



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

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern – Ottostraße 11–12/III, 8000 München 2

Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2.

Heft 6

MittBayNot

November/Dezember 1980

## I. Abhandlungen

### Das maschinelle Grundbuch

Von Notar *Dr. Benno Keim*, München

1.

Die Bemühungen der Justizverwaltungen, die Eintragungen in das Grundbuch zu beschleunigen, haben zu einem Projekt geführt, das wohl nicht zu Unrecht als revolutionär bezeichnet werden darf, dem maschinellen Grundbuch.

Nach Jahren der Vorbereitung ist es nun abzusehen, daß dieses Projekt aus dem Stadium der Planungen heraustritt und eine neue Phase erreicht, nämlich diejenige der praktischen Erprobung im täglichen Betrieb eines Grundbuchamtes.

Für das Verständnis dieser neuen Methode der Grundbuchführung ist es unerlässlich, einige Grundtatsachen und Begriffe zu erörtern.

Zunächst: Grundbuch bleibt Grund-„buch“. Das heißt, die Aufgaben und die Funktion des Grundbuchs bleiben auch nach der Umstellung auf das maschinelle Verfahren unverändert. Der Notar wird sich bei seinen Beurkundungen nach wie vor über den Inhalt des Grund-„buchs“ zu vergewissern haben, wenn auch diese Einsicht in einer gänzlich anderen Weise erfolgen wird als bisher. Er wird weiterhin in der gewohnten Form seine Anträge an das Grundbuchamt stellen, wenn auch die folgende Methode der „Eintragung“ in das Grundbuch eine gänzlich andere sein wird. Was also ist das Grundbuch der Zukunft?

Das Grundbuch der Zukunft ist nicht mehr das herkömmliche Grundbuch, das aus dem Regal geholt, auf den Tisch gelegt, aufgeschlagen und gelesen wird, sondern die für das menschliche Auge unsichtbar und auch nicht ertastbare (Braille – Schrift!) oder sonstwie mit den natürlichen Sinnen erkennbare Speicherung auf einem elektronischen Datenträger, die wiederum nur durch maschinelle Umsetzung erkennbar oder lesbar gemacht werden kann. Datenträger sind Magnetplatten oder besser gesagt Stapel von Magnetplattenspeichern, welche die Rolle des Papiers vollständig ersetzen werden.

Diese Grundtatsache wird für viele, die bis jetzt keinen Umgang mit elektronischen Geräten hatten, außerordentlich problematisch erscheinen. Für viele andere – auch Notare – ist durch den täglichen Umgang mit Textautomaten, Buchungsautomaten oder Geräten der „mittleren Datentechnik“ („MdT-Geräte“) dieser Vorgang der Konservierung und des späteren Abrufs von „Daten“ oder „Texten“ eine gewohnte Sache geworden. Diese Notare

wissen auch das hohe Maß an Sicherheit zu schätzen, das mittlerweile die Einspeicherung auf elektronische Datenträger erreicht hat, sowie daß nicht befürchtet werden muß, daß durch eine unbeabsichtigte Fehlbedienung Daten oder Texte unwiederbringlich gelöscht werden. Wer täglich mit Magnetkassetten, Disketten oder Magnetplatten arbeitet weiß, in welchem weiten Umfang er sich auf sein Gerät verlassen kann.

Die Einspeicherung der Daten für das Grundbuch wird in einer zentralen Grundbuchdatenstelle erfolgen, das Grundbuch ist also nicht mehr wie bisher bei den einzelnen Grundbuchämtern, sondern es gibt für größere Regionen nur mehr ein Grundbuch, das aber von verschiedenen Grundbuchämtern aus – wie bisher – verwaltet wird.

In den einzelnen Grundbuchämtern werden daher Datensichtstationen – sogenannte intelligente Datenstationen – errichtet, die über Datenübertragungsleitungen mit der zentralen Grundbuchdatenstelle verbunden sein werden. Diese Installierungen in den einzelnen Grundbuchämtern sind jedoch technisch so ausgelegt, daß die Verwaltung des „Grundbuchs“, das sich ja weitab in einem zentralen Speicher oder Großrechner befindet, ermöglicht wird. Die Datenstation besteht daher aus mehreren Bildschirmarbeitsplätzen, d. h. „Kleinrechner“, einem Magnetplattenspeicher zur Aufnahme bestimmter Informationen, z. B. die Masken, die für die Eintragung oder die Ausgabe aus dem Grundbuch benötigt werden und zur Zwischenspeicherung von Grundbuchinhalten für Grundbucheinsichten oder für die Eingabe in das Grundbuch, sowie einem oder mehreren Druckern.

Äußerlich wird also das Grundbuchamt der Zukunft einem Notariat ähneln, das mit einem Gerät der mittleren Datentechnik oder einem Schreibautomatenmehrplatzsystem arbeitet. Eine ganze Reihe von Kollegen haben bei der letzten Jahresversammlung des Bayerischen Notariats in Garmisch-Partenkirchen solche Geräte im Einsatz gesehen.

Natürlich darf man sich diesen Grundbuchbetrieb nicht zu einfach vorstellen. Für die Verwaltung der Daten im Zentralrechner, für die Eingabe und Ausgabefunktionen sind komplizierte Programme nötig.

Mit dem schon mehrfach genannten Zentralspeicher sind noch

eine Reihe von Nebengeräten verbunden, die für die maschinelle Verarbeitung benötigt werden, wie Auftragspeicher, Arbeitsspeicher, Sicherungsspeicher und ein Schnelldrucker (Zeildrucker) für die benötigten Grundbuchausdrucke, die unmittelbar von der zentralen Grundbuchdatenstelle aus versandt werden.

Als Großrechner für das Grundbuch ist eine Anlage der Serien IBM 370 oder 303X bzw. Siemens 7700 vorgesehen. Der erste Großrechner, der installiert werden wird, wird voraussichtlich seinen Standort irgendwo im Zentrum von München finden.

## 2.

Auch der Notar wird sich an den Großrechner, die zentrale Grundbuchdatenstelle, anschließen können. Seine Grundbucheinsicht wird daher von ihm selbst vorgenommen werden können, durch ein Datensichtgerät, das auf seinem Schreibtisch steht. Der Notar wird dann nicht mehr händelnd in letzter Minute einen Rechercheur an das Grundbuchamt schicken müssen, um eine besonders eilige oder besonders wichtige Grundbucheinsicht zu bekommen. Er wird vielmehr in seinem Lehnstuhl sitzend durch Knopfdruck das Grundbuch nach dem neuesten Stand unmittelbar einsehen. Bis es allerdings so weit sein wird, wird noch einiges Wasser die Isar hinunterfließen.

Trotzdem sollen einige technische Einzelheiten dieses Systems kurz erörtert werden.

Der Anschluß an den Großrechner wird über Leitungen der Bundespost erfolgen, und zwar entweder über sogenannte Hauptanschlüsse für Direktruf („HfD-Anschlüsse“), die fest installiert werden und eine ständige unmittelbare Verbindung mit dem Großrechner darstellen oder über Wählleitungen, die z. B. über das normale Telephonnetz laufen. Zusätzlich zu diesen Leitungen müssen von der Bundespost Zusatzeinrichtungen zur Übertragung von Daten gemietet werden. Im Falle eines HfD-Anschlusses im gleichen Ortsnetz fallen sowohl auf der Seite des Notars als auch auf der Seite des Großrechners eine monatliche Gebühr von (derzeit) je 126.– DM für den Anschluß und das Datenanschlußgerät an. Dazu kommen die monatlichen Verkehrsgebühren für die Leitung, welche für 100 m im Ortsbereich München 4.– DM (derzeit) betragen. Für einen Anschluß, der ca. 1 km vom Großrechner entfernt ist, beträgt diese Gebühr für einen HfD-Anschluß monatlich also (derzeit) 40.– DM. Die Gesamtkosten für einen solchen Anschluß in der Ortsmitte von München betragen daher nach den derzeit gültigen Gebührensätzen 292.– DM monatlich. Gegenüber den Kosten, die für einen Grundbuchrechercheur aufgewendet werden müssen, wird also die Einrichtung des elektronischen Grundbuchs für den Notar einen nicht unerheblichen Kostenvorteil bringen.

Welche Geräte können nun für den Anschluß an den Großrechner verwendet werden?

Hier ist zu beachten, daß der Anschluß des Notars an den Großrechner eine gegenseitige Datenübermittlung erfordert. Nämlich vom Notar müssen alle die Daten eingegeben werden, die erforderlich sind, daß er einen ganz bestimmten und konkreten Inhalt eines bestimmten Grundbuchblattes erhält, sowie die Übermittlung der Daten, die er auf Grund seines „Antrages“ aus dem Großrechner dann erhält. Das vom Notar verwendete Gerät muß daher zu einer Dialog-Kommunikation mit dem Großrechner fähig sein.

Solche „kommunikationsfähigen“ Geräte sind über die HfD-Leitung an den Großrechner angeschlossene Bildschirme (normale hard-ware-Terminals) oder Datensichtgeräte an Anlagen der mittleren Datentechnik. Auch im Falle der Verwendung eines solchen „MdT-Gerätes“ muß dieses über eine Leitungsverbindung an den Großrechner angeschlossen werden.

Soweit ein – für andere Zwecke (Schreibautomat!) nicht verwend-

bares hard-ware-Terminal verwendet wird, stößt die Übertragung der Daten auf keine besonderen Schwierigkeiten, da die Hardware eines solchen Datensichtgerätes darauf ausgelegt ist, die vom Großrechner ankommenden Daten am Bildschirm sichtbar zu machen, die entsprechenden „Masken“ auf dem Bildschirm aufzubauen, die je nach ihrer Funktion in geschützte und ungeschützte Felder eingeteilt sind. Dies bedeutet, daß der Notar auf bestimmte Felder „Zugriff nehmen“ kann oder selbst „Eingaben vornehmen“ kann, die dann an den Großrechner zurückübertragen werden. Diese „ungeschützten“ Felder sind jene, die er gewissermaßen für seinen „Antrag“ auf Auskunft ausfüllen muß, damit er die verlangte Auskunft bekommt, so wie er heute an ein bestimmtes Grundbuchamt schreibt um unter Angabe der Gemarkung, der Grundbuchbandstelle, der Flst.-Nr. oder des Eigentümers eine bestimmte Auskunft oder Grundbuchblattabschrift zu erhalten. Ein solches Terminal verfügt über eine Tastatur, die zusätzlich zu den Tasten, die einer normalen Schreibmaschinentastatur entsprechen, über Funktionstasten verfügen, welche die Bewegung der Schreibposition am Bildschirm („Cursor-Steuerung“) veranlassen, die Datenübertragung zum Großrechner anstoßen und die dann vom Großrechner ankommende Ausgabe des Grundbuchinhalts steuern.

Bei Verwendung von Bildschirmen, die selbst einen Teil eines Gerätes der mittleren Datentechnik („MdT-Gerät“) bilden, ist dieser Übertragungsvorgang wesentlich komplizierter, da der Großrechner und das Gerät der mittleren Datentechnik – um einen verständlichen Vergleich zu bringen – „verschiedene Sprachen“ sprechen. Der Großrechner geht bei seiner Ausgabe davon aus, daß auf der anderen Seite ein ihm bekanntes „hard-ware-Terminal“ angeschlossen ist, das seine Sprache versteht. Um eine Verständigung zu ermöglichen, muß die angeschlossene Anlage der mittleren Datentechnik sich so verhalten, als ob sie ein normales „hard-ware-Terminal“ wäre. Sie muß so tun „als ob“. Diese Vortäuschung nennt man eine „Emulation“, oder mit anderen Worten, das Gerät der mittleren Datentechnik muß ein hard-ware-Terminal „emulieren“. Sodann müssen die vom Großrechner ankommenden Daten durch die Anlage der mittleren Datentechnik in ihrer eigenen „Sprache“ auf dem Bildschirm abgebildet werden. Das gleiche Problem taucht für die nun vom Notar im Rahmen des Auskunftsverfahrens einzugebenden Daten auf. Auch diese erfolgen ja in der Sprache des Gerätes der mittleren Datentechnik und müssen in eine sendefähige Form umgewandelt oder umgesetzt werden. Das gleiche Problem taucht auf bei der Verwendung eines Druckers. Auch hier müssen die vom Großrechner ankommenden Daten in eine Form umgewandelt werden, die der Drucker der mittleren Datentechnik versteht.

Ein Gerät der mittleren Datentechnik ist also nicht für eine direkte „Dialog-Kommunikation“ mit dem Großrechner eingerichtet. Diese wird ermöglicht dadurch, daß an der MdT-Anlage eine Emulation der Geräte IBM 3270 bzw. Siemens 8161 geschaffen wird unter der Voraussetzung, daß der verwendete Bildschirm in der Lage ist, mindestens 24 Zeilen zu je 80 Zeichen darzustellen. Diese „Emulation“ kann auf verschiedene Weise realisiert sein. Sie kann durch einen vorgeschalteten Mikroprozessor erfolgen, der in entsprechender Weise programmiert ist. Sie kann sich aber auch im Betriebssystem der MdT-Anlage befinden. Ebenso ist es möglich, daß diese „Emulation“ ein separates Anwendungsprogramm durchführt, das also zur „Soft-ware“ der MdT-Anlage gehört, aber nicht den privilegierten Status des Betriebssystems besitzt. Diese technischen und – keineswegs abseitigen – Anmerkungen sollen den Kollegen als Entscheidungshilfe dienen, die sich mit dem Gedanken tragen, höherwertige technische Schreibhilfen in ihrem Büro zu installieren. Da der Investitionsaufwand für diese Geräte unter Umständen beträchtlich ist und daher eine solche Investition sich nur lohnt, wenn sie sich über lange Zeit

hinweg amortisieren kann, sollte an die Anschlußmöglichkeit an das Grundbuch gedacht werden. Diese Bemerkung erscheint auch deshalb notwendig, weil diese Dialog-Kommunikation nur mit einem Gerät der mittleren Datentechnik realisiert werden kann, nicht mit einem normalen Schreibautomaten - auch wenn dieser über einen Bildschirm verfügt - da hier standardmäßig kein solcher „Emulator“ vorhanden ist. Soweit die Hersteller von Schreibautomaten die Möglichkeit einer Kommunikation mit einem Großrechner bejahen, handelt es sich dabei standardmäßig nur um eine sogenannte „Stapel- („Batch“-)Übertragung“, die zwar im Prinzip eine Verbindung mit dem Großrechner herstellen kann, nicht jedoch für das Auskunftsverfahren mit dem zentralen Grundbuchspeicher geeignet ist, weil diese Verbindungsart („Stapelübertragung“ oder „Batch-Übertragung“) nicht in der von der Seite des Großrechners her vorgesehenen Weise „dialogfähig“ ist.

Wer daher daran denkt, solche Geräte - Schreibautomatenmehrpflanzsysteme oder MdT-Geräte - in seinem Büro zu installieren, steht unter diesen Gesichtspunkten vor durchaus nicht einfachen Entscheidungen, deren Problematik hier aber nicht weiter erörtert werden kann.

### 3.

Nachdem also die technischen Voraussetzungen betrachtet wurden, unter denen sich der Notar an den zentralen Grundbuchspeicher anschließen kann, soll erörtert werden, welche rechtlichen Voraussetzungen erfüllt werden müssen und wann dieser Anschluß möglich ist.

Die Installation des Anschlusses erfordert nach § 7 des in Vorbereitung befindlichen Gesetzes über die maschinelle Grundbuchführung eine Genehmigung. Die für die Genehmigung zuständigen Stellen werden von den Ländern bestimmt.

Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn gewährleistet ist, daß die zum Schutz personenbezogener Daten erforderlichen Maßnahmen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes nebst Anlage getroffen sind und kann widerrufen werden, wenn u. a. die Anlage in erheblicher Weise mißbräuchlich benutzt worden ist. Ob ein Mißbrauch vorliegt oder nicht, bestimmt sich nach der Vorschrift des § 6 Abs. 2 des im Entwurf vorliegenden Gesetzes (siehe Abschnitt 8.), die den Notaren die unmittelbare Einsicht in das Grundbuch selbst und die Anforderung von Ausdrucken über bei ihnen - den Notaren selbst - eingerichtete Anlagen gestattet, „soweit dies zur rechtmäßigen Erfüllung der in ihrer gesetzlichen Zuständigkeit liegenden Aufgaben erforderlich ist“. Die Begründung zu diesem Gesetz (Seite 109 ff. des Berichts) führt aus, daß durch den Notar Vorkehrungen getroffen werden müssen, daß Unbefugte keinen Zugang zu den entsprechenden Anlagen erhalten und daß die Angestellten, welche die Geräte bedienen, nicht unbefugt Daten abrufen oder weitergeben. „Der Notar wird deshalb das von ihm mit der Bedienung dieser Geräte betraute Personal in besonderem Maße auswählen und überwachen müssen“ (a.a.O.). Der Notar darf seine Geräte zur unmittelbaren Erlangung von Grundbuchauskünften auch nur insoweit benutzen, wie dies zur rechtmäßigen Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist, d. h. also nur soweit dies zur Vorbereitung eines Amtsgeschäftes im Sinne der §§ 20 ff. BNotO erforderlich ist, also nicht nur zur Vorbereitung einer Beurkundung. Die Vornahme von Einsichten für andere Personen und ohne Zusammenhang mit einer Amtstätigkeit ist daher unzulässig, da der Notar in einem solchen Falle Aufgaben des Grundbuchamtes wahrnehmen würde, und zwar insbesondere die Prüfung des berechtigten Interesses an einer Grundbucheinsicht (a.a.O. S. 111).

In dem genannten Rahmen ist der Notar auch befugt Grundbuchausdrücke von der zentralen Grundbuchdatenstelle anzufordern. Es ist ihm auch nicht verwehrt, über ein Zusatzgerät sogenannte

„Bildschirmabdrucke“ herzustellen, die aber - auch wenn sie den Inhalt des Grundbuches vollständig wiedergeben - keinen „Ausdruck“ des Grundbuches im Sinne des § 6 Abs. 1 des Gesetzes darstellen, der künftig an die Stelle der beglaubigten Abschrift tritt, oder - wie es im Gesetz heißt - „einer beglaubigten Abschrift gleichsteht“.

Eine Besonderheit dieses Ausdrucks ist es, daß er - trotz seiner bedeutungsvollen Funktion weder unterschrieben noch gesiegelt wird, sondern dafür den Abschlußvermerk trägt „der Ausdruck ist maschinell erstellt; er wird nicht unterschrieben“. Die Authentizität wird hier durch das maschinelle Programm und den Druck auf fälschungssicherem Papier gewährleistet.

Das Einsichtsrecht des Notars erstreckt sich nicht nur auf das Grundbuch selbst, sondern auch auf die vom Grundbuchamt geführten Verzeichnisse, die dem Auffinden eines Grundstücks dienen. Wenn der Notar - was in den meisten Fällen der Fall sein wird - bereits die Grundbuchnummer kennt, dann treten ohnehin keine Probleme auf, da unmittelbar mit dieser Grundbuchnummer das Grundbuch abgefragt werden kann. Ist diese Grundbuchnummer aber nicht bekannt, dann kann diese auf dreifache Weise erfragt werden:

- a) durch das eigentümerbezogene Suchen, bei welchem bei Eingabe der Bezeichnung des Eigentümers die Nummern der diesem zuzuordnenden Grundbuchblätter auf dem Bildschirm erscheinen,
- b) durch das Suchen über das Flurstückskennzeichen, das sich aus der Nummer der Gemarkung und der eigentlichen Flurstücksbezeichnung zusammensetzt,
- c) durch das Suchen über die Lagebezeichnung, worunter Ort, Straße und Hausnummer verstanden werden.

Die Arbeitsgruppe hat eine Reihe von Erwägungen angestellt, ob diese Abfragen, insbesondere das eigentümerbezogene Suchen, mit dem Datenschutz vereinbar wären, hat diese Frage dann aber bejaht, da durch die Vorenthaltung des eigentümerbezogenen Suchens kaum ein erheblich größerer Datenschutz erreicht würde, dagegen aber eine erheblich größere Belastung der Grundbuchämter und eine Erschwerung der notariellen Tätigkeit verursacht würde. Der örtliche Bereich, für welchen dem Notar die Genehmigung zur Einrichtung von Anlagen zur unmittelbaren Einsicht erteilt wird, ist der Bezirk der zentralen Grundbuchdatenstelle, in welcher der Notar seinen Amtssitz hat. Soweit für den Notar ein besonderes Bedürfnis besteht, kann diese Genehmigung auch für andere Bezirke erteilt werden. Wann ein solches Bedürfnis vorliegt, darüber ist jedoch weder im Entwurf des Gesetzes noch in der Begründung etwas ausgeführt.

Was bringt aber das maschinelle Grundbuch gegenüber dem heutigen Grundbuchsystem, daß es mit einem so ungeheuren Aufwand an Zeit und Kosten eingeführt wird?

### 4.

Die zeitlichen Pläne der Abteilung für Datenverarbeitung der Bayerischen Staatskanzlei, die das Projekt „maschinelles Grundbuch“ als Pilotprojekt für das gesamte Bundesgebiet durchführt, sehen vor, daß Anfang des Jahres 1982 beim Grundbuchamt München ein Probetrieb aufgenommen werden soll, dem jedoch eine größere Testphase vorausgehen wird. Dieser Probetrieb wird darin bestehen, daß einige Gemarkungen des Münchner Grundbuchamtes „parallel“ geführt werden, d.h. daß dort während dieser Zeit die Eintragungen sowohl nach dem „alten“, d.h. dem heutigen Grundbuchsystem und im Wege der maschinellen Grundbuchführung vorgenommen werden sollen. Dadurch kann also in jeder Hinsicht ein Vergleich des heutigen Grundbuchverfahrens mit dem maschinellen Grundbuchsystem vorgenommen werden. Dieser Probetrieb soll mindestens ein halbes Jahr dauern. Die vorausgehende Testphase wird also im

Laufe des Jahres 1981 beginnen. Mit Beginn des Probetriebs – nicht jedoch während der Testphase – wird es auch für die Notare grundsätzlich möglich sein, sich bereits an das Auskunftsverfahren anzuschließen. Diese Auskünfte aus dem maschinellen Grundbuch werden jedoch während dieses Probetriebs „ohne Gewähr“ erfolgen, d.h. auch ein Notar, der bereit wäre, diesen Test mitzumachen, wäre zu einem „Parallelbetrieb“ gezwungen und müßte während dieser Zeit wohl weiterhin seinen Rechercheur an das Grundbuchamt schicken. Genauer gesagt, er müßte diesen Rechercheur auch die aus dem maschinellen Grundbuch kommenden Auskünfte überprüfen lassen, er kann ohnehin noch nicht auf ihn verzichten, da erst einige Gemarkungen von der Umstellung betroffen sein werden.

Verläuft der Probetrieb erfolgreich und werden die gesetzlichen Grundlagen rechtzeitig geschaffen, dann werden zunächst die Grundbuchämter in den Ballungsräumen München und Nürnberg und nach und nach auch die anderen Grundbuchämter umgestellt werden. Der Zeitraum, der dafür erforderlich sein wird, dürfte 10–20 Jahre betragen. Ähnlich wie nach der Einführung des Reichsgrundbuchs noch weiterhin in vielen Grundbuchämtern mit dem alten bayerischen Grundbuch gearbeitet wurde, wird also dann das maschinelle Grundbuch längere Zeit neben dem heute gebräuchlichen Grundbuch bestehen.

Zunächst ist das maschinelle Grundbuch nur eine Seite eines umfassenderen Grundstücksdatenregisters, in das auch das Liegenschaftskataster etc. integriert wird. Eine Reihe von Vorgängen, mit denen der Notar nichts zu tun hat, also die der rechtlichen Änderungen der Verhältnisse an einem Grundstück etc. vorausgehenden oder nachfolgenden Vorgänge (Veränderungsnachweise für Teilung im eigenen Besitz, Änderungen des Beschriebs bei Neubauten etc.), können dann ebenfalls in einem maschinellen Verfahren automatisch in die entsprechenden Register der anderen Behörden übernommen werden. In dieser automatischen Verknüpfung liegt dann – auf lange Sicht – auch eine große Kostenersparnis. Eine ganze Reihe von Arbeiten, die heute von Hand durchgeführt werden müssen, z. B. die Veränderungslisten für das Liegenschaftskataster, können dann fortfallen und vor allem die Übereinstimmung der verschiedenen öffentlichen Register kann aufrechterhalten werden, ohne daß diese längere Zeit in ihren Eintragungen bzw. Fortführungen auseinanderklaffen.

#### 5.

Wie sieht das neue Grundbuch aus?

Im äußeren Aufbau des Grundbuchs werden sich einige Änderungen ergeben. Die wichtigsten sind, daß die Abt. III des Grundbuchs künftig fortfällt und alle Belastungen in der gleichen Abteilung eingetragen werden.

Eine weitere Änderung ist, daß Löschungen nicht mehr als „Löschungen“ erfolgen werden, sondern durch Anbringung eines Löschungskennzeichens bei dem „gelöschten Recht“. Die Eintragung als solche bleibt also erhalten. Ebenso werden alle sonstigen Änderungen nicht mehr in einer eigenen Veränderungsspalte erfaßt, sondern unmittelbar bei der Haupteintragung eines Rechts als Untervermerk ausgeführt. Die Änderung eines Ranges, die Teillöschung etc. ist also räumlich unmittelbar dem Haupteintrag für das betroffene Recht zugeordnet und kann daher auch gar nicht mehr übersehen werden.

Weitere Einzelheiten über die künftige Grundbuchführung auszuführen, wäre jedoch noch verfrüht.

#### 6.

Wie erfolgt durch den Notar der Zugriff auf das maschinelle Grundbuch?

Es muß nicht besonders betont werden, daß der Notar nur bei einer Zugriffsart auf den Zentralspeicher beteiligt ist, dem sogenannten „Auskunftsverfahren“. Seine Zugriffe können daher den

Grundbuchinhalt in keiner Weise verändern, er kann nur den Stand des Grundbuchs abfragen.

Auch diese Abfrage hat zur Voraussetzung, daß er seinen „persönlichen Code“ eingibt, ähnlich wie bei den Abhebungsautomaten der Banken – wie sie kürzlich von einer großen Regionalbank in München eingeführt wurden – oder verschiedenen Geräten der mittleren Datentechnik, wo ein Benutzer ebenfalls seinen Code eingeben muß, damit er überhaupt „in das System hineinkommt“. Dieses Auskunftsverfahren ist nun in verschiedener Weise möglich:

- a) nach „Aktualitätsnummer“;
- b) nach dem „aktuellen Grundbuchstand“;
- c) nach dem „vollständigen Grundbuchstand“.

Die Abfrage nach der Aktualitätsnummer ist die kürzeste Abfrage und basiert auf dem System, daß die Stadien der Entwicklung des Grundbuchinhalts in fortlaufender Reihenfolge numeriert werden. Praktisch würde das etwa bedeuten:

Bei der Anlegung des Grundbuchblattes für ein neu errichtetes Wohnungseigentum auf Grund einer Teilungserklärung nach § 8 WEG würde die Anlegung des Blattes auf den Namen des Bauträgers, mit den Globalbelastungen – falls vorhanden – das Stadium „1“ darstellen und damit die Aktualitätsnummer „1“ erhalten.

Erfolgen dann die verschiedenen Verkäufe mit der Eintragung der Vormerkung für den Käufer dann wäre das die Aktualitätsnummer „2“. Werden dann an nächstfolgender Rangstelle Belastungen für die Finanzierung – also im Range nach den Globalrechten – eingetragen, dann wäre das – wenn die Eintragungen auf einmal erfolgen – die Aktualitätsnummer „3“. Erfolgen diese hintereinander, denn wird nach jeder der Eintragungen die Aktualitätsnummer fortgeschrieben. Werden dann die Globalrechte gelöscht, dann ist das wiederum die nächste Aktualitätsnummer, in unserem Beispiel also „4“. Erfolgt dann die Eigentumsumschreibung unter gleichzeitiger Löschung der Vormerkung, dann wäre dies die Aktualitätsnummer „5“.

Besitzt nun der Notar bereits einen schriftlichen Grundbuchausdruck, dann trägt auch dieser in der rechten oberen Ecke diese „Aktualitätsnummer“. Er kann also sein Auskunftsverfahren beginnen, indem er nur nach der Aktualitätsnummer fragt. Stimmt die vom Zentralrechner angegebene Aktualitätsnummer mit derjenigen überein, die in dem vorliegenden Grundbuchausdruck enthalten ist, dann kann er die weitere Abfrage abbrechen. Stimmt diese Aktualitätsnummer nicht mehr mit derjenigen des vorliegenden Grundbuchausdrucks überein, dann kann der Notar den „aktuellen“ Grundbuchstand abfragen. Er erhält dann auf dem Bildschirm – oder über seinen Drucker – für das gewünschte Grundstück die aktuellen Rechtsverhältnisse. Es kann aber auch vorkommen, daß – aus welchen Gründen auch immer – der ganze Inhalt des Grundbuchs notwendig ist, etwa weil irrtümlich eine Eintragung oder Löschung oder eine andere Veränderung eines Rechts vorgenommen wurde. In diesem Falle kann dann der Notar den vollständigen Grundbuchauszug auf seinem Bildschirm aufrufen oder auf seinem Drucker ausdrucken, um dann in Ruhe die entsprechenden Feststellungen treffen zu können, etwa wann die Globalbelastungen gelöscht wurden oder wann seinerzeit die Vormerkung eingetragen wurde etc. etc.

#### 7.

Was bringt das maschinelle Grundbuch für den Notar? Zunächst eine große Umstellung und ein Eingewöhnen auf ein neues, weitgehend anderes Grundbuchsystem.

Es bringt auch den Zwang mit sich, auf lange Zeit mit verschiedenen Systemen arbeiten zu müssen. Wenn man auch unterstellt, daß Bayern die Umstellung auf das neue System als erstes Bundesland vornehmen wird und wenn die anderen Länder nachfolgen, der Umstellungsvorgang wird sich auf jeden Fall über

Jahrzehnte erstrecken. Während dieser Zeit wird also beispielsweise der in München ansässige Notar bei „seinem“ Grundbuchamt teilweise nach dem neuen System und teilweise nach dem bisherigen System arbeiten, mit den anderen Grundbuchämtern wird er dann noch nach dem bisherigen System arbeiten, wenn „sein“ Grundbuchamt bereits zur Gänze auf das neue System umgestellt ist. Und wenn dann ganz Bayern auf das neue System umgestellt ist, wird er bei Eintragungen in anderen Bundesländern möglicherweise noch lange Zeit nach dem alten System arbeiten müssen, und sei es auch nur mit dem Land Baden-Württemberg, dessen Vorbehalt für das Grundbuchsystem nach § 134 GBO weiterhin aufrechterhalten bleiben wird.

Das Arbeiten mit dem Grundbuchamt wird sich hinsichtlich der Anträge voraussichtlich nicht ändern. Der Notar wird seine Urkunden nach wie vor in der bisherigen Form einreichen. Seine Vollzugsmittelteilung wird er allerdings als Grundbuchausdruck von der zentralen Grundbuchstelle erhalten. An diese wird er auch sein Ersuchen um Übersendung des Grundbuchaufschlusses richten, soweit nicht auf Datensichtgeräten des zuständigen Grundbuchamtes eine unmittelbare Einsicht vorgenommen werden kann. Eine Erleichterung wird das Arbeiten mit dem maschinellen Grundbuch nur für den Notar bringen, der selbst einen entsprechenden Anschluß eines Datensichtgerätes in seiner Amtsstelle installieren läßt. Heute sind allerdings noch viele Fragen offen, auch ob es möglich ist, die Daten, die vom Großrechner kommen, selbst so zu speichern, daß sie für die Weiterarbeit im Notariat unmittelbar zur Verfügung stehen, also dergestalt, daß sie unmittelbar zum Schreiben der Urkunde, der Folgekorrespondenz etc. verwendet werden können.

#### 8.

Die grundsätzliche Voraussetzung für die Einführung dieses maschinellen Grundbuchs ist aber, daß auch die entsprechenden Gesetze und Verordnungen vom Gesetzgeber verabschiedet werden. Die Vorschläge dafür sind enthalten in dem „2. Bericht der bei dem Bundesministerium der Justiz gebildeten Arbeitsgruppe EDV-Grundbuch (Recht)“, welcher im Juni 1980 von der Arbeitsgruppe vorgelegt und im Juli 1980 vom Bundesministerium der Justiz herausgegeben wurde. Dieser Bericht enthält den Entwurf eines „Gesetzes über die maschinelle Grundbuchführung“, und den Entwurf einer „Verordnung über die maschinelle Grundbuchführung“, sowie den Entwurf einer „Verordnung zur Änderung der Grundbuchverordnung und der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Wohnungseigentumssachen“ und zwar jeweils die Texte der Entwürfe nebst den Begründungen. Als Anhang zu diesem Bericht sind noch die Muster von Grundbuchausdrucken mit Probeeinträgen vorhanden. Das Gesetzgebungsverfahren für diese Rechtsvorschriften, die die Grundlage für die Einführung des „EDV-Grundbuchs“ bilden, soll Anfang des Jahres 1982 anlaufen, also in dem Zeitpunkt, in dem die Testphase des maschinellen Grundbuchs beim Grundbuchamt München beendet sein wird und mit dem schon erwähnten Probetrieb begonnen werden kann. Der erfolgreiche Verlauf des Probetriebes wird daher die Voraussetzung dafür sein, daß der Gesetzgeber diesen großen Eingriff in das bisherige Grundbuchsystem vornimmt. Es ist daher damit zu rechnen, daß sich die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe einen unmittelbaren Eindruck von diesem maschinellen Grundbuchsystem verschaffen werden.

Je nach den Umständen kann also damit gerechnet werden, daß die Verabschiedung der grundlegenden Gesetze (siehe oben) durch den Bundesgesetzgeber etwa im Jahre 1983 – aber wohl kaum früher – wird erfolgen können und daß daran anschließend die erforderlichen Einführungsgesetze für die einzelnen Bundesländer erlassen werden. Es ist jedoch nicht vorgesehen, daß die

einzelnen Bundesländer das neue Grundbuchsystem einführen müssen. Es ist daher in gewissem Sinne zur Disposition gestellt. So wie die Dinge liegen, wird wohl damit zu rechnen sein, daß das Bundesland, welches das Pilotprojekt bisher durchgeführt hat, nämlich Bayern, das maschinelle Grundbuchsystem als erstes Land einführen wird und daß die anderen Bundesländer – je nach den Erfahrungen, die man mit dem neuen System machen wird – nachfolgen werden.

#### 9.

Abschließend soll noch auf ein Problem eingegangen werden, das im ersten Bericht der Arbeitsgruppe, bzw. im Soll-Konzept der Sachkommission Grundbuch (Bd. II S. 207 ff.) angeschnitten worden war. Es handelt sich um die Gestaltung der Eintragungsanträge zum Grundbuch. Die den Eintragungen zugrundeliegenden Erklärungen, also die Bewilligungen, sollten von den übrigen Urkundenbestandteilen deutlich getrennt werden, die Eintragungsanträge sollten gesondert von anderen Erklärungen in schriftlicher Form gestellt werden und Bezugnahmen sollten nur auf deutlich abgegrenzte Teile anderer Erklärungen zulässig sein. Anträge, die diesen Anforderungen nicht entsprochen hätten, wären dann unbeachtlich gewesen. Im ersten Bericht der Arbeitsgruppe war daher ein § 28 a zur Einfügung in die GBO vorgeschlagen worden, der diesen Vorstellungen teilweise Rechnung tragen sollte. Eine Eintragung hätte dann nur vorgenommen werden sollen, wenn die Bewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen voneinander und von anderen in der Urkunde enthaltenen Erklärungen unter Verwendung von Ordnungsmerkmalen deutlich abgegrenzt gewesen wären. Entsprechendes hätte für die Urkunden gelten sollen, auf welche die Eintragungsbewilligung Bezug genommen hätte. Zur Begründung dieses Vorschlags war angeführt worden, daß dem Grundbucheintragungsverfahren klarere und folgerichtiger durchgegliederte Urkunden zugrundegelegt werden könnten, was die Prüfungstätigkeit des Rechtspflegers erleichtern würde und die mit der Automatisierung angestrebte Rationalisierung des Eintragungsverfahrens weiter fördern würde. An die Eintragungsanträge selbst strengere Anforderungen zu stellen, davon hatte die Arbeitsgruppe schon in ihrem ersten Bericht abgesehen. Sie nimmt nun auch Abstand von den Bestrebungen, die zu einer stärkeren Schematisierung der Urkunden führen, vor allem nimmt sie Abstand von allen Versuchen, Rechtsnachteile für den Fall anzudrohen, daß die Eintragungsbewilligungen oder Eintragungsanträge nicht einer bestimmten Form entsprechen.

Dies kann nur begrüßt werden. In der Mehrzahl der Fälle werden sich ohnehin der Antrag, bzw. die Bewilligung klar und deutlich vom übrigen Urkundeninhalt abheben. In vielen Urkunden sind ohnehin nur sehr wenige Anträge gestellt, z. B. bei einem Kaufvertrag in aller Regel der Antrag auf Eintragung der Vormerkung, auf Eintragung der Rechtsänderung und Löschung der Vormerkung Zug um Zug mit dem Eigentumsübergang. Selbst in den Fällen, wo noch andere Anträge enthalten sind, werden diese in aller Regel bei der Beurkundungspraxis ohnehin deutlich hervorgehoben. Hier nun noch weitere Förmlichkeiten unter Androhung von Rechtsnachteilen aufzustellen, wäre reichlich übertrieben. Noch immer hat das formelle Recht dem materiellen Recht zu dienen und darf nicht als Vehikel dazu benützt werden, um die von den Beteiligten in klarer und unzweideutiger Weise gewollten Rechtsfolgen zu unterbinden. Sollten solche Pläne einmal Wirklichkeit werden, dann würden die Schwierigkeiten des Eintragungsverfahrens ins Ungemessene steigen, die Haftungsrisiken wären dann vollends unbegrenzt und der Notar würde zu einem Verwalter von „Zaubersprüchen“, die bestenfalls noch erraten aber kaum mehr gestaltet werden können.

## II. Rechtsprechung

### A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 107, 181 (*Schenkung von Wohnungseigentum an einen Minderjährigen als lediglich rechtlicher Vorteil?*)

**Im Fall einer Schenkung von Wohnungseigentum von seiten des gesetzlichen Vertreters an einen über sieben Jahre alten Minderjährigen ist die Frage, ob die Schenkung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen. Sofern mit der Übertragung des dinglichen Rechts rechtliche Nachteile verbunden sind, ist deshalb auch dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, der gesetzliche Vertreter nicht etwa im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Auflassung zu genehmigen.**

BGH, Beschluß vom 9. 7. 1980 – V ZB 16/79 – mitgeteilt von Notar Dr. Karl-Heinz Steinbauer, München

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten betreiben die Umschreibung des hälftigen Miteigentumsanteils an einem Wohnungseigentum.

Inhaber dieses Rechts ist der Beteiligte zu 1. Der Beteiligte zu 2 ist dessen minderjähriger Sohn. Mit notariell beurkundetem Vertrag zwischen den Beteiligten vom 11. April 1978 „überließ“ der – als „Veräußerer“ bezeichnete – Beteiligte zu 1 diesen Miteigentumsanteil schenkungsweise dem – als „Erwerber“ bezeichneten – Beteiligten zu 2. Die Beteiligten erklärten in dem Vertrag auch ihre Einigung über den Rechtsübergang; des weiteren bewilligte der Veräußerer und beantragte der Erwerber die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch. Unter Abschnitt VI 5 der Urkunde heißt es, der Erwerber habe von der hinsichtlich der Wohnanlage bestehenden Gemeinschafts- und Hausordnung Kenntnis und trete in diese ein. Diese Gemeinschaftsordnung ist gemäß den Bestimmungen des § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums gemacht worden.

Auf den Vollzugsantrag hat der Rechtspfleger des Amtsgerichts in einer Zwischenverfügung vom 10. Oktober 1978 folgenden Standpunkt vertreten:

„Zur Überlassung ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig, da durch den Eintritt des minderjährigen L. in den Verwaltervertrag (Ziff. 5 der Urkunde) die Schenkung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil enthält.“

Rechtspfleger und Amtsgericht haben der dagegen eingelegten Erinnerung nicht abgeholfen. Das Landgericht hat das nunmehr als Beschwerde geltende Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Das Bayerische Oberste Landesgericht (MittBayNot 1979, 150) möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch durch das in BGHZ 15, 168 veröffentlichte Urteil des Bundesgerichtshofes gehindert und hat deshalb gemäß § 79 Abs. 2 GBO die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

1. Die Voraussetzungen für die Vorlegung der weiteren Beschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 79 Abs. 2 GBO sind gegeben.

2. Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Wie bereits das Bayerische Oberste Landesgericht (a.a.O.) dargelegt hat, kann der beantragten Eigentumsumschreibung gemäß § 20 GBO nur im Fall einer rechtswirksam erklärten Auflassung stattgegeben werden; eine solche rechtswirksame Auflassung liegt aber gemäß § 107 BGB nicht vor, weil der Beteiligte zu 2 durch die Auflassung des Hälfteanteils an dem Wohnungseigentumsrecht nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt und es daher der Einschaltung eines Pflegers bedurft hätte:

a) Der Erwerb eines Wohnungseigentums (oder eines Anteils hieran) weist gegenüber dem Erwerb eines Grundstücks die Besonderheit auf, daß der Erwerber mit dem dinglichen Rechtserwerb zugleich in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und in die vom Gesetz damit verknüpften vielfältigen Verpflichtungen (§§ 10 ff WEG) eintritt, sowie den gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§§ 20 ff WEG) unterworfen ist. Indes kann auch insoweit hier dahingestellt bleiben, ob der rechtsgeschäftliche Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen auch dann als ein nicht ausschließlich lukratives Rechtsgeschäft anzusehen ist, wenn hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander sowie hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums keine die gesetzliche Ausgestaltung abändernden Bestimmungen getroffen worden sind (s. allgemein zum schenkungsweisen Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen OLG Celle NJW 1976, 2214 mit Anm. Jahnke, NJW 1977, 960; *Soergel/Hefermehl*, BGB 11. Aufl. § 107 Rdnr. 2; *Gitter in MünchKomm zum BGB* § 107 Rdnr. 23 unter j; *Palandt/Heinrichs*, BGB 38. Aufl. § 107 Anm. 2; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG 4. Aufl. § 1 Rdnr. 46, § 3 Rdnr. 56). Denn in dem hier zur Erörterung stehenden Fall ist, worauf auch das vorliegende Gericht hingewiesen hat, ein rechtlicher Nachteil, der – unabhängig von dem in Abschnitt VI Nr. 5 der notariellen Urkunde vereinbarten Eintritt in die Gemeinschaftsordnung – gemäß § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG unmittelbar mit dem dinglichen Rechtserwerb verbunden ist, jedenfalls darin zu erblicken, daß in der zwischen den (bisherigen) Wohnungseigentümern vereinbarten Gemeinschaftsordnung die den einzelnen Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft worden sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der über § 22 Abs. 2 WEG hinausgehenden Wiederaufbaupflichten nach § 9 der Gemeinschaftsordnung und hinsichtlich der in § 14 Nr. 1 und 2 der Gemeinschaftsordnung für Ansprüche gegenüber dem Verwalter oder gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft vorgesehenen Einschränkung der Befugnisse zu Aufrechnung, Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts und Abtretung. Auf die streitige Rechtsfrage, ob auch die in § 4 Nr. 4 Satz 3 der Gemeinschaftsordnung vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers für etwaige Rückstände seines Vorgängers über die von Gesetzes wegen bestehenden Verpflichtungen hinausgeht, kommt es daneben nicht mehr an (die Frage wird – außer von dem vorlegenden Gericht selbst – bejaht von OLG Braunschweig, MDR 1977, 230; OLG Köln, OLGZ 1978, 151; OLG Karlsruhe, MDR 1979, 58; *Weitnauer*, WEG 5. Aufl. § 10 Rdnr. 17 a; *Palandt/Bassenge* a.a.O., WEG § 10 Anm. 5; *Diester*, NJW 1971, 1153, 1156; *Röll*, NJW 1976, 1473, 1475; a.A. *Bärmann/Pick/Merle* a.a.O. § 16 Rdnr. 104; *Pick*, JR 1972, 99, 103).

Der Ansicht, daß der Rechtserwerb im vorliegenden Fall nicht nur von rechtllichem Vorteil ist, kann auch nicht etwa entgegengehalten werden, es handle sich bei den angeführten Rechtsnachteilen nicht um selbständige Verpflichtungen, sondern – im Hinblick darauf, daß die Gemeinschaftsordnung zum Inhalt des Sondereigentums gemacht worden ist – um dem Wohnungseigentum selbst innewohnende Bindungen. Denn im Unterschied etwa zu dem Fall der Schenkung eines mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücks, die nach verbreiteter Meinung nicht anders zu beurteilen sein soll als die Schenkung eines unbelasteten Grundstücks (BayObLG MittBayNot 1979, 6), haftet hier der Erwerber für die ihm auferlegten Verpflichtungen nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich.

b) Da somit nach § 107 BGB die eigene Erklärung des minderjährigen Beteiligten zu 2 zu keiner rechtswirksamen Auflassung (§ 4 Abs. 1 WEG) führen konnte, bedurfte der Vertrag gemäß § 108 Abs. 1 BGB der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. In der eigenen Auflassungserklärung des Beteiligten zu 1, des Vaters des Beteiligten zu 2, kann eine solche zugleich erklärte Zustimmung nicht erblickt werden, weil der Beteiligte zu 1 insoweit gemäß § 181 BGB an der Vertretung des Beteiligten zu 2 verhindert war.

Zu Recht geht das vorliegende Gericht davon aus, daß die Vorschrift des § 181 BGB einem Handeln des Beteiligten zu 1 für den Beteiligten zu 2 hier nicht etwa deshalb entgegensteht, weil die Auflassung nur der Erfüllung der durch den Schenkungsvertrag für den Beteiligten zu 1 wirksam begründeten Verpflichtung diene (§ 181 letzter Halbsatz BGB).

Fehl geht allerdings der Hinweis in dem letzten Absatz des Vorlagebeschlusses, daß auch schon dem Urteil des erkennenden Senats vom 5. Februar 1971, LM BGB § 107 Nr. 7, diese Rechtsauffassung zugrundeliege. Zu der Vorlagefrage ergibt sich aus diesem Urteil deswegen nichts, weil über das jenem Fall zugrundeliegende Kausalgeschäft nichts Näheres gesagt ist.

Entscheidend ist aber, daß es mit dem Schutzzweck des § 107 BGB nicht vereinbar wäre, im Fall einer Schenkung von Wohnungseigentum von seiten des gesetzlichen Vertreters an einen über sieben Jahre alten Minderjährigen die Beurteilung, ob die Schenkung dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, getrennt einerseits für den schuldrechtlichen Vertrag und andererseits für das dingliche Erfüllungsgeschäft vorzunehmen mit der Folge, daß bei lukrativem Charakter des Grundgeschäfts unbeschadet rechtlicher Nachteile, die mit der Übertragung des dinglichen Rechts verbunden sind, der gesetzliche Vertreter im Hinblick auf § 181 letzter Halbsatz BGB befugt ist, den Minderjährigen bei der Annahme der Auflassung zu vertreten oder die von dem Minderjährigen selbst erklärte Annahme zu genehmigen. Soweit in BGHZ 15, 168 – dort aus Anlaß der Schenkung eines (unbelasteten) Grundstücks und ohne abschließende Stellungnahme zu der Frage, ob in einem solchen Fall nicht auch das Erfüllungsgeschäft für den Minderjährigen lediglich von rechtllichem Vorteil ist – eine solche getrennte Betrachtungsweise befürwortet wird, hält der II. Zivilsenat, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat, daran nicht fest.

Der durch § 107 BGB angestrebte Schutz des Minderjährigen würde, wenn man hinsichtlich des Erfüllungsgeschäfts die Ausnahmevorschrift des § 181 letzter Halbsatz BGB eingreifen lassen würde, für den Bereich von Schenkungen seitens des gesetzlichen Vertreters weitgehend ausgeschaltet. Ob eine Schenkung von dritter Seite oder von seiten des gesetzlichen Vertreters erfolgt, ist ohne Einfluß auf die Frage, ob in einem konkreten Fall der schenkweise Erwerb eines dinglichen Rechts Rechtsnachteile im Sinn des § 107 BGB mit sich bringt (auch die Frage des „Wohllollens“ des Schenkers spielt hierbei keine Rolle). Wenn aber eben wegen solcher Nachteile beim Erwerb von einem Dritten die Interessen des Minderjährigen durch die geforderte Einschaltung des gesetzlichen Vertreters geschützt werden sollen, so fordert das Interesse des Minderjährigen bei einem Erwerb von dem gesetzlichen Vertreter nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 181 BGB die Einschaltung eines Pflegers. Andernfalls bliebe gerade der nach Sinn und Zweck des § 107 BGB maßgebende Gesichtspunkt, ob im Ergebnis das Rechtsgeschäft sich für den Minderjährigen rechtlich (auch) belastend auswirkt, unberücksichtigt (zu der im Schrifttum gegenüber dem Urteil BGHZ 15, 168 geäußerten Kritik siehe insbes. *Westermann*, JZ 1955, 244; *Lange*, NJW 1955, 1339; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band 1 Halbband 2 15. Aufl. S. 930 Fußn. 3 a.E.; *Flume*, Allgemeiner Teil des bürger-

lichen Rechts, 2. Band 3. Aufl. S. 192 Fußn. 15; *Dölle*, Familienrecht Band II S. 208, Fußn. 32; *Staudinger/Donau*, BGB 10./11. Aufl. § 1629 Rdnr. 51).

Nach dieser vom Gesetz vorgezeichneten Interessenabwägung ist daher die Frage des rechtlichen Vorteils oder Nachteils einer Schenkung aus einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages heraus zu beurteilen; damit wird sowohl dem Fall einer Schenkung von seiten des gesetzlichen Vertreters als auch einer Schenkung von dritter Seite in gleicher Weise Rechnung getragen. (Ob, wie dies von *Westermann*, JZ 1955, 244 befürwortet wird, eine solche Gesamtbetrachtung auch über den Kreis von Schenkungsgeschäften hinaus allgemein angezeigt wäre, mag im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben; dies könnte jedenfalls nicht aus dem Gesichtspunkt des erforderlichen Schutzes des Minderjährigen hergeleitet werden.) Nach Sinn und Zweck des § 107 BGB ist eine solche Auslegung auch unter Berücksichtigung dessen gerechtfertigt, daß die Vorschrift auf „eine(r) Willenserklärung“ abstellt, nach der hier vertretenen Auffassung jedoch mehrere Willenserklärungen zu einer Gesamtbeurteilung zusammenzufassen sind. Ein Korrektiv gegenüber einer zu engen Handhabung des § 107 BGB ist, wie dies auch bereits das vorliegende Gericht befürwortet hat, jedenfalls dadurch gegeben, daß auch der Begriff der ausschließlichen Lukrativität unter dem Schutzzweck des § 107 BGB zu sehen ist (ohne indes so weit zu gehen, daß dabei der „rechtliche“ durch den „wirtschaftlichen“ Vorteil ersetzt würde).

2. BGB §§ 276, 426 (Zu den Pflichten, die einem Eigentümer beim Verkauf gegenüber anderen Miteigentümern zukommen)

**Wollen mehrere Personen eine Sache gemeinschaftlich verkaufen, so haben sie auch dann, wenn zwischen ihnen kein besonderes Rechtsverhältnis besteht, schon vor Abschluß des Kaufvertrages untereinander Sorgfalts- und Rücksichtspflichten, deren Verletzung ähnlich wie bei einem Verschulden von Vertragspartnern bei Vertragsschluß Schadenersatzpflichten nach sich ziehen kann.**

BGH, Urteil vom 7. 7. 1980 – II ZR 199/79 – mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger war zu 50% an einer ungeteilten Erbengemeinschaft beteiligt, zu deren Vermögen ein in B. gelegenes Grundstück gehörte. Dieses wurde mit notariellem Vertrag vom 5. Dezember 1975 für 300 000 DM an den Kaufmann S. verkauft. Zu den Verkäufern gehörte neben dem Kläger und den weiteren Erben auch die Beklagte. Diese erklärte vor dem Notar, sie sei Alleinerbin der im Grundbuch eingetragenen Miteigentümerin, ihrer Großmutter, und es liege ein Erbschein mit diesem Inhalt vor. Dies war jedoch nicht der Fall; es gab nur ein von anderer Hand geschriebenes, von Frau R. lediglich unterschriebenes privatschriftliches Testament, in dem die Beklagte zur Alleinerbin eingesetzt worden war. Wegen der Formnichtigkeit des Testaments war nicht die Beklagte, sondern deren Mutter gesetzliche Alleinerbin geworden.

Nachdem sich das herausgestellt hatte, ließ der Käufer durch seinen Rechtsanwalt „zur Beibringung der noch fehlenden Unterlagen“ eine Frist von einer Woche setzen und androhen, er werde vom Kaufvertrag zurücktreten. Mit Anwaltsschreiben vom 3. Februar 1976 erklärte er diesen Rücktritt; er verlangte von den Verkäufern, in die Rückzahlung des hinterlegten Kaufpreises einzuwilligen, und behielt sich Schadenersatzansprüche vor. Inzwischen hatte jedoch die Beklagte von ihrer Mutter die Erbschaft nach Frau R. geschenkt erhalten. Nach erneuten Verhandlungen blieb es beim Verkauf des Grundstücks, der Kaufpreis wurde jedoch aus Gründen, die zwischen den Partnern streitig sind, auf 276 000 DM herabgesetzt.

Der Kläger behauptet, er habe um den Rücktritt und etwaige Ersatzansprüche des Käufers abzuwehren, für anwaltliche Beratung 5690,67 DM sowie für Reise- und Telefonkosten 500 DM aufgewendet. Für diese Kosten und seinen Anteil an der Kaufpreisminderung von 12 000 DM macht er die Beklagte verantwortlich, weil Sie sich am 5. Dezember 1975 fälschlich als Miterbin und Erbscheinsinhaberin ausgegeben habe.

Beide Vorinstanzen haben die Klage auf Zahlung von 18 190,67 DM abgewiesen. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.  
Seine Revision führte teilweise zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision hat insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Abweisung der Klage auf Ersatz von 6190,67 DM für Rechtsberatung, Reisekosten und Telefongespräche wendet.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß bei einem Grundstücksverkauf, bei dem auf der Verkäuferseite mehrere Personen mitwirken, zwischen diesen mit Abschluß des Vertrages ein gesetzliches Rechtsverhältnis entsteht, das jeden von ihnen verpflichtet, zu seinem Teil an der Erfüllung des Kaufvertrages mitzuwirken. Das wird, soweit nicht unter den Beteiligten ein besonderes Rechtsverhältnis besteht, unter Gesamtschuldnern aus der Vorschrift des § 426 BGB hergeleitet (vgl. u. a. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts 12. Aufl. § 37 III m. w. N.). Für den hier vorliegenden Fall einer gemeinschaftlich geschuldeten Leistung, die nur unter Mitwirkung aller erbracht werden kann, gilt das entsprechend.

2. Der Kläger leitet allerdings seine Ansprüche nicht aus einem solchen (erst mit Abschluß des Kaufvertrages entstandenen) Rechtsverhältnis, sondern aus einem Verhalten der Beklagten her, das dem Vertragsschluß mit dem Käufer vorherging. Nach allgemein anerkannter Auffassung ist im allgemeinen Schuldrecht die tatsächliche Aufnahme von Vertragsverhandlungen schon geeignet, Sorgfalts- und Rücksichtspflichten zu begründen, deren Verletzung in ähnlicher Weise schadenersatzpflichtig machen kann, wie die Verletzung einer Vertragspflicht. Der Grund dafür liegt in dem besonderen Vertrauen, das derjenige, der sich zu Vertragszwecken in den Einflußbereich eines anderen begibt, dem anderen regelmäßig entgegenbringt; jeder Teil hat das ihm entgegengebrachte Vertrauen unter anderem so zu berücksichtigen, daß er den Verhandlungspartner über Umstände aufklärt, die später den Vertragszweck vereiteln, gefährden oder sonst Schäden in seinem Vermögen entstehen lassen können. Um Vertragsverhandlungen in diesem Sinne handelte es sich zwar hier im Verhältnis der Verkäufer untereinander nicht. Die Sach- und Rechtslage ist aber ganz ähnlich, wenn mehrere Personen zusammenkommen, um in einem mit einem Dritten abzuschließenden Vertrag gemeinschaftlich einen Vermögensgegenstand zu verkaufen. Sie müssen hierbei auch untereinander darauf vertrauen können, daß jeder die Voraussetzungen mitbringt, die sie instandsetzen, die Verpflichtung zu erfüllen, die sie dem Käufer gegenüber zu übernehmen gedenken, und daß jeder die erforderlichen Auskünfte, von deren Richtigkeit und Vollständigkeit die Verkaufsentscheidung abhängt, so korrekt erteilt, daß keine zusätzlichen Vermögensrisiken auf der Verkäuferseite entstehen. Werden Sorgfaltspflichten verletzt, die aus einem solchen Vertrauenstatbestand zuwachsen, kann auch hier Schadenersatz zu leisten sein, wie es sonst wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen in Betracht kommt.

Ein solcher Sachverhalt lag vor, als die Beklagte zu Protokoll des Notars (irrtümlich) versicherte, Erbin nach R. zu sein und einen Erbschein zu besitzen. Denn von ihrer Legitimation als nicht im Grundbuch eingetragener Erbin hing es ab, ob die übrigen Erben mit ihr zusammen den notariellen Vertrag zur Veräußerung des Grundstücks abschließen konnten, ohne befürchten zu müssen, in Erfüllungsschwierigkeiten zu geraten und Schadenersatzansprüchen des Käufers ausgesetzt zu werden. Ihre Erklärung verletzte daher eine gegenüber den Mitverkäufern bestehende Sorgfaltspflicht.

3. Hätte die Beklagte die Fragen nach Erbrecht und Erbschein zutreffend beantwortet oder sich zur Beantwortung außerstande

erklärt, wäre der Kaufvertrag mit S. so muß man annehmen, nicht oder jedenfalls nicht zu dieser Zeit oder nicht ohne einen Vorbehalt hinsichtlich der Erbfolge nach R. abgeschlossen worden. Aufwendungen, die der Kläger gehabt zu haben behauptet, um den „Rücktritt“ des Käufers und etwaige Schadenersatzansprüche abzuwehren, wären ihm daher nicht erwachsen, wenn er nicht auf die Richtigkeit der Angaben vertraut hätte. Dieser Schaden ist daher durch die irrtümlichen Angaben der Beklagten verursacht worden, zumal der Käufer seinen Rücktritt gerade mit der Begründung angedroht hatte, daß die Angaben der Beklagten über ihre Erbberechtigung nicht richtig gewesen seien.

Der Schaden wäre daher von der Beklagten zu ersetzen.

4. Hätte die Beklagte unter Wahrung ihrer Sorgfaltspflicht die Zweifel an ihrer Legitimation offenbart und wäre es infolgedessen damals nicht zum Abschluß des Kaufvertrages gekommen, so wäre ein Kaufpreisanspruch auf Zahlung der 300 000 DM nicht entstanden. Folglich war der entgangene Gewinn, den der Kläger ersetzt verlangt, weil der Kaufpreisanspruch entstanden, später aber herabgesetzt worden ist, nicht dadurch verursacht, daß die Beklagte etwas Falsches gesagt und der Kläger auf die Richtigkeit der Angaben vertraut hat. Der vorgetragene Sachverhalt gibt nichts dafür her, daß am 5. Dezember 1975 überhaupt ein Kaufvertrag mit S. (oder einem anderen Käufer) hätte abgeschlossen werden können, wenn die Beklagte erklärt hätte, keinen Erbschein zu besitzen, und die Beteiligten vor einer ungeklärten Rechtslage gestanden hätten. Es kommt daher gar nicht erst darauf an, ob S., wie die Beklagte behauptet, später überhaupt nur wegen Mängeln am Grundstück auf einer Ermäßigung des Kaufpreises bestand. Aus Verschulden bei der Anbahnung des Kaufvertrages kann der Kläger die Beklagte nach alledem wegen des um 12 000 DM geminderten Kaufpreisantils nicht in Anspruch nehmen.

3. BGB § 505 Abs. 2 (*Zum Umfang der Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts*)

**Den Vorkaufsberechtigten verpflichten solche Bestimmungen des Erstvertrages nicht, die wesensgemäß nicht zum Kaufvertrag gehören und sich darin als Fremdkörper darstellen. Das ist in der Regel der Fall bei einer Vertragsgestaltung, die völlig außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung des Kaufs liegt, so nur für den Vorkausfall getroffen wurde und den Parteien des Erstvertrages bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringt.**

BGH, Urteil vom 13. 6. 1980 – V ZR 11/79 – mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Zahlung einer Vergütung für „Projektierungskosten.“

Der Beklagten stand an einem Grundstück in D. ein dingliches Vorkaufsrecht zu. Dieses Grundstück verkaufte die damalige Eigentümerin mit notariellem Vertrag vom 16. Dezember 1976 an die R.-KG zum Preis von 14,5 Millionen DM. In § 7 Abs. 11 dieses Kaufvertrages wurde vereinbart: „(11) Maklerhonorar. Dieser Vertrag kommt durch Nachweis und Vermittlung der Firma A.-KG zustande. Der Erwerber ist verpflichtet, das an die A.-KG in D. zu zahlende fällige Maklerhonorar in Höhe von DM 600 000.– und das an die R.-Anlagegesellschaft mbH (Klägerin) in D. zu zahlende Vermittlungs- und Bearbeitungshonorar in Höhe von DM 300 000.– zu zahlen. Diese Verpflichtung gegenüber den vorgenannten Dritten übernimmt der Erwerber hiermit ausdrücklich auch gegenüber dem Veräußerer in der Weise, daß die Dritten unmittelbar berechtigt sind, die Leistung vom Erwerber zu fordern. ...“

Unter Berufung auf die Vertragsklausel verlangt die Klägerin von der Beklagten nach Ausübung des Vorkaufsrechts die Zahlung von 333 000.– DM (vereinbarte Vergütung zuzüglich Mehrwertsteuer) nebst Zinsen. Alleinige Gesellschafterin der Klägerin ist die W.-Landesbank Girozentrale (im folgenden: W-LB). Im Rahmen ihres Immobilienanlagegeschäfts pflegt

die W-LB sogenannte Fondsgesellschaften, durchweg in der Form von Kommanditgesellschaften, zu gründen, denen die Aufgabe zufällt, Grundstücke zu erwerben, zu bebauen und zu vermieten oder zu verpachten. Alleiner Kommanditistin ist bei der Gründung in der Regel die W-LB. Nach der Gründung der Fondsgesellschaft und Erwerb eines angemessenen Immobilienvermögens durch diese werden sogenannte Fonds aufgelegt, d. h. Anteilscheine (Zertifikate) erstellt und vertrieben, mit denen der Zertifikatsnehmer im Innenverhältnis zur W-LB einen „Fondsanteil“ in Gestalt eines quotenmäßig begrenzten Kommanditanteils an der Fonds-KG erwirbt, der weiterhin treuhänderisch von der W-LB gehalten wird.

Aufgabe der Klägerin ist es, geeignete Grundstücke und Projekte zu akquirieren, unter allen in Betracht kommenden rechtlichen, technischen und kaufmännischen Gesichtspunkten auf ihre Eignung für einen Fonds zu prüfen und schließlich der Fonds-KG zum Erwerb zu empfehlen. Für diese Tätigkeit erhebt die Klägerin von der Fondsgesellschaft eine einmalige „Projektierungsgebühr“ bis zu 2% der „Plankosten“. Diese Gebühr erscheint in § 2 der Zertifikatsbedingungen als Unkostenfaktor.

Die W-LB als Kommanditistin gründete am 15. Dezember 1972 mit drei Komplementären die R.-KG. Nach dem Gesellschaftsvertrag haben die Komplementäre keinen Kapitalanteil und sind zu einer Einlage weder berechtigt noch verpflichtet. Zu allen wesentlichen Geschäftsvorfällen ist die Zustimmung der W-LB erforderlich, die ein dreifaches Stimmrecht hat und deren Stimme bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt. Ohne die W-LB ist die Gesellschaftsversammlung nicht beschlußfähig. Beim Ausscheiden eines Komplementärs hat dieser keinen Auseinandersetzungsanspruch.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts wird zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen war. Die beiden Kaufverträge unterscheiden sich in der Regel nur darin, daß als Käufer anstelle des Dritten der Berechtigte steht. Im Grundsatz hat deshalb der Vorkaufsberechtigte schlechthin diejenigen Leistungen zu erbringen, die dem Erstkäufer nach dem Kaufvertrag obliegen hätten (BGH LM BGB § 505 Nr. 2). Von diesem Grundsatz ergeben sich – unabhängig von einem etwaigen Verstoß gegen § 138 BGB – jedoch Ausnahmen (vgl. BGH MDR 1963, 303, 304). Ausdrücklich berücksichtigt das Gesetz in §§ 507 und 509 BGB die Tatsache, daß der Partner eines Kaufvertrages nicht ohne weiteres auswechselbar ist, und gibt deshalb in bestimmten Fällen dem Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten einen anderen Inhalt als dem Vertrag mit dem Erstkäufer. Daneben ergibt sich aus dem Wesen des Vorkaufsrechts selbst eine Grenze, die die den Vorkaufsberechtigten verpflichtenden Bestimmungen des Kaufvertrages vom anderen Inhalt des Erstvertrages scheidet, weil nach § 505 Abs. 2 BGB nur „der Kauf“ zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande kommt. Zu Recht geht deshalb das Berufungsgericht davon aus, im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten seien die Vertragsbestimmungen unverbindlich, die nicht „wesensgemäß“ zum Kaufvertrag gehörten, vielmehr darin einen „Fremdkörper“ darstellen (vgl. auch BGH a.a.O.). Diesen Ansatzpunkt bezweifelt auch die Revision nicht, meint aber gleichwohl, diese Grenze sei hier nicht überschritten, weil § 7 Abs. 11 des Erstvertrages echter Teil des Kaufvertrages sei. Dem kann der Senat nicht folgen.

Daß die R.-KG und die Verkäuferin die maßgebliche Klausel nach ihrem Willen als Teil ihres Vertrages betrachtet und aufgenommen haben, kann nicht entscheidend sein. Vielmehr zeigt nur eine objektive Betrachtungsweise aus dem Wesen des Vorkaufsrechts, was sich als „Fremdkörper“ in einem Kauf darstellt. Das Vorkaufsrecht soll einerseits dem Verpflichteten völlig freie Hand lassen, ob und zu welchen Bedingungen er sich zu einem Verkauf entschließt, andererseits dem Berechtigten die Möglichkeit sichern, daß er den Kaufgegenstand zu eben jenen Bedingungen erhält, die der Verkäufer mit irgendeinem Dritten aushandelt. Die Verhältnisse auf dem „Markt“ und die Interessenlage zwischen Vorkaufsverpflichteten und Erstkäufer stecken den Rahmen für

die realisierbaren Vertragsbedingungen des Grundstückserwerbs ab. Zu diesen ausgehandelten Bedingungen soll auch der Vorkaufsberechtigte kaufen können, also nicht günstiger, aber auch nicht schlechter gestellt sein als der Erstkäufer. Das Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung bildet deshalb nach Auffassung des Senats eine wesentliche Grundlage für die hier notwendige Abgrenzung. Stehen Bestimmungen des Erstvertrages völlig außerhalb dieser für gegenseitige Verträge typischen Abhängigkeit der gegenseitigen Verpflichtungen (Synallagma), werden sie in der Regel ein „Fremdkörper“ sein. Da das Abhängigkeitsverhältnis dadurch gekennzeichnet ist, daß jeder Vertragspartner seine Leistung um der anderen willen verspricht und davon ausgeht, daß die Leistung des anderen der seinen (mindestens) gleichwertig ist, muß hier unter Würdigung aller Umstände geprüft werden, warum und zu wessen Vorteil eine bestimmte Vertragsklausel für die Durchführung des Erstvertrages getroffen wurde. Wird eine Vertragsgestaltung nur wegen der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts gewählt, ohne daß sie im Rahmen des Erstvertrages irgendwie geartete Vorteile für Erstkäufer oder Vorkaufsverpflichteten mit sich bringt, kann das regelmäßig dafür sprechen, daß sie mit dem eigentlichen Kauf und dem dadurch beabsichtigten Erwerbsvorgang nichts mehr zu tun hat.

2. So liegt es hier. Die Klägerin hat selbst vorgetragen, die Verpflichtung der Erstkäuferin zur Zahlung der Projektierungsgebühr sei entfallen, weil wegen Nichterwerb des Grundstücks Fondsanteile nicht aufgelegt worden seien. Gerade weil sie mit der Ausübung des Vorkaufsrechts habe rechnen müssen, sei die Klausel nach § 7 Abs. 11 in den Kaufvertrag aufgenommen worden, um zu gewährleisten, daß sie ihre Ansprüche gegen die Beklagte geltend machen könne.

Entgegen der Auffassung der Revision verneint das Berufungsgericht zu Recht für den Fall der Nichtausübung des Vorkaufsrechts ein irgendwie geartetes Interesse der Beteiligten an der hier einschlägigen Vertragsklausel. Was die Erstkäuferin anlangt, so kommt es nicht darauf an, daß sie der Klägerin eine Projektierungsgebühr schuldet und „diese Verpflichtung bei Ausübung des Vorkaufsrechts an die Vorkaufsberechtigte loswerden“ wollte, sondern darauf, daß die Erstkäuferin (wie auch die Klägerin) für den Fall der Nichtausübung des Vorkaufsrechts kein vernünftiges Interesse daran haben konnte und auch nicht hatte, diese Verpflichtung durch einen echten Vertrag zugunsten der Klägerin zu regeln. Die Klägerin hatte sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bis zum Vertragsabschluß mit einer formlosen Verpflichtung der Erstkäuferin begnügt. Diese war der Klägerin gegenüber also ohnehin zur Zahlung verpflichtet. Durch einen echten Vertrag zugunsten Dritter änderte sich daran nichts mehr; Bedeutung sollte diese Art der Vertragsgestaltung nur noch für den Vorkaufsfall haben.

Zu Unrecht vergleicht die Revision den vorliegenden Fall mit dem einer Entscheidung des VIII. Zivilsenats zugrunde liegenden (MDR 1963, 303: vom Erstkäufer geschuldete Maklerkosten). Unabhängig davon, daß diese Entscheidung eine zwar denkbare, aber praktisch wenig wahrscheinliche Vertragsauslegung erörtert, die davon ausgeht, daß die Vertragspartner dem Makler – trotz der maklerrechtlichen Beurteilung (RGZ 157, 243, 244) – einen selbständigen Anspruch einräumen wollten (vgl. die Kritik an dieser Entscheidung des VIII. Zivilsenats in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 505 Rdnr. 5), sind die Maklerkosten mit den hier geltend gemachten Projektierungskosten nicht vergleichbar. Es mag noch angehen, den Vorkaufsberechtigten mit Maklerkosten des Erstkäufers zu belasten, weil diese zu den üblichen Erwerbskosten zählen, die regelmäßig im Kaufvertrag aufgeteilt werden. Auf diesen Gesichtspunkt stellt der VIII. Zivilsenat maßgeblich ab. Die Projektierungskosten aber sind der Erstkäuferin entstanden, weil

sie den Grundstückskauf unter allen in Betracht kommenden technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkten aus ihrer speziellen Verwendungsabsicht auf seine Eignung für einen Grundstücksfonds prüfen ließ. Mit den üblichen Erwerbskosten für ein Grundstück hat das nichts zu tun.

#### 4. BGB §§ 633, 635 (Zur Freizeichnung von der Haftung für Baumängel)

##### Zur Freizeichnung des Baurträgers von der Haftung für Baumängel in Formularverträgen.

BGH, Urteil vom 10. 7. 1980 – VII ZR 139/79 –

##### Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte zu 1 bzw. deren Rechtsvorgängerin errichtete in den Jahren 1970 bis 1972 eine größere Wohnungseigentumsanlage. Die Kläger sind die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft. Viele von ihnen haben die – im Wortlaut übereinstimmenden – Erwerbsverträge zu einer Zeit geschlossen, als der Beklagte zu 2 noch persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 1 war. Das Gemeinschaftseigentum wurde am 14. Juli 1972 abgenommen. Anfang 1975 stellten die Kläger Mängel am Dach des „Langhauses“ fest. Sie rügten dies zunächst gegenüber der von der Beklagten zu 1 eingesetzten Hausverwaltung. Mit Schreiben vom 3. November 1976 wandten sie sich dann unmittelbar an die Beklagten und teilten ihnen mit, daß unter anderem die Dachhaut Blasen geworfen habe, der Rieselbelag nicht mehr vorhanden sei und an der Attika Wasser eindringe. Außerdem verlangten sie von der Firma E., welche die Dachdeckerarbeiten ausgeführt hatte, die Beseitigung der Mängel. Hierzu sahen Sie sich veranlaßt, weil die Verträge eine Klausel enthalten, derzufolge die Beklagte zu 1 (künftig nur: die Beklagte) gegen Abtretung der ihr gegenüber Drittfirmen und Handwerkern zustehenden Gewährleistungsansprüche grundsätzlich von jeder Haftung befreit sein sollte. Hiervon ausgenommen sollten nur solche Leistungen sein, welche die Beklagte etwa selbst erbringen würde; insoweit sollten die Bestimmungen der VOB gelten. Sowohl die Beklagten als auch der Dachdecker lehnten indessen eine Gewährleistung ab. Sie beriefen sich auf Verjährung. Mit ihrer im März 1977 erhobenen Klage haben die Kläger Schadenersatz nebst Zinsen verlangt und dabei die Höhe des ihnen zu zahlenden Betrages der Bestimmung durch das Gericht überlassen, weil die Mängelbeseitigung zwar mindestens 100 000.– DM erfordern werde, die Kosten aber letztlich von dem noch unbekanntem Umfang der notwendigen Arbeiten abhängig seien. Zur Begründung haben sie behauptet, daß das Dach fehlerhaft konstruiert und die Dachpappe nicht ordnungsgemäß verschweißt worden sei. Die Freistellungsklausel greife nach ihrer Auffassung nicht ein, weil der Dachdecker sich auf Verjährung berufen habe. Die Beklagten halten die Freizeichnung dagegen für wirksam und die Ansprüche jedenfalls für verjährt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

##### Aus den Gründen:

1. Sachmängelansprüche des Erwerbers einer Eigentumswohnung, zu deren Erstellung der Veräußerer sich verpflichtet hat, richten sich nach dem Recht des Werkvertrages. Von der sich hieraus ergebenden Haftung kann der Baurträger sich zwar grundsätzlich dadurch befreien, daß er die ihm gegenüber den anderen am Bau Beteiligten zustehenden Gewährleistungsansprüche an die Erwerber abtritt. Nach gefestigter Rechtsprechung beseitigt aber eine formularmäßig in die Erwerbsverträge aufgenommenen Freizeichnung die Eigenhaftung des Veräußerers nicht in jedem Falle. Die Haftung ist vielmehr nur insoweit abbedungen, als der Erwerber sich aus den abgetretenen Ansprüchen auch tatsächlich schadlos halten kann. Das Risiko, daß die Schadloshaltung fehlschlägt, bleibt bei dem Veräußerer (zuletzt Senatsurteil NJW 1980, 282, 283, m. N.).

2. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Es meint aber, hier könne offen bleiben, ob das Dach Konstruktions- und/oder Ausführungsmängel aufweise. Auch wenn die Kläger sich nicht mehr bei dem Dachdecker schadlos halten könnten, weil dieser sich auf Verjährung berufe, scheidet die Haftung der Beklagten aus. Die Beklagte zu 1 habe nämlich ihre eigene Verpflichtung zur Gewährleistung auf solche Ansprüche beschränken dürfen, die ihr

selbst gegenüber den am Bauvorhaben beteiligten Firmen und Handwerkern zugestanden hätten. Seien diese Ansprüche nicht durchsetzbar, weil die Mängel erst nach Ablauf der mit den jeweiligen Unternehmen vereinbarten Verjährungsfrist erkannt worden seien, so lebe die zunächst abbedungene Haftung des Baurträgers nicht wieder auf. Da die Kläger die Beklagte erst nach Ablauf der Verjährungsfrist zur Auskunfterteilung aufgefordert hätten, kämen auch sonstige Ansprüche nicht in Betracht.

3. Damit verkennt das Berufungsgericht die berenzte Reichweite der von der Beklagten verwendeten Freizeichnungsklausel.

Ansprüche, die ihr infolge fehlerhafter Planung zugestanden haben könnten, hat die Beklagte danach nicht abgetreten. Bei der für Formularverträge ebenso wie für Allgemeine Geschäftsbedingungen gebotenen engen Auslegung können die hierfür in erster Linie verantwortlichen Architekten und Ingenieure weder als „Drittfirmen“ noch als „Handwerker“ angesehen werden (BGHZ 79, 389, 392). Die Möglichkeit, daß die Kläger sich bei jener Mängelursache aufgrund der Abtretung hätten schadlos halten können, scheidet deshalb von vornherein aus. Darauf hat der Senat bereits wiederholt hingewiesen (WM 1975, 409 m. N. und WM 1978, 951; vgl. auch *Reithmann/Brych/Manhart, Kauf vom Baurträger*, 3 Aufl., Rdnr. 98). Für Planungsfehler hat die Beklagte daher – ähnlich einem Architekten (Senatsurteil vom 27. Februar 1975 = WM 1975, 633) – gemäß § 635 BGB selbst einzustehen (Senatsurteile aaO; für die Baubetreuung vgl. auch BGHZ 70, 187, 190).

4. Nach dem bisherigen Vortrag der Parteien hätte das Berufungsgericht daher die Frage, ob die von den Klägern beanstandeten Mängel auf Konstruktions- und/oder Ausführungsfehler zurückzuführen seien, nur offen lassen dürfen, wenn die Beklagte auch für Planungsfehler nach Maßgabe der VOB zu haften hätte. Nur dann wären nämlich die mit solchen Mängeln begründeten Ansprüche ebenso gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B (1952) verjährt, wie dies für die Ansprüche aus Bauleistungen der „Drittfirmen“ und „Handwerker“ zutreffen würde, sofern die Beklagte mit diesen Unternehmen allein die Geltung der VOB, nicht auch die Gewährleistung nach BGB vereinbart hätte. Ist auch im Revisionsverfahren noch von der ausschließlichen Geltung der VOB für Bauleistungen auszugehen, so haben die Parteien eine entsprechende Regelung für die Architektenleistungen doch nicht getroffen. In den Verträgen ist zwar vorgesehen, daß die Beklagte für etwa von ihr erbrachte eigene Leistungen nach den Bestimmungen der VOB haften solle. Hiermit sind aber ersichtlich nur Leistungen gemeint, die auch von „Drittfirmen“ oder „Handwerkern“ hätten ausgeführt werden können. Die Beklagten haben das nicht anders verstanden. Ob vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes die Haftung für Architektenleistungen gemäß § 13 VOB/B vereinbart werden konnte, braucht deshalb nicht erörtert zu werden. Wenn Sie nicht nur für Bauleistungen gelten sollte, hätte dies jedenfalls ausdrücklich erklärt werden müssen. Das ist nicht geschehen. Soweit die Kläger ihren Anspruch auf mangelhafte Planung stützen können, gilt mithin die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB. Den Ablauf dieser Frist haben sie mit der Klageerhebung rechtzeitig unterbrochen. Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob die von den Klägern gerügten Mängel auf Konstruktionsfehlern beruhen.

#### 5. BGB § 313 (Zur Beurkundungspflicht eines Bauvertrages über ein Fertighaus)

Zur Frage, wann ein Bauvertrag notariell beurkundet werden muß, weil er mit dem in Aussicht genommenen Grundstückserwerb eine rechtliche Einheit bildet (Abgrenzung zu BGHZ 76, 43 = *MittBayNot* 80, 62).

BGH, Urteil vom 6.11.1980 – VII ZR 12/80 –

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist ein größeres Unternehmen, das sich mit der schlüsselfertigen Herstellung von Häusern befaßt. Ende April 1976 bot sie in einer Zeitungsanzeige unter ihrer Firma „1/2 Doppelhaus“ in N. mit einem hierauf entfallenden Grundstücksanteil von 350 qm für 185 000 DM an. Der Beklagte unterschrieb am 11. August 1976 ein Formular, in dem er die Klägerin mit der Anfertigung der Bauzeichnungen und dem Bau eines halben Doppelhauses beauftragte. Unter Berücksichtigung einiger Mehr- und Minderleistungen sollte er einen Festpreis von 140 465 DM, und zwar in vom Baufortschritt abhängigen Raten zahlen. Die Klägerin bestätigte die Annahme des Auftrags mit Schreiben vom 20. August 1976.

Für den Erwerb des zu bebauenden Grundstücks war ein besonderer Vertrag vorgesehen. Eigentümer dieses Grundstücks war der Filialeiter der Klägerin. Mit Schreiben vom 17. September 1976 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß der Kaufvertrag über das für ihn reservierte Grundstück am 23. oder 24. September von einem bestimmten Notar beurkundet werden sollte. Der Beklagte erschien dort jedoch nicht. Nachdem die Klägerin ihn zur Zahlung der bei Annahme des „Haus-Auftrags“ fällig gewordenen ersten Rate von 5% des Festpreises, also in Höhe von 7023,25 DM, erinnert hatte, erwiderte er, daß das Bauvorhaben für ihn „nicht mehr existent“ sei. Unter Hinweis auf ihre Allgemeinen Vertragsbedingungen verlangt die Klägerin jetzt die 7023,25 DM nebst Zinsen als „Abstandssumme für geleistete Vorarbeiten“. Der Beklagte hält den Bauvertrag für nichtig.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen

Das Berufungsgericht versagt der Klägerin etwaige Ansprüche schon deshalb, weil der nur privatschriftlich geschlossene Bauvertrag nach § 125 BGB nichtig sei. Für das Grundstück, auf dem die vom Beklagten bestellte Hälfte des Doppelhauses gebaut werden sollte, sei zwar ein gesonderter, von einem Notar zu beurkundender Kaufvertrag vorgesehen gewesen. Der Erwerb des Grundstücks habe aber nach den hier maßgeblichen Umständen trotz äußerlicher Trennung der Verträge inhaltlich bereits zum Bauvertrag gehört, so daß auch dieser Vertrag nach § 313 BGB hätte beurkundet werden müssen.

Das ist nicht zu beanstanden. Was die Revision dem entgegenhält, greift nicht durch.

1. In BGHZ 76, 43 = MittBayNot 1980, 62 hat der Senat allerdings einen privatschriftlichen „Bauwerksvertrag“ über ein Fertighaus als rechtswirksam behandelt, obwohl die Auftraggeber sich auch in jenem Fall das Grundstück, auf dem das Fertighaus errichtet werden sollte, noch verschaffen mußten. Der Senat hat damals zunächst darauf abgestellt, daß die „Bauherren“ sich in dem Verträge weder unmittelbar noch mittelbar zum Erwerb des für das Fertighaus vorgesehenen Grundstücks verpflichtet hatten. Dabei hat er darauf hingewiesen, daß eine etwaige Verpflichtung zum Schadenersatz als beachtlicher „mittelbarer Zwang“ zum Grundstückserwerb nicht anerkannt werden könne. Wer in der Erwartung, demnächst ein bestimmtes Grundstück erwerben zu können, Verträge im Hinblick auf dieses Grundstück abschließen, handele auf eigenes Risiko, wenn sich seine Erwartung zum Grundstückserwerb – gleich aus welchem Grunde – nicht erfülle (a.a.O. S. 47 mit Nachw.; dazu Schmidt, ZfBR 1980, 170 ff). Sodann hat der Senat damals geprüft, ob Bauvertrag und in Aussicht genommener Grundstückserwerb in jenem Falle nach dem Willen der Vertragsparteien eine rechtliche, also nicht nur eine tatsächliche oder wirtschaftliche Einheit bilden sollten und deshalb der vollständigen Beurkundung bedurften. Er hat diese Frage unter Würdigung der dort gegebenen Umstände verneint (a.a.O. S. 48 f).

2. Hier ist es anders. Zwar enthält der Bauvertrag ebensowenig wie in jenem Falle eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung zum Grundstückserwerb; daß er dazu aufgrund „mittelbaren Zwanges“ genötigt werde, hat der Beklagte denn auch nicht vorgebracht. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht aber an, daß hier der Erwerb des für die Bebauung bestimmten Grundstücks bereits in die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen der

Parteien einbezogen war, Bauvertrag und Grundstücksvertrag mithin rechtlich eine Einheit bilden sollten.

a) Bauvertrag und Grundstückserwerbsvertrag stehen in rechtlichem Zusammenhang, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Beteiligten derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich ist, daß an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind (Senatsurteil a.a.O. S. 49 mit Nachw.). Die Niederlegung mehrerer selbständiger Verträge in verschiedenen Urkunden begründet zwar die Vermutung, daß die Verträge nicht in rechtlichem Zusammenhang stehen sollen. Auch daß ein Haus nicht ohne Grundstück errichtet werden kann, vermag den rechtlichen Zusammenhang nicht ohne weiteres zu begründen. Ausschlaggebend ist aber der Verknüpfungswille der Beteiligten (Senatsurteil a.a.O. S. 49).

b) Ob ein beurkundungsbedürftiges einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, hat im Einzelfall der Tatrichter zu entscheiden (BGH, Urt. v. 30. April 1976 – V ZR 129/74 = DNotZ 1976, 683, 684 mit Nachw.; Senatsurteil a.a.O.). Anders als in der Sache BGHZ 76, 43 = MittBayNot 80, 62 (in welcher der Senat die Prüfung selbst vornehmen konnte, weil alle insoweit maßgeblichen Umstände streitig waren) ist das hier auch geschehen. Das Ergebnis dieser tatrichterlichen Würdigung muß die Revision hinnehmen.

aa) Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß bei getrennt abzuschließenden Verträgen eine tatsächliche Vermutung für die rechtliche Selbständigkeit der jeweiligen Vereinbarungen spricht. Es sieht aber diese Vermutung als durch die besonderen Umstände des Falles widerlegt an. Die Anzeige der Klägerin habe sich nämlich nicht nur auf eine Doppelhaushälfte, sondern auch auf ein ganz bestimmtes dafür vorgesehenes Grundstück bezogen. Der dort angegebene Preis von 185 000 DM habe demgemäß die Gesamtkosten für Haus und Grundstück umfaßt. Eben dieses in der Anzeige erwähnte Grundstück habe der Beklagte mit dem Haus erwerben wollen und sollen. Eigentümer eines anderen Baugrundstücks sei er nicht gewesen. Er habe auch kein anderes in Aussicht gehabt. Im Bauvertrag sei das Grundstück, das dem Filialeiter der Klägerin gehört habe, denn auch schon katastermäßig bezeichnet gewesen. Vor allem aber sei hier entscheidend, daß das Grundstück mit einer Doppelhaushälfte bebaut werden sollte, die „an die andere Hälfte gekettet“ gewesen sei.

bb) Es kann dahinstehen, ob der Wille der Parteien zur rechtlichen Verknüpfung von Bauvertrag und Grundstückserwerb auch damit zu begründen ist, daß das Grundstück im Eigentum eines Angestellten der Klägerin stand und deren Planung sich allein auf dieses bestimmte, im Bauvertrag katastermäßig bezeichnete Grundstück bezog. Die Klägerin hatte jedenfalls mit ihrer Zeitungsanzeige den sicheren Eindruck erweckt und auch erwecken wollen, daß sie den Bauwilligen auch das für die Errichtung des Hauses erforderliche Grundstück verschaffen werde. Sie wußte, daß der Beklagte Haus und Grundstück erwerben wollte, für ihn also ein Vertrag nur über die Errichtung einer Doppelhaushälfte ohne Grundstück nicht in Betracht kam. Auf dieser Grundlage haben die Parteien verhandelt. Dabei war – ohne daß dies einer Hervorhebung bedurft hätte – für die Beteiligten selbstverständlich, daß die Klägerin ihrerseits den Erwerb des Grundstücks nur vermitteln wollte, wenn die Durchführung des Bauvertrages gewährleistet war. Mangels besonderer Abreden sollten daher nach dem Willen beider Parteien Bauvertrag und Grundstückserwerb „miteinander stehen und fallen“.

cc) Irgendwelche die rechtliche Selbständigkeit von Bauvertrag und Grundstückserwerb ermöglichende Sondervereinbarungen, wie sie z. B. in der Sache BGHZ 76, 43 = MittBayNot 80, 62 auf

Verlangen der Interessenten in Gestalt eines Rücktrittsrechts für den Fall getroffen waren, daß der Grundstückserwerb scheitern sollte, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Es ist nicht zu beanstanden, daß es die Hinweise der Klägerin auf einzelne Bestimmungen des Bauvertrages, aus denen sich dessen rechtliche Unabhängigkeit vom Grundstückserwerb ergeben soll, für unbeachtlich hält. Es heißt dort zwar unter der Überschrift „Festpreis“, die Festpreisbindung bleibe unverändert bestehen, sofern die den Bauherren obliegenden Voraussetzungen für die Baudurchführung erbracht worden seien; es würden neben einem baureifen Bauplatz eine aufgabenfreie Genehmigung des vorbereiteten Bauantrags und die Finanzierungssicherstellung des Bauvorhabens benötigt. Diese Klausel lag aber, wie das Berufungsgericht ausführt, in den hier entscheidenden Punkten neben der Sache: Die Planung – und damit die aufgabenfreie Genehmigung des vorbereiteten Bauantrags – war unstrittig Aufgabe der Klägerin. Daß der Beklagte ein baureifes Grundstück nicht selbst zur Verfügung zu stellen brauchte, ergab sich aus der Anzeige. Sollte die Klägerin dagegen hierin eine Grundstücksverschaffungspflicht des Beklagten für den Fall erblicken, daß er noch nicht Eigentümer des betreffenden Baugrundstücks war, so wäre damit die rechtliche Verknüpfung von Bauvertrag und Grundstückserwerb nur noch verstärkt. Entsprechendes gilt für die unter der Überschrift „Bauherrenleistungen“ aufgeführte Klausel, daß die Bauherren berechtigt seien, das Fertighaus auf einem anderen Bauplatz errichten zu lassen, wenn eine Bauausführung auf dem (zunächst in Aussicht genommenen) Grundstück „in keiner Weise möglich“ sei. Auch diese Alternative hatte nach den gegebenen Umständen von vornherein auszuscheiden.

Entgegen der Ansicht der Revision ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den von der Klägerin eingesetzten „Verkaufsmitarbeiter“ N. nicht als Zeugen vernommen hat. Die Klägerin hatte zwar N. auch zum Beweis dafür benannt, daß der Beklagte bei den Verhandlungen auf die Unabhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstückserwerb hingewiesen worden sei. Das war aber nach Lage der Dinge nichts weiter als eine von der geschäftserfahrenen Klägerin gewünschte Rechtsfolge, die mit den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere mit der bereits dargelegten, insoweit von beiden Parteien gewollten Abhängigkeit unvereinbar ist.

3. Da der Bauvertrag nach alledem zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung bedurft hätte, ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

#### 6. BGB §§ 1090 Abs. 1, 1091 (Zum Inhalt einer Dienstbarkeit)

**Für die Wirksamkeit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit genügt jedes schutzwürdige eigene oder fremde Interesse. Als zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit kann deshalb eine Duldungsverpflichtung vereinbart werden, die dahingehend eingeschränkt ist, daß sie nicht dem Berechtigten selbst sondern vielmehr einem Dritten zugute kommt.**

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Traunstein, Beschluß vom 29. 7. 1980 – 4 T 1559/80 – mitgeteilt von Notar *Dr. Helmut Wimer*, Burghausen

#### Aus dem Tatbestand:

Im Grundbuch ist am Grundstück Fl. Nr. 401 der Gemarkung T. unter der laufenden Nr. 4 der 2. Abteilung als Grunddienstbarkeit ein Geh- und Fahrrecht für die jeweiligen Eigentümer von 2186/16 der Gemarkung T. eingetragen.

Mit beglaubigter Urkunde vom 29. 1. 1980 verpflichtete sich der Beteiligte zu 2) auch mit Wirkung für seine Besitz- und Rechtsnachfolger gegenüber der Stadt T. u. a. die Benützung seines Grundstücks als Geh- und Fahrfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flurstück-Nr. 2186/16

zu dulden, wobei die Ausübungsflächen denen der schon eingetragenen Grunddienstbarkeit entsprechen.

Der Beteiligte zu 2) bestellte für die Stadt T. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligte und beantragte die Eintragung im Grundbuch. Mit Zwischenverfügung vom 9. 4. 1980 rügt das Grundbuchamt, daß eine derartige beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht möglich sei, da gemäß § 1090 Abs. 1 BGB derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, auch der Berechtigte sein muß. Es bestehe zwar die Möglichkeit, eine derartige Dienstbarkeit für eine Gemeinde zu bestellen, wobei die Vorteile den Gemeinemitgliedern zugute kommen, hier sei jedoch der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flurstück Nr. 2186/16 der Begünstigte.

Das Grundbuchamt verlangte eine Klarstellung der Dienstbarkeit.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Erinnerung des Notars, Grundbuchrichtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab.

#### Aus den Gründen:

Die unbefristete Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist statthaft gemäß § 71 GBO.

Das Rechtsmittel hat auch Erfolg.

Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit ist die Belastung eines Grundstückes zugunsten einer Person, wodurch dieser das Recht, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen oder eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Sie weist somit die wesentlichen Merkmale einer Grunddienstbarkeit auf mit dem Unterschied, daß als Rechtsträger eine Person ohne Beziehung zu einem herrschenden Grundstück in Betracht kommt (*Staudinger*, 12. Aufl., Rdnr. 1 zu § 1090 BGB).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Aus der Urkunde vom 29. 1. 1980 geht zweifelsfrei hervor, daß sich der Grundeigentümer gegenüber der Stadt T. verpflichtet, die Benützung seines Grundstückes als Geh- und Fahrfläche zu dulden. An dieser Rechtsbeziehung zwischen den beiden Beteiligten ändert auch der Umstand nichts, daß die Duldungsverpflichtung dahingehend eingeschränkt ist, daß die Geh- und Fahrflächen lediglich dem jeweiligen Eigentümer von Flurstück Nr. 2186/16 zugute kommen sollen. Allerdings besteht dieser dauernde Vorteil nicht unmittelbar zugunsten der Beteiligten zu 1), sondern zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flurstück Nr. 2186/16. Dies macht die beschränkte persönliche Dienstbarkeit aber nicht unwirksam, da der Inhaber des Rechts auch das Interesse anderer Personen durch die Dienstbarkeit wahrnehmen kann. Es genügt für die Wirksamkeit der Dienstbarkeit jedes schutzwürdige eigene oder fremde Interesse, das nicht vermögenswerter Natur zu sein braucht. Dieser Auffassung steht die Bezeichnung beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht entgegen, da hier nur der Gegensatz zur Grunddienstbarkeit in der Wahl des Ausdrucks hervorgehoben werden soll. Es besagt auch nichts für die Notwendigkeit eines eigenen Interesses des Rechtsinhabers, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht übertragbar ist und ihre Ausübung (mit der in § 1092 Abs. 2 BGB zugelassenen Ausnahme) einem anderen nicht ohne die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks überlassen werden kann; denn die Geltendmachung des Rechts muß auch bei der Bestellung für fremde Interessen immer durch den Rechtsinhaber selbst erfolgen. Auch ist bei der Bestimmung der Unübertragbarkeit und der Zustimmungsbedürftigkeit für die Ausübung durch einen anderen offenbar in erster Linie an den Fall der Benutzung gedacht, z.B. beim Wohnrecht, wo in der Tat es von entscheidender Bedeutung für den Eigentümer des belasteten Grundstücks sein kann, wer die Benutzung vornimmt. Die Möglichkeit, daß die aus der Dienstbarkeit fließenden Vorteile bei juristischen Personen auch anderen Personen als Dienstbarkeitsberechtigten zufließen, ist für öffentliche Körperschaften bereits seit langem anerkannt (*Staudinger*, 12. Aufl., Rdnr. 4 zu § 1091 BGB). Daß die Wahrnehmung und der Schutz der erlaubten Interessen Dritter

nach der Rechtsordnung ein zulässiger Zweck ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Es handelt sich auch nicht etwa um einen echten dinglichen Vertrag zugunsten Dritter, der dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd ist, da ein Recht für den begünstigten Eigentümer des Grundstücks Flurstück Nr. 2186/16 nicht begründet wird, sondern lediglich eine Schutzwirkung zu seinen Gunsten vorliegt.

Auch dem § 1091 BGB ist nicht zu entnehmen, daß die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht bloß einen Vorteil für den Berechtigten selbst bieten, sondern sogar seinem persönlichen Bedürfnis dienen müsse; insoweit handelt es sich nur um eine Auslegungsregel. Es ist daher nicht einzusehen, warum eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht allein oder im wesentlichen für fremde Bedürfnisse oder auch Interessen Dritter bestellt werden kann, deren sich der Dienstbarkeitsberechtigte annehmen will (BGHZ 41, S. 209/212 ff.).

#### 7. BGB §§ 1018, 1090 (Zum Inhalt einer Dienstbarkeit)

**Das Verbot, ein zu errichtendes Wohnhaus durch andere Personen als den Inhaber eines bestimmten landwirtschaftlichen Betriebs und dessen Familien- oder Betriebsangehörige zu Wohnzwecken zu nutzen, sowie das Gebot, bei Auseinanderfallen des Eigentums am Wohnhaus und am landwirtschaftlichen Betrieb das Wohnhaus dem Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs unentgeltlich auf Dauer zu Wohnzwecken zur Verfügung zu stellen, können nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (hier: zugunsten der öffentlichen Hand) sein.**

BayObLG, Beschluß vom 31. 7. 1980 – BReg. 2 Z 41/80 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1), die Ehegatten H., sind Eigentümer des Flurstücks Fl. Nr. 514 der Gemarkung W.

2. In Abschnitt II der Urkunde des Notars G. vom 7. 2. 1980 heißt es: „Die Ehegatten Ludwig und Franziska H. als Eigentümer übernehmen mit Wirkung gegen ihre Rechtsnachfolger gegenüber dem Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt B. folgende Verpflichtungen:

„Die jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 514 Gemarkung W. sind verpflichtet, jede Nutzung des neu zu errichtenden Wohnhauses mit Altenteil zu unterlassen, die dem entgegensteht, daß dieses Wohnhaus dem landwirtschaftlichen Betrieb W. Hs.-Nr. 3 stets dient. Das Wohnhaus muß also immer dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes W. Hs.-Nr. 3, dessen Familie oder dessen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern zu Wohnzwecken zur Verfügung stehen. Dies gilt auch, wenn aus irgendwelchen Gründen, z. B. infolge einer Veräußerung oder im Wege des Erbgangs das Eigentum an dem Wohnhaus mit Umgriff und die rechtliche Inhaberschaft an dem landwirtschaftlichen Betrieb W. Hs.-Nr. 3 auseinanderfallen.

In einem solchen Fall hat der Eigentümer des Wohnhauses sich jeder eigenen Nutzung zu enthalten und das Wohnhaus mit Umgriff unentgeltlich dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes, seiner Familie oder seinen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern auf Dauer zu Wohnzwecken zur Verfügung zu stellen.“

Zur Sicherung dieser Verpflichtungen wurde zugunsten des Beteiligten zu 2) – Freistaat Bayern, vertreten durch das Landratsamt B. – eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt und von den Beteiligten zu 1) deren Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt.

Diesen vom Urkundsnotar gemäß § 15 GBO eingereichten Eintragungsantrag wies der Rechtspfleger mit Beschluß vom 12. 2. 1980 zurück.

3. Gegen den Beschluß vom 12. 2. 1980 richtete sich die vom Urkundsnotar im Namen der Beteiligten zu 1) eingelegte Erinnerung.

Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab.

Mit Beschluß vom 5. 5. 1980 wies das Landgericht die Beschwerde als unbegründet zurück. Mit der im Namen der Beteiligten zu 1) hiergegen eingelegten weiteren Beschwerde verfolgt der Urkundsnotar den Eintragungsantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist jedenfalls im Ergebnis nicht begründet.

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann mit dem vorgesehenen Inhalt nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

1. a) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nach § 1090 Abs. 1 BGB die Belastung eines Grundstücks in der Weise, daß der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen kann oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Wenn auch (arg. § 1090 Abs. 2 BGB) § 1019 BGB auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht anwendbar ist, so daß für deren Zulässigkeit jeder rechtsschutzwürdige, mit Mitteln des Privatrechts verfolgte Zweck (Vorteil) genügt (RGZ 111, 384/392; 159, 193/197 f.; BGHZ 41, 209/211, 213; BayObLGZ 1965, 180/182), so richtet sich doch der Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit danach, was gemäß § 1018 BGB Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann (Soergel BGB 11. Aufl. Rdnr. 4, Staudinger BGB 12. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 1090). Auf dem Gebiet des Sachenrechts ist die Gestaltungsfreiheit weitgehend ausgeschlossen; denn durch das Gesetz wird nicht nur die Zahl der dinglichen Rechte erschöpfend bestimmt, sondern auch ihr Inhalt grundsätzlich zwingend vorgeschrieben (BayObLGZ 1964, 1/3; 1967, 275/277; Horber GBO 15. Aufl. Grundz. 6 Ca. vor § 13). Demnach kann nur das, was auch den Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bilden kann, (zulässiger) Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein (BayObLGZ 1965, 180/181; 1952, 287; BGB-RGRK 12. Aufl. § 1090 Rdnr. 7; Wolff/Raiser Sachenrecht 10. Aufl. § 112 I).

b) Nach § 1018 BGB kann eine Grunddienstbarkeit nur einen dreifachen Inhalt haben, nämlich, daß der Berechtigte das belastete Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, daß auf dem belasteten Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt. Von diesen drei Alternativen kommt hier von vornherein nur die zweite, nämlich die Nichtvornahme gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstück, in Betracht.

Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann nur in einem Dulden oder Unterlassen seitens des Eigentümers des belasteten Grundstücks bestehen; positives (aktives) Tun des Eigentümers kann dagegen – weder unmittelbar noch mittelbar durch Ausschluß sämtlicher anderer Möglichkeiten – nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein (BayObLGZ 1976, 218/222 f.; BayObLG MittBayNot 1978, 213 und 1980, 70). Wenn nach § 1018 2. Alternative BGB „auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen“, so ist damit eine Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers gemeint. Handlungen in diesem Sinn sind tatsächliche Maßnahmen, die dem Grundstückseigentümer an sich erlaubt sind als Ausfluß des sich aus § 903 BGB ergebenden Rechts, mit dem Grundstück, soweit nicht Gesetze oder Rechte Dritter entgegenstehen, beliebig zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Die dem Grundstückseigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muß daher auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein; sie darf nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten (BGHZ 29, 244/248 f. m. Nachw.; BayObLG Rpfleger 1980, 150/151; Staudinger § 1018 Rdnr. 47; Hub Der Inhalt von Dienstbarkeiten 1966 S. 49 ff./51). Dabei muß sich ein Verbot von Handlungen, das als Inhalt einer Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen werden soll, auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken,

also eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge haben (BGHZ 29, 244/250; BGH NJW 1962, 486 f.; BayObLGZ 1952, 287/288; 1953, 295/299; OLG Düsseldorf NJW 1961, 176/177; *Hub* S. 55 m. Nachw.). Dies bedeutet zwar nicht, daß sich das Grundstück selbst in seinem sachlichen Bestand ändern müßte (BGH a. a. O.); erforderlich ist aber, daß die Vornahme der hiernach verbotenen Handlung eine andere tatsächliche Art der Benutzung darstellen würde, als dies bei den weiterhin zulässigen Handlungen der Fall wäre.

2. Diesen Grundsätzen wird die zur Eintragung beantragte beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht gerecht.

a) Anlaß für die Bestellung der Dienstbarkeit ist es hier, zu gewährleisten, daß die Zweckbestimmung für den geplanten Neubau des Wohnhauses, in unmittelbarem Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Betrieb zu stehen und auf Dauer zu dienen, unverändert fortbesteht. Hierzu sollen sich die Grundstückseigentümer verpflichten, jede Nutzung des Wohnhauses zu unterlassen, die darauf hinausläuft, daß dieses nicht dem Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs, seiner Familie oder seinen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern zu Wohnzwecken zur Verfügung steht. Falls aus irgendwelchen Gründen, insbesondere durch Veräußerung oder Erbgang, das Eigentum an dem Wohnhaus und die Inhaberschaft an dem landwirtschaftlichen Betrieb auseinanderfallen, hat sich der Eigentümer des Wohnhauses jeder eigenen Nutzung zu enthalten und das Wohnhaus dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs auf Dauer zu Wohnzwecken zur Verfügung zu stellen.

b) Diese Verpflichtungen können nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

aa) Soweit das Gebot in Frage steht, jede Nutzung des Wohnhauses zu unterlassen, die nicht in einer Bewohnung durch den Inhaber des landwirtschaftlichen Anwesens, seine Familie oder seine Arbeitnehmer besteht, fehlt es an einer Änderung in der tatsächlichen Art der Benutzung des Grundstücks. Das auf dem Grundstück zu errichtende Wohnhaus dient seinem Wesen nach zu Wohnzwecken. An dieser tatsächlichen Art der Benutzung ändert sich nichts dadurch, daß es nicht von dem in der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde im einzelnen beschriebenen, bestimmten Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs und (oder) dessen Familien- oder Betriebsangehörigen, sondern von einem Dritten bewohnt wird.

Ob der Auffassung des Reichsgerichts (RGZ 111, 384/396), aus der Pflicht zur Überlassung eines mit einer Landarbeiterwohnung bebauten Grundstücks ausschließlich an „deutschstämmige Landarbeiterfamilien“ folge ein anderer Verkehrscharakter des Anwesens, also eine andere Art der Benutzung und Unterhaltung, nach der zwischenzeitlichen Entwicklung der Wohnverhältnisse auch in rein landwirtschaftlichen Gebieten heute noch gefolgt werden könnte, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Im vorliegenden Fall soll das zu errichtende Wohnhaus nicht irgendwelchen näher beschriebenen, in der Landwirtschaft tätigen Personen zu Wohnzwecken zur Verfügung stehen; vielmehr soll es auf Dauer nur von dem Inhaber eines bestimmten landwirtschaftlichen Betriebs (und dessen Familien- und Betriebsangehörigen) bewohnt werden. In der tatsächlichen Art der Benutzung des Grundstücks macht es aber keinen Unterschied, ob der Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs W. Hs. Nr. 3 oder etwa – das soll nach der Dienstbarkeit ebenfalls ausgeschlossen sein – der Inhaber eines benachbarten landwirtschaftlichen Betriebs (oder dessen Angehörige usw.) das Haus bewohnt. Da es jedenfalls schon insoweit an einer unterschiedlichen Benutzung des Grundstücks fehlen würde, bedarf es keiner weiteren Untersuchung, ob nicht auch schon das Wohnen jedes beliebigen Dritten auf dem belasteten Grundstück dessen tatsächliche Benutzung nicht ändern würde. Wegen dieser anderen Fallgestaltung bedarf es daher

nicht der Vorlage der Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 79 Abs. 2 GBO. Ein Verbot, die Benutzungsart selbst zu ändern (etwa eine Benutzung zu gewerblichen Zwecken), ist ebensowenig Gegenstand der Verpflichtung wie ein Verbot tatsächlich verändernder (Bau-)Maßnahmen am Grundstück (Wohnhaus) selbst.

Im übrigen hat die Rechtsprechung in dem mit dem vorliegenden Fall insoweit vergleichbaren Verbot, andere Waren als die eines bestimmten Herstellers auf dem Grundstück zu vertreiben, regelmäßig keine Änderung in der tatsächlichen Benutzung des Grundstücks gesehen, vielmehr angenommen, praktisch werde hierdurch nur im Wege einer unzulässigen Umgehung des Gesetzes in die rechtliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers eingegriffen (vgl. BGHZ 29, 244/250; BGH NJW 1962; 486 f. und Rpfleger 1975, 171; BayObLGZ 1952, 287/288, 1953, 295/298 ff.; BayObLG DNotZ 1972, 350/353 f.; weit. Nachw. bei *Haegele* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 533).

bb) Soweit auch der Erwerber (oder auch der Erbe) verpflichtet sein soll, sich jeder eigenen Nutzung zu enthalten und das Wohnhaus dem Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs unentgeltlich zu Wohnzwecken zur Verfügung zu stellen, erscheint die zur Eintragung beantragte beschränkte persönliche Dienstbarkeit schon aus dem Gesichtspunkt der umfassenden Nutzungsbeziehung durch den Begünstigten unzulässig. Für § 1018 1. Alternative BGB ist anerkannt, die Möglichkeit der Benutzung des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“ dürfe nicht dazu führen, daß für den Eigentümer jede andere Art der Nutzung praktisch ausgeschlossen ist (BayObLGZ 1965, 180/181; BayObLG Rpfleger 1980, 150/151; *Soergel* Rdnr. 12, BGB-RGRK Rdnrn. 22, 23, je zu § 1018). Dies wird – aus dem Verbot der Vornahme „gewisser“ Handlungen – entsprechend auch für § 1018 2. Alternative BGB vertreten (*Soergel* Rdnr. 22, *Erman* BGB 6. Aufl. Rdnr. 16, *Palandt* BGB 39. Aufl. Anm. 6a, je zu § 1018). Welche Art der Nutzung dem Eigentümer noch verbleiben soll, ist nicht ersichtlich, da er nicht zu dem berechtigten Personenkreis gehört, das Haus nicht selbst bewohnen oder vermieten darf, sondern zu dessen unentgeltlicher Überlassung an einen Angehörigen des berechtigten Personenkreises verpflichtet sein soll.

Insoweit wäre die Eintragung einer Dienstbarkeit auch unter dem Gesichtspunkt unzulässig, daß die Verpflichtung der unentgeltlichen dauernden Überlassung zu Wohnzwecken nicht die Unterlassung gewisser Handlungen auf dem Grundstück (§ 1018 2. Alternative BGB) betrifft, sondern in Form der Verpflichtung zu einem bestimmten Tun in die Verfügungsgewalt des Eigentümers über sein Grundstück eingreift. Dies kann aber – abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall der Bestellung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB – nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit und damit auch nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

3. Nach alledem können das Verbot, ein zu errichtendes Wohnhaus durch andere Personen als den Inhaber eines bestimmten landwirtschaftlichen Betriebs und dessen Familien- oder Betriebsangehörige zu Wohnzwecken zu nutzen, sowie das Gebot, bei Auseinanderfallen des Eigentums am Wohnhaus und am landwirtschaftlichen Betrieb, das Wohnhaus dem Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs unentgeltlich auf Dauer zu Wohnzwecken zur Verfügung zu stellen, nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein (ebenso *KEHE* Einl. O 28; *Staudinger* § 1018 Rdnr. 48; letzterem zustimmend *Schöner MittBayNot* 1980, 60/61). Der Rechtspfleger hat ihre Eintragung in das Grundbuch mithin jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

8. GBO § 53 Abs. 1, § 78 BGB § 874, § 1018 (Zur Unzulässigkeit einer Dienstbarkeit)

**1. Die inhaltliche Unzulässigkeit einer Grundbucheintragung (als Voraussetzung einer Amtslöschung) muß sich aus dem Eintragungsvermerk selbst (und) oder der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben.**

**2. Selbständige Auslegung von Grundbucheintragungen durch das Rechtsbeschwerdegericht.**

**3. Im Eintragungsvermerk selbst genügt schlagwortartige Darstellung des Inhalts einer Dienstbarkeit.**

**4. Zur Auslegung eines „Wohnungsbesetzungsrechts“.**

**5. Voraussetzung eines Amtswiderspruchs.**

BayObLG, Beschluß vom 29. 9. 1980 – BReg. 2 Z 63/79 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand

Der Beteiligte ist der Eigentümer zweier Wohnungen in einer Eigentumswohnanlage. Die Wohnungen sind jeweils mit einem „Wohnungsbesetzungsrecht“ zugunsten des jeweiligen Eigentümers des mit einem Hotel bebauten Nachbargrundstücks (Fist.Nr.151 der Gemarkung B.) und mit einem „Wohnungsbesetzungsrecht“ zugunsten des Freistaates Bayern belastet. Die Eintragungsvermerke nehmen jeweils Bezug auf die Eintragungsbewilligung vom 21. 5. 1973. Diese lautet:

„Der jeweilige Eigentümer von FINr. 151/1 ist zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers von FINr. 151 bzw. zu Gunsten des Freistaates Bayern immer verpflichtet, die in Wohnungseigentum stehenden Appartements auf FINr. 151/1 während einer Zeit von mindestens 8 Monaten im Jahr mit Hotelgästen des Hotels auf FINr. 151 gegen jeweils ortsübliche Zimmermiete auf gleichwertige Hotelzimmer zu belegen.

Die genaue Zeit und jeweilige Dauer der Belegung bestimmt der jeweilige Eigentümer von FINr. 151. Er hat sie dem Eigentümer der Appartements spätestens zu Beginn eines jeweiligen Kalenderjahres jeweils mitzuteilen.“ Mit Schreiben vom 30. 12. 1977 hat der Beteiligte beim Grundbuchamt die Eintragung von Amtswidersprüchen gegen die Wohnungsbesetzungsrechte und deren Löschung angeregt. Er hat ausgeführt, die Belastungen seien inhaltlich unzulässig, weil sie entgegen §§ 1018, 1090 BGB nicht ein Dulden oder Unterlassen, sondern ein positives Tun des Eigentümers der Appartements verlangten. Auch sei die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nicht zulässig, weil sich der Inhalt der Rechte aus der Bezeichnung „Wohnungsbesetzungsrecht“ auch nicht annähernd ergebe. Weiter fehle es an der bestimmten Bezeichnung der erlaubten und verbotenen Handlungen.

Mit Beschluß vom 11. 1. 1978 hat der Rechtspfleger des Grundbuchamts der Anregung des Beteiligten keine Folge geleistet.

Der hiergegen von dem Beteiligten eingelegten Erinnerung hat der Rechtspfleger nicht abgeholfen; der Richter hat sie für unbegründet erachtet und sie dem Landgericht vorgelegt. Mit Beschluß vom 20. 3. 1978 hat das Landgericht die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Gegen den Beschluß des Landgerichts hat der Beteiligte weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO). Sie ist jedoch unbegründet.

1. Das Landgericht hat zu Recht die Löschung der in Rede stehenden Dienstbarkeiten von Amts wegen abgelehnt.

Nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweist. Dabei muß sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst (und) oder der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (RGZ 113, 223/229; BayObLGZ 1957, 217/223 f.; 1975, 398/403; Senatsbeschluß vom 1. 8. 1978 BReg. 2 Z 75/77; Horber GBO 15.Aufl. Anm.10 A, Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann –KEHE– Grundbuchrecht 2.Aufl. GBO Rdnr. 18, je zu § 53).

Eine solche Unzulässigkeit der beanstandeten Eintragungen liegt nicht vor.

Der Inhalt der Eintragungen wird bestimmt durch den Eintragungsvermerk und die in ihm in Bezug genommene Eintragungsbewilligung vom 21. 5. 1973.

a) Der Eintragungsvermerk selbst kann nicht beanstandet werden.

Die Bezeichnung der Dienstbarkeiten in den Eintragungsvermerken als „Wohnungsbesetzungsrecht“ entspricht – wie das Landgericht zu Recht angenommen hat – den Anforderungen des § 874 BGB. Denn sie kennzeichnet wenigstens schlagwortartig den wesentlichen Inhalt der Rechte. Dies genügt (BGHZ 35, 378/382; BGB–RGRK 12.Aufl. Rdnr. 11, Erman BGB 6.Aufl. Rdnr. 2, Palandt BGB 39.Aufl. Anm. 3 b, je zu § 874; KEHE GBVfg. § 10 Rdnrn. 11, 17). Die in den Eintragungsvermerken enthaltenen Bezugnahmen auf die Eintragungsbewilligung sind deshalb wirksam.

b) Die Dienstbarkeiten sind auch nicht mit einem gesetzlich unzulässigen Inhalt eingetragen.

Sie haben – im Gegensatz zur Meinung der Rechtsbeschwerde – nicht als Hauptpflicht des Beteiligten eine unzulässige Leistung (positives Tun) zum Gegenstand (vgl. BayObLGZ 1976, 218/222 m.Nachw.; BayObLG MDR 1980, 579 f.).

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die Eintragungsbewilligung nicht eindeutig und deshalb auslegungsbedürftig ist: Einerseits ist in ihr die Rede von der Verpflichtung des Appartementeigentümers zur Belegung seines Appartements mit Hotelgästen, andererseits wird dem Eigentümer des Hotels das Recht eingeräumt, Zeit und Dauer der Belegung zu bestimmen. Die durch die zulässige Bezugnahme in den Eintragungsvermerken als Teil der Grundbucheintragungen geltende Eintragungsbewilligung hat das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen (RGZ 136, 232/234; BGHZ 37, 147/148; 59, 205/208; BayObLGZ 1978, 214/217). Dabei ist allerdings nicht – wie das Landgericht angenommen hat – der Wille des Erklärenden maßgebend, sondern es ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie sich dieser für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eintragens oder in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205/209; BayObLG a.a.O.).

Die nächstliegende Bedeutung der in der Eintragungsbewilligung getroffenen Belegungsregelung kann jedoch nur so aufgefaßt werden, daß der Appartementeigentümer die Belegung durch den Hoteleigentümer zu dulden hat. Denn nach allgemeinem Sprachgebrauch ist als „Belegung“ gerade die Tätigkeit anzusehen, die dem Eigentümer des Hotels vorbehalten ist, nämlich die Bestimmung der Zeit und der Dauer der Belegung mit Personen aus dem Kreis seiner Gäste. Dem Appartementeigentümer kommt demgegenüber bei der Belegung lediglich eine passive Rolle zu, die als Duldung zu umschreiben ist.

Der Kennzeichnung der Hauptverpflichtung des Beteiligten als Duldungspflicht steht nicht entgegen, daß ihm möglicherweise noch Nebenpflichten zu positivem Tun obliegen (z.B. Zugänglichmachen der Wohnung).

Die Dienstbarkeiten sind nach ihrem eingetragenen Inhalt auch genügend bestimmt:

Die Rechtsbeschwerde mag allerdings damit Recht haben, daß sich bei einer eventuellen Belegung eine Reihe von Fragen ergeben können, deren Regelung sich nicht oder nicht ohne weiteres aus den Eintragungen im Grundbuch ergibt. Dies beeinträchtigt aber nicht die Bestimmtheit der Dienstbarkeiten, denn diese Fragen gehören nicht zum Inhalt der dinglichen Rechte, sie sind vielmehr schuldrechtlicher Natur, so insbesondere die Frage des Entgelts für die Belegung, und im Streitfall im Zivilprozeß zu klären.

Die die Grunddienstbarkeiten betreffenden Eintragungen sind auch nicht deshalb inhaltlich unzulässig, weil diese Rechte – wie der Beteiligte behauptet – für die Benutzung des berechtigten Grundstücks keinen Vorteil bieten soll. Denn jedenfalls läßt sich aus dem Inhalt der Eintragungen allein das behauptete Fehlen eines solchen Vorteils nicht erkennen. Ein Vorteil für das berech-

tigte Grundstück kann nicht schon nach dem Inhalt der – wie ausgeführt – allein maßgebenden Eintragungen ausgeschlossen werden. Es kommt demnach im Rahmen der nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vorzunehmenden formellrechtlichen Prüfung nicht darauf an, ob die bestellten Grunddienstbarkeiten auch der Bestimmung des § 1019 BGB Rechnung tragen und einen Vorteil für das berechnete Grundstück bringen, wie das Landgericht in seiner materiellrechtlichen Prüfung der Grunddienstbarkeiten angenommen hat (seine Auffassung, daß die Grunddienstbarkeiten einen Vorteil bringen, ist jedenfalls insoweit bedenkenfrei festgestellt, als der Vorteil in der Steigerung des Ansehens des Hotels und in der Ausschaltung möglicher Konkurrenz durch anderweitige Vermietung der belasteten Wohnungseigentumsrechte gesehen wird).

2. Auch zur Eintragung eines Amtswiderspruchs besteht keine Veranlassung, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat.

a) Der Beteiligte regt – wie sich aus seinen Ausführungen entnehmen läßt – die Eintragung eines Amtswiderspruchs als Vorbereitung der von ihm begehrten Amtslöschung an.

Die Eintragung eines Amtswiderspruchs käme aber gerade bei inhaltlicher Unzulässigkeit überhaupt nicht in Betracht, weil eine solche Eintragung nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt und demgemäß an sie ein gutgläubiger Erwerb nicht anknüpfen kann (OLG München JFG 14, 105/112 f.; *Horber* § 53 Anm. 1, 3 D. 10 C a).

b) Auch unter sonstigen Gesichtspunkten ist für die Eintragung eines Amtswiderspruchs kein Raum.

Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muß die Gesetzesverletzung feststehen, die Unrichtigkeit des Grundbuchs dagegen nur glaubhaft sein (BayObLGZ 1952, 24/27; 1971, 336/339; KG JFG 7, 250/253; *Horber* Anm. 6 D a, *KEHE* Rdrrn. 7 und 9, je zu § 53).

Im vorliegenden Fall bestehen jedoch schon keinerlei Anhaltspunkte für die erste Voraussetzung eines Amtswiderspruchs, nämlich für einen Verstoß des Grundbuchamts gegen gesetzliche Vorschriften bei der Eintragung der Dienstbarkeiten.

Bei dieser Sachlage braucht die Frage, ob durch die Eintragung der Dienstbarkeiten das Grundbuch unrichtig geworden ist, nicht erörtert zu werden.

9. BGB §§ 1105 Abs. 1, 1107, 248 Abs. 1 (*Zur Eintragung einer Reallast*)

**Zur Sicherung einer in monatlichen Raten zu entrichtenden Forderung, die sich um einen bestimmten Betrag erhöht, welcher aber nicht zur Tilgung der Forderung verwendet wird, sondern als Entgelt für die nicht sofort eintretende Fälligkeit der Gesamtforderung dienen soll, kann eine Reallast bestellt werden. Dem steht weder das Verbot der Vereinbarung von Zinseszinsen entgegen noch ermangelt es der für eine Reallast erforderlichen Bestimmtheit.**

(Leitsatz nicht amtlich)

BayObLG, Beschluß vom 8. 10. 1980 – BReg. 2 Z 82/80 – mitgeteilt von Notar *Dr. Kurt Pohl*, Kaufbeuren.

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind als Miteigentümer je zur Hälfte des Grundstücks Fl. Nr. 1683/21 der Gemarkung K. eingetragen.

Mit Urkunde vom 27. 12. 1979 verkaufte der Beteiligte zu 1) seinen Hälfteanteil an dem vorbezeichneten Grundstück an seinen Bruder, den Beteiligten zu 2); die Beteiligten erklärten die Auflassung. In Abschnitt XIII der Urkunde heißt es, der Erwerber verpflichte sich, an den Veräußerer einen Betrag von 50 000 DM in gleichbleibenden Monatsraten von 320 DM, erstmals ab 1. 1. 1980, zu zahlen. Die Urkunde fährt sodann fort: „Auf eine

Verzinsung und dingliche Sicherung wird hiermit ausdrücklich verzichtet.“ Demgegenüber lautet Abschnitt XV der Urkunde: „Zu Ziffer XIII wird hiermit folgendes ergänzt: Der Erwerber ist verpflichtet, zusätzlich zu der monatlichen Tilgungsrate von 320 DM jeweils Zinsen in Höhe von monatlich 30 DM zu entrichten, so daß die monatlich zu zahlende Rate insgesamt 350 DM beträgt. Zur Sicherung dieser Zahlungsverpflichtungen bestellt hiermit Herr T. W. seinem Bruder B. W. eine entsprechende Reallast an dem in Ziffer I dieser Urkunde näher bezeichneten Grundstück und bewilligt und beantragt hiermit entsprechende Eintragung im Grundbuch.“

2. Den vom Urkundsnotar gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag wies der Grundbuchrechtspfleger mit Beschluß vom 19. 5. 1980 zurück. Zur Begründung heißt es, den getroffenen Vereinbarungen hätte es eher entsprochen, statt einer Reallast eine Restkaufpreistilgungshypothek oder eine Rentenschuld zu bestellen. Die vorgesehene Reallast sei inhaltlich unzulässig, weil einer Reallast Zinsen fremd seien. Nachdem bei einer Reallast gemäß § 1107 BGB bereits die monatliche Geldrente wie eine Zinsleistung zu behandeln sei, müsse man den zusätzlichen monatlichen Zinsbetrag von 30 DM als Zinseszins ansehen; dies sei aber nicht zulässig (§ 248 Abs. 1 BGB). Eine Reallast diene nach § 1105 BGB nur der Sicherung von wiederkehrenden Leistungen, nicht von Nebenleistungen, zu denen auch Zinsen zählten. Es könne deshalb nur entweder eine – bis zur Tilgung des Kaufpreisrestbetrages von 50 000 DM befristete – Geldrente von monatlich 320 DM oder eine von dem Kaufpreisrestbetrag unabhängige Geldrente von 350 DM ohne jeden Zinsbetrag für eine genau bestimmte Zeit als zulässiger Inhalt einer (Geldrenten-)Reallast vereinbart werden. Der auf einen unzulässigen Inhalt der Reallast gerichtete Eintragungsantrag könne nicht vollzogen werden; der vermutete Zusammenhang (stillschweigender Vorbehalt) verhindere auch die Eintragung der Auflassung. Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Notars.

Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Nach Vorlage wies das Landgericht mit Beschluß vom 31. 7. 1980 die Beschwerde als unbegründet zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Urkundsnotars

*Aus den Gründen:*

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist begründet.

1. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Reallast mit dem beantragten Inhalt in das Grundbuch eingetragen werden kann, ist nicht erheblich, ob für die dingliche Sicherung von Ansprüchen der hier in Frage stehenden Art ein Bedürfnis besteht oder ob auch eine andere Art der dinglichen Absicherung, insbesondere eine Rentenschuld nach §§ 1199 ff. BGB (zur Abgrenzung gegenüber der Rentenreallast vgl. insbesondere *Staudinger* BGB 12. Aufl. Vorb. vor §§ 1105–1112 Rdrrn. 31; BGB-RGRK 12. Aufl. Vorb. 7 vor § 1105; *Palandt* BGB 39. Aufl. ÜbbI. 1a vor § 1105) in Frage käme. Entscheidend ist vielmehr lediglich, ob die beantragte Grundstücksbelastung nach ihrem Inhalt im Hinblick auf § 1105 ff. BGB gesetzlich zulässig ist (BayObLGZ 1959, 301/304). Dies ist – entgegen der Auffassung des Landgerichts – zu bejahen.

2.a) Nach § 1105 Abs. 1 BGB besteht der Inhalt der Reallast darin, daß aus dem Grundstück wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind. Die Reallast ist eine dingliche Belastung des Grundstücks, die von dem obligatorischen Grundgeschäft als solchem unabhängig ist (BayObLG a.a.O.). Bei Sicherung persönlicher Forderungen durch eine Reallast brauchen mithin dingliches Recht und gesicherte Forderung nicht übereinzustimmen, sondern können verschiedenen Inhalt haben (BGB-RGRK § 1105 Rdrrn. 3; *Staudinger* Vorb. vor §§ 1105–1112 Rdrrn. 25).

Daß auch eine Kaufpreis(Rest-)Schuld, die in Rentenform zu zahlen ist, durch eine Reallast dinglich gesichert werden kann, ist heute anerkannt (*Haegeler* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdrrn. 569 d, 1846 I; *Palandt*, *Staudinger* a.a.O.; BGB-RGRK § 1105 Rdrrn. 3; auch BGH WM 1970, 92 geht hiervon aus). Die Bezeichnung als „Raten“ steht dem nicht entgegen; es sollen wiederkehrende Leistungen (aus dem Grundstück) erbracht werden.

b) Der Ausgangspunkt der Vorinstanzen für ihre Annahme, die zur Eintragung beantragte Reallast sei ihrem Inhalt nach nicht eintragungsfähig, weil „Zinsen einer Reallast fremd“ seien, ist unzutreffend. Nach § 1107 BGB finden allerdings auf die einzelnen

Leistungen die für die Zinsen einer Hypothekenforderung gelten den Vorschriften entsprechend Anwendung. Hieraus wird gefolgert, daß bei Verzug mit der Leistung wegen § 289 Satz 1 BGB Verzugszinsen, die dann praktisch Zinseszinsen wären, nicht gefordert werden können (BGH st. Rspr. z. B. NJW 1970, 243; WM 1973, 42/44; 1978, 352/354 und 578/580; ebenso *Staudinger* Rdnr. 15, BGB-RGRK Rdnr. 11, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 2, *Erman* BGB 6. Aufl. Rdnr. 5, *Palandt* Anm. 30, je zu § 1107; a.A. *Dümchen Iherings* Jahrb. 54, 355/419 f.; vgl. auch *Bringezu* NJW 1971, 1168 f.).

Dies steht hier aber nicht zur Entscheidung. Eine irgenwie gear- tete Verzinsung der Reallast oder der einzelnen aus ihr zu erbrin- genden Leistungen ist nicht vorgesehen. Vielmehr soll sich ledig- lich die persönliche Forderung (monatliche Rate zur Tilgung der Kaufpreisschuld) um einen bestimmten monatlichen Betrag erhö- hen, der aber nicht zur Tilgung der Kaufpreisschuld verwendet werden, sondern als Engelt für die nicht sofort eintretende Fällig- keit der Gesamtforderung („Zinsen“) dienen soll; demnach beträgt die vom Beteiligten zu 2) zu erbringende Monatsrate nunmehr statt 320 insgesamt 350 DM. Diese wiederkehrenden Leistungen sollen durch Eintragung einer Reallast dinglich abge- sichert werden. Hiergegen bestehen unter dem Gesichtspunkt des § 248 Abs. 1 BGB (Verbot der Vereinbarung von Zinseszin- sen) keine Bedenken.

c) Demgemäß ist es auch schon früher als zulässig angesehen worden, eine Reallast zur Sicherung einer auf eine bestimmte Zeit bestellten sog. Amortisationsrente zu bestellen, die neben der Tilgung auch Zinsen und Verwaltungskosten umfaßt (vgl. RGZ 85, 244/247; KGJ 21, 312/315 f.; *Soergel* § 1105 Rdnr. 22; vgl. ferner *SchiHOLG DNotZ* 1975, 720 zur Zulässigkeit einer Reallast, die ein darlehensähnliches Rechtsgeschäft absichert). Soweit insow- weit Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Reallast geäußert worden sind, sind diese nur daraus hergeleitet worden, daß es bei der Bestimmung der wiederkehrenden Leistungen durch Verwei- sung auf eine Verzinsung an der auch für eine Geldrentenreallast erforderlichen Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit ihres Inhalts fehle (KG JFG 1, 429/431 f.; *Soergel* § 1105 Rdnr. 12). Ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. insoweit bezüg- lich der Reallast zuletzt Senatsbeschuß vom 11. 10. 1979 BRG. 2 Z 39/79 (MittBayNot 1979, 233/235 f.) ist hier aber gleichfalls nicht gegeben. Vielmehr ist klar genug zum Ausdruck gekommen, daß die monatliche Gesamtbelastung 350 DM beträgt und daß diese wiederkehrenden Leistungen Inhalt der einzutragenden Reallast sein sollen. Die – zulässige (BGB-RGRK § 1105 Rdnr. 13) – Befristung der Leistungen (Laufzeit) ergibt sich daraus, daß sich die Tilgungsdauer des vereinbarten Kaufpreises von 50 000 DM nach Monatsbeträgen von 320 DM richten soll. Daß diese für die Laufzeit maßgebenden Beträge nicht mit den aufgrund der Reallast monatlich zu entrichtenden „Raten“ von 350 DM übereinstimmen und die während der Dauer des Bestehens der Real- last demnach insgesamt zu erbringenden Leistungen den Kauf- preis von 50 000 DM übersteigen, steht der Bestimmbarkeit der Reallast und damit ihrer Zulässigkeit nicht entgegen. Denn der Betrag von 320 DM soll nicht die monatlich zu entrichtende Leistung angeben, sondern stellt sich lediglich als Berechnungs- gröÙe für die zeitliche Dauer der Reallast dar. Dadurch ist auch dem (insbesondere aus den Bedürfnissen des Zwangsversteige- rungsrechts herzuleitenden) Erfordernis, der Anspruch auf die Leistungen müsse jederzeit der Höhe nach zumindest bestimm- bar und gegebenenfalls der Umwandlung in eine Geldforderung fähig sein (BGB-RGRK § 1105 Rdnr. 12; BayOBLGZ 1959, 301/ 305), Genüge getan.

10. GBO § 47; BGB § 428 (*Eintragung eines Nießbrauchs für Gesamtberechtigte*)

**Soll ein mehreren Berechtigten nach Maßgabe des § 428 BGB zustehendes Nießbrauchsrecht in das Grundbuch eingetra- gen werden, so genügt der Zusatz „als Gesamtberechtigte“ nicht den Anforderungen des § 47 GBO. Es ist vielmehr ein das Rechtsverhältnis näher kennzeichnender Zusatz, wie etwa „als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB“, erforder- lich.**

BGH, Beschluß vom 9. 7. 1980 – V ZB 5/80 – mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte zu 1 ist als Inhaber von Wohnungseigentumsrechten im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Durch notariellen Vertrag vom 27. 8. 1979 hat er diese Rechte kaufweise seinem Sohn, dem Beteiligten zu 2, übertragen und die Umschreibung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Im gleichen Vertrag hat der Beteiligte zu 2 den Beteiligten zu 1 und 3 ein Angebot auf Bestellung eines lebenslänglichen unentgeltlichen Nieß- brauchs an den Wohnungseigentumsrechten „als Gesamtberechtigten“ gemacht. Zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung des Nießbrauchs ist die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 3 „als Gesamtberechtigte“ bewilligt und beantragt worden.

Mit Zwischenverfügung vom 24. September 1979 hat das Grundbuchamt u.a. beanstandet, durch die Worte „als Gesamtberechtigte“ werde das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis nicht genügend bestimmt; es sei noch anzugeben, welche Gesamtberechtigung (BGB-Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft oder Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB) bestehe. Der Notar hält den Begriff „Gesamtberechtigung“ für eindeutig i. S. der Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB.

Die Erinnerung der Beteiligten zu 1 und 2 ist erfolglos geblieben. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2.

Das Oberlandesgericht möchte die Zwischenverfügung des Grundbucham- tes zwar aufheben, weil in ihr nicht die Form der geforderten Klarstellung enthalten sei; es hält aber die grundsätzlichen Bedenken des Grundbuch- amts gegen die bloÙe Eintragung „als Gesamtberechtigte“ für begründet. Es sieht sich jedoch an einer dementsprechenden Entscheidung im Hin- blick auf den Beschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Juni 1974 (MittRHNotK 1974, 488) gehindert und legt die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof vor (§ 79 Abs. 2 GBO).

Der Bundesgerichtshof hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die Voraussetzungen für die Vorlage der weiteren Beschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 79 Abs. 2 GBO sind erfüllt.

2. Die zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet. Das Grund- buchamt darf die Eintragung der Vormerkung von einer näheren Bezeichnung der „Gesamtberechtigung“ abhängig machen:

a) Nach § 47 GBO soll, wenn ein Recht für mehrere gemein- schaftlich eingetragen werden soll, die Eintragung in der Weise erfolgen, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Ein gemeinschaftliches Recht im Sinne der Vorschrift ist gegeben, wenn es den Berechtigten in Bruchteilsgemeinschaft, Gesamthandsgemeinschaft oder als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB zusteht (vgl. *Kuntze/Ertl/ Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 2. Aufl. § 47 Rdnr. 1 m.w.N.). Es ist auch unbedenklich, einen Nießbrauch als gemein- schaftliches Recht – insbesondere auch in Bezug auf ein Woh- nungseigentum – zu bestellen (vgl. BGHZ 46, 253; BGB-RGRK, 12. Aufl. § 1030 Rdnr. 4; *Staudinger/Promberger*, BGB 12. Aufl. § 1030 Rdnr. 28 und 33; *Soergel/Baur*, BGB 11. Aufl. § 1030 Rdnr. 4).

b) Soll – wie im vorliegenden Fall – eine Vormerkung zur Siche- rung eines Anspruchs auf Nießbrauchsbestellung für mehrere Berechtigte eingetragen werden, so wird ein Zusatz „als Gesamt- berechtigte“ den Anforderungen des § 47 GBO nicht gerecht. Entgegen der vom Oberlandesgericht Düsseldorf im Beschluß

vom 5. Juni 1974 (a.a.O.) vertretenen Auffassung wird eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB nicht eindeutig durch den Zusatz „als Gesamtberechtigte“ gekennzeichnet.

Eine Mehrheit von Berechtigten ist – abgesehen von den hier von vornherein ausscheidenden Fällen der Teilberechtigung und der Mitberechtigung nach § 432 BGB – in Form der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB, der Bruchteilsgemeinschaft nach § 741 ff BGB oder der Gesamthandsgemeinschaft nach näherer Maßgabe der vom Gesetz zugelassenen Formen möglich.

Je nach der Art der gemeinschaftlichen Berechtigung ist die Rechtsposition der einzelnen Beteiligten unterschiedlich. Der das Grundbuch beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz – wie er in § 47 GBO konkretisiert worden ist – erfordert es daher schon unter diesem Gesichtspunkt, Art und Inhalt der Gemeinschaft einzutragen, um Art und Umfang der Rechtsposition (wie z. B. Verfügungsmacht) der einzelnen Beteiligten ersichtlich zu machen (vgl. BGHZ 73, 211, 214).

Die Eintragung einer Vormerkung zugunsten mehrerer Berechtigter „als Gesamtberechtigte“ kennzeichnet nicht eindeutig das für die Berechtigtenmehrheit maßgebende Rechtsverhältnis im Sinne des § 47 GBO. Das Oberlandesgericht Düsseldorf vertritt zwar die Auffassung, der Begriff „Gesamtberechtigung“ kennzeichne nur die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB. Dem vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen. Abgesehen davon, daß der Begriff „Gesamtberechtigung“ vom Gesetz in § 428 BGB nicht verwendet wird (die dortige Legaldefinition lautet „Gesamtgläubiger“), reicht er zur Abgrenzung von der Gesamthandsgemeinschaft nicht aus. Auch die Gesamthandsgemeinschaften werden dadurch gekennzeichnet, daß jeder Berechtigte die Befriedigung aller Berechtigten zusammen verlangen kann; es liegt also auch hier insoweit eine „Gesamtberechtigung“ vor. Die Berechtigtenmehrheit nach § 428 BGB muß also gegenüber dieser Gesamtberechtigung der Gesamthandsgemeinschaften abgegrenzt werden. Die Vormerkung zu Gunsten der Beteiligten zu 1 und 3 als Berechtigte nach § 428 BGB bedarf also eines das Rechtsverhältnis näher kennzeichnenden Zusatzes, wie etwa „als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB“ (vgl. BGHZ 46, 253, 260; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, a.a.O. § 47 Rdnr. 11; *Meikel/Imhof/Riedel*, GBO 6. Aufl. § 47 Rdnr. 6; *Horber*, GBO 15. Aufl. § 47 Anm. 4 b; *Haegeler*, Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 1458; *Staudinger/Promberger*, a.a.O. § 1030 Rdnr. 33 m. w. N.; BayObLG 1963, 128, 132).

11. GBO § 122 AVOGBO §§ 7 ff. (*Anlegung eines Grundbuchblatts für in der BRD gelegenes Grundstück*)

**Soll ein in der Bundesrepublik Deutschland gelegenes (angeblich früher in Thüringen gebuchtes) Grundstück, das hier bisher noch nicht gebucht war, aufgelassen werden, so ist für dieses Grundstück entsprechend §§ 7 ff. AVOGBO ein Grundbuchblatt anzulegen.**

BayObLG, Beschluß vom 30. 6. 1980 – BReg. 2 Z 36/80 – mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. a) Als Eigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 2789/2 der Gemarkung N. war der am 22. 10. 1971 verstorbene A. eingetragen. Laut Erbschein des Staatlichen Notariats Sonneberg/DDR vom 16. 3. 1977 sind die Beteiligten zu 1) kraft Gesetzes dessen Erben zu je 1/2.

Mit Urkunde vom 5. 4. 1977 verkauften die Beteiligten zu 1) dieses Grundstück an die Beteiligte 2) und ließen es an sie auf. Die Übereignung wurde im Grundbuch eingetragen.

b) Nach den Feststellungen des Urkundsnotars war A. ferner Alleineigentümer des Grundstücks Fl. Nr. 2747 Gemarkung N. Dieses Grundstück liegt gleichfalls im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland, ist aber dort nicht im Grundbuch vorgetragen. Nach den Feststellungen des Notars soll das Grundstück im Grundbuch des früheren Amtsgerichts Sonneberg/Thüringen vorgetragen (gewesen) sein.

Die Beteiligten zu 1) ließen mit derselben notariellen Urkunde auch dieses Grundstück an die Beteiligte zu 2) auf. Die Beteiligten beantragten hierzu, das Grundstück Fl. Nr. 2747 im Grundbuch des Amtsgerichts C. vorzutragen und hier die beantragte Eintragung der Auflassung vorzunehmen. Verschiedene Versuche des Grundbuchamts, zum Zwecke der Buchung des Grundstücks Fl. Nr. 2747 Unterlagen über die noch gültigen Grundbucheintragungen zu erhalten, blieben ohne Erfolg. Auch den Beteiligten war es nicht möglich, einen beglaubigten Grundbuchauszug vorzulegen.

2. a) Mit Beschluß vom 19. 3. 1980 wies der Grundbuchrechtspfleger den Antrag auf Buchung des Grundstücks Fl. Nr. 2747 der Gemarkung N. im Grundbuch des Amtsgerichts C. sowie den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels zurück.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Urkundsnotars.

b) Rechtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Mit Beschluß vom 2. 4. 1980 wies das Landgericht die nach Vorlage als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung als unbegründet zurück.

Hiergegen richtet sich die vom Urkundsnotar im Namen der Beteiligten eingeleitete weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

1. Die weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist zulässig. Sie ist auch begründet.

2. Das Grundstück Fl. Nr. 2747 der Gemarkung N. liegt seit jeher im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland (Amtsgerichtsbezirk C.). Beim Amtsgericht – Grundbuchamt – C. ist jedoch ein Grundbuchblatt für dieses Grundstück bisher niemals angelegt worden; angeblich war das Grundstück früher – möglicherweise im Wege des Personalfoliums (vgl. § 4 GBO) – beim ehemaligen Amtsgericht Sonneberg/Thüringen gebucht.

3. Die Auffassung des Rechtspflegers, im vorliegenden Fall müsse nach § 25 GBVfg verfahren werden, trifft nicht zu. Es ist hier schon zweifelhaft, ob die Voraussetzung eines Zuständigkeitswechsels nach dieser Bestimmung bejaht werden könnte. Jedenfalls setzt ein derartiges Vorgehen voraus, daß die herangezogene Vorschrift für alle beteiligten Stellen maßgeblich ist.

Dies kann hier nicht angenommen werden. Die DDR hat ihr formelles Liegenschaftsrecht durch die Grundstücksdokumentationsordnung vom 6. 11. 1975 (Gesetzblatt der DDR Teil I S. 697) und die Grundbuchverfahrensordnung vom 30. 12. 1975 (Gesetzblatt der DDR 1976 Teil I S. 42) neu geordnet (vgl. hierzu *Kittke/Kringe* NJW 1977, 183/184 ff.). Ein Abgabeverfahren nach § 25 GBVfg ist nur innerhalb der gleichen Rechtsordnung möglich. Dabei kommt es nicht maßgeblich auf die Rechtsnatur des Trägers der anderen Rechtsordnung und auf die Qualifizierung der Grenze zu ihm an (vgl. hierzu i.e. BVerfGE 36, 1/17, 26 f.). Entscheidend ist vielmehr allein, daß der Geltungsbereich des § 25 GBVfg auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt ist.

4. § 7 Abs. 1 AVOGBO, wonach für ein Grundstück, das bei der Anlegung des Grundbuchs ein Grundbuchblatt nicht erhalten hat, unbeschadet des § 3 Abs. 2, 3 GBO von Amts wegen ein solches Blatt anzulegen ist, ist seinem Wortlaut nach allerdings auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es ist jedoch anerkannt, daß einem solchen Grundstück auch diejenigen Grundstücke gleichzuzählen sind, die zwar ursprünglich gebucht, später aus irgendeinem Grund jedoch wieder ausgebucht worden sind (*Meikel/Imhof/Riedel* a.a.O. Anm. 358; *Hesse/Saage/Fischer* § 7 AVOGBO Anm. I; *Güthe/Triebe* GBO 6. Aufl. § 122 Rdnr. 2, § 3 Rdnr. 69)

Ob das Grundstück Fl. Nr. 2747 (Gemarkung N.) heute in der DDR (noch) gebucht ist, erscheint zumindest zweifelhaft; es kommt hierauf aber auch nicht an. Die erwähnte Grundstücksdokumentationsordnung gilt nach ihrem § 1 nur für Grundstücke und Grundstücksrechte, „soweit die Grundstücke auf dem Territorium der Deutschen Demokratischen Republik gelegen sind.“ Dies war hier aber nie der Fall; das Grundstück befand sich vielmehr stets im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Ein Grundbuchblatt für ein solches Grundstück muß daher auch dann ange-

legt werden können, wenn das Grundstück noch in der DDR gebucht ist; denn diese Buchung könnte im Hinblick auf die Veränderung der staatsrechtlichen Verhältnisse nicht mehr die Aufgaben einer Buchung im Sinne der Grundbuchordnung erfüllen (wie bei Veränderungen infolge von Grenzregulierungsmaßnahmen zu entscheiden wäre, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben; vgl. hierzu *Hesse/Saage/Fischer* § 7 AVOGBO Anm. I; *KEHE* § 3 Rdnr. 7, § 122 Rdnr. 3).

5. Entscheidend ist jedenfalls, daß im jetzigen Geltungsbereich der Grundbuchordnung für ein in diesem Bereich liegendes Grundstück ein Grundbuchblatt niemals angelegt worden ist. Sofern hierfür ein Bedürfnis aufscheint, etwa weil – wie hier – das Grundstück in der Bundesrepublik Deutschland aufgelassen werden soll, so ist für dieses Grundstück von dem örtlich zuständigen Grundbuchamt entsprechend § 122 GBO in Verb. mit §§ 7 ff. AVOGBO ein Grundbuchblatt anzulegen. Denn nur hierdurch kann die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks erhalten werden, weil die Anlegung eines Grundbuchblatts Voraussetzung für den Vollzug einer Auflassung und damit für die Vollendung eines Rechtserwerbs am Grundstück ist (*Meikel/Imhof/Riedel* § 3 Anh. I Anm. 359).

Die von den Vorinstanzen angeführten Bedenken vermögen demgegenüber nicht durchzuschlagen. Obwohl das Verfahren nach §§ 7 ff. AVOGBO ein Amtsverfahren ist (§ 7 Abs. 1 AVOGBO; vgl. auch BayObLGZ 1965, 400/402 f.), wird ohne Darlegung des Bedürfnisses hierfür regelmäßig kein Anlaß bestehen, ein solches Verfahren einzuleiten. Besteht aber – wie hier – ein solcher Anlaß, so hat das Grundbuchamt entsprechende Ermittlungen durchzuführen (§§ 8 f. AVOGBO; zum Umfang der Ermittlungen vgl. auch OLG München JFG 17, 293/296), gegebenenfalls auch ein Aufgebot zu erlassen (§§ 10 ff. AVOGBO). Diese Ermittlungen erscheinen auch bei in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Grundstücken anhand der dort bei anderen (Vermessungs- und Steuer-)Behörden geführten Unterlagen, insbesondere dem Liegenschaftskataster, nicht von vornherein als aussichtslos. Es ist mithin nicht zu befürchten, daß das Verfahren, das mit der Eintragung eines Eigentümers in dem neu angelegten Grundbuchblatt nach den Grundsätzen des § 14 AVOGBO enden muß (BayObLGZ a.a.O. S. 403 m. Nachw.; *KEHE* § 3 Rdnr. 8), nicht zu einem sachgerechten Ende durchgeführt werden kann.

6. Ist nach alledem in der vorbeschriebenen Weise zu verfahren, so kommt im vorliegenden Fall eine entsprechende Anwendung des § 123 GBO in Verb. mit der Verordnung über die Wiederherstellung zerstörter oder abhandengekommener Grundbücher und Urkunden vom 26. 7. 1940 (RGBl I S. 1048) nicht in Betracht, wie sie von *Hesse/Saage/Fischer* (§ 123 Anm. I a.E.) und *KEHE* (§ 123 Rdnr. 4) befürwortet wird.

12. GBO § 28 (Zur Bezeichnung eines Grundstücks in der Eintragungsbewilligung)

1. Grundsätze für die Bezeichnung eines Grundstücks in der Eintragungsbewilligung (hier: Bestellung einer Grundschuld), wenn auf dem angegebenen Grundbuchblatt mehrere Grundstücke gebucht sind.

2. Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes und Auslegung von Grundbucheintragungen in diesem Zusammenhang.

BayObLG, Beschluß vom 12. 8. 1980 – BReg. 2 Z 59/79 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) sind als Miteigentümer in Gütergemeinschaft mehrerer im Grundbuch des Amtsgerichts P. von F. Band 16 Blatt 878a vorgetragener Grundstücke eingetragen. Mit Urkunde des Notars V. vom 24. 7. 1979 bestellten die Beteiligten zu 1)

zugunsten der Beteiligung zu 2) eine Buchgrundschuld über 20 000 DM „an dem in Nr. 6 beschriebenen Grundbesitz“ und bewilligten und beantragten deren Eintragung im Grundbuch. Unter Nr. 6 der notariellen Urkunde heißt es: „Beschreibung des Grundbesitzes. Der mit der Grundschuld zu belastende Grundbesitz ist nach der Grundbucheintragung beschrieben, wie folgt: Grundbuch des Amtsgerichts P. für F. Band 16, Blatt 878a: Das Anwesen Hs. Nr. 50 in I., wie derzeit im Grundbuch beschrieben und vorgetragen ist. Die Abteilungen II und III sind belastet.“

2. Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars beanstandete der Grundbuchrechtspfleger mit Zwischenverfügung vom 31. 7. 1979, die Urkunde entbehre der erforderlichen Bestimmtheit.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Notars.

Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Nach Vorlage des Rechtsbehelfs wies das Landgericht die Beschwerde mit Beschluß vom 21. 8. 1979 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Urkundsnotars.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist nicht begründet.

1. § 28 Satz 1 GBO bestimmt, daß in der Eintragungsbewilligung das Grundstück, auf das sich eine beantragte Eintragung beziehen soll, übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Hiermit soll sichergestellt werden, daß die Eintragung (hier die Belastung mit einer Grundschuld) beim richtigen Grundstück vorgenommen wird (OLG Hamm DNotZ 1971, 49/49; *Horber* GBO 15. Aufl. Anm. 1, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann –KEHE–* Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnr. 1, je zu § 28).

§ 28 Satz 1 GBO ist ein Ausdruck des im Grundbuchverkehr herrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes. Der Zweck des Grundbuchs, sichere Rechtsverhältnisse an Grundstücken zu schaffen und zu erhalten, verlangt klare und eindeutige Eintragungen und dementsprechende Erklärungen der Beteiligten (BayObLGZ 1964, 1/2 ff.; 1969, 97/100; 1973, 220/223; 1974, 112/115; BayObLG MittBayNot 1979, 165/167 und MittBayNot 1979, 233/235; OLG Hamm Rpfleger 1976, 317/318; *Horber Grundz.* 4 vor § 13; *KEHE* Einl. C 7; vgl. ferner BGHZ 73, 211/214 f.; RGZ 145, 343/254). So ist die Auflassung des „gesamten Grundbesitzes“ (OLG Düsseldorf DNotZ 1952, 35 f.) oder die Löschung einer (Gesamt-)Grundschuld an einem bezeichneten Grundstück „und allerorts“ im Grundbuch (BayObLGZ 1961, 103/105 f.) als nicht ausreichend bestimmt angesehen worden (vgl. zur notwendigen Bezeichnung des Grundstücks bei einer Teilauflassung auch BGH WM 1979, 861/863 m. Nachw.).

Allerdings ist anerkannt, daß die (Ordnungs-)Vorschrift des § 28 Satz 1 GBO nicht in formalistischer Weise überspannt werden darf (BayObLGZ 1961, 103/106; OLG Hamm DNotZ 1971, 48/49; *Haegeler* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 55a; *Horber* § 28 Anm. 3 B c). Erforderlich ist aber stets, daß keinerlei Zweifel hinsichtlich des von der beantragten Eintragung betroffenen Grundstücks bestehen und ein Irrtum ausgeschlossen ist (BayObLG, *Horber* a.a.O.; *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. § 28 Rdnr. 9).

2. Im vorliegenden Fall ist das betroffene Grundstück nicht „in Übereinstimmung mit dem Grundbuch“, sondern „durch Hinweis auf das Grundbuchblatt“ bezeichnet worden. Auf dem angegebenen Grundbuchblatt sind 3 rechtlich selbständige Grundstücke der Beteiligten zu 1) gebucht. Sind aber auf einem Grundbuchblatt mehrere Grundstücke vorgetragen, so muß, wenn die beantragte Eintragung – wie hier (Belastung mit einer Grundschuld) – auf eines der Grundstücke beschränkt werden könnte, klargestellt werden, ob alle Grundstücke oder nur ein einzelnes gemeint ist (OLG Düsseldorf DNotZ 1952, 35 f.; *Horber* Anm. 3 A a, *KEHE* Rdnr. 11, je zu § 28; vgl. auch BayObLG JFG 4, 371/372).

Ob mangels besonderer Angabe alle auf einem Grundbuchblatt vermerkten Grundstücke als gemeint anzusehen sind (KG OLG 43, 182; *Horber* § 28 Anm. 3 B b; *Haegeler* Rdnr. 55; vgl. auch *Güthe/Triebel* § 28 Rdnrn. 7 und 9), kann in diesem Zusammen-

hang auf sich beruhen. Erforderlich ist hierfür jedenfalls stets, daß – auch ohne Angabe der einzelnen Grundstücke – in der notariellen Urkunde klar zum Ausdruck kommt, der gesamte Bestand des betreffenden Grundbuchblatts solle von der beantragten Eintragung betroffen sein (KG a.a.O.). Ist dies nicht der Fall, ist also unklar, ob die Eintragungsbewilligung alle Grundstücke oder nur ein bestimmtes betrifft, so hat der Rechtspfleger vor der Eintragung durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO auf eine entsprechende Klarstellung hinzuwirken (OLG Hamm NJW 1966, 2411 f.).

3. Grundbucheklärungen sind allerdings als Willenserklärungen grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB der Auslegung fähig und zugänglich, es sei denn, daß die Eindeutigkeit der Erklärung eine Auslegung ausschließt (BGHZ 32, 60/63; BayObLGZ 1979, 12/15 m. Nachw.). Der Auslegung durch das Grundbuchamt sind aber schon – bedingt durch den Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen – Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1974, 112/114 f. m. Nachw.).

Ob eine solche Auslegung auch im Rahmen der Bezeichnung eines von einer Eintragung betroffenen Grundstücks im Sinn des § 28 Satz 1 GBO möglich und geboten ist (so KG OLG 43, 182; Meikel/Imhof/Riedel Grundbuchrecht 6. Aufl. § 28 Anm. 5) oder ob das Grundbuchamt bei Unklarheit des ausdrücklich Erklärten sich nicht hierauf (oder auf anderweitige Ermittlungen) verweisen zu lassen braucht, vielmehr auf einer ausreichend bestimmten Bezeichnung des betroffenen Grundstücks bestehen kann (BayObLGZ 1961, 103/105 f.; OLG Hamm NJW 1966, 2411 f.), kann hier dahinstehen. Jedenfalls muß auch eine etwaige Auslegung aus der Urkunde heraus im Hinblick auf die Anforderungen des Grundbuchverkehrs an Klarheit und Bestimmtheit des objektiven Inhalts einer Grundbucheklärung zu einem dieser Bestimmtheit entsprechenden eindeutigen Ergebnis führen (OLG Hamm a.a.O.; BayObLG Rpfleger 1980, 111; KEHE Einl. C 27).

4. Die Auslegung einer Willenserklärung durch den Tatrichter kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht auf ihre sachliche Richtigkeit, sondern nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Ein solcher Rechtsfehler liegt vor, wenn der Tatrichter gegen den klaren Sinn der Urkunde, gegen gesetzliche Auslegungsregeln oder gegen Denkgesetze verstoßen oder nicht alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt hat (BayObLG Rpfleger 1979, 424, 425; BayObLGZ 1978, 194/196 m. Nachw.; zuletzt Senatsbeschuß vom 5. 8. 1980 BReg. 2 Z 69/80).

Hier von kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden. „Das Anwesen Hs. Nr. 50 in I., wie es derzeit im Grundbuch beschrieben und vorgetragen ist“, kann sich seinem Wortlaut nach sowohl allein auf das auf dem angegebenen Grundbuchblatt im Bestandverzeichnis unter lfd. Nr. 3 gebuchte Grundstück Fl. Nr. 1094/1 „I. Hs. Nr. 50 Wohnhaus, Hofraum“ beziehen als auch zusätzlich auf die beiden weiteren dort gebuchten Grundstücke Fl. Nrn. 1106/1 und 2 „In I., Weg“ und „I. Feld, Gartenland“. Die – mit dem Grundbuch übereinstimmende – Bezeichnung „Hs. Nr. 50“ in I. legt das erstere nahe, die vorgesehene Belastung des „Anwesens“ könnte auf eine Gesamtbelastung schließen lassen. Was gemeint ist, ist, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, unklar und auch durch eine etwaige Auslegung nicht zweifelsfrei festzustellen.

Der Auffassung des Urkundsnotars, mangels besonderer Bezeichnung seien alle an der angegebenen Stelle im Grundbuch gebuchten Grundstücke gemeint, kann nicht gefolgt werden. Der zu belastende Grundbesitz ist hier gerade nicht nur mit der Nummer des Grundbuchblatts, sondern mit einer zusätzlichen Darstellung „das Anwesen Hs. Nr. 50 in I.“ bezeichnet, die die Unklarheit des tatsächlich Gewollten hervorruft. Die Hinweise des

Notars in der Erinnerung und im Rechtsmittelverfahren auf seine Auffassung angeblich stützende Äußerungen im Schrifttum bringen schon nicht zum Ausdruck, von welchen Vorstellungen die Beteiligten tatsächlich ausgegangen sind. Selbst wenn er dies bezweckt haben sollte, wäre dies unbedenklich, weil der gemäß § 15 GBO die Eintragung beantragende Notar an die beurkundeten Erklärungen der Antragsberechtigten gebunden ist und ihnen ohne die Erteilung einer besonderen (hier nicht gegebenen) Vollmacht keinen abweichenden, weitergehenden oder ergänzenden Inhalt geben darf und kann (BayObLGZ 1973, 220/222 m. Nachw.; BayObLG MittBayNot 1979, 236/238). Dies gilt auch für eine Klarstellung, welches der mehreren auf einem gemeinsamen Grundbuchblatt gebuchten Grundstücke von der beantragten Eintragung betroffen sein soll (OLG Düsseldorf DNotZ 1952, 35/36). Die Entscheidung des Senats in BayObLGZ 1955, 155 ff. steht dem nicht entgegen, weil sie einen nicht vergleichbaren Sachverhalt betrifft.

13. GBO §§ 13, 15, 27, 78 (Zur Auslegung von Grundbucheklärungen)

**1. Zur Auslegung von Grundbucheklärungen. Begrenzte Überprüfung der tatrichterlichen Auslegung im Rechtsbeschwerdeverfahren.**

**2. Haftet der Verkäufer eines Grundstücks für unverzügliche Freistellung von im Grundbuch eingetragenen Belastungen und stimmt er in der Kaufvertragsurkunde allen zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen zu, so kann die Auslegung des Landgerichts, hierin liege nicht die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung von nach der Beurkundung im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypotheken, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.**

BayObLG, Beschluß vom 25. 9. 1980 – BReg. 2 Z 74/80 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Im Grundbuch ist die Beteiligte zu 1) als Eigentümers dreier unter lfd. Nrn. 1 bis 3 vorgetragener Grundstücke (Fl. Nrn. 377/3, 377/4 und 378/2 der Gemarkung T.) eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 27. 12. 1978 verkaufte die Beteiligte zu 1) aus diesem Grundbesitz eine noch zu vermessende Teilfläche von ungefähr 10 541 qm an die Beteiligten zu 2) und 3) zum Gesamthandseigentum als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Beteiligten zu 1), 2) und 3) waren die Grundstücke mit sieben Eigentümerbriefgrundschulden belastet, die an verschiedene Gläubiger abgetreten waren. Nach Abschnitt VII des notariellen Kaufvertrags vom 27. 12. 1978 haftet der Verkäufer u. a. „für die Freiheit bzw. unverzügliche Freistellung des Vertragsgegenstands von im Grundbuch eingetragenen Belastungen und Hypothekengewinnabgaben, soweit diese nicht in diesem Vertrag übernommen oder vom Käufer bestellt werden“. Nach Abs. 2 a.a.O. stimmen die Beteiligten allen zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen zu und bewilligen und beantragen deren Vollzug im Grundbuch.

Die Eigentümerbriefgrundschulden wurden am 5. 9. 1979 im Grundbuch gelöscht. Am 9. 5. 1979 waren unter lfd. Nrn. 8 bis 10 auf Ersuchen des Finanzamts zugunsten des Beteiligten zu 4) je eine Zwangssicherungshypothek zu 63 094,57 DM, 63 094,57 DM und 63 094,56 DM an den Grundstücken lfd. Nrn. 1 bis 3 in das Grundbuch eingetragen worden.

2. Unter Vorlage einer Löschungsbewilligung des Beteiligten zu 4) beantragte der Urkundsnotar die Löschung der drei genannten Zwangssicherungshypotheken. Mit Zwischenverfügung vom 18. 2. 1980 beanstandete die Rechtspflegerin, es fehle die Zustimmung des Eigentümers hinsichtlich der nun zur Löschung bewilligten und beantragten Hypotheken. Die in der notariellen Urkunde vom 27. 12. 1978 abgegebene Zustimmungserklärung reiche hierfür nicht aus, weil sie sich selbst bei großzügiger Auslegung nur auf die seinerzeit im Grundbuch eingetragenen Belastungen, nicht aber auf erst später eingetragene Grundpfandrechte beziehe.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Urkundsnotars. Rechtspflegerin und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Nach Vorlage wies das Landgericht mit Beschluß vom 29. 5. 1980 die

Beschwerde als unbegründet zurück. Hiergegen richtet sich die im Namen der Beteiligten zu 1) bis 3) eingelegte weitere Beschwerde des Urkundsnottars.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist nicht begründet.

1. Die Löschung der Zwangshypotheken setzt – außer der Bewilligung des Gläubigers – die Vorlage der Zustimmung des Grundstückseigentümers voraus (§ 27 Abs.1 GBO).

2. Aus Rechtsgründen ist es nicht zu beanstanden, daß das Landgericht in den im notariellen Kaufvertrag vom 27. 12. 1978 enthaltenen Erklärungen der Beteiligten zu 1) keine rechtswirksame Zustimmungserklärung der Grundstückseigentümerin zur Löschung der Zwangshypotheken gesehen hat.

a) Grundbucheintragungen sind allerdings als Willenserklärungen grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB der Auslegung fähig und zugänglich, es sei denn, daß die Eindeutigkeit der Erklärung eine Auslegung ausschließt (BGHZ 32, 60/63; BayObLGZ 1979, 12/15 m.Nachw.). Der Auslegung durch das Grundbuchamt sind aber – bedingt durch den das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1974, 112/114 f. m.Nachw.). Unabhängig hiervon gilt zwar auch im Grundbucheintragungsverfahren für die Auslegung von Grundbucheintragungen der Grundsatz, daß auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205/209; BayObLGZ 1977, 189/191; KEHE Einl. C 26, jew. m. weit. Nachw.). Diese Auslegung muß aber im Hinblick auf die Anordnungen des Grundbuchverkehrs an Klarheit und Bestimmtheit des objektiven Inhalts einer Grundbucheintragung zu einem dieser Bestimmtheit entsprechenden eindeutigen Ergebnis führen (BayObLG MittBayNot 1979, 236/237; KEHE Einl. C 27; vgl. ferner OLG Köln Pflieger 1970, 286 und hierzu Haegele Grundbuchrecht 6.Aufl. Rdnr. 1327).

Die Frage der Auslegungsfähigkeit einer Grundbucheintragung ist dabei von einem Rechtsbeschwerdegericht voll der Nachprüfung zugängliche Rechtsfrage (BayObLGZ 1979, 12/15 m.Nachw.). Die Auslegung der Willenserklärung selbst durch den Tatrichter kann jedoch im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht generell auf ihre sachliche Richtigkeit oder gar Zweckmäßigkeit, sondern nur auf Rechtsfehler überprüft werden.

b) Die vom Landgericht vorgenommene Auslegung, die in der genannten Erklärung der Beteiligten zu 1) enthaltene Zustimmung erstreckte sich, zumal beim Verkauf nur einer Teilfläche aus dem belasteten Grundbesitz, nicht auch auf die Löschung solcher Belastungen, die erst nach Vertragsabschluß im Grundbuch eingetragen worden sind, unterliegt nach den obigen Grundsätzen nur der beschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

aa) Zutreffend ist allerdings, daß in einer Verpflichtung des Veräußerers zur Übereignung eines lastenfreien Grundstücks im Zusammenhang mit der weiteren Bestimmung, allen hierfür erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen zuzustimmen, eine Zustimmung des Eigentümers zur Löschung von Grundpfandrechten erblickt werden kann (BayObLGZ 1973, 220/223 m.Nachw.).

bb) Nach Abschnitt VII Abs.1 der Urkunde vom 27. 12. 1978 haftet der Verkäufer für „Freiheit bzw. unverzügliche Freistellung des Vertragsgegenstands von im Grundbuch eingetragenen Belastungen...“ und stimmt im Zusammenhang hiermit (Abs.2 a.a.O.) allen zur Lastenfreistellung erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen zu. Die Auffassung des Landgerichts, daß sich diese Zustimmungserklärung nur auf solche Belastungen

beziehe, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits „im Grundbuch eingetragen“, den Beteiligten bekannt und in die notarielle Urkunde aufgenommen gewesen seien, ist möglich, wenn sie auch nicht zwingend sein muß. Das Landgericht hat sich ferner mit der naheliegenden Auslegungsmöglichkeit befaßt, daß auch der Löschung solcher Belastungen zugestimmt werde, die im Zeitpunkt der Urkundenerrichtung im Grundbuch noch nicht eingetragen und deshalb noch nicht entstanden waren (vgl. § 867 Abs.1 Satz 2 ZPO). Es hat diese Auslegungsmöglichkeit mangels ausreichender Anhaltspunkte in der Urkunde verneint.

Mit der Auslegung des Landgerichts ist es auch nicht unvereinbar, daß die Beteiligten zu 1) den Erwerbserben gegenüber kraft Vertrags oder Gesetzes verpflichtet ist, auch nach Abschluß des Kaufvertrages entstandene Zwangssicherungshypotheken wegzufertigen; denn auf diese Verpflichtung kommt es für das Grundbucheintragungsverfahren nicht an. Hier entscheidet nur, ob der Eigentümer der Löschung dieser Belastung tatsächlich zugestimmt hat. Die Auslegung des Landgerichts, hiervon könne im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, kann nach alledem aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, zumal nichts dafür ersichtlich ist, daß die Beteiligten im Zeitpunkt der Beurkundung (27. 12. 1978) mit der erst 4 Monate später beantragten und sodann am 9. 5. 1979 vorgenommenen Eintragung der Zwangshypotheken gerechnet haben. Daß es sich bei den jetzt zur Löschung beantragten Belastungen nicht um bewilligte Grundpfandrechte, sondern um Zwangssicherungshypotheken handelt, bei denen vielleicht eher als sonst ein Interesse des Grundstückseigentümers gegeben sein mag, nach deren Wegfertigung die Eintragung im Grundbuch zu löschen, steht dem nicht entgegen.

14. GBO § 20 BGB §§ 741 ff., 873, 925, 1008 ff., 1010 Abs. 1 WEG § 10 Abs. 1 und 2, § 15 Abs. 1 (Zur Übertragung eines im Miteigentum stehenden Abstellplatzes)

**Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Übertragung eines Sondernutzungsrechts gelten nicht, wenn die Garagenanlage im Miteigentum nach §§ 1008 ff., 741 ff. BGB steht. Überträgt hier ein Miteigentümer seinen Miteigentumsanteil, so tritt der Erwerber nach § 1010 Abs. 1 BGB in eine zwischen den Miteigentümern vereinbarte und im Grundbuch eingetragene Verwaltungs- und Benutzungsregelung (in der dort vorgesehenen Art und Weise) ein. Etwaige hiervon abweichende Vorstellungen der Beteiligten berühren die Rechtswirksamkeit der erklärten Auflassung nicht.**

BayObLG, Beschluß vom 21. 7. 1980 – BReg. 2 Z 33/80 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Im Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts N. von G. Band 159 Blatt 4118 sind neben dem Wohnungseigentum Nr. 56 unter lfd. Nrn. 3 bis 7 jeweils 41, 30/47926 Miteigentumsanteile an den Grundstücken Fl. Nrn. 1/3, 1/107, 1/112, 1/113 und 1/114 (sog. Gemeinschaftsflächen) vorgetragen. Eigentümer sind die Beteiligten zu 1) je zur Hälfte. Hinsichtlich dieser Miteigentumsanteile ist eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung als Belastung jedes Miteigentumsanteils zugunsten der jeweiligen anderen Miteigentümer unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 22. 1. 1975 im Grundbuch eingetragen.

In Abschnitt I der Urkunde des Notars Dr. W. in N. vom 22. 5. 1979 ist dieser Grundbesitz wie vorstehend beschrieben und sodann an die Darstellung der Miteigentumsanteile an den Grundstücken Fl. Nr. 1/3, 1/107, 1/112, 1/113 und 1/114 (Gemeinschaftsflächen) angefügt: „Mit dem Anteil an dem vorbezeichneten Grundstück ist das Nutzungsrecht an einem Abstellplatz Nr. 171 verbunden.“ In Abschnitt II der Urkunde verkauften die Beteiligten zu 1) „den in Ziffer I dieser Urkunde näher bezeichneten Grundbesitz mit allen damit verbundenen Rechten, Bestandteilen und dem gesetzlichen Zubehör“ an den Beteiligten zu 2). In Abschnitt III der Urkunde erklärten die Beteiligten die Auflassung und bewilligten und beantragten die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch.

2. a) Auf den vom Urkundsnotar gemäß § 15 GBO am 16. 1. 1980 eingereichten Vollzugsantrag erließ der Rechtspfleger eine Zwischenverfügung. In ihr wird beanstandet, daß laut Nachtrag zur Benutzungsregelung vom 22. 1. 1975 der Stellplatz Nr. 171 zur Wohnung 2 f B 2 gehöre; zur Wohnung Nr. 56 im Block 1 gehöre ein 41,30/47926 Miteigentumsanteil an den Gemeinschaftsflächen und Stellplatz Nr. 170. Da mithin die Beschreibung des Vertragsgegenstands in der zum Vollzug vorgelegten notariellen Urkunde mit den Eintragungen im Grundbuch nicht übereinstimme, sei Aufklärung nötig und, soweit neben der vertragsgegenständlichen Wohnung und den Anteilen an den Gemeinschaftsflächen das Nutzungsrecht auf Grund Benutzungsregelung nach § 1010 BGB an Stellplatz Nr. 170 übergehen solle, die Einigungserklärung bezogen auf diesen Vertragsgegenstand zu wiederholen.

b) Hiergegen richtete sich die „Beschwerde“ des Urkundsnotars. Rechtspfleger und Grundbuchrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Mit Beschluß vom 21. 3. 1980 wies das Landgericht N. den nach Vorlage durch das Grundbuchamt als Beschwerde zu behandelnden Rechtsbehelf als unbegründet zurück. Mit der namens der Beteiligten eingelegten weiteren Beschwerde hiergegen verfolgt der Urkundsnotar den Eintragungsantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist begründet.

1. Das Landgericht geht in der angefochtenen Entscheidung davon aus, das Sondernutzungsrecht am Abstellplatz Nr. 171 habe laut dinglich wirkender Benutzungsregelung „bislang zum Inhalt des Sondereigentums an der Wohnung Nr. 2 f B 2 gehört.“ Die Vereinbarung in der zum Vollzug vorgelegten notariellen Urkunde spreche dafür, daß diese Zuordnung mit dinglicher Wirkung auf das „Vertragssondereigentum an der Wohnung Nr. 56/ B 1“ geändert werden solle; hierzu bedürfte es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bayerischen Obersten Landesgerichts als Inhaltsänderung des Sondereigentums nur der Erklärung der Beteiligten zu 1) und 2), nicht aber der Beteiligung weiterer Wohnungseigentümer.

Dieser Ausgangspunkt ist unzutreffend. Der Bundesgerichtshof hat allerdings – auf den Vorlagebeschluß des Senats vom 8. 6. 1977 (MittBayNot 1977, 190) – mit Beschluß vom 24. 11. 1978 (MittBayNot 1978, 206) entschieden, daß es zur Übertragung des zu einem bestimmten Wohnungseigentum gehörigen, im Wohnungsgrundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Rechts zur dauernden, ausschließlichen Benutzung eines Kfz-Abstellplatzes auf den Eigentümer eines anderen Wohnungseigentums derselben Wohnungseigentümergeinschaft nicht der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedarf.

Ein solcher Fall ist hier aber nicht gegeben. Es handelt sich bei der Tiefgaragenanlage nicht um Gemeinschaftseigentum, bei dem im Wege der Gebrauchsregelung im Sinn des § 15 WEG für bestimmte Wohnungseigentümer als Inhalt deren Sondereigentums sog. Sondernutzungsrechte (vgl. BGHZ 73, 145/147) begründet worden sind (vgl. hierzu allgemein *Bärmann/Pick/Merle* WEG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 24, § 15 Rdnr. 18 m. Nachw.). Vielmehr besteht hinsichtlich der sog. Gemeinschaftsflächen eine Miteigentümergeinschaft nach §§ 1008 ff., 741 ff. BGB. Hieran ändert sich nichts dadurch, daß die Miteigentumsanteile an den vorgenannten fünf Grundstücken im vorliegenden Fall (als lfd. Nrn. 3 bis 7) im Wohnungsgrundbuch mitgebracht sind (vgl. hierzu *Horber* GBO 15. Aufl. Anm. 6 e, *Künzte/Ertl/Herrmann/Eickmann-KEHE* Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnrn. 13, 15, je zu § 3).

2. Miteigentümer nach Bruchteilen können unter sich die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands regeln (§ 746 BGB). Eine solche Verwaltungs- und Benutzungsregelung wirkt bei Miteigentum an einem Grundstück gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger nur dann, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 Abs. 1 BGB). Es handelt sich insoweit nicht um eine Verfügungsbeschränkung des jeweiligen Miteigentümers, sondern um die Belastung von dessen Anteil zugunsten der

übrigen Miteigentümer (BayObLG DNotZ 1976, 744/745 f.; OLG Hamm DNotZ 1973, 546/548; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 5, *Erman* BGB 6. Aufl. Rdnr. 4, je zu § 1010; *Walter* DNotZ 1975, 518/519).

Diese Belastung ist als Beschränkung des (Mit-)Eigentumsrechts in Abteilung II des Grundbuchs einzutragen (*Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 1, *Palandt* BGB 39. Aufl. Anm. 1b, je zu § 1010). Eine solche Eintragung ist hier erfolgt; sie entspricht inhaltlich den Grundsätzen der Senatsentscheidung vom 26. 3. 1973 (BayObLGZ 1973, 84/87 ff.).

3. Im vorliegenden Fall sind Gegenstand der Auflassung (und nur hierauf, nicht etwa auf den Umgang der schuldrechtlichen Verpflichtung kommt es in diesem Zusammenhang an) neben dem Wohnungseigentum die 41,30/47926 Miteigentumsanteile an den Grundstücken Fl. Nr. 1/3, 1/107, 1/112, 1/113 und 1/114. Daß insoweit gegen die Wirksamkeit der – nach § 20 GBO zu prüfenden – dinglichen Einigung Bedenken bestünden, ist nicht ersichtlich.

Mit dem Erwerb der jeweiligen Miteigentumsanteile tritt der Beteiligte zu 2) in die Miteigentümergeinschaft(en) ein. Damit wird die – im Grundbuch eingetragene – Verwaltungs- und Benutzungsregelung hinsichtlich der Tiefgaragenanlage nach § 1010 Abs. 1 BGB ihm gegenüber als Sonderrechtsnachfolger in der Art und Weise wirksam, wie sie tatsächlich vereinbart und eingetragen worden ist. Hieran könnten die Beteiligten auch durch bloße Vereinbarung unter sich nichts ändern. Eine in der notariellen Urkunde etwa zum Ausdruck gekommene falsche Vorstellung der Beteiligten vom tatsächlichen Inhalt dieser Benutzungsregelung hat auf die Wirksamkeit der erklärten Auflassung (und auf deren Bestimmtheit) keinen Einfluß.

15. GBO § 19; WEG §§ 8, 10, 15; BGB §§ 133, 157, 167 (Zur Eintragung von Sondernutzungsrechten)

**1. Die Eintragung einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer über die Regelung der Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums (hier: Kfz-Abstellplatz) bedarf der Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten.**

**2. Eine entsprechende Erklärung des Veräußerers in der Teilungserklärung ist nur ausreichend, wenn sie hinreichend bestimmt ist. Dasselbe gilt für eine Bevollmächtigung des Veräußerers in den Kaufverträgen mit den Erwerbern.**

**3. Grundsätze für die Auslegung von Grundbucheintragungen.**

BayObLG, Beschluß vom 31. 7. 1980 – BReg. 2 Z 50/80 – mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. a) Die Beteiligte zu 1) war Eigentümerin des Grundstücks Fl. Nr. 1224/3 der Gemarkung R. Mit Urkunde vom 10. 8. 1972 teilte sie dieses Grundstück gemäß § 8 WEG in 66 Wohnungseinheiten auf.

In „Teil IV“ der Teilungserklärung vom 10. 8. 1972, der mit „Gebrauchsregelung der Kfz-Abstellplätze“ überschrieben ist, heißt es:

„Auf dem Grundstück Flst. Nr. 1224/3 sind 29 Kfz-Abstellplätze vorgesehen. Die Abstellplätze erhalten für die Gebrauchsregelung die Nummern 1–29. Dementsprechend sind die Abstellplätze im Aufteilungsplan bezeichnet.“

Der Gebrauch der Kfz-Abstellplätze wird gem. § 15 WEG in der Weise geregelt, daß dem jeweiligen Eigentümer einzelner Eigentumswohnungen und Teileigentumseinheiten jeweils das Recht auf ausschließliche Benutzung eines Kfz-Abstellplatzes zusteht. Sie haben auch für die Unterhaltung des Abstellplatzes allein aufzukommen. Die Ausübung des Sondernutzungsrechts kann Dritten überlassen werden, etwa durch Vermietung. Im Falle der Erstveräußerung eines oder mehrerer Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten erfolgt in der Veräußerungsurkunde die Festlegung der Nummer für das Sondernutzungsrecht am Kfz-Abstellplatz.“

b) In der Folgezeit verkaufte die Beteiligte zu 1) die Eigentumswohnungen an die Beteiligten zu 2) und ließ sie an die Erwerber auf; die Beteiligten zu 2) wurden im Wohnungsgrundbuch eingetragen. In einzelnen dieser Kaufver-

träge ist dem Erwerber ein bestimmter Kfz-Stellplatz (einer von insgesamt 29 auf dem gemeinschaftlichen Grundstück befindlichen Stellplätze) zugewiesen.

In Abschnitt XIV dieser Kaufverträge heißt es unter der Überschrift „Vollmachten für den Verkäufer“ jeweils:

„Der Käufer erteilt dem Verkäufer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die unwiderrufliche Vollmacht...

c) alle zum grundbuchamtlichen Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, ferner die Teilungserklärungen samt Gemeinschaftsordnung abzuändern, soweit dies zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlich ist oder das hier verkaufte Sondereigentum nicht beeinträchtigt wird, insbesondere um Wohnungs- oder Teileigentum zusammenzulegen oder in sich unterzuteilen.“

2. a) Zur Urkunde vom 8. 5. 1979 erklärte L., handelnd als Geschäftsführer für die Beteiligte zu 1) sowie für eine Reihe, im einzelnen aufgezählter Erwerber von Eigentumswohnungen, eine „Sondernutzungsregelung gemäß § 15 WEG“. Danach wurde entsprechend der Zuweisung in der jeweiligen Kaufvertragsurkunde und, soweit dort nicht geschehen, entsprechend der vorliegenden Urkunde, das ausschließliche Recht auf Benützung der 29 Kfz.-Stellplätze bestimmten, im einzelnen aufgeführten Wohnungseigentümern zugewiesen. Die Eintragung dieser Sondernutzungsregelung als Inhalt des Sondereigentums wurde bewilligt und beantragt.

b) Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars forderte der Grundbuchrechtspfleger mit Zwischenverfügung vom 6. 9. 1979 die Vorlage der Zustimmungserklärung sämtlicher Wohnungseigentümer sowie, soweit Wohnungseigentumsrechte selbständig belastet seien, auch die Vorlage der Zustimmung der dinglich Berechtigten. Die nach Vorlage durch das Grundbuch als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung des Urkundsnotars wies das Landgericht mit Beschluß vom 22. 10. 1979 zurück. Mit der namens der Beteiligten eingelegten weiteren Beschwerde hiergegen verfolgt der Notar den Eintragungsantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist nicht begründet.

1. Die vom Urkundsnotar zunächst für seine Auffassung, der Eintragungsantrag könne in der vorliegenden Form vollzogen werden, herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. 11. 1978 (MittBayNot 1978, 206) greift hier von vornherein nicht ein. Dort hat der Bundesgerichtshof auf den Vorlagebeschluß des Senats vom 8. 6. 1977 (MittBayNot 1977, 190) entschieden, daß es zur Übertragung des zu einem bestimmten Wohnungseigentum gehörenden, im Wohnungsgrundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Rechts zur dauernden, ausschließlichen Benutzung eines (nicht unter § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG fallenden) Kfz.-Abstellplatzes auf den Eigentümer eines anderen Wohnungseigentums derselben Wohnungseigentümergeinschaft nicht der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer bedürfe.

Ein solcher Fall steht hier nicht zur Entscheidung. Es geht im vorliegenden Fall nicht um die Übertragung derartiger sog. Sondernutzungsrechte, sondern um die (erstmalige) Eintragung einer Benutzungsregelung und damit um die Begründung einer dringlich wirkenden Vereinbarung i. S. des § 10 Abs. 2 WEG.

2. Hierfür bedarf es grundsätzlich der Bewilligung (§ 19 GBO) sämtlicher Wohnungseigentümer in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, weil von einer solchen Vereinbarung der Inhalt aller Wohnungseigentumsrechte betroffen ist. (BayObLGZ 1978, 377/381 f. m. Nachw.; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl. § 10 Rdnr. 54). Insbesondere ist eine Bewilligung derjenigen Wohnungseigentümer nicht überflüssig, die zu ihrem Sondereigentum (Wohnungseigentum) keinen Abstellplatz zugewiesen erhalten sollen.

Die vom ehemaligen Eigentümer, der Beteiligten zu 1), gemäß § 8 WEG abgegebene Teilungserklärung stellt allerdings, soweit sie Bestimmungen über die Rechtsbeziehungen der Wohnungseigentümer untereinander enthält, eine – die gesetzliche Regelung verdrängende – „Vereinbarung“ im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG dar, die durch Eintragung im (Wohnungs-)Grundbuch (Bezugnahme hierauf) als Inhalt des Sondereigentums dingliche Wirkung erlangt hat (BGHZ 1973, 145/147; BayObLGZ

1972, 314/317; 1974, 217/219; 1978, 377/380 f.; BayObLG Rpfleger 1980, 111, je m. Nachw.).

Eine solche „Vereinbarung“ ist aber in der Teilungserklärung vom 10. 8. 1972 nicht getroffen worden. Dort heißt es in einem Teil IV nur, daß auf dem (gemeinschaftlichen) Grundstück die Errichtung von 29 Kfz.-Abstellplätzen „vorgesehen“ sei. Der Gebrauch dieser Abstellplätze werde in der Weise geregelt, „daß den jeweiligen Eigentümern einzelner Eigentumswohnungen und Teileigentumseinheiten jeweils das Recht auf ausschließliche Benützung eines Kfz.-Abstellplatzes zusteht“. Damit fehlt es an jeglicher Bestimmtheit, welchen der insgesamt 66 zu errichtenden Eigentumswohnungen jeweils einer der 29 Abstellplätze zugewiesen werden soll und welcher der Stellplätze dies im konkreten Einzelfall jeweils ist. In der Teilungserklärung selbst kann mithin die Grundlage für die beantragte Eintragung der Sondernutzungsrechte nicht gesehen werden. Auch der Urkundsnotar kommt hierauf in der Rechtsbeschwerde nicht mehr zurück.

3. Es liegt also eine nachträgliche Vereinbarung hinsichtlich des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums vor. Hierzu war die Beteiligte zu 1) als solche nach Veräußerung der Eigentumswohnungen allein nicht mehr in der Lage (BayObLGZ 1974, 217/219).

a) Eine Vollmachtserteilung zur Regelung der Stellplatzfrage durch die Beteiligte zu 1) nach Veräußerung der Eigentumswohnungen ist weder in Abschnitt IV der Teilungserklärung noch ausdrücklich in den jeweiligen (insoweit gleichlautenden) Kaufverträgen mit den einzelnen Erwerbern erhalten. Deshalb ist auch unerheblich, daß die Beteiligten zu 2) in den notariellen Kaufverträgen jeweils erklärt haben (Abschnitt XVIII), sie hätten Kenntnis von der Teilungserklärung und würden alle Bestimmungen der Teilungserklärung als für sich verbindlich anerkennen.

b) Auch die in Abschnitt XIV Buchst. c) der Kaufverträge enthaltene Vollmacht für den Veräußerer, „die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung abzuändern, soweit dies zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlich ist“, ist hierfür nicht ausreichend. Grundbucherklärungen sind allerdings als Willenserklärungen grundsätzlich gemäß §§ 133, 157 BGB der Auslegung fähig und zugänglich, es sei denn, daß die Eindeutigkeit der Erklärung eine Auslegung ausschließt (BGHZ 32, 60/63; BayObLGZ 1979, 12/13 m. Nachw.).

Es kann nicht beanstandet werden, daß das Landgericht angenommen hat, die Vollmacht in Abschnitt XIV Buchst. c) der Kaufverträge beziehe sich nur auf solche Änderungen der Teilungserklärung, die zum Vollzug der Kaufverträge erforderlich seien. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Zusammenhang (im Eingangssatz zu dieser Bestimmung heißt es, der Veräußerer werde bevollmächtigt, alle zum grundbuchamtlichen Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Erklärungen abzugeben), sondern auch aus dem Sinngehalt der Vollmacht, nicht alle beliebigen, sondern nur solche Änderungen der Teilungserklärung durch den Veräußerer hinnehmen zu wollen, die zum Vollzug der Kaufvertragsurkunde, also zum Erwerb des Wohnungseigentums, erforderlich sind. Hierzu war aber eine Änderung der Teilungserklärung nicht nötig.

Eine ausdrückliche Bevollmächtigung zur späteren Begründung entsprechender Sondernutzungsrechte, wie sie der Entscheidung BayObLGZ 1974, 217 zugrundegelegen hat, ist im vorliegenden Fall gerade nicht gegeben. Dann bedarf es aber einer nach Inhalt und Umfang eindeutigen Erklärung, um eine entsprechende Bevollmächtigung des Veräußerers durch die Bewerber in vorgefertigten Kaufverträgen annehmen zu können (näher BayObLGZ 1974, 294/298 f. m. Nachw.). Wenn das Landgericht unter Berücksichtigung der Grundsätze dieser Entscheidung angenommen hat, hierfür fehlten ausreichende Anhaltspunkte, so kann dies aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Es ist nach alledem nicht zu beanstanden, daß der Rechtspfleger in der

angefochtenen Zwischenverfügung die Vorlage der Bewilligung der betroffenen Wohnungseigentümer verlangt hat.

4. Dasselbe gilt für die Bewilligung der an dem jeweiligen Wohnungseigentum dringlich Berechtigten, die von der Frage der Vollmacht der Wohnungseigentümer nicht berührt wird. Dies hat der Senat bereits (MitBayNot 1974, 147) unter Hinweis auf die hiermit übereinstimmende ganz herrschende Meinung im einzelnen dargelegt; hierauf wird Bezug genommen.

Auch *Bärmann/Pick/Merle* (§ 10 Rdnr. 55) haben ihre gegenteilige Auffassung nunmehr dahin modifiziert, daß eine Zustimmung Dritter nur dann nicht erforderlich sei, wenn diese von der Änderung des Wohnungseigentumsrechts nicht betroffen seien; im Zweifelsfall sei allerdings von der Zustimmungsbedürftigkeit auszugehen. Daß ein nur formelles Betroffensein des Drittberechtigten dessen Mitwirkung an einer Inhaltsänderung von Rechten an seinem Grundstück entbehrlich machen kann, hat der Senat bereits in BayObLGZ 1959, 520/528 ff. dargelegt. Dies ist aber hier nicht der Fall. Durch die Eintragung von Sondernutzungsrechten wird das Haftungsobjekt berührt und damit ein Grundpfandgläubiger auch materiell betroffen; sie bedarf mithin auch seiner Bewilligung (ebenso auch *Bärmann/Pick/Merle* a.a.O.).

Es mag sein, daß der einzelne Grundpfandgläubiger das Wohnungseigentum auch ohne Rücksicht auf den Kfz.-Abstellplatz in der gleichen Weise belastet hätte, wenn auch der Wert eines solchen Abstellplatzes insbesondere in einer Stadtgemeinde nicht gering zu veranschlagen ist. Hier eine Grenze der wirtschaftlichen Zumutbarkeit zu ziehen, ist aber im Grundbucheintragungsverfahren wegen der auf die Eintragungsunterlagen beschränkten Erkenntnismöglichkeiten ausgeschlossen.

---

16. WEG § 5 Abs. 2 (Zur Sondereigentumsfähigkeit von Räumen)

**Gemeinschaftliches Eigentum an einem Kellerraum, der den Wohnungseigentümern als Zugang zum Kellerausgang dient. In der Teilungserklärung kann ein solcher Raum nicht dem Sondereigentum zugeordnet werden.**

BayObLG, Beschluß vom 7. 8. 1980 – BReg. 2 Z 46/79 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer des Hauses A.-Straße 8 in S. Der Antragsteller will dem Antragsgegner die Benutzung des an der Rückseite des Hauses befindlichen Kellerausgangs, der zu dem Garten, dem Wäschetrockenplatz, den Garagen und den Holzschuppen führt, verbieten lassen.

Der Kellerausgang wurde im Jahr 1956 in der rückwärtigen Außenwand des Hauses mit einer Außentreppe angebracht. In der Folgezeit benutzten die Bewohner des Hauses den Ausgang, um zu dem hinter dem Haus liegenden Grundstücksteil zu gelangen.

In dem der Teilungsurkunde beigefügten Aufteilungsplan ist der Kellerraum, in dem sich der 1956 eingebaute Kellerausgang befindet, als zu dem Sondereigentum des Antragstellers gehörend eingezeichnet. Der Kellerausgang ist jedoch nicht dargestellt.

Die Antragsgegner benutzen auch in der Folgezeit den rückwärtigen Kellerausgang. Seit 1977 macht der Antragsteller den Antragsgegnern diese Benutzung streitig; er beruft sich dabei auf das ihm nach seiner Meinung an dem zum Kellerausgang führenden Raum zustehende Sondereigentum.

Im ersten Rechtszug hat der Antragsteller beantragt, den Antragsgegnern die Benutzung des rückwärtigen Kellerausgangs zu verbieten.

Mit Beschluß vom 30. 6. 1978 hat das Amtsgericht den Antrag abgelehnt. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht mit Beschluß vom 18. 6. 1979 den Beschluß des Amtsgerichts „abgeändert“ und den Antragsgegnern untersagt, die rückwärtige Kellertüre zu benutzen, um zum rückwärtigen Grundstücksteil zu gelangen.

Gegen den Beschluß des Landgerichts haben die Antragsgegner sofortige weitere Beschwerde eingelegt.

*Aus den Gründen:*

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (& 45 Abs. 1 WEG, §§ 22, 27, 29 FGG).

Sie ist auch begründet.

Der Antragsteller ist nicht berechtigt, den Antragsgegnern die Benutzung des zum Kellerausgang führenden Raumes zu verbieten, denn dieser Raum ist nicht Sondereigentum des Antragstellers, sondern gemeinschaftliches Eigentum der Beteiligten.

Die Beteiligten haben zwar den Kellerraum, um dessen Benutzung sie streiten, in den notariellen Verträgen, mit denen sie das Wohnungseigentum begründet haben, dem Sondereigentum des Antragstellers zugeordnet. Diese Zuordnung ist durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung auch Inhalt des Grundbuchs geworden. Sie verstößt jedoch gegen § 5 Abs. 2 WEG, der eine unabhängige Grenze für die Bildung von Sondereigentum bedeutet (BayObLGZ 1966, 20/21 f.; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 4. Aufl., *Weitnauer/Wirths* WEG 5. Aufl., je Rdnr. 13 zu § 5; *Palandt* BGB 39. Aufl. WEG § 5 Anm. 1).

Nach dieser Vorschrift können Wohnungseigentümer nicht vereinbaren, daß Bestandteile des Gebäudes, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, zum Sondereigentum gehören. Bei dem in Rede stehenden Kellerraum handelt es sich um einen Bestandteil des Gebäudes, der wegen des Zugangs zum Kellerausgang dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dient. Dieser Raum konnte daher nicht zum Sondereigentum bestimmt werden (§ 5 Abs. 2 WEG). Anlagen im Sinn dieser Vorschrift können auch Räume, wie z. B. Flure, Korridore und Treppenhäuser sein (*Bärmann/Pick/Merle* Rdnr. 33, *Weitnauer/Wirths* Rdnr. 11, je zu § 5).

Die Bestimmung zum gemeinschaftlichen Gebrauch ergibt sich zunächst aus dem Umstand, daß durch diesen Raum allein der wiederum einzige Ausgang vom Keller zum rückwärtigen Grundstücksteil mit Garten, Wäschetrockenplatz, Garagen und Holzschuppen erreicht werden kann. Diese sich aus der baulichen Gestaltung ergebende Funktion des Kellerraums wird bestätigt durch die sowohl vor der Begründung des Wohnungseigentums als auch danach noch über Jahre andauernde, vom Antragsteller unbeanstandete Übung der Hausbewohner, diesen Raum als Zugang zum Kellerausgang zu benutzen.

Die Antragsgegner sind demnach Miteigentümer des Zugangs zum Kellerausgang und als solche zu dessen Mitbenutzung (§ 13 Abs. 2 Satz 1 WEG) berechtigt.

---

17. BGB §§ 1408 Abs. 2 S. 2, 1587 e Abs. 1, 1580 S. 2, 1605 Abs. 1 S. 1 (Vertraglicher Ausschluss des Versorgungsausgleichs gem. § 1408 Abs. 2 BGB)

**Der vertragliche Ausschluss des Versorgungsausgleichs wird nur dann unwirksam, wenn der Scheidungsantrag eines Ehegatten innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß rechtshängig wird; es genügt jedoch die Einreichung des Scheidungsantrags bei Gericht während der Jahresfrist, sofern der Antrag dem anderen Ehegatten nach Fristablauf „demnächst“ (§ 270 III ZPO) zugestellt wird.**

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 12. 6. 1980 – 6 UF 177/79 –

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten sind Eheleute. Ein Verfahren auf Scheidung ihrer Ehe ist beim Familiengericht L. rechtshängig. Im vorliegenden Verfahren begehrt die Antragstellerin, dem Antragsgegner möge aufgegeben werden, Auskunft darüber zu erteilen, ob von ihm während der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters- oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit der in § 1587 a II BGB genannten Art begründet oder aufrechterhalten worden sind. Die Beteiligten streiten darüber, ob überhaupt ein Versorgungsausgleich durchzuführen ist oder ob er wirksam ausgeschlossen ist.

Am 31. 1. 1978 haben die Beteiligten einen notariellen Ehevertrag geschlossen, in dem sie außer Gütertrennung (§ 1) und Unterhaltsverzicht (§ 3) in § 2 folgendes vereinbart haben:

„Ausschluß des Versorgungsausgleichs:

Für den Fall unserer Ehescheidung schließen wir hiermit den gesetzlichen Versorgungsausgleich (§§ 1587 ff. BGB) gemäß § 1408 II BGB aus.“

Mit Schriftsatz v. 26. 1. 1979, eingegangenen beim Familiengericht L. am 30. 1. 1979, hat Rechtsanwalt S., der weder beim Familiengericht L. noch beim übergeordneten LG als Rechtsanwalt zugelassen ist, für die Antragstellerin Antrag auf Ehescheidung eingereicht. Dieser Antrag ist dem Antragsgegner am 8. 3. 1979 zugestellt worden. Mit Schriftsatz v. 23. 3. 1979 haben die Rechtsanwälte B. und A., die beim Familiengericht L. zugelassen sind, das Vorbringen gemäß der Antragschrift des Rechtsanwalts S. nochmals wiederholt und sodann erklärt, sie setzen das Verfahren, welches bereits anhängig sei, fort. Dieser Schriftsatz ist am 29. 3. 1979 zugestellt worden.

Der Antragsgegner hat sich geweigert, die von ihm verlangten Auskünfte zwecks Durchführung des Versorgungsausgleichs zu erteilen, aufgrund seiner Ansicht, dieser sei durch den Ehevertrag wirksam ausgeschlossen und der von Rechtsanwalt S. während der Jahresfrist des § 1408 II S. 2 BGB eingereichte Scheidungsantrag habe wegen Fehlens der Postulationsfähigkeit keine rechtlichen Wirkungen gehabt, der Scheidungsantrag sei erst nach Ablauf der Jahresfrist – am 29. 3. 1979 – rechtshängig geworden.

Durch den angefochtenen Beschluß v. 8. 11. 1979 hat das Familiengericht L. dem Antrag entsprochen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antraggegners.

*Aus den Gründen:*

1. Die Beschwerde ist nach § 621 I ZPO statthaft.

Sie ist auch begründet.

2. Gemäß §§ 1587 e I, 1580 S. 2, 1605 I S. 1 BGB ist der eine Ehegatte nur dann verpflichtet, dem anderen Ehegatten Auskünfte über Versorgungswirtschaften oder -aussichten zu geben, soweit dies zur Durchführung eines Versorgungsausgleichs erforderlich ist. Demnach besteht keine Auskunftspflicht, wenn feststeht, daß ein Versorgungsausgleich infolge wirksamen vertraglichen Ausschlusses gemäß § 1408 II S. 1 BGB nicht stattfindet. So liegt der Fall hier, weil die Beteiligten den Versorgungsausgleich durch notariellen Ehevertrag v. 31. 1. 1978 abgeschlossen haben.

Der vertragliche Ausschluß des Versorgungsausgleichs ist – entgegen der Ansicht der Antragstellerin und des Amtsgerichts – nicht gemäß § 1408 II S. 2 BGB unwirksam geworden.

a) Das Gesetz verlangt als Voraussetzung für die Rechtsfolge, daß der Ausschluß des Versorgungsausgleichs unwirksam wird, „Stellen“ eines Antrags auf Scheidung innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß. Es ist daher eindeutig, daß eine bloße privatschriftliche Rücktrittserklärung, die Ankündigung eines Scheidungsantrags oder der Verlautbarung des (ersten und endgültigen) Willens zur Ehescheidung seitens des einen Ehegatten gegenüber dem andern, nicht ausreicht; vielmehr muß schon innerhalb der Jahresfrist von einem Ehegatten das Gericht angerufen werden. Das ergibt sich auch aus dem Normzweck: Jedenfalls einer der vom Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 1408 II S. 2 BGB verfolgten Zwecke ist darin zu erblicken, daß der Mißbrauch des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs verhindert werden soll; demjenigen Ehegatten, der den anderen Ehegatten zur Ausschlußvereinbarung geneigt gemacht oder gar überredet hat, soll nicht ermöglicht werden, alsbald danach ein Scheidungsverfahren ohne Versorgungsausgleich einzuleiten (vgl. *Bergerfurth*, FamRZ 1977, 440, 441; *Rolland*, 1. EheRG, § 1587 o BGB Rz. 7; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, Rz. 677; vgl. auch BGH, NJW 1979, 1289, 1293 li. Sp. oben; mit diesem Zweckgedanken hängt eng zusammen das von *Hillertmeier* – FamRZ 1976, 577, 580 – betonte weitere Gesetzesziel, es solle ganz allgemein die Umgehung des § 1587 o BGB verhindert werden.)

Im übrigen ist es in der Literatur umstritten, auf welchen prozessualen Tatbestand § 1408 II S. 2 BGB mit dem Begriff „Stellen

des Scheidungsantrags“ verweist. Eine Mindermeinung faßt das Gesetz wörtlich auf und verlangt unter Hinweis auf die §§ 608, 624 III, 273, 137 I ZPO das Stellen des Scheidungsantrags in mündlicher Verhandlung (*Kniebes/Kniebes*, DNotZ 1977, 269, 288; *Ruland/Tiemann*, Versorgungsausgleich und steuerliche Folgen der Ehescheidung, Rz. 592). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, weil sie die Einhaltung der Jahresfrist, an der der vertragsreue Ehegatte interessiert ist, von der kaum beeinflussbaren Terminierung durch das FamG und dem Verhalten des anderen Ehegatten (der zum ersten Termin möglicherweise nicht erscheint) abhängig macht und die bestimmte Frist für den vertragsreuen Ehegatten in eine unbestimmte Frist verkürzen würde (vgl. *Palandt/Diederichsen*, a.a.O., § 1408 Anm. 3 b dd.) Eine Andere Mindermeinung läßt die Einreichung der Antragschrift beim FamG ausreichen (*Palandt/Diederichsen*, a.a.O.; *Münch/Komm/Kanzleiter*, Ergänzungsband § 1408 BGB, Rz. 20; *BGB-RGRK/Finke*, 12. Aufl., § 1408 Rz. 32). Diese Ansicht benachteiligt wiederum zu sehr den Antragsgegner, der ein berechtigtes Interesse daran hat, während der Jahresfrist oder zumindest alsbald danach zu erfahren, ob der Ausschluß des Versorgungsausgleichs wirksam geblieben ist oder nicht. Diesem Interesse tragen die zuletzt genannten Autoren in denjenigen Fällen nicht genügend Rechnung, in denen der Scheidungsantrag mangels Zahlung des erforderlichen Gerichtskostenvorschusses (wenn auch kein Armenrecht bewilligt und kein Antrag nach § 65 VII Nr. 4 GKG gestellt wird) entweder gar nicht oder erst sehr viel später nach Fristablauf zugestellt wird.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen erscheint dem Senat allein sachgerecht die Auslegung, die die Rechtshängigkeit – die Zustellung – des Scheidungsantrags verlangt, wobei freilich auch § 270 III ZPO zu beachten ist (vgl. §§ 608, 624 III ZPO): Wird der Scheidungsantrag vor Fristablauf bei Gericht eingereicht und nach Fristablauf, aber „demnächst“ zugestellt, so ist die Jahresfrist gewahrt. Diese Auslegung vermeidet die Nachteile der vorgenannten Meinungen, trägt den Interessen beider Ehegatten hinreichend Rechnung und steht im Einklang mit dem Normzweck des § 1408 II S. 2 BGB; sie entspricht auch dem System all derjenigen gesetzlichen Regelungen, die die Unterbrechung einer Verjährungsfrist oder die Wahrung einer Ausschlußfrist von der Klageerhebung bzw. von der „gerichtlichen Geltendmachung“ des Anspruchs abhängig machen (vgl. u.a.: § 209 I BGB; § 1002 I BGB, dazu *Soergel/Siebert/Mühl*, BGB, 11. Aufl., § 1002 Rz. 3, unter Hinweis auf § 209 I und II Nr. 1–3; §§ 1594 I, 1599 I BGB, dazu *BGHZ* 31, 342 ff. § 35 I EheG; § 12 III VVG, dazu *BGH*, VersR 1968, 81; Art. 12 III des Ges. zum NATO-Truppenstatut – NTS-AG –).

Die Auslegung des Senats stimmt mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Ansicht überein (*Bergerfurth*, a.a.O.; *Erman/Heckelmann*, BGB, 6. Aufl., Nachtragsheft § 1408 Rz. 4; *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., § 28 II 9 Fußn. 10; *Maier*, Versorgungsausgleich in der Rentenversicherung, S. 22; *Reinartz*, DNotZ 1978, 267, 282; *Rolland*, a.a.O., § 1587 o BGB Rz. 8; *Voskuhl/Pappai/Niemeyer*, Versorgungsausgleich in der Praxis, S. 11).

b) Die vorstehend dargelegte Auslegung des § 1408 II S. 2 BGB, wonach nur das prozeßrechtlich relevante „Stellen“ des Scheidungsantrags, also ein wirksamer Scheidungsantrag, der auch geeignet ist, die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens herbeizuführen (und zwar spätestens „demnächst“ nach Ablauf der Frist), die Jahresfrist wahren kann, bedeutet für den vorliegenden Fall:

Die von RA S. vor Fristablauf eingerichtete Scheidungsantragschrift war hierfür ungeeignet; sie war wegen Verstoßes gegen die zwingende Vorschrift des § 78 I S. 2 ZPO wirkungslos.

Eine Heilung des Mangels durch spätere Genehmigung der bis-

herigen Prozeßführung durch einen postulationsfähigen Rechtsanwalt ist jedenfalls mit Rückwirkung nicht möglich; die „Genehmigung“, mag sie in einer Wiederholung (Neuvornahme) der erforderlichen Prozeßhandlung oder in einer Bezugnahme auf die vorausgegangene nichtige Prozeßhandlung bestehen, kann nur in die Zukunft wirken.

Demnach ist im vorliegenden Fall beim Familiengericht erstmals am 26. 3. 1979 – nach Ablauf der Jahresfrist – ein i.S. des § 1408 II S. 2 BGB geeigneter Scheidungsantrag eingereicht worden. Der innerhalb der Frist vom nicht postulationsfähigen Rechtsanwalt S. eingereichte Scheidungsantrag war unheilbar wirkungslos.

18. BGB §§ 2287, 2351 (*Zur Frage, wann eine beeinträchtigende Schenkung des erbvertraglich gebundenen Erblassers vorliegt*)

**1. Die Einsicht des Erblassers, seine Ehefrau in seinen Verfügungen von Todes wegen unzureichend bedacht zu haben, und sein daraus folgendes Streben, einen Erbvertrag mit seinen Söhnen zugunsten des Ehegatten zu korrigieren, begründen für sich allein kein billigenswertes lebzeitiges Eigeninteresse im Sinne des Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Anschluß an BGHZ 59, 343; 66, 8).**

**2. Der durch Erbvertrag gebundene Erblasser ist nicht gehindert, den Erbverzicht seines Ehegatten durch Vertrag gem. § 2351 BGB wieder aufzuheben; die Vertragserben müssen das hinnehmen. Auch ohne einen derartigen Aufhebungsvertrag ist der dem Vertragserben gem. § 2287 BGB an sich zukommende Schutz entsprechend eingeschränkt, und zwar so weit, wie dem Erblasser der Weg des § 2351 BGB offen gestanden hätte.**

BGH, Urteil vom 12. 6. 1980 – IV a ZR 5/80 –

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger und seine Brüder Herbert und Georg sind die Kinder des am 27. Oktober 1971 verstorbenen J. (Erblasser) aus dessen erster Ehe; ein weiterer Bruder Willi ist vorverstorben. Der Erblasser war seit 1944 in zweiter Ehe mit der Beklagten verheiratet. In einem Rechtsstreit zwischen dem Erblasser und seinem Sohn Georg vor dem Landgericht schlossen diese, der Kläger und dessen Bruder Herbert am 3. Juli 1967 im Rahmen eines Prozeßvergleiches einen Erbvertrag, durch den der Erblasser seine drei noch lebenden Kinder Hans (Kläger), Herbert und Georg zu gleichen Teilen zu seinen alleinigen Erben einsetzte. Die Beklagte und der Erblasser hatten durch notariellen Vertrag vom 7. September 1961 wechselseitig auf ihr gesetzliches Erbrecht nach dem Erstverstorbenen (einschließlich des Pflichtteils) verzichtet. Am 12. März 1968 schenkte der Erblasser der Beklagten 45 000,- DM, nach der Behauptung des Klägers sogar 100 000,- DM. Aufgrund notariellen Vertrages vom 19. Juli 1968 schenkte der Erblasser der Beklagten darüber hinaus ein Hausgrundstück. Der Kläger läßt beide Schenkungen nicht gelten. Er hat die Auffassung vertreten, beide Schenkungen und auch deren dinglicher Vollzug seien als Aushöhlungsgeschäfte nichtig. Es handele sich um unzulässige Verfügungen von Todes wegen. Der Erblasser habe mit ihnen praktisch über sein gesamtes Vermögen verfügt. Überdies seien beide Schenkungen in der Absicht erfolgt, ihn und die übrigen Vertragserben zu benachteiligen.

Der Kläger nimmt die Beklagte aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner Brüder Herbert und Georg in Anspruch und verlangt Auflassung des Grundstücks sowie Bewilligung der „Grundbuchberichtigung“ und Herausgabe, ferner Zahlung von 100 000,- DM nebst Zinsen, hilfsweise Feststellung der Unwirksamkeit der Schenkungen vom 12. März und vom 9. Juli 1968. Beide Vorinstanzen haben die Klage für unbegründet gehalten. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch aus § 2287 BGB verneint, weil der Kläger nicht habe nachweisen können, daß der Erblasser die Schenkung (gemeint sind beide Schenkungen) in der Absicht gemacht habe, den Kläger (oder dessen Brüder) zu beeinträchtigen. Dem Kläger sei es nicht gelungen, die Benachteiligungsabsicht durch den Nachweis darzutun, daß es dem Erblasser an einem lebzeitigen Eigeninteresse an den Schenkun-

gen gefehlt habe. Dem stehe entgegen, daß der Erblasser nach den Bekundungen des beurkundenden Notars als Motiv für die Schenkungen angegeben habe, es gehe ihm um die Sicherheit seiner Ehefrau nach seinem Ableben. Der Erblasser habe auch Anlaß gehabt, sich um die wirtschaftliche Sicherung seiner Ehefrau Sorgen zu machen. Im Hinblick auf den Erbverzicht der Beklagten stelle die versprochene Rente von monatlich 700,- DM auch in Verbindung mit dem ihr im Juni 1968 eingeräumten Wohnrecht an dem Anwesen Nr. 11 im Verhältnis zu den materiellen Möglichkeiten des Erblassers keine ausreichende wirtschaftliche Sicherung der Beklagten dar.

Diese Ausführungen begegnen rechtlichen Bedenken. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat seit dem grundlegenden Urteil vom 5. Juli 1972 (BGHZ 59, 343, 350) den Zweck des § 2287 BGB betont. Dieser Zweck geht dahin, § 2286 BGB einzuschränken und den Vertragserben bei Schenkungen vor mißbräuchlicher Ausübung des dem Erblasser an sich verbliebenen Rechts, über sein Vermögen auch weiterhin durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen, Schutz zu bieten. Dieser Schutz greift, wie das Berufungsgericht an sich nicht verkannt hat, nach der Rechtsprechung des Senats aber nicht ein, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen Schenkung hat. Ein lebzeitiges Eigeninteresse in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Dabei kommt den Gründen, die den Erblasser zu der Verfügung bestimmt haben, ausschlaggebendes Gewicht zu. Hier kommt es darauf an, ob diese Gründe ihrer Art nach so sind, daß der Vertragspartner sie anerkennen und deswegen die sich aus der Verfügung für ihn ergebende Benachteiligung hinnehmen muß. Das ist in der Regel aber nicht der Fall, wenn der Erblasser ohne Änderung der bei Abschluß des Vertrages gegebenen Umstände allein wegen eines auf eine Korrektur der Verfügung von Todes wegen gerichteten Sinneswandels anstelle der bedachten einer anderen Person wesentliche Vermögenswerte zuwendet, nur weil diese andere Person ihm – jetzt – genehmer ist (BGHZ 59, 343; 66, 8).

Die Annahme eines lebzeitigen Eigeninteresses des Erblassers durch das Oberlandesgericht ist von Rechtsirrtum beeinflusst.

Das Oberlandesgericht hält die wirtschaftliche Sicherung der Beklagten durch eine monatliche Rente von 700,- DM und ein Wohnrecht im Blick auf die finanziellen Verhältnisse des Erblassers nicht für ausreichend. Der Erblasser habe deshalb Anlaß gehabt, sich um die Sicherung seiner Frau Sorgen zu machen. Wie der Gesamtzusammenhang des Urteils ergibt, will das Berufungsgericht damit sagen, der Grund für die Schenkungen des Erblassers sei der, daß er die Beklagte mit Hilfe der Schenkungen für die Zeit nach seinem Ableben besser habe sichern wollen.

Der Erblasser und die Beklagte hatten bei der Vereinbarung des Erbverzichts am 7. September 1961 eine Versorgung der Beklagten durch eine monatliche Rente von 450,- DM als ausreichend angesehen. Sie hatten diese Rente am 10. Februar 1967 durch eine solche in Höhe von monatlich 700,- DM ersetzt, wobei durch eine Anbindung dieses Betrages an den Lebenshaltungskostenindex mit Hilfe einer Gleitklausel einer schleichenden Entwertung dieser Rente vorgebeugt war. Seitdem war eine Änderung der Umstände, die für die Bemessung einer angemessenen Versorgung der Beklagten von Bedeutung sein konnten, nicht eingetreten. Wenn der Erblasser der Beklagten in dieser Lage trotzdem wesentliche Teile seines Vermögens schenkte, dann tritt darin nichts anderes als ein Sinneswandel zutage, indem er nunmehr danach trachtete, die bindend vereinbarte Erbfolgeordnung zugunsten der Beklagten in der Sache zu korrigieren. Allein die

mögliche Einsicht des Erblassers, seine Frau vielleicht doch zu gering bedacht zu haben, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Vertragserben sollten benachteiligt werden, indem die Beklagte zu Lebzeiten bereits wesentliche Vermögensvorteile erhielt, die sonst an den Kläger und seine Brüder gegangen wären. In einem solchen Fall können die benachteiligten Erben die Herausgabe der verschenkten Gegenstände gemäß § 2287 BGB von dem Beschenkten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

2. Der hier zu entscheidende Fall zeichnet sich jedoch durch die Besonderheit aus, daß die Beklagte gemäß § 2346 BGB auf ihr gesetzliches Erbrecht als Ehefrau des Erblassers verzichtet hatte. Hier stellt sich die Frage, ob der Schutz, den § 2287 BGB dem Vertragserben im allgemeinen gewährt, gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten, der auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, Einschränkungen erfährt. Diese in Rechtsprechung und Schrifttum – soweit ersichtlich – in dieser Form noch nicht erörterte Frage ist nach der Auffassung des Senats zu bejahen. Der Erbverzicht kann gemäß § 2351 BGB durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden jederzeit wieder aufgehoben werden. Der Verzichtende erlangt dadurch dieselbe Stellung wieder, die er ohne den Erbverzicht hatte. Das gilt auch dann, wenn der Erblasser in der Zwischenzeit die Erbfolge – wie im vorliegenden Fall – durch Erbvertrag festgelegt hatte. Die Beklagte wäre in einem solchen Fall durch die Aufhebung des Erbverzichts selbstverständlich nicht Erbin geworden, hätte aber jedenfalls ihren Pflichtteil beanspruchen können, und zwar ohne daß der Kläger und seine Brüder daran etwas hätten ändern können. Die Aufhebung des Erbverzichts wäre, auch bei Unentgeltlichkeit, keine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers an die Beklagte im Sinn von § 516 BGB und keine Schenkung im Sinn von §§ 516, 2287 BGB gewesen und könnte daher ihrerseits auch keine Ansprüchkeit aus § 2287 BGB auslösen. Hieraus folgt, daß der Kläger und seine Brüder trotz ihrer Stellung als Vertragserben den Schutz des § 2287 BGB jedenfalls insoweit nicht beanspruchen können, wie die Rechte des Erblassers aus § 2351 BGB reichen.

Nun haben der Erblasser und die Beklagte allerdings dem Wortlaut der beiden notariellen Verträge vom 10. Februar 1967 nach von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Aber auch wenn die Verträge nicht in dieser Weise auszulegen sind, darf das dem Kläger und seinen Brüdern nicht zugute kommen; auch dann noch ist der ihnen gemäß § 2287 BGB an sich zukommende Schutz dem Umfang nach entsprechend eingeschränkt. Auch in einem solchen Fall müssen der Kläger und seine Brüder zurücktreten, und zwar so weit, wie dem Erblasser der Weg des § 2351 BGB offengestanden hätte; das heißt praktisch, soweit die Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte den Wert eines ihr im Falle der Aufhebung des Erbverzichts zukommenden Pflichtteils nicht überstiegen.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

19. BGB § 181 HGB §§ 48, 49, 53 Abs. 1, §§ 161 ff. (Die Befreiung eines Prokuristen von § 181 BGB kann im Handelsregister eingetragen werden)

**1. Bei einer GmbH & Co. KG kann der Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft zugleich Prokurist der Kommanditgesellschaft sein.**

**2. Eine ihm in seiner Eigenschaft als Prokurist erteilte allgemeine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ist in das Handelsregister einzutragen.**

BayObLG, Beschluß vom 14. 7. 1980 – BReg. 1 Z 17/80 – mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

Die R. GmbH & Co. KG ist im Handelsregister des Amtsgerichts P. eingetragen. Kommanditisten sind der Bauingenieur R. und Frau E. R. ist zugleich Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der Komplementärin. Außerdem ist ihm für die Kommanditgesellschaft Einzelprokura mit der Ermächtigung zur Belastung und Veräußerung von Grundstücken erteilt worden; das Handelsregister enthält seit dem 11. 12. 1975 eine entsprechende Eintragung.

Zur weiteren Eintragung meldeten die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft unter dem 21. 11. 1979 in notariell beglaubigter Form neben einer Herabsetzung der Kommanditeinlagen die Befreiung des Prokuristen R. von den Beschränkungen des § 181 BGB an. Die Anmeldung wurde vom Urkundsnotar unter Beifügung einer von ihm beglaubigten Fotokopie eines notariell beglaubigten Gesellschafterbeschlusses vom 19. 6. 1978 mit dem Antrag auf Vollzug beim Amtsgericht – Registergericht – eingereicht.

Die Herabsetzung der Einlagen wurde – dem Vollzugsbegehren entsprechend – in das Handelsregister eingetragen; die Eintragung der Befreiung des Prokuristen von den Beschränkungen des § 181 BGB hingegen lehnte das Registergericht ab, weil es eine solche Eintragung bei der Prokura – anders als bei der Vertretungsbefugnis eines GmbH-Geschäftsführers oder des Vorstands einer Aktiengesellschaft – für unzulässig hielt. Der gegen diese Entscheidung vom Urkundsnotar erhobenen Erinnerung half der Rechtspfleger nicht ab. Auch der Richter erachtete sie für unbegründet und legte sie deshalb dem Landgericht als Beschwerde vor.

Dieses wies die Beschwerde mit Beschluß vom 17. 1. 1980 als unbegründet zurück.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die vom Notar eingelegte weitere Beschwerde.

### Aus den Gründen:

Die – an keine Frist gebundene – weitere Beschwerde ist statthaft (§ 27 FGG) und formgerecht erhoben (§ 29 Abs. 1 Sätze 1 und 3 FGG).

Das somit zulässige Rechtsmittel ist auch begründet, denn das angemeldete Rechtsverhältnis, wonach der Gesellschafter und alleinige Geschäftsführer der Komplementärin, R., in seiner weiteren Eigenschaft als Prokurist der Kommanditgesellschaft allgemein befugt ist, die Gesellschaft – in Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 181 BGB – auch bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten zu vertreten, ist nach Ansicht des Senats in das Handelsregister einzutragen.

1. Die bei einer personellen Verflechtung der vorliegenden Art sich aufdrängende – und auch entscheidungserhebliche – Vorfrage, ob bei einer GmbH & Co. KG der Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft zugleich Prokurist der Kommanditgesellschaft sein kann, muß bejaht werden. Die insoweit bereits bestehende Eintragung ist also zulässig. Zwar fällt bei der hier gegebenen Ausgestaltung der Vertretungsverhältnisse die für die Kommanditgesellschaft erteilte Prokura mit der gesetzlichen Vertretung der Kommanditgesellschaft praktisch in der Hand einer einzigen natürlichen Person zusammen, da die gesetzliche Vertretung der Kommanditgesellschaft naturgemäß nur durch den gesetzlichen Vertreter ihrer Komplementärin ausgeübt werden kann. In aller Regel wird deshalb für die Erteilung der Prokura an den Geschäftsführer der Komplementärin auch kein wirtschaftliches Bedürfnis bestehen, jedenfalls nicht im Blick auf das für die Vertretungsmacht maßgebende Außenverhältnis, da der Geschäftsführer einer Komplementärgesellschaft verpflichtet und befugt ist, die Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft umfassend wahrzunehmen. Der Senat vertritt jedoch in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Hamm (BB 1973, 354) die Auffassung, daß es nicht darauf ankommt, ob ein wirtschaftliches Bedürfnis für eine solche Regelung der Vertretungsverhältnisse besteht, sondern daß nur maßgebend sein kann, ob die Erteilung der Prokura für die Kommanditgesellschaft an den Geschäftsführer ihrer Komplementärin mit dem geltenden Recht vereinbar ist. Insoweit bestehen keine durchgreifenden Bedenken, denn der Geschäftsführer der Komplementärin ist im recht-

lichen Verhältnis zur Kommanditgesellschaft Dritter, nicht deren gesetzlicher Vertreter.

Bei einer GmbH & Co. KG sind die Komplementärin und die Kommanditgesellschaft trotz ihrer Verbindung zwei selbständige, streng voneinander zu trennende Gesellschaften. Das gilt auch für ihre Vertretung; der Geschäftsführer der Komplementärgesellschaft handelt nur als deren Vertreter, also für die GmbH, während die gesetzliche Vertretung der Kommanditgesellschaft allein eben dieser GmbH zukommt (vgl. OLG Hamm a.a.O.; OLG Hamburg GmbH-Rdsch 1961, 128; *Baumbach/Duden* § 161 BGB Anm. 7 A). Wenn auch für die GmbH deren Geschäftsführer handelt, so ändert dies doch – theoretisch – nichts daran, daß dieser keine gesetzliche Vertretungsmacht für die Kommanditgesellschaft hat. Wird ihm also für die Kommanditgesellschaft Prokura erteilt, so fällt die dadurch verliehene Vertretungsmacht rechtlich nicht mit der gesetzlichen Vertretungsmacht zusammen.

2. Was nun die eigentliche, bisher – soweit ersichtlich – noch nicht obergerichtlich entschiedene Frage anbelangt, ob die generelle Befreiung eines Prokuristen vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) in das Handelsregister einzutragen ist, so sind die Vorinstanzen zutreffend von dem Grundsatz ausgegangen, daß der Kreis der in das Handelsregister einzutragenden Tatsachen im Gesetz abschließend geregelt ist, daß also nur diejenigen Eintragungen zulässig sind, die das Gesetz ausdrücklich anordnet oder wenigstens zuläßt (vgl. § 23 Satz 1 HRV; *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 3. Aufl. Rdnr. 27 mit FN 84; *Schlegelberger* § 8 HGB Rdnrn. 16, 17, *Würdinger* § 8 HGB Rdnr. 7, je m. Nachw.). Es trifft auch zu, daß das Handelsregister nicht dazu bestimmt ist, über alle Rechtsverhältnisse der Kaufleute Auskunft zu geben, sondern nur dazu dient, gewisse Rechtsverhältnisse, die das Gesetz für den rechtsgeschäftlichen Verkehr als wesentlich ansieht, zu verlautbaren (RGZ 132, 138/140; OLG Karlsruhe GmbH-Rdsch 1964, 78). Richtig ist schließlich auch, daß nicht eingetragen werden darf, was das Gesetz zur Eintragung nicht zuläßt (*Schlegelberger* und *Würdinger* a.a.O.; zu allem: BayObLGZ 1971, 55 f.).

Gleichwohl ist die Eintragungsfähigkeit der allgemeinen Befreiung eines Prokuristen von den Beschränkungen des § 181 BGB grundsätzlich zu bejahen.

a) Allerdings ist bezüglich der Rechtsverhältnisse eines Prokuristen in § 53 HGB nur bestimmt, daß die Erteilung der Prokura, ihre Erteilung als Gesamtprokura und das Erlöschen der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Sachlich nichts anderes kann dem § 40 Nr. 4 und dem § 43 Nr. 5 HRV entnommen werden, wonach die Spalte 4 des Handelsregisters Abteilung A und die Spalte 5 des Handelsregisters Abteilung B zur Aufnahme aller die Prokura betreffenden Eintragungen dienen; diese Vorschriften weisen lediglich den im Gesetz vorgesehenen Eintragungen eine bestimmte Stelle des Registerblatts zu. Besondere Inhalte der Prokura sind aber auch dann zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn insoweit eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung fehlt. Die Notwendigkeit hierzu ergibt sich aus der vom Gesetz gebilligten Möglichkeit, daß die Prokura außer ihrem Norminhalt weitere Befugnisse umfassen und in einer für den Rechtsverkehr erheblichen Weise eingeschränkt werden kann (BayObLGZ 1971, 55/58).

Daß das Gesetz auch ohne besondere Anordnung die Prokura so eingetragen wissen will, wie sie erteilt wurde, also auch mit einer rechtlich zulässigen Erweiterung oder Beschränkung, ergibt sich bereits daraus, daß es in § 50 Abs. 3 HGB die Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen für zulässig erklärt, gleichwohl aber weder in § 53 HGB noch an anderer Stelle ausdrücklich anordnet, daß eine solche Beschränkung der Prokura anzumelden und in das Handelsregister einzutragen ist (vgl. LG Aachen MittRhNotK 1968, 563; *Würdinger* § 50

HGB Rdnr. 4; *Schlegelberger* Rdnr. 6, *Baumbach/Duden* Anm. 1 B, je zu § 53 HGB). Ferner ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung seit langem anerkannt, daß die Prokura auch in der Weise erteilt werden kann, daß der Prokurist im Rahmen der Prokura-Geschäfte an die Mitwirkung einer Person gebunden wird, die dem gesetzlichen Vertretungsorgan der Gesellschaft angehört oder dieses allein repräsentiert (BayObLGZ 1973, 148/159; OLG München JFG 19, 234/236 und 22, 19/20; *Schlegelberger* § 48 HGB Rdnr. 18; *Würdinger* § 49 HGB Rdnr. 8). Dabei handelt es sich nicht um eine Gesamtprokura im Sinne des § 48 Abs. 2 HGB, sondern um eine besondere Art der Prokura, die zwar im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, deren Zulässigkeit aber insbesondere aus den §§ 48 Abs. 2 und 50 HGB hergeleitet wird (OLG München JFG 22, 19/22). Eine Vorschrift, welche die Anmeldung dieser modifizierten Prokura (BayObLG DNotZ 1970, 429; OLG Hamburg GmbH-Rdsch 1961, 128; OLG Hamm DNotZ 1968, 445/446) ausdrücklich anordnet, ist im Gesetz nicht enthalten. Die Zulässigkeit einer solchen Anmeldung und Eintragung wird aber als selbstverständlich vorausgesetzt (BayObLGZ 1971, 55/59; OLG München JFG 19, 234/236).

Schließlich wird – nunmehr nahezu einhellig – von Rechtsprechung und Schrifttum auch die Eintragung der Befugnis des Prokuristen zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken (§ 49 Abs. 2 HGB) für zulässig erachtet, obwohl das Gesetz auch insoweit keine ausdrückliche Anordnung enthält (BayObLGZ a.a.O. S. 56 ff. m. Nachw.; *Würdinger* Rdnr. 1, *Baumbach/Duden* Anm. 1 B und jetzt auch *Schlegelberger* Rdnr. 4, je zu § 53 HGB). Dabei wird die Zulässigkeit der Eintragung damit begründet, daß die dem Prokuristen gemäß § 49 Abs. 2 HGB erteilte Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken Inhalt der Prokura – und nicht eine neben der Prokura erteilte, besondere Vollmacht – sei und die vom Gesetz zugelassene Ausstattung der Prokura mit einer über den Regelfall hinausgehenden Vertretungsmacht in das Handelsregister eingetragen werden müsse, ohne daß es hierzu einer ausdrücklichen Anordnung im Gesetz bedürfe (BayObLG a.a.O.).

b) Dies alles haben freilich auch schon die Vorinstanzen erkannt und dementsprechend zutreffend darauf abgestellt, ob die allgemeine Befreiung des Prokuristen vom Verbot des Selbstkontrahierens (eintragungsfähiger) Inhalt der Prokura oder eine neben der Prokura erteilte, (nicht eintragungsfähige) besondere Vollmacht ist. Das Ergebnis der hierzu angestellten Erwägungen, daß nämlich die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren eine besondere, neben der Prokura hergehende Vollmacht sei, hält der rechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand. Die Vorinstanzen haben sich dabei allerdings offenbar an die Empfehlung (BayObLG a.a.O. S. 59 unter c) gehalten, daß eine zurückhaltende Praxis des Registergerichts in den Fällen, in denen die Eintragungsfähigkeit einer angemeldeten Tatsache nicht ohne weiteres aus dem Gesetz abgelesen werden kann, so lange am Platze sei, bis die Zulässigkeit einer solchen Eintragung durch eine obergerichtliche Entscheidung anerkannt ist.

Der Senat vertritt die Auffassung, daß die einer Person in ihrer Eigenschaft als Prokurist erteilte, allgemeine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens in aller Regel – und so auch hier – Inhalt der Prokura ist.

Die Beschränkungen des § 181 BGB sind – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – einer jeden Vertretungsmacht immanent; das Verbot des Selbstkontrahierens gilt also für Vertretungen jeglicher Art, sowohl für gewillkürte als auch für gesetzliche. Die Prokura als herkömmliche kaufmännische Vollmacht, deren Umfang im übrigen in §§ 49 f. HGB gesetzlich geregelt ist, bildet dabei keine Ausnahme. Wenn aber das Verbot des Selbstkontrahierens einer jeden Vertretungsmacht innewohnt, so bedeutet dies, daß die Gestattung des Selbstkontrahierens als Befreiung

von diesem Verbot begriffsnotwendig das Bestehen – oder jedenfalls die gleichzeitige Erteilung – einer bestimmten Vollmacht voraussetzt. Die Gestattung des Selbstkontrahierens erweitert diese Vollmacht, und zwar in der Weise, daß der Bevollmächtigte für den Vollmachtgeber diejenigen Rechtsgeschäfte, zu denen er im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht befugt ist, aufgrund der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auch mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten wirksam vornehmen kann. Die allgemeine Gestattung des Selbstkontrahierens ist also keine besondere Vollmacht neben einer anderen Vollmacht, sondern Teil ihres Inhalts. Wird somit einem Prokuristen in dieser Eigenschaft vom Geschäftsinhaber allgemein das Selbstkontrahieren gestattet, so kann er mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nur die Geschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, zu denen ihn die Prokura ermächtigt. Es geht also – ebenso wie bei der Ermächtigung gemäß § 49 Abs. 2 HGB – allein darum, mit welcher Vertretungsmacht eine bestimmte Person in ihrer Eigenschaft als Prokurist ausgestattet ist (vgl. BayObLG a.a.O. S. 57 f.). Eine darüber hinausgehende Gestattung des Selbstkontrahierens für Geschäfte, die den Rahmen der Prokura sprengen würden, wird in aller Regel nicht bezweckt. Eine solche Sondervollmacht war auch im vorliegenden Fall ersichtlich nicht gewollt, denn aus dem mit der Anmeldung vorgelegten Gesellschafterbeschuß ergibt sich, daß die hier in Frage stehende Befreiung dem Gesellschafter und Geschäftsführer R. ausdrücklich in seiner Eigenschaft als Prokurist erteilt wurde. Bei solcher Sachlage geht die Befreiung nicht als besondere Vollmacht neben der Prokura einher, sondern ist als bloße Erweiterung aufs engste mit ihr verbunden. Schließt der Prokurist mit sich selbst ein Geschäft, so muß er für seinen Geschäftsherrn auch als Prokurist zeichnen (§ 51 HGB; vgl. BayObLG a.a.O.), und wird die Prokura widerrufen (§ 52 Abs. 1 HGB), so entfällt damit auch die Befugnis des Prokuristen, für seinen Geschäftsherrn Geschäfte mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten zu schließen; die allgemeine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens steht und fällt mit der Prokura, sie teilt deren Schicksal.

Wenn somit eine Prokura in zulässiger Weise mit der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ausgestattet ist, so bedarf es auch insoweit nicht zwingend einer ausdrücklichen Anordnung im Gesetz, daß dieser besondere Inhalt der Prokura zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und demgemäß einzutragen ist (vgl. BayObLG a.a.O. S. 58).

20. HGB § 159, 129 (Zur Weiterhaltung des ehemaligen persönlich haftenden Gesellschafters bei Umgestaltung der Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG)

**Der ehemalige persönlich haftende Gesellschafter, der bei Umgestaltung der Handelsgesellschaft in eine GmbH & Co. KG Kommanditist wird und als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Geschäfte der Gesellschaft weiterführt, kann wegen seiner unbeschränkten Haftung für die vor der Umwandlung entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht die Sonderverjährung der § 159 HGB in Anspruch nehmen (teilweise Abweichung von BGHZ 73, 217).**

BGH, Urteil vom 22. 9. 1980 – II ZR 204/79 – mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger macht Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall vom 20. August 1971 geltend, in den ein Baustellenfahrzeug der B.-KG verwickelt war. Auf seine im Juli 1972 erhobene Klage steht seit dem Urteil des Oberlandesgerichts rechtskräftig fest, daß die KG den Unfallschaden des Klägers zu ersetzen hat.

Mit der am 13. Mai 1978 zugestellten Klage nimmt der Kläger nun den Beklagten auf Ersatz von Verdienstaustfall in Anspruch; außerdem beantragt er festzustellen, daß der Beklagte auch den künftigen materiellen Unfallschaden zu ersetzen habe. Der Beklagte war im Unfallzeitpunkt persönlich haftender Gesellschafter der KG. Mit deren Umwandlung in eine GmbH & Co. KG wurde er Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH; sein „Ausscheiden“ als persönlich haftender Gesellschafter und sein „Eintritt“ als Kommanditist sind mit den übrigen Veränderungen in der Gesellschaft am 4. Mai 1973 ins Handelsregister eingetragen worden. Der Beklagte bestreitet seine Ersatzverpflichtung nach Grund und Höhe. Außerdem hat er die Einrede erhoben, die Ansprüche seien ihm gegenüber verjährt.

Das Landgericht hat den Zahlungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und der Feststellungsklage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat die Verjährungseinrede durchgreifen lassen: Nachdem der Beklagte als persönlich haftender Gesellschafter ausgeschieden und sein Ausscheiden im Handelsregister eingetragen worden sei, habe zu seinen Gunsten die besondere Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1 HGB zu laufen begonnen. Diese habe nicht wie im Regelfall fünf, sondern nur drei Jahre betragen, weil der Anspruch gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens einer kürzeren, nämlich gemäß § 852 BGB der nur dreijährigen Verjährung unterlegen habe. Die dreijährige Frist sei aber abgelaufen, bevor der Kläger den Beklagten verklagt habe. Die vor dem Ausscheiden gegenüber der Kommanditgesellschaft herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung brauche der Beklagte nicht gegen sich gelten zu lassen.

Diesen Ausführungen ist schon im Ausgangspunkt nicht zu folgen. § 159 HGB regelt eine (vom Lauf der für die Gesellschaft geltenden Verjährungsfrist unabhängige) Verjährung der Ansprüche gegen solche Gesellschafter, die aus der Gesellschaft ausgeschieden sind. Die Vorschrift sagt dagegen unmittelbar nichts darüber aus, was zugunsten eines Gesellschafters gilt, der der Gesellschaft als Kommanditist weiter angehört, aber für frühere Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§ 128 HGB), weil sich seine Handelsregistereintragung verzögert hatte (§ 176 HGB) oder weil er – wie hier der Beklagte – zunächst persönlich haftender Gesellschafter war und erst nach Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeit in die Rechtsstellung des Kommanditisten übergewechselt ist. Es kann daher nur eine entsprechende Anwendung der Vorschrift in Betracht gezogen werden. Ob sie zu bejahen ist, hängt davon ab, ob und inwieweit Sinn und Zweck des § 159 HGB es rechtfertigen, die dort geregelte Sonderverjährung auch für jene Fallgruppen gelten zu lassen.

Der Senat hat bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt (BGHZ 50, 232, 236), daß diese Vorschrift einem aner kennenswerten Bedürfnis des ausgeschiedenen Gesellschafters Rechnung trägt, seine Nachhaftung zeitlich zu begrenzen. Denn er hat mit der Gesellschaft nichts mehr zu tun und ist am Gesellschaftsvermögen nicht mehr beteiligt. Er hat vor allem auf die Geschäftsführung der Gesellschaft im allgemeinen und auf die Abwicklung der noch seine Haftung betreffenden Geschäfte im besonderen keinen Einfluß mehr; vielfach wird er darüber nicht einmal etwas genaues erfahren, und seine Beweislage ist schlecht. Unter diesen Umständen liegt es nahe, ihm zuzubilligen, daß er spätestens nach 5 Jahren Gewißheit erhält, nun wegen seiner alten Haftung endgültig nicht mehr belangt werden zu können. Andererseits mag zwar der Gesellschaftsgläubiger dereinst seine Geschäfte mit der Gesellschaft gerade im Vertrauen auf die Kreditwürdigkeit dieses Gesellschafters abgeschlossen haben. Aber je mehr Zeit vergeht, umso mehr verflüchtigt sich regelmäßig die Bedeutung solcher bei Vertragsschluß vorherrschender Motive; jedenfalls kann dem Gläubiger, wenn er schon auf die Haftung gerade dieses Gesellschafters gebaut haben sollte, zugemutet werden,

ihn dann auch innerhalb angemessener Frist nach dem Ausscheiden in Anspruch zu nehmen, wenn sich seine Befriedigung durch die Gesellschaft verzögert.

Diese Überlegungen treffen auf den Kommanditisten, der noch für frühere Gesellschaftsverbindlichkeiten uneingeschränkt mit seinem Privatvermögen haftet, nicht ohne weiteres zu. Zwar ist auch er regelmäßig an der Geschäftsführung nicht beteiligt (§ 164 HGB), aber er gehört der Gesellschaft weiterhin an und steht der Abwicklung der Geschäfte nicht so fern wie der Ausgeschiedene. Für eine angemessene Begrenzung der Zeit, in der seine Haftungsbeschränkung noch nicht voll durchgreift, wird immerhin dann ein begründetes Interesse anerkannt werden können, wenn er nur deshalb für Altschulden haftet, weil er der vielfach als überzogen streng empfundenen Regelung des § 176 HGB unterliegt, die dem Gläubiger in der Praxis wohl mehr aus Zufall als wegen eines schutzwerten Vertrauens zugute kommt; insoweit wird auch im Schrifttum die entsprechende Anwendung der Verjährungsvorschriften des § 159 HGB befürwortet (*Schilling* in *Großkomm. z. HGB*, 3. Aufl., Anm. 25 zu § 176 und 52 zu § 177; *Schlegelberger/Gebler*, HGB, 4. Aufl., Anm. 8 zu § 176).

Deutlich anders als beim ausgeschiedenen Gesellschafter liegen die Verhältnisse jedoch, wenn eine handelsrechtliche Personengesellschaft in eine GmbH & Co. KG umgestaltet und der bisherige persönlich haftende Gesellschafter Kommanditist wird, und wenn dann – wie im vorliegenden Fall – noch hinzukommt, daß er die Geschäfte der Gesellschaft als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH selbst weiterführt. Die fortschreitende Distanz zur Gesellschaft, die die Lage des ausgeschiedenen Gesellschafters kennzeichnet und deren Auswirkungen ihn bei fortdauernder Haftung wenigstens in zeitlicher Hinsicht als schutzbedürftig erscheinen lassen, bestehen bei ihm gerade nicht. Er scheidet nicht nur nicht aus, er bleibt auch sonst der Gesellschaft voll verbunden und behält seinen Einfluß auf die Geschäftsführung; bei ihm liegt es auch weiterhin, die Gesellschaftsverbindlichkeiten, für die er unbeschränkt forthaftet, aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen. Außer an seiner Haftungsbeschränkung, die mit der Umwandlung in die GmbH & Co. KG bezweckt ist, ändert sich daher in tatsächlicher Hinsicht nichts oder nicht viel. Die Schutzbedürftigkeit, die § 159 HGB voraussetzt, besteht daher gerade nicht, so daß sich die Anwendung dieser Vorschrift nicht rechtfertigen läßt.

Diese Beurteilung, die jedenfalls für Ansprüche gilt, die nicht auf Dauerschuld-Verbindlichkeiten der Gesellschaft beruhen, wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß nach §§ 45, 49, 56, 56 f UmwG die Ansprüche der Gläubiger eines einzelkaufmännischen Geschäfts oder einer handelsrechtlichen Personengesellschaft, die in eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien oder eine GmbH umgewandelt werden, im Verhältnis zu dem früheren Inhaber oder zu den für die Altschulden forthaftenden Gesellschaftern ganz allgemein einer verkürzten Verjährung unterliegen. Wie die amtliche Begründung ausführt (BT-Drucksache V/3165 zu § 165 zu § 45; *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht Rdnr. 876 a), war dafür maßgebend, daß auch hier die Personengesellschaft aufgelöst werde (also ein dem § 159 HGB ähnlicher Fall vorliege) und sich der Übergang des Vermögens auf die Kapitalgesellschaft im Wege der Umwandlung mit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Erwerber kraft Rechtsgeschäfts vergleichen lasse (wo dem Veräußerer ebenfalls die verkürzte Verjährungsfrist zugute komme). Wo das Handelsgeschäft aufgegeben (§ 159 Abs. 1 HGB, 1. Alternative), rechtsgeschäftlich von einem Erwerber übernommen (§§ 25, 26 HGB) oder von den bisherigen Inhabern durch Umwandlung auf eine juristische Person übertragen wird, läßt der Gesetzgeber für die Haftung der natürlichen Personen, die nicht mehr unmittelbar Rechtsträger der Unternehmens bleiben, das Verjährungsprivileg

gelten. Dem steht die gegenteilige Regelung des § 28 HGB gegenüber, wonach der bisherige Alleinhaber, der sein Handelsgeschäft in eine Personengesellschaft einbringt (nach dem Gesetzeswortlaut und der herrschenden Lehre und auch, wenn er nur Kommanditist wird), für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten weiter haftet, ohne für sich eine Sonderverjährung in Anspruch nehmen zu können (*Baumbach/Duden*, HGB, 23. Aufl., Anm. 1 F zu § 28; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhahn*, HGB, 5. Aufl., Anm. 9 zu § 28). Die Verjährung wird also nicht verkürzt, wenn kein vollständiger Inhaberwechsel stattfindet und der forthaftende bisherige Inhaber oder Mitinhaber das Unternehmen nicht verläßt, sondern auch rechtlich weiter mitträgt. So liegt es aber auch bei der Umwandlung einer offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft in eine GmbH & Co. KG. Unter Einbeziehung des Umwandlungsgesetzes geht daher auch die gesetzliche Wertung ähnlicher einschlägiger Vorschriften dahin, daß insoweit die Sonderverjährung des § 159 HGB nicht eingreift.

21. HGB §§ 1, 2 (Zum Erlöschen der Firma bei Durchführung einer Betriebsaufspaltung)

**Eine „Betriebsaufspaltung“ führt beim Besitzunternehmen nicht zum Erlöschen der Firma, sofern eine kaufmännische Einrichtung gemäß § 2 HGB erforderlich bleibt.**

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Nürnberg-Fürth, Beschluß vom 30.9.1980 – 4 HK T 4541/80 – mitgeteilt von *Dr. L. Sierl*, Vorsitzender Richter am LG Nürnberg-Fürth

*Aus dem Tatbestand:*

Die Gesellschafter der Z-Toilettenartikelfabrik GmbH & Co. KG haben am 29. 6. 1979 in notariell beglaubigter Form zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, daß die Firma der Gesellschaft geändert wurde in „Z-Toilettenartikelfabrik GmbH & Co. Besitzgesellschaft KG“.

Die Gesellschafter haben die Anmeldung dahin erläutert, daß der Gegenstand des Unternehmens auf die Verwaltung des Grundbesitzes der Gesellschaft erweitert wurde. Die Gesellschaft sei „in unverändertem Maß weiterhin kaufmännisch tätig“.

Der Rechtspfleger beim Registergericht hat den Antrag auf Eintragung der Firmenänderung mit Beschluß vom 9. 6. 1980 zurückgewiesen.

Die Entscheidung wird unter Bezugnahme auf die eingehende Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer insbesondere damit begründet, daß die angemeldete Firmenänderung die Folge einer „Betriebsaufspaltung“ sei, die jedoch auch unter der Voraussetzung, daß die Tätigkeit der Besitzgesellschaft als Handelsgewerbe im Sinne des § 2 HGB beurteilt werden könne, die bisherige Firma zum Erlöschen gebracht habe.

Dagegen richtet sich die Erinnerung, die der Notar namens der Beteiligten eingelegt hat.

Der Rechtspfleger und der Registerrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

Die statthafte, unbefristet zulässige, als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist formgerecht eingelegt (§§ 11 Abs. 2 RPflG, 19–21, 129 FGG).

Die Beschwerde hat auch sachlich Erfolg.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist in erster Linie die Frage, ob die „Betriebsaufspaltung“ das Erlöschen der Firma auch dann zur Folge hat, wenn die nunmehr ausgeübte Tätigkeit nicht mehr die Ausübung eines Handelsgewerbes nach § 1 HGB darstellt, sondern nur deshalb als Handelsgewerbe gilt, weil das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB).

Das Registergericht und die Industrie- und Handelskammer verneinen diese Frage, weil durch die „Betriebsaufspaltung“ die Identität des Handelsgeschäfts, für das die eingetragene Firma geführt wurde, verlorengehe (*Göbner* BB 67, 1275).

Demgegenüber meinen *Brandmüller* (BB 76, 641 und BB 79, 466 m. w. Nachw. a. d. Schrifttum) und *Baumbach/Duden* (HGB

Komm. 23. Aufl. § 2 Anm. 1 B), auch die Besitzgesellschaft unterhalte regelmäßig handelsrechtlich einen Gewerbebetrieb nach § 2 HGB, deren Firma daher im Handelsregister eingetragen bleibe.

Dieser Auffassung schließt sich die Kammer allgemein unter der Voraussetzung an, daß die gewerbliche Tätigkeit des Besitzunternehmens tatsächlich kaufmännische Einrichtung erfordert; denn (nur) in diesem Fall besteht für den Unternehmer die Verpflichtung, die (insofern konstitutiv wirkende) Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen (§ 2 Satz 2 HGB; *Baumbach/Duden* § 2 HGB Anm. 3 A) oder aufrechtzuerhalten. Nach § 17 HGB ist die Firma der Handelsname, unter dem die Handelsgesellschaft (§ 6 Abs. 1 HGB) ihre Geschäfte betreibt. Firma und Handelsgeschäft sind nach Gesetz (§ 23 HGB) deutlich unterschieden. Demgemäß ist die Firma zu ändern (§§ 31 Abs. 1, 107, 161 Abs. 2 HGB), wenn sie nicht mehr den besonderen für die Firmenbildung gegebenen Vorschriften entspricht (§§ 18, 19 HGB). Eine Firma erlischt (§ 31 Abs. 2 HGB), wenn das Unternehmen, für das die Firma geführt wird, aufhört, firmenfähig zu sein (*Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* HGB Komm. 5. Aufl. § 31 Rdnr. 9).

Deshalb führt die Änderung des Unternehmensgegenstandes unter den bezeichneten Voraussetzungen nicht zum Erlöschen der Firma, sondern gegebenenfalls nur zur Verpflichtung, die Firma zu ändern.

Das Gesetz (§§ 22, 23 HGB) eröffnet auch nur die Möglichkeit, das Handelsgeschäft mit der Firma zu veräußern. Deshalb kann das den Kern des bisherigen Handelsgeschäfts übertragende Unternehmen die bisherige Firma beibehalten, wenn diese nicht aus einem anderen Grund unzulässig wird (BayObLGZ 78, 65 in bezug auf eine das bisherige Handelsgeschäft verpachtende GmbH).

Da eine Feststellung, ob die Gesellschaft nach Maßgabe der angemeldeten Firmenänderung auf der Grundlage des § 2 HGB firmenfähig geblieben ist oder ob die Gesellschaft ihre Kaufmannseigenschaft verloren hat, weil ihr Handelsgewerbe auf den Umfang eines Kleingewerbes (§ 4 HGB) „herabgesunken“ ist (RGZ 155, 83), weitere Ermittlungen erfordert, ist die Sache zur andererseits Behandlung und Entscheidung an das Registergericht zurückzuverweisen.

22. GmbHG § 38 (Zur Frage der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers aus wichtigem Grund)

**Die aus wichtigen Gründen erklärte Amtsniederlegung eines Geschäftsführers ist, auch wenn über die objektive Berechtigung dieser Gründe gestritten wird, sofort wirksam, unbeschadet einer etwaigen Haftung wegen Verletzung des Anstellungsvertrages.**

BGH, Urteil vom 14. 7. 1980 – II ZR 161/79 –

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger verlangt als Konkursverwalter der S.-GmbH & Co. KG vom Beklagten unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe von Hypothekenzinsen, die von den Hypothekenschuldern an den Beklagten gezahlt worden sind und nach Auffassung des Klägers der Gemeinschuldnerin zugestanden haben. Die persönlich haftende Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin, die S.-GmbH, hatte nach ihrer Satzung einen oder mehrere Geschäftsführer. Waren mehrere vorhanden, so wurde sie durch zwei Geschäftsführer vertreten. Im Jahre 1976 waren für den kaufmännischen Bereich der Kaufmann H. und für den technischen Bereich der Kaufmann J. zu Geschäftsführern bestellt. Nachdem die Muttergesellschaft der S.-GmbH in Vermögensverfall geraten war, erklärte H. mit Schreiben vom 16. Juni 1976 an die beiden Gesellschafter und seinen Mitgeschäftsführer J., er sehe sich aufgrund der Vorkommnisse bei jener Gesellschaft und wegen der Unklarheit über die Weiterführung der beiden S.-Gesellschaften gezwungen, die Geschäftsführung niederzulegen. Im Anschluß daran führte J. die Geschäfte zunächst allein weiter.

Durch notariell beglaubigte Urkunde vom 7. Juli 1976 trat J. als Geschäftsführer der S.-GmbH namens der S.-GmbH & Co. KG eine zu deren Gunsten eingetragene Hypothek unter Übergabe des Hypothekenbrieftes an den Beklagten ab. Daraufhin zahlten die Grundstückseigentümer, nachdem in der Zwischenzeit das Vergleichs- und später das Konkursverfahren über das Vermögen der S.-GmbH & Co. KG eröffnet worden war, am 20. Januar 1977 4000,- DM Hypothekenzinsen an den Beklagten. Seine auf Herausgabe dieses Betrages gerichtete Klage hat der Kläger damit begründet, die Abtretung der Hypothek sei unwirksam, weil der zweite Geschäftsführer H. weder mitgewirkt noch ihr zugestimmt habe. Dessen unberechtigte Erklärung, die Geschäftsführung niederzulegen, habe seine Gesamtvertretungsbefugnis nicht beenden können und sei tatsächlich auch nicht verwirklicht worden. Der Beklagte hat den gegenteiligen Standpunkt vertreten und hilfsweise mit Gegenforderungen aufgerechnet. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auch die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Geschäftsführer der S.-GmbH, H., durch seine Erklärung vom 16. Juni 1976 sein Amt wirksam niedergelegt hat, wie der Beklagte meint. Denn wenn dies der Fall wäre, hätte der bis dahin nur Gesamtvertretungsberechtigte andere Geschäftsführer J. nach der Satzung Einzelvertretungsmacht erlangt und deshalb den Abtretungsvertrag vom 7. Juli 1976 als Vertreter der GmbH allein für die S.-GmbH & Co. KG abschließen dürfen. Andernfalls könnte die Klage nach § 816 Abs. 2 BGB begründet sein (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1955 = LM BGB § 816 Nr. 6); die Möglichkeit, daß H. seinen Mitgeschäftsführer zum Vertragsabschluß ermächtigt oder dem Vertrag zugestimmt habe, scheidet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus.

1. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß der Geschäftsführer einer GmbH seine Organstellung jedenfalls in Verbindung mit einer ordentlichen Kündigung seines Dienstvertrags aufgeben oder sein Amt – gegebenenfalls auch unter Aufrechterhaltung seines Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund sofort niederlegen kann.

2. Das besagt aber noch nicht, daß ein bei bestehendem Dienstverhältnis ohne objektiv ausreichenden wichtigen Grund erklärter und deshalb vertragswidriger Rücktritt wirkungslos sei, also die organschaftliche Vertretungsmacht unberührt lasse. Denn äußere Vertretungsmacht und interne Bindung brauchen sich nicht zu decken, wie schon § 37 GmbHG zeigt. Bislang wurde allerdings überwiegend die Ansicht vertreten, eine gegenüber der Gesellschaft unzulässige Amtsniederlegung sei auch nach außen unwirksam. In jüngerer Zeit mehren sich jedoch die Stimmen, die einer solchen Erklärung ungeachtet der Verletzung schuldrechtlicher Pflichten die Rechtsfolge einer sofortigen Beendigung der Organstellung beimessen (vgl. zum Stand der Meinungen *Scholz/U. H. Schneider*, GmbHG, 6. Aufl. § 38 Anm. 54 ff. m. w. N.). Dieser Auffassung hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Ihr ist für den hier gegebenen Fall, daß der Geschäftsführer für seinen Entschluß wichtige Gründe geltend macht, im Ergebnis zu folgen.

a) Im Gesetz ist die Amtsniederlegung durch Geschäftsführer einer GmbH nicht geregelt. Der Grundsatz des § 38 Abs. 1 GmbHG, wonach die Gesellschaft die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerrufen kann, läßt sich nicht „seitenverkehrt“ auf einen Rücktritt des Geschäftsführers übertragen (so aber *Schneider/Schneider*, GmbHRdsch 1980, 4, 7; *Scholz/U. H. Schneider* a.a.O. § 38 Anm. 56). Denn abgesehen davon, daß dieser Grundsatz abdingbar ist (§ 38 Abs. 2 GmbHG), trifft der für ihn maßgebende Rechtsgedanke, die Gesellschaft gegen die Gefahren der nach § 37 Abs. 2 GmbHG sachlich unbeschränkbarer äußeren Vertretungsmacht eines Geschäftsführers zu schützen, auf eine Amtsniederlegung durch den Geschäftsführer selbst nicht zu.

Andererseits gibt die für Personengesellschaften geltende Vorschrift des § 712 Abs. 2 BGB, die eine Kündigung der Geschäftsführung und damit im Zweifel auch der Vertretungsmacht (§ 714 BGB) durch einen Gesellschafter an wichtige Gründe bindet, für die Rechtslage in der GmbH nichts her. Denn sie ist auf seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zugeschnitten, die auf der Gesellschaftereigenschaft beruht und deshalb wesentlich durch die Treuepflicht und die persönliche Zusammenarbeit der Gesellschafter geprägt ist.

b) Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen läßt sich eine klare Antwort auf die Frage, wann ein Geschäftsführer sein Amt aufgeben kann, ebenfalls nicht ableiten. So spricht für die vom Berufungsgericht vertretene Möglichkeit einer jederzeitigen Amtsniederlegung weder seine Erwägung, es stehe einem Geschäftsführer wie einem jeden Bevollmächtigten frei, ob er von seiner Vertretungsmacht tatsächlich Gebrauch machen wolle oder nicht, noch der Umstand, daß nach § 888 Abs. 2 ZPO Dienstleistungen nicht erzwingbar sind (insoweit zutreffend *Hefermehl in Gebler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG § 84 Anm. 3 gegen *Mertens* in *Köln*er Komm. z. AktG § 84 Anm. 80; vgl. auch *Schneider/Schneider* a.a.O. S. 8). Denn ebenso wie eine tatsächliche Verhinderung (vgl. BGHZ 34, 27) beeinträchtigt auch die tatsächliche Untätigkeit eines Geschäftsführers, mag sie berechtigt oder pflichtwidrig sein, nicht von selbst dessen Organstellung und die damit verbundene Rechtsmacht, die Gesellschaft aktiv und passiv zu vertreten. Diese besteht vielmehr unabhängig von der Möglichkeit, ihre Ausübung zu erzwingen, und schließt daher, solange sie weder widerrufen noch durch wirksamen Verzicht beendet worden ist, die alleinige Handlungsbefugnis eines nur gesamtvertretungsberechtigten Mitgeschäftsführers aus.

c) Ausschlaggebend ist folgendes: Hinge die Wirksamkeit einer auf wichtige Gründe gestützten Amtsniederlegung vom objektiven Durchgreifen dieser Gründe ab, so hätte dies vor allem in den Fällen, in denen, wie hier, zwei gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer bestellt sind und beim Ausscheiden des einen der andere Alleinvertretungsmacht erlangt, eine unter Umständen lang andauernde Ungewißheit über die Vertriebungsverhältnisse zur Folge, die für alle Beteiligten und den allgemeinen Rechtsverkehr schwer erträglich wäre. Der zurückgetretene Geschäftsführer müßte damit rechnen, daß er nach wie vor zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt und verpflichtet wäre. Zu dem Vertragsrisiko, das mit einer Rücktrittserklärung aus wichtigem Grund in jedem Fall verbunden ist, käme für ihn obendrein die Gefahr, wegen Nicht-Ausübung seiner Vertretungsmacht haften zu müssen, wenn seine Gründe in einem Rechtsstreit nicht als ausreichend anerkannt werden oder er sie nicht beweisen kann. Sein Mitgeschäftsführer müßte damit rechnen, entweder wegen Untätigkeit von der Gesellschaft zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn er zu Unrecht vom Fortbestand der Gesamtvertretung ausgeht, oder nach § 179 BGB als Vertreter ohne Vertretungsmacht persönlich verpflichtet zu sein, wenn er in der irrigen Annahme, die Amtsniederlegung des anderen sei wirksam, allein für die Gesellschaft handelt. Zwar kann er darauf drängen, daß die Gesellschafter unverzüglich Klarheit schaffen, indem sie entweder den Rücktritt des anderen Geschäftsführers billigen und die Vertretung der Gesellschaft ihm allein überlassen oder wenigstens vorsorglich einen neuen Geschäftsführer bestellen. Aber bis dahin können unaufschiebbare Geschäfte anstehen.

Die Gesellschaft wäre, selbst wenn sie die Gründe für die Amtsniederlegung nicht gelten lassen wollte, gleichwohl genötigt, im Interesse ihrer ordnungsmäßigen Vertretung durch die Bestellung eines neuen Geschäftsführers wenigstens zeitweise für Ersatz zu sorgen. Sie stünde insofern nicht wesentlich besser da, als wenn die Amtsniederlegung aus wichtigem Grund sofort wirksam wäre, müßte aber im Gegensatz dazu bei Wahrung ihres Rechtsstand-

punktes darauf bedacht sein, daß dieser Schritt nicht als Einverständnis mit der Amtsniederlegung aufgefaßt werden kann; deshalb müßte sie auch – ungeachtet der für sie und den Rechtsverkehr damit möglicherweise verbundenen Gefahren – von einem Antrag auf Löschung des Zurückgetretenen im Handelsregister absehen. Ob auch die Bestellung eines Notgeschäftsführers entsprechend § 29 BGB in Betracht käme, wäre bei Zweifeln über das Erlöschen der Vertretungsmacht des zurückgetretenen Geschäftsführers fraglich, weil das Gesetz eine solche Maßnahme vom „Fehlen“ der erforderlichen Zahl von Mitgliedern des Vertretungsorgans abhängig macht. Besonders belastend wäre für die Gesellschaft auch die Unsicherheit, ob zwischenzeitliche Vertretungshandlungen des verbliebenen Geschäftsführers für und gegen sie wirksam wären, oder ob sie eine dem zurückgetretenen Geschäftsführer zugegangene, vielleicht fristgebundene oder eine Frist auslösende Willenserklärung nach § 35 Abs. 2 Satz 3 GmbHG gegen sich gelten lassen müßte; dabei hätte sie zugunsten des Dritten die Schutzwirkung des § 15 Abs. 1 HGB in Rechnung zu stellen.

Dieselbe, unter Umständen jahrelang anhaltende Unsicherheit über die Gültigkeit von Rechtsgeschäften bestünde für Geschäftspartner der Gesellschaft, denen der zurückgetretene Geschäftsführer seine Amtsniederlegung mitgeteilt hat oder denen, z. B. in einer notariellen Verhandlung, der andere Geschäftsführer als Vertreter der Gesellschaft allein gegenübergetreten ist und die im Vertrauen hierauf einen Vertrag abgeschlossen haben. Ob solchen Geschäftspartnern mit dem Gesichtspunkt des Rechtscheitens geholfen werden kann, ist mindestens dann fraglich, wenn der zurückgetretene Geschäftsführer noch im Handelsregister eingetragen ist und der Gesellschaft auch nicht vorgeworfen werden kann, sie habe durch ihr Verhalten den Irrtum über die alleinige Vertretungsmacht des anderen gefordert. Kann bei Vertragsabschlüssen, zumal wenn sie nicht eilig sind, dem Vertragsgegner unter Umständen noch entgegengehalten werden, er hätte bis zur eindeutigen Klärung der Vertriebungsverhältnisse warten können und müssen, so versagt dieser Gesichtspunkt vollends, wo es um die Entgegennahme einseitiger Willenserklärungen (z. B. einer Kündigung) geht. In einem solchen Fall beurteilen zu müssen, ob der eine Geschäftsführer wirklich einen wichtigen Grund zur Amtsniederlegung hatte und deshalb der andere die Erklärung allein abgeben konnte, wäre für den Erklärungsempfänger unzumutbar.

Damit würde der Streit über die sachliche Berechtigung einer aus wichtigem Grund erklärten Amtsniederlegung, wenn sie für die Vertretungsmacht erheblich wäre, auf eine Weise zu Lasten Dritter ausgetragen, die über das allgemeine, im Rechtsverkehr nie ganz vermeidbare Risiko vollmachtloser Vertretung hinausginge. Hiervon könnten weitere Personen betroffen sein, die (z. B. als Pfandgläubiger) an dem betreffenden Geschäft rechtlich oder wirtschaftlich interessiert sind. Schließlich käme auch der Registerrichter in eine schwierige Lage, wenn er prüfen müßte, ob eine ihm bekannt gewordene Amtsniederlegung aus wichtigem Grund berechtigt ist und ob er etwa deren förmliche Anmeldung gemäß § 14 HGB, §§ 132 ff FGG in Verb. mit § 39 GmbHG erzwingen soll.

d) Diese Überlegungen machen es notwendig, die aus wichtigen Gründen erklärte Amtsniederlegung eines Geschäftsführers auch dann als sofort wirksam zu behandeln, wenn über die objektive Berechtigung dieser Gründe Streit besteht. Sie haben ein stärkeres Gewicht als das möglicherweise vorliegende Interesse der Gesellschaft an der Fortführung des Amtes, dem, wenn es pflichtwidrig verletzt wird, immerhin durch einen schuldrechtlichen Ausgleich Rechnung getragen werden kann. Der dafür entscheidende Gedanke, daß bei Zweifeln über die Beendigung organschaftlicher Vertretungsmacht aus wichtigem Grund dem Schutz der

Gesellschaft, ihrer Organe und des Rechtsverkehrs vor unklaren Vertretungsverhältnissen der Vorrang zukommt, hat in § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG einen ausdrücklichen Niederschlag gefunden; diese Vorschrift läßt, um einen längeren Schwebezustand zu verhindern (*Baumbach/Hueck*, AktG 13. Aufl. § 84 Rdnr. 15), den Widerruf einer Vorstandsbestellung wirksam sein, bis das Gegenteil rechtskräftig festgestellt ist. Derselbe Gedanke kommt sinngemäß auch hier zum Tragen (*Mertens in Hachenburg*, GmbHG 7. Aufl. § 38 Rdnr. 75; *Schneider/Schneider* a.a.O. S. 8 f). Jedoch kann wegen der insoweit abweichenden Interessenlage für den Fall, daß die Amtsniederlegung gerichtlich für unrechtmäßig erklärt wird, auf ein Wiederaufleben der Vertretungsmacht verzichtet werden, da die GmbH den Geschäftsführer förmlich wiederbestellen kann, wenn sie auf seine Organstellung noch Wert legt.

3. Die Rücktrittserklärung des Geschäftsführers H. vom 16. Juni 1976, die er unter anderem an die beiden Gesellschafter als die Mitglieder des zuständigen Bestellungsorgans gerichtet hat, hat daher seine Organstellung sofort beendet.

4. Da hiernach J. als seinerzeit einziger Geschäftsführer die Komplementär-GmbH der S.-GmbH & Co. KG bei der Abtretung der Hypothek wirksam vertreten hat, haben die Vorinstanzen die Klage mit Recht abgewiesen.

### C. Kostenrecht

23. KostO § 44 Abs. 1 (*Zur Frage, ob die Abtretung des Kaufpreises an einen Grundpfandrechtsgläubiger zu bewerten ist*).

**Die Abtretung der Kaufpreisforderung durch den Verkäufer an seinen Grundpfandrechtsgläubiger ist mit dem Kaufvertrag dann gegenstandsgleich nach § 44 Abs. 1 KostO, wenn die Abtretung auch in Erfüllung einer Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Käufer vorgenommen wird. Unter dieser Voraussetzung ist die in einem Kaufvertrag mitbeurkundete Abtretung der Kaufpreisforderung an den Grundpfandrechtsgläubiger nicht getrennt zu bewerten.**

(Leitsatz nicht amtlich)

BayObLG, Beschluß vom 17. 9. 1980 – BReg. 3 Z 180/77 –

Aus dem Tatbestand:

1. Der in der Gemarkung S. gelegene Grundbesitz Fl. Nr. 1324 der Firma N.-GmbH & Co. KG (nachfolgend: KG) war mit einer Buchgrundschuld zu 1 500 000 DM zugunsten der Stadt- und Kreissparkasse D. belastet. Die KG beabsichtigte, Teilgrundstücke zu bilden und sie nach Bebauung zu verkaufen. In einer der KG und den künftigen Käufern erteilten schriftlichen Erklärung vom 8. 9. 1972 verpflichtete sich die Sparkasse, jede verkaufte Teilfläche samt Wohnhaus und Garage von ihrem Grundpfandrecht freizugeben, wenn der jeweilige Käufer den vollen, laut Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis einschließlich etwaiger Zinsen auf ein bei ihr geführtes Konto überwiesen hat. Weiter heißt es in der Nummer III der Erklärung: „Die Kaufpreisforderungen aus den einzelnen Kaufverträgen werden bei Vertragsabschluß jeweils an die Sparkasse D. abgetreten. Die Sparkasse nimmt die Abtretungen hiernit an.“

Am 29. 1. 1975 beurkundete der beteiligte Notar einen Kaufvertrag, wonach die KG aus ihrem (belasteten) Grundbesitz Teilflächen an die Beteiligten zu 2 zu einem Preise von 146 000 DM verkaufte. Die KG übernahm u. a. die Haftung dafür, daß der Grundbesitz nicht mit Rechten Dritter belastet ist, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind und die von den Käufern nicht übernommen werden. In der Nummer X der Urkunde vereinbarten die Vertragsbeteiligten u. a.: „Der gesamte Kaufpreis muß auf das Konto des Verkäufers bei der Stadt- und Kreissparkasse D. einbezahlt werden. Dieser Bank werden hiernit alle Kaufpreisansprüche samt Zinsen abgetreten.“ Die Kosten der Kaufvertragsurkunde und ihres Vollzugs übernahmen die Beteiligten zu 2).

2. In seiner Kostenberechnung brachte der Notar 1201,65 DM in Ansatz. Darin war u. a. eine gemäß § 36 Abs. 1 KostO berechnete 10/100-Gebühr nach einem Geschäftswert von 146 000 DM in Höhe von 275 DM enthalten, weil die Abtretung der Kaufpreisansprüche mitbeurkundet worden sei. Die Beteiligten zu 2) haben die Kosten bezahlt.

Die Prüfungsabteilung der Notarkasse vertrat in einem Bericht die Ansicht, für die Beurkundung der Abtretung haben keine Gebühr in Ansatz gebracht werden dürfen, weil nach § 44 Abs. 1 KostO Gegenstandsgleichheit mit dem Kaufvertrag anzunehmen sei.

Der Notar beharrte auf der Richtigkeit seiner Kostenberechnung.

3. Der Präsident des Landgerichts wies daraufhin den Notar an, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.

Demgemäß hat der Notar die Entscheidung des Landgerichts beantragt. Das Landgericht hat die umstrittene Kostenrechnung insoweit aufgehoben, als sie den Ansatz einer Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO enthält. Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

4. Gegen den ihm am 2. 12. 1977 zugestellten Beschluß legte der Notar am 21. 12. 1977 weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

1. Die vom Landgericht zugelassene frist- und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO).

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

2. Der Rechtsbeschwerdeführer hätte neben der 20/100-Gebühr für die Beurkundung des Grundstückskaufvertrages (§ 36 Abs. 2, § 141 KostO) nur dann eine 10/100-Gebühr für die Beurkundung der Abtretungserklärung (§ 36 Abs. 1, § 141 KostO) in Ansatz bringen können, wenn die beurkundeten Erklärungen einen verschiedenen Gegenstand gehabt hätten (§ 44 Abs. 2 KostO). Betrafen die beurkundeten Erklärungen dagegen denselben Gegenstand, so konnte nur die Vertragsgebühr in Rechnung gestellt werden (§ 44 Abs. 1 KostO).

a) Sind in einer Urkunde mehrere Erklärungen enthalten, so ist derselbe Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO gegeben, wenn diese in bezug auf dasselbe Recht bzw. Rechtsverhältnisse abgegeben worden sind. Es ist nicht entscheidend, ob sich die Erklärungen auf ein oder mehrere Wirtschaftsgüter beziehen (*BayObLGZ* 1978, 345/347; *OLG Hamm Rpfleger* 1980, 122; *Korintenberg/Ackermann/Lappe* KostO 9. Aufl. – KAL – § 44 Rdnr. 14). Gegenstandsgleich sind insbesondere Erklärungen, die der Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Urkundsbeteiligten dienen, einschließlich aller Erfüllungs- und Sicherungsgeschäfte auch seitens dritter Personen oder zugunsten dritter Personen (*BayObLG DNotZ* 1960, 398; *BayObLGZ* 1978, 345/347; *OLG Frankfurt DNotZ* 1977, 503; *OLG Düsseldorf DNotZ* 1980, 378; *OLG Hamm Rpfleger* 1980, 122; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. Anm. 6, *Hartmann* Kostengesetze 19. Aufl. KostO Anm. 2 A, KAL Rdnr. 14, *Rohs/Wedewer* KostO 2. Aufl. Anm. III A, je zu § 44; *Göttlich/Mümmier* KostO 7. Aufl. S. 745).

Erklärungen, die zur Durchführung des beurkundeten Rechtsgeschäfts, des Hauptgeschäfts, erforderlich sind, die jedoch ein mit diesem nicht identisches Rechtsverhältnis zu einem am Hauptgeschäft nicht Beteiligten betreffen, sind mit den Erklärungen zum Hauptgeschäft nicht immer gegenstandsgleich (vgl. *BayObLGZ* 1960, 124/130; KAL § 44 Rdnr. 81; *Göttlich/Mümmier* S. 751). Diese sog. Durchführungserklärungen werden dann als mit dem Hauptgeschäft gegenstandsgleich angesehen, wenn die auf das Haupt- und Durchführungsgeschäft sich beziehenden Erklärungen in einem engen inneren Zusammenhang stehen, so wenn etwa das Durchführungsgeschäft nicht nur dem Interesse eines, sondern beider Vertragspartner dient, insbesondere wenn ein Urkundsbeteiligter gegenüber dem Vertragspartner zur Abgabe einer solchen Erklärung verpflichtet ist (*BayObLGZ* 1970, 124/139 f.; *OLG Frankfurt DNotZ* 1977, 503; *OLG Düsseldorf DNotZ* 1980, 378; *OLG Hamm Rpfleger* 1980, 122/123; *Göttlich/Mümmier* S. 751; KAL Rdnr. 81 bis 83).

b) In dem hier zu beurteilenden Fall stellten die auf den Grundstückskauf gerichteten Erklärungen der Urkundsbeteiligten das Hauptgeschäft dar. Zu seiner Durchführung verfügte die KG als

Verkäuferin über den Kaufpreisanspruch durch Abtretung an die Sparkasse (§ 398 BGB); zugleich wurden die Käufer als Schuldner von der Abtretung in Kenntnis gesetzt (§§ 406 ff. BGB).

Die Verfügung über die Kaufpreisforderung traf die KG zwar auch in Erfüllung einer ihrem Kreditgeber und Grundpfandgläubiger gegenüber bestehenden Verpflichtung. Zöge man nur die zwischen der Sparkasse und der KG bestehenden Rechtsbeziehungen aus dem Kreditverhältnis ohne Rücksicht auf den in Aussicht gestellten Teilverzicht auf die Grundschuld in Betracht, so wäre der Zusammenhang mit dem Kaufvertrag nur ein zufälliger, zumindest jedoch ein loser; die Abtretung wäre im – rechtlichen und wirtschaftlichen – Interesse der KG vorgenommen worden; für die Käufer wäre sie wertneutral (vgl. KAL § 44 Rdnr. 56).

Die Kaufpreisabtretung war hier jedoch als Durchführungsgeschäft nicht allein auf Grund der Rechtsbeziehungen zwischen dem Verkäufer und seinem Grundpfandgläubiger, sondern mit mindestens gleichem Gewicht auch in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zugunsten der Käufer vorzunehmen. Die Belastung des gesamten Grundstücks mit einer Grundschuld bewirkte, daß unabhängig von den Eigentumsverhältnissen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen war (§ 1191 Abs. 1 BGB); dies gilt auch für abgetrennte Teilflächen, wenn sie nicht freigegeben waren. Somit waren auch die Teilflächen, die hier Gegenstand des Kaufvertrages waren, mit dem dinglichen Recht eines Dritten belastet. Schon nach gesetzlicher Regel hat der Verkäufer, sofern nichts anderes vereinbart ist, den verkauften Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen (§ 434 BGB). Hier hat die KG ausdrücklich im Vertrag die unverzügliche Lastenfreistellung übernommen. Da die Pfandfreigabe durch die Sparkasse kraft deren vertraglicher Vereinbarungen mit der KG an die Abtretung der Kaufpreisansprüche geknüpft war, konnte die KG als Verkäuferin ihre kaufvertragliche Pflicht zur Lastenfreistellung nur durch eine solche Abtretung erfüllen. Die Abtretung hat somit den lastenfreien Eigentumserwerb durch die Käufer erst ermöglicht. Damit ist nicht nur der enge innere Zusammenhang zwischen dem Haupt- und dem Durchführungsgeschäft aufgezeigt, es ist auch dargetan, daß das Durchführungsgeschäft den Interessen beider Urkundsbeteiligten gedient hat.

Unter den hier gegebenen Voraussetzungen ist somit die in einem Kaufvertrag mitbeurkundete Abtretung der Kaufpreisforderung an einen Grundpfandrechtsgläubiger nicht getrennt zu bewerten (vgl. *Retzer MittBayNot 1974, 117*).

24. KostO §§ 26, 79 (*Geschäftswert der Löschung einer KG im Handelsregister*)

**Die Löschung einer Kommanditgesellschaft im Handelsregister von Amts wegen ist keine Eintragung eines bestimmten Geldbetrags, so daß sich der Geschäftswert nach § 25 Abs. 2 bis 4 KostO und nicht nach der Höhe der Einlagen richtet.**

BayObLG, Beschluß vom 13. 8. 1980 – BReg. 3 Z 120/77 – mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Persönlich haftende Gesellschafterin der A.-Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co KG war zuletzt die FM.-Verwaltungsgesellschaft mit beschränkter Haftung. Nach dem letzten Handelsregistereintrag waren mehr als 30 Kommanditisten vorhanden, darunter die Beteiligten zu 1) bis 4) und 6). Am 3. 8. 1976 wurde im Handelsregister bei der KG von Amts wegen gemäß § 31 Abs. 2 HGB eingetragen, daß die Firma erloschen ist. Der Kostenbeamte des Registergerichts setzte für die Löschung eine volle Gebühr von 9975 DM sowie Auslagen von 109.59 DM, insgesamt (abgerundet) 10 125.50 DM an und forderte die Kosten bei der Beteiligten zu 1) an. Dabei ging er davon aus, daß diese mit 350 000 DM jetzt die höchste Einlage innehatte.

2. Als die Beteiligte zu 1) Erinnerung einlegte, übersandte der Kostenbeamte eine Ablichtung der Kostenrechnung an alle anderen Kommanditisten mit dem Hinweis, ihre Mithaftung richte sich nach § 2 Nr. 2, § 5 KostO. Darauf erhoben die Beteiligten zu 1) bis 4) und 6) sowie zahlreiche weitere Kommanditisten, ferner die Beteiligte zu 5), gleichfalls Erinnerung.

Der Rechtspfleger des Registergerichts entschied, daß die Beteiligte zu 1) zunächst nicht allein, sondern nur im Verhältnis ihres Kommanditanteils zu den übrigen Anteilen in Anspruch zu nehmen sei. Im übrigen wies er die Erinnerung der Beteiligten zu 1) und in vollem Umfang die Erinnerungen von 14 weiteren Kommanditisten zurück.

Gegen diese Entscheidung legten die Beteiligten zu 1) bis 6) Beschwerde ein.

Das Landgericht wies die Beschwerden zurück und ließ die weitere Beschwerde zu.

3. Die Beteiligten zu 1) bis 6) haben weitere Beschwerde erhoben. Sie verfolgen jeweils ihre bisherigen Ziele weiter.

*Aus den Gründen:*

1. Die weiteren Beschwerden sind zulässig (§ 14 Abs. 3 Sätze 2 und 4, Abs. 4 KostO).

2. Das Landgericht ist vom Anfall einer Gebühr ausgegangen. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Eine Löschungsgebühr fällt nicht nur an, wenn das Erlöschen zur Eintragung angemeldet wird (§ 31 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 HGB), sondern auch dann, wenn das Erlöschen gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 HGB von Amts wegen eingetragen wird.

Ein Fall der Amtslöschung einer unzulässigen Eintragung nach den §§ 142 ff. FGG, die gemäß § 88 Abs. 2 KostO gebührenfrei bliebe, liegt hier nicht vor.

3. Bei der Beurteilung der Frage, nach welchem Geschäftswert die Gebühr zu berechnen ist, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, daß § 79 KostO nur die Höhe der Gebühr festlegt; dagegen sei die Regelung, wann eine Eintragung mit bestimmtem und eine solche mit unbestimmtem Geldbetrag vorliege, dem § 26 KostO überlassen.

4. Die Geschäftswertregelung in § 26 KostO unterscheidet zwischen Eintragungen, bei denen ein bestimmter Geldbetrag in das Handelsregister einzutragen ist (§ 26 Abs. 1 KostO), und sonstigen Eintragungen, für welche als Geschäftswert grundsätzlich ein aus dem Wert des Betriebsvermögens abgeleiteter sogen. Stufenwert (§ 26 Abs. 2, 3 KostO) oder die Hälfte dieses Stufenwerts (§ 26 Abs. 4 KostO) maßgeblich ist. Eintragungen der letzteren Art werden auch als Eintragungen ohne bestimmten Geldbetrag oder unbestimmten Geldbetrags bezeichnet.

5. a) Wird eine Kommanditgesellschaft im Handelsregister gelöscht, so sehen darin fast alle bisher bekanntgewordenen Äußerungen im Schrifttum, auch soweit sie die Gesetzesänderung von 1968 berücksichtigen, eine Eintragung ohne bestimmten Geldbetrag (BKB § 26 Anm. 3; *Hartmann KostO § 26 Anm. 4 B; Göttlich/Mümmeler KostO 7. Aufl. S. 633; KAL § 26 Rdnr. 39; Lappe/Stöber S. 80; Rohs/Wedewer § 26 Anm. III c 9 und II b 7 Fußn. 10 c; a. A. Prüfungsabteilung der Notarkasse in MittBayNot 1971, 272/274*). In die gleiche Richtung gehen die bisher veröffentlichten gerichtlichen Entscheidungen (OLG Düsseldorf Jur-Büro 1974, 1019 = *Rpfleger 1974, 235*; OLG Hamburg MDR 1972, 336; KG JurBüro 1977, 529 = *Rpfleger 1977, 149*). Zur Begründung wird hauptsächlich angeführt, die Löschung einer Kommanditgesellschaft sei eine Firmenlöschung, die sich auf den Gesamteintrag erstreckte; die Löschung der Einlage sei nur eine notwendige Folge der Firmenlöschung; anders als bei der Löschung einer Kapitalgesellschaft werde nicht das gesamte Gesellschaftskapital gelöscht, sondern die Einlage nur mitgelöscht.

b) Eine besondere gesetzliche Vorschrift für den Geschäftswert einer solchen Löschung ist nicht vorhanden. Die in BayObLGZ 1961, 54 und 1961, 223/227 vorgenommene entsprechende Anwendung des – unmittelbar nur für mehrere Eintragungen geltenden – § 26 Abs. 5 KostO auf die Eintragung einer Komman-

ditgesellschaft ist seit der Gesetzesänderung von 1968 nicht mehr möglich, die dieses Geschäft in § 26 Abs. 9 KostO ausdrücklich geregelt hat. Dann könnte aber auch die Löschung nicht mehr als ein Fall behandelt werden, welcher dem Zusammentreffen mehrerer Eintragungen gleichsteht.

Der Grundsatz der kostenrechtlichen Gleichbehandlung von Eintragungen und Löschungen, von welchem in BayObLGZ 1971, 75/77 (MittBayNot 1971, 272), aber auch in der Rechtsprechung anderer Gerichte (vgl. z. B. OLG Düsseldorf DNotZ 1969, 53 OLG Frankfurt Rpfleger 1967, 87 und 1968, 298 ausgegangen wird, rechtfertigt es nicht, auf die Löschung einer Kommanditgesellschaft § 26 Abs. 9 Satz 2 KostO anzuwenden. Eine Gleichstellung setzt voraus, daß sowohl die Eintragung als auch die Löschung entweder eine Eintragung eines bestimmten Geldbetrags darstellt oder aber kein bestimmter Geldbetrag einzutragen ist. Wenn bei der Löschung einer Kapitalgesellschaft als Geschäftswert vielfach der Betrag des Gesellschaftskapitals zugrunde gelegt wird (vgl. *Rohs/Wedewer* § 26 Anm. III b 7 mit zahlreichen Nachweisen), so beruht das auf der von keiner Seite bestrittenen Auffassung, daß die Ersteintragung einer Kapitalgesellschaft eine solche mit einem durch die Höhe des Gesellschaftskapitals bestimmten Geldbetrag ist. Wer die Löschung der Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft als Eintragung mit bestimmtem Geldbetrag behandelt (so z. B. BayObLGZ 1971, 75), kann dies nach dem erwähnten Grundsatz nur dann, wenn er in der entsprechenden Eintragung gleichfalls die eines bestimmten Geldbetrags sieht (so BayObLGZ 1968, 319; diese Meinung wurde durch die seit 1. 1. 1969 geltende Fassung des § 26 Abs. 8 KostO bestätigt). Die Ersteintragung einer Kommanditgesellschaft kann aber weder ausschließlich als solche eines bestimmten Geldbetrags noch als das Gegenteil angesehen werden, weil sich beides in ihr vereinigt. Eine zutreffende Einordnung bei der Ersteintragung läßt sich aus der Natur des Amtsgeschäfts nicht ableiten. In BayObLGZ 1961, 54/61 ist ausgeführt, die Ersteintragung sei an sich ein Geschäft ohne betragsmäßig feststehenden Wert. Diese Entscheidung zielt deshalb auch nicht darauf ab, aus der Eintragung eine solche mit bestimmtem Geldbetrag (im Sinne des § 26 Abs. 1 KostO) zu machen, sondern nur dem Stufenwert nach § 26 Abs. 3 KostO einen nach den Einlagen bemessenen Mindestwert gegenüberzustellen. Wenn sich jetzt nach der positivrechtlichen Regelung des § 26 Abs. 9 KostO der Geschäftswert bei der Eintragung einer Kommanditgesellschaft je nach der Höhe der Einlagen entweder nach diesen oder aber nach dem Stufenwert des § 26 Abs. 3 KostO richtet, so ist auch hiermit diese Eintragung nicht in eine der beiden Kategorien eingegliedert, die nach § 26 Abs. 1 bis 4 KostO das Bewertungssystem der Kostenordnung bei Handelsregistereinträgen ausmachen. Man könnte auch schwerlich von einer wirklichen Gleichbehandlung sprechen, wenn im Einzelfall etwa die Ersteintragung nach dem Stufenwert, die Löschung dagegen – wegen zwischenzeitlicher Umkehr des Wertverhältnisses – nach den Einlagen zu bewerten wäre.

Deshalb fehlt es, auch wenn man sonst von einer Gleichbehandlung von Eintragungen und Löschungen ausgeht, für die Bewertung der Löschung einer KG an der Möglichkeit einer genügend sicheren systematischen Anknüpfung an die Ersteintragung.

c) Nach alledem erscheint es dem Senat nicht angängig, den Geschäftswert für die Löschung einer KG gewissermaßen spiegelbildlich nach § 26 Abs. 9 Sätze 1 und 2 KostO zu bestimmen. Der Geschäftswert ist vielmehr nach § 26 Abs. 2 bis 4 KostO zu bemessen.

25. KostO § 26 (*Geschäftswert der Anmeldung des Erlöschens einer KG*)

**Der Geschäftswert der Anmeldung (und Eintragung) des Erlöschens einer Kommanditgesellschaft ist stets nach § 26 Abs. 2 bis 4 KostO zu bestimmen.**

BayObLG, Beschluß vom 28. 8. 1980 – BReg. 3 Z 43/78 –

*Anmerkung der Prüfungsabteilung:*

Die Begründung der Entscheidung schließt sich an die vorstehend mit Begründung abgedruckte Entscheidung des BayObLG vom 13. 8. 1980 an.

Das BayObLG hat die im Beschluß vom 19. 2. 1971, MittBayNot 1971, 272, zum Ausdruck gebrachte Gleichbehandlung von Eintragung und Löschung nicht auf die Kommanditgesellschaft angewendet. Die in der Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse in MittBayNot 1971, 273 zum Ausdruck gebrachte Auffassung ist insoweit nicht bestätigt worden und muß deshalb aufgegeben werden.

26. KostO § 19 Abs. 2 Satz 1 (*Zum Wert bei der Abtretung von Straßenflächen*)

**Wird eine im Jahre 1931 nach bayerischem Recht von Bauwartungsland zu Straßengrund herabgezonte Fläche im Jahre 1977 unentgeltlich übereignet, so kann der Geschäftswert für die notarielle Beurkundung nicht durch Rückgriff auf Verkaufspreise für benachbartes Bauland unter Ansatz eines geschätzten Abschlags (hier von 40% bemessen werden. Die Bewertung hat nach den tatsächlichen Eigenschaften der abgetretenen Fläche zu erfolgen.**

BayObLG, Beschluß vom 1. 8. 1980 – BReg. 3 Z 42/78 –

#### D. Steuerrecht

27. GrEStG § 1 Abs. 1 Nrn. 6, 7, Abs. 2 (*Zum Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 Nrn. 6, 7 GrEStG*)

**Der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 Nrn. 6 und 7 GrEStG 1940 ist nicht auf Vorgänge beschränkt, die (auch) nach § 1 Abs. 2 GrEStG 1940 der Grunderwerbssteuer unterliegen würden (Ergänzung zum Urteil vom 10. Juli 1974 II R 89/68, BFH 113, 474, BStBl II 1975, 86).**

BFH, Urteil vom 16. 4. 1980 – II R 141/77 – BStBl 80 II 525

*Aus dem Tatbestand:*

Am 7. Mai 1968 wurde für ein Trenngrundstück notariell ein Kaufvertragsangebot beurkundet, nach dessen Inhalt der Veräußerer dieses Grundstück an eine von der Klägerin noch zu bezeichnende Anzahl von Personen verkaufte. Das Kaufangebot war bis 1. August 1968 befristet. Zur Sicherung des vereinbarten Gesamtkaufpreises übernahm die Klägerin für die von ihr zu benennenden Käufer die selbstschuldnerische Bürgschaft, die ihrerseits durch eine Bankbürgschaft abgesichert war. Die Klägerin wurde bevollmächtigt, die Auffassung der Grundstücksmiteigentumsanteile an die noch zu bezeichnenden Käufer namens des Veräußerers zu erklären. In der Zeit vom 28. Juni bis 29. Juli 1968 benannte die Klägerin 110 Personen als Erwerber des Grundstücks zu bestimmten Tausendsteilmiteigentumsanteilen. Am 9. September 1968 schloß die Klägerin dann als Bevollmächtigte der 110 Bewerber mit einer KG neben einem Verwaltervertrag einen Bauerrichtungsvertrag (Betreuungsvertrag) über das auf dem Grundstück noch zu errichtende Gebäude. An dieser KG, die vom Ehemann der Klägerin als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertreten wurde, war die Klägerin zu dieser Zeit als alleinige Kommanditistin mit einer Einlage von 320 000 DM beteiligt.

Der Beklagte (das Finanzamt) sah in der Benennung der einzelnen Erwerber eine nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) der Grunderwerbsteuer unterliegende Abtretung der Rechte aus dem Kaufangebot durch die Klägerin an die einzelnen Erwerber und setzte mit Bescheid vom 20. November 1973 gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer in Höhe von 1876 DM fest (Einheitswert 26 800 DM).

Mit der nach erfolgloser Durchführung des Einspruchsverfahrens erhobenen Klage begehrt die Klägerin die Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheides. Wenn auch in den Kaufpreisen der einzelnen Erwerber überschießende Beträge enthalten gewesen seien, so habe sie trotzdem für ihre Vermittlungstätigkeit keine Vergütung gefordert und erhalten, weil diese Beträge zur Deckung weiterer Grundstückerwerbskosten gedient hätten. Die Geschäfte mit den einzelnen Erwerbern seien darauf gerichtet gewesen, die Baubetreuung und Verwaltung vorzubereiten. Daraus erwachsene Vorteile seien der Gesellschaft, und zwar nur durch die Ausführung der übernommenen Arbeiten, zugute gekommen.

Das Finanzgericht hat der Klage stattgegeben.

Mit der vom Finanzgericht zugelassenen Revision beantragt das Finanzamt, die Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage.

Der Grunderwerbsteuer unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 GrEStG ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung der Rechte aus einem Kaufangebot begründet, und nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG die Abtretung selbst, wenn ihr kein solches Rechtsgeschäft vorausgegangen ist. Wie der Senat bereits im Urteil vom 10. Juli 1974 II R 89/68 (BFHE 113, 474, BStBl II 1975, 86) ausgeführt hat, dienen die Vorschriften der Erfassung von Zwischengeschäften, die den Veräußerer binden; sie betreffen grundsätzlich auch solche Vorgänge, bei denen einer Person im Zusammenhang mit einem bindenden Kaufvertragsangebot lediglich das Benennungsrecht bezüglich des Annehmenden gewährt wird, wenn das Angebot von dem Benannten angenommen worden ist. Denn auch ein derartiges Benennungsrecht kann dem Berechtigten den Handel mit Kaufangeboten im weitesten Sinne ermöglichen.

Allerdings hat der Senat in dem o. a. Urteil weiter ausgeführt, es sei nicht vertretbar, § 1 Abs. 1 Nr. 6 GrEStG ohne Rücksicht auf § 1 Abs. 2 GrEStG auszulegen. Soweit der Senat daraus gefolgert hat, die Anwendung von § 1 Abs. 1 Nr. 6 GrEStG scheide aus, wenn trotz Vorliegens der übrigen Voraussetzungen feststehe, daß eine Grundstücksverwertung für eigene Rechnung und damit ein Handel mit Kaufvertragsangeboten nicht in Betracht komme, hat er damit nicht, wie das Finanzgericht offenbar angenommen hat, die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 6 GrEStG auf diejenigen Vorgänge beschränkt, die (auch) nach § 1 Abs. 2 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegen würden. Denn damit würde der Wirkungsbereich der Vorschrift auf Null reduziert. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift waren nur diejenigen Vorgänge auszuschneiden, die weder einen vermiedenen Zwischenerwerb ersetzen, der entsprechend dem gewollten wirtschaftlichen Entgelt geboten gewesen wäre, noch einer Verwertung des Kaufvertragsangebotes dienen, die den eigenen wirtschaftlichen Interessen des Benennungsberechtigten nützt. Verfolgt aber der Benennungsberechtigte eigene wirtschaftliche Interessen, und sei es auch nur durch Ausnützung der sonst dem Veräußerer gegebenen Möglichkeit, den jeweilig benannten Angebotsempfänger und Annehmenden zum Abschluß weiterer Verträge zu bestimmen, so ist der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nrn. 6, 7 GrEStG erfüllt.

Da das Finanzamt die Steuer aus dem Einheitswert festgesetzt hat und eine Verböserung im finanzgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht kommt, kann unerörtert bleiben, ob das Finanzgericht zutreffend das Vorliegen der Voraussetzungen auch des § 1 Abs. 2 GrEStG verneint hat.

28. EStG §§ 2 Abs. 1 Nr. 5, 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 S. 3 (Zur Frage, wem die Einkünfte bei Nießbrauch an Wertpapieren zuzurechnen sind)

**Veräußert ein Steuerpflichtiger schenkweise Wertpapiere unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs, sind die Wertpapiererträge weiterhin einkommensteuerlich ihm zuzurechnen.**

Niedersächs. FG, Urteil vom 16. 5. 1980 - I 125/79 -

#### Aus dem Tatbestand:

Die Erblasserin schenkte - unter dem Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs - ihren Kindern und Enkelkindern aufgrund eines nicht notariell beurkundeten Vertrages Fonds-Anteile. Die Fondsverwaltung übertrug die Fonds-Anteile auf Konten der Beschenkten, sperrte diese Konten jedoch zur Sicherung des Nießbrauchsrechts der Erblasserin. Das Finanzamt rechnete bei der Einkommensteuerveranlagung für 1977 die Wertpapiererträge der Erblasserin zu.

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht unbegründet.

Die Einkünfte aus den Investmentanteilen sind bei der Einkommensteuer-Festsetzung der Erblasserin auch insoweit zu erfassen, als sie die Anteile an ihre Kinder und Enkelkinder übertragen hat. Der erkennende Senat läßt offen, ob die Schenkung der Anteile wirksam oder wegen Formverstoßes unwirksam war (§ 518 BGB). Ist die Erblasserin rechtlich Inhaberin der Anteile geblieben, so besteht kein Zweifel, daß sie auch die Erträge aus den Anteilen am Investmentfonds versteuern muß. Sind die Beschenkten Inhaber der Anteile geworden, so muß die Erblasserin die Erträge als Nießbraucherin versteuern.

Nach § 2 Abs. 1 EStG unterliegen Einkünfte aus Kapitalvermögen, die der Steuerpflichtige während seiner unbeschränkten Einkommensteuerpflicht erzielt, der Einkommensteuer. In der BFH-Rechtssprechung ist nicht abschließend geklärt, wer im Falle der Schenkung von Wertpapieren unter Vorbehalt des Nießbrauchs als „Erzieler“ der Erträge anzusehen ist. Im Urteil vom 14. Dezember 1976 (MittBayNot 1977, 82) hat der BFH entschieden, die unentgeltliche Bestellung eines Nießbrauchs an Wertpapieren ändere an der Zurechnung der Wertpapiererträge nichts. Der Eigentümer der Wertpapiere müsse die Erträge auch dann versteuern, wenn einem Dritten der Nießbrauch zustehe. Der BFH begründet diese Entscheidung unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 13. Mai 1976 (BFHE 119, 63, BStBl II 1976, 592) mit der Erwägung, Einkünfte aus Kapitalvermögen erziele nur, wer selbst Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung überlasse. Das sei der Eigentümer der Wertpapiere, nicht der Nießbraucher. Der Nießbraucher realisiere lediglich den kraft des Nießbrauchs erworbenen Ertragnisanspruch. Diese Entscheidung ist im Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßen (Söffing, FR 1977, 213; Blümich-Falk EStG, 11. Aufl., § 20 S. 21; Herrmann-Heuer, Komm. zur ESt und KSt, 18. Aufl., § 20 EStG Anm. 19; zustimmend Schellenberger, DSZ/A 1977, 119). Bedenken gegen die Entscheidung bestehen deshalb, weil sie weder der Rechtslage nach bürgerlichem Recht entspricht, noch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten befriedigt. Rechtlich erwirbt der Nießbraucher die Nutzungen des belasteten Gegenstandes kraft eigenen dinglichen Rechts (Palandt-Bassenge, BGB, 39. Aufl., § 1030 Anm. 4a). Bei einem Nießbrauch an Forderungen oder Wertpapieren vereinnahmt danach der Nießbraucher die Dividenden oder Zinsen, die bürgerliche-rechtliche Rechtsfrüchte i. S. des § 90 Abs. 2 oder 3 BGB darstellen, kraft eigenen Rechts. Nicht der Nießbrauchsbesteller, sondern der Inhaber des Nießbrauchsrechts nutzt das Kapitalvermögen gegen Entgelt. Bei unentgeltlicher Nießbrauchsbestellung erhält der Besteller kein Entgelt; die Rechtsfrüchte fließen unmittelbar dem Nießbraucher zu. Diesem

kommen die Rechtsfrüchte zudem wirtschaftlich unmittelbar zugute. Es ist deshalb gerechtfertigt, sie bei ihm einkommensteuerrechtlich zu erfassen. Davon geht offenbar auch der Gesetzgeber aus, der in § 20 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 EStG die Zurechnung von Einnahmen beim Nießbraucher ausdrücklich vorsieht.

Der BFH läßt im Urteil vom 14. Dezember 1976 zudem ausdrücklich offen, ob seine Rechtsauffassung auch dann gelten solle, wenn jemand schenkweise Kapitalvermögensgegenstände unter gleichzeitiger Zurückbehaltung des Nießbrauchs veräußert. Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Senat ist der Ansicht, daß jedenfalls in diesem Ausnahmefall, in dem jemand Wertpapiere an einen Dritten überträgt und sich dabei langfristig den Nießbrauch vorbehält, nicht der neue Eigentümer, sondern der alte Eigentümer und jetzige Nießbraucher weiterhin die Erträge zu versteuern hat. Die Übertragung der Wertpapiere wirkt sich in einem solchen Fall nur auf der Vermögensebene, nicht auf der Ebene der Einkünfte aus. Dem Nießbraucher fließen die Rechtsfrüchte sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich nach wie vor unmittelbar und kraft eigenen Rechts zu. Seine Leistungsfähigkeit, nicht die des neuen Inhabers der Wertpapiere, wird durch den Zufluß der Erträge verstärkt. Es ist deshalb gerechtfertigt, ihn auch mit der Einkommensteuer zu belasten.

29. BGB §§ 104, 105, 181; EStG § 21 Abs. 1, Nr. 1 (Zur steuerlichen Anerkennung eines Nießbrauchs für Minderjährige)

**1. Bestellen Eltern ihren minderjährigen Kindern den Nießbrauch an einem bebauten Grundstück, können die Kinder nur dann Einkünfte aus Vermietung im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielen, wenn zu ihren Gunsten ein bürgerlich-rechtlich wirksames Nutzungsrecht begründet worden ist.**

**2. Durch die Bestellung eines Nießbrauchs erlangt der Nießbraucher nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil im Sinne des § 107 BGB. Wegen Verstoßes gegen § 181 BGB ist darum ein wirksames Nutzungsrecht nicht begründet worden, wenn Eltern ihren minderjährigen Kindern ohne Mitwirkung eines Pflegers den Nießbrauch eingeräumt haben.**

BFH, Urteil vom 13. 5. 1980 – VIII R 75/79 –

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger und seine Ehefrau haben mit notariellem Vertrag vom 28. 11. 1968 ihren minderjährigen Kindern den Nießbrauch an einem ihnen gehörenden Mietwohngrundstück eingeräumt. Nachdem bei einer Betriebsprüfung festgestellt worden war, daß bei der Bestellung des Nießbrauchs kein Pfleger mitgewirkt hatte, rechnete das Finanzamt bei der Einkommensteueranlagung für das Streitjahr 1971 die Einkünfte aus dem Mietwohngrundstück nicht mehr den Kindern, sondern den Eltern zu. Nach erfolglosem Einspruch wies das Finanzgericht die Klage ab. Die Revision hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

1. Ob nach einer Nießbrauchsbestellung dem Nießbraucher oder weiterhin dem Eigentümer die Einkünfte zuzurechnen sind, hängt davon ab, wer von beiden den Tatbestand der Einkunftserzielung i. S. des Einkommensteuergesetzes (EStG) erfüllt. Handelt es sich – wie im Streitfall – um einen Nießbrauch, den Eltern zugunsten ihrer minderjährigen Kinder bestellen, ist Voraussetzung für eine Tatbestandsverwirklichung durch die Kinder, daß ein bürgerlich-rechtlich wirksames Nutzungsrecht der Kinder begründet worden ist. Fehlt es an einem bürgerlich-rechtlich wirksamen Nutzungsrecht, so können die Eltern – obwohl sie dies gemäß § 1626 Abs. 1 BGB als Vermögenssorgeberechtigte ihrer Kinder dürften – einen Vermögensgegenstand „Nutzungsrecht am Grundstück“ nicht verwalten.

2. Das Finanzgericht hat im Streitfall zu Recht die Einkünfte aus der Vermietung des Grundstücks dem Kläger und seiner Ehefrau zugerechnet, weil ein bürgerlich-rechtlich wirksames Nutzungsrecht zugunsten der Kinder nicht bestellt worden ist.

a) Gemäß §§ 104, 105 BGB konnten die Töchter, da sie zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet hatten, keine rechtlich erheblichen Willenserklärungen abgeben. Sie waren bei der Bestellung des Nießbrauchs (§ 873 BGB) aber auch nicht wirksam vertreten, weil der Kläger und seine Ehefrau, die als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder aufgetreten sind, gemäß § 181 BGB an der Vertretung gehindert waren.

Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein sog. Insihgeschäft – also ein Rechtsgeschäft, das jemand als Vertreter eines anderen mit sich im eigenen Namen vornimmt – über den Wortlaut des § 181 BGB hinaus auch dann zulässig, wenn dieses dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (vgl. BGHZ 59, 236). Die Nießbrauchsvereinbarung vom 28. November 1968 brachte den Töchtern des Klägers dagegen nicht nur einen rechtlichen Vorteil, sondern auch rechtliche Nachteile.

aa) Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob die Bestellung eines Nießbrauchs dem Nießbrauchsberechtigten lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt oder nicht, bisher noch nicht entschieden. In der zivilrechtlichen Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, daß in den kraft Gesetzes entstehenden Verpflichtungen des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer der rechtliche Nachteil der Nießbrauchsbestellung liege. Dieser Auffassung schließt sich der erkennende Senat an.

Da der Kläger und seine Ehefrau danach an der Vertretung ihrer Kinder gehindert waren, hätte zum wirksamen Abschluß des Nießbrauchsvertrages gemäß § 1909 BGB ein Pfleger bestellt werden müssen (vgl. auch das rechtskräftige Urteil des FG Düsseldorf EFG 1976 S. 555).

bb) Dieser Auffassung steht das BFH-Urteil vom 8. 8. 1978 (BFHE 125 S. 500, BStBl II 1978 S. 663) nicht entgegen. Dort ist entschieden, daß durch einen Vertrag, in dem Eltern in vorweggenommener Erbfolge ihrem minderjährigen Kind ein Grundstück unentgeltlich – aber gegen Übernahme der entstehenden dinglichen Belastungen und gegen Einräumung des Nießbrauchs – zuwenden, das Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil i. S. des § 107 BGB erlangt. Der VII. Senat hat sich bei dieser Entscheidung auf ein Urteil des Reichsgerichts vom 10. 9. 1935 (RGZ 148 S. 321, 324) und die überwiegende Meinung in der zivilrechtlichen Literatur (vgl. *Palandt*, BGB 39. Aufl., § 107 Anm. 2, mit weiteren Nachweisen) gestützt, wonach lediglich ein rechtlicher Vorteil dann gegeben ist, wenn der Minderjährige aus seinem Vermögen, das er vor Abschluß des Vertrages besaß, nichts aufgeben und keine neue Belastung auf sich nehmen muß, damit der Vertrag zustande kommt. Im Gegensatz zu diesen Fällen, in denen das Eigentum an einem belasteten Grundstück unentgeltlich übertragen wird, wird im Streitfall lediglich ein Nutzungsrecht an fremdem Eigentum eingeräumt, das eine Reihe von Verpflichtungen beinhaltet.

Ebensowenig kann die Rechtsprechung des BGH, wonach die Anordnung einer Ergänzungsbelegschaft für einen minderjährigen Kommanditisten, dessen gesetzlicher Vertreter als persönlich haftender Gesellschafter an derselben Gesellschaft beteiligt ist, nicht gerechtfertigt ist (vgl. BGHZ 65 S. 93; vgl. dazu auch die BFH-Urteile BFHE 118 S. 181, BStBl II 1976 S. 328 und BFHE 119 S. 421, BStBl II 1976 S. 678), für den Streitfall Anwendung finden. Zwar hat der erkennende Senat unter Berufung auf diese Rechtsprechung die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Dauer des Nießbrauchs nicht für erforderlich gehalten. Die Dauerergänzungspflegschaft ist jedoch nicht vergleichbar mit

einer Pflugschaft in dem hier vorliegenden Fall, in dem der gesetzliche Vertreter an dem Abschluß eines einzelnen Rechtsgeschäfts rechtlich gehindert ist (vgl. dazu BGHZ 65 S. 93, 100 f.)

b) Der wegen Verstoßes gegen § 181 BGB schwebend unwirksame Nießbrauchsvertrag (vgl. *Palandt*, a.a.O., § 181 Anm. 3; *Thiele* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 181 Anm. 39) kann weder durch einen Pfleger mit steuerrechtlicher Wirkung für die Vergangenheit genehmigt werden, noch ist die schwebende Unwirksamkeit im Hinblick auf § 5 Abs. 3 StAnpG (jetzt: § 41 Abs. 1 AO 1977) ohne Bedeutung für die Besteuerung. Die Genehmigung der Nießbrauchsbestellung durch einen noch zu bestellenden Pfleger würde zwar zivilrechtlich auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückwirken (§ 184 Abs. 1 BGB), steuerrechtlich könnte eine Rückwirkung dagegen nicht anerkannt werden. Denn ebenso wie die zivilrechtliche Rückbeziehung eines Vertrages steuerrechtlich grundsätzlich unbeachtlich ist, muß auch die zivilrechtliche Rückwirkung einer erst Jahre nach dem Vertragsabschluß herbeigeführten Genehmigung durch einen Pfleger für die Besteuerung außer Betracht bleiben, weil erst vom Zeitpunkt der Genehmigung an tatsächlich und rechtlich alle Folgerungen aus dem bisher schwebend unwirksamen Vertrag gezogen werden können (vgl. BFH-Urteile BFHE 92 S. 474, BStBl II 1968 S. 671; BFHE 108 S. 197, BStBl II 1973 S. 307).

30. EStG, § 21 Abs. 1 Nr. 1 (Zur Zurechnung von Einkünften bei Bestellung eines Bruttonießbrauchs)

1. Der Nießbraucher an einem bebauten Grundstück kann auch dann Vermieter i. S. des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG sein, wenn das Nutzungsrecht als sog. Bruttonießbrauch ausgestaltet ist.

2. Der Nießbrauchsbesteller kann die im Rahmen des Bruttonießbrauchs von ihm erbrachten Aufwendungen nicht als Werbungskosten abziehen.

BFH, Urteil vom 13. 5. 1980 – VIII R 128/78 –

31. EStG § 21 Abs. 1 Nr. 1 (Zur Zurechnung von Einkünften bei Bestellung eines Nießbrauchs)

1. Ob nach einer Nießbrauchsbestellung dem Nießbraucher oder weiterhin dem Nießbrauchsbesteller die Einkünfte zuzurechnen sind, hängt davon ab, wer von beiden den Tatbestand der Einkunftserzielung erfüllt.

2. Minderjährige Kinder, zu deren Gunsten ein wirksames Nutzungsrecht an einem bebauten Grundstück bestellt worden ist, sind nur dann als Vermieter im Sinne des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG anzusehen, wenn die gesetzlichen Vertreter die Mietverträge im Namen der Kinder abgeschlossen haben.

3. Die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für die Dauer des Nießbrauchs ist nicht erforderlich.

BFH, Urteil vom 13. 5. 1980 – VIII R 63/79 –

### III.

#### Hinweise für die Praxis

##### 1. Grunderwerbsteuer;

**hier: Anwendung des § 1 Abs. 1 GrEStEigWoG: Bewohnen durch die Stiefmutter, den Stiefvater oder ein Stiefkind des Erwerbers**

Finanzministerium Niedersachsen, Erlaß von 6. 10. 1980 – S 4512 – 36 – 323 –

Es ist die Frage gestellt worden, ob Steuerbefreiung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GrEStEigWoG zusteht, wenn das Gebäude oder die Wohnung von der Stiefmutter, dem Stiefvater oder einem Stiefkind des Erwerbers bewohnt werden soll bzw. bewohnt wird. Hierzu ist folgende Auffassung zu vertreten:

Die Anwendung des § 1 Abs. 1 GrEStEigWoG setzt voraus, daß das begünstigte Objekt „vom Erwerber, seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie“ bewohnt wird. Stiefmutter bzw. -vater und Stiefkind sind nach § 1590 Abs. 1 BGB nur miteinander verschwägert und gehören deshalb nicht zu dem begünstigten Personenkreis. Sie können für die Anwendung des GrEStEigWoG auch nicht den Verwandten in gerader Linie gleichgestellt werden. Hierzu hätte es einer ausdrücklichen Regelung im GrEStEigWoG bedurft, wie sie z.B. in § 3 Nr. 6 GrEStG oder bei der Steuerklasseneinteilung in § 15 ErbStG getroffen worden ist. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß im Rahmen des GrEStEigWoG eine solche Gleichstellung versehentlich unterblieben ist. Hiergegen spricht, daß der Gesetzgeber im Hinblick auf die weite Fassung des Angehörigenbegriffs in § 15 AO 1977 (danach sind Angehörige auch Verschwägerte in gerader Linie) den Personenkreis, der den begünstigten Zweck nach dem GrEStEigWoG erfüllen kann, von dem im Regierungsentwurf zunächst vorgesehenen „Erwerber oder einem seiner Angehörigen“ auf den „Erwerber, seinen Ehegatten oder einen seiner Verwandten in gerader Linie“ eingeschränkt hat.

Das Bewohnen durch die Stiefmutter, den Stiefvater oder ein Stiefkind des Erwerbers reicht deshalb für eine Freistellung von der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GrEStEigWoG nicht aus. Der im Grunderwerbsteuerkommentar von *Borutta-Klein-Egly-Sigloch*, Ergänzungsband zur 10. Auflage, GrEStEigWoG Tz. 1774a, 1852, vertretenen gegenteiligen Auffassung kann nicht gefolgt werden.

Dieser Erlaß ist im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Bundesländer ergangen.

##### 2. Grunderwerbsteuer;

**hier: Anwendung des GrEStEigWoG in den Fällen, in denen im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erwerb des Erbbaurechts auch das damit belastete Grundstück erworben wird**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 17. 7. 1980 – Az.: S 4401 – 9/257 – 47 798 – an die Oberfinanzdirektionen:

Die Steuerbefreiung nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 GrEStEigWoG erfordert, daß das Einfamilienhaus, Zweifamilienhaus oder die Eigentumswohnung bereits bei Verwirklichung des Erwerbsvorgangs von einer begünstigten Person bewohnt wird (vgl. FMS vom 14. 7. 1977 S 4401–9/26–38 409, Abschn. II Tz 2). Diese Voraussetzung ist häufig nicht erfüllt, wenn Erbbaurecht und Erbbaugrundstück gleichzeitig oder kurz nacheinander erworben wird. In solchen Fällen kann jedoch ein einheitlicher – nach § 1 Abs. 1 Nr.

1 bis 3 GrEStEigWoG steuerfreier – Erwerbsvorgang vorliegen (vgl. dazu BFH-Urteile vom 2. August 1961, HFR 1962 S. 32, 10. Januar 1961, HFR 1962 S. 135, 29. August 1962, BSStBl 1963 II S. 14 und 28. Juli 1976, BSStBl 1977 II S. 85). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn durch die Verträge vom selben Tage Erbbaurecht und Erbbaugrundstück aus einer Hand erworben werden. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Erwerb von Erbbaurechten und des Nacherwerbs der mit diesen Rechten belasteten Grundstücke ist Voraussetzung für die Annahme eines einheitlichen Erwerbsvorgangs u. a., daß Personenidentität der Vertragspartner gegeben ist (zuletzt BFH-Urteil vom 28. Juli 1976, a.a.O.). Ich bitte deshalb, die Auffassung zu vertreten, daß stets selbständig zu beurteilende Erwerbsvorgänge vorliegen, wenn Veräußerer des Erbbaurechts und des damit belasteten Grundstücks verschiedene Personen sind.

Das Niedersächsische Finanzgericht hat allerdings inzwischen in mehreren Urteilen einen einheitlichen Erwerbsvorgang auch bei fehlender Veräußereridentität bejaht und es als ausreichend angesehen, wenn zwischen Erwerb des Erbbaurechts und des Erbbaugrundstücks ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht (vgl. u. a. Urteil vom 19. Dezember 1978, EFG 1979 S. 304). Gegen die Urteile wurde Revision eingelegt. Im Hinblick auf die bereits anhängigen Revisionsverfahren bitte ich entsprechende Einspruchsverfahren bis zum Vorliegen einer Entscheidung des BFH mit Zustimmung der Beteiligten nach § 363 ABS. 2 AO ruhen zu lassen. Die Vollziehung der angefochtenen Bescheide ist dann ganz oder – wenn im Fall eines einheitlichen Erwerbsvorgangs der Freibetrag nach §1 Abs. 2 Nr. 2 GrEStEigWoG überschritten wird – teilweise auszusetzen.

#### IV. Standesnachrichten

##### A. Personaländerungen

###### 1. Verstorben:

- Notar a. D. Dr. Albert Meiler, Füssen, gest. 5. 4. 1980
- Notar a. D. Dr. Rudolf Bitterlich, Regensburg, gest. 20. 4. 1980
- Notar a. D. Dr. Wilhelm Bengl, Bad Tölz, gest. 17. 5. 1980
- Notar a. D. Bruno Griefßinger, Landsberg/L., gest. 26. 5. 1980
- Notar a. D. Dr. Eduard Kammerl, München, gest. 28. 6. 1980
- Notar a. D. Ludwig Klein, Bad Dürkheim, gest. 13. 9. 1980
- Notar a. D. Dr. Oskar Schneider, Bamberg, gest. 22. 9. 1980

###### 2. Neuernannte Assessoren:

- Mit Wirkung ab 1. 11. 1980:
- Helmut Jacob, Ludwigshafen (Notarstelle Heeger / Dr. Kohler / Draxel-Fischer)
- Johann Kärtner, Landshut (Notarstelle Dr. Ring)
- Mit Wirkung ab 1. 12. 1980:
- Dr. Michael Bohrer, Bad Tölz (Notarstelle Dr. Schoetensack)
- Mit Wirkung ab 1. 1. 1981:
- Helmut Heinrich, Erding (Notarstelle Dr. Leuchtl / Rothmeyer)
- Joseph Hönle, Passau (Notarstelle Dr. Keilbach)

###### 3. Es wurden verliehen:

- Mit Wirkung ab 1. 11. 1980:
- Bayreuth dem Notar Dr. Helmut Roßner  
bisher in Stadtsteinach

###### Bayreuth

dem Notar Dr. Rudolf Rausch  
bisher in Neustadt a. d. Aisch

###### Mallersdorf

dem Notarassessor Wolfgang Lindner  
bisher in Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Reithmann)

###### Mit Wirkung ab 1. 1. 1981:

###### Bad Berneck

dem Notarassessor Dr. Reiner Pannhausen  
bisher in Erlangen (Notarstelle Dr. Schelter)

###### Nürnberg

dem Notar Helmut Bandele  
bisher in Bad Berneck

###### Vohenstrauß

dem Notarassessor Dr. Hans-Dieter Kutter  
bisher in München (Notarstelle Dr. Schippel)

###### 4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Oberinspektor i. N. Friedrich Betz, Nürnberg (Notarstelle Dr. Bünthe) ab 1. 4. 1981 in Schifferstadt (Notarstelle Dr. Bastian)

Oberinspektor i. N. Ernst Engelhardt, Erlangen (Notarstelle Dr. Glaser) ab 1. 1. 1981 in Nürnberg (Notarstelle Bandele)

###### Entlassung auf eigenen Antrag:

Oberinspektorin Helene Keller, Kempten (Notarstelle Dr. Gudden) ist mit Wirkung vom 1. 1. 1980 aus dem Notardienst ausgeschieden.

Amtmann Bernhard Schmidt, Passau (Notarstelle Dr. Plenk / Staudt) ist mit Wirkung vom 30. 4. 1980 aus dem Notardienst ausgeschieden.

Amtmann Rosa Heidersberger, München (Notarstelle Mittenzwei / Dr. Steinbauer) ist mit Wirkung vom 30. 6. 1980 aus dem Notardienst ausgeschieden.