich verpflichteten, den Klägern das Wohnungseigentum an einem Reihenhaus und das Sondernutzungsrecht an einer 12 qm großen Fläche neben dem Hauseingang zu verschaffen. Dieses Sondernutzungsrecht wurde den Klägern trotz Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht übertragen, worauf sie den Rücktritt vom „Kaufvertrag“ erklärten.

Der auf Zahlung von 589.536,10 DM gerichteten Klage (Zug um Zug gegen Rückübertragung des Wohnungseigentums) sind die Beklagten mit der Verjährungseinrede entgegengetreten. Es sei Sache der Kläger, die anderen beiden Wohnungseigentümer zu veranlassen, das Sondernutzungsrecht an die Kläger abzutreten. Von den Beklagten werde insoweit mangels Eigentum eine unmögliche Leistung gefordert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zwar hätten die Beklagten sich wirksam verpflichtet, den Klägern das Sondernutzungsrecht an der 12 qm großen Grundstücksfläche zu verschaffen und diese Verpflichtung nicht erfüllt. Gleichwohl scheiterte die Klage an § 8 Nr. 4 des notariellen Kaufvertrages, wonach Rückgängigmachung nur bei schwerwiegenden Mängeln verlangt werden könne. Im fehlenden Sondernutzungsrecht an einer derart kleinen Fläche könnte kein Mangel von Gewicht gesehen werden.

Auf die Berufung des Klägers wurde die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Aus den Gründen:

Die Beklagten sind nach §§ 434, 440 Abs. 1, 326 Abs. 1, 327 Satz 1, 346 ff. BGB verpflichtet, den Klägern das gezahlte Entgelt für das Wohnungseigentum Zug um Zug gegen dessen Rückübertragung zurückzugewähren. Ob und ggf. in welchem Umfang den Klägern daneben Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluß oder positiver Vertragsverletzung zustehen, wird das Landgericht prüfen müssen. (...)

Hatten die Beklagten sich demnach rechtlich wirksam verpflichtet, den Klägern auch das Sondernutzungsrecht an der 12 qm großen Fläche vor deren Reihenhaus zu verschaffen, ist das verkaufte Wohnungseigentum im Hinblick darauf, daß an dieser Fläche ein Sondernutzungsrecht der Kläger nicht eingeräumt wurde, mit einem Rechtsmangel (§§ 434, 437 BGB) behaftet (vgl. BGH NJW 1997, 1778, 1779 [= MittBayNot

1997, 224]). Obwohl es sich trotz der Bezeichnung als „Kaufvertrag“ wegen der Herstellungsverpflichtung der Beklagten um einen Werklieferungsvertrag handelt, richtet sich die Gewährleistung für die hier in Rede stehende Vertragspflicht nach Kaufrecht (vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB 56. Auflage Rdnr. 5 zu § 651 BGB).

Der Rechtsmangel wird entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht von der Gewährleistungsbeschränkung in § 8 Nr. 4 des notariellen Kaufvertrages erfaßt. Die Vertragsklausel lautet wie folgt:

„Die Gewährleistungsansprüche werden auf das Recht auf Nachbesserung beschränkt. Nachgewiesene Folgeschäden werden ersetzt. Bei zweimaligen Fehlschlägen einer Nachbesserung können Käufer jedoch Herabsetzung der Vergütung, bei schwerwiegenden Mängeln daneben auch Rückgängigmachung des Vertrages verlangen“.

Diese Vertragsklausel ist schon nach ihrem Wortlaut auf Sachmängel zugeschnitten. Denn die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer eine bestimmte Rechtsposition zu verschaffen, ist bei Nichterfüllung schon begrifflich einer Nachbesserung nicht zugänglich. Dem Käufer bleiben insoweit die Rechte aus §§ 320–327 BGB (§§ 434, 437 i.V.m. § 440 Abs. 1 BGB).

Dem können die Beklagten nicht mit Erfolg entgegenhalten, wegen des Miteigentums der anderen beiden Wohnungseigentümer sei ihnen die Verschaffung des versprochenen Sondernutzungsrechts heute unmöglich. Eine anfängliche objektive Unmöglichkeit (§ 306 BGB) behaupten die Beklagten selbst nicht. Die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit entlastet die Beklagten nicht, weil der Schuldner für sein objektiv mögliches Leistungsversprechen einzustehen hat.

Auch der Hinweis auf eine angebliche Bereitschaft der übrigen Miteigentümer, den Klägern das Sondernutzungsrecht an der Fläche einzuräumen, verfährt nicht. Nachdem die Kläger nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung wirksam zurückgetreten sind, kommt eine Erfüllung des Vertrages durch die Beklagten oder die Miteigentümer der in Rede stehenden Grundstücksfläche nicht mehr in Betracht.

7. WEG § 10 Abs. 1, § 15 Abs. 1, § 22 Abs. 1 (*Bindung des Rechtsnachfolgers an die Zustimmung zu baulichen Veränderungen*)

- 1. Haben die Wohnungseigentümer dem Ausbau eines Dachgeschosses zu Wohnzwecken zugestimmt, ist der Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers an die Zustimmung zu der darin liegenden baulichen Veränderung gebunden, sofern der Ausbau im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge zumindest teilweise bereits vorgenommen war. Die bloße Duldung einer baulichen Veränderung enthält grundsätzlich nicht eine erforderliche Zustimmung.**
- 2. Ist der Ausbau eines Dachgeschosses zu Wohnzwecken als bauliche Veränderung wegen der Zustimmung der nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer rechtmäßig, müssen die Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers die Nutzung zu Wohnzwecken dulden. Auf die Frage, ob damit eine Vereinbarung über die Nutzung vorliegt, kommt es dann nicht mehr an.**

BayObLG, Beschluß vom 5.2.1998 – 2 Z BR 110/97 = BayObLGZ 1998 Nr.8 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Antragstellerin und die Antragsgegner sind die Wohnungseigentümer einer aus zwei Wohnungen bestehenden Anlage. § 3 Abs. 2 der Teilungserklärung vom 8.7.1986 lautet auszugsweise:

„Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums sind die Räume und Gebäudeteile, die nicht nach Absatz 1 Sondereigentum sind, demnach das gesamte Treppenhaus, der gesamte Dachboden (Bühne) und das gesamte Kellergeschoß sowie der Grund und Boden.“

Das Dachgeschoß ist ausgebaut und in drei Räume unterteilt: Ein Bad, einen sog. Atelierraum, der als Wohn- und Schlafraum eingerichtet ist und von der Antragsgegnerin zu 1 für die Übernachtung von Gästen genutzt wird, sowie ein kleineres Zimmer. Im Garten trennten die Antragsgegner durch einen Holzzaun und hölzerne Palisaden eine Teilfläche ab, die sie allein nutzen.

Die Antragstellerin hat beantragt, die Antragsgegner zu verpflichten, das Dachgeschoß zu räumen und aus der Außen- und Gartenanlage das ihnen gehörende bewegliche Eigentum zu entfernen; weitere Anträge sind nicht mehr Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens. Das Amtsgericht hat diesen Anträgen mit Beschluß vom 2.12.1996 stattgegeben. Die Antragsgegner haben zur Begründung ihrer sofortigen Beschwerde unter anderem vorgetragen, der Rechtsvorgänger der Antragstellerin habe mit ihnen das Dachgeschoß zu Wohnraum ausgebaut. Er habe das kleinere Zimmer als Gästezimmer eingerichtet und genutzt; das Bad habe seinen und ihren Gästen zur Verfügung gestanden. Auch die Aufteilung der Garten- und Außenanlage beruhe auf einer Vereinbarung mit dem Rechtsvorgänger der Antragstellerin. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen; den Tenor der amtsgerichtlichen Entscheidung hat es neu gefaßt und die Antragsgegner verpflichtet, das Dachgeschoß zu räumen sowie im Garten den Trennzaun und die Holzpalisaden zu entfernen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Antragsgegner führte zur Aufhebung der Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Landgericht.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Das Landgericht geht zutreffend davon aus, daß gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG jeder Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums berechtigt ist, sofern nicht die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung gemäß § 15 Abs.1 WEG eine andere Gebrauchsregelung treffen, insbesondere einem Wohnungseigentümer ein Sondernutzungsrecht einräumen und dadurch alle übrigen vom Mitgebrauch ausschließen. Eine solche Vereinbarung der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander im Sinn von § 10 Abs.1 Satz 2 WEG bedarf entgegen der Meinung des Landgerichts grundsätzlich keiner besonderen Form, sie kann auch durch konkludentes Verhalten zustande kommen (vgl. BayObLG WuM 1994, 222/223; Palandt/Bassenge BGB 57. Aufl. § 10 WEG Rdnr.3; Bärmann/Pick/Merle WEG 7. Aufl. § 10 Rdnr. 24). Hier würde die Übereinkunft der Wohnungseigentümer genügen, denen die zwei Wohnungen gehören, aus denen die Anlage besteht.

b) Das Landgericht hat zwar ohne Rechtsfehler angenommen, daß das auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Wohnungseigentümer beruhende Sondernutzungsrecht nur insoweit verdinglicht wird, als es durch Eintragung im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums gegenüber einem Sondernachfolger wirkt (§ 10 Abs.2 WEG, vgl. BGHZ 73, 145/148; BayObLGZ 1997, 282 [= MittBayNot 1998, 34]). Es hat festgestellt, daß im Grundbuch kein Sondernutzungsrecht der Antragsgegner an Teilen des Dachgeschosses oder des Gartens eingetragen ist. Gegenüber den im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüchen kann jedoch nicht außer Betracht bleiben, daß der Rechtsvorgänger der Antragstellerin bei den Baumaßnahmen, auf denen die von den Antragsgeg-

nern ausgeübte Nutzung des Gartens und des Dachbodens beruht, mitgewirkt oder ihnen zugestimmt haben soll.

(1) Die Errichtung eines Zauns und das Setzen von Holzpalisaden stellen eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums im Sinn von § 22 Abs.1 Satz 1 WEG dar, denn sie sind mit einer gegenständlichen Veränderung des Grundstücks verbunden (vgl. BayObLG NJW RR-1991, 1362 und ZMR 1995, 495/496). Einen Anspruch auf Beseitigung dieser Anlagen gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 15 Abs. 3 WEG, den die Vorinstanzen zugebilligt haben, könnte die Antragstellerin jedoch nicht geltend machen, wenn ihr Rechtsvorgänger gemäß § 22 Abs.1 Satz 2 WEG den Maßnahmen zugestimmt hätte, wie die Antragsgegner behaupten. Die Zustimmung ist an keine Form gebunden und kann sogar stillschweigend erklärt werden. An eine von ihrem Rechtsvorgänger erteilte Zustimmung wäre die Antragstellerin jedoch nur dann gebunden, wenn im Zeitpunkt der Rechtsnachfolge die bauliche Veränderung zumindest teilweise bereits vorgenommen war (vgl. BayObLG ZMR 1995, 495/496 f. m.w.N.; OLG Düsseldorf ZMR 1997, 657 f.; OLG Hamm FGPrax 1996, 92/93 f. m.w.N.). Die bloße Duldung einer baulichen Veränderung durch diejenigen Wohnungseigentümer, deren Zustimmung gemäß § 22 Abs.1 Satz 2, § 14 Nr.1 WEG erforderlich ist, steht grundsätzlich der Zustimmung nicht gleich.

(2) Der Ausbau des in der Teilungserklärung als „Dachboden (Bühne)“ bezeichneten Dachgeschosses zu Wohnzwecken ist ebenfalls eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinn von § 22 Abs.1 WEG (vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 82 und ZMR 1991, 148; ständige Rechtsprechung). Insoweit gilt das, was zu der baulichen Veränderung durch Errichtung des Zauns und der Palisaden ausgeführt wurde. Die Antragsgegner behaupten, die Baumaßnahmen seien zusammen mit dem Rechtsvorgänger der Antragstellerin durchgeführt und die Nutzung der dabei geschaffenen Räume einvernehmlich geregelt worden.

(3) Sollte der Ausbau des Atelierraums zu Wohnzwecken von der Zustimmung des Rechtsvorgängers der Antragstellerin gedeckt sein, wäre auch die von der Antragsgegnerin zu 1 ausgeübte Nutzung dieses Raums zur Unterbringung von Gästen von der Antragstellerin als Rechtsnachfolgerin zu dulden. Denn die Nutzung zu Wohnzwecken ist die sinnvolle und beabsichtigte Folge des Ausbaus zu Wohnzwecken. Sie muß deshalb ebenso wie die rechtmäßige bauliche Veränderung von den Rechtsnachfolgern geduldet werden (vgl. BayObLG NJW-RR 1993, 1165/1166, OLG Hamm FGPrax 1996, 92/94). Auf die Frage, ob damit eine Vereinbarung über die Nutzung im Sinn des § 10 Abs.1 Satz 2, Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG vorliegt, kommt es dann nicht an.

c) Für die Entscheidung über die von der Antragstellerin geltend gemachten Beseitigungs- und Räumungsansprüche kommt es somit auf das Zustandekommen und gegebenenfalls den Inhalt der Vereinbarungen an, die von den Antragsgegnern mit dem Rechtsvorgänger der Antragstellerin getroffen worden sein sollen. Die hierzu erforderlichen Ermittlungen kann der Senat nicht durchführen. Daher ist die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen. Sofern das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß eine die Antragstellerin bindende Zustimmung ihres Rechtsvorgängers nicht festgestellt werden kann, wird es auch zu prüfen haben, ob das der Antragstellerin zustehende Recht auf Mitgebrauch den geltend gemachten Räumungsanspruch in vollem Umfang abdeckt.

8. BGB §§ 117, 119, 242, 892; WEG § 3 (*Zum Anspruch auf Zustimmung zur Nutzungsänderung eines Raumes; Heilung eines zur Unwirksamkeit des Teilungsvertrages führenden Gründungsmangels*)

1. **Zu dem auf Treu und Glauben sowie einen Beschluß der Bauherrenversammlung über die Gestattung der Nutzung eines Dachgeschoßraums zu Wohnzwecken gestützten Anspruch eines Teileigentümers auf Zustimmung zur Umwandlung des nach dem Teilungsvertrag nicht zu Wohnzwecken dienenden Raumes in Wohnungseigentum bei zwischenzeitlichem Erwerb von Wohnungseigentum durch Dritte.**
2. **Ein zur Unwirksamkeit des Teilungsvertrags führender Gründungsmangel wird durch den gutgläubigen Erwerb auch nur eines Wohnungseigentums insgesamt geheilt.**

BayObLG, Beschluß vom 5.2.1998 – ZZ BR 127/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage. Den Antragstellern gehört ein Dachgeschoßraum, der im Teilungsvertrag vom Jahr 1977 wie folgt beschrieben ist:

Teileigentum von 26/1000 an der im Dachgeschoß gelegenen nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumlichkeit ...

Der Dachgeschoßraum ist zu Wohnzwecken ausgebaut und wird entsprechend genutzt. Die Wohnungseigentümer haben sich ausweislich der Niederschrift über die Eigentümersammlung vom 5.12.1992 mit großer Mehrheit gegen die Nutzung des Raumes zu Wohnzwecken ausgesprochen. In der Bauherrenversammlung vom Jahr 1976 war „der Antrag des Bauherrn ... (= Antragsteller): 'Ausbau des Dachraumes als Wohnung' einstimmig angenommen“ worden.

Die Antragsteller wurden auf Antrag von Wohnungseigentümern, die ihre Wohnung im Jahr 1991 erworben hatten, durch Beschluß des Senats vom 13.1.1994 (WE 1995, 27 und 157) verpflichtet, die Nutzung des Dachgeschoßraums zu Wohnzwecken einzustellen und den Raum der im Teilungsvertrag vereinbarten Zweckbestimmung zuzuführen. Die Antragsteller haben beantragt, die Antragsgegner zu verpflichten, einer Änderung des Teilungsvertrags von 1977 zuzustimmen, so daß eine Nutzung des Dachgeschoßraums zu Wohnzwecken zulässig ist. Zur Begründung tragen die Antragsteller vor, die Bezeichnung des Dachgeschoßraums im Teilungsvertrag als nicht zu Wohnzwecken dienende Räumlichkeit sei nur im Hinblick auf bauordnungsrechtliche Vorschriften und zur Erlangung der Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgenommen worden. Alle Beteiligten an dem Teilungsvertrag seien sich darüber einig gewesen, daß der Dachgeschoßraum als Wohnung benutzt werden dürfe; er sei auch von Anfang an so genutzt worden. Inzwischen sei der Ausbau des Dachgeschoßraums zu einer Wohnung behördlich genehmigt worden.

Das Amtsgericht hat dem Antrag im wesentlichen stattgegeben. Das Landgericht hat ihn abgewiesen. Dagegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller. Diese hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

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

a) Der Teilungsvertrag gemäß § 3 Abs. 1 WEG vom Jahr 1977 über die Begründung von Wohnungseigentum und die sich darauf gründende Grundbucheintragung sind hinsichtlich des Dachgeschoßraums eindeutig. Danach handelt es sich bei diesem Raum um Teileigentum im Sinn des § 1 Abs. 3 WEG, also um einen nicht zu Wohnzwecken dienenden Raum. Darin liegt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter

im Sinn des § 15 Abs. 1 WEG (vgl. Beschluß des Senats vom 13.1.1994, WE 1995, 27). Eine Anspruchsgrundlage für die von den Antragstellern verlangte Zustimmung zu einer Änderung des durch den grundbuchamtlichen Vollzug der Teilungsvereinbarung vom Jahr 1977 geschaffenen Rechtszustands ist nicht erkennbar.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob sich ein vertraglicher Anspruch der Antragsteller auf Änderung des Teilungsvertrags gegen die damaligen Miteigentümer im Sinn des § 3 Abs. 1 WEG begründen ließe. Denn ein solcher Anspruch könnte jedenfalls nicht gegen diejenigen Antragsgegner geltend gemacht werden, die als spätere Erwerber ihres Wohnungseigentums nicht identisch sind mit den seinerzeitigen Miteigentümern. Auch ein etwaiger Mangel des Teilungsvertrags wäre durch den gutgläubigen Erwerb auch nur eines Wohnungseigentums, von dem hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auszugehen ist (vgl. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB), insgesamt geheilt (BGHZ 109, 179 [= MittBayNot 1990, 30]; *Weitmauer* WEG 8. Aufl. § 3 Rdnr. 38). Schon aus diesen Gründen ist der von den Antragstellern erklärten Anfechtung des Teilungsvertrags wegen Irrtums gemäß § 119 BGB der Boden entzogen.

c) Schließlich läßt sich der geltend gemachte Änderungsanspruch auch nicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stützen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es den Antragstellern unzumutbar sein sollte und gegen Treu und Glauben verstieße, wenn sie an der in dem Teilungsvertrag festgelegten Zweckbestimmung festgehalten werden, die unter Mitwirkung des Antragstellers und seiner damaligen Ehefrau getroffen wurde (vgl. BayObLG WE 1997, 119). Nach dem Sachvortrag der Antragsteller wurde der Dachgeschoßraum seinerzeit deshalb als Teileigentum und damit als ein nicht zu Wohnzwecken dienender Raum ausgewiesen, weil einer Nutzung als Wohnung bauordnungsrechtliche Gründe entgegenstanden und sonst eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erteilt worden wäre. Damit wurde die Zweckbestimmung des Dachgeschoßraums auch von dem Antragsteller und seiner damaligen Ehefrau bewußt so festgelegt, daß der Raum nicht zu Wohnzwecken genutzt werden darf. Sollte es sich, wie die Antragsteller jetzt vortragen, bei dem Teilungsvertrag insoweit um ein Scheingeschäft im Sinn des § 117 BGB gehandelt haben, wäre auch dieser Gründungsmangel durch den zwischenzeitlichen Erwerb von Wohnungseigentum durch Dritte beseitigt; den jetzigen Wohnungseigentümern könnte eine etwaige Nichtigkeit des Teilungsvertrags nicht entgegeng gehalten werden.

d) Auch der Umstand, daß die Antragsteller den Dachgeschoßraum seit längerer Zeit als Wohnung nutzen und entsprechende Beiträge zu den Lasten und Kosten leisten, rechtfertigt den gestellten Antrag nicht. Denn der Anspruch der übrigen Wohnungseigentümer auf Unterlassung einer Nutzung des Dachgeschoßraums zu Wohnzwecken ist jedenfalls nicht verwirkt (vgl. dazu den Beschluß des Senats vom 13.1.1994). Im übrigen ist nach den für das Rechtsbeschwerdegericht bindenden, weil rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts zugunsten der Antragsteller zu keiner Zeit hinsichtlich der Nutzung des Dachgeschoßraums ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden.

e) Ob die Nutzung des Dachgeschoßraums zu Wohnzwecken mehr stört als eine der Zweckbestimmung entsprechende Nutzung, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn dies verneint würde, könnte daraus allenfalls abgeleitet werden, daß die Nutzung als Wohnung von den übrigen Wohnungseigen-

tümern nicht untersagt werden könnte (vgl. dazu aber den Beschluß des Senats vom 13.1.1994). Ein Anspruch auf Umwandlung des Teileigentums in Wohnungseigentum könnte darauf aber nicht gestützt werden.

9. GBO §§ 19, 39; BGB §§ 873, 1154 Abs. 3, § 1184; ZPO § 867 (*Abtretung einer durch Sicherungshypothek gesicherten Forderung*)

Durch die Einigung über die Abtretung einer durch (Zwangs-)Sicherungshypothek gesicherten Forderung wird der Zessionar noch nicht zum Betroffenen im Sinn des Grundbuchrechts.

BayObLG, Beschluß vom 11.3.1998 – ZZ BR 33/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

An dem Grundstück der Beteiligten zu 1 ist im Jahre 1987 aufgrund Vollstreckungsbescheids eine Sicherungshypothek zu 1.411 DM nebst Zinsen für den Beteiligten zu 2 eingetragen worden. Mit notariell beglaubigten Erklärungen vom 26.9.1997 bewilligte dieser und beantragte jene, die Hypothek zu löschen. In der Urkunde heißt es weiter:

„Der Gläubiger hat diese Sicherungszwangshypothek außerhalb des Grundbuchs privatschriftlich abgetreten an Rechtsanwalt S. ... Dieser erteilt zu vorstehender Löschung ebenfalls die Zustimmung und bewilligt den Vollzug im Grundbuch ...“

Die Unterschrift des Rechtsanwalts S. unter der Erklärung ist gleichfalls notariell beglaubigt.

Das Grundbuchamt hat den von der Verfahrensbevollmächtigten gestellten Antrag auf Vollzug der Löschung mit Zwischenverfügung beanstandet; es fehle die Urkunde über die Abtretung an Rechtsanwalt S. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten, der Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben, hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

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

a) Das Landgericht hält zur Löschung der Sicherungshypothek die vorherige Eintragung von Rechtsanwalt S. und dessen Löschungsbewilligung für erforderlich. Da das Grundbuchamt in der Zwischenverfügung die Vorlage der Abtretungsurkunde verlangt hat und nur das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist (BayObLGZ 1991, 97/102), liegen seine Ausführungen insoweit neben der Sache. Die Löschung der Hypothek hängt weder von der Vorlage der Abtretungsurkunde noch von der Voreintragung von Rechtsanwalt S. noch von dessen Bewilligung ab.

b) Die Löschung der Sicherungshypothek, sei es im Wege der Rechtsänderung oder der Berichtigung, muß gemäß § 19 GBO von dem im Grundbuch als Gläubiger der Hypothek eingetragenen Beteiligten zu 2 bewilligt werden, da er von der Löschung betroffen wird (vgl. *Demharter* GBO 22. Aufl. § 19 Rdnrn. 46 und 47). Die Abtretung der Hypothek an Rechtsanwalt S. ist grundbuchrechtlich ohne Bedeutung. Wie die Beteiligten in der Begründung der weiteren Beschwerde zutreffend ausführen, unterscheidet sich die gemäß § 866 Abs. 1,

§ 867 ZPO im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragene Sicherungshypothek (Zwangshypothek) von ihrer Eintragung an grundsätzlich nicht mehr von der durch Rechtsgeschäft bestellten Sicherungshypothek des § 1184 BGB (vgl. BGHZ 64, 194/197; BayObLGZ 1975, 398/402; BayObLG Rpfleger 1986, 372; BayObLG BayVBl 1995, 29; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2160). Bei einer Sicherungshypothek ist jedoch gemäß § 1185 Abs. 1 BGB die Erteilung des Briefs ausgeschlossen; sie kann daher zusammen mit der gesicherten Forderung gemäß §§ 873, 1154 Abs. 3 BGB nur durch Einigung über die Übertragung der Forderung und Eintragung in das Grundbuch abgetreten werden. Die Einigung über die Forderungsabtretung allein berührt das im Grundbuch verlaubarbare Recht nicht. Der Zessionar wird dadurch nicht zum Betroffenen im Sinn des § 19 GBO. Unerheblich ist dabei, ob er durch die Einigung über die Übertragung schon ein Anwartschaftsrecht oder eine Anwartschaft erlangt hat; er ist allenfalls durch die Ordnungsvorschrift des § 17 GBO geschützt, sobald die Eintragung der Abtretung beim Grundbuchamt beantragt ist.

c) § 39 Abs. 1 GBO ist entgegen der Ansicht des Landgerichts hier nicht einschlägig, da der von der Löschung betroffene Beteiligte zu 2 im Grundbuch eingetragen, der nicht eingetragene Zessionar dagegen von der Löschung nicht betroffen ist. Da die nach § 27 Satz 1 GBO erforderliche Zustimmung der Beteiligten zu 1 im Antrag enthalten ist und damit in notariell beglaubigter Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1, § 30 GBO) vorliegt (vgl. BayObLGZ 1984, 218/220 f. [= *MittBayNot* 1094. 102]), steht der Löschung der Sicherungshypothek nichts im Wege.

10. GBO § 84 Abs. 2 (*Gegenstandslose Grunddienbarkeit*)

Eine Grunddienbarkeit in der Form eines Oberflächenwasserableitungsrechts kann dadurch gegenstandslos werden, daß das herrschende Grundstück aufgrund eines Anschluß- und Benutzungszwangs an die gemeindliche Entwässerungseinrichtung angeschlossen wird und die Voraussetzungen einer an sich möglichen Befreiung vom Anschluß- und Benutzungszwang nicht vorliegen.

BayObLG, Beschluß vom 19.3.1998 – ZZ BR 14/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 sind die Eigentümer des Grundstücks Flst. 1589 und des Grundstücks Flst. 1588/2, das einen Teil des früheren Grundstücks Flst. 1587 bildet. Der Beteiligte zu 2 gehört das Grundstück Flst. 1510/8, früher Flst. 237/4. Die Grundstücke liegen an einem Hang. Das Grundstück Flst. 1510/8 liegt oberhalb der anderen beiden Grundstücke.

An den beiden Grundstücken der Beteiligten zu 1 ist in Abteilung II des Grundbuchs ein „Oberwasserableitungsrecht für den jeweiligen Eigentümer des Flst. 237/4 ... gem. Bewilligung vom 5.8.1965 ...“ eingetragen. Bewilligt wurde am 5.8.1965 die Eintragung einer Grunddienbarkeit zur Sicherung des unentgeltlichen Rechts des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flst. 237/4, in den Grundstücken Flst. 1587 und 1589 auf einer Gesamtfläche von 800 m² (auf Flst. 1587 etwa 350 m² und auf Flst. 1589 etwa 450 m²) „eine Rieselrohrleitung unterirdisch zu verlegen und das auf dem Grundstück 237/4 anfallende Oberwasser versickern zu lassen“.

Am 3.4.1995 erließ die Gemeinde, in der die Grundstücke liegen, eine Entwässerungssatzung, die auch Niederschlagswasser erfaßt und einen Anschluß- und Benutzungszwang vorsieht.

Das Grundbuchamt hat am 5.3.1996 auf Anregung der Beteiligten zu 1 das Verfahren zur Löschung der Grunddienstbarkeit wegen Gegenstandslosigkeit eingeleitet und am 7.8.1996 die Löschung der Grunddienstbarkeit für den Fall angekündigt, daß nicht binnen drei Wochen Widerspruch eingelegt werde. Nach rechtzeitigem Widerspruch der Beteiligten zu 2 hat das Grundbuchamt am 13.11.1996 die Gegenstandslosigkeit der Grunddienstbarkeit festgestellt. Der Erinnerung der Beteiligten zu 2 dagegen hat der Grundbuchrichter nicht abgeholfen und sie dem Landgericht vorgelegt, das die sofortige Beschwerde durch Beschluß vom 4.12.1997 zurückgewiesen hat. Die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach § 84 Abs. 2 Buchst. a GBO ist eine Eintragung gegenstandslos, soweit das Recht, auf das es sich bezieht, nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist. Darunter fällt auch ein Recht, das wirksam entstanden, aber inzwischen durch Rechtsvorgänge außerhalb des Grundbuchs erloschen ist. Eine Grunddienstbarkeit erlischt auch dann, wenn der Vorteil, den sie dem herrschenden Grundstück bringt, infolge Veränderungen der tatsächlichen oder der rechtlichen Grundlage wegfällt; das folgt aus § 1019 BGB (BayObLGZ 1988, 14/15 und 1986, 218/223 f., jeweils mit weiteren Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweisen).

b) Eine Grunddienstbarkeit in der Form eines Wasserleitungs- oder -ableitungsrechts kann insbesondere dadurch gegenstandslos werden, daß das herrschende Grundstück an eine gemeindliche Wasserver- oder -entsorgungsanlage angeschlossen werden muß. Nach den vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen und damit für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen (vgl. § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 561 ZPO) ist das Grundstück der Beteiligten zu 2 nach der mit einem Anschluß- und Benutzungszwang ausgestatteten Entwässerungssatzung an die gemeindliche Entwässerungseinrichtung angeschlossen, so daß das Oberflächenwasserableitungsrecht für das herrschende Grundstück jeden Vorteil verloren hat. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht insbesondere aufgrund der Satzung der Gemeinde festgestellt, daß auch Niederschlagswasser erfaßt wird (vgl. § 3 der Satzung), die Voraussetzungen einer nach der Satzung grundsätzlich möglichen Ausnahme vom Anschluß- und Benutzungszwang nicht vorliegen (vgl. § 6 der Satzung) und keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß das Ableitungsrecht in Zukunft wieder Bedeutung erlangen konnte (vgl. dazu BayObLGZ 1988, 14/15 f.).

c) Richtig ist, daß bei der Beurteilung der Frage, ob eine Eintragung gegenstandslos geworden ist, große Vorsicht geboten ist und es nicht Zweck des grundbuchrechtlichen Lösungsverfahrens sein kann, einen Streit der Beteiligten über das Bestehen des Rechts zu entscheiden. Andererseits bringt die von Amts wegen vorgenommene Löschung eines Rechts dieses nicht zum Erlöschen, wenn es nicht erloschen ist. Jedoch beseitigt die Löschung die für den Inhaber des eingetragenen Rechts sprechende Rechtsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB und verschlechtert damit dessen Rechtsstellung (BayObLGZ 1986, 218/221 f. und 224, jeweils m.w.N.). Wenn aber wie hier keine vernünftigen Zweifel daran bestehen, daß das Recht gegenstandslos geworden ist, kann es gelöscht werden. Unbenommen bleibt es der Beteiligten zu 2, im streitigen Verfahren einen von ihr in Anspruch genommenen Grundbuchberichtigungsanspruch zu verfolgen (vgl. §§ 894, 899 BGB).

11. BGB § 158 Abs. 2, §§ 873, 874, 1018; GBO §§ 53, 71 (*Unzulässigkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Bedingung eines Rechts*)

- 1. Gegen die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist die unbeschränkte Beschwerde zulässig.**
- 2. Ist eine Unterlassungsverpflichtung auflösend bedingt und wird zur Sicherung der Verpflichtung eine „entsprechende“ Grunddienstbarkeit bestellt, kann davon ausgegangen werden, daß die dingliche Einigung ein bedingtes Recht zum Gegenstand hat.**
- 3. Eine Bedingung gehört nicht zum Inhalt eines beschränkten dinglichen Rechts; sie ist deshalb in den Eintragungsvermerk aufzunehmen; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist insoweit nicht zulässig.**
- 4. Wird bei einer Dienstbarkeit die auflösende Bedingung, unter der das Recht bestellt wurde, nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen, entsteht nur ein auflösend bedingtes Recht; soweit darüber hinaus ein unbedingtes Recht eingetragen ist, tritt teilweise Grundbuchunrichtigkeit ein.**

BayObLG, Beschluß vom 26.3.1998 – 2Z BR 46/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Mit Urkunde vom 10.7.1970 kaufte die Beteiligte zu 1, eine Gemeinde, aus dem Grundstück Flst. 393 eine Teilfläche und verpflichtete sich, auf der Teilfläche „keine Kaffee- und Gastwirtschaft oder Kantine jeglicher Art zu errichten und keinen Handel mit Flaschenbier ..., Limonaden, Fruchtsäften Colagetränken usw. zu betreiben bzw. durch Dritte betreiben zu lassen“. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte sie in der Urkunde an der Teilfläche eine Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. 340 und bewilligte deren Eintragung in das Grundbuch. Mit weiterer Urkunde vom 28.3.1972 kaufte die Beteiligte zu 1 den Rest des Grundstücks Flst. 393 und erstreckte die in der Urkunde vom 10.7.1970 übernommene Verpflichtung auf „den Betrieb einer Metzgerei und für den Verkauf von Fleisch und Wurstwaren“. In der Urkunde bestellte die Beteiligte zu 1 eine „entsprechende Grunddienstbarkeit“ mit dem ergänzten Inhalt an dem gesamten Grundstück Flst. 393 und bewilligte die Eintragung in das Grundbuch. Im Anschluß daran ist in der Urkunde ausgeführt:

Die Verpflichtung besteht jedoch nur solange, solange die auf Fl.St.Nr. 340 befindliche Gaststätte besteht. Mit der Auflassung der Gaststätte ... erlischt diese Verpflichtung.

Im Jahr 1973 wurde an dem Grundstück Flst. 393 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. 340 eine Grunddienstbarkeit als Gewerbebeschränkung gemäß Bewilligungen vom 10.7.1970 und 28.3.1972 eingetragen. Das Grundstück Flst. 393 ist inzwischen in drei Grundstücke geteilt. Eigentümer des Grundstücks Flst. 340 sind die Beteiligten zu 2.

Im Jahr 1994 hat die Beteiligte zu 1 beantragt, die Grunddienstbarkeit zu löschen, weil die Gaststätte auf dem Grundstück Flst. 340 seit 1975 nicht mehr bestehe. Dazu hat sie einen mit Unterschrift und Siegel versehenen Gemeinderatsbeschluß mit diesem Inhalt vorgelegt. Das Grundbuchamt hat die Grunddienstbarkeit daraufhin am 4.8.1994 gelöscht. Auf die Erinnerung der Beteiligten zu 2 gegen die Löschung hat das Grundbuchamt am 29.12.1995 zugunsten der Beteiligten zu 2 gegen die Löschung der Grunddienstbarkeit einen Amtswiderspruch eingetragen. Auf die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten zu 1 hiergegen hat das Landgericht das Grundbuchamt angewiesen, den Amtswiderspruch zu löschen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2 blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) Ein Amtswiderspruch ist gegen eine Eintragung im Grundbuch, bei der es sich auch um eine Löschung handeln kann, dann einzutragen, wenn die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Dabei muß die Verletzung gesetzlicher Vorschriften feststehen, während die Unrichtigkeit des Grundbuchs nur glaubhaft sein muß (allg.M.; BayObLGZ 1986, 513/515 [= MittBayNot 1987, 91]; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 53 Rdnr. 28 m.w.N.). Gegen die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist die unbeschränkte, also auf die Löschung des Amtswiderspruchs gerichtete Beschwerde zulässig (BayObLGZ 1986, 294/297; *Demharter* § 53 Rdnr. 31). Sie hat Erfolg, wenn der Amtswiderspruch eingetragen wurde, ohne daß die Voraussetzungen dafür vorlagen, nämlich eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften bei der Eintragung und eine dadurch herbeigeführte Grundbuchunrichtigkeit, die nicht feststehen, sondern nur glaubhaft sein muß.

b) Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, daß jedenfalls eine durch die Löschung der Grunddienstbarkeit herbeigeführte Grundbuchunrichtigkeit nicht glaubhaft ist.

(1) Die Unterlassungsverpflichtung, die Gegenstand der Grunddienstbarkeit ist (vgl. § 1018 Fall 2 BGB), ist auflösend bedingt durch die Aufgabe der bei Begründung der Unterlassungsverpflichtung auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gaststätte. Das Landgericht hat angenommen, daß die Einigung (vgl. § 873 BGB) die Bestellung einer auflösend bedingten Grunddienstbarkeit zum Gegenstand hatte. Ohne Rechtsfehler hat es dies daraus abgeleitet, daß „zur Sicherung der Verpflichtung“ ... eine „entsprechende“ Grunddienstbarkeit bestellt und zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt wurde. Die zur Entstehung einer Grunddienstbarkeit erforderliche Grundbucheintragung (vgl. § 873 BGB) bringt allerdings die auflösende Bedingung nicht zum Ausdruck. Die Bedingung eines Rechts muß, weil es sich dabei ebenso wie bei einer Befristung nicht um den Inhalt des dinglichen Rechts im Sinn des § 874 BGB handelt, nach allgemeiner Meinung in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist insoweit nicht zulässig (*Demharter* § 44 Rdnr. 20 m.w. Rechtsprechungsnachweisen). Einigen sich wie hier die Beteiligten auf eine bedingte Grunddienstbarkeit, wird aber ein unbedingtes Recht in das Grundbuch eingetragen, dann entsteht eine bedingte Grunddienstbarkeit. Soweit über die dingliche Einigung hinaus ein unbedingtes Recht eingetragen ist, tritt teilweise Grundbuchunrichtigkeit ein (BGH NJW 1990, 112/114; *Demharter* § 22 Rdnr. 7; *Staudinger/Gursky*, BGB 13. Aufl. Rdnr. 183; *Palandt/Bassenge* BGB 57. Aufl., Rdnr. 13, jeweils zu § 873).

(2) Die damit wirksam nur als auflösend bedingtes Recht entstandene Grunddienstbarkeit erlischt mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB). Das Landgericht geht davon aus, daß die auflösende Bedingung, nämlich die Aufgabe der auf dem herrschenden Grundstück betriebenen Gaststätte eingetreten ist. Dabei stützt es sich auf den Sachvortrag der Beteiligten zu 1, der von den Beteiligten zu 2 nicht in Abrede gestellt worden sei. Diese tatrichterliche Würdigung ist für das Rechtsbeschwerdegericht bindend, weil sie keine Rechtsfehler enthält (§ 78 Satz 2 GBO, § 561 ZPO). Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht damit zu dem Ergebnis

gelangt, es sei nicht glaubhaft, daß durch die Löschung der Grunddienstbarkeit das Grundbuch unrichtig geworden ist. Der Amtswiderspruch wurde daher zu Recht eingetragen.

(3) Da für die hier zu treffende Entscheidung nur darauf abzustellen ist, ob der Eintritt der auflösenden Bedingung und damit das Erlöschen der Grunddienstbarkeit glaubhaft ist, kommt es nicht darauf an, ob der für eine Löschung der Grunddienstbarkeit im Weg der Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO erforderliche volle Nachweis für das Erlöschen des Rechts in der Form des § 29 GBO erbracht ist.

12. GG Art. 103 Abs. 1; GBO §§ 19, 53; BGB §§ 874 (*Unzulässige Eintragung einer Grunddienstbarkeit ohne nähere Bezeichnung des Rechts*)

- 1. Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit ohne nähere Bezeichnung des Rechts unter bloßer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung war auch im Jahr 1938 eine inhaltlich unzulässige Eintragung.**
- 2. Vor der Löschung eines Rechts als inhaltlich unzulässig ist dem Berechtigten rechtliches Gehör zu gewähren.**
- 3. Wird ein Recht als inhaltlich unzulässig gelöscht, ist der Eintragungsantrag unerledigt und muß noch verbeschieden werden.**
- 4. Der jetzige Eigentümer eines Grundstücks ist an die Bewilligung der Eintragung eines dinglichen Rechts durch den Erblasser, dessen Miterbe in Erbengemeinschaft er geworden ist, nicht gebunden, wenn er im Weg der Erbauseinandersetzung das Alleineigentum an dem Grundstück erlangt hat.**

BayObLG, Beschluß vom 5.3.1998 – 2Z BR 27/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 ist die Eigentümerin des Grundstücks Flst. 1772/5, früher Plan Nr. 1772 1/5 a und 1772 1/5 b. Der Beteiligte zu 2 ist der Eigentümer des angrenzenden Grundstücks Flst. 1772/4, früher Plan Nr. 1772 1/4 a und 1772 1/4 b.

Zu notarieller Urkunde vom 20.7.1936 verkaufte der damalige Eigentümer der Grundstücke Plan Nr. 1772 1/5 a, b und 1772 1/4 a, b das Grundstück Plan Nr. 1772 1/5 a, b und verpflichtete sich, „als Zugang und Einfahrt zu dem vertragsgegenständigen Grundstück ... von seinem Grundstück Plan Nr. 1772 1/4 a, b an der nördlichen Grenze seines bezeichneten Grundstückes einen Weg von 2 Meter Breite von der Straße aus bis zum vertragsgegenständigen Grundstück Plan Nr. 1772 1/5 a, b zur gemeinsamen Benutzung liegen zu lassen“. Für dieses Zugangs- und Zufahrtsrecht bestellte er an seinem Grundstück Plan Nr. 1772 1/4 a, b zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Plan Nr. 1772 1/5 a, b eine entsprechende Grunddienstbarkeit und bewilligte und beantragte deren Eintragung im Grundbuch.

Die Eintragung im Grundbuch wurde wie folgt vorgenommen:

Am 22.4.1938 Grunddienstbarkeit an Pl.Nrn. 1772 1/4 a und 1772 1/4 b zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Grundstücke Pl.Nr. 1772 1/5 a und 1772 1/5 b; nach der näheren Bezeichnung in der Eintragungsbewilligung vom 20.7.1936 ...

Am 5.7.1971 wurde die Dienstbarkeit als inhaltlich unzulässig von Amts wegen gelöscht. Von der Löschung wurde weder der Eigentümer des herrschenden noch der des dienenden Grundstücks benachrichtigt.

Der Eigentümer des Grundstücks Plan Nr. 1772 1/4 a, b im Zeitpunkt der Bestellung der Grunddienstbarkeit und Bewilligung ihrer Eintragung im Jahr 1936 wurde von einer Erbengemeinschaft beerbt, zu der auch der Beteiligte zu 2 gehörte. Der Beteiligte zu 2 hat das Alleineigentum an dem Grundstück im Weg der Erbauseinandersetzung durch Auflassung vom 5.10.1978 und Eintragung vom 31.8.1979 erlangt.

Die Beteiligte zu 1 hat gegen die Löschung der Dienstbarkeit Erinnerung eingelegt und die Eintragung des Geh- und Fahrrechts, jedenfalls eines Amtswiderspruchs gegen die Löschung verlangt. Rechtspflegerin und Grundbuchrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Das Landgericht hat durch Beschluß vom 2.2.1998 die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Zu Recht haben die Vorinstanzen die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Löschung vom Jahr 1971 abgelehnt.

a) Gegen die Löschung der Dienstbarkeit im Jahr 1971 ist nur die Beschwerde mit dem eingeschränkten Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs zulässig (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO), weil sich an die Eintragung in Form der Löschung ein gutgläubiger Erwerb anschließen konnte (*Demharter* GBO 22. Aufl. § 71 Rdnr. 37 und § 53 Rdnr. 61). Sollte nämlich die Eintragung der Dienstbarkeit inhaltlich zulässig gewesen sein, hätte das Grundstück nach der Löschung gutgläubig lastenfrei erworben werden können.

b) Ein Amtswiderspruch ist gegen eine Eintragung, bei der es sich auch um eine Löschung handeln kann, dann einzutragen, wenn das Grundbuchamt die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat und das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Es kann letztlich dahinstehen, ob das Grundbuchamt bei der Löschung im Jahr 1971 gesetzliche Vorschriften verletzt hat. Denn das Grundbuch ist durch die Löschung jedenfalls nicht unrichtig geworden. Das Grundbuchamt hätte zwar vor der Löschung den Beteiligten, insbesondere dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks, rechtliches Gehör gewähren müssen (Art. 103 Abs. 1 GG; BayObLGZ 1961, 23/29; *Demharter* § 1 Rdnr. 50 und § 53 Rdnr. 55, 57); auch hätte es die Löschung dem Eigentümer des herrschenden und dem des dienenden Grundstücks bekannt machen müssen (vgl. § 55 GBO a.F.). Das Grundbuch ist aber durch die Löschung nicht unrichtig geworden, weil es sich bei der Eintragung um eine inhaltlich unzulässige Eintragung handelte, durch die die Dienstbarkeit nicht entstanden ist und durch deren Beseitigung daher das Grundbuch nicht unrichtig werden konnte.

c) Bei der Eintragung einer Grundstücksbelastung kann gemäß § 874 BGB grundsätzlich zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Daraus folgt, daß das Recht selbst mit seinem wesentlichen Inhalt in dem Eintragungsvermerk gekennzeichnet sein muß. Dabei genügt eine schlagwortartige Bezeichnung, z.B. als Geh- und Fahrrecht. Fehlt es daran, liegt eine inhaltlich unzulässige Eintragung vor (allg. Meinung; *Demharter* § 44 Rdnr. 16 ff. m.w.N.). Diese Rechtslage bestand bereits im Zeitpunkt der Eintragung des Rechts im Jahr 1938. Zu Recht hat das Landgericht darauf abgestellt, daß maßgebend für die Beurteilung, ob eine inhaltlich unzulässige Eintragung vorliegt, auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eintragung abzustellen ist (*Demharter* § 53

Rdnr. 50 m.w.N.). Das Kammergericht hat bereits am 1.10.1936 (JW 1936, 3477) entschieden, daß die Eintragung einer Grunddienstbarkeit inhaltlich unzulässig ist, wenn die Angabe des Inhalts des Rechts (z.B. Wegerecht, Wasserleitungsrecht) in dem Eintragungsvermerk selbst fehlt und auch insoweit lediglich auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist. Der Entscheidung des Kammergerichts lag ein Sachverhalt zugrunde, der sich weitestgehend mit dem deckt, der hier zu treffenden Entscheidung zugrundeliegt.

d) Mit der somit sachlich zu Recht vorgenommenen Löschung der Eintragung vom Jahr 1938 war der auf die Eintragung abzielende Antrag unerledigt und hätte erneut verbeschieden werden müssen (BayObLGZ 1961, 29/27; *Demharter* § 53 Rdnr. 53). Heute kann dem Antrag aber nicht mehr stattgegeben werden. Erforderlich wäre dazu die Bewilligung des Beteiligten zu 2 als des von der Eintragung Betroffenen (§ 19 GBO). Bei der Frage, wessen Recht von der Eintragung betroffen wird, ist auf den Zeitpunkt der vorzunehmenden Eintragung abzustellen, weil erst durch sie das Recht des Eigentümers betroffen wird. Eine Eintragungsbewilligung des Beteiligten zu 2 liegt nicht vor. An die Bewilligung seines Rechtsvorgängers im Eigentum ist der Beteiligte zu 2 nicht gebunden, weil er nicht dessen Gesamtrechtsnachfolger ist (vgl. für den Fall der Auflassung BayObLGZ 1956, 172/180; BayObLG NJW-RR 1990, 722/723, *Demharter* § 20 Rdnr. 44 m.w.N.).

Es kann dahinstehen, ob das Grundbuchamt dadurch gegen § 17 GBO verstoßen hat, daß es mit der Löschung im Jahr 1971 nicht auch über den damit zur Entscheidung anstehenden Eintragungsantrag befunden hat und später eingegangenen Eintragungsanträgen stattgegeben hat. Weil § 17 GBO lediglich eine Ordnungsvorschrift ist, berührt ein Verstoß dagegen die Wirksamkeit späterer Eintragungen nicht (*Demharter* § 17 Rdnr. 17).

13. GBO § 2; BGB § 727 Abs. 1 (*Grundbuchberichtigung bei Tod eines BGB-Gesellschafters*)

Zur Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters reicht die Berichtigungsbewilligung des Erben ohne Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder Nachweis des Inhalts eines nur mündlich geschlossenen Gesellschaftsvertrags nicht aus (Bestätigung von BayObLGZ 1991, 301 [= MittBayNot 1992, 47] und 1992, 259 [= MittBayNot 1993, 363]).

BayObLG, Beschluß vom 16.10.1997 – 2Z BR 94/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer eines Grundstücks sind im Grundbuch mehrere Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen, darunter K. Dieser ist gestorben und von der Beteiligten allein beerbt worden.

Die Beteiligte hat bewilligt, das Grundbuch dadurch zu berichtigen, daß sie an Stelle von K. als Miteigentümerin eingetragen wird. Das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Berichtigungsbewilligung der Erbin des gestorbenen BGB-Gesellschafters sei für eine Grundbuchberichtigung nicht ausreichend, weil sich die Rechtsnachfolge beim Tod eines BGB-Gesellschafters grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags richte.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Der Senat hat sich in seiner Entscheidung vom 12.8.1991 (BayObLGZ 1991, 301 [= MittBayNot 1992, 47]) mit der Frage auseinandergesetzt, welche Anforderungen zur Berichtigung des Grundbuchs zu erfüllen sind, das durch den Tod eines von mehreren im Grundbuch als Eigentümer oder Berechtigte eines dinglichen Rechts eingetragenen Gesellschaftern bürgerlichen Rechts unrichtig geworden ist. Der Senat ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, daß das Grundbuch aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nur berichtigt werden kann, wenn dem Grundbuchamt der Gesellschaftsvertrag vorgelegt oder bei einem nur mündlich abgeschlossenen Vertrag dessen Inhalt in anderer Weise zur Überzeugung des Grundbuchamts nachgewiesen wird. Die Frage einer Grundbuchberichtigung aufgrund einer Berichtigungsbewilligung ist am Ende der Entscheidung angesprochen; auch insoweit gilt grundsätzlich nichts anderes als bei einer Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises. Der Senat hat auch zum Nachweis der Bewilligungsberechtigung verlangt, daß der Gesellschaftsvertrag vorgelegt oder sein Inhalt nachgewiesen wird. Die tragenden Gründe der Entscheidung sind die, daß sich beim Tod eines BGB-Gesellschafters die Rechtsnachfolge hinsichtlich des Gesellschaftsanteils nicht nach dem Erbrecht vollzieht, vielmehr gesellschaftsrechtliche Regeln maßgebend sind (vgl. § 727 Abs. 1 BGB).

Der Senat hat sodann diese Entscheidung in seinem Beschluß vom 13.8.1992 (BayObLGZ 1992, 259 [= MittBayNot 1993, 363]) ergänzt und sich vor allem mit den Einwendungen, insbesondere von *Ertl* (MittBayNot 1992, 11), gegen seine Entscheidung vom Jahr 1991 auseinandergesetzt. Während bei der Entscheidung vom Jahr 1991 die Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises im Vordergrund stand, ging es bei der Entscheidung vom Jahr 1992 vor allem um eine Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung. Der Senat hat daran festgehalten, daß es auch bei einer Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung für den in diesem Fall erforderlichen Nachweis der Bewilligungsberechtigung unverzichtbar ist, den Gesellschaftsvertrag vorzulegen oder seinen Inhalt nachzuweisen. Eine Berichtigungsbewilligung der Erben des verstorbenen Gesellschafters hielt der Senat deshalb nicht für ausreichend, weil nicht das Erbrecht, sondern dieses allenfalls nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Regelungen des Gesellschaftsvertrags bestimmt, wer in die Rechtsposition des verstorbenen Gesellschafters hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils einrückt.

b) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung, auf die im einzelnen Bezug genommen wird, fest. Im vorliegenden Fall wird der Antrag auf Grundbuchberichtigung ausschließlich auf die Berichtigungsbewilligung der Beteiligten gestützt und nicht in Anspruch genommen, daß ein Unrichtigkeitsnachweis geführt sei. Die Auffassung des Senats, daß zur Abgabe der Berichtigungsbewilligung nicht ohne weiteres die Erben des verstorbenen Gesellschafters als berechtigt anzusehen sind, zum Nachweis der Bewilligungsberechtigung vielmehr die Kenntnis des Gesellschaftsvertrags unverzichtbar ist,

wurde vom Oberlandesgericht Schleswig in dessen Entscheidung vom 19.12.1991 (Rpflerger 1992, 149/150 [= MittBayNot 1992, 139]) geteilt. Auch das Oberlandesgericht Zweibrücken hat sich in seiner Entscheidung vom 25.3.1995 (Rpflerger 1996, 192 [= MittBayNot 1995, 210]) mit zustimmender Anmerkung von *Gerken* der Rechtsprechung des Senats angeschlossen. Diese wird ferner von *Zimmermann* (BWNotZ 1995, 73/81) und *Jaschke* (DNotZ 1992, 160) gebilligt. Abgelehnt wird sie von *Haegle/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 983a).

c) Die Ausführungen der Beteiligten geben dem Senat keinen Anlaß, seine Rechtsprechung abzuändern.

Die Berichtigungsbewilligung allein der Beteiligten mit dem Ziel, sie selbst als Erbin an Stelle des Erblassers als Gesellschafterin in das Grundbuch einzutragen, kann in keinem Fall ausreichen. In dem Werk von *Haegle/Schöner/Stöber* (Rdnr. 983a), dessen Bearbeiter der Rechtsprechung des Senats nicht folgen, wird außer der Bewilligung der Erben jedenfalls auch die der übrigen Gesellschafter verlangt. Die Beteiligte will im Grunde nur eine schlichte Rechtsnachfolge von Todes wegen aufgrund Erbscheins, also aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ohne Rücksicht darauf in das Grundbuch eingetragen haben, daß das Grundstück zum Gesamthandsvermögen einer BGB-Gesellschaft gehört.

(1) Der Senat hat in der Entscheidung vom Jahr 1992 ausgeführt, die Rechtsnachfolge beim Tod eines BGB-Gesellschafters hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils vollziehe sich grundsätzlich nicht nach den Regeln des Erbrechts, sondern nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags. Damit ist nicht gesagt, daß der Gesellschaftsvertrag jemanden „zum Erben“ des Gesellschaftsanteils machen kann. Wohl aber kann er im Zusammenwirken mit den erbrechtlichen Regeln bestimmen, wer mit dem Tod des Erblassers in dessen Rechtsposition hinsichtlich des Gesellschaftsanteils einrückt. Dabei handelt es sich insoweit bei dem Gesellschaftsvertrag nicht um die Begründung einer Rechtsnachfolge „von Todes wegen“; der Tod eines eingetragenen Gesellschafters ist lediglich das Ereignis, an das der Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Rechtsnachfolge anknüpft.

Es trifft nicht zu, daß der Anteil eines BGB-Gesellschafters grundsätzlich vererblich ist und die Vererblichkeit durch den Gesellschaftsvertrag nur eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Anteil grundsätzlich unvererblich ist und die Vererblichkeit nur gegeben ist, wenn und soweit sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und zugelassen ist (vgl. dazu § 719 Abs. 1 BGB; BGHZ 22, 186/191 [= MittBayNot 1957, 105]).

(2) Der Senat hat in seiner Entscheidung vom Jahr 1992 im einzelnen dargetan, warum die Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht ohne weiteres als berechtigt angesehen werden können, die Berichtigungsbewilligung abzugeben. Er hat dabei begründet, warum die Buchposition des verstorbenen Gesellschafters nicht ohne Rücksicht auf das rechtliche Schicksal der durch sie verlaublichen materiellen Berechtigung auf die Erben übergeht (BayObLGZ 1992, 259/263 [= MittBayNot 1993, 363]). Daran hält der Senat fest. Die Beteiligte trägt keine Argumente vor, die diese Ansicht des Senats in Frage stellen könnten. Bewilligungsberechtigt kann bei einer Berichtigungsbewilligung sowohl der Buchberechtigte sein als auch der wahre Berechtigte. Das ist in dem Sinn zu verstehen, daß es Fälle gibt, in denen nur der Buchberechtigte betroffen im Sinn des § 19 GBO und damit bewilligungsberechtigt ist, während in anderen Fällen der wahre Berechtigte betroffen ist. Deshalb kann sowohl der eine als auch

der andere bewilligungsberechtigt sein. Soll das Grundbuch durch Löschung eines Rechts oder Eintragung des wahren Berechtigten berichtigt werden, ist der Buchberechtigte betroffen, weil Gegenstand lediglich seine Buchposition ist; in allen anderen Fällen ist betroffen und damit bewilligungsrechtlich der wahre Berechtigte.

(3) Der Hinweis der Beteiligten auf die Vermutung des § 891 BGB hilft bei einer Grundbuchberichtigung beim Tod eines eingetragenen Berechtigten nicht weiter. Die Vermutung, daß der eingetragene Berechtigte der wahre Berechtigte ist, wird durch den Tod des eingetragenen Berechtigten widerlegt (BayObLGZ 1992, 259/263 [= MittBayNot 1993, 363]). Für die übrigen Gesellschafter gilt dies nicht. Deshalb kann auf die Vermutung des § 891 BGB nur insoweit zurückgegriffen und davon ausgegangen werden, daß die übrigen im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter Berechtigte sind.

Auch der Hinweis auf den öffentlichen Glauben des Erbscheins (§ 2365 BGB) vermag dem Berichtigungsantrag der Beteiligten nicht zum Erfolg zu verhelfen. Der öffentliche Glaube des Erbscheins wird durch die Rechtsprechung des Senats nicht in Frage gestellt. Er geht nämlich nur dahin, daß die im Erbschein ausgewiesene Person Erbe ist. Der Erbschein besagt aber nichts darüber, ob ein Gesellschaftsanteil des Erblassers in den Nachlaß fällt und nach den Regeln des Erbrechts auf den durch den Erbschein ausgewiesenen Erben übergegangen ist.

(4) Soweit der Gesellschaftsvertrag dem Grundbuchamt in grundbuchmäßiger Form vorgelegt wird, kann das Grundbuchamt mangels gegenteiliger Anhaltspunkte für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung davon ausgehen, daß der Vertrag nicht nachträglich geändert worden ist. Eine absolute Sicherheit kann es insoweit wie auch sonst jedoch nicht geben. Liegt kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag vor, ist es Sache desjenigen, der die Grundbuchberichtigung betreibt, zur Überzeugung des Grundbuchamts darzulegen, welchen Inhalt der Gesellschaftsvertrag unter Berücksichtigung späterer Änderungen hat. Daß der Senat ausnahmsweise einen nicht der grundbuchmäßigen Form des § 29 GBO entsprechenden Nachweis zuläßt, spricht entgegen der Meinung der Beteiligten nicht gegen die Richtigkeit seiner Rechtsprechung. In der Rechtsprechung und im Schrifttum wird allgemein anerkannt, daß in Ausnahmefällen auf einen formgerechten Nachweis verzichtet werden kann und eine freie Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt möglich ist (vgl. dazu *Demharter* GBO 22. Aufl. § 29 Rdnr. 63 ff. m.w.N.). Auch in diesen Fällen müßte dann auf einen „nicht richtigen Systemansatz“ geschlossen werden.

(5) Die Berichtigungsbewilligung des Erben kann auch nicht mit dem Hinweis darauf als ausreichend angesehen werden, daß das Grundbuchamt die entsprechende berichtigende Eintragung nur ablehnen darf, wenn feststeht, daß das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde. Der Grundsatz, daß eine Grundbucheintragung nicht verweigert werden darf, wenn sie nur möglicherweise zur Grundbuchunrichtigkeit führt, gilt nur bei Vorliegen aller Eintragungsvoraussetzungen, nicht aber, wenn Zweifel daran bestehen, ob alle Eintragungsvoraussetzungen gegeben sind (BayObLGZ 1986, 81/85 [= MittBayNot 1986, 124]; *Demharter* Anhang zu § 13 Rdnr. 30). Bei der Berichtigungsbewilligung eines Erben bestehen aber im Hinblick auf mögliche abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag im Sinn des § 727 Abs. 1 BGB Zweifel an der Bewilligungsberechtigung des Erben. Diese Zweifel berühren eine Eintragungsvoraussetzung.

14. GBO §§ 18, 71, 78, 79 Abs. 2 (*Keine weitere Beschwerde gegen die Aufhebung einer Zwischenverfügung*)

Der Senat hält daran fest, daß im Antragsverfahren die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des Landgerichts, mit der es eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufgehoben hat, nicht statthaft ist. Dies gilt auch dann, wenn der Rechtsbeschwerdeführer geltend macht, im Beschwerdeverfahren sei sein Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden. Wegen der abweichenden Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20.1.1997 (MittBayNot 1997, 293 = FGPrax 1997, 125) legt der Senat die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vor.

BayObLG, Beschluß vom 13.3.1998 – 2Z BR 159/97 = BayObLGZ 1998 Nr. 17–, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2 ist als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen, das auch das Flurstück 699/1 zu 23 m² umfaßt. Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, sie aufgrund einer im Jahre 1939 erklärten Auflassung als Eigentümerin der Teilfläche einzutragen.

Der Großvater des Beteiligten zu 2 trat zu notarieller Urkunde vom 9.6.1939 diese Fläche (im folgenden Grundstück genannt) an die Beteiligte zu 1 ab; in der Urkunde ist die Auflassung erklärt und deren Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt.

Mit notariellem Vertrag vom 3.8.1943 übertrug der Großvater des Beteiligten zu 2 seinen Grundbesitz einschließlich des Grundstücks an den Vater des Beteiligten zu 2; dieser wurde am 10.10.1944 aufgrund der Auflassung als Eigentümer eingetragen. Der Großvater des Beteiligten zu 2 starb am 14.1.1944; er wurde vom Vater des Beteiligten zu 2 und zwei weiteren Söhnen beerbt. Alleinerbin des 1983 verstorbenen Vaters war dessen Ehefrau (verstorben 1986), mit der er in Gütergemeinschaft gelebt hatte; deren Alleinerbin ist der Beteiligte zu 2.

Die Beteiligte zu 1 hat am 11.9.1996 zum wiederholten Male beantragt, sie aufgrund der Auflassung vom 9.6.1939 als Eigentümerin des Grundstücks einzutragen. Sie geht davon aus, daß der Beteiligte zu 2 als Gesamtrechtsnachfolger seines Großvaters an die notariell beurkundete Auflassung und die Eintragungsbewilligung gebunden sei.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung vom 18.7.1997 beanstandet. Zur Eigentumsumschreibung sei eine Auflassungserklärung des Beteiligten zu 2 als des jetzigen Eigentümers erforderlich (der weitere Inhalt der Zwischenverfügung ist nicht mehr Gegenstand des Verfahrens). Die Auflassung vom 9.6.1939 könne nur dann Grundlage der beantragten Eintragung sein, wenn der jetzige Eigentümer seine Rechtsstellung auf eine lückenlose Kette von Eigentumsübergängen im Wege der Erbfolge oder erbähnlicher Rechtsvorgänge zurückführen könnte. Diese Kette sei aber durch die Auflassung vom 3.8.1943 unterbrochen worden, die Auflassung von 1939 damit nicht mehr bindend.

Die Beteiligte zu 1 hat gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt, der Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben. Das Landgericht hat auf das Rechtsmittel (Beschwerde) hin die Zwischenverfügung des Grundbuchamts mit Beschluß vom 29.9.1997 aufgehoben. Es ist der Meinung, daß die Auflassung und die Eintragungsbewilligung vom 9.6.1939 bindend geworden seien und dies auch der Beteiligte zu 2 als Gesamtrechtsnachfolger seines Großvaters gegen sich gelten lassen müsse.

Der Beteiligte zu 2 hat gegen den Beschluß des Landgerichts weitere Beschwerde eingelegt; er beantragt, ihn aufzuheben und den Eintragungsantrag zurückzuweisen. Er macht unter anderem geltend, daß sein Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt sei, da er nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt worden sei.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen. Der Senat möchte, seiner ständigen Rechtsprechung folgend, das Rechtsmittel ohne Prüfung der materiellen Rechtslage – der Eintragungsantrag selbst ist ohnehin nicht Gegenstand des Verfahrens, vgl. BayObLGZ 1980, 37/40; 1991, 97/102; BayObLG NJW-RR 1987, 1204 – wegen fehlender Beschwerdeberechtigung verwerfen. Er sieht sich daran aber durch den Beschluß des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. Januar 1997 (8 Wx 128/96 = MittBay-Not 1997, 293 = FGPrax 1997, 125) gehindert; dieses hat in einem solchen Fall die weitere Beschwerde mit dem Ziel, die Entscheidung des Beschwerdegerichts aufzuheben, für zulässig erachtet.

2. a) Im Antragsverfahren der Grundbuchordnung deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit der Antragsberechtigung (BayObLGZ 1980, 37/39 m.w.N.; *Demharter* GBO 22. Aufl. Rdnr. 63, KEHE-*Kuntze* GBR 4. Aufl. Rdnr. 69, *Meikel/Streck* GBR 8. Aufl. Rdnr. 118 und 123, jeweils zu § 71; *Haegele/Schöner/Stöber* GBR 11. Aufl. Rdnr. 489). Ziel der Anfechtung kann im Antragsverfahren nur sein, das Antragsrecht durchzusetzen, nicht die Eintragung zu verhindern (vgl. BayObLG aaO; *Demharter* Rdnr. 65, KEHE/*Kuntze* Rdnr. 70a, *Meikel/Streck* Rdnr. 122 und 123, jeweils zu § 71; *Haegele/Schöner/Stöber* a.a.O.). Dementsprechend ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung des Beschwerdegerichts, mit der dieses eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufgehoben hat, mangels Beschwerdeberechtigung unzulässig (vgl. BayObLGZ 1977, 251 ff.; BayObLG Rpfleger 1980, 63; 1991, 107; BayObLG DNotZ 1995, 304; ebenso OLG Stuttgart OLGZ 1968, 335/337). Das gleiche gilt entsprechend, wenn das Beschwerdegericht die Zurückweisung des Eintragungsantrags durch das Grundbuchamt aufhebt (vgl. BayObLGZ 1980, 37/41).

b) Das Brandenburgische Oberlandesgericht ist in dem auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß vom 20.1.1997 von den zitierten Entscheidungen des Senats abgewichen. Da der Senat an seiner Rechtsprechung festhalten will und die Entscheidung von der unterschiedlichen Auslegung bundesrechtlicher Vorschriften (§§ 71, 78 GBO) abhängt, muß er die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof unabhängig davon vorlegen, ob schon das Brandenburgische Oberlandesgericht eine Vorlegungspflicht getroffen hätte (vgl. BGHZ 106, 253/255). Dabei ist es rechtlich ohne Bedeutung, daß das Brandenburgische Oberlandesgericht zwar den Beschluß des Landgerichts aufgehoben, nicht aber die Zwischenverfügung wiederhergestellt hat. Denn wesentlich ist, daß es die weitere Beschwerde für zulässig erachtet, die angefochtene Entscheidung aufgehoben und deren Bindungswirkung (vgl. BayObLGZ 1974, 18/21; *Meikel/Streck* § 77 Rdnr. 44) beseitigt hat. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zwischenverfügung nicht durch die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung notwendigerweise wieder wirksam wird, auch wenn das Beschwerdegericht die Erstbeschwerde nicht ausdrücklich zurückweist.

c) Die Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts hat teilweise Zustimmung (*Meikel/Streck* § 71 Rdnr. 123, Fn. 378a), teilweise Widerspruch (*Demharter* MittBay-Not 1997, 270/272) gefunden. Der Senat hält die Argumente des Gerichts nicht für durchschlagend und möchte an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten. Die Bindung des Grundbuchamts und des Beschwerdegerichts an die Auf-

hebung der Zwischenverfügung und an die tragenden Gründe der Beschwerdeentscheidung bringt zwar eine gewisse Verschlechterung der verfahrensrechtlichen Rechtsstellung des Beteiligten mit sich, der die Eintragung verhindern will. Nach Ansicht des Senats reicht dies aber nicht aus, um den Grundsatz außer Kraft zu setzen, daß die dem Antragsrecht entsprechende Beschwerdeberechtigung nur zu dem Zweck eingeräumt ist, dem Eintragungsantrag zum Erfolg zu verhelfen. Entscheidend ist, daß auch mit der Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses noch keineswegs feststeht, daß die Eintragung vorgenommen wird. Auch bleibt dem Betroffenen die Möglichkeit, zur Verhinderung der Eintragung das Prozeßgericht anzurufen (vgl. im einzelnen *Demharter* MittBay-Not 1997, 270/271 f.). Gegen die Eintragung kann er nach Maßgabe des § 71 GBO mit Beschwerde und weiterer Beschwerde vorgehen.

d) Diese Grundsätze gelten nach Ansicht des Senats auch dann, wenn der Rechtsmittelführer geltend macht, im Beschwerdeverfahren sei sein Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden (vgl. BayObLG Rpfleger 1983, 12; BayObLG MittBayNot 1990, 355/356; *Demharter* § 77 Rdnr. 9; *Meikel/Streck* § 71 Rdnr. 114 und 123).

15. GBO § 12; GBV § 46 (*Zum berechtigten Interesse bei Grundbucheinsicht*)

1. **Etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche geben dem Beteiligten zu Lebzeiten des Erblassers kein Recht zur Einsicht des zwischen seinen Eltern und einem Geschwister geschlossenen, bei den Grundakten befindlichen Grundstücksüberlassungsvertrags.**
2. **Das berechtigte Interesse an der Einsicht von Grundbuch und Grundakten kann nicht mit persönlichen Motiven, etwa dem gedeihlichen Zusammenleben innerhalb einer Familie, begründet werden.**

BayObLG, Beschluß vom 25.3.1998 – 2Z BR 171/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

16. BGB § 1092 (*Gesellschafterwechsel bei einer GbR als Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit*)

1. **Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch für mehrere Berechtigte in BGB-Gesellschaft eingetragen werden.**
2. **Eine Änderung in ihrem Gesellschafterbestand (Gesellschafterwechsel) führt nicht zu einer Änderung der Identität der berechtigten Gesamthandsgemeinschaft; sie ist im Wege der Grundbuchberichtigung eintragbar und verstößt nicht gegen den Grundsatz der Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.**
3. **Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eintritts eines weiteren Gesellschafters aufgrund Unrichtigkeitsnachweis kann nicht deswegen verweigert werden, weil das Grundbuch bezüglich der Person eines anderen Gesellschafters unrichtig ist.**

(*Leitsätze des Einsenders*)

LG Landshut, Beschluß vom 6.5.1997 – 60 T 438/97 –, mitgeteilt von *Notar Dr. Hartmut Schöner*, München

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) und der verstorbene G. waren in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft Eigentümer des Grundbesitzes der Gemarkung A. Fl.Nr. 497/1 mit einer Grundfläche von ca. 550 qm. Die Gesellschaft beabsichtigte, auf diesem Grundbesitz ein Boardinghaus zu errichten. Zu diesem Zweck wurde der Grundbesitz nach § 8 WEG in Teileigentum aufgeteilt.

In § 3 der Urkunde vom 10.6.1994 ist bestimmt:

„Die Herren G. und P. als (künftige) Eigentümer des in § 1 Ziffer 3 genannten Grundbesitzes bewilligen und beantragen hiermit nach Vollzug der genannten Teilungserklärung zu Lasten jeder einzelnen Teileigentumseinheit zugunsten der in dieser Urkunde gegründeten BGB-Gesellschaft, (derzeit) bestehend aus den Herren P. und G. die Eintragung einer befristeten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Belegungsrecht) folgenden Inhalts: ...“

In § 1 Ziffer 2. des am gleichen Tag als Anlage 2 zu der vorgenannten Urkunde beurkundeten Gesellschaftsvertrages ist bestimmt:

„Die Gesellschaft wird weitere Gesellschafter aufnehmen. Gesellschafter kann nur sein, wer Eigentümer einer oder mehrerer Teileigentumseinheiten in der genannten Anlage ist.“

Als einzeln vertretungsberechtigte Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft für die Dauer von 2 Jahren wurden der Beteiligte zu 1) und G. bestimmt. Der Beteiligte zu 1), handelnd im eigenen Namen und für den Mitgesellschafter hat mit Urkunde vom 4.7.1994 einen Miteigentumsanteil zu 162/10.000, verbunden mit dem Sondereigentum an Zimmer Nr. 1 und einen Miteigentumsanteil zu 22/10.000, verbunden mit dem Sondereigentum am Tiefgaragen-Kfz-Stellplatz Nr. 59 an den Beteiligten zu 2) veräußert. In der Urkunde ist unter § 8 Ziffer 2 bestimmt:

„Der Erwerber tritt hiermit mit Wirkung ab heute der BGB-Gesellschaft (Mietpoolgesellschaft X) bei, die von den Herren P. und G. in der Grundlagenurkunde vom 10.6.1994 gegründet worden ist.“

Mit Urkunde vom 3.12.1996 hat der Beteiligte zu 1) die Eintragung der Auflassung und die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Dienstbarkeit durch Miteintragung des Beteiligten zu 2) bewilligt und beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 10.1.1997 hat das Amtsgericht – Grundbuchamt – erklärt:

Dem Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Berechtigten der Dienstbarkeit (§ 8 Ziff. 2 der Kaufurkunde) durch Miteintragung des jeweiligen Käufers kann nicht stattgegeben werden. Eine Zurückweisung ist nicht geboten, da mehrere Anträge nach § 16 Abs. 2 GBO gestellt sind, der Vorbehalt aufgelöst werden kann ...

Das Grundbuchamt begründet diese Entscheidung damit, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zwingend unübertragbar sei. Auch Rechtsnachfolgeklauseln seien unzulässig. Da die BGB-Gesellschaft keine juristische Person sei, sei auch die beschränkte Übertragungsmöglichkeit nicht gegeben. Der in § 1 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrags vorgesehene Austausch aller Gesellschafter stelle eine unzulässige Umgehung der Unübertragbarkeit dar. Das Grundbuch sei hinsichtlich des am 20.3.1996 verstorbenen G. unrichtig, insoweit müsse eine Grundbuchberichtigung erfolgen. Ein Erbnachweis fehle bisher. Ein Geschäftsführer sei zur Zeit nicht bestellt.

Rechtspfleger und Richter des Amtsgerichts – Grundbuchamt – haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Die als Beschwerde zu wertende Durchgriffserinnerung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das vom Grundbuchamt angenommene Hindernis steht einem Vollzug der beantragten Eintragungen nicht entgegen.

1. Die durch den Tod des Mitgeschafters G. entstandene Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick auf die Gesellschafter der Mietpoolgesellschaft als Gesamthandsberechtigte der Dienstbarkeit steht der geltend gemachten Berichtigung aufgrund des Beitritts des Beteiligten zu 2) in die Mietpoolgesellschaft nicht entgegen. Es handelt sich insoweit um zwei voneinander unabhängige Rechtsänderungen der materi-

ellen Rechtslage. Auf die Berichtigung der insoweit durch den Tod des Mitgeschafters entstandenen Unrichtigkeit des Grundbuchs hat der Beteiligte zu 2) keine Einflußmöglichkeit.

Nach § 13 Abs. 2 GBO ist antragsberechtigt, wessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu wessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Diese Voraussetzungen sind in der Person des Beteiligten zu 2) im Hinblick auf die erforderliche Berichtigung nach dem Tod des Mitgeschafters G. nicht gegeben. Durch die entsprechende Änderung des Grundbuchs werden die Rechte des Beteiligten zu 2) nicht unmittelbar betroffen. In Betracht käme nur die Eintragung der Erben als Rechtsinhaber bzw., soweit Erben nicht vorhanden sind, die Anwachsung des Geschäftsanteils nach § 738 BGB, die vom Geschäftsführer als vertretungsberechtigtem Organ beantragt werden müßte. Im Gegensatz hierzu steht die durch den Kaufvertrag und den Beitritt zur Mietpoolgesellschaft erfolgte Änderung der materiellen Rechtslage. Allein diesbezüglich ist der Beteiligte zu 2) in seiner dinglichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen und damit zur Antragstellung im Hinblick auf die Grundbuchberichtigung berechtigt.

Die durch den Vertrag mit dem Beteiligten zu 2) begründete Rechtsänderung ist von der durch den Tod des Mitgeschafters eingetretenen Rechtsänderung nicht abhängig, so daß der Berichtigungsantrag auf der Grundlage des Kaufvertrages nicht von der Berichtigung der anderweitigen Unrichtigkeit abhängig gemacht werden kann. Maßgebend sind insoweit nur die vertraglichen Voraussetzungen zum Beitritt zur Mietpoolgesellschaft, wie sie im Gesellschaftsvertrag vom 10.6.1994 niedergelegt sind.

Da weder ein materiell-rechtlicher Zusammenhang, noch auf Seiten des Beteiligten zu 2) formell-rechtliche Möglichkeiten bestehen, würde eine Verknüpfung insoweit zur Vereitelung der vertraglichen Rechte des Beteiligten zu 2) führen. Der Beteiligte zu 2) als Antragsberechtigter nach § 13 Abs. 2 GBO wäre gehindert, die Eintragung seines Rechts im Grundbuch zu bewirken, das Grundbuch würde somit durch die unterlassene Eintragung einer erfolgten Rechtsänderung unrichtig werden.

2. (...)

3. Durch die von den Parteien im Gesellschaftsvertrag der Mietpoolgesellschaft getroffene Regelung bezüglich der Dienstbarkeit liegt weder ein Verstoß gegen die Unübertragbarkeit des § 1092 BGB, noch eine unzulässige Umgehung der Unübertragbarkeit vor.

Die zwingende Unübertragbarkeit der persönlichen Dienstbarkeit hat ihren Grund darin, daß sie auf die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten abgestellt ist, und damit von ihrem Sinn und Zweck nur dem Berechtigten dienen soll. Berechtigter der vorliegenden Dienstbarkeit ist die aus den Eigentümern der Teileigentumseinheiten bestehende Gesamthand Mietpoolgesellschaft. Für diese Gesamthandsgemeinschaft besteht ein Wohnungsbelegungsrecht. Die persönliche Dienstbarkeit ist auf die Bedürfnisse dieser Gesamthandsgesellschaft als Betreiberin des auf dem Grundbesitz errichteten Boardinghauses abgestellt, ohne daß es insoweit auf den konkreten Gesellschafterbestand ankommt. Das Interesse der Mietpoolgesellschaft als Betreibergesellschaft des Boardinghauses an der persönlichen Dienstbarkeit hängt nicht vom jeweiligen Gesellschafterbestand ab.

Bei der BGB-Gesellschaft als Rechtsinhaberin handelt es sich zwar nicht um eine als solche grundbuchfähige Gesellschaft,

mit der Folge, daß der Gesellschaft zustehende Rechte nur für die bestehende Gesamthandsgemeinschaft eingetragen werden können. Die Eintragung der Gesamthandsgemeinschaft als Rechtsinhaber ist nach § 47 GBO in der Form zulässig, daß die einzelnen Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft unter Angabe des konkreten Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuch eingetragen werden. Die Änderung im Gesellschafterbestand führt jedoch – insbesondere wie im vorliegenden Fall, wo die Gesellschafterstellung nicht an eine bestimmte Person als solche, sondern nur an eine grundsätzlich übertragbare Eigentümerstellung geknüpft ist, – nicht zu einer Änderung der Identität der berechtigten Gesamthandsgemeinschaft, die die Interessen der Eigentümer vertritt. Nach ihrem Gesellschaftszweck ist die Mietpoolgesellschaft somit ihrer Struktur nach mit einer juristischen Person zu vergleichen.

Ein Verstoß gegen die aus dem Wesen der persönlichen Dienstbarkeit folgende zwingende Unübertragbarkeit oder eine Umgehung dieses Grundsatzes könnte aber nur dann angenommen werden, wenn sich die Identität des Rechtsinhabers selbst ändert.

17. BGB § 134, § 138, § 2229 Abs. 4; FGG § 12, § 27 Abs. 1; ZPO § 561; HeimG § 14 (*Einflußnahme des Betreuers auf letztwillige Verfügung des Betreuten*)

1. Auf das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem ist § 14 HeimG nicht analog anwendbar.

2. Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung, wenn der Betreuer auf die Entscheidung des Erblassers (hier Einsetzung des Kindes des Betreuers zum Erben) Einfluß genommen hat.

BayObLG, Beschluß vom 18.12.1997 – 1Z BR 73/97 = BayObLGZ 1997 Nr. 74 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die verwitwete Erblasserin starb im Alter von 69 Jahren. Sie hinterließ einen Sohn, den Beteiligten zu 1. Am 6.2.1992 schloß sie mit ihrem Lebensgefährten, dem Beteiligten zu 2, einen Erbvertrag, in dem sie ihm ein Vermächtnis aussetzte. Mit Beschluß vom 4.7.1994 bestellte das Vormundschaftsgericht den Beteiligten zu 2 zum Betreuer der Erblasserin und bestimmte als dessen Aufgabenkreise die Vermögenssorge und die Sorge für die Gesundheit bei risikoträchtigen Eingriffen. Am 6.9.1994 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, in dem sie die Tochter des Beteiligten zu 2 und deren Ehemann, die Beteiligten zu 3 und 4, zu gleichen Teilen zu Erben einsetzte. Unter Anrechnung auf seinen Pflichtteil ordnete sie ferner an, daß dem Beteiligten zu 1 eine Darlehensschuld mit ihrem Tod erlassen sei.

Der Beteiligte zu 1 beantragte, ihm aufgrund gesetzlicher Erbfolge einen Alleinerbschein zu erteilen, weil die Erblasserin bei Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen sei. Das Nachlaßgericht wies den Antrag des Beteiligten zu 1, das Landgericht dessen Beschwerde zurück. Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) (...)

b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann das notarielle Testament der Erblasserin vom 6.9.1994 auch nicht gemäß § 134 BGB i. V. m. § 14 HeimG oder nach § 138 Abs. 1 BGB als nichtig angesehen werden.

aa) Die Erblasserin hat in der letztwilligen Verfügung die Tochter ihres Lebensgefährten und deren Ehemann zu Erben eingesetzt; der Lebensgefährte war zu ihrem Betreuer bestellt worden. Nach Auffassung des Rechtsbeschwerdeführers besteht im Verhältnis von Betreuer und betreuter Person ein ähnlicher Interessenkonflikt wie zwischen Heimbewohner und Heimpersonal, so daß in analoger Anwendung des § 14 HeimG auch die Einsetzung des Betreuers als nichtig zu betrachten sei (§ 134 BGB). Daß im vorliegenden Fall die Tochter des Betreuers und deren Ehegatte zu Erben eingesetzt wurden, stelle nur eine Umgehung des gesetzlichen Verbots dar (§ 117 Abs. 2 BGB), die ebenfalls zur Nichtigkeit führen könne. Dieser Rechtsauffassung folgt der Senat nicht.

(1) Ziel des § 14 HeimG ist es, eine unterschiedliche Behandlung der Bewohner eines Heims zu verhindern und die Bewohner vor finanzieller Ausnützung oder Benachteiligung, insbesondere durch die nochmalige Abgeltung einer Leistung des Trägers, zu schützen sowie die Testierfreiheit der Bewohner zu sichern (BT-Drs. 11/5120). Bei § 14 HeimG handelt es sich somit um ein dem Schutz der Heimbewohner dienendes Verbotsgesetz (BGHZ 110, 235/240 [= MittBayNot 1990, 300]; BayObLGZ 1991, 251/254 = NJW 1992, 55 [= MittBayNot 1991, 265]; *Kunz-Ruf/Wiedemann* HeimG 7. Aufl. § 14 Rdnr. 4; *Dahlem/Giese/Igl-Klie* HeimG – Stand 1992 – § 14 Rdnr. 21; *Rossack* ZEV 1996, 41 ff.).

(2) § 14 HeimG bezieht sich nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck nur auf das Verhältnis zwischen Heimbewohner und Heimträger bzw. Heimpersonal. Auch wenn in manchen Fällen zwischen dem Betreuer und dem Betreuten aufgrund der Stellung des Betreuers als gesetzlicher Vertreter im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises (§ 1902 BGB) ähnliche Abhängigkeiten wie im Verhältnis von Heimbewohner und Heim entstehen können, kann nicht von einer generellen Rechtsähnlichkeit der Sachverhalte ausgegangen werden, die Voraussetzung für eine Analogie wäre (vgl. BGHZ 105, 140/143; *Palandt/Heinrichs* BGB Einl. Rdnr. 40). Der Gesetzgeber hat bei der Reform der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige durch das Betreuungsgesetz bewußt davon abgesehen, aus der Erbberechtigung generell zu folgern, daß sie einen Ausschlußgrund für die Bestellung zum Betreuer darstellt (BT-Drucks. 11/4528 S. 128; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rdnr. 8). Vielmehr wollte er die Entscheidung darüber, ob eine Interessenkollision vorliegt, wenn der künftige gesetzliche oder eingesetzte Erbe zum Betreuer bestellt wird, der Prüfung und Entscheidung des Vormundschaftsgerichts im Einzelfall überlassen (vgl. dazu BayObLG Rpfleger 1994, 110; *Palandt/Diederichsen* § 1897 Rdnr. 8; *Bienwald* Betreuungsrecht 2. Aufl. § 1897 Rdnr. 48; *Zimmermann/Damrau* Betreuung und Vormundschaft 2. Aufl. § 1897 Rdnr. 18). Dagegen hat er in § 1897 Abs. 3 BGB ausdrücklich alle Personen, die zu einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung, in welcher der Volljährige untergebracht ist oder wohnt, in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer anderen engen Beziehung steht, von der Bestellung zum Betreuer ausgeschlossen.

(3) Darüber hinaus scheidet eine analoge Anwendung des § 14 HeimG auch wegen des darin liegenden Eingriffs in die Testierfreiheit aus. Die Vorschrift des § 14 HeimG, die zwar auch der Sicherung der Testierfreiheit dient, greift aber zugleich durch die darin vorgesehene Einschränkung in die unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG stehende Testierfreiheit des Erblassers ein. Art. 14 Abs. 1 GG enthält ein Grundrecht der Erbrechtsfreiheit. Dieses gewährleistet für den Erblasser die Testierfreiheit, für den

eingesetzten oder den gesetzlichen Erben das Erbrechtsrecht. Beide Bestandteile der Erbrechtsfreiheit unterliegen der gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (BVerfGE 44, 17; BGHZ 111, 36/39 [= MittBayNot 1990, 245]; *Maunz/Dürig/Papier* GG Art. 14 Rdnr. 290; *Bonner Kommentar/Kimminich* GG Art. 14 Rdnr. 125). Allein der Gesetzgeber bestimmt Inhalt und Schranken. Der Vorbehalt des Gesetzes bindet auch die Gerichte (BVerfGE 56, 249/260; 58, 300/338; *von Münch/Kunig/Bryde* GG 4. Aufl. Art. 14 Rdnr. 68; *Maunz/Dürig/Papier* Art. 14 Rdnr. 299). Eine analoge Anwendung der Verbotsnorm des § 14 HeimG auf das Betreuungsverhältnis kommt daher auch aus diesem Grund nicht in Betracht. Die Entscheidung darüber, ob Abhängigkeiten, die sich aus einem Betreuungsverhältnis ergeben, Einschränkungen der Testierfreiheit veranlaßt erscheinen lassen, muß dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Dieser hat bisher eine entsprechende Regelung nicht getroffen.

bb) Unter der gegenwärtigen Rechtslage sind daher die Grenzen für die Zulässigkeit einer Zuwendung von Todes wegen zugunsten eines Betreuers bzw. einer mit dem Betreuer verwandten Person anhand der allgemeinen Vorschriften, insbesondere des § 138 Abs. 1 BGB zu bestimmen. Im Hinblick auf die hier vorliegenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse kann die letztwillige Verfügung nicht als sittenwidrig angesehen werden.

(1) Bei der „Inhaltskontrolle“ letztwilliger Verfügungen nach § 138 Abs. 1 BGB ist vom Grundsatz der Testierfreiheit auszugehen (vgl. *Staudinger/Sack* BGB 13. Aufl. § 138 Rdnr. 437). Diese ist das bestimmende Element der Erbrechtsgarantie (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. BVerfGE 67, 329/341) und wird unmittelbar durch das Pflichtteilsrecht und im übrigen durch das Verbot sittenwidriger Verfügungen begrenzt (vgl. *Palandt/Edenhofer* vor § 1922 Rdnr. 2). Die Einschränkung der Testierfreiheit durch die Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB kommt nur dann in Betracht, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen kann (BGHZ 123, 368/378 [= MittBayNot 1994, 49]; BayObLGZ 1996, 204/225).

(2) Eine Wertung des Gesetzgebers, daß die Zuwendung an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen ist, fehlt. Der Gesetzgeber hat, wie oben unter aa) ausgeführt, bewußt die Erbberichtigung nicht als generellen Ausschlußgrund für die Betreuerbestellung geregelt. Hieraus folgt andererseits, daß die Einsetzung des Betreuers zum Erben durch den Betreuten nicht allein deshalb als in rechtlicher Hinsicht anstößig angesehen werden kann. Auch eine allgemeine Rechtsauffassung, daß die Zuwendung an einen Betreuer sittenwidrig ist, weil er vom Gericht zur Wahrung der Interessen des Betreuten eingesetzt ist, kann nicht festgestellt werden. Zwar ist gemäß § 43 BRRG, § 70 BBG und Art. 79 BayBG Beamten untersagt, Belohnungen oder Geschenke in bezug auf ihr Amt ohne Zustimmung des Dienstherrn anzunehmen. Grundlage dieser Regelungen ist das Erfordernis der Unbestechlichkeit und Uneigennützigkeit des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnisses (BVerfGE 73, 194). Eine Privatperson, die vom Gericht zum Betreuer bestellt wird, unterliegt in der allgemeinen Rechtsauffassung jedoch nicht den Anforderungen des öffentlichen Dienstes.

(3) Unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, wenn der Betreuer seine Stellung dazu mißbraucht hat, die Entscheidungsfreiheit des Betreuten

in rechtlich anstößiger Weise zu beeinträchtigen (vgl. zur Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrages BGH NJW 1997, 3372), bedarf hier keiner Entscheidung. Zwar fühlte sich die Erblasserin, wie eine Reihe von Zeugen ausgesagt haben, durch den Beteiligten zu 2 unter Druck gesetzt, zugunsten seiner Tochter und deren Ehemann zu testieren. Die Ermittlungen durch das Nachlaßgericht haben aber auch ergeben, daß die Erblasserin mit dem Beteiligten zu 2 im Rahmen einer langdauernden Lebensgemeinschaft verbunden war. Sie hatte Angst, von ihm nicht mehr versorgt und in einem Heim untergebracht zu werden. Ihre Abhängigkeit vom Beteiligten zu 2 beruhte somit nicht naheliegend, schon gar nicht nachweislich auf seiner Bestellung zu ihrem Betreuer, sondern eher auf der seit langem bestehenden engen Lebensgemeinschaft. Hierbei hat der Senat auch berücksichtigt, daß der Beteiligte zu 2 auf ihren ausdrücklichen Wunsch zu ihrem Betreuer bestellt worden war, weil er schon bisher ihre Angelegenheiten in vermögensrechtlichen Fragen für sie erledigt hatte und sie ihm vertraute.

(4) Auch unter dem Aspekt der Zurücksetzung des eigenen Sohnes gegenüber dem Kind ihres Lebensgefährten kann das Testament nicht als sittenwidrig angesehen werden. Eine solche Beurteilung rechtfertigt sich nur im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen (BGH NJW 1990, 255; BayObLG FamRZ 1992, 226; *Palandt/Heinrichs* § 138 Rdnr. 49). Für einen solchen Ausnahmefall fehlen Anhaltspunkte.

18. FGG §§ 27 I 2, 73 I; BGB §§ 7 III, 134; HeimG § 14 V (*Verstoß gegen § 14 HeimG bei Erbeinsetzung der Kinder des Heimleiters*)

Der Annahme eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 5 HeimG mit der Folge der Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung steht nicht entgegen, daß nicht der Heimleiter selbst, sondern seine Kinder zu Nacherben eingesetzt wurden.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 18.7.1997 – 3 Wx 250/97 –

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1. ist die Schwester des Erblassers. Mit ihr wohnte er bis Ende 1994 in W. Um die Jahreswende 1994/95 begab er sich dort wegen einer schweren Krankheit ins Krankenhaus. Während seines dortigen Aufenthaltes errichtete er am 3.2.1995 ein handschriftliches Testament, in dem er die Beteiligte zu 1. als seine Alleinerbin einsetzte. Anfang März 1995 begab er sich in das Altenheim, wo mittlerweile auch die Beteiligte zu 1. zur Pflege wohnte. Der Beteiligte zu 2. ist dort Heimleiter. Der Erblasser rechnete mit seinem baldigen Ableben, die gemeinsame Wohnung in W. löste er jedoch nicht auf.

Am 2.3.1995 bat der Beteiligte zu 2. den Notar telefonisch, zur Beurkundung eines Testaments des Erblassers in das Altenheim zu kommen. Der Notar forderte ihn auf, ihm zur Vorbereitung der Urkunde die bereits bekannten Daten mitzuteilen. Die ihm telefonisch durchgegebenen Daten faßte der Notar maschinenschriftlich ab.

In dem maschinenschriftlichen Teil der Urkunde finden sich u.a. ein Widerruf aller früheren Verfügungen sowie eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1. als Alleinerbin mit der Einschränkung, daß sie nicht befreite Vorerbin sein soll. Wer Nacherbe sein soll, ist darin nicht enthalten.

Mit diesem Text begab sich der Notar noch am selben Tage zu dem Erblasser in das Altenheim. In dem Gespräch mit diesem ergänzte er die Urkunde handschriftlich wie folgt:

Zu Nacherben und gleichzeitig zu Ersatzerben wurden die minderjährigen Kinder des Beteiligten zu 2., die Beteiligten zu 3. und 4., eingesetzt. Weiterhin wurde Testamentsvollstreckung durch den Beteiligten zu 2. angeordnet.

Das Testament vom 2.3.1995 ist durch das Amtsgericht E. im Mai 1995 eröffnet worden. Mit notarieller Urkunde vom 20.6.1995 hat der Beteiligte zu 2. das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen.

Die Beteiligte zu 1. hat dort am 6.12.1995 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist und zur Begründung ausgeführt, das Testament vom 2.3.1995 sei gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 14 Abs. 5 Heimgesetz, § 5 Abs. 4 der Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes (AVR) nichtig.

Diesem Antrag entsprechend hat das Amtsgericht am 23.2.1996 den gewünschten Erbschein aufgrund des Testamentes vom 3.2.1995 erteilt.

Hiergegen haben der Beteiligte zu 2. als testamentarisch berufener Testamentsvollstrecker sowie die Beteiligten zu 3. und 4. Beschwerde eingelegt.

Mit Beschluß vom 27.2.1997 hat das Amtsgericht die Abhilfe unter Hinweis auf einen Verstoß gegen die genannten Verbotsgesetze verweigert.

Das Landgericht hat unter Bestätigung und Vertiefung der vom Amtsgericht getroffenen Feststellungen ebenfalls einen Verstoß gegen §§ 14 Abs. 5, 5 Abs. 4 AVR bejaht und die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. a) (...)

b) Im Ergebnis frei von Rechtsfehlern hat das Landgericht auch einen Verstoß gegen § 14 Abs. 5 HeimG und § 5 Abs. 5 AVR bejaht.

aa) Der Beteiligte zu 2. hat sich von dem Erblasser einen über die Pflegevergütung hinausgehenden Vorteil gewähren lassen. Das hierfür erforderliche Einvernehmen (vgl. BayObLG Beschl. v. 28.6.1991, NJW 1992, S. 55 (57) [= MittBayNot 1991, 265] zwischen dem Beteiligten zu 2. und dem Erblasser lag vor.

Das Landgericht hat hierzu festgestellt, daß der Beteiligte zu 2. von dem vollständigen Inhalt des Testamentes bereits zu Lebzeiten Kenntnis hatte.

Diese Feststellung ist für das Gericht der weiteren Beschwerde bindend, da sie weder auf einem Verstoß gegen Denk- oder Erfahrungssätze noch gegen Beweisregeln beruht. Nur insoweit unterliegen die Feststellungen einer Überprüfung in der weiteren Beschwerde (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 42).

Rechtsfehlerfrei ist der Schluß, daß der Beteiligte zu 2. angesichts der Aussage des Notars die Unwahrheit sagt, wenn er behauptet, den Begriff der „nicht befreiten Vorerbin“ weder damals noch jetzt zu kennen.

Insoweit hat das Landgericht die Ausführungen des Amtsgerichts bestätigt, welches festgestellt hat, daß das Heimpersonal durch regelmäßige juristische Schulungen mit diesen Begrifflichkeiten vertraut ist. Rechtsfehlerfrei ist insbesondere die Schlußfolgerung, es sei nicht anders zu erklären, wie der Begriff der „nicht befreiten Vorerbin“ in den maschinenschriftlichen Teil der Urkunde gelangt sei.

Gleiches gilt für die weitere Schlußfolgerung, ein Motiv für dieses Aussageverhalten könne nur das Bestreben sein, die Kenntnis zu verbergen.

Daß die gezogenen Schlüsse nicht die einzig möglichen sind, ist für die Beurteilung des Rechtsbeschwerdegerichts ohne Bedeutung (vgl. BayObLGZ 82, 309 (313); 83, 153 (162)).

bb) Der Bejahung eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 5 HeimG steht auch nicht entgegen, daß nicht der Beteiligte zu 2. selbst, sondern seine Kinder zu Nacherben eingesetzt wurden. Das Verbot findet insbesondere auch bei Umgehungsversuchen durch Zuwendungen an Verwandte der in § 14 Abs. 5 Heimgesetz genannten Personen Anwendung (vgl. *Kunz/Ruf/Wiedemann*, HeimG 6. Aufl., § 14 Rdnr. 22). Eine Umgehung ist dabei stets dann anzunehmen, wenn – wie vorliegend – die Leistungen an die Angehörigen den Wert von geringwertigen Aufmerksamkeiten übersteigen (vgl. ebd.).

Auch hierzu hat das Landgericht frei von Rechtsfehlern angenommen, gerade die Einsetzung der Beteiligten zu 3. und 4. spreche mangels einer besonderen Beziehung des Erblassers für ein entsprechendes Umgehungsbestreben des Beteiligten zu 2.

cc) Im Ergebnis tragen die Feststellungen des Landgerichts auch die Annahme des erforderlichen Sachzusammenhangs zwischen der Betreuung im Heim und der letztwilligen Verfügung.

Ein Verstoß gegen Beweisregeln ist insoweit nicht gegeben.

Der Zusammenhang einer Zuwendung an die in § 14 Abs. 5 HeimG genannten Personen mit erbrachten oder noch zu erbringenden Betreuungsleistungen im Heim wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet (vgl. BGH Urt. v. 9.2.1990, NJW 1990, S. 1603 f. [= MittBayNot 1990, 300]).

Durch die Feststellung, daß der Erblasser den Beteiligten zu 2. unabhängig von seiner Unterkunft und Betreuung im Heim schon von früher kannte, ist diese Vermutung nicht widerlegt.

Ebensowenig eignet sich dazu die Aussage des Notars, ihm gegenüber habe der Erblasser beteuert, ein Zusammenhang mit der Heimunterbringung und der Nacherbeneinsetzung bestehe nicht.

Die Begründung des Landgerichts läßt zwar eine Auseinandersetzung mit dieser Aussage vermissen und erweist sich insoweit als unvollständig (§ 25 FGG). Die Begründung des Beschwerdegerichts muß alle für die Entscheidung wesentlichen Umstände enthalten (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 25 Rdnr. 12).

Allerdings beruht die Entscheidung im Ergebnis nicht auf diesem Begründungsdefizit (27 Abs. 1 Satz 2 FGG i.V.m. § 563 ZPO). Denn auch bei Einbeziehung dieser Aussage läßt sich angesichts der bindenden Feststellungen nicht ausschließen, daß die Ausnutzung der besonderen Heimsituation durch den Beteiligten zu 2. für die Zuwendung jedenfalls mitursächlich war.

Es kann nicht geklärt werden, ob die vom Notar bezeugte Beteuerung des Erblassers auf einer Beeinflussung durch den Beteiligten zu 2. beruhte oder ob sie Ergebnis seiner autonomen Willensbildung war.

Zu vermuten ist, daß Grund für die Einsetzung gerade der Beteiligten zu 3. und 4. eine entsprechende Manipulation durch den Beteiligten zu 2. war, da dem Erblasser das spezielle Verbot des § 14 Abs. 5 HeimG nicht bekannt war und ein anderes Motiv als die Umgehung objektiv nicht ersichtlich ist.

Frei von Rechtsfehlern ist insbesondere die Feststellung, der Erblasser habe den Beteiligten zu 2. zwar gut gekannt, nicht erwiesen sei aber, daß eine solche Beziehung zu den Beteilig-

ten zu 3. und 4. auch nur im Ansatz bestanden hat. Denn die Zeugen S und V haben durch ihre Aussagen eine solche Beziehung nicht bekundet.

Diesbezüglich ist auch kein Fehler bei der Ermittlung des Sachverhaltes gemäß § 12 FGG erkennbar. Die Beteiligten zu 2. bis 4. haben selbst die Zeugen V und S zum Beweis dafür angeführt, daß der Erblasser zu den Kindern ein freundschaftliches Verhältnis aufgebaut haben soll. Wenn aufgrund der Aussagen dieser Zeugen nicht einmal Anhaltspunkte für eine solche Beziehung festgestellt wurden, gab es für das Landgericht auch keinen Anlaß für weitere Ermittlungen in dieser Hinsicht.

Für einen Zusammenhang der letztwilligen Verfügung mit der Heimunterbringung spricht überdies, daß der Beteiligte zu 2. keine Ausnahmegenehmigung gemäß § 14 Abs. 6 HeimG beantragt hat.

Daß er diese Möglichkeit nicht genutzt hat, obwohl eine Genehmigung nach seinem Vorbringen doch unproblematisch gewesen wäre, vertieft die Zweifel daran, daß die Verfügung nur auf der guten persönlichen Beziehung zu seiner Familie beruhte, in ganz erheblichem Maße.

Nach dem Schutzzweck des § 14 Abs. 5 HeimG müßte ein Zusammenhang mit der Position des Beteiligten zu 2) und der Unterbringung des Erblassers im Heim zweifelsfrei auszuschließen sein. Gerade dies ist im vorliegenden Falle nicht möglich.

§ 14 Abs. 5 soll verhindern, daß alte und pflegebedürftige Menschen in ihrer Hilf- und Arglosigkeit ausgenutzt werden. Die vielfältigen Möglichkeiten des Heimpersonals, auf die Lebenssituation des Heimbewohners Einfluß zu nehmen, gebieten diesen umfassenden Schutz (vgl. BGH a.a.O.). Gerade dieses Schutzes bedurfte auch der Erblasser. Denn der Beteiligte zu 2. besaß aufgrund der Heimunterbringung des Erblassers und seiner Position Möglichkeiten der Beeinflussung, die den Rahmen seiner davon unabhängigen privaten Beziehung zum Erblasser überschritten.

19. BGB §§ 119 Abs. 1, 1953 Abs. 2 (*Anfechtung einer Erbschaftsausschlagung*)

Schlägt ein testamentarischer Erbe die Erbschaft in der Annahme aus, dadurch gerieten im Testament angeordnete Auflagen in Wegfall und er sei „befreiter“ gesetzlicher Erbe, so kann darin ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum liegen.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 17.9.1997 – 3 Wx 287/97 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG Düsseldorf

Aus dem Tatbestand:

Mit privatschriftlichem Testament vom 16.1.1996 setzte die Erblasserin die Beteiligte zu 1., ihre Enkelin, zur alleinigen befreiten Vorerbin ein, beschränkte sie jedoch durch einige Auflagen in der Verfügungsbefugnis.

Unter Ziffer IV. der Verfügung ordnete sie unter „Sonstiges“ an, daß die Beteiligten zu 2. und 3. je zur Hälfte Ersatzerben sein sollen, falls die Beteiligte zu 1. die Auflagen nicht akzeptiert. In diesem Fall soll ihr nur der gesetzliche Pflichtteil verbleiben.

Mit notarieller Urkunde vom 23.12.1996 hat die Beteiligte zu 1. nach Beratung durch den Notar Dr. X die Erbschaft als testamentarisch

berufene Erbin ausgeschlagen und gleichzeitig als gesetzliche Alleinerbin angenommen. Ihre Erklärung lautete:

„... Ich schlage hiermit die Erbschaft als Testamentserbin aus. Durch meine Ausschlagung tritt die gesetzliche Erbfolge ein ...“

Auf die Mitteilung durch das Nachlaßgericht, die Erbschaft falle nunmehr den Beteiligten zu 2. und 3. als Ersatzerben an, hat die Beteiligte zu 1. mit notarieller Urkunde vom 16.1.1997 die Anfechtung der Ausschlagung erklärt und die Erteilung eines Erbscheins gemäß dem Testament vom 16.1.1996 beantragt.

Das Amtsgericht hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, die Beteiligte zu 1. sei einem unbeachtlichen Motivirrtum erlegen, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

Hiergegen hat die Beteiligte zu 1. Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einem Rechtsfehler im Sinne der §§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i.V.m. 550 ZPO, 12 FGG. Soweit das Landgericht zur Annahme eines bloß unbeachtlichen Motivirrtums gekommen ist, hat es den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht in einer dem § 12 FGG genügenden Weise ermittelt.

Es hätte nahegelegen, den Notar Dr. X zu vernehmen und die Beteiligte zu 1. anzuhören, um erschöpfend festzustellen, worin die Fehlvorstellung der Beteiligten zu 1. bei Abgabe der Ausschlagungserklärung bestand.

Aus dem Inhalt der Anfechtungserklärung wie auch aus der Beschwerdebegründung ergeben sich Anhaltspunkte, nach denen das Vorliegen eines beachtlichen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 BGB möglich erscheint.

Die Beteiligte zu 1. hat in der Beschwerdebegründung erklärt, sie habe aufgrund eines Beratungsfehlers mit der Ausschlagung bewirken wollen, daß sie „unmittelbar“ durch die Erklärung gesetzliche Erbin wird. Ebenso hat sie in der Anfechtungserklärung ausgeführt, ihr sei die gemäß § 1953 Abs. 2 BGB eintretende Wirkung der Ausschlagungserklärung nicht klar gewesen.

Es erscheint danach nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligte zu 1. ihrer Ausschlagungserklärung unmittelbare rechtsgeschäftliche Wirkungen beimaß, die diese nicht entfaltet.

Nicht ausgeschlossen ist nämlich, daß sie – laienhaft – in dem Irrtum handelte, unmittelbare tatbestandliche Folge der Ausschlagung sei der Wegfall der Auflagen und der Erhalt der befreiten Stellung als gesetzliche Erbin, und ihr gerade nicht klar war, daß der Eintritt der gesetzlichen Erbenstellung allein von außerhalb der Ausschlagungserklärung liegenden Umständen abhängig ist.

Ein solcher Irrtum berechtigte nach § 119 Abs. 1 BGB zur Anfechtung.

Denn er beschränkte sich nicht allein auf die außerhalb des vorgestellten – Tatbestandes der Erklärung liegende Sekundärfolge, wem der Wegfall der testamentarischen Erbenstellung zu Gute kommt.

Er beträfe vielmehr den – vorgestellten – rechtsgeschäftlichen Inhalt der Erklärung. Ein solcher Irrtum wäre den höchstrichterlich entschiedenen Fällen gleichzustellen, in denen zu Recht ein beachtlicher Inhaltsirrtum bejaht wurde, weil der Ausschlagende glaubte, die Ausschlagung sei das Rechtsgeschäft, mit dem er unmittelbar seinen Erbteil auf eine andere Person übertragen bzw. mit Auflagen beschränkte Erbteile in Pflichtteilsansprüche umwandeln könne (vgl. KG, Beschluß

v. 30.1.1938, JW 1938, S. 858 f.; OLG Hamm, Beschluß v. 16.7.1981, OLGZ 1982, S. 41 (49 f.); grundsätzlich zur Abgrenzung zum bloßen Motivirrtum: RG, Urteil v. 3.6.1916, RGZ Bd. 88, S. 278 (284 f.).

Zur Aufklärung der genauen Irrtumslage hätte es nahe gelegen, den beurkundenden Notar Dr. X über die der Ausschlagung vorangegangene Beratung zu vernehmen. Seine Aussage könnte Aufschluß über das Vorstellungsbild der Beteiligten zu 1. von den rechtsgeschäftlichen Wirkungen der Ausschlagungserklärung geben.

Denn durch die Beratung wurde es maßgeblich beeinflusst. Ebenso hätte es nahe gelegen, die Beteiligte zu 1. persönlich zu ihrer Vorstellung anzuhören, um einen von juristischen Begrifflichkeiten befreiten und möglichst unverfälschten Eindruck der Irrtumslage zu erhalten.

Allerdings sind die Ausführungen der Beteiligten zu 1. ambivalent. Sie enthalten ebenfalls Anhaltspunkte für die Annahme, daß sie sich zumindest laienhaft bewußt war, daß die unmittelbare rechtsgeschäftliche Folge der Ausschlagungserklärung nur der rückwirkende Wegfall der Stellung als testamentarische Erbin gemäß § 1953 Abs. 1 BGB war.

Hierfür spricht insbesondere der in der Anfechtungsbegründung enthaltene Satz:

„Nach einer nicht eindeutigen Bestimmung des Testamentes in Ziffer IV „Sonstiges“, der ich bislang keine Beachtung geschenkt habe, fällt der Nachlaß jedoch offensichtlich im Fall meines Vorversterbens, sofern ich keine Abkömmlinge habe an die im Testament benannten Ersatzerben“.

Ein solcher Irrtum allein über die Person, der die Ausschlagung zugute kommt, ist – wie die Kammer zutreffend ausgeführt hat – bloßer Irrtum im Motiv und berechtigt nicht zur Anfechtung (vgl. KG, Beschl. v. 4.6.1931, HRR 1932, S. 7 f.; *Soergel-Stein*, § 1954 Rdnr. 2; *RGRK-Johannsen*, § 1954 Rdnr. 3; *Pohl*, AcP Bd. 177, S. 73 f.; *Lange/Kuchinke*, 4. Aufl. S. 203 f.).

Wegen der Möglichkeit eines beachtlichen Inhaltsirrtums hätte das Landgericht dennoch die naheliegenden weiteren Ermittlungen anstellen müssen. Der Amtsermittlungsgrundsatz gebietet es, Beweise zu erheben, von denen ein die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis erwartet werden kann (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*; FGG 13. Aufl., § 12 Rdnr. 86-89 m.w.N.).

Dem steht nicht entgegen, daß die Beteiligte zu 1. in den für den Tatsachenvortrag maßgeblichen Instanzen nie genau dargelegt hat, worin der behauptete Beratungsfehler des Notars gelegen hat.

Das Gericht darf nach § 12 FGG Ermittlungen nicht schon deshalb unterlassen, weil notwendige Einzelheiten von den Beteiligten nicht vorgetragen sind (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, 13. Aufl. § 12 Rdnr. 87).

2. Im übrigen ist die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis frei von Rechtsfehlern.

Die form- und fristgerecht erklärte Ausschlagung hat zunächst gemäß § 1953 Abs. 2 BGB i.V.m. der Ziff. IV des formwirksamen Testamentes der Erblasserin zum Anfall der Erbschaft an die Beteiligten zu 2. und 3. als Ersatzerben geführt. Denn die Ausschlagung war vorbehaltlich der Anfechtung wirksam.

a) Eine Nichtigkeit gemäß § 1947 BGB scheidet mangels Vorliegens einer rechtsgeschäftlichen Bedingung im Sinne des

§ 158 BGB aus. Der Eintritt der gesetzlichen Erbschaft stellt kein in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis dar.

b) Ebensowenig kann darin eine sogenannte rechtliche Gegenwartsbedingung gesehen werden. Richtig ist, daß die Auslegung einer Erklärung ergeben kann, sie solle nur wirksam sein, wenn bestimmte Erwartungen des Erklärenden zutreffen (vgl. *Palandt-Heinrichs*, Einf. §§ 158 ff. Rdnr. 6). Diese Erwartungen können auch im Rechtlichen liegen (insoweit unzutreffend *Frohn*, RpfL 1982, S. 56 (57)). Bedeutung hat dies für die Fälle, in denen die Wirksamkeit der Erklärung davon abhängt, ob sich eine vom Erklärenden vorgenommene Beurteilung einer unklaren Rechtslage als zutreffend erweist (vgl. ebd.; *Staudinger-Bork*, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rdnr. 29).

Der Wortlaut der notariellen Urkunde vom 23.12.1996 trägt eine solche Auslegung jedoch nicht.

Der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge wird darin als sicher eintretende Folge der Ausschlagung bloß festgestellt. Vom objektiven Empfängerhorizont aus ist nicht der geringste subjektive Zweifel der Beteiligten zu 1. erkennbar, ob diese Feststellung rechtlich zutreffend ist. Die Beteiligte zu 1. hatte auch aus ihrer damaligen Sicht gar keinen Anlaß, ihre Erklärung konditional mit dieser Feststellung zu verknüpfen. Nach ihrem eigenen Vortrag ging sie gerade davon aus, daß die Rechtslage nicht unklar war.

c) Schließlich ist die Erklärung auch nach den Grundsätzen der Perplexität nicht unwirksam. Die Erklärung der Ausschlagung und die Annahme der Erbschaft als gesetzliche Erbin sind nicht als einheitliches Ganzes im Sinne einer Erklärung anzusehen, die wegen offensichtlichen inneren Widerspruchs keine Wirkung entfalten kann. Vielmehr handelt es sich aus praktischen Gründen um die Zusammenfassung zweier Erklärungen in einer Urkunde. Aus § 1948 BGB folgt auch nicht, daß Ausschlagung aus dem einen und Annahme der Erbschaft aus dem anderen Grunde grundsätzlich in einer einheitlichen Erklärung zu erfolgen haben.

Die Beteiligte zu 1. ging – nach ihrem eigenen Vortrag – von der falschen Voraussetzung aus, sie werde unbeschränkte gesetzliche Erbin.

Fehlvorstellungen über Voraussetzungen fallen aber regelmäßig in den Bereich des Irrtumes, unabhängig davon, ob sie im Einzelfall einen unbeachtlichen oder beachtlichen Irrtum darstellen (vgl. *Palandt-Heinrichs*, Einf. § 158 Rdnr. 7).

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

20. FGG § 29 Abs. 1 Satz 3; UmwG § 3 Abs. 3; GmbHG § 63, (*Keine Verschmelzung einer wegen Überschuldung aufgelösten GmbH*)

- 1. Der Notar, der im Verfahren der Anmeldung der Verschmelzung einer GmbH auf ihren Alleingesellschafter vor dem Registergericht einen Verfahrensantrag gestellt hat, ist im Verfahren der weiteren Beschwerde postulationsfähig.**
- 2. Die Verschmelzung einer durch Gesellschafterbeschuß aufgelösten GmbH als übertragender Gesellschaft ist unwirksam, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft wegen ihrer Überschuldung nicht beschlossen werden konnte.**

BayObLG, Beschluß vom 4.2.1998 – 3 Z BR 462/97 = BayObLGZ 1998 Nr. 7 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Gesellschafterversammlung der GmbH beschloß am 15.11.1996 die am 13.1.1997 im Handelsregister eingetragene Auflösung der Gesellschaft.

Am 24.4.1997 meldete der alleinige Liquidator zur Eintragung ins Handelsregister an:

„Die GmbH ist aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 21.4.1997 und des Beschlusses der Gesellschafterversammlung dieser GmbH vom gleichen Tag mit dem Vermögen des Alleingeschafters durch Aufnahme erloschen.“

Das Registergericht wies die Anmeldung zurück. Die vom Urkundsnotar namens der GmbH eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde der Gesellschaft hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Der Urkundsnotar ist gemäß § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG postulatiionsfähig. Er hat vor dem Registergericht einen Antrag gestellt, nämlich trotz der ablehnenden Stellungnahme der IHK die Eintragung der Umwandlung im Handelsregister begehrt. Auf die tatsächliche Berechtigung des Notars, diesen Antrag zu stellen, kommt es nicht an (BayObLGZ 1987, 314/316 f. [= MittBayNot 1988, 44]; *Keidel/Kuntze* FGG 13. Aufl. § 29 Rdnr. 25; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 29 Rdnr. 15).

III. Das Rechtsmittel ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Beschwerde sei nicht begründet. Gegenstand der angefochtenen Entscheidung sei lediglich die Anmeldung der Verschmelzung der aufgelösten GmbH mit dem Vermögen des Alleingeschafters. Diese habe das Registergericht zu Recht abgelehnt, weil wegen der Überschuldung der GmbH deren Fortsetzung nicht möglich sei, da Gesellschaftsvermögen in einem die Schulden deckenden (oder übersteigenden) Umfang nicht vorhanden sei. Die Möglichkeit der Fortsetzung eines aufgelösten übertragenden Rechtsträgers sei Voraussetzung für eine Verschmelzung nach § 3 Abs. 3 UmwG. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, eine Prüfung der Vermögenslage der aufgelösten Gesellschaft sei nicht Sache des Registergerichts, weil die Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft nur Vorteile durch eine Verschmelzung erhalten würden, sei nicht zutreffend. Geschäftsführer wie Liquidatoren einer GmbH hätten die Pflicht zur Konkursanmeldung, wenn die Gesellschaft überschuldet sei. Die Gläubiger werden im Falle einer Übertragung des restlichen Haftungskapitals einer aufgelösten Gesellschaft auf einen neuen Rechtsträger nicht nur Vorteile genießen. Es sei durchaus denkbar, daß der neue Rechtsträger auf diese Weise die letzten werthaltigen Vermögensgegenstände an sich ziehen wolle, um z.B. eigene Schulden zu decken oder im eigenen Interesse den Restbestand zu liquidieren.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 2 FGG, § 550 ZPO) nicht in vollem Umfang stand. Das Landgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß die Fortsetzung einer aufgelösten GmbH und damit ihre Verschmelzung jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Es ist jedoch von einem unzutreffenden Begriff der Überschuldung ausgegangen und hat deshalb nicht die erforderlichen Tatsachenfeststellungen getroffen. Die Entscheidung muß deshalb aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen werden (vgl. BGH NJW 1997, 2815/2817).

a) Die Verschmelzung einer GmbH auf natürliche Personen, die als Alleingeschafters deren Vermögen übernehmen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG), ist auch zulässig, wenn sich die GmbH in Liquidation befindet, aber nur wenn ihre Fortsetzung beschlossen werden könnte (§ 3 Abs. 3 UmwG). Diese Regelung, die schon im bisherigen Verschmelzungsrecht, enthalten war (vgl. die aufgehobenen Bestimmungen der § 339 Abs. 2 AktG, § 19 Abs. 2 KapErhG, § 93a Abs. 2 GenG, § 44 Abs. 3 Satz 4 VAG und § 2 UmwG a. F.), soll Sanierungsverschmelzungen erleichtern (vgl. Begr.RegE abgedruckt in *Widmann/Mayer* des UmwGBerG Umwandlungsrecht Band 1 S. 22; *Lutter* UmwG § 3 Rdnr. 12).

b) Über die einzelnen Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Fortsetzungsbeschlusses bestehen unterschiedliche Auffassungen. Hier ist nur über die Frage zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen eine durch Gesellschafterbeschluß aufgelöste GmbH, wenn mit der Verteilung ihres Vermögens noch nicht begonnen wurde, fortgesetzt werden kann.

aa) Einigkeit besteht darüber, daß ein Beschluß, durch den gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG die Gesellschaft aufgelöst wurde, wieder rückgängig gemacht werden kann (RGZ 118, 337; *Hachenburg/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. § 60 Rdnr. 96; *Scholz/K. Schmidt* GmbHG 8. Aufl. § 60 Rdnr. 55; *Meyer-Landrut* GmbHG § 60 Rdnr. 60; *Weitbrecht* Münchner Handbuch Gesellschaftsrecht Band 3, GmbHG § 63 Rdnr. 27).

bb) Umstritten ist hingegen, welche Kapitalausstattung der aufgelösten GmbH für die Fortsetzung mindestens erforderlich ist. Das Reichsgericht forderte, daß das Stammkapital der Gesellschaft unversehrt geblieben ist oder daß es, soweit schon ausgezahlt, wieder hereingebracht wird (RGZ 118, 337/340). Eine andere Meinung sieht die Fortsetzung der GmbH dann für zulässig an, wenn Gesellschaftsvermögen in Höhe des gesetzlichen Mindestkapitals vorhanden ist (KG DR 1941, 1543; OLG Düsseldorf GmbHR 1979, 227/228; *Dehmer* § 3 UmwG Rdnr. 36, *Eder* in GmbH Handbuch Rdnr. 747; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 144 Anh. II § 2 LösChG Rdnr. 4). Die herrschende Auffassung hält es für ausreichend, daß eine Überschuldung im Sinne von § 63 GmbHG nicht vorliegt (*Rowedder/Rasner* GmbHG 3. Aufl. § 60 Rdnr. 42; *Hachenburg/Ulmer* § 60 Rdnr. 86; *Raiser* Recht der Kapitalgesellschaften 2. Aufl. § 41 Rdnr. 15; *Baumbach/Schulze-Osterloh* GmbHG 16. Aufl. § 60 Rdnr. 47; *Roth/Altmeyen* GmbHG 3. Aufl. § 60 Rdnr. 26; *Meyer-Landrut* § 60 Rdnr. 22; tendenziell OLG Stuttgart GmbHR 1992, 471).

cc) Der Senat schließt sich der herrschenden Auffassung an. Eine GmbH darf als werbende Gesellschaft fortgesetzt werden, wenn keine Pflicht zur Konkursantragsstellung besteht.

c) Eine Überschuldung im Sinne von § 63 GmbHG liegt vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung der stillen Reserven die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (Überlebens- oder Fortsetzungsprognose; BGH DB 1992, 2022/2025 [= MittBayNot 1992, 409]; *Scholz/K. Schmidt* § 63 Rdnr. 10 ff.).

Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da weitere tatsächliche Feststellungen zur Frage der Überschuldung erforderlich sind; die Jahresbilanz zum 31.12.1996 reicht nicht aus.

Das Landgericht hat gegebenenfalls die Gesellschaft aufzufordern, eine unter Ansatz von Liquidationswerten erstellte

Bilanz vorzulegen, um eine Überlebensprognose bezüglich der GmbH treffen zu können. Sollte sich danach eine Überschuldung der Gesellschaft herausstellen, wird der Geschäftsführer der GmbH unverzüglich Konkursantrag zu stellen haben.

3. Das Rechtsbeschwerdevorbringen gibt zu folgenden Hinweisen Anlaß.

a) Die Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von § 63 GmbHG steht deren Fortsetzung auch dann entgegen, wenn die Auflösung auf einem Beschluß der Gesellschafter beruht. § 3 Abs. 3 UmwG bestimmt als Voraussetzung der Umwandlungsfähigkeit eines aufgelösten übertragenden Rechtsträgers, daß dessen Fortsetzung nach allgemeinen Grundsätzen beschlossen werden könnte. Besondere Regeln für die Fortsetzung aufgelöster Gesellschaften im Zusammenhang mit deren Verschmelzung kennt das UmwG nicht.

b) Auch der Einwand der Rechtsbeschwerde, der Fortsetzungsbeschluß wäre anstandslos ins Handelsregister eingetragen worden, wäre zunächst nur er und dann erst die Verschmelzung angemeldet worden, die vorhandene finanzielle Überschuldung hätte dann die Umwandlung nicht beeinträchtigt, liegt neben der Sache und ist nicht entscheidungserheblich.

21. PartGG § 11 S. 2, 3, § 2 Abs. 2; HGB § 22 Abs. 1 (*Fortführung des Namenszusatzes „& Partner“ bei einer GbR nach Unternehmensveräußerung*)

Bei einer Unternehmensveräußerung kann der von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Namenszusatz „& Partner“ nicht von dem Erwerber nach §§ 22 Abs. 1 HGB, 2 Abs. 2 PartGG fortgeführt werden.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 5.12.1997 – 11 Wx 83/97 –

Aus dem Tatbestand:

Aufgrund Gesellschaftsvertrages vom 30.11.1994 meldete die Antragstellerin am 16.5.1996 die Firma „H. & Partner, Werbeagentur GmbH“ zur Eintragung in das Handelsregister an. Zuvor war die Werbeagentur unter der Bezeichnung „H. & Partner, Werbeagentur GbR“ von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführt worden. Auf Zwischenverfügung des Registergerichts hin wurde der Gesellschaftsvertrag am 4.9.1996 dahin abgeändert, daß die Antragstellerin nunmehr die Firma „H. Werbeagentur GmbH“ führe. Mit dieser Firma wurde die Antragstellerin am 16.9.1996 ins Handelsregister eingetragen.

Am 4.12.1996 wurde der Gesellschaftsvertrag erneut geändert und (neben weiteren Änderungen) wiederum die Firma „H. & Partner, Werbeagentur GmbH“ zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Mit Zwischenverfügung gab das Registergericht wiederum der Antragstellerin (neben anderen Punkten) die Änderung des Gesellschaftsvertrages bezüglich der Firma auf; dies unter Hinweis auf § 11 PartGG.

Gegen diese Zwischenverfügung legte die Antragstellerin insoweit Beschwerde ein, als die Änderung der Firma beanstandet wurde. Das Landgericht Mannheim hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Dem Registergericht obliegt bei der Prüfung angemeldeter Abänderungen des Gesellschaftsvertrages eine umfassende rechtliche Kontrolle hinsichtlich der Wirksamkeit gesellschaftsvertraglicher Bestimmungen (vgl. etwa *Hachenburg/*

Ulmer, § 54 GmbHG Rdnr. 43). Dieser Kontrolle hält die beanstandete Änderung der Firma in § 1 Nr. 1 des Gesellschaftsvertrages vom 4.12.1996 nicht stand.

1. Das Amtsgericht – Registergericht – hat in seiner als „Zwischenverfügung“ bezeichneten Entscheidung vom 11.12.1996 endgültig die Änderung der Firma beanstandet und deren Eintragung in das Handelsregister abgelehnt. Dies ist Ziff. 1 der genannten Entscheidung zweifelsfrei zu entnehmen und auch von der Antragstellerin in deren Beschwerdeschrift vom 14.1.1997 ersichtlich in diesem Sinne verstanden worden. Diese endgültige Entscheidung hat ebenso wie die Zwischenverfügung im übrigen (zu deren Beschwerdefähigkeit etwa BayObLG, DB 1996, 2025 = FGPrax 1996, 197) [= MittBayNot 1996, 447] den Rechtsmittelzug eröffnet.

2. Der Antragstellerin ist durch § 11 PartGG verwehrt, den Zusatz „& Partner“ in ihrer Firma zu führen.

a) Daß diese Regelung auch für Kapitalgesellschaften gilt, hat inzwischen der BGH (ZIP 1997, 1109 = FGPrax 1997, 158 [= MittBayNot 1997, 245]; ebenso die Vorlageentscheidung des BayObLG, DB 1996, 2025 ff. = FGPrax 1996, 197) [= MittBayNot 1996, 447] klargestellt. Die Vorschrift reserviert die Zusätze „Partnerschaft“ oder „& Partner“ für die Partnerschaftsgesellschaften gegenüber allen anderen Gesellschaftsformen. Sie steht in Zusammenhang mit dem für Partnerschaftsgesellschaften begründeten Zwang (§ 2 Abs. 1 PartGG), einen dieser Zusätze zur Unterscheidung gegenüber anderen Gesellschaften in ihrem Namen zu führen. Diese technische Verwendung zur Kennzeichnung der Partnerschaftsgesellschaften schließt den untechnischen Gebrauch zur Kennzeichnung anderer Gesellschaften aus. Insofern hat auch die Antragstellerin ihre gegenteilige Auffassung in der Rechtsbeschwerdeinstanz nicht weiterverfolgt.

b) Nach der Übergangsregelung in § 11 S. 2, 3 PartGG dürfen Gesellschaften anderer Rechtsform den bei Inkrafttreten dieses Gesetzes in ihrem Namen (insbesondere auch in einer Firma) geführten Zusatz „& Partner“ unter Hinweis auf ihre Rechtsform fortführen. Deshalb hätte die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihren Namen „H. & Partner, Werbeagentur GbR“ fortführen können. Für die Fortführung einer Gesellschaft macht es keinen Unterschied, ob sie als Vollkaufmann zur Führung einer Firma berechtigt war oder – wie hier – als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Führung eines Namens. Insofern gilt der Bestandsschutz unterschiedslos für Gesellschaften sämtlicher Rechtsformen.

Anders liegt es demgegenüber mit dem Bestandsschutz infolge Übernahme eines Unternehmens. Unter den Voraussetzungen des § 22 HGB kann die von einem Vollkaufmann zulässigerweise geführte Firma von dem Erwerber des Handelsgeschäfts fortgeführt werden, womit dem Erwerber auch der Zusatz „& Partner“ erhalten bleibt. Dieser Weg der Firmenfortführung ist aber nur für den Unternehmenserwerb unter Vollkaufleuten eröffnet. Unternehmensbezeichnungen, die nach den handelsrechtlichen Vorschriften nicht als Firma geführt werden können, darf ein Unternehmenserwerber nicht fortführen. Vielmehr ist zu prüfen, ob die von ihm gewählte Unternehmensbezeichnung als neue Bezeichnung zulässig ist. Dies entspricht ganz herrschender und zutreffender Auffassung (vgl. zur Firmenfortführung etwa BayObLG NJW-RR 1989, 421 f. = JuS 1989, 760 (*Emmerich*); OLG Zweibrücken, NJW-RR 1988, 998).

Man mag rechtspolitisch bezweifeln, ob dem in § 22 HGB enthaltenen Grundsatz der Firmenbeständigkeit nicht ein all-

gemeiner Grundsatz der Namensbeständigkeit zur Seite gestellt werden sollte (vgl. insbes. *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 12 III 2 (S. 374)), zumal für Partnerschaftsgesellschaften nunmehr ein entsprechender Grundsatz bestimmt worden ist (vgl. § 2 Abs. 2 PartGG). Jedoch besteht insofern ein Unterschied gegenüber diesen gesetzlichen Regelungen, als der von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verwendete Name keine registerfähige Kennzeichnung bildet, so daß zweifelhaft bleibt, ob seine Verbindung mit dem unter ihm geführten Unternehmen für den Rechtsverkehr genügend dokumentiert ist.

Jedenfalls kann ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung der von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Name bei Unternehmensveräußerung nicht von dem Erwerber gemäß §§ 22 HGB, 2 Abs. 2 PartGG fortgeführt werden. Nicht anders ist auch die in der Rechtsbeschwerdeschrift der Antragstellerin angeführte Kommentierung (MünchKomm/Ulmer, § 11 PartGG Rdnr. 5) zu verstehen, wenn dort ausgeführt ist, auf die Übergangsvorschriften könne sich berufen, wer vor Inkrafttreten des Gesetzes den Partnerzusatz in seinem „Namen oder seiner Firma“ geführt habe oder seither „eine entsprechende Altfirma nach Maßgabe von § 22 HGB übernommen“ habe. Diese Formulierung trägt dem unterschiedlichen Schutzbereich bei Fortführung des Namens oder der Firma einerseits oder Übernahme – allein – der Firma andererseits Rechnung.

Hiernach kann die Antragstellerin keine Berechtigung zur Verwendung des Partnerschaftszusatzes daraus herleiten, daß sie ein entsprechend bezeichnetes Unternehmen von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Rechtsvorgängerin übernommen habe. Es bleibt bei dem Verbot dieses Zusatzes für die Neubildung ihrer Firma infolge Neugründung als GmbH. Deshalb ist zu Recht die Aufnahme des Partnerschaftszusatzes in die Firma beanstandet und der entsprechende Antrag auf Eintragung dieser Firma in das Handelsregister zurückgewiesen worden. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin kann keinen Erfolg haben.

—

22. PartGG § 11 (Verwendung des Zusatzes „und Partner“ durch GmbH)

Gesellschaften, die, ohne Partnerschaften i.S.d PartGG zu sein, bereits bei Inkrafttreten des PartGG den Zusatz „Partnerschaft“ oder „& Partner“ führen, können diesen Zusatz auch bei Umfirmierung nach Inkrafttreten des PartGG weiterhin führen, wenn im Namen der Gesellschaft auf die andere Rechtsform hingewiesen wird.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluß vom 19.2.1998 – 17 HKT 1711/98 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Friedrich Kastenbauer*, Starnberg

Aus dem Tatbestand:

Mit Schreiben vom 14.10.1997 wurde für die X. & Partner Treuhand GmbH unter anderem zur Eintragung im Handelsregister angemeldet, daß die neue Firma der Gesellschaft lautet: „X. & Partner Treuhand GmbH Steuerberatungsgesellschaft“.

Mit Zwischenverfügung hat das Amtsgericht – Registergericht – die Auffassung vertreten, die Firmenbezeichnung „... u. Partner“ sei nicht mehr zulässig. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Gesellschaften, die, ohne Partnerschaften im Sinne des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) zu sein, bereits bei Inkrafttreten des PartGG den Zusatz „Partnerschaft“ oder „& Partner“ führen, können diesen Zusatz auch bei Umfirmierung nach Inkrafttreten des PartGG weiterhin führen, wenn im Namen der Gesellschaft auf die andere Rechtsform hingewiesen wird.

Diese Rechtslage ergibt sich aus § 11 Satz 2 und 3 PartGG. Dort ist bestimmt, daß Gesellschaften, die den Zusatz „Partnerschaft“ oder „& Partner“ bei Inkrafttreten des PartGG in ihrem Namen führen, ohne Partnerschaft im Sinne dieses Gesetzes zu sein, diese Bezeichnung noch bis zum Ablauf von 2 Jahren nach Inkrafttreten – des PartGG weiterverwenden dürfen. Nach Ablauf dieser Frist dürfen sie eine solche Bezeichnung nur noch weiterführen, wenn sie in ihrem Namen der Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „& Partner“ einen Hinweis auf die andere Rechtsform hinzufügen.

Die beteiligte Gesellschaft firmierte bereits bei Inkrafttreten des PartGG mit dem Zusatz „& Partner“. Den Zusatz „& Partner“ kann die Gesellschaft zeitlich unbeschränkt weiterführen, weil durch den Firmenbestandteil „GmbH“ im Namen der Gesellschaft ein Hinweis auf die andere Rechtsform enthalten ist. § 11 Satz 2 und 3 PartGG kann nicht entnommen werden, daß für Gesellschaften, die bereits bei Inkrafttreten des PartGG den Zusatz „& Partner“ führen, bei Umfirmierung nach Inkrafttreten des PartGG die Verpflichtung besteht, diesen Zusatz nicht weiterhin zu verwenden, sofern im Namen der Gesellschaft nach Umfirmierung ein Hinweis darauf enthalten ist, daß die Gesellschaft eine andere Rechtsform als die der Partnerschaft nach dem PartGG hat. Eine die weitere Verwendung der Bezeichnung „& Partner“ bei Umfirmierung der Gesellschaft einengende Auslegung des § 11 PartGG wäre mit Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren, da § 11 Satz 2 und 3 PartGG hinsichtlich des Namens dem Bestandsschutz für Bezeichnungen bestehender Gesellschaften Rechnung tragen sollen.

Aus der Entscheidung des BGH vom 21.4.1997 (NJW 1997, 1854 [= MittBayNot 1997, 245]) ergibt sich nichts anderes. Zutreffend weist das Registergericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung darauf hin, daß der BGH ausgeführt hat: „Allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft, die nach Inkrafttreten des PartGG gegründet oder umbenannt werden, ist die Führung des Zusatzes „& Partner“ bzw. „Partnerschaft“ verwehrt, weil § 11 Satz 1 PartGG – diese Bezeichnungen – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend für Partnerschaftsgesellschaften reserviert.“

Diese Entscheidung des BGH betraf jedoch nicht den hier zu entscheidenden Fall der Umfirmierung einer GmbH, die bereits bei Inkrafttreten des PartGG den Zusatz „& Partner“ in ihrer Firmenbezeichnung führte, sondern den Fall einer GmbH, die erst nach Inkrafttreten des PartGG ihre bisher einen Partnerschaftszusatz nicht enthaltende Firma dahingehend ändern wollte, daß in die Firma nunmehr der Zusatz „+ Partner“ aufgenommen wurde. Der Vorlagebeschluß des BayObLG vom 2.8.1996 (NJW 1996, 3016 [= MittBayNot 1996, 447]), der Anlaß für die Entscheidung des BGH vom 21.4.1997 war, ging davon aus, aus § 11 Satz 1 PartGG ergebe sich, daß die Bezeichnung „und Partner“ sowie „Partnerschaft“ ausschließlich Partnerschaftsgesellschaften vorbehalten sei, und daß dies nicht nur für die Namens- bzw. Firmenbildung von Gesellschaften gelte, die nach dem Inkrafttreten

des PartGG errichtet werden, sondern gleichermaßen, wenn eine bestehende Gesellschaft in ihrer Firma durch Satzungsänderung erstmals den Zusatz „und Partner“ aufnehmen will. Die Aussage des BGH in der Entscheidung vom 21.4.1997, wonach allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft im Falle der Umbenennung nach Inkrafttreten des PartGG die Führung des Zusatzes „und Partner“ bzw. „Partnerschaft“ verwehrt sei, betrifft somit lediglich Fälle der erstmaligen Aufnahme des Zusatzes „& Partner“ in die Firma, nicht jedoch Fälle, in denen eine Gesellschaft den bereits bei Inkrafttreten des PartGG vorhandenen Firmenzusatz „& Partner“ auch bei Umfirmierung beibehält.

23. UmwG § 17 Abs. 2 S. 1 und 2; HGB §§ 264 Abs. 1, 242 Abs. 1 und 3, 267 Abs. 1, 316 Abs. 1 (*Zum Begriff der „Bilanz“ im Sinn von § 17 Absatz 2 Satz 2 UmwG: Kein Prüfungsvermerk bei Schlußbilanz einer kleinen Kapitalgesellschaft*)

- 1. „Bilanz“ im Sinn von § 17 Abs. 2 Satz 2 UmwG ist bei der Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH als übertragendem Rechtsträger die Bilanz nach §§ 264 Abs. 1 Satz 1, 242 Abs. 1 HGB, nicht der Jahresabschluß im Sinn der §§ 264 Abs. 1 Satz 1, 242 Abs. 3 HGB. Das Registergericht kann daher bei der Anmeldung einer derartigen Verschmelzung nicht verlangen, daß ein Anhang zur Schlußbilanz des übertragenden Rechtsträgers vorgelegt wird.**
- 2. Ist der übertragende Rechtsträger eine kleine Kapitalgesellschaft im Sinn von § 267 Abs. 1 HGB, so ist auch die Vorlage eines Prüfungsvermerks nicht erforderlich.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Dresden, Beschluß vom 18.11.1997 – 45-T-0052/97 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Oliver Vossius*, München

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde vom 19.6.1997 wurde die Verschmelzung der X-GmbH mit Sitz in D. als übertragende Gesellschaft (Beschwerdeführerin) mit der Y-GmbH mit Sitz in M. beim Amtsgericht D. (Handelsregister) angemeldet. Der Anmeldung lag u.a. die Bilanz der Beschwerdeführerin zum 30.11.1996 (Übertragungsbilanz) bei.

Mit Zwischenverfügung verlangte das Amtsgericht D. die Vorlage des Anhangs und des Prüfvermerks zur eingereichten Bilanz.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der übertragenden Gesellschaft.

Nach Nichtabhilfe durch das Amtsgericht D. liegt die Sache dem Landgericht D. zur Entscheidung vor.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, nach § 17 Abs. 2 UmwG sei nur die Bilanz, nicht jedoch ein Anhang und vorliegend, weil die Gesellschaft einer Prüfungspflicht nicht unterliege, auch kein Prüfvermerk vorzulegen.

Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

a) Die Bilanz der Beschwerdeführerin unterliegt nicht der Prüfungspflicht gem. § 316 Abs. 1 HGB, weil die Beschwerdeführerin eine kleine Gesellschaft ist (§ 267 Abs. 1 HGB). Das Amtsgericht D. kann die Vorlage eines Prüfungsvermerks deshalb nicht verlangen.

b) Der übertragende Rechtsträger, vorliegend die beschwerdeführende Gesellschaft, hat der Anmeldung zur Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister seine Schlußbilanz beizufügen, für die die Vorschriften über die Jahresbilanz und deren Prüfung entsprechend gelten (§ 17 Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG).

Den Begriff „Jahresbilanz“ kennt das HGB nicht, nur die Begriffe „Bilanz“ und „Jahresabschluß“. Die Bilanz ist Bestandteil des Jahresabschlusses. Gem. § 264 Abs. 1 HGB setzt sich der Jahresabschluß bei Kapitalgesellschaften aus der Bilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung und dem Anhang zusammen.

Die herrschende Meinung versteht unter dem Begriff „Jahresbilanz“ des § 17 Abs. 2 UmwG die Bilanz als Bestandteil des Jahresabschlusses und nicht den Jahresabschluß selbst (*Widmann-Mayer*, Kommentar UmwG, § 24, Rdnr. 24; *Dehmer*, 2. Aufl. UmwG, § 17, Rdnr. 12; *Kraft* in Kölner Kommentar zum AG, § 354, Rdnr. 17).

Dieser Auffassung schließt sich die Kammer an, zumal das Gesetz die Anwendung der Vorschriften über die Prüfung der Bilanz ausdrücklich verlangt. Diese Regelung wäre nicht erforderlich, wenn § 17 Abs. 2 UmwG auf die Vorschriften des Jahresabschlusses verweisen würde, denn die Prüfungsvorschriften (§ 316 HGB) sind Bestandteil der Bestimmungen über den Jahresabschluß.

Die übertragende Gesellschaft ist danach gemäß § 17 Abs. 2 UmwG verpflichtet, eine Schlußbilanz vorzulegen, die den Anforderungen an eine Bilanz als Teil des Jahresabschlusses entspricht. Beispielsweise sind die Bestimmungen der §§ 247 ff. HGB bei der Aufstellung der Schlußbilanz zu beachten.

Soweit nach § 17 Abs. 2 UmwG die übertragende Gesellschaft lediglich eine Bilanz einzureichen hat, folgt daraus, daß vom Amtsgericht die Vorlegung eines Anhangs zur Bilanz nicht verlangt werden kann (a.A. *Kraft* in Kölner Kommentar, a.a.O.; *Dehmer*, a.a.O.).

Die Bilanz, der Anhang und die Gewinn- und Verlustrechnung sind selbständige Teile, die gem. § 264 Abs. 1 HGB eine Einheit – den Jahresabschluß – bilden (*Baumbach/Duden/Hopt*, 29. Aufl. HGB, § 264, Rz. 4). Der Anhang ist folglich nicht Bestandteil der Bilanz, sondern des Jahresabschlusses. Etwas anderes ist auch nicht in § 264 Abs. 1 HGB geregelt.

Beurkundungs- und Notarrecht

24. FGG § 24; BeurkG § 54 (*Keine weitere Beschwerde gegen die Anweisung, eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen*)

- 1. Eine einstweilige Anordnung darf das Rechtsbeschwerdegericht nur erlassen, wenn ihm der Verfahrensgegenstand angefallen ist. Das ist erst ab Einlegung einer zulässigen weiteren Beschwerde der Fall.**
- 2. Hat das Landgericht auf Beschwerde eines Gläubigers den Notar angewiesen, eine vollstreckbare Ausfertigung einer von ihm errichteten Urkunde zu erteilen, so steht dem Schuldner gegen eine solche Entscheidung die weitere Beschwerde nicht zu.**

BayObLG, Beschluß vom 16.9.1997 – 3Z BR 374/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Mit Schreiben vom 15.12.1996 hat es der Notar abgelehnt, eine vollstreckbare Ausfertigung seiner Urkunde zu erteilen. In dieser Urkunde hat sich die Schuldnerin wegen einer Kaufpreisforderung von 250 000 DM der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Auf Beschwerde des Gläubigers hat das Landgericht den Notar angewiesen, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu erteilen. Die hiergegen erhobene Gegenvorstellung der Schuldnerin hat das Landgericht zurückgewiesen und einer „darin zu sehenden weiteren Beschwerde“ nicht abgeholfen. Die Schuldnerin beantragt sinn gemäß, die Vollziehung der Beschlüsse des Landgerichts auszusetzen. Dieser Antrag blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Der Antrag der Schuldnerin ist unzulässig.

1. Allerdings dürfen nach der Rechtsprechung auch im Verfahren der weiteren Beschwerde einstweilige Anordnungen nach § 24 Abs. 3 FGG ergehen oder kann die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts ausgesetzt werden (ständige Rechtsprechung des BayObLG, z.B. WE 1991, 287; ferner *Keidel/Kuntze* FGG 13. Aufl. § 24 Rdnr. 19, *Jansen* FGG 2. Aufl. § 24 Rdnr. 11, je m. w. Nachw.). Der Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 24 Abs. 3 FGG setzt aber die Befugnis des Beschwerdegerichts zur Sachprüfung voraus; es muß somit ein zulässiges Rechtsmittel vorliegen. Erst dann ist der Verfahrensgegenstand dem Beschwerdegericht angefallen (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 572; *Jansen* a.a.O. § 24 Rdnr. 10; *Keidel/Kuntze* a.a.O. § 24 Rdnr. 9 ff.; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 7. Aufl. § 24 FGG Rdnr. 9). Daran fehlt es, wenn wie hier ein Rechtsmittel unstatthaft oder unzulässig ist.

a) Die Behandlung des Schreibens der Schuldnerin vom 5.8.1997 als weitere Beschwerde scheidet schon daran, daß die Eingabe ausdrücklich als „Gegenvorstellung“ bezeichnet wird und, unabhängig von der Nichtwahrung der gesetzlichen Form, auch inhaltlich nicht als weitere Beschwerde auszu legen ist. Bestehen Zweifel, ob eine Eingabe als Gegen vorstellung oder weitere Beschwerde auszulegen ist, kommt eine Behandlung als weitere Beschwerde nicht in Betracht, wenn diese unzulässig ist (vgl. BayObLGZ 1986, 412). An die Auffassung des Landgerichts über das Vorliegen einer weiteren Beschwerde, das insoweit auch noch zu Unrecht (§ 29 Abs. 3 FGG) eine Abhilfebefugnis annimmt, ist der Senat nicht gebunden. Die Verwerfung einer weiteren Beschwerde als unzulässig scheidet daher aus.

b) Hinzu kommt, daß auch eine formgerecht eingelegte weitere Beschwerde unzulässig wäre. Nach dem Wortlaut des § 54 Abs. 1 BeurkG ist nur gegen die Ablehnung der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung die Beschwerde gegeben. Hat aber das Landgericht auf Beschwerde des Gläubigers den Notar angewiesen, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu erteilen, steht dem Schuldner gegen eine solche Entscheidung die weitere Beschwerde nicht zu (h. M. vgl. BayObLGZ 1971, 89; OLG Düsseldorf DNotZ 1974, 99; *Keidel/Winkler* FGG Teil B BeurkG 13. Aufl. § 54 Rdnr. 13; *Huhn/v. Schuckmann* BeurkG 3. Aufl. § 54 Rdnr. 11; *Mecke/Lerch* BeurkG 2. Aufl. § 54 Rdnr. 7). Der Schuldner ist ausreichend dadurch geschützt, daß er seine Einwendungen nach §§ 732, 766, 797 Abs. 3 und 5 ZPO in dem dafür vorgesehenen Verfahren geltend machen kann. Da das Verfahren nach § 54 BeurkG keine sachliche Überprüfung der Einwendungen des Schuldners zum Gegenstand hat, lösen Entscheidungen in diesem Verfahren auch keine Bindungswirkung für das Verfahren nach der Zivilprozeßordnung aus (vgl. *Jansen* a.a.O. § 54 BeurkG Rdnr. 10).

Anmerkung:

Die Entscheidung entspricht der herrschenden Lehre, die kritischen Stimmen dazu (OLG Hamm Rpfleger 1990, 286; *Barkam*, Erinnerung und Klage bei qualifizierten vollstreckbaren Ausfertigungen, 1989, S. 34; *Gaul* ZZP 85 [1972] 251; MünchKommZPO-Wolfsteiner § 724 Rdnr. 45) ignoriert der Senat. Er verweist den Schuldner auf die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO, ohne zu erwähnen, welche absonderliche Folgen das hat.

Erhebt der Schuldner die Klauselerinnerung, auf die ihn das BayObLG verweist, so ist zur Entscheidung über sie gemäß § 797 Abs. 3 ZPO das Amtsgericht zuständig. Es entscheidet zwar der Richter, nicht der Rechtspfleger (OLG Celle JurBüro 1982, 1264; OLG Karlsruhe Rpfleger 1983, 118; OLG Stuttgart Rpfleger 1997, 521. A.a. OLG Hamburg FamRZ 1981, 980); immerhin aber kann der Amtsrichter die Zwangsvollstreckung aus der Vollstreckungsklausel, deren Erteilung die ihm im Instanzenzug übergeordnete Zivilkammer des Landgerichts eben angeordnet hatte, wieder für unzulässig erklären. Dagegen kann dann der Gläubiger abermals Beschwerde (einfache Beschwerde nach § 567 ZPO) erheben, über die dasselbe Landgericht, das schon die Erteilung der Klausel angeordnet hatte, abermals und endgültig (§ 568 Abs. 2 S. 2 ZPO) entscheidet. Der Entscheidungsgegenstand ist aber jeweils derselbe, nämlich die Ordnungsmäßigkeit der Klauselerteilung, nicht die materielle Überprüfung des Anspruchs (BayObLG FGPrax 1995, 211 und OLG Frankfurt FGPrax 1997, 120 für das Beschwerdeverfahren nach § 54 BeurkG unter Berufung auf *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, § 56.2.). Kann ein dergestalt doppeltes Verfahren mit jeweils identischem Prüfungsgegenstand als sinnvoll gelten?

Noch skurriler wird der Verfahrensweg, wenn das Landgericht die Beschwerde nach § 54 BeurkG abgewiesen hat und die Erteilung der Klausel erst im Verfahren der (nach § 27 Abs. 1 FGG stets zulässigen) weiteren Beschwerde vom OLG bzw. vom BayObLG angeordnet worden ist. Auch dann findet nach h.M. die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO statt, über die auch dann das Amtsgericht in erster Instanz und das Landgericht letztinstanzlich ohne Bindung an die Entscheidung des ihnen übergeordneten Gerichts der Rechtsbeschwerde entscheiden. Das Landgericht setzt sich letztlich gegen das OLG bzw. das BayObLG durch. Wozu dann überhaupt eine Entscheidung dieser Obergerichte?

Münzberg verteidigt (in Rpfleger 1991, 209) die h.L. mit zweifellos gewichtigen systematischen und historischen Erwägungen. Das absurde Ergebnis vermag freilich auch er nicht zu erklären oder zu rechtfertigen. Es ist bedauerlich, daß sich Erwägungen der Prozeßökonomie in der überlasteten Justiz nicht durchsetzen können.

Notar *Dr. Hans Wolfsteiner*, München

25. BeurkG § 17; BGB § 355 (*Amtspflichten des Notars bei der Gestaltung und Beurkundung von Rücktrittsklauseln*)

- 1. Der Notar muß nicht empfehlen, bei einer Rücktrittsklausel, die eine Befristung hinsichtlich der Voraussetzungen des Rücktritts enthält, auch eine Befristung für die Ausübung des Rücktrittsrechts aufzunehmen.**
- 2. Der Notar ist nicht verpflichtet, die rechtliche Tragweite aller in einer Urkunde enthaltenen Klauseln zu erörtern. Eine Belehrungspflicht besteht nur unter der Voraussetzung der konkreten Erforderlichkeit.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 14.11.1996 – 1 U 2116/96 –, mitgeteilt von *Dr. Hugo Schmid*, Richter am OLG München

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger nehmen den beklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit der Beurkundung und der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Kläger sowie W. waren Eigentümer zu je ein Drittel eines Grundstücks. Mit notariellem Kaufvertrag zu Protokoll des Beklagten kaufte die Firma XY in Gründung, vertreten durch ihren Geschäftsführer, von den Klägern und dem Miteigentümer W. das Grundstück zum Preis von fünf Millionen DM.

In dem Kaufvertrag ist u.a. bestimmt:

„...“

VII. Kaufpreis und Fälligkeit

Der Kaufpreis ... ist insgesamt nach Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch und Sicherung der Lastenfreistellung zu bezahlen, jedoch nicht vor dem 15.6.1993.

...“

XX. Rücktrittsrecht

Der Käufer ist berechtigt, vom vorstehenden Kaufvertrag zurückzutreten, wenn nicht bis 15.6.1993 ein rechtskräftiger Bebauungsplan erstellt ist und die Bebauung nicht mit einer GFZ von mindestens 0,85 möglich ist.

Der Rücktritt betrifft nur den schuldrechtlichen Kaufvertrag und hat schriftlich zu erfolgen.

Sämtliche angefallenen Gebühren und Kosten hat im Falle des Rücktritts der Käufer zu tragen.

...“

Das Bauordnungsamt der Stadt Y. hatte am 15.4.1993 insoweit einen Bauvorbescheid erteilt und darin angeben:

„GFZ max. 0,85“. Der Vorbescheid hatte abschließend den Hinweis enthalten, daß die Baugenehmigung erst nach Planungssicherheit des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans 176 D erfolgen könne.

Nachdem sich das Genehmigungsverfahren für den Bebauungsplan entgegen den Erwartungen der Beteiligten hinzog, schlossen sie am 14.6.1993 eine vom Geschäftsführer der Käuferin entworfene privatschriftliche Zusatzvereinbarung folgenden Inhalts ab:

„Vereinbarung

Mit URNr. ... des Notars Dr. Z. hat die Fa. XY GmbH i. G. ... den Grundbesitz ... erworben. Unter Punkt XX. wurde ein Rücktrittsrecht vereinbart bis 15.6.1993. Nachdem der Bebauungsplan derzeit noch nicht rechtskräftig ist, wird dieses Rücktrittsrecht verlängert bis zum Rechtskräftigwerden des Bebauungsplans 176 D durch die Stadt Y.

Somit verschiebt sich dementsprechend auch der Zahlungstermin auf den vorher erwähnten Zeitpunkt.“

Mit Schreiben vom 16.7.1993 erklärte die Fa. XY gegenüber den Klägern und W. den Rücktritt vom Kaufvertrag. Sie bezog sich dabei auf eine von der Stadt Y erteilte Auskunft, daß der Bebauungsplan 176 D immer noch nicht rechtskräftig sei. Die Verkäufer erwiderten unter Hinweis auf die Vereinbarung vom 14.6.1993, daß sie den Rücktritt nicht annähmen.

Der Bebauungsplan Nr. 176 D trat am 4.11.1993 in Kraft. Er sah für das streitgegenständliche Grundstück eine Bebauung mit einer GFZ von 0,85 vor.

Die Firma XY erhob Klage gegen die Kläger und W. auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Ein Anspruch der Kläger auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung des beklagten Notars bei der Beurkundung der Rücktrittsvereinbarung zu Ziffer XX. des Kaufvertrags vom 27.4.1993 gemäß § 19 BNotO ist nicht gegeben, weil der Notar nicht gegen die ihm bei der Beurkundung von Willenserklärungen gemäß § 17 BeurkG obliegenden Prüfungs- und Belehrungspflichten verstoßen hat.

Nach der beurkundeten Rücktrittsklausel sollte die Käuferin, die Firma XY GmbH in Gründung, mit Ablauf des 15.6.1993 zum Rücktritt von dem Grundstückskaufvertrag berechtigt sein, wenn nicht bis dahin ein Bebauungsplan, der eine Bebauung des Grundstücks mit einer GFZ von mindestens 0,85 ermöglicht, in Kraft getreten sein würde. Das Rücktrittsrecht sollte der Käuferin nach Sinn und Zweck der Klausel auch zustehen, wenn bereits vor dem genannten Zeitpunkt ein Bebauungsplan mit einer geringeren GFZ in Kraft getreten sein würde. Soweit in der Vertragsbestimmung von der Erstellung eines rechtskräftigen Bebauungsplans die Rede ist, kann damit nur das Inkrafttreten des Bebauungsplans gemeint sein, was im Grunde nicht streitig ist. Das Rücktrittsrecht konnte, ausgenommen den Fall des vorherigen Inkrafttretens des Bebauungsplans mit einer geringeren GFZ, zeitlich erst mit Ablauf des 15.6.1993 und nicht bereits vorher entstehen. Entstehungsvoraussetzung sollte nämlich, von dem Ausnahmefall abgesehen, sein, daß bis 15.6.1993 ein Bebauungsplan mit der besagten Festsetzung nicht in Kraft getreten sein würde. Ausgeübt können werden sollte ein etwa entstandenes Rücktrittsrecht folgerichtigerweise erst nach dem 15.6.1993, falls nicht der erwähnte Ausnahmefall gegeben sein würde, und zwar ohne zeitliche Begrenzung. Ob im übrigen die Käuferin den Rücktritt bei späterem Inkrafttreten eines Bebauungsplans mit der geforderten GFZ und Nichtausübung des Rücktrittsrechts bis dahin noch hätte erklären können, kann dahingestellt bleiben.

Der Notar hat insoweit gegen seine Pflicht, die Erklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben, nicht verstoßen. Ein Vorwurf, daß das Geschäft nicht dem wahren Willen der Beteiligten entspreche, kann ihm nicht gemacht werden. Es ist insbesondere keinerlei Nachweis für die Richtigkeit der Behauptung der Kläger erbracht, nach dem ausdrücklich erklärten Willen der Vertragsparteien habe die Käuferin nur bis zum 15.6.1993 zum Rücktritt berechtigt sein sollen.

2. Der beklagte Notar hat eine Pflichtverletzung nicht dadurch begangen, daß er nicht empfahl, in die Rücktrittsklausel, die eine Befristung hinsichtlich der Voraussetzungen des Rücktrittsrechts enthält, auch eine Befristung für die Ausübung des Rücktrittsrechts aufzunehmen. Einer Befristung insoweit bedurfte es nicht. Das Gesetz gibt gemäß § 355 BGB bei Fehlen einer Vereinbarung einer Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts dem Rücktrittsgegner die Möglichkeit, die Ungewißheit über die Ausübung durch Setzung einer angemessenen Frist zu beenden. Damit sind an sich die Interessen des

Betroffenen hinreichend gewahrt. Für den vorliegenden Fall läßt sich auch nicht einmal sagen, daß zumal aus damaliger Sicht eine Vereinbarung einer entsprechenden Frist überhaupt zweckmäßig gewesen wäre. Das Vorbringen der Kläger, sinnvoll wäre z.B. eine Regelung des Inhalts gewesen, daß der Käufer innerhalb von zehn Tagen nach dem 15.6.1993 hätte zurücktreten können, entbehrt einer näheren Begründung. So wäre es bei einem für die Verkäufer günstigen Vertrag nicht in deren Interesse gewesen, daß die Käuferin bei Nichtinkrafttreten des Bebauungsplans innerhalb einer kurzen Frist zu einer Entscheidung gezwungen gewesen wäre.

Der Notar ist auch nicht verpflichtet gewesen, bei der Beurkundung die Verkäufer auf die nach § 355 BGB gegebene Möglichkeit der Fristsetzung hinzuweisen. Für den praktizierenden Notar ist es nämlich, worauf auch das Landgericht hingewiesen hat, unmöglich, die rechtliche Tragweite aller in einer Niederschrift enthaltenen Klauseln zu erörtern, vgl. *Haug*, Die Amtshaftung des Notars Rz. 446. Ein Ausnahmefall, der eine Hinweispflicht geboten erscheinen ließe, ist nicht gegeben.

Kostenrecht

26. KostO §§ 62, 67 (*Kosten der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks*)

Wird im Grundbuch gleichzeitig mit der Eintragung einer Grundschuld vermerkt, daß diese gegenüber einer eingetragenen Auflassungsvormerkung wirksam ist, ist für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks eine Viertelgebühr zu erheben.

BayObLG, Beschluß vom 26.2.1998 – 3Z BR 277/97 = BayObLG 1998 Nr. 14 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Hans-Hermann Wörner*, Kemnath

Aus dem Tatbestand:

1. Der Beteiligte zu 1) erwarb mit notariellem Vertrag vom 27.3.1997 von der Beteiligten zu 2) Wohnungseigentum. Zu seinen Gunsten wurde in der Zweiten Abteilung des Grundbuchs am 10.4.1997 eine Auflassungsvormerkung eingetragen.

Aufgrund einer Grundschuldbestellungsurkunde des verfahrensbefullmächtigten Notars vom 27.3.1997 wurde an dem Grundstück in der Dritten Abteilung des Grundbuchs am 28.4.1997 mit Zustimmung des Käufers eine Grundschuld eingetragen mit dem Zusatz (Wirksamkeitsvermerk): „Die Post ist wirksam gegenüber der Auflassungsvormerkung Abt.II/3.“

2. Auf die Erinnerungen der Staatskasse wurde aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts (Rechtspfleger) vom 12.5.1997 zusätzlich zu den Kosten für die Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Grundschuld mit Kostenrechnung vom 13.5.1997 für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks aus dem Grundstückswert (Wert der Auflassungsvormerkung) eine Viertelgebühr von 102,50 DM erhoben.

Hiergegen legten die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerung ein. Sie vertraten die Auffassung, daß die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks ein gebührenfreies Nebengeschäft der Eintragung der Grundschuld i.S. des § 62 Abs.3 KostO sei. Rechtspfleger und Grundbuchrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Da die Eintragung von Grund-

schuld und Wirksamkeitsvermerk in einer einzigen Tätigkeit des Gerichts bestehe, falle für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks keine zusätzliche Gebühr an.

3. In ihrer weiteren Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß vertritt die Staatskasse die Auffassung, daß für die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks eine Viertelgebühr nach § 67 KostO anfallt, da der Wirksamkeitsvermerk die Auflassungsvormerkung verändere. Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Für die Eintragung eines die voreingetragene Auflassungsvormerkung betreffenden Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch ist eine Viertelgebühr nach § 67 KostO zu erheben (so auch *Streuer* Rpfleger 1997, 541; a.A. LG Saarbrücken MittBayNot 1996, 451; *Lehmann* NJW 1993, 1558/1560; *Frank* MittBayNot 1996, 271/273 f.; *Streuer* MittBayNot 1997, 143 Fn. 7; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr.1523).

a) § 67 KostO enthält die Gebührenregelung für alle Grundbucheintragen, die nicht von den Bestimmungen der §§ 60 – 66 KostO erfaßt werden und nicht als Nebengeschäfte gebührenfrei sind. Um eine solche gebührenpflichtige Eintragung handelt es sich hier.

b) Nach *Streuer* (a.a.O., unter Berufung auf die Rechtsprechung des KG) ist der Wirksamkeitsvermerk – unbeschadet der analogen Anwendung des § 18 GBV – „in erster Linie“ bei der Auflassungsvormerkung einzutragen, weil diese durch den Wirksamkeitsvermerk „teilweise gelöscht“ wird. Jedemfalls aber wirkt sich der gleichzeitig mit der Grundschuld eingetragene Wirksamkeitsvermerk, der zeitlich nach der Auflassungsvormerkung eingetragen wird, wie eine Rangänderung aus (OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25/27; *Demharter* EWiR 1995, 447/448; vgl. auch *Frank* MittBayNot 1996, 271/273; *Stöber* MittBayNot 1997, 143), welche nach dem Inhalt der Grundschuldbestellungsurkunde auch beabsichtigt war. Der Wirksamkeitsvermerk ist deshalb nicht – wie hier geschehen – allein bei der Grundschuld einzutragen (so aber LG Saarbrücken, *Lehmann* und *Frank* a.a.O.), sondern in entsprechender Anwendung des § 18 GBV insbesondere auch bei der Auflassungsvormerkung (vgl. *Demharter* GBO 22. Aufl. § 22 Rdnr. 19 sowie in EWiR 1995, 447/448; *Stöber* MittBayNot 1997, 143/147). Allerdings spielt es für die hier maßgeblichen Rechtsfolgen keine Rolle, an welcher Stelle des Grundbuchs die Eintragung vorgenommen wird, weil als Grundbuch i.S. der §§ 891, 892 BGB das Grundbuchblatt als solches, also die Gesamtheit aller Abteilungen, zu gelten hat (BayObLGZ 1995, 413/417).

c) Für die Eintragung der Rangänderung zwischen Auflassungsvormerkung und Grundpfandrecht ist – auch wenn sie gleichzeitig mit der Eintragung des Grundpfandrechts erfolgt – nach heute nahezu unstreitiger Auffassung wegen der Veränderung der Auflassungsvormerkung eine Viertelgebühr nach § 67 KostO zu erheben (BayObLGZ 1988, 330/332; BayObLG JurBüro 1984, 586; *Lehmann* a.a.O.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* – nachfolgend *Korintenberg* – KostO 13. Aufl. Rdnr. 15, *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 13, je zu § 67). Es ist kein Grund ersichtlich, warum der einer Rangänderung gleichkommende Wirksamkeitsvermerk gebührenfrei sein soll.

Da der Wirksamkeitsvermerk die bereits eingetragene Auflassungsvormerkung verändert, kann er nicht gebührenfreies

Nebengeschäft der gleichzeitig beantragten Eintragung der Grundschuld i.S. des § 62 Abs. 3 Satz 1 KostO sein (vgl. hinsichtlich der Rangänderung BayObLG JurBüro 1984, 586). Dies ergibt sich auch aus § 64 Abs. 5 KostO, der eine Rangänderung nur als Veränderung des zurücktretenden Rechts behandelt (vgl. hierzu BayObLGZ 1988, 330). Zu Recht weist *Steuer* (a.a.O.) auch darauf hin, daß die in § 62 Abs. 3 Satz 1 KostO genannten Beispiele alle eine besondere Ausgestaltung des neu einzutragenden Rechts darstellen.

Daß der Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch einzutragen ist, um hinsichtlich der außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Rechtsänderung des Vorrangs der Grundschuld vor der Auflassungsvormerkung eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zu vermeiden (vgl. *Demharter* GBO § 22 Rdnr. 19), steht der Gebührenpflichtigkeit der damit bewirkten Veränderung der Auflassungsvormerkung nicht entgegen.

d) Der Höhe nach ist die aus einem zutreffenden Geschäftswert (unter Heranziehung des § 23 Abs.1 KostO) berechnete Gebühr nach § 67 Abs.1 KostO nicht zu beanstanden.

Hinweis der Schriftleitung:

Das BayObLG hat am 26.2.1998 einen im Wesentlichen gleichlautenden Beschluß – 3Z BR 315/17 – erlassen. Vgl. zu dieser Thematik auch den Beitrag von *Dr. Frank*, in diesem Heft S. 228.

27. ZPO § 551 Nr. 1; GVG § 59; KostO § 16 Abs. 1 (*Keine unrichtige Sachbehandlung bei gesonderter Beurkundung der Auflassung*)

Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 Abs. 1 KostO liegt nicht vor, wenn der Notar bei der Veräußerung eines Wohnungseigentums eine Vertragsgestaltung wählt, bei der die Auflassung nach Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises gesondert beurkundet wird.

OLG Hamm, Beschluß vom 27.4.1998 – 15 W 98/98 –, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus den Gründen:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 12.1.1996 zu seiner UR-Nr. 14/1996 einen Vertrag, in dem die Beteiligten zu 2) und 3) ihr im Grundbuch von W. Blatt 7012 eingetragenes Wohnungseigentum zu einem Kaufpreis von insgesamt 145.000,00 DM an die Beteiligten zu 4) lastenfrei verkauften. Der beurkundete Vertrag beschränkt sich auf die schuldrechtlichen Vereinbarungen der Urkundsbeteiligten. In Ziff. II § 3 des Vertrages ist vorgesehen, daß ein Kaufpreisteil von 130.000,00 DM nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen (insbesondere Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung) auf ein Notaranderkonto des Beteiligten zu 1) gezahlt werden sollte. Nach Ziff. III § 1 Abs. 5 der notariellen Urkunde sollte die Auflassung gesondert erst nach Hinterlegung des Kaufpreises auf dem Notaranderkonto erfolgen. Insoweit erteilten die Urkundsbeteiligten u.a. dem Bürovorsteher P. unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181

BGB die Vollmacht, die Auflassung in ihrem Namen zu erklären. Die Eigentumsumschreibung sollte der Beteiligte zu 1) erst dann veranlassen, wenn der gesamte Kaufpreis auf dem Notaranderkonto hinterlegt war; gleichzeitig verzichteten die Urkundsbeteiligten auf ihr eigenes Antragsrecht gegenüber dem Grundbuchamt.

Nach Eingang des Kaufpreises auf dem Notaranderkonto beurkundete der Beteiligte zu 1) am 21.02.1996 zu seiner UR-Nr. 78/1996 die Auflassungserklärung des Bürovorstehers P. als Vertreter der Urkundsbeteiligten. Sodann erteilte er den Beteiligten zu 4) mit Datum vom 11.04.1996 eine weitere notarielle Kostenberechnung. Ziff. 3 betrifft die Beurkundung der Auflassungserklärung. Der Kostenansatz lautet insoweit:

„Wert: 135.000,00 DM
– Gebühr §§ 141, 32, 38 Abs. 2 6 a KostO
für die Beurkundung der Auflassungsverhandlung
vom 21.02.1996 160,00 DM
– Schreibgebühren §§ 136, 152 KostO 6,00 DM“.

Anläßlich einer Geschäftsprüfung des Notars hat der Präsident des Landgerichts beanstandet, daß der Beteiligte zu 1) eine Gebühr für die gesonderte Beurkundung der Auflassung angesetzt habe. Die Entstehung dieser Gebühr sei bei einer anderen Vertragsgestaltung vermeidbar gewesen, wenn bereits bei dem Vertragsschluß vom 12.1.1996 auch die Auflassung mitbeurkundet worden wäre (§ 44 Abs. 1 S. 1 KostO). Es stünden in der Beurkundungspraxis bewährte Regelungsmechanismen zur Verfügung, um zuverlässig zu verhindern, daß die Eigentumsumschreibung im Grundbuch vollzogen werden könne, bevor die Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer erfolgt bzw. sichergestellt sei.

Aus den Gründen:

1. (...)

In der Sache sind die durch die gesonderte Beurkundung der Auflassung entstandenen Kosten nur außer Ansatz zu lassen, wenn es sich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 KostO um solche Kosten handelt, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift liegt nach anerkannter Auffassung nur bei einem offen zutage getretenen Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars vor (vgl. BGH NJW 1962, 2107; BayObLGZ 1981, 165; JurBüro 1983, 592; KG DNotZ 1976, 434, 435; *KLBR*, § 16 Rdnr. 2). Diese engen Voraussetzungen sind nach Aufassung des Senats nicht gegeben, wenn ein Notar bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts über die Veräußerung eines Grundstücks bzw. hier eines Wohnungseigentums eine Vertragsgestaltung wählt, die neben der Beurkundung des erforderlichen schuldrechtlichen Geschäfts die gesonderte Beurkundung der zum Eigentumswechsel erforderlichen Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) zu einem Zeitpunkt vorsieht, in dem die Zahlung des Kaufpreises erfolgt bzw. sichergestellt ist.

Bei der Beurkundung eines solchen Rechtsgeschäfts hat der Notar im Hinblick darauf, daß der Eigentumswechsel gem. § 873 Abs. 1 BGB erst mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch eintritt, gem. § 17 Abs. 1 BeurkG für eine Vertragsgestaltung Sorge zu tragen, die das Erfüllungsinteresse beider Vertragsparteien sicherstellt. Das Erfüllungsinteresse des Käufers wird regelmäßig bereits durch die ranggerechte Eintragung einer Auflassungsvormerkung (§ 883 BGB) hinreichend gesichert. Darüber hinaus muß der Notar dem berechtigten Interesse des Verkäufers Rechnung tragen, das Eigentum an dem Grundstück nicht zu verlieren, bevor nicht die Zahlung des Kaufpreises erfolgt oder anderweitig sichergestellt ist. Zur Sicherung dieses Verkäuferinteresses werden in der Beurkundungspraxis verschiedene Lösungswege ein-

geschlagen, deren rechtliche Bewertung breit diskutiert wird. Dabei besteht im Ausgangspunkt kein Zweifel daran, daß die gesonderte Beurkundung der Auflassung nach Zahlung oder sonstiger Sicherstellung des Kaufpreises der sicherste Weg ist, um dem Sicherungsinteresse des Verkäufers Rechnung zu tragen. Deshalb kann eine unrichtige Sachbehandlung des Notars schon im Ausgangspunkt nur angenommen werden, wenn andere Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die einerseits die gleichzeitige Beurkundung der Auflassung mit den schuldrechtlichen Vereinbarungen der Vertragsparteien ermöglichen, andererseits aber zu einer gleichwertigen Sicherung des Verkäufers vor einem vorzeitigen Verlust seines Eigentums führen. Dann allerdings wäre der Notar verpflichtet, eine Vertragsgestaltung zu wählen, die für die Urkundsbeteiligten kostengünstiger ist. So liegen die Dinge jedoch nicht.

Als unrichtige Sachbehandlung kann zunächst nicht bewertet werden, daß der Notar von einer gemeinsamen Beurkundung der Auflassung mit dem schuldrechtlichen Vertrag nicht im Hinblick darauf abgesehen hat, daß die Vertragsbeteiligten in der notariellen Urkunde auf ihr eigenes Antragsrecht gegenüber dem Grundbuchamt zur Herbeiführung der Eigentumsumschreibung verzichtet haben. Der Senat (DNotZ 1975, 686 – RPflegler 1975, 250 [= MittBayNot 1975, 172]) hat zwar die Möglichkeit einer Bevollmächtigung des Notars hinsichtlich der Ausübung des Antragsrecht aus § 13 GBO, die die eigene Antragsbefugnis der Urkundsbeteiligten mit der Folge verdrängt, daß das Grundbuchamt deren fehlende Antragsbefugnis zu beachten hat, bejaht. Diese Auffassung ist jedoch auf verbreitete Ablehnung gestoßen (OLG Karlsruhe BWNNotZ 1994, 69; LG Frankfurt RPflegler 1992, 58; *Ertl* DNotZ 1975, 644; *Herrmann* MittBayNot 1975, 173; *Haegle/Schoener/Stöber*, Grundbuchrecht 11. Aufl., Rdnr. 3203). Im Hinblick auf diesen Stand der Rechtsprechung und Literatur durfte es der Notar als offen ansehen, ob allein der Verzicht auf das eigene Antragsrecht im Sinne einer verdrängenden Vollmacht eine dem Verkäuferinteresse zuwiderlaufende vorzeitige Eigentumsumschreibung ausschließen konnte.

Eine Sicherstellung des Verkäuferinteresses konnte deshalb bei gleichzeitiger Mitbeurkundung der Auflassung nur die sog. beurkundungsrechtliche Lösung bieten, bei der der Notar auf entsprechendes Ersuchen der Vertragsbeteiligten zum Vollzug der schuldrechtlichen Vereinbarung zunächst nur Teilausfertigungen bzw. beglaubigte Teilabschriften der notariellen Urkunde erteilt, die die Auflassungserklärung nicht enthalten (§§ 42 Abs. 3, 49 Abs. 3, 51 Abs. 3 BeurkG), während eine vollständige Ausfertigung erst mit der von dem Notar gem. § 15 GBO beantragten Eigentumsumschreibung erteilt wird. Diese Verfahrensweise birgt die Gefahr, daß der Käufer durch ein Versehen in der geschäftsmäßigen Abwicklung gleichwohl in den Besitz einer ungekürzten beglaubigten Abschrift oder Ausfertigung der notariellen Urkunde gelangt, auf deren Grundlage er selbst unmittelbar die Eigentumsumschreibung beantragen kann. Richtig ist zwar, daß der Notar nicht allein deshalb eine mit höheren Kosten verbundene Vertragsgestaltung wählen darf, weil sie ihm eine bequemere und risikoärmere Abwicklung des Urkundsgeschäfts ermöglicht (OLG Frankfurt DNotZ 1990, 672, 673). Andererseits trägt der Hinweis des Verkäufers auf den ihm bei einem Notarversehen entstehenden Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung gem. § 19 BNotO dessen Sicherungsinteresse bei objektiver Bewertung nicht hinreichend Rechnung: Dem Verkäufer ist in erster Linie an der Sicherung seines Erfüllungs-

interesses gelegen. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Notars auf Schadensersatz bietet ihm schon wegen der tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines solchen Anspruchs keinen wirklich gleichwertigen Ersatz (vgl. KG DNotZ 1976, 434, 437).

Maßgebendes Gewicht kommt dem weiteren Gesichtspunkt zu, daß die Verbindung der schuldrechtlichen Vereinbarung mit der Auflassung dazu führt, daß mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch die Rechtsstellung des Käufers durch die Entstehung eines dinglichen Anwartschaftsrechts zusätzlich erstarkt. Bei diesem Anwartschaftsrecht handelt es sich um ein von dem schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsverschaffung unabhängiges, dem späteren Vollrecht vergleichbares, übertragbares und verpfänd- bzw. pfändbares Recht (BGHZ 106, 108, 111). Es wird regelmäßig nicht im Interesse des Verkäufers liegen, bereits vor Zahlung bzw. Sicherstellung des Kaufpreises dem Käufer ein dem Eigentum vergleichbares dingliches Recht an dem verkauften Grundstück bzw. Wohnungseigentum einzuräumen, das uneingeschränkt veräußerlich und belastbar ist sowie zudem dem Vollstreckungszugriff seiner Gläubiger unterliegt. Durch eine Vertragsgestaltung, die rechtlich die Entstehung eines solchen Anwartschaftsrechts ermöglicht, erbringt der Verkäufer damit eine Vorleistung, die vor Zahlung oder Sicherstellung des Kaufpreises seinen Interessen nicht entspricht. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts durch Gläubiger des Käufers kann die Abwicklung des schuldrechtlichen Vertrages stören oder gar vereiteln, weil die mit der Eigentumsumschreibung gem. § 848 Abs. 2 ZPO entstehende Sicherungshypothek den Vorrang hat gegenüber einem vom Käufer bestellten Grundpfandrecht, das der Kaufpreisfinanzierung dient und gleichzeitig mit dem Eigentumswechsel eingetragen werden soll (BGHZ 49, 197, 207; LG Fulda RPflegler 1988, 252). Hinzu kommt, daß durch die Mitbeurkundung der Auflassung das schuldrechtliche Vertragsverhältnis nicht mehr der Schutzvorschrift des § 313 S. 1 BGB unterliegt (BGH NJW 1985, 266). Dieser Gesichtspunkt kann sich zum Nachteil geschäftsungewandter Beteiligter auswirken, die sich dem Verlangen nach einer nunmehr formfrei möglichen Änderung des geschlossenen Vertrages gegenübersehen (*Wolfsteiner* RPflegler 1990, 505, 506; *Schmitz-Valckenberg* DNotZ 1990, 675, 677).

Diese Gesichtspunkte ergeben, daß nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, die beurkundungsrechtliche Lösung gewährleiste eine wirklich gleichwertige Sicherung des Interesses des Verkäufers gegenüber einer Möglichkeit der Vertragsgestaltung gewährleistet, bei der die Auflassung gesondert beurkundet wird. Dem Notar muß vielmehr ein Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Auswahl der Möglichkeiten der Vertragsgestaltung verbleiben, den er als Träger eines unabhängigen öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) auszufüllen hat, und zwar aufgrund des persönlichen Gesprächs mit den Beteiligten in der Beratungssituation bei der Beurkundungsverhandlung. Für die von ihm vorzunehmende Abwägung, welche Maßnahmen zur Sicherung der beiderseitigen Erfüllungsinteressen erforderlich sind, wird auch der persönliche Eindruck eine Rolle spielen, den der Notar bei der Beurkundung von den Beteiligten und ihren persönlichen Verhältnissen gewinnt. Nach Auffassung des Senats entspricht es nicht dem Sinn der Kostenvorschrift des § 16 Abs. 1 KostO, den Bereich der persönlichen Verantwortung des Notars für die Wahl einer Vertragsgestaltung einzuschränken und ihm durch die Rechtsprechung eine bestimmte Art und Weise der

Beurkundung vorgeben zu wollen, sei es auch nur für sog. Regelfälle (OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 674; DNotZ 1996, 324; OLG Frankfurt DNotZ 1990, 672; OLG Köln NJW-RR 1997, 1222 = MittRhNotK 1997, 328; wohl auch OLG Oldenburg JurBüro 1997, 376), zumal diese Beurteilung sogleich die weitere Frage aufwirft, für welche Ausnahmefälle eine gesonderte Beurkundung der Auflassung auch kostenrechtlich als unbedenklich einzustufen wäre. Der Senat hält es vielmehr mit einer verbreiteten Auffassung für unangebracht, in dem geschilderten Zusammenhang die Ausübung des notariellen Gestaltungsermessens mit Hilfe der kostenrechtlichen Vorschrift des § 16 Abs. 1 KostO einer sachlichen Überprüfung zu unterziehen (KG a.a.O.; LG München I MittBayNot 1993, 393; *Schmitz-Valckenberg*, a.a.O.; *Recker*, MittRhNotK 1997, 329 ff.; *Kanzleiter* DNotZ 1996, 236 ff.; *Wolfsteiner*, RPflegler 1990, 505; *KLBR*, § 16 Rdnr. 50; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 17 a mit abweichender Auffassung (*Waldner*) bei § 16 Rdnr. 24; *Haegeler/Schöner/Stöber*, a.a.O.).

Der Notar hat, wie er unbestritten vorgetragen hat, die Urkundsbeteiligten darüber belehrt, daß für die Beurkundung der Auflassung weitere Kosten entstehen. Damit hat er seine Belehrungspflicht erfüllt. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 Abs. 1 KostO kann nicht daraus hergeleitet werden, daß er die Beteiligten nicht zusätzlich auch darauf hingewiesen hat, daß die Möglichkeit einer gemeinsamen Beurkundung des Kaufvertrages und der Auflassung bestehe. Eine besondere Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf die Wahl einer kostengünstigeren Vertragsgestaltung ist in der Rechtsprechung nur dann angenommen worden, wenn die zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten untereinander gleichwertig sind, also für die Erreichung des gewollten Erfolgs in gleicher Weise sicher und zweckmäßig erscheinen (OLG Köln JurBüro 1990, 75, 77 f.; JurBüro 1993, 100, 101; *KLBR*, § 16 Rdnr. 51). Von dem oben begründeten Standpunkt des Senats aus stellt sich jedoch die gesonderte Beurkundung der Auflassung als der sicherste Weg dar, das Verkäuferinteresse zu sichern, eine vorzeitige Eigentumsumschreibung im Grundbuch vor Zahlung oder Sicherstellung auszuschließen, während andere Gestaltungsmöglichkeiten wie insbesondere der beurkundungsrechtliche Weg nicht eine in jeder Hinsicht gleichwertige Sicherstellung des Verkäuferinteresses gewährleisten. Die Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf die Kostenbelastung würde aber überspannt, wenn ihm auch die Verpflichtung auferlegt würde, die Urkundsbeteiligten über andere Gestaltungsmöglichkeiten zu belehren, die gegenüber der von ihm gewählten Art der Vertragsgestaltung getrennte Beurkundung von schuldrechtlichem Geschäft und Auflassung zwar nicht in jeder Hinsicht gleichwertig, andererseits aber kostengünstiger sein können. Denn die Urkundsbeteiligten könnten die rechtliche Bedeutung verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten überhaupt nur dann nachvollziehen, wenn der Notar ihnen zunächst die juristischen Kenntnisse vermitteln würde, die für diese Beurteilung erforderlich sind. Dies kann die Belehrung des Notars gegenüber juristischen Laien bei der Beurkundungsverhandlung aber nicht leisten, da die Abwägung juristisch anspruchsvolle Fragen betrifft, die mit dem Abstraktionsprinzip des BGB und der Rechtsfigur des dinglichen Anwartschaftsrechts zusammenhängen.

28. KostO, §§ 39 Abs. 2, 30, Abs. 1, 18 Abs. 3 (*Geschäftswert bei Verkauf von Kommanditanteilen*)

Übersteigt der Wert der Geschäftsanteile den Kaufpreis, so ist nach § 39 Abs. 2 KostO allein Letzterer maßgeblich. Der Wert eines Anteils an einer Personengesellschaft bestimmt sich gem. § 30 Abs. 1 KostO nach dem Anteil des Gesellschafters am Aktivvermögen der Gesellschaft. Infolge von § 18 Abs. 3 KostO erfolgt kein Abzug von Verbindlichkeiten.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Landgericht München I, Beschluß vom 27.3.1997 – 13 T 16759/96 –

Aus dem Tatbestand:

Am 15.11.1995 beurkundete Notar A. die Veräußerung von Geschäfts- und Kommanditanteilen der B.-GmbH & Co. KG an die Beschwerdeführerin.

Mit UrNr. 1/95 erwarb die Beschwerdeführerin 97,5% des Kommanditkapitals zu einem Kaufpreis von DM 23,2 Mio. und mit UrNr. 2/95 weitere 2,5% des Kommanditkapitals zu einem Kaufpreis von DM 236.000,00.

Für seine Tätigkeit erstellte der Notar zunächst zwei Kostenberechnungen vom 24.11.1995 unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes in Höhe des jeweiligen Kaufpreises über DM 55.394,35 bzw. DM 1.207,50. Diese Rechnungen wurden von der Beschwerdeführerin beglichen.

Aufgrund einer Gebührenrevision wurde der Notar veranlaßt, eine erneute Berechnung seiner Gebühren vorzunehmen. Dies erfolgte mit den angefochtenen Kostenberechnungen vom 10.07.1996. Unter Heranziehung des in der Bilanz angegebenen Aktivvermögens wurde die nach § 36 Abs. 2 KostO zu erhebende Gebühr aus den Geschäftswerten von DM 82.346.890,00 (UrNr. 1/95) bzw. DM 1.771.843,35 (UrNr. 2/95) berechnet.

Die Beteiligte legte gegen diese Kostenberechnungen Beschwerde ein.

Sie ist der Ansicht, für den Geschäftswert sei allein der Kaufpreis maßgebend. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Wert der übertragenen Kommanditbeteiligungen höher läge als der hierfür entrichtete Kaufpreis. Eine Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO, wonach Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen seien, würde zu wirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führen. Im übrigen wendet die Beschwerdeführerin ein, daß selbst bei Zugrundelegung des Aktivvermögens der KG die Neuberechnung in zwei Punkten zu korrigieren sei: der Grundstücksbestand der Gesellschaft sei nur mit dem in der Bilanz ausgewiesenen Buchwert von DM 54.284.000,00 anzusetzen. Zum anderen sei bei der Bewertung der Urkunde Nr. 1/95 der Wert der übertragenen Darlehensforderung von DM 13,2 Mio. doppelt erfaßt.

Die Beschwerde hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. (...)

Der Geschäftswert, aus dem die Gebühren gemäß § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Verkaufs von Geschäfts- und Kommanditanteilen zu berechnen sind, bestimmt sich nach § 39 KostO, d.h. nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht. Beinhaltet der Vertrag einen Austausch von Leistungen, so ist nur der Wert der Leistung des einen Teils heranzuziehen, und zwar nach § 39 Abs. 2 KostO, der höhere. Vorliegend übersteigt der Wert der Geschäftsanteile den Kaufpreis, so daß er allein maßgeblich ist. Der Wert eines Anteils an einer Personengesellschaft bestimmt sich nämlich nach § 30 Abs. 1 KostO nach dem Anteil des Gesellschafters am Aktivvermögen der Gesellschaft und zwar im Hinblick auf § 18 Abs. 3 KostO ohne

Abzug von Verbindlichkeiten (BayObLG MittBayNot 1983, 31; DNotZ 1991, 401; *Korintenberg*, § 18 Rdnr. 27; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 28 Rdnr. 9; jeweils m.w.N.).

Die von der Beschwerdeführerin für ihre gegenteilige Auffassung zitierten Entscheidungen betreffen die Bewertung von Gesellschaftsanteilen einer GmbH. Diese Entscheidungen sind auf die Bewertung von Anteilen einer Personengesellschaft nicht übertragbar, da das Vermögen der KG Gesamtvermögen der Gesellschafter ist. Die Anteile eines Gesellschafters geben im Gegensatz zu einer GmbH eine unmittelbare Berechtigung am Gesellschaftsvermögen (BayObLG DNotZ 91, 400 und *Rohs/Wedewer*, § 18 Rdnr. 9 sowie *Korintenberg*, § 18 Rdnr. 27).

Der kostenrechtliche Wert bestimmt sich deshalb nach dem Anteil des Gesellschafters am Aktivvermögen der Gesellschaft, ohne Schuldenabzug. Das gilt auch dann, wenn – wie hier – sämtliche Gesellschaftsanteile übertragen werden (*Korintenberg*, § 18 Rdnr. 25).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist § 18 Abs. 3 KostO als allgemeine Wertbestimmung auch im Rahmen des § 39 Abs. 2 KostO zu beachten (*Korintenberg*, § 39 Rdnr. 5).

Nicht gefolgt werden kann ferner der Ansicht der Beschwerdeführerin, § 18 Abs. 3 KostO sei in Fällen des Unternehmenskaufs nicht anwendbar. Eine Anwendung würde zu wirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führen. In § 18 Abs. 3 Halbsatz 2 KostO ist ausdrücklich klargestellt, daß das Verbot des Abzugs von Verbindlichkeiten auch dann gilt, wenn – wie hier – Gegenstand des Geschäfts eine sonstige Vermögensmasse ist. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in dem Beschluß vom 19.3.1997 (Az: 3 Z BR 289/96) entschieden, daß die Bestimmung des § 18 Abs. 3 KostO nicht gegen das Gebot einer verfassungsmäßigen Kostenerhebung verstößt, insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG und hierzu ausgeführt:

Die Regelung enthält einen von jeher geltenden allgemeinen Grundsatz des Kosten- und Steuerrechts (vgl. *Korintenberg/Wenz/Wenz*, KostO 1936, § 17 Anm. 5, *Wittler* JVB1. 1938, 82/83) und kann nicht als willkürlich angesehen werden. Für diese Regelung lassen sich sachliche Gründe anführen. So ermöglicht sie z.B. eine Gebührenberechnung auch für Geschäfte, deren Gegenstand überschuldet ist. Sie ist ferner geeignet, das Kostenrecht übersichtlich und seine Handhabung möglichst einfach zu gestalten. Die hierzu getroffene Regelung des § 18 Abs. 3 KostO hält sich im Rahmen des dem Gebührengesetzgeber eingeräumten weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums (vgl. BVerfGE 50, 217/226 f.). Sie ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen (vgl. *Korintenberg*, § 18 Rdnr. 11; *Göttlich/Mümmler*, Stichwort „Geschäftswert“ S. 518). Der Geschäftswert dient als Grundlage für die Gebührenberechnung. Als Gebührenwert muß er dem Wert des bürgerlichen Rechtsverkehrs nicht entsprechen (*Korintenberg* Vorbem §§ 18 bis 30 Rd Nr. 3). Gegen die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO kann deshalb nicht mit Erfolg eingewendet werden, sie führe zu einer für den Rechtsverkehr nicht vertretbaren Bewertung des Vermögens. Für die Beurteilung der Angemessenheit der Kostenerhebung kommt es nicht allein auf den Geschäftswert, sondern auf die Gebühr, also auf das Zusammenwirken von Wert, Gebührensatz und Tabelle (*Korintenberg*, a.a.O.) an.

Zurecht wurde der in der Bilanz enthaltene Grundbesitz nicht, wie die Beschwerdeführerin meint, mit dem Buchwert sondern gemäß § 19 KostO mit dem Verkehrswert angesetzt. Der

Schätzwert der Grundstücke ist in der Anlage 5, auf die in der Urkunde Bezug genommen wird, mit DM 63.257.500,00 angegeben. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, daß dieser Schätzwert nicht dem Verkehrswert entspricht. Insoweit werden von der Beschwerdeführerin auch keine Einwendungen erhoben.

Bei der Bewertung der Urkunde Nr. 1/95 ist jedoch die Darlehensforderung von DM 13,2 Mio. nicht noch den Aktiven hinzuzurechnen. Die frühere Gesellschafterin hatte im Zeitpunkt der Veräußerung der Gesellschaft noch eine Forderung in dieser Höhe gegen die KG. Als Teil des Kaufpreises verpflichtete sich die Beschwerdeführerin, diesen Betrag an die Gesellschafterin zu bezahlen. Da diese Forderung in der Bilanz bereits als nicht abzugsfähige Verbindlichkeit enthalten ist, weist die Beschwerdeführerin zutreffend darauf hin, daß dieser Betrag doppelt erfaßt werden würde, wenn zu dem Aktivvermögen noch einmal DM 13,2 Mio. addiert werden.

Öffentliches Recht

29. BauGB a.F. §§ 19 ff.; BauGB n.F. § 233 Abs. 1 Satz 1 (*Anwendbarkeit von §§ 19 ff. BauGB a.F.*)

Die allgemeine Überleitungsvorschrift des § 233 Abs. 1 S. 1 BauGB 1998 gilt für Verfahren auf Erteilung einer Teilungsgenehmigung, die nach den bisherigen Vorschriften der §§ 19 ff. BauGB a.F. vor dem 1.1.1998 eingeleitet wurden.

(*Leitsatz des Einsenders*)

OVG Münster, Urteil vom 13.2.1998 – 7 A 2821/96 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verkaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 13.5.1993 eine ca. 550 qm große Teilfläche seines Grundstücks Gemarkung S. zum Zwecke der Bebauung mit einem Wohnhaus an die Eheleute L.

Die vom Notar beantragte Teilungsgenehmigung lehnte der Beklagte ab. Zur Begründung war ausgeführt: Die Teilung diene dazu, eine unzulässige Bebauung vorzubereiten. Die betreffende Grundstücksfläche liege im Außenbereich und eine Wohnbebauung sei dort nicht zulässig.

Der Kläger legte hiergegen Widerspruch ein. Die Beigeladene wies den Widerspruch zurück. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Teilungsgenehmigung.

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, daß nach der zum 1.1.1998 in Kraft getretenen Neufassung des Baugesetzbuches (BauGB n.F.) in der Bekanntmachung vom 27.8.1997 (BGBl I S. 2141) die Teilung eines Grundstücks zu ihrer Wirksamkeit gemäß § 19 Abs. 1 BauGB n.F. nunmehr nur noch der Genehmigung bedarf, wenn – was vorliegend nicht der Fall ist – das Grundstück in dem Geltungsbereich eines Bebauungsplanes liegt und die Gemeinde in einer Satzung ein entsprechendes Genehmigungserfordernis bestimmt hat.

Nach der allgemeinen Überleitungsvorschrift des § 233 Abs. 1 Satz 1 BauGB n.F. werden Verfahren nach dem Baugesetzbuch, die vor Inkrafttreten der Neufassung am 1.1.1998 förmlich eingeleitet worden sind, mithin also auch das hier betroffene Verfahren auf Erteilung der Teilungsgenehmigung, nach

den bisher geltenden Rechtsvorschriften abgeschlossen, soweit in den §§ 234 ff. BauGB n.F. – wie etwa für Teilungsgenehmigungen – nichts anderes bestimmt ist.

Auf der Grundlage der demnach hier anwendbaren §§ 19 ff. des Baugesetzbuches (BauGB a.F.) in der früheren Fassung der Bekanntmachung vom 8.12.1986 (BGBl I S. 2253) kann der Kläger als Verkäufer der streitigen Grundstücksfläche das erforderliche Rechtsschutzinteresse an der Erteilung der begehrten Genehmigung geltend machen, da einer solchen Genehmigung nach bisherigem Recht gemäß § 21 Abs. 1 BauGB a.F., was für den wirtschaftlichen Wert der betroffenen Grundstücksfläche von Bedeutung ist, eine über den Geltungszeitraum der bisherigen gesetzlichen Regelung hinausreichende Bindungswirkung für das spätere Baugenehmigungsverfahren zukommt.

Die Klage ist jedoch unbegründet.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Genehmigung.

Nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 1 Nr. 3 BauGB a.F. ist eine Teilungsgenehmigung u.a. zu versagen, wenn das betroffene Grundstück im Außenbereich gemäß § 35 BauGB Abs. 1 a.F. liegt und die Teilung dazu dient, eine unzulässige Bebauung vorzubereiten.

Dies ist hier der Fall. (Wird ausgeführt.)

Steuerrecht

30. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 6 Abs. 2, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 (*Umfang der Gegenleistung bei Grundstückserwerb eines Gesellschafters von der Gesellschaft*)

Eine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Gegenleistung besteht nicht in der Schmälerung der Gewinnerwartungen oder der Hinnahme der Minderung des inneren Werts der Gesellschaftsbeteiligung eines Gesellschafters, wenn die Gesellschaft an den Gesellschafter Grundstücke unter Wert überträgt.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BFH, Urteil vom 5.3.1997 – II R 81/94 –

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die im Rechtsverkehr als A-GbR auftritt. An der Gesellschaft sind drei Schwestern des Klägers als Gesellschafter beteiligt. Alle vier Gesellschafter sind im gleichen Umfang am Vermögen der Gesellschaft beteiligt (je 25 v.H.). Die GbR besaß zehn Grundstücke.

Der Kläger und seine drei Schwestern waren darüber hinaus Gesellschafter einer weiteren Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die im Rechtsverkehr als B-GbR auftrat. An dieser Gesellschaft waren der Kläger zu 26,191 v.H. und seine drei Schwestern zu je 24,603 v.H. beteiligt. Diese Gesellschaft war Eigentümerin eines Grundstücks. Alle diese Grundstücke stammten aus dem Nachlaß des Vaters der Gesellschafter und ihres Großvaters.

1991 schlossen der Kläger und seine Mitgesellschafterinnen einen notariell beurkundeten Vertrag, den sie als „Auseinandersetzungsvertrag“ bezeichneten. Einleitend wurde in diesem Vertrag erklärt:

„Wir sind übereingekommen, zum Zwecke der weiteren Erbauseinandersetzung die BGB-Gesellschaften zu vereinigen und aus dem Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzelne Grundstücke an die einzelnen Gesellschafter in Anrechnung auf ihre Gesellschaftsbeteiligung zu Alleineigentum zu übertragen.“

In dem Vertrag wurde zunächst das Grundstück der B-GbR auf die A-GbR übertragen. Sodann wurden einzelne Grundstücke aus der A-GbR auf die vier Gesellschafter übertragen. Einzelne dieser Grundstücke waren mit Grundpfandrechten belastet. In Höhe der Valutierung wurden die zugrundeliegenden Darlehensverbindlichkeiten von den erwerbenden Gesellschaftern übernommen. Dabei erhielt der Kläger zwei Grundstücke. Eines dieser Grundstücke war zum Übertragungszeitpunkt mit Grundschulden belastet, die in Höhe von ... DM valuiert waren. Die zugrundeliegende Darlehensschuld wurde vom Kläger als Alleinschuldner in dem Vertrag übernommen. In dem Vertrag wurde sodann erklärt:

„Die Vertragsschließenden gehen davon aus, daß die den einzelnen Gesellschaftern übertragenen Grundstücke bzw. Wohnungen unter Berücksichtigung der übernommenen Belastungen gleichwertig sind. Demgemäß ist ein Ausgleich zwischen den Vertragsschließenden nicht zu erbringen.“

Durch Bescheid vom 22.7.1991 setzte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) gegen den Kläger Grunderwerbsteuer fest. Die nach Auffassung des FA auf den Kläger entfallende Gegenleistung ermittelte das FA dabei wie folgt:

Verkehrswert der verteilten Grundstücke	... DM
abzüglich Belastungen verbleiben	/. ... DM
klägerischer Anteil (25 v.H.)	... DM
zuzüglich übernommener Belastung	... DM
gesamte Gegenleistung des Klägers	... DM

Daraus errechnete das FA, die Grunderwerbsteuer, wovon es 25 v.H. nach § 6 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG 1983) unerhoben ließ.

Hiergegen richtete sich die Klage, mit der Herabsetzung der Grunderwerbsteuer begehrt wurde. Der Erwerb der Grundstücke sei zwar nach der Gegenleistung zu berechnen, diese bestehe aber lediglich im Wert der übernommenen Darlehensverbindlichkeit.

Das Finanzgericht (FG) hat die Klage abgewiesen. Die Revision war erfolgreich.

Aus den Gründen:

Zu Unrecht hat das FG angenommen, daß außer der vom Kläger übernommenen Darlehensschuld eine weitere Gegenleistung vorliege.

1. Die durch den notariell beurkundeten Vertrag begründete Verpflichtung der Gesellschaft zur Übertragung des Eigentums an zwei Grundstücken auf den Kläger unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer. Die Steuer hierfür bemißt sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983). Die Gegenleistung i.S. von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 GrEStG 1983 besteht aus der vom Kläger übernommenen Verpflichtung aus dem Darlehen, die auf einem der von ihm erworbenen Grundstücke grundpfandrechtlich gesichert ist.

Eine weitere Gegenleistung i.S. von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 GrEStG 1983 hat der Kläger nicht erbracht. Als Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinn gilt jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt. Erwerb des Grundstücks und Gegenleistung für den Erwerb müssen kausal verknüpft sein (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteil vom 12.10.1994 II R 4/91, BStBl II 1995, 69, m.w.N. [= MittBayNot 1995, 166]). Eine Gegenleistung in diesem Sinn hat der grundstückserwerbende Kläger an die grundstücksveräußernde Gesellschaft nicht erbracht. Zwar kann eine Gegenleistung in diesem Sinn auch bei Grundstücksübertragungen auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage gegeben sein (vgl. z.B. Senatsurteil vom 25.1.1989 II R 26/86, BStBl II 1989, 466). Erforderlich dafür ist jedoch, daß im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft neben der ausdrücklich im Vertrag

genannten Gegenleistung ein weiterer Leistungsaustausch feststellbar ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn als Entgelt für den Erwerb des Eigentums an dem Grundstück anderweitige Ansprüche aufgegeben oder durch die Grundstücksübergabe ersatzweise erfüllt werden. Ein solcher Leistungsaustausch zwischen dem Kläger und der Gesellschaft liegt im Streitfall jedoch nicht vor.

Weder die durch die Grundstücksübertragung unter Wert verursachte Schmälerung der Gewinnerwartungen des Klägers noch die dadurch bedingte Hinnahme der Minderung des inneren Werts seiner Gesellschaftsbeteiligung können – wovon auch das FG ausgeht – als Leistung des Klägers an die veräußernde Gesellschaft angesehen werden. Ein Gewinnausschüttungsanspruch ist in bezug auf die Grundstücksübertragung mangels Gewinnrealisierung nicht entstanden. Ein Anspruch, auf den der Kläger insoweit hätte verzichten können, lag mithin nicht vor (vgl. Senatsurteil vom 26.10.1977 II R 115/69, BStBl II 1978, 201). Auch in der Hinnahme der Minderung des inneren Werts der Gesellschaftsbeteiligung durch die Vereinbarung eines unter dem gemeinen Wert liegenden Kaufpreises für das Grundstück kann keine Leistung des Klägers an die Gesellschaft gesehen werden. Die GbR hat dadurch keine Vermögensmehrung erfahren und der Kläger nicht auf Ansprüche gegen die Gesellschaft verzichtet (vgl. auch insoweit Senatsurteil in BStBl II 1978, 201).

Auch die Gesellschaftsbeteiligung des Klägers als solche ist durch den Vertrag von 1991 nicht verändert worden. Er ist weiterhin Gesellschafter mit derselben anteiligen Beteiligung am Vermögen geblieben. Eine Gegenleistung könnte insoweit nur dann vorliegen, wenn der Kläger auf einen Anspruch auf Auszahlung eines Auseinandersetzungsguthabens bzw. auf Verteilung des Gesellschaftsvermögens verzichtet hätte (Senatsurteil vom 6.12.1989 II R 95/86, BStBl II 1990, 186). Ein solcher Anspruch eines Gesellschafters nach § 734, § 738 BGB besteht jedoch nur im Rahmen einer Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft (§§ 730 f. BGB). Die GbR im Streitfall ist jedoch nicht aufgelöst. Angesichts der Tatsache, daß der von der GbR zurückbehaltene Grundbesitz einen größeren Wert besitzt als der auf die Gesellschafter übertragene, kann die Übertragung der Grundstücke an den Kläger und seine Mitgesellschafterinnen auch nicht „gleichsam“ als Liquidation der Gesellschaft behandelt werden. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß eine Teilliquidation vorliegt (vgl. auch insoweit BStBl II 1990, 186, 187).

Ordnet das Gesetz – wie hier – als Bemessungsgrundlage den Wert der Gegenleistung an, so ist diese grundsätzlich auch dann zu berücksichtigen, wenn sie den Wert des Grundstücks – ggf. deutlich – unterschreitet; es kann nicht der Wert des Grundstücks – gleichsam als Hilfsmaßstab – als Bemessungsgrundlage herangezogen werden.

Entgegen der Auffassung des FG hat der Kläger auch keine Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinn gegenüber seinen Mitgesellschafterinnen erbracht. Dem Kläger standen gegenüber seinen Mitgesellschafterinnen keine geldwerten Ansprüche zu, auf die er insoweit verzichten konnte. Insbesondere hatte er – entgegen der Auffassung des FG – keinen Anspruch auf „ordnungsgemäße Herbeiführung eines Auseinandersetzungsbeschlusses“, da eine Auseinandersetzung i.S. von § 732 f. BGB von den Gesellschaftern weder geplant noch tatsächlich durchgeführt worden ist. Durch die Ausübung seines Mitgeschäftsführungsrechts nach § 711 Satz 1 BGB hat er auch nicht – zumal nicht gegen Entgelt – auf sein Widerspruchsrecht nach Satz 2 der Vorschrift verzichtet.

Auch die Tatsache, daß der Kläger an der B-GbR um 1,191 v.H. vermögensmäßig höher beteiligt war als seine Mitgesellschafterinnen, führt zu keiner Gegenleistung für seinen Grundstückserwerb von der GbR. Die Tatsache der Verringerung seiner Beteiligung an der zweiten Gesellschaft könnte allenfalls grunderwerbsteuerrechtlich relevant sein für – die im Streitfall nicht zu beurteilenden – Grundstücksübertragungen zwischen den beiden Gesellschaften.

31. KStG § 8 Abs. 3 Satz 2 (Übernahme eigener Gründungskosten einer GmbH als verdeckte Gewinnausschüttung)

Die Übernahme der Gründungskosten durch die Kapitalgesellschaft führt zu einer verdeckten Gewinnausschüttung, wenn nicht in der Satzung der von der Kapitalgesellschaft zu tragende Gründungsaufwand beziffert ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BFH, Urteil vom 11.2.1997 – I R 42/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin), eine GmbH, wurde durch notariellen Vertrag vom ... September 1990 von den beiden je zur Hälfte am Stammkapital beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführern gegründet. Die Stammeinlage wurde zur Hälfte eingezahlt. In dem Gesellschaftsvertrag war bestimmt, daß die Gesellschaft die Kosten dieses Vertrages und seiner Durchführung sowie die Gesellschaftsteuer trägt. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) behandelte die betreffenden Beträge als verdeckte Gewinnausschüttungen (vGA).

Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen von der Klägerin erhobene Klage statt. Die Revision des FA hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Klageabweisung.

1. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens vGA zu berücksichtigen; sie mindern das Einkommen nicht.

Unter einer vGA i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßt ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (Urteil des BFH vom 11.12.1991 I R 49/90, BStBl II 1992, 434). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsverhältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (BFH-Urteil vom 16.3.1967 I 261/63, BStBl III 1967, 626).

2. Wie der Senat durch sein Urteil vom 11.10.1989 I R 12/87 BStBl II 1990, 89 – auf das, um Wiederholungen zu vermeiden, im einzelnen verwiesen wird – entschieden hat, ist eine andere Ausschüttung i.S. von § 27 Abs. 3 Satz 2 KStG gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft die eigenen Gründungskosten begleicht, die zivilrechtlich von den Gesellschaftern zu tragen sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschafts-

satzung die Übernahme des Gründungsaufwandes zu Lasten der Gesellschaft nicht vorsieht (vgl. § 26 Abs. 2 des Aktiengesetzes – AktG –, der einen für alle Kapitalgesellschaften verbindlichen Rechtsgrundsatz enthält). Daran hält der Senat fest. Die Erwägungen des FG rechtfertigen eine Abweichung nicht. Zwar ist es richtig, daß Rechtshandlungen, die unter Verstoß gegen das Vorbelastungsverbot des § 26 Abs. 2 AktG erfolgt sind, gemäß § 26 Abs. 3 AktG der Gesellschaft gegenüber nicht wirksam sind. Die Gesellschaft behält insoweit hinsichtlich der von ihr übernommenen Gründungskosten einen entsprechenden Erstattungsanspruch. Es mag auch richtig sein, daß dem durch Einbuchung einer entsprechenden Forderung Rechnung zu tragen ist. Dies ändert indes nichts daran, daß es sich bei dem fraglichen Erstattungsanspruch um eine Einlageforderung handelt, die nicht erfolgswirksam anzusetzen ist und die deshalb die gesellschaftlich motivierte Ausschüttung infolge der übernommenen Gründungskosten nicht neutralisieren kann. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (zuletzt: Urteil vom 29.5.1996 I R 118/93, BStBl II 1997, 92) können Ansprüche auf Ersatz eines Schadens, die gegen einen Gesellschafter gerichtet sind, nur dann den steuerlichen Gewinn einer Kapitalgesellschaft erhöhen, wenn sie keine Einlageforderung sind. Resultiert der Anspruch jedoch aus der Rückgängigmachung einer vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG), dann ist er steuerlich als Einlageforderung zu beurteilen. Gleiches gilt für die Rückgängigmachung einer anderen Ausschüttung i.S. von § 27 Abs. 3 KStG.

3. So verhält es sich auch im Streitfall. Der Umstand, daß in der Satzung bestimmt ist, die Klägerin habe alle Gründungskosten zu tragen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach der

insoweit einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – BGH – (Beschluß vom 20.2.1989 II ZB 10/88, BGHZ 107, 1, Der Betrieb 1989, 871) erfordert der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, daß im Interesse des Gläubigerschutzes in der Satzung offenzulegen ist, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist. Dies könne nur dann erreicht werden, wenn der gesamte Aufwand ausgewiesen werde. Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, sind zu schätzen. Der Senat ist dem bereits in seinem Urteil in BFHE 158, 390, BStBl II 1990, 89 gefolgt (vgl. auch *Jürgenmeyer/Maier* BB 1996, 2135, m.w.N.). Das Vorbringen der Klägerin gibt keine Veranlassung, hiervon abzurücken. Es genügt mithin nicht, statutarisch lediglich die Übernahme der Gründungskosten als solche festzulegen. Vielmehr bedurfte es entsprechender zahlenmäßiger Vorgaben. Dies ist unterblieben, weshalb es im Ergebnis an der betrieblichen Veranlassung der getätigten Ausgaben infolge der Kostenübernahme fehlte (Urteil in BStBl II 1990, 89). Auf die Frage, ob es – weitergehend als vom Senat bislang angenommen – der Festlegung nicht nur der zu übernehmenden Gesamtsumme, sondern der einzelnen Kostenpositionen bedarf (s. dazu *Jürgenmeyer/Maier* BB 1996, 2135, 2137 unter Hinweis auf eine Verwaltungspraxis), kam es nicht an.

Sind die Gründungskosten damit aber verdeckt ausgeschüttet worden, handelt es sich bei etwaigen dadurch entstandenen Erstattungsansprüchen gegen die Gesellschafter um solche, die die vGA lediglich rückgängig machen und die deshalb als Einlageforderungen zu beurteilen sind (a.A. insoweit *Streck*, Körperschaftsteuergesetz, 4. Aufl., § 8 Rz. 150 „Gründungskosten“; *Jürgenmeyer/Maier* ebd.).

1. Düsseldorfer Tabelle

Stand: 1. Juli 1998¹⁾²⁾

A. Kindesunterhalt

	Nettoeinkommen des Barunterhalts- pflichtigen (Anm. 3, 4)	Altersstufen in Jahren (§ 1612a III BGB)				Vom- hundert- satz	Bedarfs- kontroll- betrag (Anm. 3, 4)
		0-5	06-11	12-17	ab 18		
1.	bis 2400	349	424	502	580	100	1300/1500
2.	2400-2700	374	454	538	621	107	1600
3.	2700-3100	398	484	573	662	114	1700
4.	3100-3500	423	514	608	702	121	1800
5.	3500-3900	447	543	643	743	128	1900
6.	3900-4300	471	570	677	783	135	2000
7.	4300-4700	496	603	713	824	142	2100
8.	4700-5100	524	636	753	870	150	2200
9.	5100-5800	559	679	804	928	160	2350
10.	5800-6500	594	721	854	986	170	2500
11.	6500-7200	629	764	904	1044	180	2650
12.	7200-8000	664	806	954	1102	190	2800
13.	über 8000	nach den Umständen des Falles					

¹⁾ Die neue Tabelle nebst Anmerkungen beruht auf Koordinierungsgesprächen, die zwischen Richtern der Familiensenate der Oberlandesgerichte Düsseldorf, Köln und Hamm sowie der Unterkommision des Deutschen Familiengerichtstages e.V. unter Berücksichtigung des Ergebnisses einer Umfrage bei allen Oberlandesgerichten stattgefunden haben.

²⁾ Die neue Tabelle gilt ab 1.7.1998. Bis zum 30.6.1998 ist die bisherige Tabelle (Stand: 1.1.1996, FamRZ 1995, 1323 = NJW 1995, 2972) anzuwenden.

Anmerkungen:

1. Die Tabelle weist monatliche Unterhaltsrichtsätze aus, bezogen auf einen gegenüber einem Ehegatten und zwei Kindern Unterhaltspflichtigen.

Bei einer größeren/geringeren Anzahl Unterhaltsberechtigter sind Ab- oder Zuschläge in Höhe eines Zwischenbetrages oder durch Einstufung in niedrigere/höhere Gruppen angemessen. Bei überdurchschnittlicher Unterhaltslast ist Anmerkung 6 zu beachten. Zur Deckung des notwendigen Mindestbedarfs aller Beteiligten – einschließlich des Ehegatten – ist gegebenenfalls eine Herabstufung bis in die unterste Tabellen-Gruppe vorzunehmen. Reicht das verfügbare Einkommen auch dann nicht aus, erfolgt eine Mangelberechnung nach Abschnitt C.

2. Die Richtsätze der 1. Einkommensgruppe entsprechen dem Regelbetrag nach der Regelbetrag-VQ für den Westteil der Bundesrepublik (Art. 2 des Kindesunterhaltsgesetzes v. 6.4.1998 – BGBl I 666). Der Vomhundertsatz drückt die Steigerung des Richtsatzes der jeweiligen Einkommensgruppe gegenüber dem Regelbetrag (= 1. Einkommensgruppe) aus. Die durch Multiplikation des Regelbetrages mit dem Vomhundertsatz errechneten Richtsätze sind entsprechend § 1612a

II BGB aufgerundet. Die Beträge der 6. Einkommensgruppe sind geringfügig niedriger festgesetzt als die sich rechnerisch ergebenden Beträge, damit die Übereinstimmung mit der für das Beitrittsgebiet geltenden Berliner Tabelle gewahrt bleibt.

3. Berufsbedingte Aufwendungen, die sich von den privaten Lebenshaltungskosten nach objektiven Merkmalen eindeutig abgrenzen lassen, sind vom Einkommen abzuziehen, wobei bei entsprechenden Anhaltspunkten eine Pauschale von 5% des Nettoeinkommens mindestens 90 DM, bei geringfügiger Teilzeitarbeit auch weniger, und höchstens 260 DM monatlich – geschätzt werden kann. Übersteigen die berufsbedingten Aufwendungen die Pauschale, sind sie insgesamt nachzuweisen.

4. Berücksichtigungsfähige Schulden sind in der Regel vom Einkommen abzuziehen.

5. Der notwendige Eigenbedarf (Selbstbehalt)

- gegenüber minderjährigen unverheirateten Kindern,
- gegenüber volljährigen unverheirateten Kindern bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, die im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils leben und sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden,

beträgt beim nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen monatlich 1300 DM, beim erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen monatlich 1500 DM. Hierhin sind die 650 DM für Unterkunft einschließlich umlagefähiger Nebenkosten und Heizung (Warmmiete) enthalten. Der Selbstbehalt kann angemessen erhöht werden, wenn dieser Betrag im Einzelfall erheblich überschritten wird und dies nicht vermeidbar ist.

Der angemessene Eigenbedarf, insbesondere gegenüber anderen volljährigen Kindern, beträgt in der Regel mindestens 1800 DM. Darin ist eine Warmmiete bis 800 DM enthalten.

6. Der Bedarfskontrollbetrag des Unterhaltspflichtigen ab Gruppe 2 ist nicht identisch mit dem Eigenbedarf. Er soll eine ausgewogene Verteilung des Einkommens zwischen dem Unterhaltspflichtigen und den unterhaltsberechtigten Kindern gewährleisten. Wird er unter Berücksichtigung auch des Ehegattenunterhalts (vgl. auch B. V und VI) unterschritten, ist der Tabellenbetrag der nächst niedrigeren Gruppe, deren Bedarfskontrollbetrag nicht unterschritten wird, oder ein Zwischenbetrag anzusetzen.

7. Bei volljährigen Kindern, die noch im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils wohnen, bemißt sich der Unterhalt nach der 4. Altersstufe der Tabelle.

Der angemessene Gesamtunterhaltsbedarf eines Studierenden, der nicht bei seinen Eltern oder einem Elternteil wohnt, beträgt in der Regel monatlich 1100 DM. Dieser Bedarfssatz kann auch für ein Kind mit eigenem Haushalt angesetzt werden.

8. Die Ausbildungsvergütung eines in der Berufsausbildung stehenden Kindes, das im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils wohnt, ist vor ihrer Anrechnung in der Regel um einen ausbildungsbedingten Mehrbedarf von monatlich 150 DM zu kürzen.

9. In den Unterhaltsbeträgen (Anmerkungen 1 und 7) sind Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung nicht enthalten.

B. Ehegattenunterhalt

I. Monatliche Unterhaltsrichtsätze des berechtigten Ehegatten ohne gemeinsame unterhaltsberechtigten Kinder (§§ 1361, 1569, 1578, 1581 BGB):

1. gegen einen erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen:

a) wenn der Berechtigte kein Einkommen hat:

$\frac{3}{7}$ des anrechenbaren Erwerbseinkommens zuzüglich $\frac{1}{2}$ der anrechenbaren sonstigen Einkünfte des Pflichtigen nach oben begrenzt durch den vollen Unterhalt, gemessen an den zu berücksichtigenden ehelichen Verhältnissen;

b) wenn der Berechtigte ebenfalls Einkommen hat:

aa) Doppelverdiener Ehe:

$\frac{3}{7}$ der Differenz zwischen den anrechenbaren Erwerbseinkommen der Ehegatten insgesamt begrenzt durch den vollen ehelichen Bedarf; für sonstige anrechenbare Einkünfte gilt der Halbteilungsgrundsatz;

bb) Alleinverdiener Ehe:

Unterschiedsbetrag zwischen dem vollen ehelichen Bedarf und dem anrechenbaren Einkommen des Berechtigten, wobei Erwerbseinkommen um $\frac{1}{7}$ zu kürzen ist; der Unterhaltsanspruch darf jedoch nicht höher sein als bei einer Berechnung nach aa);

c) wenn der Berechtigte erwerbstätig ist, obwohl ihn keine Erwerbsobliegenheit trifft:

gemäß § 1577 II BGB;

2. gegen einen nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen (z. B. Rentner):

wie zu 1 a), b) oder c), jedoch 50%.

II. Fortgeltung früheren Rechts:

1. Monatliche Unterhaltsrichtsätze des nach dem Ehegesetz berechtigten Ehegatten ohne gemeinsame unterhaltsberechtigten Kinder:

a) §§ 58, 59 EheG: in der Regel wie I.,

b) § 60 EheG: in der Regel $\frac{1}{2}$ des Unterhalts zu I.,

c) § 61 EheG: nach Billigkeit bis zu den Sätzen I.

2. Bei Ehegatten, die vor dem 3.10.1990 der früheren DDR geschieden worden sind, ist das DDR-FGB in Verbindung mit dem Einigungsvertrag zu berücksichtigen (Art. 234 § 5 EGBGB).

III. Monatliche Unterhaltsrichtsätze des berechtigten Ehegatten bei Vorhandensein gemeinsamer unterhaltsberechtigter minderjähriger Kinder und ihnen gleichgestellter volljähriger Kinder im Sinne des § 1603 II S. 2 BGB:

Wie zu I. bzw. II. 1., jedoch wird vorab der Kindesunterhalt (Tabellenbetrag ohne Abzug von Kindergeld) vom Nettoeinkommen des Pflichtigen abgezogen.

IV. Monatlicher notwendiger Eigenbedarf (Selbstbehalt) gegenüber dem getrennt lebenden und dem geschiedenen Berechtigten:

1. wenn der Unterhaltspflichtige erwerbstätig ist: 1500 DM,
2. wenn der Unterhaltspflichtige nicht erwerbstätig ist: 1300 DM.

Dem geschiedenen Unterhaltspflichtigen ist nach Maßgabe des § 1581 BGB u. U. ein höherer Betrag zu belassen.

V. Monatlicher notwendiger Eigenbedarf (Existenzminimum) des unterhaltsberechtigten Ehegatten einschließlich des trennungsbedingten Mehrbedarfs in der Regel:

1. falls erwerbstätig: 1500 DM,
2. falls nicht erwerbstätig: 1300 DM.

VI. Monatlicher notwendiger Eigenbedarf (Existenzminimum) des Ehegatten, der in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Unterhaltspflichtigen lebt:

1. falls erwerbstätig: 1100 DM,
2. falls nicht erwerbstätig: 950 DM.

Anmerkung zu I–III:

Hinsichtlich berufsbedingter Aufwendungen und berücksichtigungsfähiger Schulden gelten Anmerkungen A. 3 und 4 – auch für den erwerbstätigen Unterhaltsberechtigten – entsprechend. Diejenigen berufsbedingten Aufwendungen, die sich nicht nach objektiven Merkmalen eindeutig von den privaten Lebenshaltungskosten abgrenzen lassen, sind pauschal im Erwerbstitigenbonus von $\frac{1}{7}$ enthalten.

C. Mangelfälle

Reicht das Einkommen zur Deckung des Bedarfs des Unterhaltspflichtigen und der gleichrangigen Unterhaltsberechtigten nicht aus (sog. Mangelfälle), ist die nach Abzug des notwendigen Eigenbedarfs (Selbstbedarfs) des Unterhaltspflichtigen verbleibende Verteilungsmasse auf die Unterhaltsberechtigten im Verhältnis ihrer jeweiligen Bedarfssätze gleichmäßig zu verteilen.

Der Einsatzbetrag für den Kindesunterhalt entspricht in der Regel dem Regelbetrag (= 1. Einkommensgruppe), da der Bedarfskontrollbetrag einer höheren Gruppe nicht gewährt ist.

Der Einsatzbetrag für den Ehegattenunterhalt wird mit einer Quote des Einkommens des Unterhaltspflichtigen angenommen. Trennungsbedingter Mehrbedarf kommt ggf. hinzu. Der Erwerbstitigenbonus von $\frac{1}{7}$ kann ermäßigt werden (BGH, FamRZ 1997, 806) oder entfallen, wenn berufsbedingte Aufwendungen berücksichtigt worden sind (BGH, FamRZ 1992, 539, 541).

Eine Anrechnung des Kindergeldes unterbleibt, soweit der Unterhaltspflichtige außerstande ist, den Unterhalt in Höhe des Regelbetrags zu leisten (§ 1612b V BGB).

Beispiel:

Bereinigtes Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen (V): 2250 DM. Drei unterhaltsberechtigten Kinder: K 1 (Schüler, 18 Jahre), K 2 (11 Jahre), K 3 (5 Jahre), die beim wieder-verheirateten, nicht leistungsfähigen anderen Elternteil (M) leben. M bezieht das Kindergeld von 740 DM.

Notwendiger Eigenbedarf des V: 1500 DM.
Verteilungsmasse: 2250 DM – 1500 DM = 750 DM.
Notwendiger Gesamtbedarf der berechtigten Kinder:
580 DM (K 1) + 424 DM (K 2) + 349 DM (K 3) = 1 353 DM.

Unterhalt:

K 1: 580 x 750/1353 = 322 DM

K 2: 424 x 750/1353 = 235 DM

K 3: 349 x 750/1353 = 193 DM.

Zahlbeträge nach Anrechnung des Kindergeldes (§ 1612b I, V BGB):

K 1: $322 - 0 = 322$ DM, da weniger als 470 DM ($580 - 110$ DM Kindergeldanteil)

K 2: $235 - 0 = 235$ DM, da weniger als 314 DM ($424 - 110$ DM Kindergeldanteil)

K 3: $193 - 0 = 193$ DM, da weniger als 199 DM ($349 - 150$ DM Kindergeldanteil).

V zahlt insgesamt 750 DM. Die Kindergeldanteile des V von $110 + 110 + 150 = 370$ DM dienen zur Aufstockung des Kindesunterhalts auf die Regelbeträge.

D. Verwandtenunterhalt und Unterhalt nach § 1615I BGB

1. Angemessener Selbstbehalt gegenüber den Eltern: mindestens monatlich 2250 DM (einschließlich 800 DM Warmmiete). Der angemessene Unterhalt des mit dem Unterhaltspflichtigen zusammenlebenden Ehegatten beträgt mindestens 1750 DM (einschließlich 600 DM Warmmiete).

2. Bedarf der Mutter und des Vaters eines nichtehelichen Kindes (§ 1615I II, V BGB): nach der Lebensstellung des betreuenden Elternteils mindestens aber 1300 DM, bei Erwerbstätigkeit 1500 DM.

Angemessener Selbstbehalt gegenüber der Mutter und dem Vater eines nichtehelichen Kindes (§§ 1615I III S. 1, V, 1603 I BGB): mindestens monatlich 1800 DM.

2. Unterhaltsrechtliche Leitlinien der Familiensenate in Bayern (BayL)

– Oberlandesgerichte Bamberg, München und Nürnberg –

Stand 1.7.1998

Die Familiensenate der Bayerischen Oberlandesgerichte verwenden diese Leitlinien als Orientierungshilfe für den Regelfall unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH, wobei die Angemessenheit des Ergebnisses in jedem Fall zu überprüfen ist. Der 7. Senat des OLG Nürnberg wendet diese Leitlinien mit Modifikationen an (in diesem Heft S. 287). Das Tabellenwerk der Düsseldorfer Tabelle (in diesem Heft S. 282) ist eingearbeitet. Die Erläuterungen werden durch nachfolgende Leitlinien ersetzt.

Unterhaltsrechtliches Einkommen:

Bei der Ermittlung und Zurechnung von Einkommen ist stets zu unterscheiden, ob es um Verwandten- oder Ehegattenunterhalt sowie ob es um Bedarfsbemessung einerseits oder Feststellung der Bedürftigkeit/Leistungsfähigkeit andererseits geht. Das unterhaltsrechtliche Einkommen ist nicht immer identisch mit dem steuerrechtlichen Einkommen.

1. Geldeinkünfte

a) Auszugehen ist vom Bruttoeinkommen als Summe aller Einkünfte einschließlich Weihnachts- und Urlaubsgeld sowie anderer Zulagen.

b) Soweit Leistungen nicht monatlich anfallen, werden sie auf das Kalenderjahr umgelegt. Einmalige Zahlungen (z.B. Abfindungen) sind auf einen angemessenen Zeitraum (in der Regel mehrere Jahre) zu verteilen.

c) Überstundenvergütungen werden in der Regel dem Einkommen voll zugerechnet, soweit sie berufstypisch sind und das im Beruf des Pflichtigen übliche Maß nicht überschreiten.

d) Ersatz für Spesen und Reisekosten sowie Auslösen gelten in der Regel als Einkommen. Damit zusammenhängende Aufwendungen, vermindert um häusliche Ersparnis, sind jedoch abzuziehen. Bei Aufwendungspauschalen (außer Kilometergeld) kann $\frac{1}{3}$ als Einkommen angesetzt werden.

2. Zum Einkommen gehören auch:

a) Arbeitslosengeld und Krankengeld,

b) Arbeitslosenhilfe beim Verpflichteten, beim Berechtigten nur, soweit der Unterhaltsanspruch nicht mehr übergeleitet werden kann oder feststeht, daß er nicht übergeleitet werden wird,

c) Wohngeld, soweit es nicht erhöhte Wohnkosten deckt,

d) BAföG-Leistungen mit Ausnahme von Vorausleistungen nach §§ 36, 37 BAföG, auch soweit sie als Darlehen gewährt werden,

e) Erziehungsgeld nur in den Ausnahmefällen des § 9 S. 2 BErzGG,

f) Leistungen aus der Pflegeversicherung, Blindengeld, Unfall- und Versorgungsrenten, Schwerbeschädigten- und Pflegezulagen nach Abzug eines Betrags für tatsächliche Mehraufwendungen; handelt es sich um Sozialleistungen nach § 1610a BGB, wird vermutet, daß sie durch Aufwendungen aufgezehrt werden.

g) der Anteil des Pflegegelds (auch aus der Pflegeversicherung) bei der Pflegeperson, durch den ihre Bemühungen abgegolten werden.

3. Geldwerte Zuwendungen aller Art des Arbeitgebers, z.B. Firmenwagen oder freie Kost und Logis, sind Einkommen, soweit sie entsprechende Eigenaufwendungen ersparen.

4. Wohnwert

Der Wohnvorteil durch mietfreies Wohnen im eigenen Heim ist als wirtschaftliche Nutzung des Vermögens unterhaltsrechtlich wie Einkommen zu behandeln.

Ein Wohnvorteil liegt nur vor, soweit der Wohnwert den berücksichtigungsfähigen Schuldendienst (Zins und Tilgung, vgl. Nr. 10f) und die verbrauchsunabhängigen Hauslasten (wie Grundsteuer, Brandversicherung, Haushaftpflicht, nicht jedoch etwa Heizung, Strom, Gas, Wasser) übersteigt.

Auszugehen ist vom Mietwert.

Soweit der angemessene Wohnwert geringer ist, kann er wie folgt berechnet werden:

beim Berechtigten bis $\frac{1}{3}$ seines Unterhaltsbedarfs (Nr. 16) zuzüglich seines Erwerbstätigenbonus,

beim Verpflichteten bis $\frac{1}{3}$ des diesem nach Abzug seiner Unterhaltsverpflichtungen verbleibenden Einkommens.

Soweit eine bessere Verwertung (Vermietung oder Verkauf) zumutbar ist, wird statt dessen der volle Mietwert angesetzt.

5. Einkommen aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit kann nach Billigkeit ganz oder teilweise unberücksichtigt bleiben.

6. Führt jemand einem leistungsfähigen Dritten den Haushalt, so ist hierfür ein Einkommen anzusetzen; bei Haushaltsführung durch einen Nichterwerbstätigen geschieht das in der Regel mit einem Betrag von 500 bis 1000 DM.

7. Freiwillige Zuwendungen Dritter (z.B. Geldleistungen, kostenloses Wohnen) können als Einkommen angesetzt werden, wenn dies dem Willen des Dritten entspricht.

8. Kein Einkommen sind Sozialhilfe und Leistungen aus dem UVG. Die Unterhaltsforderung eines Empfängers dieser Leistungen kann jedoch treuwidrig sein, wenn sie eine doppelte Befriedigung zur Folge hätte.

9. Kindergeld

Kindergeld wird nicht zum Einkommen gerechnet. Es wird nach § 1612b BGB ausgeglichen.

10. Bereinigtes Einkommen:

a) Vom Bruttoeinkommen sind Steuern, Sozialabgaben und/oder angemessene Vorsorgeaufwendungen abzusetzen (Nettoeinkommen).

b) Berufsbedingte Aufwendungen, die sich von den privaten Lebenshaltungskosten nach objektiven Merkmalen eindeutig abgrenzen lassen, sind im Rahmen des Angemessenen vom Nettoeinkommen aus unselbständiger Arbeit abzuziehen. Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte kann eine Pauschale von 5% des Nettoeinkommens angesetzt werden. Übersteigen die berufsbedingten Aufwendungen diese Pauschale, so sind sie im einzelnen darzulegen.

c) Für die notwendigen Kosten der berufsbedingten Nutzung eines Kraftfahrzeugs kann der nach den Sätzen des § 9 Abs. 3 Satz 1 ZSEG anzuwendende Betrag (derzeit 0,40 DM) pro gefahrenen Kilometer angesetzt werden.

d) Bei einem Auszubildenden sind mindestens 90 DM als ausbildungsbedingter Aufwand abzuziehen.

e) Kinderbetreuungskosten sind abzugsfähig, soweit die Betreuung durch Dritte infolge der Berufstätigkeit erforderlich ist.

f) Berücksichtigungswürdige Schulden (Zins und Tilgung) sind abzuziehen; die Abzahlung soll im Rahmen eines vernünftigen Tilgungsplanes in angemessenen Raten erfolgen.

Bei der Bedarfsermittlung für den Ehegattenunterhalt sind grundsätzlich nur eheprägende Verbindlichkeiten abzusetzen.

Beim Verwandtenunterhalt sowie bei Leistungsfähigkeit/Bedürftigkeit für den Ehegattenunterhalt erfolgt eine Abwägung nach den Umständen des Einzelfalls. Bei der Zumutbarkeitsabwägung sind Interessen des Unterhaltsschuldners, des Drittgläubigers und des Unterhaltsgläubigers, vor allem minderjähriger Kinder, mit zu berücksichtigen.

g) Bei der Prüfung, ob Unterhaltsleistungen vorweg abzuziehen sind (vgl. Nr. 15d, 16d), ist zwischen Bedarfsermittlung und Leistungsfähigkeit zu unterscheiden.

h) Vermögensbildende Aufwendungen sind im angemessenen Rahmen abzugsfähig.

Kindesunterhalt

11. Der Barunterhalt minderjähriger und noch im elterlichen Haushalt lebender volljähriger unverheirateter Kinder bestimmt sich nach den Sätzen der Düsseldorfer Tabelle unter Beachtung der Bedarfskontrollbeträge. Bei minderjährigen Kindern kann er als Festbetrag oder als Vomhundertsatz des Regelbetrags geltend gemacht werden.

Der Bedarfskontrollbetrag soll eine ausgewogene Verteilung des Einkommens zwischen dem Unterhaltspflichtigen und den unterhaltsberechtigten Kindern gewährleisten. Wird er unter Berücksichtigung des Ehegattenunterhalts unterschritten, ist der Tabellenbetrag derjenigen niedrigeren Gruppe anzusetzen, deren Bedarfskontrollbetrag nicht mehr unterschritten wird.

Die Richtsätze der 1. Einkommensgruppe entsprechen dem Regelbetrag nach der Regelbetrags-VO für den Westteil der Bundesrepublik (Art. 2 des Kindesunterhaltsgesetzes v. BGBI I). Der Vomhundertsatz drückt die Steigerung des Richtsatzes der jeweiligen Einkommensgruppe gegenüber dem Regelbetrag (= 1. Einkommensgruppe) aus. Die durch Multiplikation des Regelbetrags mit dem Vomhundertsatz errechneten Richtsätze sind entsprechend § 1612a Abs. 2 BGB aufgerundet. Die Beträge der 6. Einkommensgruppe sind geringfügig niedriger festgesetzt als die sich rechnerisch ergebenden Beträge, damit die Übereinstimmung mit der für das Beitrittsgebiet geltenden Berliner Tabelle gewahrt bleibt.

12. Die Tabellensätze der Düsseldorfer Tabelle enthalten keine Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge für das Kind, wenn dieses nicht in einer gesetzlichen Familienversicherung mitversichert ist. Das Nettoeinkommen des Verpflichteten ist um solche zusätzlich zu zahlenden Versicherungskosten zu bereinigen.

13. Die Tabellensätze sind auf den Fall zugeschnitten, daß der Unterhaltspflichtige einem Ehegatten und zwei Kindern Unterhalt zu gewähren hat. Bei einer größeren oder geringeren Anzahl Unterhaltsberechtigter sind i.d.R. Ab- oder Zuschläge durch Einstufung in eine niedrigere oder höhere Einkommensgruppe vorzunehmen. Durch Abschläge soll der Mindestbedarf nach der untersten Einkommensgruppe nicht unterschritten werden.

14. Unterhalt Minderjähriger:

a) Der Betreuungsunterhalt i.S. des § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB entspricht wertmäßig in der Regel dem vollen Barunterhalt. Deshalb wird ein Einkommen des Kindes bei beiden Eltern hälftig angerechnet.

b) Der betreuende Elternteil braucht neben dem anderen Elternteil in der Regel keinen Barunterhalt zu leisten, es sei denn, sein Einkommen ist bedeutend höher als das des anderen Elternteils, oder der eigene angemessene Unterhalt des sonst allein barunterhaltspflichtigen Elternteils ist gefährdet. Im letzteren Fall kann jedoch nach der „Hausmann“-Rechtsprechung eine Haftung auf Grund des Gleichrangs der Unterhaltsansprüche in Betracht kommen.

c) Sind bei auswärtiger Unterbringung beide Eltern zum Barunterhalt verpflichtet, haften sie anteilig nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB für den Gesamtbedarf. Der Verteilungsschlüssel kann unter Berücksichtigung des Betreuungsaufwandes wertend verändert werden.

15. Unterhalt Volljähriger:

a) Für volljährige Kinder, die noch im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils wohnen, gilt die Altersstufe 4 der Düsseldorfer Tabelle.

Sind beide Elternteile leistungsfähig (vgl. Nr. 20d), ist der Bedarf des Kindes i.d.R. nach dem zusammengerechneten

Einkommen (ohne Anwendung von Nr. 13) zu bemessen. Für die Haftungsquote gilt d). Ein Elternteil hat jedoch höchstens den Unterhalt zu leisten; der sich allein aus seinem Einkommen aus der Düsseldorfer Tabelle ergibt.

b) Der angemessene Bedarf eines volljährigen Kindes mit eigenem Hausstand beträgt in der Regel monatlich 1100 DM (ohne Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung). Von dem Regelbedarf kann bei erhöhtem Bedarf oder mit Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit nach oben oder nach unten abgewichen werden.

c) Auf den Unterhaltsbedarf werden Einkünfte des Kindes, auch BAföG-Darlehen und Ausbildungsbeihilfen (gekürzt um ausbildungsbedingte Aufwendungen, vgl. Nr. 10d) angerechnet. Bei Einkünften aus unzumutbarer Erwerbstätigkeit gilt Nr. 5.

d) Bei anteiliger Barunterhaltspflicht ist vor Berechnung des Haftungsanteils nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB das Nettoeinkommen jedes Elternteils um berufsbedingte Aufwendungen, berücksichtigungsfähige Schulden und Unterhalt minderjähriger Kinder (§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB) zu bereinigen. Außerdem ist vom Restbetrag ein Sockelbetrag von 1800 DM abzuziehen.

Der Haftungsanteil nach § 1606 Abs. 3 S. 1 BGB errechnet sich nach der Formel:

Nettoeinkommen eines Elternteils (N1 oder N2) abzüglich 1800 DM mal Restbedarf (R), geteilt durch die Summe der Nettoeinkünfte beider Eltern (N1 + N2) abzüglich 3600 (= 1800 + 1800) DM.

Haftungsanteil 1 = $(N1 - 1800) \times R : N1 + N2 - 3600$.

Der so ermittelte Haftungsanteil ist auf seine Angemessenheit zu überprüfen und kann bei Vorliegen besonderer Umstände (z.B. behindertes Kind) wertend verändert werden.

Beträgt der angemessene Selbstbehalt 1600 DM (vgl. Nr. 20b), so tritt dieser an die Stelle des Betrags von 1800 DM.

Ehegattenunterhalt:

16. Unterhaltsbedarf:

a) Bei der Bedarfsbemessung darf nur eheprägendes Einkommen berücksichtigt werden.

b) Es gilt der Halbteilungsgrundsatz, wobei jedoch Erwerbseinkünfte nur zu 90% zu berücksichtigen sind (Abzug von $\frac{1}{10}$ als Arbeitsanreiz/Erwerbstätigenbonus). Die Quote (Unterhaltsbedarf) beträgt 50% des so errechneten Einkommens des Pflichtigen, wenn er Alleinverdiener ist. Haben beide Ehegatten Einkommen, so beträgt der Unterhaltsbedarf 50% der Summe der Einkünfte beider Ehegatten.

c) Konkret geltendgemachter trennungsbedingter Mehrbedarf kann zusätzlich berücksichtigt werden.

d) Leistet ein Ehegatte auch Unterhalt für ein Kind und hat dies die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt, so wird sein Einkommen vorab um diesen Unterhalt (bei Minderjährigen des Tabellenbetrags) bereinigt.

Erbringt der Verpflichtete sowohl Bar- als auch Betreuungsunterhalt, so gilt Nr. 5 entsprechend.

e) Werden Altersvorsorge-, Kranken- und Pflegeversicherungskosten vom Berechtigten gesondert geltend gemacht oder vom Verpflichteten bezahlt, sind diese von dem Einkommen des Pflichtigen vorweg abzuziehen, wenn sonst der

eheangemessene Selbstbehalt (Nr. 20e) gefährdet wäre. Andernfalls sind sie aus dem nicht verteilten (nicht prägenden) Einkommen zu leisten.

17. Bedürftigkeit (Restbedarf):

Eigene Einkünfte des Berechtigten sind auf den Bedarf anzurechnen, wobei Erwerbseinkünfte um den Erwerbstätigenbonus zu vermindern sind.

18. Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes:

In der Regel besteht eine Erwerbsobliegenheit des berechtigt betreuenden Ehegatten nicht, bis bei ein oder zwei Kindern das jüngste Kind in die dritte Grundschulklasse kommt. Ab Beginn der dritten Grundschulklasse bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes besteht in der Regel eine Obliegenheit zur Teilzeitbeschäftigung, danach zur Ganztagsstätigkeit. Davon kann im Einzelfall abgewichen werden, vor allem bei mehreren Kindern oder bei Fortsetzung einer bereits vor Trennung ausgeübten Tätigkeit.

19. In der Regel besteht für den Berechtigten im ersten Jahr nach der Trennung keine Obliegenheit zur Aufnahme oder Ausweitung einer Erwerbstätigkeit.

Leistungsfähigkeit und Mangelfall

20. Selbstbehalt des Verpflichteten:

a) Es ist zu unterscheiden zwischen dem notwendigen, dem angemessenen, dem eheangemessenen sowie dem billigen Selbstbehalt.

b) Der notwendige Selbstbehalt gilt in allen Fällen der Inanspruchnahme als unterste Grenze. Er beträgt

- beim Erwerbstätigen 1500 DM
- beim Nichterwerbstätigen 1300 DM

c) Gegenüber minderjährigen Kindern und diesen nach § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB gleichgestellten Kindern gilt im allgemeinen der notwendige Selbstbehalt.

d) Im übrigen gilt beim Verwandtenunterhalt der angemessene Selbstbehalt. Er beträgt gegenüber volljährigen Kindern, Enkeln und der Mutter/dem Vater eines nichtehelichen Kindes

- beim Erwerbstätigen 1800 DM
- beim Nichterwerbstätigen 1600 DM.

Gegenüber Eltern beträgt er

- beim Erwerbstätigen 2250 DM
- beim Nichterwerbstätigen 2000 DM.

Ist das unterhaltspflichtige Kind verheiratet, werden für den mit ihm zusammenlebenden Ehegatten im Regelfall 1750 DM angesetzt.

e) Gegenüber Ehegatten gilt grundsätzlich der eheangemessene Selbstbehalt. Er entspricht dem angemessenen Unterhaltsbedarf des Berechtigten (Nr. 16) zuzüglich des Erwerbstätigenbonus des Unterhaltspflichtigen, darf aber den notwendigen Selbstbehalt nicht unterschreiten. Übersteigt der eheangemessene Selbstbehalt den notwendigen Selbstbehalt und reicht das verfügbare Einkommen zur Deckung der Unterhaltslasten und des eheangemessenen Selbstbehalts nicht aus, braucht der Geschiedene Unterhalt nur nach Billigkeit zu leisten (§ 1581 BGB). Im allgemeinen kommt eine Begrenzung auf den notwendigen Selbstbehalt nur bei Betreuung gemeinschaftlicher minderjähriger Kinder in Betracht.

f) Im notwendigen Selbstbehalt (1500 DM/1300 DM) sind Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von 650 DM, im angemessenen Selbstbehalt (1800 DM/1600 DM bzw. 2250 DM/2000 DM) in Höhe von 800 DM, im Familienbedarf bei Ansprüchen der Eltern gegen verheiratete Kinder (2250 + 1750 vgl. d) in Höhe von 1400 DM enthalten. Der Selbstbehalt erhöht sich, wenn konkret eine erhebliche und nach den Umständen nicht vermeidbare Überschreitung dieser Wohnkosten dargelegt ist.

Besteht für den Verpflichteten ein Anspruch auf Wohngeld, ist dieser wohnkostenmindernd zu berücksichtigen (vgl. im übrigen Nr. 2c).

Wird die Wohnung von mehreren Personen genutzt, ist der Wohnkostenanteil des Pflichtigen festzustellen. Bei Erwachsenen geschieht die Aufteilung in der Regel nach Köpfen. Kinder sind vorab mit einem Anteil von 20% ihres Anspruchs auf Barunterhalt zu berücksichtigen.

21. Mangelfälle

Reicht nach Anwendung des Bedarfskontrollbetrags das Einkommen des Verpflichteten zur Deckung seines notwendigen Selbsthalts und der gleichrangigen Unterhaltsansprüche nicht aus, so bemessen sich der Einsatzbetrag minderjähriger Kinder im Mangelfall nach Gruppe 1 der Düsseldorfer Tabelle, der Einsatzbetrag für den Ehegatten nach seinem Restbedarf nach Nr. 17.

Die nach Abzug des notwendigen Selbsthalts des Unterhaltspflichtigen verbleibende Verteilungsmasse ist anteilig auf alle gleichrangigen Unterhaltsberechtigten im Verhältnis ihrer Unterhaltsansprüche zu verteilen.

Für die Kindergeldverrechnung gilt § 1612b BGB.

Die Kürzung, die dem Vomhundertsatz nach § 1612a Abs. 2 BGB entspricht, berechnet sich nach der Formel:

$$V_{hs} = V : S * 100$$

Der proportional gekürzte Unterhalt ergibt sich aus der Multiplikation des Einsatzbetrags mit dem Vomhundertsatz.

V_{hs} = Vomhundertsatz

S = Summe der Einsatzbeträge aller Berechtigten

V = Verteilungsmasse (Einkommen des Verpflichteten abzüglich Selbstbehalt).

Rechenbeispiel:

Der Verpflichtete hat ein bereinigtes Nettoeinkommen von 2700 DM. Unterhaltsberechtig sind eine nicht erwerbstätige Ehefrau (F) und zwei minderjährige Kinder in der 1. und 2. Altersstufe (K1 und K2), die von der Frau betreut werden. Das Kindergeld beträgt 440 DM (220 DM + 220 DM) und wird an F ausbezahlt.

a) Einsatzbeträge der Kinder K1: 349 DM, K2: 424 DM (gemäß Einkommensgruppe 1)

b) Einsatzbetrag der Ehefrau (F) 2700 DM – 349 DM – 424 DM = 1927 DM
1927 DM – 193 DM (10% Erwerbstätigenbonus) = 1734 DM
1734 DM : 2 = 867 DM. Dieser Betrag kann sich durch trennungsbedingten Mehrbedarf erhöhen.

c) Summe der Ansprüche aller Berechtigten 349 DM + 424 DM + 867 DM = 1640 DM

d) Verteilungsmasse 2700 DM – 1500 DM = 1200 DM

e) Berechnung der gekürzten Unterhaltsansprüche
 V_{hs} : $1200/1640 * 100 = 73,1\%$ (§ 1612a Abs. 2 BGB)

F = $867 * 73,1\% = 634$ DM

K1 = $349 * 73,1\% = 256$ DM

K2 = $424 * 73,1\% = 310$ DM

f) Der Kindesunterhalt wurde gekürzt um

K1 $349 - 256 = 93$

K2 $424 - 310 = 114$

Die Kindergeldanrechnung erfolgt deshalb nur beim 1. Kind in Höhe von 17 DM ($110 - 93$).

g) F erhält damit 634 DM, K1 73,1% des Regelbetrags der 1. Altersstufe abzüglich 17 DM Kindergeld, also derzeit 239 DM, K2 73,1% des Regelbetrags der 2. Altersstufe also derzeit 310 DM.

h) Da sich der Vomhundertsatz des Regelbetrags im Mangelfall bei Änderung der Altersstufe verändert, wird er i.d.R. nur nach der aktuellen Altersstufe tenoriert.

Sonstiges:

22. Der Bedarf der Mutter/des Vaters eines nichtehelichen Kindes nach § 16151 BGB bemißt sich nach der Lebensstellung des betreuenden Elternteils. Er beträgt mindestens 1300 DM.

23. Unterhaltsvereinbarungen: Unterhaltsvereinbarungen regeln im Zweifel lediglich den gesetzlichen Unterhalt.

24. Der Unterhaltsbetrag ist auf volle DM aufzurunden.

3. Modifikationen des 7. Senats des OLG Nürnberg zu den Bayerischen Leitlinien, Stand: 1.7.1998, (Mod BayL, 7. Sen Nbg)

Der 7. Senat des OLG Nürnberg wendet die unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate Bayern (BayL), Stand 1.7.1998, mit folgenden Modifikationen an:

I. Unterhaltsrechtliches Einkommen

1. Zu Nr. 4 der Bayerischen Leitlinien (Wohnwert, Berücksichtigung des Schuldendienstes)

a) Die Zumutbarkeit einer Vermietung oder eines Verkaufes des eigenen Heimes und damit der Ansatz des vollen Mietwertes bei der Bedarfsermittlung, der bedarfsmindernden Anrechnung eines Wohnvorteils und der Leistungsfähigkeit ist in der Tendenz für die Zeit nach der Rechtskraft einer Scheidung zu bejahen.

b) Bei der Anrechnung eines Wohnvorteils bzw. des Schuldendienstes gemäß § 1577 I BGB auf Seiten des unterhaltsberechtigten geschiedenen Ehegatten aus einem in dessen Alleineigentum stehenden Eigenheim ist vom Schuldendienst grundsätzlich nur der Zinsaufwand, nicht aber die Tilgung zu berücksichtigen (BGH, NJW 1998, 753 = FamRZ 1998, 87, 88).

II. Kindesunterhalt

2. Zu Nr. 13 der Bayerischen Leitlinien (Abweichung von Musterfamilie)

Bei Abweichungen von der Musterfamilie (Unterhaltungspflichten gegenüber einem Ehegatten und zwei minderjährigen Kindern) können – vorbehaltlich der Wahrung der Bedarfskontrollbeträge – die Zu- bzw. Abschläge grundsätzlich in der Weise vorgenommen werden, daß für jeden wegfallenden bzw. hinzutretenden Unterhaltsberechtigten um eine Gruppe höher bzw. niedriger gestuft wird.

3. Zu Nr. 15 d der Bayerischen Leitlinien (Haftung der Eltern bei anteiliger Barunterhaltspflicht gegenüber volljährigen Kindern)

Geht es um die Haftung gegenüber volljährigen Kindern, die in § 1603 II 2 BGB minderjährigen Kindern gleichgestellt sind, ist, wenn bei Abzug eines Sockelbetrages in Höhe des angemessenen Selbstbehaltes (1800 DM / 1600 DM) der Kindesunterhalt nicht vollständig bezahlt werden kann, ein Sockelbetrag in Höhe des notwendigen Selbstbehaltes (1500 DM / 1300 DM) anzusetzen.

III. Ehegattenunterhalt

4. Zu Nr. 16 b, S. 3, 17 der Bayerischen Leitlinien (Unterhaltsbedarf und Anspruch bei prägenden *Erwerbseinkommen* beider Ehegatten)

Der *Bedarf* des unterhaltsberechtigten Ehegatten errechnet sich aus 50% der Summe der jeweils um den Erwerbstätigenbonus bereinigten Einkünfte beider Ehegatten zuzüglich des Erwerbstätigenbonus des unterhaltsberechtigten Ehegatten. Bei der Ermittlung des *Anspruchs* ist das prägende Einkommen des Unterhaltsberechtigten vor dem Abzug vom Bedarf nicht um den Erwerbstätigenbonus zu bereinigen.

Rechenbeispiel:

Einkünfte aus (um Erwerbsaufwand i. S. der Nr. 10 b der Bayerischen Leitlinien bereinigten) Erwerbseinkommen Mann (M) 3600 DM und Frau (F) 1800 DM.

3600 DM (Einkommen M) – 360 DM (Erwerbstätigenbonus) =	3 240 DM
1800 DM (Einkommen F) – 180 DM (Erwerbstätigenbonus) =	1 620 DM
Summe	4 860 DM
Halbteilung	2 430 DM
Hinzufügung Erwerbstätigenbonus F	180 DM
Unterhaltsbedarf F	2 610 DM
Anrechnung Einkommen F	1 800 DM
Unterhaltsanspruch F	810 DM

Für den Abzug zusätzlicher, nicht prägender Erwerbseinkünfte des Unterhaltsberechtigten gilt Nr. 17 der Bayerischen Leitlinien (Abzug Erwerbstätigenbonus von $\frac{1}{10}$, vor Anrechnung).

5. Zu Nr. 16e der Bayerischen Leitlinien (Vorsorgeunterhalt)

Der gesondert geltend gemachte Vorsorgeunterhalt ist mit Hilfe der Bremer Tabelle, fortgeführt von *Gutdeutsch* (für das Jahr 1998, vgl. FamRZ 1998, 349), und des jeweils geltenden Beitragssatzes für die gesetzliche Rentenversicherung zu berechnen.

IV. Selbstbehalte des Verpflichteten

6. Zu Nr. 20 b, d der Bayerischen Leitlinien (Differenzen zwischen Selbsthalten für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige)

Die Differenz von 200 DM beim notwendigen Selbstbehalt dient dem Arbeitsanreiz und dem Ausgleich allgemeiner wirtschaftlicher Nachteile des Erwerbstätigen, abweichend von der bisher geltenden Nürnberger Tabelle aber nicht dem Ausgleich berufsbedingter Aufwendungen im Sinn der Nr. 10 b der Bayerischen Leitlinien. Dies gilt auch für die entsprechenden Differenzen in den sonstigen Selbsthalten des Erwerbstätigen und des Nichterwerbstätigen in Nr. 20 d der Bayerischen Leitlinien.

7. Zu Nr. 20 e der Bayerischen Leitlinien (Selbstbehalt des Verpflichteten gegenüber Ehegatten)

a) Der eigene ehegemessene Selbstbehalt des unterhaltspflichtigen Ehegatten ist die erste Haftungsgrenze für den Ehegattenunterhalt. Liegt er höher als der notwendige oder billige Selbstbehalt (vgl. c), hat er insbesondere die Funktion, daß der Verpflichtete über die Grenzen des eigenen ehegemessenen Selbstbehalts hinaus nur nach Billigkeit haftet (für den nachehelichen Unterhalt vgl. § 1581 BGB).

In der Höhe entspricht der ehegemessene Selbstbehalt des Verpflichteten,

– wenn dieser allein prägende Einkünfte hat, dem Unterhalt des Berechtigten gemäß Nr. 16 b der Bayerischen Leitlinie, zuzüglich eines etwaigen Erwerbstätigenbonus des Verpflichteten,

– wenn beide Ehegatten prägende Einkünfte haben, der Hälfte der Summe der – hinsichtlich der Erwerbseinkünfte beiderseits um den Erwerbstätigenbonus bereinigten – Einkommen, zuzüglich eines etwaigen Erwerbstätigenbonus des Verpflichteten (im Rechenbeispiel zu Nr. 4: 2 430 DM + 360 DM = 2 790 DM).

Nr. 16c und d der Bayerischen Leitlinien gelten entsprechend.

b) Als unterste Haftungsgrenze gilt gegenüber dem *getrennt lebenden* Ehegatten grundsätzlich der notwendige Selbstbehalt gemäß Nr. 20 b Bayerische Leitlinie (1 500 DM / 1 300 DM).

c) Der *geschiedene* Ehegatte darf im Verhältnis zum anderen Ehegatten, von Ausnahmefällen (Unterhaltsberechtigter aus besonderen Gründen ähnlich hilflos und bedürftig wie ein minderjähriges Kind) abgesehen, nicht auf den notwendigen Unterhalt beschränkt werden (vgl. BGH, NJW 1990, 1172 = FamRZ 1990, 260, 265; BGH, NJW 1997, 1419 = FamRZ 1997, 806, 808). Ihm ist im Regelfall ein 100 DM bis 300 DM über dem notwendigen Selbstbehalt liegender Betrag zu belassen.

Dieser „billige Selbstbehalt“ stellt im Regelfall auch dann die unterste Haftungsgrenze für den geschiedenen Ehegatten dar, wenn dessen ehegemessener unter dem notwendigen Selbstbehalt und/oder dem billigen Selbstbehalt liegt (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1996, 770 = FamRZ 1996, 352).

8. Zu Nr. 20 f der Bayerischen Leitlinien (in den Selbsthalten enthaltene Kosten für Unterkunft)

a) Unter Kosten für Unterkunft und Heizung sind der Mietzins, umlagefähige Nebenkosten und die Heizungskosten, nicht aber etwa darüber hinausgehende Kosten für Strom und Wasser zu verstehen.

b) In den Beträgen von 650 DM bzw. 800 DM sind Anteile für den reinen Mietzins von 500 DM bzw. 625 DM enthalten.

c) Der im billigen Selbstbehalt (vgl. Nr. 7c) enthaltene Anteil für Kosten der Unterkunft und Heizung

– beträgt 800 DM, wenn der billige dem angemessenen Selbstbehalt (1 800 DM / 1 600 DM) entspricht,

– ist durch eine entsprechende Erhöhung des Betrages von 650 DM (für den notwendigen Selbstbehalt von 1 500 DM / 1 300 DM) zu bestimmen, wenn der billige unter dem angemessenen Selbstbehalt liegt, bei einem billigen Selbstbehalt für den Erwerbstätigen von 1 650 DM etwa auf 650 DM + (800 DM – 650 DM = 150 DM x $\frac{1}{2}$) = 75 DM = 725 DM.

V. Mangelfälle

9. Zu Nr. 21 der Bayerischen Leitlinien

Eine Mangelfallberechnung nach Nr. 21 der Bayerischen Leitlinien kommt nur dann in Betracht, wenn der Unterhaltspflichtige sowohl den Kindern als auch dem Ehegatten bis zum notwendigen Selbstbehalt haftet.

Nach dem vorgeschlagenen Berechnungsschema verbleibt dem Unterhaltspflichtigen, falls es in Anwendung, des § 1612 b I, V BGB zu einer Kindergeldanrechnung kommt, ein über den notwendigen Selbstbehalt hinausgehender Betrag in Höhe des angerechneten Kindergeldes (im Rechenbeispiel zu Nr. 21 der Bayerischen Leitlinien 17 DM).

Dieser Betrag kann in der Regel dem Anspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten zugeschlagen werden, wenn und soweit dieser ansonsten unter seinem ungekürzten Bedarf bleiben würde. Im Rechenbeispiel zu Nr. 21 der Bayerischen Leitlinien kann demgemäß der Anspruch von F um 17 DM auf (634 DM + 17 DM =) 651 DM (<867 DM ungekürzter Bedarf) erhöht werden.

10. Haftet der geschiedene, unterhaltspflichtige Ehegatte dem anderen Ehegatten nur bis zur Grenze des billigen Selbstbehalts (vgl. Nr. 7c), so ist grundsätzlich

- zunächst die nach Abzug des billigen Selbstbehalts verbleibende Verteilungsmasse auf alle gleichrangig Unterhaltsberechtigten anteilig im Verhältnis ihres jeweils mit eigenen Einkünften nicht gedeckten Bedarfs und
- anschließend die – allein für den Kindesunterhalt einzusetzende – Differenz zwischen dem billigen Selbstbehalt und dem notwendigen Selbstbehalt anteilig im Verhältnis der zunächst ermittelten Bedarfssätze auf die Kinder bis zur Grenze des diesen jeweils zustehenden Regelbedarfs zu verteilen.

Ob auf den so ermittelten Unterhalt der Kinder Kindergeld angerechnet wird, richtet sich nach § 1612 b I, V BGB.

11. Die Bayerischen Leitlinien mit den vorstehenden Modifikationen des 7. Senats des OLG Nürnberg gelten für Ansprüche, die die Zeit ab 1.7.1998 betreffen. Auf Ansprüche für die Zeit bis 30.6.1998 wird die Nürnberger Tabelle angewendet.

Personaländerungen

1. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.1998:

Rosenheim (in Sozietät mit Notar Bernhard Richter)	dem Notarassessor Alexander Karl (bisher in München, Notarstellen Kelch/Dr. Keller)
--	--

Mit Wirkung vom 15.7.1998:

Weiden (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Peter Baltzer (bisher München, Notarstellen Dr. Stummer/ Dr. Schalkhaußer)
--	---

Mit Wirkung vom 1.8.1998:

Burgkunstadt	dem Notarassessor Michael Müller-von Münchow (bisher Hof, Notarstelle Dr. Krauß)
--------------	---

Altdorf b. Nbg. (in Sozietät mit Notar Dr. Thiele)	dem Notarassessor Jens Kirchner (bisher in München, Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)
--	--

Altdorf b. Nbg. (in Sozietät mit Notarassessor Kirchner)	dem Notar Dr. Rolf Thiele (bisher in Nürnberg)
--	--

Mit Wirkung vom 15.8.1998:

Memmingen (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Ulrich Gropengießer (bisher München Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)
---	--

Mit Wirkung vom 1.10.1998:

Bayreuth (in Sozietät mit Notar Rapp)	dem Notar Dr. Harald Franz (bisher in Bad Königshofen)
---	--

2. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.1998:

Falko Bode, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Stefan Gutheil, Cadolzburg (Notarstelle Ellert)

Claudia Brosta, Regen (Notarstellen Vogt-Grziwotz/
Dr. Dr. Grziwotz)

Thorsten Langnau, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Konrad Lautner, Prien am Chiemsee (Notarstellen Huber/
Dr. v. Daumiller)

Mit Wirkung vom 15.3.1998:

Dr. Benedikt Pfisterer, Bad Reichenhall (Notarstelle
Massinger)

Dr. Carsten Schulz, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/
Thoma)

Cathrin Caspary, Sonthofen (Notarstellen Strobach/
Dr. Obermaier)

Dr. Margit Twehus, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Mit Wirkung vom 1.4.1998:

Christian Paur, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Dr. Andreas Knap, Mainburg (Notarstelle Dr. Malzer)

Mit Wirkung vom 1.8.1998:

Christian Auer, Neu-Ulm (Notarstelle Prof. Dr. Kanzleiter/
Dr. Winkler)

3. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notar Wolfgang Friederich, Mindelheim, wurde mit Wir-
kung vom 25.6.1998 promoviert.

Notarassessor Dr. Stefan Görk, Weilheim (Notarstelle
Dr. Strober), ab 1.6.1998 in Köln in der Bundesnotar-
kammer.

Notarassessor Georg Westermeier, München (Notarstel-
len Dr. Lichtenberger/Dr. Bader), ab 1.6.1998 in München
(Notarstellen Dr. Bader/Uhlig).

Notarassessor Tobias Feist, Abensberg (Notarstelle Dr.
Ries), ab 1.7.1998 in München (Notarstellen Dr. Keidel/
Dr. Korte).

Notarassessor Andreas Böhmer, Lichtenfels (Notarstelle
Dr. Schmidlein), ab 1.10.1998 in Hof (Notarstelle Dr.
Krauß).

4. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung zum 1.7.1998:

zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):

Hans Weber, München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/
Dr. Graf v. Stosch)

Martin Wittmann, München (Notarstellen Mittenzwei/
Dr. Steinbauer)

zum Amtsrat i. N. (VerGr. III BAT):

Peter Eichhammer, Abensberg (Notarstelle Dr. Ries)

Günther Neugebauer, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/
Dr. Wegmann)

Herbert Rauch, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)

Mit Wirkung zum 1.8.1998:

Hans Ludwig Beck, Thiersheim (Notarstelle Hantke)

Monika Zivkovic, Dingolfing (Notarstellen Dr. Pachtner/
Dr. Brenner)

zum Amtmann i. N. (VerGr. IVa BAT):

Bianka Bienek, Coburg (Notarstellen Kuhn/Dr. Lugert)

Gerhard Biller, Dachau (Notarstellen Promberger/Zöbe-
lein)

Christine Ginal, München (Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)
Matthias Keilhofer, Vohenstrauß (Notarstelle Ritz-Mürtz)
Paulina Oberfichtner, Nürnberg (Notarstellen Lottner/
Dr. Kornexl)

Christine Pfisterer, München (Notarstellen Pöppelmann/
Dr. Tietgen)

Ursula Scharf, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/
Dr. Fleischer)

Robert Schuster, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Siller/
Dr. Schrödl)

Josef Simeth, Neukirchen b. Hl. Blut (Notarstelle Kling)

zum Oberinspektor i. N. (VerGr. IVb BAT):

Irmgard Beck, Pfaffenhofen/Ilm (Notarstellen Dr. Bleutge/
Saalfeld)

Erwin Betz, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott / Dr. Weg-
mann)

Angelika Brunner, Beilngries (Notarstelle Lindner)

Silvia Daig, Ludwigstadt (Notarstelle Zuber)

Markus Datzmann, Laufen/Salzach (Notarstelle Ringhof)

Gabriele Entholzner, Griesbach i. Rottal (Notarstelle
Schmidmeister)

Christian Gauf, Pirmasens (Notarstelle Küper)

Günter Gsödl, Landau/Isar (Notarstelle Bramenkamp)

Karin Jaumann, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord / Dr.
Munzig)

Karin Mildner, Naila (Notarstelle Weissenberger)

Rainer Mucha, Immenstadt (Notarstellen Dubon/Kellner)

Volker Nöth, Gemünden/Main (Notarstelle Dr. Hohmann)

Christian Schneeberger, Rosenheim (Notarstelle Dr. Weber)

Dietmar Schütz, Straubing (Notarstelle Emnet)

Jutta Sembritzki, Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Petra Thomas, Münnerstadt (Notarstelle Reiß)

Silke Tiedtke-Bärmann, Landstuhl (Notarstelle Felder)

Michael Weppler, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/
Dr. Ott)

Max Wiltschko, Garmisch (Notarstellen Dr. Aumüller/
Dr. Reiner)

Claudia Zinnecker, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i.N. Elfriede Albrecht, Kempten (Notarstelle
Büttel/Huber) ab 31.3.1998 im Ruhestand

Amtsrat i.N. Erich Müller, Bayreuth (Notarstelle Roßner/
Rausch) ab 31.7.1998 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessoren Dr. Hansjörg Heller, Markus Riemenschneider, Ottostraße 10, 80333 München ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/551 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.