

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

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

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

Heft 5

MittBayNot

September/Oktober 1990

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

### Die Herstellung der Rechtseinheit Deutschlands in der notariellen Praxis

Von Notar a.D. *Rudolf Ertl*, Kempten (Allgäu)

Bei Tagungen und Fortbildungsveranstaltungen des Bayerischen Notarvereins und seiner Bezirksgruppen ist deutlich geworden, wie wichtig es ist, bereits im ersten Heft der „Mitteilungen“ nach der Herstellung der Rechtseinheit Deutschlands mit einer Beitragsreihe über die Bedeutung dieses Vorgangs für die Notare in und außerhalb Bayerns und der Pfalz und für die notarielle Praxis zu beginnen.

#### I. Die Europäische Gemeinschaft

Das Thema „Europa“ wird in der nächsten Zeit in unserer Zeitschrift gegenüber der Herstellung der Rechtseinheit Deutschlands in den Hintergrund treten. Trotzdem dürfen die Fragen der deutschen und der europäischen Einigung nicht isoliert gesehen werden. Denn die Bürger der ehemaligen DDR sind nun in die Europäische Gemeinschaft eingebunden und werden folglich künftig von den Ereignissen in Europa ebenso unmittelbar berührt, wie umgekehrt die EG-Staaten von den Entwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland und in den ihr beigetretenen Bundesländern. Mit den Auswirkungen des europäischen Binnenmarkts auf das deutsche Notariat haben sich schon seit einiger Zeit die Bundesnotarkammer (DNotZ 1988, 408; 1989, 404; 1990, 471) und Fachleute aus EG-Staaten (vgl. DNotZ 1988, 271; 1988, 528; 1989, 467; 1989, 728; MittBayNot 1989, 125) befaßt. Sie waren 1989 das beherrschende Thema in der öffentlichen Diskussion unseres Berufsstandes: zuerst auf dem 23. Deutschen Notartag 1989 (Sonderheft der DNotZ 1989, 189), bei der Jahresversammlung 1989 des Bayerischen Notarvereins (MittBayNot 1990, 1) und schließlich unter dem alle EG-Staaten betreffenden Thema „Standort und Zukunft der Notare in Europa“ in der international geprägten Arbeitstagung des Bayerischen Notarvereins vom 21.1.1990 in München. Die Referate und Diskussionsbeiträge dieses Tages haben ein reges Interesse gefunden und sind vor kurzem im Europa-Sonderheft 1990 unserer Zeitschrift veröffentlicht worden. Auch dem Notariat in unserem Nachbar-

land Österreich, das bei dieser Tagung nicht zu Wort kommen konnte, haben wir den ihm gebührenden Platz eingeräumt (MittBayNot 1990, 9), um daran zu erinnern, daß es aus Tradition eine Brückenfunktion zwischen den einzelnen Notariatssystemen ausübt und mit seinen Europatagen seit 1989 eine Vorreiterrolle übernommen hat.

#### II. Die deutsche Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion

Vor einem Jahr konnte niemand voraussehen, daß vor der Vollendung des Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Gemeinschaft die rechtlichen Grundlagen zur Herstellung der Einheit Deutschlands vertraglich geregelt und in Kraft gesetzt würden. Der erste Schritt dazu war der Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion (BGBl. II 1990, 537), in dem mit Wirkung ab 1.7.1990 in der DDR die Deutsche Mark als Währung eingeführt, die Währungsumstellung, eine gemeinsame Wirtschafts- und Sozialordnung und die Übernahme der einschlägigen bundesdeutschen Rechtsvorschriften (u.a. des Handels- und Gesellschaftsrechts; vgl. DNotZ 1990, 465) vereinbart wurde. Dieser Staatsvertrag hat — wenn auch nur für wenige Monate — zu einem deutsch-deutschen Rechtsverkehr in den Bereichen des Gesellschaftsrechts (vgl. dazu MittBayNot 1990, 215) und des Währungsrechts geführt. Die Währungsumstellung wird viele Zweifelsfragen auslösen. Hier wird man prüfen müssen, ob sie sich mit Hilfe der nach der Währungsreform in der Bundesrepublik gemachten Erfahrungen leichter und schneller als damals lösen lassen.

#### III. Das Vertrags- und Gesetzeswerk zur Einheit Deutschlands

Der Einigungsvertrag vom 31.8.1990 und die Vereinbarung vom 18.9.1990 sind mit dem Einigungsvertragsgesetz vom 23.9.1990 im Bundesgesetzblatt II Nr. 35 verkündet und am 3.10.1990 in Kraft gesetzt worden. Schon ein kurzer Blick auf

das allein im Bundesgesetzblatt bereits 354 Seiten umfassende Vertrags- und Gesetzeswerk zeigt, daß die darin enthaltenen Regelungen für alle deutschen Notare von Bedeutung sind und Auswirkungen unterschiedlicher Art in den deutschen Bundesländern haben werden. Von den Veränderungen werden alle Bereiche unserer Rechtsordnung betroffen. Hier können nur einige Gesichtspunkte aus dem Bürgerlichen Recht und Notarrecht herausgegriffen werden, die für den Notar besonders wichtig erscheinen.

### 1. Bürgerliches Recht

Das Vertragswerk macht — wie nicht anders zu erwarten war — vom Grundsatz der Rechtseinheit (Art. 8 des Einigungsvertrages) eine Reihe wichtiger Ausnahmen. Sie sind in den besonderen Bestimmungen zur Überleitung von Bundesrecht (Anlage I) und für fortgeltendes Recht der DDR (Anlage II) zu finden und umfassen auch das Gesetz über besondere Investitionen und das Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, die beide mit dem Einigungsvertrag im Gebiet der ehemaligen DDR (Art. 3 des Einigungsvertrages) in Kraft getreten sind. Die Einführung des BGB und EGBGB und das Übergangsrecht zum Allgemeinen Teil des BGB, zum Schuld-, Sachen-, Familien-, Erbrecht und zum Internationalen Privatrecht sind als neuer 6. Teil in das EGBGB (Art. 230 bis 236) aufgenommen worden. Das Grundbuchverfahren für Grundstücke im Gebiet der früheren DDR richtet sich (mit einigen Abweichungen) nach der GBO. Die Grundbücher werden zunächst von den dafür bisher zuständigen Verwaltungsbehörden des Liegenschaftsdienstes weitergeführt (Grundbuchamt). Bestimmte Grundstücksgeschäfte bedürfen nach der im Einigungsvertrag teilweise abgeänderten Grundstücksverkehrsverordnung einer Genehmigung, für die die Landratsämter und Stadtverwaltungen zuständig sind. Diese Verordnung darf nicht mit dem bundesrechtlichen Grundstücksverkehrsgesetz vom 28.7.1961 verwechselt werden (dazu unter IV 4 d).

### 2. Notarrecht

Die Bundesnotarordnung gehört zu den Gesetzen, die abgesehen von einer Sonderregelung für Berlin von der Einführung des Bundesrechts ausgenommen sind. Die notarrechtlichen Verordnungen der DDR bleiben in den fünf beigetretenen Bundesländern für die dort bestellten Notare in Kraft. Ihre Stellung und Aufgaben wurden im Einigungsvertrag den Bestimmungen der BNotO angepaßt. In den Ländern werden Notarkammern gebildet, die der Bundesnotarkammer angehören. Nach dem Vorbild der für Bayern und die Pfalz bestehenden Notarkasse in München (§ 113 BNotO), deren Bedeutung für unseren Berufsstand in der Festschrift „125 Jahre Bayerisches Notariat“ (1987) gewürdigt worden ist, wurde auf Grund des § 39 der Verordnung zur Änderung und Ergänzung der Verordnung über die Tätigkeit von Notaren in eigener Praxis vom 22.8.1990 (GBI DDR I Nr. 57 S. 1328) in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts die Ländernotarkasse mit dem Sitz in Leipzig errichtet. Ihr Tätigkeitsbereich umfaßt die fünf neuen Bundesländer, nicht den Teil des Landes Berlin. Ihre Satzung beruht auf dem Prinzip der Selbstverwaltung.

### IV. Sich mit dem geltenden Recht vertraut machen

Dies ist die vordringlichste Aufgabe für die Notare und ihre Mitarbeiter. Die Gesetzgebungsorgane haben in einem einmaligen juristischen Kraftakt die rechtlichen Grundlagen der Einheit Deutschlands vereinbart und wenige Wochen später in Kraft gesetzt. Es ist einleuchtend, daß auf viele an

den Notar gerichtete Fragen zur Zeit nahezu niemand eine zuverlässige Antwort geben kann. Deshalb ist Vorsicht ratsam. Den „sichersten Weg“ zu finden, wie es traditionell vom Notar erwartet wird, ist in einer Zeit so großer Veränderungen und so vieler unbekannter Fakten nicht möglich. Die Fülle von Rechtsfragen und Problemen, die uns jetzt und sicher noch lange beschäftigen werden, sind die Folge der Tatsache, daß sich seit über 40 Jahren in beiden deutschen Staaten völlig wesensverschiedene Staats-, Gesellschafts- und Rechtsordnungen entwickelt haben.

Es gibt kein Patentrezept dafür, wie ein Notar sich die Kenntnisse von den gesetzlichen Vorschriften verschaffen soll, denen er untersteht und die er bei seiner Amtstätigkeit anzuwenden hat. Vielleicht sind trotzdem für den einen oder anderen unserer Leser einige Empfehlungen hilfreich.

1. Es gibt viele Möglichkeiten, sich mit dem geltenden Recht vertraut zu machen. Dazu gehören neben dem unerläßlichen Selbststudium der Gesetze ein gegenseitiger Erfahrungsaustausch, der Besuch von Fortbildungskursen, wie sie z.B. vom Bayerischen Notarverein, vom Fachinstitut für Notare in Zusammenarbeit mit der Bundesnotarkammer und von einzelnen unserer Bezirksgruppen angeboten werden, und nicht zuletzt das Studium der einschlägigen Fachliteratur.

2. Die gesetzlichen Vorschriften kann man nicht ohne Gesetzestext in seiner neuesten Fassung kennenlernen. Für die Praxis gilt der häufig in Vergessenheit getretene Rat: Zuerst ein Blick in das Gesetz. Erst daraus ergibt sich die Antwort. Dies ist nicht einfach, solange die Gesetzessammlungen noch nicht auf dem neuesten Stand sind oder für fortgeltendes DDR-Recht nach dem Stand vom 2.10.1990 (dem Tag vor dem Beitritt) noch nicht zur Verfügung stehen. Viele Vorschriften sind durch den Einigungsvertrag mit Wirkung ab 3.10.1990 geändert worden. Weitere Gesetzesänderungen sind zu erwarten.

3. Auf Schreibtischen und in Bücherschränken stehen häufig Gesetzestexte, Kommentare und Lehrbücher, die nicht mehr dem geltenden Recht entsprechen. Vor einem Blick in solche Bücher wird man feststellen müssen, welche Gesetzesänderungen inzwischen eingetreten sind. Je geringer die Kenntnisse des Benützers auf dem betreffenden Rechtsgebiet, um so größer ist die Gefahr von Fehlerquellen, die sich bei deren Studium einschleichen. Bei so umfangreichen Gesetzesänderungen, wie sie jetzt eingetreten sind, ist es besser, die täglich benötigten Hilfsmittel auf den neuesten Stand zu bringen.

4. Auf folgende Gesichtspunkte wird man besonders achten müssen:

a) Der Einigungsvertrag enthält viele Ausnahmen vom Bundesrecht. Sie können im Übergangsrecht, fortgeltenden DDR-Recht oder in den neuen Gesetzen geregelt sein, die im Gebiet der ehemaligen DDR am 3.10.1990 in Kraft getreten sind.

b) Fortgeltendes DDR-Recht kann durch übergeordnetes Verfassungsrecht, Bundesrecht oder Recht der Europäischen Gemeinschaften eingeschränkt sein (Art. 9 des Einigungsvertrages).

c) Wegen der unterschiedlichen Rechtsentwicklungen in den beiden deutschen Staaten lassen sich Begriffe und Rechtsgrundsätze des BGB nicht ohne weiteres auf fortgeltendes DDR-Recht anwenden.

d) Im Bundesrecht und fortgeltenden DDR-Recht gibt es Gesetze, die nebeneinander bestehen, aber unterschiedliche Auswirkungen haben.

Dazu ein für den Grundstücksverkehr wichtiges Beispiel: Das Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) vom 28.7.1961 (BGBl. III7810-1) gehört zum Bundesrecht und gilt nur für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke; sein § 2 regelt die genehmigungspflichtigen Geschäfte.

Die Grundstücksverkehrsverordnung (GrdstVerkVo) vom 15.12.1977 (GBl. DDR I 1978, 73) gilt nur im Gebiet der ehemaligen DDR, beschränkt sich nicht auf land- und forstwirtschaftliche Grundstücke und enthält (ebenfalls) in § 2 den Katalog der Rechtsgeschäfte, die dort genehmigungspflichtig sind. Ein Zeugnis über die Genehmigungsfreiheit nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§§ 2, 5 GrdstVG) hat nicht die Wirkung, daß das Geschäft auch nach der GrdstVerkVo genehmigungsfrei ist. Wegen der auf der Hand liegenden Gefahr von Verwechslungen sollte der DDR-Verordnung ein anderer Name gegeben werden.

5. In den beiden jetzt vereinigten Teilen Deutschlands gelten seit dem 3.10.1990 Vorschriften, die den einen bekannt, den anderen weitgehend unbekannt sind und auch den im Gebiet der ehemaligen DDR für die Bearbeitung notarieller Urkunden zuständigen Richtern, Rechtspflegern, Verwaltungs- und Finanzbehörden Kummer bereiten werden. Deshalb muß für einige Zeit dort mit Fehlern und Fehlerquellen gerechnet werden. Sie lassen es ratsam erscheinen, sich nicht wie in der Praxis üblich mit bloßen Vollzugsmitteilungen zu begnügen, sondern zur Überprüfung vollständige Auszüge aus dem Grundbuch oder Handelsregister zu verlangen.

6. In der notariellen Praxis wird es im Rechtsverkehr zwischen Deutschen nicht nur für Grundstücke im Gebiet der ehemaligen DDR, sondern auch sonst (vor allem im

Familien- und Erbrecht) Vorgänge mit „innerdeutschem Bezug“ geben, für die vor allem das Übergangsrecht von Bedeutung ist.

7. Die Auswirkungen des neuen Rechts und der auftretenden Schwierigkeiten in der Praxis sollten sorgfältig beobachtet werden, damit über Maßnahmen zu ihrer Behebung beraten werden kann.

## V. Notwendigkeit aktueller Berichte und Beiträge

Die „Mitteilungen“ sind schon längst kein bloßes Mitteilungsblatt für das bayerisch-pfälzische Notariat mehr. Sie dienen der Unterrichtung und Fortbildung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege und wollen der Öffentlichkeit ein lebendiges Bild vom Amt des Notars vermitteln. Herausgeber und Schriftleitung sind bestrebt, die Aufgaben der Mitteilungen, die durch die Herstellung der Rechtseinheit nicht einfacher geworden sind, in erster Linie mit aktuellen Beiträgen aus der Praxis für die Praxis zu erfüllen. Die Öffnung unserer Zeitschrift über Bayern und die Pfalz hinaus (MittBayNot 1989, 181) gilt jetzt im besonderen Maße den Notaren in der ehemaligen DDR, die unsere Hilfe brauchen. Mit ihnen gibt es bereits vielfältige Kontakte beruflicher und persönlicher Art; sie gehören zu unseren Lesern. Dies verpflichtet uns, auf ihr Informationsbedürfnis Rücksicht zu nehmen. Andererseits besteht auch bei uns ein reges Interesse an einem Meinungs-austausch über das hier weitgehend unbekannt, nach dem Einigungsvertrag fortgeltende DDR-Recht, über das dortige Grundbuch-, Register-, Vormundschafts- und Nachlaßwesen und über den praktischen Ablauf der Genehmigung und des Vollzugs von Urkunden. Deshalb sind unsere Leser aus den neuen Bundesländern eingeladen, sich mit uns an der künftigen Gestaltung unserer Zeitschrift durch Beiträge, Hinweise und Anregungen aus der Praxis zu beteiligen.

## „Altlasten“ und Grundstücksverkehr\*

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

Die Gefährdungen, die von Verunreinigungen des Grund und Bodens ausgehen, stellen kein völlig neues Problem des Bau- und Bodenrechts dar<sup>1</sup>. Eine kritische Einstellung gegenüber Belastungen der Umwelt und spektakuläre Fälle, wie die Hamburger Deponien Georgswerder und Müggendorfer Straße, Dortmund-Dorstfeld, Barsbüttel, Berlin-Britz, und Bielefeld-Brake, wo eine ganze Wohnsiedlung auf einer stillgelegten Deponie errichtet wurde, haben jedoch gegenwärtig das Bewußtsein der Öffentlichkeit für Risiken sensibilisiert, die von umweltgefährdenden Schadstoffablagerungen im Boden für die Gesundheit von Menschen ausgehen. Die im Zusammenhang mit der Altlastenbewältigung auftretenden Rechtsfragen sind in jüngster Zeit vor allem unter ordnungs-<sup>2</sup>, planungs-<sup>3</sup> und abfallrechtlichen<sup>4</sup> Gesichtspunkten

erörtert worden. Eine zunehmende Rolle spielen auch versicherungsrechtliche Fragen<sup>5</sup>. Wenig untersucht sind demgegenüber die Auswirkungen der Altlastenproblematik auf den Grundstücksverkehr<sup>6</sup>. Das von Diederichsen<sup>7</sup> geprägte Bild des überforderten Zivilrechtlers, der wie ein Kind mit Eimerchen und Schaufel versucht, den Müllbergen und schwärzlichen Ölsümpfen zu Leibe zu rücken, scheint hier die Diskussion vorzeitig beendet zu haben. Dies ist umso mißlicher, als es auch das öffentliche Recht bisher nicht vermochte, auf die zentrale Frage nach der Finanzierung notwendiger Sanierungsmaßnahmen befriedigende Antworten zu geben. Vertragliche Lösungsversuche müssen deshalb — wie auch in anderen Bereichen des Grundstücksverkehrs<sup>8</sup> — privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorgaben gleichermaßen berücksichtigen.

\* Herrn Prof. Dr. Hatto H. Schmitt, München, zum 60. Geburtstag gewidmet.

<sup>1</sup> Vgl. § 80 des Allg. Baugesetzbuches des Königreiches Sachsen v. 1. 7. 1900 u. dazu Henkel, UPR 1988, 367/368.

<sup>2</sup> Papier, Altlasten und polizeirechtliche Störerhaftung, 1985, S. 13 ff.; ders., DVBl. 1985, 873 ff.; ders., NVwZ 1986, 256 ff.; Breuer, JuS 1986, 359 ff.; Kloepfer, in: Umwelt- und Technikrecht, Bd. 1 (UTR 1), 1986, S. 17 ff.; Papier, in: UTR 1, 1986, S. 59 ff.; ders., Brandt/Lange, UPR 1987, 11/13 ff.; Breuer, NVwZ 1987, 751/754 ff.; Kloepfer, N+R 1987, 7 ff.; Bender/Sparwasser, Umweltrecht, 1988, Rdnr. 773 ff.; Friauf, in: von Münch, Bes. VerwR, 8. Aufl. 1988, S. 201/237 ff.; Spannowsky, UPR 1988, 376 ff.; Staube, DVBl. 1988, 606/609 f.; Bielfeldt, DÖV 1989, 441/442 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 12 Rdnr. 137 ff.; Papier, NWVBl. 1989, 322/324 ff. u. Stober, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, § 1 IX 2a (= S. 15 f.).

<sup>3</sup> Löhr, NVwZ 1987, 361/363 f.; Baden, ZfBR 1988, 108 ff.; Henkel, UPR 1988, 367 ff.; Ipsen/Tettinger, Altlasten und kommunale Bauleitplanung, 1988, S. 13 ff.; Schink, DÖV 1988, 528 ff.; Staube, DVBl. 1988, 606/610 f.; Altlasten im Städtebau. Arbeitshilfe in Bauleitplanung und bei Baugenehmigungsverfahren, 1989, passim; Bork/Schwade, StGB 1989, 268 ff.; Dörr/Schönfelder, NVwZ 1989, 933 ff.; Krautzberger, UPR 1989, 14 ff.; Jochum, NVwZ 1989, 635 ff.; Reh binder, JuS 1989, 885 ff. u. Schink, NJW 1989, 351 ff.; vgl. ferner Gaentzsch, NVwZ 1990, 505 ff. u. Bundesministerium f. Raumordnung, Bauwesen u. Städtebau (Hrsg.), Altlastensanierung und städtebauliche Erneuerung Nordhorn-Povelgelände, 1990, S. 50 f. m.w.N.

<sup>4</sup> Schink, DVBl. 1985, 1149 ff.; Kloepfer, a.a.O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 132 ff.; Buch, UPR 1990, 92 ff. u. Paetow, NVwZ 1990, 510 ff.; vgl. zu anderen Problemstellungen ferner Schink, DVBl. 1986, 161 ff. (Wasserrecht) u. Kleiber, ZfBR 1988, 168 ff. (Verkehrswertermittlung).

### I. Das Problem der Altlastensanierung

#### 1. Begriffliche Präzisierung

Im begrifflichen Ausgangspunkt besteht weitgehend Einigkeit: Bei Altlasten handelt es sich um Verseuchungen des Bodens mit umweltgefährdenden Schadstoffen<sup>9</sup>. Das Problem betrifft nicht nur ehemalige Abfalldeponien, sondern auch früher oder noch heute betriebene Industrie- und Ge-

<sup>5</sup> Vgl. Schmidt-Salzer, in: UTR 1, 1986, S. 139 ff. u. BGH, NJW-RR 1990, 603 f. = NVwZ 1990, 350.

<sup>6</sup> Dazu bisher nur Reuter, BB 1988, 497 ff. u. Böhringer, BWNNotZ 1989, 73 ff. sowie kurz Haegeler/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 1989, Rdnr. 3168. Zur Altlastenproblematik in der Immobilienvollstreckung Dorn, Rpfleger 1988, 298 ff. Allg. zur Wechselbeziehung von Umweltschutz und Grundeigentum Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts, 1989, passim; Geisendorfer, VersR 1989, 433 ff. und Ossenhühl (Hrsg.), Eigentumsgarantie und Umweltschutz, 1990, passim.

<sup>7</sup> BB 1986, 1723. Ähnlich Baumann, JuS 1989, 433/440 u. Gerlach, a.a.O. (Anm. 6), S. 212.

<sup>8</sup> So etwa bei vertraglichen Regelungen über Art und Maß der Bebauung, die Erschließungskosten und die Sicherung von Baugrund für Einheimische.

<sup>9</sup> S. statt vieler Breuer, NVwZ 1987, 751 u. Kloepfer, N+R 1987, 7.

werbestandorte. Die „Sünden der Vergangenheit“<sup>10</sup> rühren aus Schadstoffansammlungen im Erdreich (kontaminierte Standorte) her, die aus z.T. Jahrzehnte zurückliegenden Ablagerungen stammen und nun zu einer Verunreinigung des Bodens, des Wassers (Grund- und Oberflächenwasser) und der Luft (Abgabe von Gasen) führen können bzw. schon geführt haben. Der in den USA schon lange bekannte<sup>11</sup> und nunmehr auch vom deutschen Gesetzgeber ausdrücklich normierte Bodenbezug des Umweltrechts<sup>12</sup> resultiert nicht zuletzt aus den zahlreichen Gefährdungen des Bodens durch Schadstoffeintrag<sup>13</sup>. Zu nennen sind hier neben den Abfalldeponien insbesondere die land- und forstwirtschaftliche Düngung mittels Handels- und Wirtschaftsdünger sowie Klärschlamm, der Einsatz von Pflanzenschutzmitteln und die Luftbelastung mit Immissionen<sup>14</sup>.

Soweit in jüngeren Veröffentlichungen<sup>15</sup> noch zu lesen ist, bei den Altlasten handle es sich um keinen Rechtsbegriff, sondern um ein diffuses, nur von den Fakten her begreifbares Problemfeld, ist diese Aussage durch die berühmten „drei berichtigenden Worte des Gesetzgebers“ überholt. Bereits der vielzitierte Runderlaß des Ministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen vom 26.3.1980<sup>16</sup> umschrieb die Altlasten als „Schadstoffanreicherungen in Boden und Grundwasser, die auf umweltgefährdende Nachwirkungen der industriellen Produktion und Nachwirkungen aus den beiden Weltkriegen zurückgehen“. Das Baugesetzbuch enthält den Begriff nicht, sondern spricht von „Flächen, deren Böden erheblich mit umweltgefährdenden Stoffen belastet sind“<sup>17</sup>. Nach dem Regierungsentwurf besteht in diesen Fällen eine Kennzeichnungspflicht in Bauleitplänen, „wenn die Belastung nach Art, Beschaffenheit oder Mängel gesundheits-, boden-, luft- oder wassergefährdend ist“<sup>18</sup>. Erste Legaldefinitionen sind nunmehr in § 28 LAbfG NW v. 21.6.1988<sup>19</sup> und in § 16 HessAbfAG v. 10.7.1989<sup>20</sup> enthalten. Nach der letztgenannten Vorschrift ist Altlast eine Fläche, von der wesentliche Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit im Sinne

des § 2 Abs. 1 S. 2 AbfG ausgehen<sup>21</sup>. Das können Altablagerungen sein, nämlich stillgelegte Abfallentsorgungsanlagen und Grundstücke außerhalb solcher Anlagen, auf denen Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind, oder es handelt sich um sog. Altstandorte, das heißt Grundstücke von stillgelegten industriellen oder gewerblichen Betrieben, in denen mit entsprechend umweltgefährdenden Stoffen umgegangen wurde. Diese gesetzlichen Begriffsbestimmungen sind hinsichtlich der gegenständlichen Eingrenzung ziemlich erschöpfend und bieten für vertragliche Regelungen einen brauchbaren Anknüpfungspunkt. Einer Klärung bedarf aber die im Wortbestandteil „Alt-“ angedeutete zeitliche Dimension, also die Frage, wann der auf einem Grundstück vorhandene Gefahrenherd „alt“ ist<sup>22</sup>. Wenig hilfreich ist die bloße Feststellung, von einer Altlast könne nur die Rede sein, wenn die Gefährdung von Boden, Wasser, Luft oder Mensch durch einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang hervorgerufen worden sei. Das Abfallgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen macht die Zäsur mit dem Inkrafttreten des Abfallbeseitigungsgesetzes des Bundes am 11.6.1972<sup>23</sup>. Hieran knüpfen Begriffsbestimmungen wie „Uraltlasten“, „echte Altlasten“, „unechte Altlasten“ und „Neulasten“ an<sup>24</sup>. Grund für diese Unterscheidungen ist, daß bestimmte Gesetze aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht anwendbar sind, wenn die Altlast vor deren Inkrafttreten entstanden ist<sup>25</sup>. Neben dem zeitlichen Rahmen ergibt sich eine weitere Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ab wann eine meßbare Kontamination des Bodens eine „Last“ darstellt. Dies folgt daraus, daß ein bundeseinheitlicher Kriterienkatalog zur Bewertung von Altlasten nach wie

<sup>10</sup> So Koch, *Bodensanierung nach dem Verursacherprinzip*, 1985, S. 1; ähnlich Breuer, NVwZ 1987, 751 u. Schmidt, *Einführung in das Umweltrecht*, 2. Aufl. 1989, 2. Teil, § 5 IV (= S. 99).

<sup>11</sup> Zur dortigen superfund-Gesetzgebung s. Hajen, ZfU 1986, 352 ff.

<sup>12</sup> Vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UVPG und dazu kurz Becker, BayVBl. 1990, 353/354 ff.

<sup>13</sup> Zu Gefährdungen durch Bodenverbrauch vgl. nunmehr § 1 Abs. 5 S. 3 BauGB sowie Klopfer, a. a. O. (Anm. 2), § 14 Rdnr. 43 ff. u. VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 288/289.

<sup>14</sup> Ausführlich Klopfer, a. a. O. (Anm. 2), § 14 Rdnr. 25 ff. sowie kurz Henkel, UPR 1988, 367/368.

<sup>15</sup> So noch Papier, DVBl. 1985, 873; Schink, DVBl. 1985, 1149; Breuer, JuS 1986, 359; Schink, DVBl. 1986, 161; Breuer, NVwZ 1987, 751/752; Brandt/Lange, UPR 1987, 11/12; Dorn, Rpfleger 1988, 298; Kleiber, ZfBR 1988, 168 u. Böhringer, BWNotZ 1989, 73.

<sup>16</sup> NRW MinBl. 1980, 769; vgl. auch die Bodenschutzkonzeption der Bundesregierung, BT-Drs. 10/2977, S. 27 f., und den Städtebaulichen Bericht der Bundesregierung, BT-Drs. 10/5999, S. 59 ff.

<sup>17</sup> §§ 5 Abs. 3 Nr. 3 u. 9 Abs. 5 Nr. 3 BauGB. Vgl. dazu nur Krautzberger, UPR 1989, 14/15 u. Löh, in: Battis/Krautzberger/Löh, BauGB, 2. Aufl. 1987, § 5 Rdnr. 40 f. u. § 9 Rdnr. 112 ff.

<sup>18</sup> BT-Drs. 10/4630, S. 68. Vgl. auch die Große Anfrage der SPD-Fraktion, BT-Drs. 11/2725, und die Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 11/4104, S. 2 f.

<sup>19</sup> GVBl. 1988, S. 250/255.

<sup>20</sup> GVBl. I, 1989, S. 197/204; vgl. dazu Böhm, NVwZ 1990, 340 ff. sowie das 5. Gesetz zur Änderung des HAbfG v. 6.6.1989 (GVBl. I S. 137/142).

<sup>21</sup> Enger § 28 LAbfG NW, wo es heißt:

„(1) Altlasten sind Altablagerungen und Altstandorte, sofern von diesen nach den Erkenntnissen einer im einzelnen Fall vorausgegangenen Untersuchung und einer darauf beruhenden Beurteilung durch die zuständige Behörde eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht.“

(2) Altablagerungen sind

1. stillgelegte Anlagen zum Ablagern von Abfällen,  
2. Grundstücke, auf denen vor dem 11. Juni 1972 Abfälle abgelagert worden sind,  
3. sonstige stillgelegte Aufhaldungen und Verfüllungen.

(3) Altstandorte sind

1. Grundstücke stillgelegter Anlagen, in denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist, soweit es sich um Anlagen der gewerblichen Wirtschaft oder im Bereich öffentlicher Einrichtungen gehandelt hat, ausgenommen der Umgang mit Kernbrennstoffen und sonstigen radioaktiven Stoffen im Sinne des Atomgesetzes.  
2. Grundstücke, auf denen im Bereich der gewerblichen Wirtschaft und im Bereich öffentlicher Dienstleistungen sonst mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist, ausgenommen der Umgang mit Kernbrennstoffen und sonstigen radioaktiven Stoffen im Sinne des Atomgesetzes, das Aufbringen von Abwasser, Klärschlamm, Fäkalien oder ähnlichen Stoffen und von festen Stoffen, die aus oberirdischen Gewässern entnommen worden sind, sowie das Aufbringen und Anwenden von Pflanzenbehandlungs- und Düngemitteln.“

<sup>22</sup> Ähnlich Brandt/Lange, UPR 1987, 11/12 u. Paetow, NVwZ 1990, 510/511.

<sup>23</sup> Vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 2 LAbfG NW sowie aus dem Schrifttum Klopfer, N+R 1987, 7.

<sup>24</sup> Klopfer, ebenda.

<sup>25</sup> Neulasten sind demgemäß Ablagerungen unter dem Regime des AbfG. Echte Altlasten sind alle Ablagerungen, die vor dem 11.6.1972 erfolgt sind. Bei unechten Altlasten wurden sie dagegen vor und nach diesem Zeitpunkt vorgenommen. Als Uraltlasten sind solche Belastungen zu verstehen, die aus Abfällen herrühren, für deren Beseitigung keine staatliche Genehmigung erforderlich war. Kritisch zu diesen Differenzierungen nunmehr Paetow, NVwZ 1990, 510/511 ff. u. Gerlach, a.a.O. (Anm. 6), S. 216.

vor fehlt<sup>26</sup>. Auch das bekannte, für die Gefährdungsabschätzung entwickelte Hamburger Modell, das die lyrische Abkürzung AGAPE trägt<sup>27</sup>, hat sich — soweit ersichtlich — bisher nicht bundeseinheitlich durchzusetzen vermocht.

Weder die zeitliche Dimension noch die Frage der Gefährdung werfen allerdings typischerweise in Grundstückskaufverträgen größere Probleme auf. Für die Parteien steht nämlich meist nicht die — öffentlich-rechtlich relevante<sup>28</sup> — Frage der Sanierungsbedürftigkeit im Vordergrund, sondern der Einfluß von sog. Altlasten auf den Verkehrswert des Vertragsgrundstücks. Hierzu stellt § 5 Abs. 5 WertV klar<sup>29</sup>, daß die „Belastung mit Ablagerungen“ zu berücksichtigen ist. Mit anderen Worten: Während das öffentliche Recht nur solche Altlasten erfaßt, von denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht, knüpft das Zivilrecht bereits unterhalb dieser Schwelle an. Bei der Ermittlung des Verkehrswertes eines Grundstücks ist jede Verunreinigung des Bodens, unabhängig von der Zeit ihres Entstehens und ihrer Sanierungsbedürftigkeit zu berücksichtigen; entscheidend ist allein, ob sie nach Art und Ausmaß im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bei der Preisgestaltung Berücksichtigung findet. Sofern die Vertragsteile eine Vereinbarung über die Risikoverteilung bei „Altlasten“ wünschen, sollte deshalb begrifflich von „Verunreinigungen des Bodens durch Ablagerungen wie z. B. sog. Altlasten, Düngung, Pflanzenschutzmittel, Immissionen<sup>30</sup> und ähnliche Belastungen, soweit diese auf die Ermittlung des Verkehrswertes Einfluß haben“, oder kurz von „Belastungen des Bodens mit Ablagerungen im Sinne von § 5 Abs. 5 WertV“ gesprochen werden<sup>31</sup>.

## 2. Rechtstatsächliche Bedeutung

Vorsichtige, Ende 1985 vorgenommene Schätzungen des Umweltbundesamtes gingen von ca. 35.000 „Verdachtsstandorten“ für Verseuchungen des Bodens aus; davon wurden etwa 10% als sanierungsbedürftig angesehen<sup>32</sup>. Die

<sup>26</sup> Dies bedauern auch Franzlus, Kontaminierte Standorte in der Bundesrepublik Deutschland, UBA-Berichte 7/1986, S. 296; Deutscher Industrie- und Handelstag, Informationen Nr. 8/1989, S. 1 u. Rehlinger, JuS 1989, 885. Vgl. auch Schrader, N+R 1989, 288 ff.

<sup>27</sup> Dieses Modell der Abschätzung des Gefährdungspotentials von Altlastungen zur Prioritäten-Ermittlung geht von dem Hazard Ranking System der Environment Protection Agency in den USA aus; s. dazu Sander, BauR 1986, 657/660 u. Breuer, NVwZ 1987, 751/752.

<sup>28</sup> Vgl. die Altlasten-Definition von Sander, BauR 1986, 657/660.

<sup>29</sup> Bereits nach § 194 BauGB ist bei der Wertermittlung die „Beschaffenheit“ des Grundstücks zu berücksichtigen; zum klarstellenden Charakter s. auch Kleiber, ZfBR 1988, 168/169. Vgl. ferner Gerady/Möckel, Die Praxis der Grundstücksbewertung, Stand: Nov. 1989, II C b.1.

<sup>30</sup> Ein Beispiel für eine Bodenverunreinigung durch Immissionen bildet BGH, NJW 1990, 1910 f., wo es um eine Bleiverseuchung des Bodens durch eine benachbarte Tontaubenschießanlage ging.

<sup>31</sup> Sofern Verträge (allein) von „Altlasten“ sprechen (vgl. Böhringer, BWNotZ 1989, 73/75), ist im Wege der Auslegung regelmäßig davon auszugehen, daß damit nicht an (enge) öffentlich-rechtliche Definitionen, sondern an die in der Öffentlichkeit gebräuchliche Verwendung dieses Begriffs (vgl. Schröder, in: „Neue Revue“ Nr. 51/1989, S. 74) als pars pro toto angeknüpft werden sollte. Eine starre begriffliche Deutung wäre wirklichkeitsfremd. Unklar aber Schippel, in: Beck'sches Formularbuch ..., 4. Aufl. 1986, Form. III. B.1, § 6b S. 4.

<sup>32</sup> Vgl. die Angaben bei Hermann, DVBl. 1986, 135/136; Baden, ZfBR 1988, 108 u. Staube, DVBl. 1988, 606/607 sowie ferner bei Breuer, NVwZ 1987, 751/753 u. Schink, DVBl. 1985, 1149.

jüngste Studie aus dem Deutschen Institut für Urbanistik<sup>33</sup> hat diese Zahlen deutlich nach oben korrigiert. Nach neuesten Untersuchungen dürfte die Zahl von etwa 100.000 Verdachtsflächen nicht unrealistisch sein<sup>34</sup>. Besonders hervorzuheben sind der hohe Anteil von rd. 25% kontaminierter Flächen in überplanten Gemeindegebieten und zunehmende Fallzahlen mit steigender Gemeindegrößenklasse. Dieser Befund wird durch Einzeluntersuchungen aus Großstädten belegt. So kam man in München<sup>35</sup> hinsichtlich der Hälfte des gesamten Stadtgebietes immerhin auf 1.150 Verdachtsflächen<sup>36</sup>. Nach einem internen Bericht des Ost-Berliner Umweltministeriums<sup>37</sup> ist die Situation im Gebiet der bisherigen DDR keinesfalls besser. Insgesamt ist zu erwarten, daß die Kennzeichnungspflicht nach §§ 5 Abs. 3 Nr. 3, 9 Abs. 5 Nr. 3 BauGB zu einer weiteren Erfassung von Verdachtsflächen führen wird.

## 3. Sanierungstechniken und -kosten

Dieser Befund führt zwangsläufig zur Frage, wie Verunreinigungen beseitigt und wann betroffene Grundstücke anderweitig wieder unbedenklich genutzt werden können<sup>38</sup>. Der Begriff der damit angesprochenen Sanierung umfaßt nach dem Wortsinn nur die Maßnahmen zur eigentlichen Beseitigung der von Altablagerungen und Altstandorten ausgehenden Umweltgefahren. Es besteht jedoch weitgehende Einigkeit darüber, daß die Skala der darunter zu subsumierenden Aufgaben von der Ermittlung der Altlasten über die Gefährdungsabschätzung (Erstbewertung, Untersuchungen, Beurteilung) und die Sanierungsmaßnahmen im engeren Sinn bis hin zur Überwachung reicht<sup>39</sup>. Ein einziges Sanierungskonzept für alle Altlasten gibt es nicht; die im Einzelfall anzuwendende Sanierungsmethode muß vielmehr die standortspezifischen Besonderheiten berücksichtigen. Ziel ist die Reinigung des Erdreichs. In Betracht kommt das traditionelle, wegen des dafür erforderlichen Sondermülldeponieraums aber heute zunehmend als problematisch eingeschätzte Ausgraben der kontaminierten Erde und ein Bodenaustausch. Als Alternativen zu dieser Methode des sog. Auskofferns werden die Einkapselung des kontaminierten Standorts (Oberflächenabdichtung und Bau von Trennwänden zum Schutz des Grundwassers) und die Entgiftung an Ort und Stelle erörtert. Bei letztgenannter Maßnahme sind im wesentlichen zwei technische Verfahren zu unterscheiden: Die sog. onsite-Behandlung, bei der schadstoffbelasteter Boden auf der Altlastenfläche durch Ausbaggern des verseuchten Erdreichs, dessen Entgiftung mittels thermischer (Verbrennung, Pyrolyse), biologischer (Einsatz von Mikroorganismen) oder Extraktionsverfahren (Bodenwäsche) und anschließender Wiederverfüllung des gereinigten Bodens saniert wird. Die zweite Kategorie von Entgiftungsmaßnahmen erfolgt in situ in der Weise, daß die Kontamination

<sup>33</sup> DIfU, Altlasten in den Kommunen, 1989; vgl. dazu den Bericht in NVwZ 1990, 349 f.

<sup>34</sup> So Krautberger, UPR 1989, 14.

<sup>35</sup> Zu ähnlichen Zahlen aus Berlin s. Staube, DVBl. 1988, 606/607.

<sup>36</sup> Bericht der „Süddeutschen Zeitung“ v. 31. 10. 1989, S. 17.

<sup>37</sup> Zit. nach „Der Spiegel“ Nr. 23/1990, S. 30 f.

<sup>38</sup> Ausführlich Franzius/Stegmann/Wolf, Handbuch der Altlastensanierung, 1989, insbes. Kap. 3 ff. u. Tettinger, Altlasten und Flächenrecycling, 1990, passim sowie überblicksmäßig Bender/Sparwasser, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 761 ff. u. Bielfeldt, DÖV 1989, 441/447 f.

<sup>39</sup> Ebenso Papier, NWVBl. 1989, 322/323 u. Paetow, NVwZ 1990, 510/511.

ohne Abgrabung unmittelbar im Untergrund z. B. durch Infiltration chemischer oder sonstiger Stoffe in den Boden behandelt wird<sup>40</sup>.

Ging man 1985 noch von einem Sanierungsaufwand von ca. 17 Milliarden DM für die nächsten zehn Jahre aus<sup>41</sup>, ist heute — bei noch nicht abgeschlossenen Erhebungen — von einem Gesamtaufwand von 70 Milliarden DM bis zum Jahre 2000 die Rede<sup>42</sup>. Die „Wiederinwertsetzungskosten“ für ein einzelnes Grundstück sind angesichts der unterschiedlichen Arten und des verschiedenen Maßes von Verunreinigungen sowie der noch in der Entwicklung befindlichen Sanierungstechniken schwer abschätzbar<sup>43</sup>. In der Kostenschätzung von Jessberger<sup>44</sup> reichen die Angaben von 2,— bis 2.000,— DM pro qm, je nach Sanierungsmethode. Durch die Belastung mit Sanierungskosten kann der Verkehrswert eines Grundstücks auf einen „Anerkennungsbetrag“ zusammenschrumpfen. So hat beispielsweise das Land Hamburg allein für ein Sofortprogramm zur Sanierung der Altdeponie Georgswerder 33 Millionen DM zur Verfügung gestellt<sup>45</sup>. Die vereinzelt erhobene Forderung, die finanziellen Auswirkungen notwendig werdender Sanierungsmaßnahmen seien in die notariellen Vertragsverhandlungen miteinzubeziehen<sup>46</sup>, erweist sich im Hinblick auf die Unsicherheiten, die bei den Sanierungstechniken und — davon abhängig — den Kostenschätzungen bestehen, als wenig durchdacht.

## II. Die Verantwortlichkeit für Altlasten im öffentlichen Recht

Die Frage, ob und aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Verwaltung die an der Entstehung der Altlasten Beteiligten (z. B. Abfallerzeuger, Grundstückseigentümer, Deponiebetreiber) zur Gefahrenbeseitigung und Kostentragung in Anspruch nehmen kann, war in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Untersuchungen<sup>47</sup> und einiger obergerichtlicher Entscheidungen. An dieser Stelle soll die noch andauernde öffentlich-rechtliche Diskussion nicht im einzelnen nachgezeichnet, sondern nur in ihren Ergebnissen dargestellt werden.

### 1. Anwendbare Rechtsgrundlagen

#### a) Abfall- und wasserrechtliche Sonderregelungen

Weitgehende Einigkeit<sup>48</sup> besteht darüber, daß das spezielle Umweltrecht die Altlastenproblematik nur unvollständig erfaßt. Ein Vorgehen auf der Basis des Rechts der Abfallbeseitigung des Bundes und der Länder liegt bei denjenigen Altlasten nahe, die im Abfallbereich angesiedelt sind. Die §§ 7, 8 Abs. 2, 10, 11 Abs. 1 S. 2 AbfG treffen zwar Regelungen über

die Errichtung, den Betrieb und die Stilllegung von Abfallbeseitigungsanlagen. So hat gemäß § 10 Abs. 1 AbfG der Inhaber einer ortsfesten Abfallbeseitigungsanlage ihre beabsichtigte Stilllegung der zuständigen Behörde unverzüglich anzuzeigen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung soll der Inhaber verpflichtet werden, auf seine Kosten das Gelände, das für die Abfallbeseitigung verwandt worden ist, zu rekultivieren und sonstige Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich sind, um Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit zu verhüten. Das Abfallgesetz ist somit gegenständlich auf Abfallbeseitigungsanlagen beschränkt und betrifft im übrigen nur bewegliche Sachen (§ 1 Abs. 1 S. 1 AbfG)<sup>49</sup>; in seinem zeitlichen Anwendungsbereich bezieht es sich nur auf Anlagen, die nach dem 11.6.1972 geschlossen worden sind oder werden<sup>50</sup>. Ursprünglich unterlagen Altanlagen nicht einmal der behördlichen Überwachung; nunmehr kann die zuständige Behörde die Überwachung auch auf stillgelegte Abfallentsorgungsanlagen und auf Grundstücke erstrecken, auf denen vor dem 11.6.1972 Abfälle angefallen sind, behandelt, gelagert oder abgelagert worden sind, wenn dies zur Wahrung des Wohls der Allgemeinheit erforderlich ist<sup>51</sup>. Die abfallrechtliche Überwachung umfaßt indessen keine Verpflichtungen und Verfügungen zur Sanierung<sup>52</sup>.

Typischerweise können von Altlasten Gefahren für den Wasserhaushalt, insbesondere für das Grundwasser ausgehen<sup>53</sup>. Die Vorschriften des Wasserhaushaltsgesetzes über die Benutzung der Gewässer (§§ 2 ff. WHG), die Haftung für Verunreinigungen des Wassers (§ 22 WHG) sowie die gewässernahe Lagerung und Ablagerung von Stoffen (§§ 26 Abs. 2, 32 b u. 34 Abs. 2 WHG) gelten nicht für Handlungen, die vor dem 1.3.1960 stattgefunden haben<sup>54</sup>. Insoweit greift nur die Verschuldenshaftung nach den Vorschriften des BGB<sup>55</sup>. Eine Problemlösung kommt aber auch bei Anwendbarkeit des WHG nur in Ausnahmefällen in Betracht: Zum einen gehen häufig die Spezialvorschriften des Abfallrechts vor<sup>56</sup>, zum anderen enthält es keine Eingriffsbefugnisse für eine umfassende Sanierung<sup>57</sup>.

Sieht man von den Vorschriften des Bundesberggesetzes<sup>58</sup> für bergrechtliche Betriebe einmal ab, kommen als Spezialvorschriften nur noch die Bestimmungen der Landesabfallgesetze in Betracht<sup>59</sup>. Hervorzuheben ist in diesem Zusam-

<sup>40</sup> Zum Ganzen Stegmann, in: UTR 1, 1986, S. 1 ff. u. Franzius/Stegmann/Wolf a. a. O. (Anm. 38), Kap. 3; vgl. ferner Buch, UPR 1990, 92 ff. u. Bundesministerium ... (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 3), S. 34 f.

<sup>41</sup> Franzius, WuB 1986, 170 u. Breuer, NVwZ 1987, 752.

<sup>42</sup> Schmeken-Schwabe, StuGemB 1986, 516 u. Schink, NJW 1990, 351.

<sup>43</sup> Ebenso Kleiber, ZfBR 1988, 170/175.

<sup>44</sup> Jessberger, Überblick über die Sanierungsmöglichkeiten von Altablagern und kontaminierten Standorten, in: Altlasten und kontaminierte Standorte, 1986, S. 27; abgedruckt auch bei Sander, BauR 1986, 657/659.

<sup>45</sup> Schink, DVBl. 1985, 1149/1150.

<sup>46</sup> So allerdings Böhringer, BWNNotZ 1989, 73.

<sup>47</sup> Vgl. die Nachw. in Anm. 2 mit 4.

<sup>48</sup> S. statt vieler Brandt/Lange, UPR 1987, 11/12 f.; Breuer, NVwZ 1987, 751/753 f. u. Kloepfer, N+R 1987, 7; a. A. aber jüngst Paetow, NVwZ 1990, 510 ff.

<sup>49</sup> Vgl. Hösel/von Lersner, Recht der Abfallbeseitigung, Stand: 31. Lfg., Jan. 1990, § 10 Rdnr. 15.

<sup>50</sup> S. statt vieler Schink, DVBl. 1985, 1149/1157; zur gegenständlichen Beschränkung s. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 134 u. Hösel/von Lersner, a. a. O. (Anm. 49), § 11 Rdnr. 11.

<sup>51</sup> § 11 Abs. 1 S. 2 AbfG; vgl. dazu Papier, NWVBl. 1989, 322/323. Zur Streitfrage, ob Betreiber i. S. d. § 11 Abs. 4 S. 2 AbfG der jeweilige Inhaber ist, vgl. einerseits VGH Kassel, NVwZ 1987, 815 f. u. andererseits VGH Kassel, NVwZ 1990, 383/384.

<sup>52</sup> Hösel/von Lersner, a. a. O. (Anm. 49), § 11 Rdnr. 8.

<sup>53</sup> Ausführlich — auch zum Nachfolgenden — Schink, DVBl. 1986, 161 ff. u. Striewe, ZfW 1986, 274 ff.

<sup>54</sup> S. auch Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, 4. Aufl. 1985, § 22 Rdnr. 5.

<sup>55</sup> Zu Ausnahmen nach § 24 PrWG u. Art. 37 Abs. 5 BayWG 1907 vgl. Diederichsen, BB 1986, 1723/1729 Fn. 63 m. w. N.

<sup>56</sup> Str., wie hier auch Schink, DVBl. 1986, 161.

<sup>57</sup> Ebenso Papier, NVwZ 1986, 256 u. Brandt/Lange, UPR 1987, 11/13; zu weiteren Problemen s. Kloepfer, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 135.

<sup>58</sup> Insbes. §§ 51, 53, 55 u. 69 BBergG; vgl. hierzu Brandt/Lange, UPR 1987, 11/13 u. Henkel, Altlasten als Rechtsproblem, 1987, S. 63 f.

<sup>59</sup> Dazu kurz Kloepfer, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 136 sowie OVG Münster, NVwZ 1985, 355 ff.

menhang zunächst Art. 14 BayAbfG<sup>60</sup>. Diese Vorschrift erlegt dem ehemaligen Betreiber einer stillgelegten Abfallbeseitigungsanlage und subsidiär dem Grundstückseigentümer Sicherungs- und Rekultivierungspflichten auf. Hierin erblickt Papier<sup>61</sup> eine echte Rückwirkung; er hält diese aus rechtsstaatlichen Gründen nur für tragbar, „soweit eine schon nach bisherigem Recht, im wesentlichen also nach dem allgemeinen Polizeirecht bestehende Verantwortlichkeit aufgegriffen und spezifiziert wird“. Auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die vorgenannte Norm „unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie“ eng ausgelegt<sup>62</sup>. §§ 28 ff. LABfG NW enthalten lediglich Anzeige- und Duldungspflichten für Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigte. Nach § 33 LABfG NW obliegen den Kreisen und kreisfreien Städten bei vor dem 18. 12. 1973 stillgelegten Abfallentsorgungsanlagen subsidiär die Maßnahmen nach § 10 Abs. 2 AbfG; soweit dadurch wesentliche Werterhöhungen für die betroffenen Grundstücke eintreten, „kann die Gemeinde vom Eigentümer einen Ausgleich in Geld verlangen“<sup>63</sup>. Das Hessische Abfallgesetz versucht schließlich in seiner Neufassung die Sanierung von Altlasten „unter weitestgehender Heranziehung des Verursacherprinzips“<sup>64</sup> zu verwirklichen. Zur Durchführung der Sanierung ist danach (§ 21 HABfAG) vorrangig der Verursacher einer Altlast verpflichtet; ausgenommen, er hat zum Zeitpunkt des Entstehens der Verunreinigung darauf vertraut, daß eine Beeinträchtigung der Umwelt nicht entstehen könne, und wenn dieses Vertrauen im Einzelfall schutzwürdig ist. Den Grundstückseigentümer und ehemaligen Grundstückseigentümer trifft keine Haftung, wenn sie nachweisen, daß sie die Verunreinigung beim Grundstückserwerb weder kannten noch kennen mußten. Die Auswahl unter mehreren Verantwortlichen hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen; zwischen ihnen bestehen Ausgleichsansprüche nach dem Grad der Verursachung<sup>65</sup>. Bedenken gegen die Gültigkeit dieser umfassenden Regelung hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof in zwei Entscheidungen zunächst zurückgewiesen<sup>66</sup>.

b) Die Geltung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts  
Altlastenfälle sind meist Altrechtfälle. Insofern versagt das moderne Umweltrecht regelmäßig. Soweit es (noch) keine Regelungen enthält, muß auf das allgemeine Recht der Gefahrenabwehr zurückgegriffen werden. Im Zuge des Altlastenproblems wurde deshalb von einer ungeahnten Renaissance des Polizeirechts gesprochen<sup>67</sup>. Seine Tauglichkeit zur Lösung der anstehenden Probleme ist freilich nicht unumstritten: Während einerseits Koch und Klopfer<sup>68</sup> in

der Regelung der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit eine brauchbare Grundlage für eine Bodensanierung nach dem Verursacherprinzip sehen und den rechtlichen Zusammenhalt hervorheben, den die komplexe Altlastenproblematik durch den Rekurs auf polizeirechtliche Regelungsreserven erfährt, vertritt Papier<sup>69</sup> die Ansicht, das allgemeine Polizeirecht sei aufgrund seiner einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Eingriffsbeschränkungen zu einer sinnvollen Lösung der Altlastenproblematik nicht in der Lage, insbesondere könne es zu Maßnahmen der Gesamtsanierung und Rekultivierung nicht herangezogen werden<sup>70</sup>. Grundsätzlichen Bedenken begegnet die Verantwortlichkeit für Altlasten aber auch noch aus einem anderen Grund: Über das verschuldensunabhängige Polizeirecht werde der Private, der auf die Legalisierungswirkung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen vertrauen durfte, nunmehr für staatliche Fehleinschätzungen der Umweltbelange haftbar gemacht<sup>71</sup>. Damit ist wiederum die zentrale Frage der gerechten Kostenverteilung für notwendige Sanierungsmaßnahmen angesprochen. Im Grundsatz gilt, daß aus der Polizeipflicht letztlich auch die Kostentragungspflicht für erforderliche Maßnahmen folgt<sup>72</sup>.

#### aa) Die polizeirechtliche Verantwortlichkeit

Bei der Frage, gegen wen exekutive Eingriffe gerichtet werden können, unterscheidet das Polizei- und Ordnungsrecht der Länder zwischen Verhaltensverantwortlichkeit (Handlungsstörer) und der Zustandsverantwortlichkeit (Zustandsstörer). Unter den besonderen Voraussetzungen des (polizeirechtlichen) Notstandes darf ferner ein „Nichtstörer“ gegen Leistung einer Entschädigung in Anspruch genommen werden<sup>73</sup>. Im Zusammenhang mit der Abfallbeseitigung kommen die seinerzeitigen Abfallproduzenten, der Deponiebetreiber, die Abfallanlieferer sowie der frühere und jetzige Eigentümer des Deponiegeländes in Betracht. Bei anderen Verunreinigungen des Bodens sind der Verursacher der Kontamination sowie wiederum der frühere und der gegenwärtige Grundstückseigentümer zu nennen<sup>74</sup>. Wer von diesen Personen polizeirechtlich herangezogen werden kann, beurteilt sich nach der noch herrschenden Theorie der unmittelbaren Verursachung<sup>75</sup>. Verantwortlicher Störer ist danach nur derjenige, dessen Verhalten oder dessen Sache die betreffende Gefahr oder Störung unmittelbar verursacht. In der Realität der Bodenverunreinigungen trifft diese Theorie, die auf eine wertende Beurteilung von Ursachen verweist, auf „das dornige Gestrüpp vielfältig verzweigter Handlungsbeiträge und komplizierter Rechtsbeziehungen“<sup>76</sup>. Typischer-

<sup>60</sup> BayRS 2129-2-1-U.

<sup>61</sup> A. a. O. (Anm. 2), S. 7 f.

<sup>62</sup> BayVGH, BayVBl. 1986, 590 ff. = NVwZ 1986, 942 ff.

<sup>63</sup> Zum nordrhein-westfälischen Modell s. Matthiesen, NWVBl. 1987, 74 ff. u. Papier, NWVBl. 1989, 322/328 f.

<sup>64</sup> So die Begr. der Hess. Landesreg., LT-Drs. 12/2868, S. 17 u. 28.

<sup>65</sup> Zu weiteren Einzelheiten dieses Gesetzes, insbes. zur Altlastenfinanzierungsumlage (§ 23 HessAbfAG) vgl. Böhm, NVwZ 1990, 340 ff.

<sup>66</sup> NVwZ 1990, 381 u. 383/385.

<sup>67</sup> Breuer, JuS 1986, 359/360 u. Klopfer, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 137 m. w. N.

<sup>68</sup> Koch, Bodensanierung nach dem Verursacherprinzip, 1985, insbes. S. 216 ff.; Klopfer, a. a. O. (Anm. 2), § 12 Rdnr. 137 u. in: UTR 1, 1986, S. 17 ff.

<sup>69</sup> Papier, a. a. O. (Anm. 2), S. 79; ders., DVBl. 1985, 873/874 u. ders., in: UTR 1, 1986, S. 59/82; ähnlich Staube, DVBl. 1988, 606/612. Vgl. auch Diederichsen, BB 1988, 917/918.

<sup>70</sup> Vermittelnd nunmehr Breuer, JuS 1986, 359/360 u. NVwZ 1987, 751/754. Vgl. auch VGH Mannheim, NVwZ 1990, 781 ff.

<sup>71</sup> So wohl im Ergebnis Diederichsen, BB 1986, 1723/1727 u. 1731 sowie Papier, DVBl. 1985, 873/875 f. u. Klopfer, N+R 1987, 7/8.

<sup>72</sup> Klopfer, N+R 1987, 7/19 m. w. N. auch zu dem — hier nicht näher behandelten — Problem des Gefahrenerforschungseingriffs und der hierfür anfallenden Kosten; vgl. dazu auch VGH Bad.-Württ., DÖV 1985, 687 f. u. NVwZ 1990, 784/785 f.

<sup>73</sup> Zu Tendenzen, diese Unterscheidungen zu nivellieren, Alberts, ZRP 1990, 147 ff.

<sup>74</sup> Vgl. die Zusammenstellungen bei Koch, a. a. O. (Anm. 68), S. 11 f. und Brandt/Lange, UPR 1987, 11/14.

<sup>75</sup> S. dazu die umfangreichen Nachweise bei Breuer, NVwZ 1987, 751/755 Fn. 56.

<sup>76</sup> So Breuer, NVwZ 1987, 751/755.

weise ist ein anderer Verantwortlicher als der Zustandsstörer häufig nicht mehr vorhanden oder ermittelbar<sup>77</sup>. Damit tritt der Eigentümer und/oder der Inhaber der tatsächlichen Gewalt als Adressat von Ordnungsverfügungen in den Vordergrund.

#### bb) Umfang und Grenzen der Verantwortlichkeit

Der Umfang der Zustandshaftung ist nach traditioneller Auffassung in Rechtsprechung und Literatur<sup>78</sup> unbeschränkt. Der Zustandsverantwortliche hat danach für die von seiner Sache ausgehenden Gefahren ohne Rücksicht auf deren Ursache — eigenes Verhalten, Naturereignisse, sonstige Fälle höherer Gewalt, gewöhnlicher Zufall — stets voll einzustehen. Ist ein Tanklastzug auf der Autobahn umgestürzt, dann soll der Eigentümer eines benachbarten Grundstückes, auf dem das ausgelaufene Öl versickert ist, wegen der Gefährdung des Grundwassers polizeipflichtig sein<sup>79</sup>. Der Erwerber eines Grundstückes haftet ferner für Verunreinigungen des Grundwassers durch seine Rechtsvorgängerin, eine chemische Reinigung, und zwar unabhängig davon, ob ein von dieser zu vertretender Mangel oder Kriegsereignisse den Gefahrenzustand herbeigeführt haben<sup>80</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der in Anspruch genommene Eigentümer nicht unmittelbar von den Inhabern einer chemischen Fabrik, sondern vom Zwischenerwerber, der Deutschen Bundesbahn, gekauft hatte<sup>81</sup>. Die Inanspruchnahme des nunmehrigen Eigentümers ist auch dann gerechtfertigt, wenn sein Rechtsvorgänger, eine Firma zur Textilveredelung und chemischen Reinigung, nach einem Konkurs erloschen ist<sup>82</sup>. Die Beseitigung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die von einem Grundstück ausgeht, ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht des einzelnen gegenüber der Gesamtheit<sup>83</sup>. Als Ausdruck und Konsequenz der gesetzgeberischen Wertung, daß der einzelne als Mitglied einer Abfälle in großen Mengen produzierenden Gesellschaft seinen Teil zur Lösung dieses bedeutsamen Umweltproblems beitragen soll und nicht alle dafür notwendigen Maßnahmen der Allgemeinheit überlassen darf<sup>84</sup>, wird auch die Beseitigungspflicht des Grundstückseigentümers bei unerlaubtem Fortwerfen „wildem Mülls“ durch Dritte angesehen<sup>85</sup>. Eine Einschränkung gilt nur, wenn die Rechtsordnung einem Grundstückseigentümer im Allgemeininteresse die Last der freien Zugänglichkeit auferlegt. Eine weitere Ausnahme von der Zustandsverantwortlichkeit ist dort zu machen, wo ein unbefugter Dritter durch eine offensichtlich mißbräuchliche Benutzung der an sich ungefährlichen Sache die Gefahr

herbeiführt<sup>86</sup>. Demgegenüber hat die Rechtsprechung weitere, in der Literatur diskutierte Begrenzungen der Zustandshaftung bisher abgelehnt<sup>87</sup>. Insbesondere wird die dem Grundstückseigentümer im Anschluß an Friauf und Hohmann<sup>88</sup> in den Fällen zugebilligte „Opferposition“ nicht übernommen, in denen der Eigentümer eine Kontamination weder verursacht noch gebilligt noch erkannt hatte und ihn allein aufgrund seiner Sachherrschaft die (volle) polizeirechtliche Verantwortlichkeit treffen soll. Auch in diesen Fällen tritt deshalb eine Risikobegrenzung auf reine Duldungspflichten, d. h. ein Ausschluß der Kostentragungspflicht für die Gefahrenbeseitigung, nach derzeit h. M. nicht ein. Nicht ohne Interesse ist in diesem Zusammenhang, daß auch Befürworter der Haftungsbeschränkung keinen Fall der sog. gestörten Privatnützigkeit annehmen, wenn ein Grundstück in Kenntnis einer altlastenverdächtigen Deponie- oder Industrienutzung zu einem reduzierten, risikobedingten Preis erworben wurde<sup>89</sup>.

#### cc) Die Rechtsnachfolge in die polizeirechtliche Verantwortlichkeit

Rechtsnachfolgeprobleme haben hinsichtlich der Polizeipflicht auch im übrigen nicht unerhebliche Bedeutung. Angesichts der häufig langen Zeit, die zwischen Verunreinigung des Bodens, der Erkenntnis der davon ausgehenden Gefahren und dem Entschluß zur Sanierung vergeht, finden regelmäßig Wechsel in der Person der Verantwortlichen, z. B. durch Veräußerung von Grundstücken oder Firmen, statt. Die hier besonders interessierende Zustandsverantwortlichkeit tritt jedoch bei jedem Eigentumswechsel oder Übergang der tatsächlichen Gewalt in der Person des Erwerbers originär ein<sup>90</sup>. Umgekehrt gilt, daß mit dem Verlust der tatsächlichen Verfügungsgewalt bzw. des Eigentums die Zustandshaftung endet<sup>91</sup>. Das trifft freilich dann nicht zu, wenn die Polizeipflicht bereits durch eine Verfügung konkretisiert wurde<sup>92</sup>, und wohl auch nicht, wenn der Eigentümer ausschließlich zur Haftungsbeschränkung das Grundstück auf eine neu gegründete GmbH übertragen hat. Für die Verhaltensverantwortlichkeit besitzt die Frage einer Rechtsnachfolge noch größere Relevanz. Fusionen, Verschmelzungen und Umwandlungen sowie — bei Einzelunternehmen — die Erbfolge bewirken eine Gesamtrechtsnachfolge. Während bezüglich der abstrakten Polizeipflichtigkeit mit der h. M.<sup>93</sup> davon auszugehen ist, daß hier eine Einzelrechtsnachfolge

<sup>77</sup> Ähnlich Sander, BauR 1986, 657/663. Kritisch zur Zustandshaftung bei Altlasten Gerlach, a.a.O. (Anm. 6), S. 218.

<sup>78</sup> S. statt vieler Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 319 ff. u. Friauf, a. a. O. (Anm. 2), S. 201/237, jeweils m. w. N. Vgl. auch die Nachw. bei Götz, NVwZ 1990, 725/731.

<sup>79</sup> OVG Münster OVGE 19, 101/102 ff.; kritisch Baur, JZ 1964, 354/356 f.

<sup>80</sup> VGH Bad.-Württ., DÖV 1986, 249 f. = NVwZ 1986, 325 ff.

<sup>81</sup> BayVGh, BayVBl. 1986, 590 ff. = NVwZ 1986, 942 ff.

<sup>82</sup> HessVGh, DÖV 1987, 260 f.

<sup>83</sup> So OVG Münster, OVGE 36, 1/4 f. u. NJW 1989, 987.

<sup>84</sup> So ausdrücklich BVerwG, NJW 1989, 1295 = BayVBl. 1990, 186/187.

<sup>85</sup> BVerwGE 67, 8/11 f. = NVwZ 1984, 40; NJW 1984, 817 u. NJW 1989, 1295 f. = BayVBl. 1990, 186/187 f. = JuS 1990, 766 f. (Anm. Murswiek) sowie BGH, UPR 1985, 240; teilweise einschränkend demgegenüber Schink, DVBl. 1985, 1149/1158 u. ablehnend Diederichsen, BB 1986, 1723/1728.

<sup>86</sup> BVerwG, DVBl. 1986, 360/361 (Zustand des Flughafens als nur entferntere Ursache für terroristische Anschläge).

<sup>87</sup> So BayVGh, BayVBl. 1986, 590/592 f. = NVwZ 1986, 942/944 f. u. VGH Bad.-Württ., DÖV 1986, 249/250 = NVwZ 1986, 325/326; teilw. offen gelassen von OVG Münster, NVwZ 1989, 987/988. Unzutreffend deshalb Böhringer, BWNotZ 1989, 73 (die von ihm herangezogenen Entscheidungen belegen gerade das Gegenteil).

<sup>88</sup> Friauf, in: FS f. Wacke, 1972, S. 293/301; ders., a. a. O. (Anm. 2), S. 238 u. Hohmann, DVBl. 1984, 997/1000 ff.; vgl. auch Papier, DVBl. 1985, 873/878; ders., NVwZ 1986, 256/257 ff.; ders., NWVBl. 1989, 322/326 ff. u. Kloepfer, N+R 1987, 7/16 f.

<sup>89</sup> So Koch, a. a. O. (Anm. 68), S. 23 u. 48; Breuer, NVwZ 1987, 751/756 u. Sander, BauR 1986, 657/664 f.

<sup>90</sup> Allg. Ansicht; s. statt vieler Breuer, NVwZ 1987, 751/756 u. Papier, DVBl. 1985, 873/878.

<sup>91</sup> S. statt vieler Kloepfer, N+R 1987, 7/18.

<sup>92</sup> Insoweit sind jedenfalls grundstücksbezogene Verwaltungsakte der Einzelrechtsnachfolge zugänglich; so die h. M., z. B. BVerwG, NJW 1971, 1624 u. Breuer, NVwZ 1987, 751/756 m. w. N.

<sup>93</sup> Vgl. Kloepfer, N+R 1987, 7/17 m.w.N. in Fn. 108.

ausgeschlossen ist, wird ein Übergang dagegen bei der Gesamtrechtsnachfolge überwiegend angenommen<sup>94</sup>.

dd) Auswahl und Ausgleich unter mehreren Verantwortlichen

Im Ergebnis werden bei Bodenverunreinigungen häufig mehrere „Störer“ aufgrund unterschiedlicher Zustands- und/oder Verhaltensverantwortlichkeit vorhanden sein. Hinsichtlich der Lastenverteilung im Verhältnis zwischen mehreren Verantwortlichen bestehen Unsicherheiten<sup>95</sup>. Die zuständige Polizei- oder Ordnungsbehörde hat — dies ist unstrittig — bei der Inanspruchnahme eine adressatenbezogene Auswahlentscheidung zu treffen. Sie verfügt hierzu nach h. M.<sup>96</sup> über ein Auswahlermessen: Gleiches gilt für die Frage, ob sie nur einzelne oder mehrere Verantwortliche in Anspruch nehmen will; wobei sich die letzte Möglichkeit insbesondere bei umfassenden und kostspieligen Sanierungen anbieten kann. Das weite behördliche Ermessen muß sich primär am öffentlichen Interesse an der Gefahrenbeseitigung sowie am Übermaßverbot orientieren. Beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung soll nach traditioneller Auffassung vorrangig gegen den Handlungsstörer vorgegangen werden<sup>97</sup>. So ist die Heranziehung des Grundstückseigentümers für Sanierungskosten ermessensfehlerhaft, wenn nicht geprüft wurde, ob eventuell eine Versicherung des Baggerführers, der eine Ölleitung beschädigte, für die entstandenen Kosten aufkommen wäre<sup>98</sup>. Das im Umweltrecht geltende Verursacherprinzip wird bei der Verantwortlichkeit für „Altlasten“ das Auswahlermessen häufig auf den Handlungsstörer verengen<sup>99</sup>. Dagegen gebieten „rechtsstaatliche Ermessensschränken“ nicht die Inanspruchnahme der öffentlichen Hand, wenn diese als bloße Grundstückseigentümerin an der Entstehung einer Altlast „beteiligt“ war<sup>100</sup>. Normative Richtschnur fehlerfreier Ausübung des Auswahlermessens muß trotz der vorstehenden Erwägungen auch beim Zusammentreffen von Handlungs- und Zustandshaftung der Gesichtspunkt einer schnellen und wirksamen Gefahrenbeseitigung sein. Danach ist die Inanspruchnahme des Zustandsstörers vor dem Handlungsstörer jedenfalls dann rechtmäßig, wenn der Handlungsstörer nicht greifbar oder aus rechtlichen, faktischen oder finan-

ziellen Gründen eine wirksame Gefahrenbeseitigung durch ihn nicht gewährleistet ist<sup>101</sup>.

Da in dieser Entscheidungsphase dem Grundsatz der Lastengerechtigkeit nur beschränkt Rechnung zu tragen ist, verlagert sich diese Problematik in das nachfolgende Stadium des internen öffentlich-rechtlichen Störerausgleichs. Dessen Hauptschwierigkeit liegt darin, daß das öffentliche Recht bisher keine umfassende Norm hierzu enthält und die h. M. derartige Ausgleichsansprüche entsprechend den Grundsätzen der zivilrechtlichen Gesamtschuld (§§ 426, 254 BGB) bisher kategorisch ablehnt<sup>102</sup>. Nur für den Teilbereich der (auch) wasserrechtlichen Verantwortlichkeit sieht § 22 Abs. 2 S. 1, 2. HS i. V. m. § 22 Abs. 1 S. 2 WHG eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Personen vor. Eine gewisse Pilotfunktion für die Ausgleichspflicht bei Altlasten kommt § 21 Abs. 2 S. 3 und 4 HABfAG zu: Nach diesen Vorschriften haben mehrere Sanierungsverantwortliche untereinander einen Ausgleichanspruch, der sich nach dem Grad der Verursachung richten soll. Im übrigen gelten für den Grundstückseigentümer im Konflikt zwischen einer effizienten und einer gerechten Inanspruchnahme zusammenfassend folgende Grundsätze: „Die Inanspruchnahme des Handlungsstörers hat grundsätzlich Vorrang vor derjenigen des Zustandsstörers. Dieser Vorrang kann so weit gehen, daß eine auch nachrangige Haftung des Zustandsstörers ausscheidet. Letzteres wird allerdings nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn die Störung ausschließlich auf einer vom Sachverhalt her klar faßbaren und zeitlich nicht lange zurückliegenden Handlung oder pflichtwidrigen Unterlassung eines Dritten und nicht auch auf einer mitwirkenden Sachgefahr beruht. Ansonsten hat die Behörde nach Ermessen über die vorrangige Inanspruchnahme zu entscheiden: Gesichtspunkte, die dabei dem regelmäßigen Vorrang des Handlungsstörers entgegenstehen können, sind: mangelhafte Sicherung der Sache, Ungeklärtheit oder langes Unentdecktbleiben der Störungshandlung sowie schließlich die bürgerlich-rechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander“<sup>103</sup>. Der letztgenannte Aspekt zeigt, daß vertragliche Regelungen über die Haftung für Bodenverunreinigungen nicht nur das weitgehende Fehlen von Vorschriften über den internen Störerausgleich zu ersetzen vermögen<sup>104</sup>, sondern auch weitreichende öffentlich-rechtliche Folgen haben können<sup>105</sup>.

## 2. Verursacher- oder Gemeinlastprinzip?

Da das geltende Recht nur unvollkommene Handhaben zur Bewältigung der Altlastenproblematik bietet, werden in der

<sup>94</sup> Zum Fall einer gesellschaftsrechtl. Umwandlung zuletzt VGH Kassel, NVwZ 1990, 381/382 = NJW 1990, 1619 (LS). Wie hier auch Kloepfer, N+R 1987, 7/17; a.A. Papier, DVBl. 1985, 873/878 f. Zu Problemen, die für Investoren in der früheren DDR auftreten können, vgl. „Der Spiegel“ Nr. 23/1990, S. 30 f., wonach sich diese auf Antrag, der bisher beim Umweltministerium in Ost-Berlin zu stellen war, bis Ende 1991 von der Haftung für Altlasten befreien lassen können, sowie Michael/Thull, BB Beil. 30/1990, 1 ff., insbes. 4. Ob die angeblich vom BDI empfohlene bloße Grundstückspacht die Zustandsverantwortlichkeit auszuschließen vermag, ist nach dem oben Ausgeführten jedenfalls aus bundesdeutscher Sicht mehr als fraglich (ebenso Michael/Thull, BB Beil. 30/1990, 8).

<sup>95</sup> Ebenso Breuer, NVwZ 1987, 751/756 u. Spannowsky, UPR 1988, 376/377.

<sup>96</sup> S. statt vieler Papier, DVBl. 1985, 873/879 sowie VGH Bad.-Württ., DÖV 1986, 249/250 = NVwZ 1986, 325/326; BayVGH, BayVBl. 1986, 590/593 = NVwZ 1986, 942/944 u. OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 786/787; einschränkend OVG Hamburg, NVwZ 1990, 788.

<sup>97</sup> Vgl. Friauf, a. a. O. (Anm. 2), S. 201/240 f. m. w. N. sowie ferner OVG Münster, NVwZ 1985, 355/356.

<sup>98</sup> VGH Bad.-Württ., NVwZ 1990, 179 f.

<sup>99</sup> Ähnlich Paetow, NVwZ 1990, 510/517. Ebenso wohl auch BVerwG, NJW 1989, 1295/1296 = BayVBl. 1990, 186/187.

<sup>100</sup> A. A. Breuer, NVwZ 1987, 751/756; vgl. auch VG Gelsenkirchen, NVwZ 1988, 1061.

<sup>101</sup> S. statt vieler BayVGH, BayVBl. 1982, 435/437 u. Hess VGH, DÖV 1987, 260/261 sowie Papier, DVBl. 1985, 873/879.

<sup>102</sup> So bereits BGH, NJW 1981, 2457/2458, bestätigt durch BGH, BB 1986, 2289/2291; ebenso OLG Düsseldorf, NVwZ 1989, 993/997. Zur Kritik in der Lit. vgl. nur Papier, NVwZ 1986, 256/263; Kloepfer, N+R 1987, 7/18 u. Spannowsky, UPR 1988, 376/377.

<sup>103</sup> BayVGH, BayVBl. 1986, 590/593 f. = NVwZ 1986, 942/945 f.; gleichsam als „Faustregel“ gilt danach für Altlasten: „Die Beseitigung von Störungen, deren Verursachung lange zurückliegt oder nicht eindeutig aufklärbar ist, fällt der Tendenz nach eher in die Verantwortung des Zustandsstörers, der im übrigen in bezug auf eine vorrangig zu berücksichtigende Handlungsstörung die materielle Beweislast trägt“.

<sup>104</sup> Dies steht für Reuter, BB 1988, 497 im Vordergrund.

<sup>105</sup> Wie der BayVGH auch BVerwG, NVwZ 1990, 474/475; Sander, BauR 1986, 657/664 f. u. Kleiber, ZfBR 1988, 168/169.

rechtspolitischen Diskussion Alternativmodelle erörtert<sup>106</sup>. Weitgehende Einigkeit besteht jedoch in der Beibehaltung des Verursacherprinzips: Die Kosten für die Umsetzung von Sanierungskonzepten soll letztlich derjenige tragen, der die Bodenverunreinigungen verursacht hat. Ihm gleichzustellen ist jedenfalls derjenige, der als Rechtsnachfolger bewußt dieses Risiko übernommen hat, wie z. B. der Käufer eines altlastenverdächtigen Grundstücks, der dieses zu einem entsprechend geminderten Kaufpreis erwirbt. Demgegenüber soll das Gemeinlastprinzip erst dort eingreifen, wo der Verursacher nicht mehr feststellbar ist oder die Sanierung nicht finanzieren kann<sup>107</sup>. Gleichsam flankierend hat die Bundesregierung einen Entwurf eines Umwelthaftungsgesetzes vorgelegt, der eine verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung auch für Bodenverunreinigungen durch umweltgefährliche Anlagen vorsieht; ergänzt wird das neue zivilrechtliche Umwelthaftungsrecht durch die Schaffung eines strafrechtlichen Tatbestandes der Bodenverunreinigung<sup>108</sup>. Trotz dieser Gesetzgebungsvorhaben soll freiwilligen Lösungen wie z. B. Kooperationsmodellen und Solidaritätsfonds der Vorrang zukommen<sup>109</sup>. Bei Haftungsfragen, die sich meist an den Vorbildern Japans und der USA orientieren, steht die Frage der Mittelherhebung (Sonderumlage, Steuer, Versicherung) im Vordergrund. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Altlastenfinanzierungsumlage, die Einstellung der Kosten von Sanierungsmaßnahmen in die kommunale Abfallgebührenbedarfsberechnung und eine Zwecksteuer sind noch nicht ausgeräumt<sup>110</sup>. Bewährt zu haben scheint sich dagegen das rheinland-pfälzische Kooperationsmodell<sup>111</sup>, das inzwischen auch in anderen Bundesländern entsprechend übernommen und in § 22 HABfAG sogar gesetzlich fixiert wurde. Kern ist die Gründung einer Gesellschaft des Privatrechts mit Gesellschaftern der öffentlichen Hand und der Industrie, die subsidiär für Sanierungskosten aufkommt, sofern der Verursacher nicht herangezogen werden kann<sup>112</sup>. Nach § 24 HABfAG wird der Sanierungsgesellschaft ein Erstattungsanspruch gegen den eigentlich Verantwortlichen eingeräumt und der Anspruch auf Ausgleich des Wertzuwachses des betroffenen Grundstücks auf sie überleitet. Auch insoweit ist die Tendenz erkennbar, durch Alternativlösungen zur Altlastenproblematik das Verursacherprinzip unberührt zu lassen. Diese gesetzgeberische Gerechtigkeitseinstellung ist auch bei privatrechtlichen Vereinbarungen zu beachten.

### III. Bodenverunreinigungen und Grundstückskauf

#### 1. Die Haftung für „Altlasten“ im Zivilrecht

Wird ein Grundstückseigentümer für die Bezahlung von Sanierungskosten von der zuständigen Behörde in Anspruch genommen oder wird ihm eine wert- und vielleicht auch gesundheitsbeeinträchtigende Verunreinigung seines Grundstückes bekannt, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob er den Verursacher, den Voreigentümer oder Dritte auf Regreß in Anspruch nehmen kann. Das bürgerliche Recht hält hierzu verschuldensabhängige und verschuldensunabhängige Ausgleichsnormen bereit<sup>113</sup>.

##### a) Vertragliche Ansprüche

Bei der Grundstücksveräußerung haftet der Verkäufer nach den §§ 459 ff. BGB dafür, daß das Grundstück bei Gefahrübergang (§ 446 BGB) frei von Sachmängeln ist, ausgenommen bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel bei Vertragsabschluß (§ 460 BGB). Die Haftung besteht unabhängig von der Kenntnis und dem Ver-

schulden des Verkäufers und betrifft alle Fehler der Sache, d. h. solche Eigenschaften, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Daß Bodenverunreinigungen unter die Haftung für Sachmängel fallen, ist aufgrund ihrer wertbeeinflussenden Funktion nicht ernstlich zweifelhaft. Der Verkäufer haftet ferner ohne Rücksicht auf Verschulden darauf, daß das Grundstück die vertraglich zugesicherten Eigenschaften hat. So ist es möglich, daß der Verkäufer das Risiko der faktischen oder rechtlichen Bebaubarkeit in der Weise übernimmt, daß er dem anderen Teil bei Nichteintritt des Erfolges vollen oder teilweisen Schadensersatz leistet, ohne daß es auf ein Verschulden des Versprechenden ankommt<sup>114</sup>. Dies gilt trotz der Vorschrift des § 2 Abs. 3 BauGB auch bei einem Verkauf durch eine Gemeinde<sup>115</sup>. Schließlich ist es denkbar, daß ein Verkäufer das Nichtvorliegen von Bodenverunreinigungen zusichert<sup>116</sup>. Bei Veräußerung eines Betriebsgrundstücks durch den Unternehmensinhaber, so z. B. bei einem Tankstellengrundstück, ist die Zusage, daß eine Bodenverunreinigung durch den betreffenden Gewerbebetrieb nicht vorliegt oder — mit weniger weitreichenden Folgen — nicht bekannt ist, in der Vertragspraxis nicht selten.

Hat der Verkäufer für einen Sachmangel einzustehen oder fehlt dem Grundstück eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Erwerber Wandelung oder Minderung sowie — bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 463 BGB — u. U. auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Letzteres gilt auch, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig ver-

<sup>106</sup> Zusammenfassend Breuer, NVwZ 1987, 751/756 ff.; Bender/Sparwasser, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 788 ff. u. Papier, NWVBl. 1989, 322/328 ff.

<sup>107</sup> So Toepfer, zit. nach Hermann, DVBl. 1986, 135/138. Vgl. dagegen den Hinweis auf „Sondermittel“ bei VGH Kassel, NVwZ 1990, 381/383.

<sup>108</sup> Vgl. dazu „recht“ 2/1990, S. 24 ff. u. Steffen, NJW 1990, 1817 ff. Zum Gegenentwurf der SPD-Fraktion s. „Süddeutsche Zeitung“ v. 5. 6. 1990, S. 25.

<sup>109</sup> S. dazu Stober, a. a. O. (Anm. 2), § 69 VI (= S. 54 ff.) u. § 77 III 3 (= S. 902) sowie Gerlach a. a. O. (Anm. 6), S. 211.

<sup>110</sup> Kritisch zu § 23 HessAbfAG Böhm, NVwZ 1990, 340 ff. u. zum Hamburger Entwurf einer Zwecksteuer auf best. chem. Grundstoffe Brandt/Lange, UPR 1987, 11/17 f.

<sup>111</sup> Vgl. dazu Brandt/Lange, UPR 1987, 11/17 u. Breuer, NVwZ 1987, 751/757 f.

<sup>112</sup> In Bayern ist die Gesellschaft zur Altlastensanierung in Bayern mbH (GAB) mit dem Sitz in München (München 80, Steinstr. 54) zuständig. Die Aufgaben der GAB sind: (1) Finanzierung (im Rahmen der laufenden Finanzmittel) und organisatorische Abwicklung von Untersuchungen und Sanierung von gefährlichen Altlastenflächen, bei denen kein Verursacher mehr für die Sanierungskosten haftbar gemacht werden kann oder zahlungsunfähig ist. (2) Gegen Entgelt Beratung und organisatorische Abwicklung von Bodensanierungen bei haftbaren und zahlungsfähigen Verursachern.

Gesellschafter sind der Freistaat Bayern und die „Gemeinschaftseinrichtung zur Altlastensanierung in Bayern e. V.“.

<sup>113</sup> Ausführlich zum Ganzen Reuter, BB 1986, 497/498 ff.

<sup>114</sup> BGHZ 76, 17/25 f. u. BGH, NJW 1990, 245 (dort auch zum Umfang der Haftung); zur Abgrenzung von den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in diesem Fall LG Bochum, NJW-RR 1989, 915. Die bloße Bezeichnung des Vertragsobjekts als „Baugrundstück“ enthält dagegen nach BGH, EWIR § 909 BGB 1/88, 361 (Medicus) nicht die Zusage einer bestimmten Bodenbeschaffenheit.

<sup>115</sup> BGH, ebenda sowie BGH, NJW 1990, 1042/1045.

<sup>116</sup> Vgl. nur MünchKomm-Westermann, BGB, 2. Aufl., § 459 Rdnr. 63.

schwiegen oder die Fehlerabwesenheit arglistig vorge-  
täuscht hat<sup>117</sup>. Die Gewährleistungsansprüche verjähren je-  
doch nach § 477 Abs. 1 BGB, ausgenommen bei Arglist<sup>118</sup>,  
in einem Jahr ab Übergabe. Meist werden sich Bodenverun-  
reinigungen, wie das Beispiel der sog. echten Altlasten be-  
weist, nicht innerhalb dieser Frist zeigen, so daß selbst Zu-  
sicherungen ohne mögliche (§ 477 Abs. 1 S. 2 BGB) Verlänge-  
rung der Verjährung dem Käufer wenig nützen<sup>119</sup>.

#### b) Verschuldensabhängige Ansprüche

Aufgrund des abschließenden Charakters der kaufrecht-  
lichen Sachmängelgewährleistung<sup>120</sup> ist bereits fraglich,  
inwieweit Ansprüche aus culpa in contrahendo, positiver  
Forderungsverletzung und unerlaubter Handlung gegen den  
Veräußerer bei Bodenverunreinigungen noch denkbar sind.  
Nimmt man eine Haftung des Verkäufers aus Verschulden  
bei Vertragsschluß wegen arglistig unterlassener Aufklä-  
rung über bekannte Kontaminationen an<sup>121</sup>, so unterliegt  
diese nach h.M.<sup>122</sup> ebenfalls der kurzen Verjährung des  
§ 477 BGB. Dies gilt zwar nicht für Ansprüche aus unerlaub-  
ter Handlung<sup>123</sup>; jedoch erfüllen bei Gefahrübergang vor-  
liegende Fehler des verkauften Grundstücks nicht den  
Tatbestand der Eigentumsverletzung<sup>124</sup>. Ansprüche aus  
§§ 823 ff. BGB<sup>125</sup> sind wegen Grundstücksverunreinigungen  
deshalb regelmäßig nur gegen (Mit-)Verursacher der Bela-  
stungen gegeben. Hauptproblem der derzeit geltenden de-  
liktischen Anspruchsgrundlagen ist deren Verschuldensab-  
hängigkeit<sup>126</sup>. Insoweit werden staatliche Fehleinschätzun-  
gen der Umweltbelange in den vergangenen Jahrzehnten  
auch den eigentlichen Produzenten der Altlasten durch Be-  
rücksichtigung im Fahrlässigkeitsmaßstab zugute kommen  
müssen<sup>127</sup>. Der BGH<sup>128</sup> scheint jedoch eher umgekehrt zu  
verfahren, wenn er zur Rechtfertigung von einem Unterneh-

men den faktisch kaum führbaren Nachweis verlangt, daß  
die Grenzwerte der behördlichen Genehmigung in keinem  
Einzelfall überschritten wurden. Ein weiteres Problem für die  
Anwendung der §§ 823 ff. BGB ergibt sich aus deren indivi-  
dualgüterrechtlicher Haftungsanknüpfung, die den Ersatz  
bloßer Vermögensschäden ausschließt<sup>129</sup>.

#### c) Gemeindliche Amtspflichten im Zusammenhang mit belasteten Flächen

Die Rechtsprechung des BGH<sup>130</sup> zur Haftung der Gemein-  
den (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG) für die Überplanung von  
„Altlasten“ bestätigt das obige Ergebnis. Es wurde dort ent-  
schieden, daß die Amtsträger einer Gemeinde die Amts-  
pflicht haben, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Ge-  
sundheitsgefährdungen zu verhindern, die den zukünftigen  
Bewohnern des Plangebietes aus dessen Bodenbeschaffen-  
heit drohen. Diese Amtspflicht besteht jedenfalls gegenüber  
demjenigen als „Dritten“, der ein nach der planerischen Aus-  
weisung dem Wohnen dienendes Grundstück mit noch zu er-  
richtendem Wohnhaus erwirbt. Die Haftung wegen einer Ver-  
letzung dieser Amtspflicht umfaßt auch Vermögensschä-  
den, die die Erwerber dadurch erleiden, daß sie im Vertrauen  
auf eine ordnungsgemäße Planung Wohnungen errichten  
oder kaufen, die nicht bewohnbar sind. In den vom BGH mit  
den Urteilen vom 26. 1. und 6. 7. 1989 entschiedenen Fällen  
handelte es sich jeweils um ehemalige, teils legal gewesene,  
teils „wilde“ Mülldeponien, von denen die planende Gemein-  
de gewußt hatte. Erst später war ihr allerdings bewußt ge-  
worden, daß durch biochemische Prozesse in den zwecks  
Überbauung mit Boden abgedeckten Abfällen Gase entstan-  
den, die zu Gesundheitsgefahren für die späteren Bewohner  
führten. Da dies der Gemeinde aber bereits beim Beschluß  
über den Bebauungsplan hätte bekannt sein müssen, war  
den Gemeinderäten zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Die objektbezogene<sup>131</sup>, die Gemeinde treffende<sup>132</sup> Haftung  
„für Altlasten“ besteht somit für ortsplanerische Versäumi-  
nisse<sup>133</sup> aus jüngster Zeit und betrifft nicht die eigentlichen  
Umweltbelastungen. Die Rechtsprechung hierzu enthält  
keine generelle Lösung der Altlastenproblematik<sup>134</sup>. Die zu-  
nächst befürchtete „gefährliche Nähe“ zu einem allgemei-  
nen Anspruch auf „Entschädigung für enttäushtes Ver-

<sup>117</sup> S. statt vieler Palandt-Putzo, BGB, 49. Aufl., § 463 Anm. 3b, bb.

<sup>118</sup> Eine Haftung entfällt nach KG, NJW-RR 1989, 972 aber dann,  
wenn der Verkäufer nachweist, daß das Verschweigen für den  
Kaufabschluß bedeutungslos gewesen ist (6.500 DM Sanierung-  
skosten bei einem Kaufpreis von 4 Mio DM).

<sup>119</sup> Ähnlich Reuter, BB 1988, 497/498 u. Gerlach, a.a.O. (Anm. 6),  
S. 217.

<sup>120</sup> St. Rspr., vgl. nur BGHZ 60, 319 ff.; BGH, WM 1976, 791/792;  
NJW-RR 1988, 10/11 u. EWIR § 909 BGB 1/88, 361 m. zust. Anm.  
Medicus.

<sup>121</sup> So wohl BGH, NJW-RR 1988, 10 f.; zu weiteren Fragen der Auf-  
klärungspflicht eines Grundstücks- bzw. Hausverkäufers s. BGH,  
NJW-RR 1988, 1290; NJW 1990, 42 f. u. NJW 1990, 975 sowie  
Skibbe, in: FS f. Rebmann, 1989, S. 807 ff. u. allg. Breidenbach,  
Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertrags-  
schluß, 1989, passim.

<sup>122</sup> S. statt vieler Palandt-Putzo, a. a. O. (Anm. 117), § 477 Anm. 1d, dd  
(2) m. w. N.

<sup>123</sup> BGHZ 66, 315 ff.

<sup>124</sup> Allg. Ansicht, z. B. Palandt-Putzo, a. a. O. (Anm. 117), vor § 459  
Anm. 2 f. u. Reuter, BB 1988, 497/500 m. w. N.

<sup>125</sup> Zur Erfolglosigkeit weiterer Anspruchsgrundlagen wie Ge-  
schäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereiche-  
rung vgl. Reuter, BB 1988, 497/499 ff. u. Diederichsen, BB 1988,  
917/918. Zur Geschäftsführung ohne Auftrag s. aber BGH, NJW  
1990, 2058/2059 u. AG Lemgo, NJW-RR 1990, 927.

<sup>126</sup> Ebenso Diederichsen, BB 1986, 1723/1726 f. u. Gerlach, a.a.O.  
(Anm. 6), S. 215; zu Reformvorhaben vgl. bereits Abschn. II.2.

<sup>127</sup> So Diederichsen, ebenda; kritisch dazu Gerlach, a.a.O. (Anm. 6),  
S. 212 u. 214.

<sup>128</sup> BGHZ 92, 143 ff. („Kupolofen“) = NJW 1985, 47 ff. = VersR 1984,  
1072 ff.

<sup>129</sup> So bei Altlasten BGH, NJW 1990, 1038/1040; mitgeteilt auch  
NVwZ 1990, 350.

<sup>130</sup> BGHZ 106, 323 ff. = NJW 1989, 976 ff. = DVBl. 1989, 504 ff.  
(m. Anm. Papier) = DÖV 1989, 548 ff. = BauR 1989, 166 ff. = UPR  
1989, 179 ff. = BayVBl. 1989, 346 ff. = JZ 1989, 1122 ff. (m. Anm.  
Ossenbühl); BGH, NJW 1990, 245 ff.; BGH, NJW 1990, 381 ff. =  
VersR 1989, 961 ff. = JZ 1989, 1126 ff.; BGH, NJW 1990, 1038 ff. u.  
NJW 1990, 1042 ff.; vgl. auch LG Dortmund, NVwZ 1987, 835 ff.; LG  
Bielefeld, VersR 1987, 625; OLG Düsseldorf, NVwZ 1989, 993 ff.;  
OLG Hamm, NVwZ 1988, 537 ff. u. 762 ff. sowie zusammenfas-  
send Jochum, NVwZ 1989, 635 ff. u. Wurm, UPR 1990, 201 ff. Kurz  
bereits Boujong, in: FS f. W. Geiger, 1989, S. 430/440 f.

<sup>131</sup> BGH, NJW 1990, 381/383. Umstr. ist, ob auch Mieter und andere  
obligatorische Nutzungsberechtigte noch Dritte i. S. d. § 839 BGB  
sind; behauptend Dörr/Schönfelder, NVwZ 1989, 933/936 u. Papier,  
DVBl. 1989, 508/509, verneinend Jochum, NVwZ 1989, 635/636.

<sup>132</sup> Die Sorgfaltspflichten treffen jedes Gemeinderatsmitglied (BGH,  
NVwZ 1986, 504/505), das gem. Art. 34 S. 2 GG im Wege des Rück-  
griffs persönlich haftet. Vgl. Steiner, in: FS 75 Jahre Bayer. Ge-  
meindetag, 1987, S. 191/200 ff.

<sup>133</sup> Ähnlich Schink, NJW 1990, 351/352. Zum Umfang der Abwägung  
zuletzt BVerwG, NVwZ-RR 1990, 122/123. Vgl. ferner zur Amtshaf-  
tung für eine fehlende Koordination verschiedener Planungen  
OLG Düsseldorf, NVwZ 1990, 299/300.

<sup>134</sup> Ebenso Ossenbühl, JZ 1989, 1125/1126.

trauen in die Wirksamkeit eines Bebauungsplans<sup>135</sup> ist mehrfach korrigiert worden: So besteht für die Gemeinden im Hinblick auf das allgemeine Problem der Altlasten nach überwiegender Ansicht<sup>136</sup> keine Pflicht zur Überprüfung rechtsverbindlicher Bebauungspläne. Beschließt eine Gemeinde für kontaminierte Grundstücke die Durchführung einer Sanierung<sup>137</sup> oder kennzeichnet sie eine verdächtige Fläche in einem Bauleitplan, so erwächst dem Grundstückseigentümer daraus kein Entschädigungsanspruch<sup>138</sup>. Die Überplanung von belasteten Flächen ist im übrigen nicht eo ipso schuldhaft. Vielmehr ist die Zusammenstellung des Abwägungsmaterials im Rahmen der Bauleitplanung vom Einzelfall abhängig<sup>139</sup>; es besteht keine allgemeine Amtspflicht zur „Suche nach altlastenverdächtigen Grundstücken“. Ferner hat der BGH im Urteil vom 21. 12. 1989<sup>140</sup> klargestellt, daß aus seiner Rechtsprechung keine Haftung für reine Vermögensschäden hergeleitet werden könne. Wertminderungen für Grundstücke, die nur in der Nähe belasteter Flächen liegen, ohne selbst die Quelle für eine Gesundheitsgefährdung zu sein, sind also nicht ausgleichspflichtig. Aus den Tatbeständen der Altlastenentscheidungen<sup>141</sup> ergibt sich schließlich, daß in den entschiedenen Fällen regelmäßig die Gemeinde selbst Grundstücksveräußerer war, im Vertrag teilweise sogar auf die frühere Nutzung des Kaufgegenstandes als Zechengelände hingewiesen hatte und im übrigen das Grundstück verkauft wurde, wie es liegt und steht, ohne jegliche Gewährleistung. Die Haftungsrechtsprechung betrifft die Gemeinde deshalb — abgesehen vom Fall einer Nutzungszusicherung — nicht in ihrer Funktion als Vertragspartner, sondern gleichsam als Dritten, nämlich als Träger der Planungshoheit.

## 2. Haftungsprinzipien und vertragliche Freizeichnungsklauseln

Eine Regelung der Altlastenproblematik im Grundstückskaufvertrag soll zu einer möglichst gerechten Risikoverteilung führen<sup>142</sup>. Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, daß für den Immobiliarkauf die §§ 459 ff. BGB sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen als auch in Bezug auf die Rechtsfolgen nicht passen<sup>143</sup>. So geht auch das Common Law davon aus, daß den Verkäufer eines Grundstücks keine Einstandspflicht für dessen Zustand trifft. Es obliegt vielmehr dem Käufer, sich davon zu unterrichten und/oder sich vom Verkäufer vertragliche Zusicherungen (express warranties) über die Grundstücksbeschaffenheit geben zu lassen<sup>144</sup>. Damit übereinstimmend wird in der bundesdeut-

schen Praxis des Grundstückskaufs zunächst die Gewährleistung für Sachmängel, insbesondere Grundstücksgröße, Bodenbeschaffenheit sowie Bebaubarkeit, ausgeschlossen und erst dann geregelt, welche Gewährleistungen positiv in den Vertrag aufgenommen werden<sup>145</sup>. Das lebende Recht stellt damit die Systematik möglicherweise „auf den Kopf“<sup>146</sup>, es knüpft vielmehr an die römisch-rechtliche Tradition an. Im klassischen römischen Recht haftete der Verkäufer nur für falsche Angaben hinsichtlich der Grundstücksgröße (actio de modo agri), für Zusicherungen und für arglistiges Verschweigen eines Mangels. Eine Haftung auch des redlichen Verkäufers, der einen Fehler nicht genannt hatte, sah erst das spätklassische Recht vor<sup>147</sup>. Sentenzen wie „Augen auf, Kauf ist Kauf“, „Wer die Augen nicht auf tut, tut den Beutel auf“ oder „Jedermann sehe, wofür er sein Geld gibt“<sup>148</sup> belegen die Geltung dieses Rechtsverständnisses auch im deutschen Privatrecht. Neben dem caveat-emptor-Prinzip des Kaufs besteht die Rechtsüberzeugung, daß der Mangel einer Sache zunächst ihren Eigentümer trifft<sup>149</sup>. Diese Grundsätze geraten in Konflikt, wenn ein bei einer Besichtigung nicht erkennbarer Mangel vorhanden ist und der Verkäufer das weiß. Dieser Informationsvorsprung wird durch die Pflicht zur Mitteilung derartiger Kenntnisse ausgeglichen<sup>150</sup>. Wenn auch die Zweckmäßigkeit eines Hinweises auf diese Aufklärungspflicht umstritten ist<sup>151</sup>, so steht doch fest, daß für ihre Verletzung der Verkäufer auch bei einem umfassenden Gewährleistungsausschluß haftet<sup>152</sup>.

Die vorstehenden Grundsätze der notariellen Praxis zur Sachmängelhaftung gelten auch für Bodenverunreinigungen. Sie führen auch dort zu interessengerechten Ergebnissen<sup>153</sup>. Hat der Verkäufer keine Kenntnis von ihrem Vorhandensein, wird er hierfür die Haftung ebensowenig übernehmen wollen wie für andere noch nicht realisierte Risiken<sup>154</sup>. Aus etwaigen Besonderheiten der „Altlasten“ ergeben sich keine Abweichungen von diesem Ergebnis. Auch insoweit gilt, daß der Verkäufer im Regelfall nicht sachverständig

<sup>135</sup> So Reh binder, JuS 1989, 885/889.

<sup>136</sup> Ebenso Jochum, NVwZ 1989, 635/637 u. Reh binder, JuS 1989, 885/887.

<sup>137</sup> Zur Altlast als Mißstand i. S. d. § 136 Abs. 3 BauGB VG Gelsenkirchen, NVwZ 1988, 1061/1062 u. Krantzberger, GuG 1990, 3/15.

<sup>138</sup> Löhr, a. a. O. (Anm. 17), § 9 Rdnr. 115. Zum Verhältnis von Kennzeichnung und Konfliktbewältigung bei Altlasten s. nur Schink, NJW 1990, 351/355.

<sup>139</sup> So zuletzt BVerwG, NVwZ-RR 1990, 112/113.

<sup>140</sup> NJW 1990, 1042/1044.

<sup>141</sup> So insbes. BGH, NJW 1990, 1038. Ähnlich BGHZ 106, 323/335 f. = NJW 1989, 976 (w. Nachw. oben Anm. 130); OLG Hamm, NVwZ 1988, 762 u. OLG Düsseldorf, NVwZ 1989, 993/996.

<sup>142</sup> So auch LG Bochum, NJW-RR 1989, 915 zur nachträglichen Vertragsauslegung bei Bodenverunreinigungen.

<sup>143</sup> Ebenso Wolfsteiner, DNotZ (SoH) 1977, 80/88 f.

<sup>144</sup> Ausführlich von Hoffmann, Das Recht des Grundstückskaufs, 1982, S. 239 f. u. 245 f.

<sup>145</sup> So auch Reithmann/Röll/Gebele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 5. Aufl. 1983, Rdnr. 244 f. u. Wolfsteiner, DNotZ (SoH) 1977, 80/89. Vgl. auch BGH, EWIR § 909 BGB 1/88, 361 u. Schlosser, DNotZ 1990, 364/367.

<sup>146</sup> von Hoffmann, a. a. O. (Anm. 144), S. 245.

<sup>147</sup> Vgl. Kaser, Röm. Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, § 33 I 3 (= S. 133) u. § 131 II (= S. 557 ff.) und Kunkel/Honsell, Röm. Recht, 4. Aufl. 1987, § 116 (= S. 315 f.) sowie Dig. 19, 1, 13 pr.

<sup>148</sup> Graf-Dietherr, Deutsche Rechtsprichwörter, 1869, S. 259 f. u. Mitteis/Lieberich, Deutsches Privatrecht, 9. Aufl. 1981, Kap. 50 IV (= S. 153 f.) u. Planitz, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl. 1948, § 69 III (= S. 156 f.).

<sup>149</sup> Casum sentit dominus; casum sentit is, quem tangit u. res perit suo domino (vgl. dazu Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter, 4. Aufl. 1986, Nr. C 2 u. 3 sowie R 49).

<sup>150</sup> Vgl. nur BGH, NJW 1990, 975 u. von Hoffmann, a. a. O. (Anm. 144), S. 250 f.

<sup>151</sup> Bejahend von Hoffmann, ebenda; verneinend wohl Reithmann/Röll/Gebele, a. a. O. (Anm. 145), Rdnr. 245. Zu einem Formulierungsvorschlag Formular-Kommentar, Bd. 4/I, 21. Aufl. 1976, Form. 4.402, VI Anm. 23 („Der Veräußerer versichert, daß ihm vom Vorhandensein verborgener Mängel nichts bekannt ist.“); zum Unterschied von Ver- und Zusicherung s. OLG Düsseldorf, BB 1972, 857 einerseits u. OLG Nürnberg, DNotZ 1990, 456 ff. andererseits.

<sup>152</sup> BGH, NJW-RR 1988, 10 f.

<sup>153</sup> Teilweise a. A. Böhringer, BWNNotZ 1989, 73/75.

<sup>154</sup> Wie hier auch LG Bochum, NJW-RR 1989, 915; a. A. — ohne Begründung — Böhringer, ebenda.

ist<sup>155</sup>. Für eine Sonderbehandlung der (echten) Altlasten gibt es bisher — schon im Vergleich zu anderen Bodenverunreinigungen — kein zwingendes Argument. Sieht man von den eingangs genannten spektakulären Fällen ab, dürfte auch kein außergewöhnlich hohes Risiko wegen einer besonderen Schadenshäufigkeit vorliegen. Veröffentlichungen<sup>156</sup> deuten zudem darauf hin, daß anderen Umweltgefährdungen bei Bauwerken künftig weitaus größere Bedeutung zukommen wird. Selbst bei den in diesem Zusammenhang genannten Gesundheitsgefährdungen aufgrund zu hoher Asbestfaserkonzentration in Gebäuden wird derzeit noch von einem Risiko ausgegangen, das dem vergleichbar ist, an den Folgen eines Blitzschlages zu sterben<sup>157</sup>. Eine Pflicht des Notars zur Belehrung über „Altlasten“ besteht deshalb ebensowenig wie hinsichtlich anderer Mängel<sup>158</sup>.

### 3. Vertragliche Vereinbarungen zu „Altlasten“

Vertragliche Regelungen im Grundstückskaufvertrag zur sog. Altlastenproblematik müssen sich am Einzelfall orientieren. Die angeblich vom Hamburger Grundeigentümer-Verein<sup>159</sup> empfohlene Festschreibung der Verantwortlichkeit des Verkäufers verbunden mit einer Abtretung etwaiger Ansprüche des Verkäufers gegen die Gemeinde an den Käufer ist in mehrfacher Weise falsch. Zum einen führt sie zu dem absurden Ergebnis, daß der Verkäufer für „Altlasten“ haftet, Ersatzansprüche gegen Dritte aber dem Käufer zustehen; somit hat der Veräußerer — selbst wenn eine doppelte Entschädigung wegen des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung ausgeschlossen sein dürfte — keinen Einfluß auf die Realisierung der Ansprüche gegen die Gemeinde. Zum anderen ist die vorgeschlagene Lösung viel zu pauschal, als daß sie in der Vielzahl der Fälle interessengerecht sein könnte. Die Problematik einer gerechten Lastenverteilung sollte auch im Zivilrecht<sup>160</sup> im Vordergrund stehen. Anhaltspunkte dafür vermögen das Verursacherprinzip, die traditionellen Rechtsüberzeugungen beim Grundstückskauf und das Verhältnis zwischen Kaufpreis und Risiko zu geben. Von Bedeutung sind ferner die Person des Verkäufers und die nach dem Vertrag vorausgesetzte Nutzungsabsicht des Käufers sowie schließlich — soweit vorhanden — Wertungen des Gesetzgebers in (öffentlich-rechtlichen) Vorschriften zur Altlastenproblematik. Wie auch in anderen Rechtsgebieten<sup>161</sup> ist bei der Lösung der auftretenden Probleme die Bildung von Fallgruppen hilfreich.

#### a) Kenntnis von Bodenkontaminationen

Ist das Vorhandensein von Bodenverunreinigungen bzw. deren Möglichkeit bei Vertragsschluß den Parteien bekannt, so stellt sich die Frage, ob dies auch für ihre (möglichen) Auswirkungen auf die beabsichtigte Nutzung des Vertragsgrundstücks durch den Käufer, auf seinen Wert und eventuelle weitere Rechtsgüter des Erwerbers der Fall ist. Ist

diese Frage zu bejahen, bleiben nur zwei denkbare Alternativen: Entweder verpflichtet sich der Verkäufer zur Sanierung auf eigene Kosten; dann sollten der Kaufpreis bzw. entsprechende Kaufpreisteile erst nach Abnahme und bei Vorliegen der üblichen Käufersicherheiten fällig gestellt werden und Ersatzansprüche gegen Dritte wegen des betreffenden Mangels beim Verkäufer verbleiben. Oder das Vorhandensein der Kontamination wurde bereits bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt, dann ist auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel und dessen Berücksichtigung bei der Kaufpreisbildung hinzuweisen und jede Haftung des Veräußerers für Bodenverunreinigungen auszuschließen. Ersatzansprüche gegen Dritte sind in diesem Fall — aufschiebend bedingt mit vollständiger Kaufpreiszahlung und ohne Übernahme einer Haftung für Bestand und Durchsetzbarkeit — an den Erwerber abzutreten. Da die Möglichkeit besteht, daß der Veräußerer bis zur Eigentumsumschreibung noch als polizeirechtlicher Zustandsstörer zu Sanierungskosten herangezogen wird, hat ihn der Käufer insoweit freizustellen; Sicherungsmaßnahmen sind allerdings praktisch kaum möglich.

Sind zwar Ablagerungen im Boden bekannt, nicht jedoch deren nachteilige Auswirkungen auf die Gesundheit der Grundstücksbewohner<sup>162</sup>, ergeben sich weitere Probleme für eine möglichst gerechte Regelung. Selbst wenn „Altlasten“ bei Beurkundung eines Kaufvertrages bekannt sind, kann sich nachträglich herausstellen, daß sich die Beteiligten über deren Umfang geirrt haben.

Aus diesem Grund wurde empfohlen, ein Gutachten über Art, Umfang und Kosten der Sanierung einzuholen und dieses als Anlage zur notariellen Urkunde zu nehmen, um sicherzustellen, daß jeder Vertragsbeteiligte eingehend Kenntnis von der Altlastenproblematik erlangt<sup>163</sup>. Diese Verfahrensweise wird in den meisten Fällen allerdings nicht praktikabel sein, da eine präzise Abschätzung des Gefährdungspotentials in der Regel nur durch Probebohrungen erreichbar ist. Insbesondere die Feststellung der Kontamination des in der Abstromfahne der „Altlast“ entnommenen Grundwassers läßt Rückschlüsse auf die einzelnen Gefahrstoffe zu. Daneben sind üblicherweise auch Gasproben und Feststoffe zu analysieren. Die Vornahme von Probebohrungen und Messungen ist sehr zeit- und kostenintensiv<sup>164</sup>, deshalb wird eine gutachtliche Stellungnahme bei Beurkundung in den seltensten Fällen vorliegen. Aber selbst wenn dies ausnahmsweise doch der Fall ist, erlauben häufig die gewonnenen Informationen keine sichere Einschätzung des genauen Sanierungsaufwandes. Wird ein Gutachten der Urkunde beigelegt, so bewirkt dies ohne abweichende Regelung zunächst einen Haftungsausschluß zugunsten des Verkäufers hinsichtlich der dort genannten Mängel (§ 460 BGB). Ob dem Gutachten eine weitergehende Bedeutung, etwa die einer Geschäftsgrundlage, zukommt, ist fraglich.

Für den Vertragsjuristen ergibt sich deshalb in den vorgenannten Fällen immer die Notwendigkeit einer vertraglichen Regelung<sup>165</sup>, insbesondere hinsichtlich des Problems, welcher Vertragsteil das „Restrisiko“ tragen soll. Ist

<sup>155</sup> Zu diesem Grund von Hoffmann, a. a. O. (Anm. 144), S. 251.

<sup>156</sup> Vgl. „Süddeutsche Zeitung“ v. 29. 5. 1990, S. 17 f.

<sup>157</sup> Ebenda.

<sup>158</sup> Ähnlich Reithmann/Röll/Gebele, a. a. O. (Anm. 145), Rdnr. 244 u. OLG Nürnberg, DNotZ 1990, 456/457.

<sup>159</sup> Zit. nach Schröder, in: „Neue Revue“ Nr. 51/1989, S. 74.

<sup>160</sup> Zu dieser Forderung für das Polizeirecht Spannowsky, UPR 1988, 376.

<sup>161</sup> Für das Ehevertragsrecht Langenfeld, FamRZ 1987, 10/11, für Partnerschaftsverträge Grziwotz, MittBayNot 1989, 182/185 und allgemein Jerschke, DNotZ (SoH) 1989, 21/41 f.

<sup>162</sup> So war die Situation in den BGH-Entscheidungen; vgl. Gaentzsch, NVwZ 1990, 505.

<sup>163</sup> So Böhringer, BWNNotZ 1989, 73/74.

<sup>164</sup> Bender/Sparwasser, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 757 ff. u. 787.

<sup>165</sup> Ähnlich Reuter, BB 1988, 497.

dies der Verkäufer, so läßt sich das am besten durch eine Eigenschaftszusicherung oder eine Garantie erreichen, wobei gegebenenfalls auch die Verjährungsfristen zu verlängern sind. Zu erörtern ist auch, in welchem Umfang der Veräußerer für eine Realisierung des Risikos einzustehen hat: Ist seine Haftung auf den Kaufpreis — etwa durch ein Rücktrittsrecht oder gegebenenfalls auch durch ein Minderungsrecht des Käufers — beschränkt oder hat er auch nutzlose Aufwendungen und einen entgangenen Gewinn zu ersetzen? Übernimmt der Käufer das (verbleibende) Risiko der „Altlasten“, so ist neben dem gebotenen Gewährleistungsausschluß die Frage des Ausschlusses von Ansprüchen aufgrund anderer Anspruchsgrundlagen zu klären. In ähnlicher Weise stellt sich das Problem bei einem Grundstücksverkauf durch eine Gemeinde hinsichtlich ihrer Amtshaftung wegen fehlerhafter Bauleitplanung<sup>166</sup>. Der Formulierungsvorschlag, „Der Veräußerer schließt seine Haftung für sämtliche Sachmängel aus, auch soweit § 823 Abs. 1 BGB durchgreifen würde“<sup>167</sup>, übersieht § 276 Abs. 2 BGB und — soweit man von der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Formularverträge ausgeht<sup>168</sup> — auch § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz. Zudem ist die unbegrenzte vertragliche Haftungsmilderung<sup>169</sup> dann nicht interessengerecht<sup>170</sup>, wenn der Verkäufer selbst Verursacher der Bodenkontamination ist. Ein pauschaler Haftungsausschluß führt ferner dazu, daß auch öffentlich-rechtlich der Erwerber vor dem Handlungsstörer in Anspruch genommen wird<sup>171</sup>. Im Bereich der gemeindlichen Haftung<sup>172</sup> ist fraglich, ob eine Haftungsmilderung für eine fehlerhafte Planung zulässig ist<sup>173</sup>. Nach der Rechtsprechung<sup>174</sup> sind dies Regelungen, die die sog. Staatshaftung beschränken, nur dann, wenn sie von der Sache her gerechtfertigt werden können; sie dürfen nicht willkürlich getroffen werden, müssen auf sachgerechten Erwägungen beruhen und sich an den Grundentscheidungen der Verfassung ausrichten. Im Zusammenhang mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) hat das Bundesverfassungsgericht<sup>175</sup> eine weitreichende Pflichtigkeit öffentlicher Behörden entwickelt. Sie sind verpflichtet, sich schützend und fördernd um ihre Erhaltung zu bemühen. Durch die Zulassung einer Tätigkeit übernimmt die öffentliche Hand eine Verantwortung für daraus resultierende Gefährdungen. Dies dürfte der verfassungsrechtliche Kern der Altlasten-Entscheidungen sein, in denen den Gemein-

den bereits bei der Zusammenstellung des Planungsmaterials die Pflicht zur Aufklärung hinsichtlich der Gefährdungen auferlegt wurde, die für die Gesundheit von Menschen entstehen können<sup>176</sup>. Eine vertragliche Haftungsbeschränkung für eine fehlerhafte Bauleitplanung auf Vorsatz (und grobe Fahrlässigkeit) erscheint dadurch nicht als von vornherein unzulässig, wohl aber im Hinblick auf ihre Wirksamkeit als bedenklich. Möglich ist dagegen die Klarstellung, die planerische Ausweisung des Vertragsgrundstücks begründe kein vermögensschützendes Vertrauen dahin, daß von benachbarten Grundstücksflächen keine nachteiligen Beeinträchtigungen drohen<sup>177</sup>; vorsorglich kann in diesem Umfang die Haftung ausgeschlossen werden.

#### b) Keine Kenntnis von Bodenverunreinigungen

In den meisten Fällen haben die Vertragsparteien keine Kenntnis von Bodenverunreinigungen. Vor allem bei echten Altlasten haben seit der Einbringung von Schadstoffen in das Erdreich die Eigentumsverhältnisse häufig mehrfach gewechselt. Hat der Veräußerer die Bodenverunreinigung nicht schuldhaft verursacht und — praxisnäher — haftet er auch nicht als Gesamtrechtsnachfolger dafür, trifft das Risiko bereits nach der gesetzlichen Wertung mit Ablauf der Gewährleistungspflicht den Erwerber. Beruht die Unkenntnis des Käufers auf grober Fahrlässigkeit, entfällt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ohnehin. Erkenntnisquelle für den Käufer ist die bisherige Nutzung des Vertragsgrundstücks; zu nennen sind hier Mülldeponien, Tankstellen, Zechengelände, Teerverarbeitungswerke und überhaupt betriebliche Nutzungen. Zunehmend von Bedeutung sind auch die kommunalen Altlastenkataster<sup>178</sup> und die Kennzeichnungen in Bauleitplänen nach dem Baugesetzbuch<sup>179</sup>.

Sind dem Verkäufer Bodenverunreinigungen nicht bekannt<sup>180</sup>, wird er meist seine Gewährleistung ausschließen wollen. Dieser Wunsch führt zu keiner ungerechtfertigten Risikoverteilung, sondern versucht, das Verursacherprinzip auch im Zivilrecht zur Geltung zu bringen. So lassen § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 und 6 HABfAG die Sanierungsverantwortlichkeit entfallen, wenn der Grundstückseigentümer eine bestehende Verunreinigung beim Erwerb weder kannte noch kennen mußte und ihm auch während der Zeit seines Eigentums oder Besitzes nicht bekannt wurde. Auch hier gilt, daß bei einem Gewährleistungsausschluß etwaige Ansprüche gegen Dritte an den Erwerber ohne Übernahme einer Haftung für Bestand und Durchsetzbarkeit abzutreten sind. Zweckmäßig kann es mitunter sein, klarzustellen, daß eine Haftung des Veräußerers für von ihm oder seinen Rechtsvorgängern, von denen er im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworben hat, verursachte Bodenverunreinigungen von diesem Gewährleistungsausschluß unberührt bleibt. Dadurch wird vermieden, daß der Käufer von vornherein als Zustandsstörer vor dem eigentlich Verantwortlichen zur Kostentragung herangezogen wird. Da die Problematik der Haftung

<sup>166</sup> Der Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen bezieht sich im Zweifel nicht auf Schadensersatzansprüche, die auf Verschulden beruhen (vgl. BGHZ 67, 359/366 f.).

<sup>167</sup> Böhringer, BWNNotZ 1989, 73/75.

<sup>168</sup> Zur Streitfrage s. nur Palandt-Heinrichs, a. a. O. (Anm. 117), § 1 AGBG Anm. 2 d m. w. N.

<sup>169</sup> Zum weiteren Problem, ob eine Haftungsmilderung auch hinsichtlich der Schutzgüter, „Leib“ und „Leben“ zulässig ist, vgl. Deutsch, VersR 1974, 301/305.

<sup>170</sup> Ebenso aus öffentlich-rechtlicher Sicht BVerwG, NJW 1989, 1295/1296 = BayVBl. 1990, 186/187.

<sup>171</sup> Vgl. dazu BVerwG, NVwZ 1990, 474/475 u. BayVGH, BayVBl. 1986, 590/593 f. = NVwZ 1986, 942/945 f. sowie Kleiber, ZfBR 1988, 168/169.

<sup>172</sup> Neben § 839 BGB, Art. 34 GG kann auch eine Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff bei einer fehlerhaften Bauleitplanung in Betracht kommen; vgl. BGH, NJW 1984, 2516 ff.

<sup>173</sup> Zur entsprechenden zivilrechtl. Problematik s. Anm. 169.

<sup>174</sup> BGHZ 99, 62/64.

<sup>175</sup> BVerfGE 46, 160 ff.; 49, 89 ff. u. 53, 30 ff.; vgl. dazu nur Pietzcker, JZ 1985, 209/210 u. Zuck, MDR 1987, 988 f.

<sup>176</sup> Vgl. nur BGHZ 106, 323/327; BGH, NJW 1990, 381/382 u. 1038/1039.

<sup>177</sup> Ebenso BGH, NJW 1990, 1038/1040.

<sup>178</sup> Zu den Voraussetzungen einer Weitergabe diesbezüglicher Erkenntnisse § 32 Abs. 1 S. 2, 2. HS LabfG NW; vgl. auch § 81 Abs. 8 HBauO, wonach der Senat durch Rechtsverordnung Gebiete festlegen kann, in denen mit Bodenverunreinigungen zu rechnen ist.

<sup>179</sup> Zum Ganzen Bender/Sparwasser, a. a. O. (Anm. 2), Rdnr. 757 u. Kleiber, ZfBR 1988, 168/175.

<sup>180</sup> Der Eigentümer muß sich dabei allerdings häufig das Wissen eines bösgläubigen Hintermannes zurechnen lassen; vgl. BGH, NJW 1990, 1661 f.

wegen einer Gesamtrechtsnachfolge im öffentlichen Recht umstritten ist, aber zivilrechtliche Vereinbarungen bei der polizeirechtlichen Inanspruchnahme nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, kann auch eine Vereinbarung, nach der der Veräußerer für Bodenverunreinigungen haftet, die durch seine Rechtsvorgänger, von denen er als Gesamtrechtsnachfolger erworben hat, verursacht wurden, mitunter empfehlenswert sein. Zu einer ausführlichen Regelung der sog. Altlastenproblematik im Grundstückskaufvertrag besteht freilich nur Anlaß, wenn dieser Punkt Gegenstand der Kaufverhandlungen war. Enthält die Urkunde nur den üblichen Ausschluß der Gewährleistung des Veräußerers für die Bodenbeschaffenheit, ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, daß die Vertragsparteien das erst später realisierte Risiko im vorstehenden Sinn geregelt hätten.

#### IV. Zusammenfassung

Die sog. Altlasten sind Kristallisationspunkt vielschichtiger Fragen<sup>181</sup>, unter anderem deshalb, weil eine umfassende gesetzliche Regelung weiterhin fehlt. Soweit keine bundes- oder landesrechtlichen Spezialvorschriften bestehen, beurteilt sich die Verantwortlichkeit für Bodenverunreinigungen nach allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht. Danach haf-

tet der Grundstückseigentümer als Zustandsstörer neben dem Verursacher. Ausgleichsvorschriften zwischen mehreren „Störern“ fehlen weitgehend. Auch die zivilrechtlichen Normen bieten keine befriedigende Lösung für die Problematik der „Altlasten“. Für vertragliche Regelungen vermeidet die Definition „Belastungen des Bodens mit Ablagerungen (§ 5 Abs. 5 WertV)“ die Unklarheiten und die Enge des Begriffs „Altlasten“. Sind Bodenverunreinigungen bei Beurkundung bekannt, kann sich zu ihrer Sanierung entweder der Verkäufer verpflichten oder der Käufer erwirbt das mangelhafte Grundstück unter Berücksichtigung dieses Fehlers bei der Kaufpreisbemessung. Schwierigkeiten bereitet die Regelung des verbleibenden „Restrisikos“ hinsichtlich einer Fehleinschätzung des Sanierungsumfangs oder der Beeinträchtigungen. Für eine angemessene Risikoverteilung liefern ebenso wie bei fehlender Kenntnis der Vertragsparteien von Belastungen das Verursacherprinzip und die traditionellen Haftungsgrundsätze beim Grundstückskauf wertvolle Hinweise. In die Überlegung einzubeziehen sind die öffentlich-rechtlichen Auswirkungen vertraglicher Vereinbarungen über die Haftung für „Altlasten“. Ist die Gemeinde Grundstücksverkäuferin, ist ihre Doppelfunktion als Fiskus und als Träger der Planungshoheit auch haftungsrechtlich zu beachten. Mitunter empfehlende schematische Lösungen, die meist einseitig dem Verkäufer das Sanierungsrisiko auferlegen wollen, verstoßen gegen das gerade im Umweltrecht allgemein anerkannte Verursacherprinzip, das auch im Grundstückskauf häufig zu einer gerechten Lösung führt.

<sup>181</sup> Ausführlich und mit interessanten Materialien im Anhang Henkel, Altlasten als Rechtsproblem, 1987.

## Die Urteile des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes zu den sog. Einheimischenmodellen\*

— Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Helmut Roithmaier, München —

1. Mit dem Urteil vom 11. 4. 1990 wurde erstmals obergerichtlich über die Rechtswirksamkeit eines Vertrages zwischen einer Gemeinde und einem privaten Grundstückseigentümer entschieden, durch welchen schon vor der Ausweisung von Baurecht sichergestellt werden sollte, daß die neuen Bauflächen bevorzugt der ortsansässigen Bevölkerung zur Verfügung stehen werden. Eine ähnliche Regelung beinhaltete der Vertrag, welcher einem weiteren Urteil des Verwaltungsgerichtshofes vom 31.5.1990 zugrunde lag. Im Unterschied zum anderen Vorgang war der begünstigte Personenkreis etwas erweitert und die Vertragsdauer geringfügig abgewandelt. Die Gemeinde mußte außerdem die Baufläche ohne Abschlag vom Verkehrswert erwerben.

2. Verträge im Einheimischenmodell werden dem Erfahrungsstand angepaßt. Im Kern geht es jedoch stets darum, die zu Bauland ausgewiesenen Grundflächen zur Erhaltung der gewachsenen Strukturen in der Gemeinde einer ausschließlichen Nutzung durch Einheimische zuzuführen. Dieses Ziel wird mit einer vertraglichen Regelung verfolgt, die im wesentlichen die vorbeschriebenen Inhalte aufweist.

Im allgemeinen werden bei solchen Einheimischenmodellen vom Gemeinderat auch Vergaberichtlinien aufgestellt. Sie ermöglichen eine weitere Eingrenzung der Mehrzahl von Bewerbern und sollen die Zuteilung der baureif gewordenen Grundstücke nach ortsbezogenen Kriterien und für maßgeblich erachteten sozialen Merkmalen in vorhersehbarer Weise festlegen.

Der Verwaltungsgerichtshof hatte bei seinen Entscheidungen keinen Anlaß, den Inhalt oder die Form derartiger Richtlinien rechtlich zu prüfen und dazu Stellung zu nehmen.

3. Von Bedeutung in beiden Entscheidungen ist die Aussage, daß die Gemeinden bei der Baulandbereitstellung nicht auf das im Baugesetzbuch (früher inhaltsgleich im BBauG) detailliert vorgeschriebene förmliche Planungsverfahren beschränkt sind, sondern „die Bauleitplanung modifizierende und ergänzende vertragliche Regelungen“ treffen dürfen. Die Zulässigkeit städtebaulicher Verträge wird durch den bei der Neufassung des BauGB eingefügten § 124 Abs. 2

bestätigt<sup>1</sup>. Der öffentlich-rechtliche Vertrag steht als *abstrakte Handlungsform* der Verwaltung schon seit dem Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder zur Verfügung (§ 54 S. 1 VwVfG; Art. 54 S. 1 BayVwVfG).

4. Die *Rechtsnatur der Verträge im Einheimischenmodell* beurteilt der Verwaltungsgerichtshof nicht anders als beispielsweise beim Folgekostenvertrag<sup>2</sup>. Danach handelt es sich auch dort um öffentlich-rechtliche Verträge<sup>3</sup>.

Die Abgrenzung zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Vertrag ist rechtsdogmatisch umstritten<sup>4</sup>. Die Qualifizierung der in den jüngst entschiedenen Fällen abgeschlossenen Verträge beruht auf der Erwägung, daß die Gemeinden damit vor allem planerische, städtebauliche Ziele verfolgen, nämlich eine begrenzte Ausweisung neuer Bauflächen und Baugebiete und eine besondere Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse Einheimischer; es erscheine dabei die Bauleitplanung zwar nicht als Vertragsgegenstand, aber ihr Zustandekommen werde vorausgesetzt und deshalb sei auch dem Partner der Gemeinde ein Festhalten an der getroffenen Vereinbarung nicht zumutbar, wenn die Planung keine Rechtswirksamkeit erlange.

4.1 Es ist lediglich für die Frage nach dem Rechtsweg von Bedeutung, daß es der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich offen gelassen hat, ob auch eine Streitigkeit, die allein den Vollzug des Vertrags im Einheimischenmodell betrifft, etwa bei der Kaufpreiszahlungsklage, als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wäre.

Weil auch ein Prozeß um die Kaufpreiszahlung oder die Verschaffung von Eigentum und Besitz am Grundstück es mit sich bringt, daß das Gericht das vertraglich geschaffene Rechtsverhältnis prüfen wird, ergibt sich die Gefahr der „*duae sententiae difformes*“, wenn man hier verschiedene Rechtswege zuließe. Es ist deswegen der Meinung zu fol-

\* Urteil vom 11.4.1990, 1 B 85 A. 1480, MittBayNot 1990, 259 (rechtskräftig) und Urteil vom 31.5.1990, 1 B 85 A. 861 (Nichtzulassungsbeschwerde zum BVerwG eingelegt).

<sup>1</sup> BVerwG, DVBl. 1990, 376/377; Ernst; In: Ernst/Zinkahn/Bleienberg, BauGB, Stand: Okt. 1989, § 124 Rdnr. 19

<sup>2</sup> Dazu Ernst, a. a. O., § 127 Rdnr. 29

<sup>3</sup> A. A.: Breuer, in: Schriftenreihe Nr. 02 des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Heft Nr. 0.0234 „Stadtentwicklung — Bauplanungsrechtliche Instrumente zum Schutz der Sozialstruktur“, S. 57

<sup>4</sup> S. statt vieler Kopp, VwVfG, 4. Aufl. 1986 Anm. 6 f. zu § 54

gen, wonach einzelne (scheinbar) „privatrechtliche“ Verpflichtungen oder Berechtigungen der Beurteilung als öffentlich-rechtlicher Vertrag dann nicht entgegenstehen, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Regelungen stehen und nicht nur äußerlich in einer Urkunde mit diesen zusammen geregelt werden<sup>5</sup>.

4.2 Genau besehen macht es für den materiellrechtlichen Handlungsspielraum der Gemeinde bei ihren Einheimischenmodellen und die Vertragsgestaltung keinen Unterschied, ob die abgeschlossenen Verträge dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zugeordnet werden<sup>5a</sup>. Soweit die öffentliche Hand privatrechtliche Handlungsformen benutzt, damit aber öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt, gilt für sie das sog. Verwaltungsprivatrecht „mit etlichen öffentlich-rechtlichen Bindungen“<sup>6</sup>, insbesondere auch der Bindung an die Grundrechte<sup>7</sup>. Die Qualifizierung der Verträge nach dem Einheimischenmodell durch den Verwaltungsgerichtshof könnte einen Streit insoweit beenden, als Umfang und Reichweite der öffentlich-rechtlichen Bindungen bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung nämlich nicht endgültig geklärt sind.

4.3 Die vertragliche Einräumung von Ankaufsrechten nach den Einheimischenmodellen bezweckt eine gezielte gemeindliche Baulandbereitstellung zugunsten der ortsansässigen Bevölkerung. Bei diesen städtebaulichen Verträgen, welche die verfahrensmäßig betriebene Bodenordnung flankieren sollen, kommt der Gemeinde gegenüber dem anderen Teil eine hervorgehobene Stellung zu, weil sie Planungshoheitsträger ist (§§ 2 Abs. 1, 1 Abs. 3 BauGB); sie hat auf städtebaulichem Gebiet die Befugnis zu hoheitlichen Regelungen. Es treten sich also hier ein Träger öffentlicher Verwaltung auf der einen und ein oder mehrere Private auf der anderen Seite gegenüber. Daraus ergibt sich die Begründung dafür, die Vereinbarungen nach dem Einheimischenmodell als *subordinationsrechtliche Verträge* (Art. 54 S. 2 BayVwVfG, § 54 S. 2 VwVfG) zu qualifizieren<sup>8</sup>. Demzufolge finden auf sie die dafür geltenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder Anwendung. Die Verträge im Einheimischenmodell gelten als *Austauschverträge* i. S. d. Art. 56 BayVwVfG (§ 56 VwVfG), obwohl die Leistung der Behörde im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt ist; es genügt, daß sie von den Vertragsparteien aber vorausgesetzt wird<sup>9</sup>.

Dies bestätigt der Verwaltungsgerichtshof in seinen Entscheidungen. Er erkennt damit zugleich an, daß es die Rechtsordnung zulasse, mit einer Gemeinde zu angemessenen Bedingungen vertragliche Bindungen im Zusammenhang mit der Bauleitplanung einzugehen.

4.3.1 Dabei sind einmal die in Art. 56 BayVwVfG (§ 56 VwVfG) aufgestellten Anforderungen an die Rechtswirksamkeit des Vertrages (Art. 59 Abs. 2 Nr. 4 BayVwVfG, § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) einzuhalten. Das Gericht bezeichnet sie als „Rahmenbedingungen“. Es beurteilt den Hinweis im Vertrag, daß die Baugebietsausweisung nur dann mit dem Planungswillen der Gemeinde vereinbar wäre, wenn eine Wohnnutzung der geschaffenen Gebäude durch die „einheimische, bodenständige Bevölkerung“ erreicht werde, als ausreichend zur

Feststellung, daß die für einen bestimmten Zweck vereinbarte Gegenleistung des Privaten zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Gemeinde diene (Art. 56 Abs. 1 S. 1, BayVwVfG, § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG).

Zu dem vom Grundstückseigentümer bewilligten Ankaufsrecht und dem 30% unter dem Verkehrswert festgelegten Übernahmepreis für die Gemeinde heißt es im Urteil, daß sich die Kommune hierbei noch innerhalb des der Behörde eingeräumten Spielraumes<sup>10</sup> gehalten habe. Dies genüge der weiteren Forderung des Gesetzgebers (Art. 56 Abs. 1 S. 2 BayVwVfG, § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG), daß die *Gegenleistung* den „gesamten Umständen“ nach *angemessen* sein und im *sachlichen Zusammenhang* mit der „vertraglichen Leistung“ der Behörde stehen müsse.

Diese beiden Schranken für die Wirksamkeit von Verträgen im Einheimischenmodell hat das Bundesverwaltungsgericht schon in seiner Grundsatzentscheidung vom 6. 7. 1973 zu den Folgekostenverträgen aufgerichtet<sup>11</sup>.

4.3.2 Die Grundrechte aus Art. 11 GG, Art. 109 Abs. 1 BV (Recht auf Freizügigkeit), Art. 3 Abs. 3 GG (Diskriminierungsverbot) und Art. 3 Abs. 1 GG/118 BV (Gleichheitssatz) sind nicht verletzt, wenn eine Gemeinde bei Verträgen nach dem Einheimischenmodell Vorzugsleistungen für Ortsansässige erbringen will. Jedoch dürfen Auswärtige durch solche Regelungen dabei nicht praktisch von der Möglichkeit des Grunderwerbs in einer Gemeinde ausgeschlossen sein.

4.3.3 Die gemeindliche Bauleitplanung steht unter dem Gebot der städtebaulichen Rechtfertigung und ihrer Erforderlichkeit (§ 1 Abs. 3 BauGB). Nicht zuletzt muß sie das Ergebnis einer i. S. d. § 1 Abs. 6 BauGB ordnungsgemäßen Abwägung sein. Der Verwaltungsgerichtshof hat erkennen lassen, daß er bei Verstößen gegen diese Grundsätze dazu neigt, Verträge als nichtig (§ 134 BGB) zu beurteilen, die im Zusammenhang mit einer solchermaßen fehlerhaften Planung abgeschlossen wurden.

An dieser Stelle ist hervorzuheben, daß für den beurkundenden Notar bei der Vertragsgestaltung das spätere Schicksal der gerichtlichen Beurteilung gemeindlicher Bauleitpläne nicht vorhersehbar ist und er schon deswegen Regelungen dazu in den Vertrag nicht aufnehmen kann. Es trifft ihn hier ebensowenig eine Belehrungspflicht, wie bei anderen, später eintretenden Ereignissen, die zur Nichtigkeit von Verträgen führen.

Hinzu kommt, daß nach der Amtl. Begründung zu § 55 E 1973 (S. 81) der § 134 BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge *nicht* anwendbar sein sollte. Heute allerdings geht die ganz überwiegende Meinung von einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 134 BGB auf alle öffentlich-rechtlichen Verträge i. S. d. §§ 54 ff VwVfG (Art. 54 ff BayVwVfG) aus<sup>12</sup>. Ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB kann sich aus jeder zwingenden Rechtsnorm ergeben, wenn sie den Inhalt eines Rechtsgeschäfts (hier: eines öffentlich-rechtlichen Vertrags) mißbilligt, d. h. wenn sie den Eintritt des mit dem Rechtsgeschäft intendierten rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolges verhindern will<sup>13</sup>. Es ist aber ein „qualifizierter“ („besonderer“) Rechtsverstoß erforderlich<sup>14</sup>.

<sup>5</sup> Kopp, a. a. O., Anm. 8 zu § 54

<sup>5a</sup> Breuer, a. a. O., S. 56.

<sup>6</sup> Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 23 II b

<sup>7</sup> Erichsen/Martens, a. a. O., S. 323 m. w. N. in Fn. 10

<sup>8</sup> Vgl. dazu Erichsen/Martens, a. a. O., S. 279 m. w. N. Fn. 9

<sup>9</sup> Knack, VwVfG, 2./3. Aufl. 1982/89, § 56 Rdnr. 1

<sup>10</sup> Kopp, a. a. O., Anm. 14 zu § 56

<sup>11</sup> BVerwGE 42, 331 ff = NJW 1973, 1895/1897; so auch BGH, Urt. v. 31. 1. 1975, NJW 1975, 1019/1020

<sup>12</sup> Statt vieler Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, 3. Aufl. 1990, § 57 Rdnr. 29, 31; Beckelmann, NVwZ 1990, 601 ff

<sup>13</sup> Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 3. Aufl. 1986, § 70 II 4

<sup>14</sup> Stelkens/Bonk/Leonhardt, a. a. O.

Die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB (i. V. m. Art. 59 Abs. 1 BayVwVfG/§ 59 Abs. 1 VwVfG) tritt ausnahmsweise schon beim Verstoß nur eines Vertragspartners ein, wenn dem Verbotsgesetz ein dahin gehender Wille zu entnehmen ist<sup>15</sup>. Dies ist bei den Geboten aus § 1 Abs. 3 u. 6 BauGB der Fall, weil sie im öffentlichen Interesse liegende Beschränkungen der gemeindlichen Planungshoheit sind.

Das *Erforderlichkeitsprinzip* des § 1 Abs. 3 BauGB grenzt die Planungsmöglichkeiten der Gemeinden insofern ein, als sie an einem bodenrechtlichen Bezug orientiert sind, m. a. W.: die Bauleitplanung bedarf der *Rechtfertigung durch städtebauliche Gründe*. Diese fehlte für einen Bebauungsplan, durch den lediglich ein privates Interesse verfolgt würde, also etwa dem Eigentümer eine wirtschaftlich vorteilhafte Veräußerung seiner Grundstücke ermöglicht werden sollte<sup>16</sup>.

Das *Abwägungsgebot* des § 1 Abs. 6 BauGB ist als *Bestandteil rechtsstaatlicher Planung* die zentrale Verpflichtung des Planungshoheitsträgers schlechthin. Diese gesetzlich normierte Abwägung ist der Kern des eigentlichen Planungsaktes, sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung für den gemeindlichen Bauleitplan<sup>17</sup>.

Die Ausübung der Planungshoheit, insbesondere der mit dem Erlaß von Bauleitplänen zusammenhängenden planerischen Gestaltungsfreiheit kann unter dem Einfluß von Verträgen der Gemeinden mit privaten Grundstückseigentümern fehlerhaft werden, wenn dabei die Grundsätze aus § 1 Abs. 3 und 6 BauGB nicht eingehalten sind.

In seinem schon erwähnten Urteil vom 6. 7. 1973 zum sog. Folgekostenvertrag hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage, „ob dann nicht auch der sich so auswirkende Vertrag als nichtig angesehen werden muß“, *bejaht*. Die normativ verfolgten Interessen werden als so gewichtig anerkannt und sind bei einem Verstoß so erheblich betroffen, daß demgegenüber ein Festhalten am Vertrag ausgeschlossen erscheint; er muß unwirksam sein.

5. Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, so sind grundsätzlich die im Rahmen seines Vollzuges erbrachten gegenseitigen Leistungen rückabzuwickeln. Dem Ausgleich einer wegen Nichtigkeit des Vertrags ungerechtfertigten Vermögensverschiebung dient der Erstattungsanspruch.

Der Rückgewähr von Leistungen, die in der Regel als Folge der Nichtigkeit vollzogener Verträge zu geschehen hat, sind bei Vereinbarungen, welche im Vorfeld der Bauleitplanung abgeschlossen werden, aber Grenzen zu setzen. Das Planungsrisiko sollte angemessen verteilt sein. Andernfalls wäre die Konfliktlage, in der sich Gemeinden befinden, wenn sie Verträge schließen, welche auf eine Fixierung der

kommunalen Bauleitplanung gerichtet sind, nur unbefriedigend gelöst.

Die Neuregelung in §§ 214 ff. BauGB bringt einen brauchbaren Anhaltspunkt für eine Lösung. Mit ihr wurde das traditionelle Nichtigkeitsdogma aufgegeben, demzufolge die Rechtswidrigkeit einer Norm deren Nichtigkeit = Unwirksamkeit bewirkt<sup>18</sup>. Jedenfalls solche Mängel eines gemeindlichen Bebauungsplanes, welche nach Maßgabe der §§ 214 ff. BauGB nicht mehr geltend gemacht werden können, führen auch zu keiner Nichtigkeit der im Vorfeld der Bauleitplanung abgeschlossenen Verträge.

Grenzen für die Anwendung der Regeln über die Rückabwicklung nichtiger Verträge ergeben sich ferner aus dem auch das öffentliche Vertragsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben<sup>19</sup>. Ebenso wie bei Austauschverträgen anerkannt ist, daß die Rückgewähr der gegenseitig erbrachten Leistungen nur Zug um Zug erfolgen kann und ausgeschlossen ist, wenn die Leistung eines der Beteiligten nicht mehr zurückerstattet werden kann, muß das Begehren des Privaten nach einseitiger Rückabwicklung des Vertrages als rechtsmißbräuchlich abgelehnt werden, wenn er die Leistung von der Gemeinde erhalten hat und sie diese nicht mehr zurückverlangen kann. Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Vertragspartner infolge der Planung Baurecht erlangt hat (§§ 30, 33 BauGB i. V. m. den Vorschriften der Landesbauordnungen).

Die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bedeutet nicht, daß damit das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 3 GG aufgehoben würde. Die bundesverfassungsrechtliche Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht ist nämlich von Verfassungs wegen nicht mit einer bestimmten Rechtsfolge (Sanktion) ausgestattet. Dementsprechend wird Art. 20 Abs. 3 GG auch nicht durch die Annahme berührt, daß ein — in seinem Entstehen auf das Vorliegen eines Gesetzesverstoßes zurückgehender — Erstattungsanspruch mit Rücksicht auf Treu und Glauben nicht geltend gemacht werden könne. Daß sich auch Erstattungsansprüche dem Verbot des Rechtsmißbrauchs nicht entziehen, hat das Bundesverwaltungsgericht mehrfach entschieden<sup>20</sup>.

Die Gemeinde wird unter Anwendung dieser Grundsätze nicht anders behandelt wie ihr Vertragspartner, der seinerseits seine Leistung verweigern bzw. als ungerechtfertigt zurückfordern können soll, wenn sich herausstellt, daß die Gemeinde die von ihr erwartete Leistung nicht erbringen kann oder will<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Kopp, a. a. O., Anm. 8 zu § 50

<sup>16</sup> BVerwGE 34, 301 = BayVBl 1970, 180 = BauR 1970, 31

<sup>17</sup> BVerwGE 41, 67 = DVBl. 1973, 42 m. w. N.

<sup>18</sup> Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 2. Aufl. 1987, § 214 Rdnr. 2

<sup>19</sup> BVerwG, NJW 1974, 2247

<sup>20</sup> BVerwGE 55, 337/341 m. w. N.

<sup>21</sup> So bereits BVerwGE 42, 331 ff.

### III. Rechtsprechung

#### A. Bürgerliches Recht

1. HeimG — Ges. über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige v. 7.8.1974, BGBl I 1873, § 14 Abs. 2; BGB § 134 (*Gemischte Schenkung zwischen Heiminsasse und -personal ist nichtig*)

1. Die nach § 14 Abs. 2 HeimG untersagten Verträge zwischen Heimpersonal und Heiminsassen sind nichtig. Auch in einem Austauschvertrag kann ein verbotswidriger Vermögensvorteil liegen, wenn Leistung und Gegenleistung in einem Mißverhältnis stehen.
2. Das Verbot des § 14 Abs. 2 HeimG besteht nicht nur im Hinblick auf künftige Leistungen, sondern bezieht sich ganz allgemein auf die nach dem Heimvertrag geschuldeten Leistungen.
3. Für die in Verträgen zwischen Heimpersonal und Heiminsassen versprochenen oder gewährten Vermögensvorteile wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, daß sie in Zusammenhang mit Heimleistungen stehen.

BGH, Urteil vom 9.2.1990 — V ZR 139/88 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist die Alleinerbin ihrer am 22.12.1982 verstorbenen Schwester Emma C. Die am 19.11.1900 geborene Erblasserin zog Anfang 1982 aus ihrem in S. gelegenen Einfamilienhaus in das M.-Stift, dessen Heimleiterin die Beklagte war.

Mit notariellem „Grundstücksüberlassungsvertrag“ vom 3.6.1982 übertrug die Erblasserin das Hausgrundstück auf die Beklagte. Diese verpflichtete sich, als Gegenleistung der Erblasserin ein lebenslangliches Nießbrauchsrecht an dem Grundstück sowie Hege und Pflege in gesunden und kranken Tagen zu gewähren und sie in ihre Hausgemeinschaft aufzunehmen. Die Beklagte übernahm weiter die Kosten der Beerdigung der Erblasserin und die Grabpflege.

Am 17.12.1982 schlossen Rechtsanwalt R. als Gebrechlichkeitspfleger für die Erblasserin und die Beklagte einen notariellen Ergänzungsvertrag, mit dem die ursprüngliche Gegenleistung durch Gewährung eines lebenslangen Altenteils mit näherer Umschreibung der geschuldeten Leistungen ersetzt wurde. Die Erblasserin sollte jederzeit ihre Unterbringung im M.-Stift verlangen können; unter bestimmten Voraussetzungen sollte auch die Beklagte dieses Verlangen stellen können. In beiden Fällen hatte sie die Kosten der Heimunterbringung zu tragen.

Nach dem Tode der Erblasserin kam es zu Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien, die damit endeten, daß einerseits die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem streitigen Grundstück zugunsten der Beklagten angeordnet, andererseits der Beklagten untersagt wurde, das Grundstück in S. zu erwerben.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Herausgabe des Grundstücks und Bewilligung der Löschung der zugunsten der Beklagten eingetragenen Vormerkung. Die Beklagte hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, die Klägerin zur Einwilligung in die Eigentumsumschreibung zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Die Revision hat Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. ...

2. ...

3. Das Berufungsgericht verneint eine Nichtigkeit des Vertrages nach § 14 Abs. 2 HeimG in Verbindung mit § 134 BGB, weil die Grundstücksüberlassung nicht darauf abgezielt habe, der Beklagten für die nach dem Heimunterbringungsvertrag bereits geschuldete Pflege und Betreuung eine zusätzliche Gegenleistung zu versprechen oder zu gewähren.

Diese Ausführungen sind nicht rechtsfehlerfrei.

Dem Heimpersonal ist es untersagt, „sich für zu erbringende Leistungen Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich nicht um geringfügige Aufmerksamkeiten handelt“ (§ 14 Abs. 2 HeimG). Dieses Verbot soll Heiminsassen davor schützen, daß sie sich durch besondere Zuwendungen Leistungen (nochmals) „erkaufen“ müssen, die ihnen von der Einrichtung ohnehin geschuldet werden. Es kommt also auf den Zusammenhang mit den Leistungen an, die die in der Einrichtung tätigen Personen zu erbringen haben. Das Verbot gilt demgemäß nicht, wenn der Vermögensvorteil mit den im Heimvertrag zugesagten Leistungen nichts zu tun hat (vgl. *Kunz/Ruf/Wiedemann*, HeimG 4. Aufl. § 14 Rdnr. 11; *Dahlem/Giese*, HeimG § 14 Rdnr. 8; *Gössling/Knopp*, HeimG 2. Aufl. § 14 Rdnrn. 23 und 25).

Das Berufungsgericht richtet den Blick allein auf die nach Vertragsabschluß künftig von der Beklagten für die Grundstücksüberlassung zu erbringenden Gegenleistungen, indem es feststellt, insoweit bestehe kein Zusammenhang mit denjenigen Leistungen, die im Heim selbst den Bewohnern angeboten werden. Damit ist der Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 HeimG jedoch nicht erschöpft. Nach ganz einhellig vertretener Auffassung, die auch der Senat teilt, besteht das Verbot des § 14 Abs. 2 HeimG nicht nur im Hinblick auf künftige Leistungen, sondern bezieht sich entsprechend dem Verbotszweck ganz allgemein auf die nach dem Heimvertrag geschuldeten Leistungen. Dem Heimpersonal ist es also auch untersagt, sich nachträglich für Leistungen zusätzliche Zuwendungen versprechen oder gewähren zu lassen (vgl. *Kunz/Ruf/Wiedemann* a. a. O.; *Dahlem/Giese* a. a. O. Rdnr. 12; *Gössling/Knopp* a. a. O. Rdnr. 27; *Ruf/Hütten*, BayVBl 1978, 37, 41).

Das Berufungsgericht hat einen Vergleich zwischen dem Wert des Grundstücks und den Leistungen der Beklagten nicht vorgenommen. Revisionsrechtlich muß davon ausge-

gangen werden, daß die Beklagte mit dem Grundstücksüberlassungsvertrag ein besonders günstiges Geschäft gemacht hat. Das Anwesen war nach der vom Pfleger der Erblasserin veranlaßten Schätzung mindestens 135.000 DM wert (wovon offensichtlich auch das Berufungsgericht ausgeht). Es ist deshalb zweifelhaft, ob die Gegenleistungen der Beklagten diesen Wert mit Rücksicht auf das damalige Alter der Erblasserin (nahezu 82 Jahre) und deren — vom Berufungsgericht selbst festgestellten — angegriffenen Gesundheitszustand auch nur annähernd erreichen konnten. Dann aber liegt es nicht fern, daß der wertmäßig überschießende Teil der Grundstücksüberlassung der Beklagten auf der Grundlage des durch die Heimunterbringung bestehenden Vertrauensverhältnisses als Vermögensvorteil zugewendet wurde und dies auch im Zusammenhang mit der schon erfolgten Betreuung durch die Beklagte im Heim steht.

Ein solcher Zusammenhang wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Dies rechtfertigt sich aus dem Verbotszweck. § 14 HeimG soll verhindern, daß alte und pflegebedürftige Menschen, die in einem Heim untergebracht sind, in ihrer Hilfe- und Arglosigkeit ausgenutzt werden. Dieser Schutz ist notwendig wegen der vielfältigen Möglichkeiten, die Heimträger und Heimpersonal haben, um auf die Lebenssituation des Heimbewohners Einfluß zu nehmen (vgl. auch *Kunz/Ruf/Wiedemann* a. a. O. Rdnr. 1; *Dahlem/Giese* a. a. O. Rdnr. 2; *Gössling/Knopp* a. a. O. Rdnr. 10). Unterbringung und Versorgung sind ein zentrales Lebensproblem alter und pflegebedürftiger Menschen. Dementsprechend will das Heimgesetz die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner vor Beeinträchtigungen schützen und insbesondere verhindern, daß zwischen Entgelt und Leistung der Einrichtung ein Mißverhältnis besteht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 HeimG). Finanzielle Ausnutzung ihrer Abhängigkeit droht den Insassen nicht nur durch schenkweise Zuwendungen an das Heimpersonal, sondern auch durch Austauschverträge, bei denen Leistung und Gegenleistung in einem Mißverhältnis stehen. In dem einen wie dem andern Fall wird regelmäßig nicht offenbar, weshalb sich Heimbewohner auf solche Verträge einlassen. Gleichwohl stehen sie regelmäßig auch in Zusammenhang mit Leistungen und Diensten, die in der Einrichtung den Heimsinsassen angeboten werden. Soll der Schutzzweck von § 14 Abs. 2 HeimG nicht weitgehend leerlaufen, muß für alle diese Verträge bis zum Beweis des Gegenteils vermutet werden, daß sich das Heimpersonal die entsprechenden Vermögensvorteile hat versprechen oder gewähren lassen unter Ausnutzung des durch den Heimaufenthalt begründeten Vertrauensverhältnisses im Zusammenhang mit den im Heim erbrachten oder zu erbringenden Leistungen.

Demgemäß muß das Berufungsgericht nunmehr durch Vergleich der bei Vertragsabschluß bestehenden Werte für das Grundstück und die Gegenleistungen feststellen, ob insoweit ein Mißverhältnis vorliegt. Ein auffälliges Mißverhältnis (§ 138 Abs. 2 BGB) ist nicht erforderlich (vgl. auch *Ruf/Hütten*, BayVBl 1978, 37, 38).

Von dieser Prüfung hängt ab, ob der Vertrag vom 3. 6. 1982 schon nach § 134 BGB nichtig ist. § 14 Abs. 2 HeimG ist ein entsprechendes Verbotsgesetz (vgl. *Gössling/Knopp* a. a. O. Rdnr. 16; *Dahlem/Giese* a. a. O. Rdnr. 12 Nr. 3 a. E.; *Kunz/Ruf/Wiedemann* a. a. O. § 2 Rdnr. 3). Zwar richtet sich die „Untersagung“ nur gegen das Heimpersonal. Aus dem Wortlaut von § 134 BGB folgt jedoch nicht, daß die Nichtigkeit nur bei einem Verbot eintreten soll, das sich gegen beide Vertrags-

schließende richtet (BGHZ 37, 258, 262). Entscheidend kommt es auf Sinn und Zweck der Verbotsnorm an (BGHZ 71, 358, 361; 78, 263, 265; 85, 39, 43; 88, 240, 243). Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift, die aus gewerbepolizeilichen oder ordnungspolitischen Gründen lediglich die äußeren Umstände des Geschäfts mißbilligt (a. A. *Brandmüller*, BayVBl 1978, 334, 366); vielmehr dient § 14 Abs. 2 HeimG dem Schutz des einzelnen Heimsinsassen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGHZ 71, 358, 361). Die Bestimmung soll — wie ausgeführt — unter anderem verhindern, daß Heimbewohner wirtschaftlich ausgebeutet werden und Verträge abschließen, aus denen sich ein Mißverhältnis zwischen Entgelt und Leistung ergibt. Kernstück des Heimgesetzes überhaupt ist der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Heimbewohner (vgl. *Ruf/Hütting*, BayVBl 1978, 37 und 42). Mit diesem Gesetzeszweck unvereinbar wäre es, den Vertrag als gültig bestehen zu lassen (vgl. BGHZ 85, 39, 43; 88, 263, 265).

Im Vertrag vom 17. 12. 1982 liegt keine wirksame Bestätigung des etwa nichtigen Rechtsgeschäfts (§ 141 BGB). Unabhängig davon, ob mit dem Abschluß des Ergänzungsvertrages die Nichtigkeitsgründe fortbestanden (vgl. *MünchKomm/Mayer-Maly* 2. Aufl. § 141 Rdnr. 8 m. w. N.), fehlt jeder Anhaltspunkt für einen Bestätigungswillen, weil dieser voraussetzt, daß der Bestätigende zumindest Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat (BGH Ur. v. 6. 5. 1982, III ZR 11/81, NJW 1982, 1981 m. w. N.).

#### *Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. dazu die Neufassung des Heimgesetzes vom 23. 4. 1990, BGBl I 763, die im wesentlichen am 1. 8. 1990 in Kraft getreten ist.

#### 2. BGB § 633 Abs. 3 (*Gewährleistungsrechte bei Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Bauträger*)

**Weigert sich der Veräußerer eines neu errichteten Hauses, dessen Mängel zu beseitigen, weil er das Haus „ohne Haftung für sichtbare oder unsichtbare Sachmängel gleich welcher Art“ dem Erwerber „verkauft“ habe und andere als kaufrechtliche Vorschriften nicht in Betracht kämen, so gerät der Veräußerer mit seiner Verpflichtung zur Nachbesserung ohne weiteres in Verzug.**

*(Leitsatz nicht amtlich)*

BGH, Urteil vom 15. 3. 1990 — VII ZR 311/88 — mitgeteilt von *Jürgen Doery*, Richter am BGH i. R.

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin begehrt wegen Mängeln am Dach und im Keller ihres Hauses Ersatz der voraussichtlichen Sanierungskosten und Schadensersatz. Sie hat von den früheren Beklagten zu 1) und 2) durch einen als Kaufvertrag bezeichneten Erwerbsvertrag für 240.000 DM Wohnungseigentum an einer Bungalow-Hälfte erworben. Diese hatten die früheren Beklagten durch Umbau aus einem eingeschossigen ehemaligen Ladenlokal hergestellt. Nach Vertragsschluß am 30. 5. 1985 zog die Klägerin am 7. 6. 1985 ein.

Wenig später stellte die Klägerin fest, daß Kellerwände durchfeuchtet sind, in den Keller bei starkem Regen Wasser eindringt und das Flachdach infolge unzureichender Durchlüftung und deshalb anfallenden Kondenswassers schadhaf ist. Die Beklagten bestritten eine Haftung und lehnten Schadensersatz ab. Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage 72.997,46 DM, um die Mängel beseitigen zu können, sowie Ersatz für verschiedene Nässeschäden in Höhe von 6.858,51 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, insgesamt 80.816,16 DM.

Hiervon macht sie nach erklärter Aufrechnung mit 23.842,10 DM restlichen Erwerbspreises einen Anspruch auf Zahlung von 56.974,06 DM und Zinsen geltend. Daneben begehrt sie, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde des Erwerbsvertrages für unzulässig zu erklären.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Nachdem der frühere Beklagte zu 1) im Januar 1990 gestorben ist, hat seine Ehefrau als Erbin, nunmehr Beklagte zu 1), das insoweit ausgesetzte Verfahren aufgenommen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Anliegen weiter.

#### *Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß auf den Erwerbsvertrag Werkvertragsrecht anzuwenden sei. Die Arbeiten an dem Gebäude seien nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar. Diese rechtliche Würdigung stimmt mit der Rechtsprechung des Senats überein (vgl. Urteil vom 29. 6. 1989, BGHZ 108, 164 m. w. N. [= MittBayNot 1989, 266 = DNotZ 1990, 96]) und wird von der Revision nicht angegriffen.

1. a) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht entschieden, die Klägerin könne einen Vorschuß nach § 633 Abs. 3 BGB für die Beseitigung der Mängel nicht verlangen. Sie habe nicht schlüssig dargelegt, daß sich die Beklagten mit der Beseitigung in Verzug befänden. Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung und damit eine Mahnung könne nicht festgestellt werden. Das Berufungsgericht hat ferner erkannt, der Klägerin stehe insoweit auch ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB nicht zu.

b) Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts brauchte die Klägerin die Beklagten nicht zur Beseitigung der Mängel in bestimmter Frist (§ 633 Abs. 2 und 3 BGB) aufzufordern.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerät ein Schuldner ohne weiteres schon dann in Verzug, wenn er sich ernsthaft und endgültig weigert, seiner vertraglichen Pflicht nachzukommen (vgl. z. B. BGHZ 2, 310, 312; Senatsurteil BGHZ 65, 372, 377). Hiermit übereinstimmend ist nach gefestigter Rechtsprechung des Senats die Aufforderung, innerhalb bestimmter Frist Mängel zu beseitigen, entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre. Das gilt vor allem, wenn der Auftragnehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet, oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert. Aus welchen Gründen er das tut, ist unerheblich. Entscheidend sind dagegen die konkreten Umstände des Einzelfalles. Zu würdigen ist das gesamte Verhalten des Auftragnehmers, auch seine spätere Einlassung im Prozeß (Senatsurteil vom 22. 11. 1984 — VII ZR 287/82 zu § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B = BauR 1985, 198, 199 m. w. N.).

In diesem Rahmen ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß der frühere Beklagte zu 1) sowie der Beklagte zu 2) (im Folgenden: Beklagte) in Verzug gekommen sein können, ohne daß die Klägerin noch ausdrücklich unter Fristsetzung hätte Mängelbeseitigung verlangen müssen. Den Beklagten war bekannt, um welche Mängel es sich handelte. Sie haben sich wegen der Beseitigung von vornherein auf den im Erwerbsvertrag vorgesehenen Ausschluß jeder Gewährleistung berufen. Dort heißt es pauschal, das „Kaufobjekt“ werde „ohne Haftung für sichtbare oder unsichtbare Sachmängel gleich welcher Art“ übernommen. Damit haben die Beklagten zum Ausdruck gebracht, daß sie ihrer Ansicht nach nicht verpflichtet seien, Mängel zu beheben. Darin liegt zugleich die bestimmte und ernsthafte Erklärung,

Mängel nicht beseitigen zu wollen. Die Weigerung umfaßt die Pflicht nachzubessern, obwohl im Vertrag die Parteien davon ausgegangen sind, daß ein Kauf getätigt werde. Die Ansicht, andere als kaufrechtliche Vorschriften kämen nicht zum Tragen, bedeutet unmißverständlich, daß keinerlei Verbindlichkeit anerkannt werde. Bei dieser Meinung sind die Beklagten selbst nach dem Hinweis des Berufungsgerichts geblieben, nach der Rechtsprechung des Senats sei möglicherweise Werkvertragsrecht anzuwenden.

c) Ob die auf die Vertragsklausel gestützte Weigerung der Beklagten berechtigt ist, oder wegen des nur formelhaften Ausschlusses der Gewährleistung in der Vertragsklausel keine Grundlage im Vertrag hat, kann nicht abschließend beurteilt werden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 29. 6. 1989 a. a. O.).

Der Gewährleistungsausschluß, der in Abschnitt I. (7) a des Erwerbsvertrages vereinbart wurde, ist in einer solchen formelhaften Klausel enthalten. Für die Wirksamkeit dieses Gewährleistungsausschlusses ist daher entscheidend, wie die Klausel zustande gekommen ist, vor allem ob die Freizeichnung mit der Klägerin unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen erörtert worden ist.

Darüber hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Dies ist nachzuholen. Dabei kommt es nicht darauf an, daß die Klägerin als Erwerberin die unzureichende Aufklärung substantiiert vorträgt. Vielmehr muß der Veräußerer darlegen und beweisen, daß der Notar die Erwerberin ordnungsgemäß belehrt und aufgeklärt hat (Senatsurteil vom 29. 6. 1989 a. a. O.).

Wenn der formelhafte Ausschluß der Gewährleistung unwirksam sein sollte, kann die Klägerin die für die Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten entweder als Vorschuß nach § 633 Abs. 3 BGB oder als Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen, soweit sie als Wohnungseigentümerin nach der Rechtsprechung des Senats dazu befugt ist (vgl. zuletzt Ur. v. 15. 2. 1990, VII ZR 269/88, für BGHZ bestimmt [= MittBayNot 1990, 167]).

2. a) Zu den Nassettschäden hat das Berufungsgericht ausgeführt, ein Anspruch der Klägerin könne sich allein aus § 635 BGB ergeben. Aus positiver Vertragsverletzung könne die Klägerin nichts herleiten. Es handele sich ausschließlich um Schäden, die mit dem Mangel des Werks eng zusammenhängen und durch diesen unmittelbar verursacht seien. Keiner der Teilschäden sei ein nur mittelbarer, entfernterer Folgeschaden. Ein Schadensersatzanspruch scheidet jedoch ebenfalls aus, weil die „formellen“ Voraussetzungen der §§ 635, 634 BGB fehlten. Die Klägerin habe es unterlassen, den Beklagten eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Das sei nicht entbehrlich gewesen. Vor allem hätten die Beklagten sich nicht ausdrücklich geweigert, die Mängel zu beseitigen. Ein Verhalten, das einer Weigerung gleichzusetzen sei, lasse sich nicht feststellen.

b) Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

aa) Soweit die Klägerin Schäden am Wandanstrich, an Tapeten und an verlegten Teppichfußböden geltend macht, ist der

Ansicht des Berufungsgerichts zu folgen, daß die Klägerin ihren Anspruch auf § 635 BGB stützen kann. Diese Schäden hängen eng mit der fehlerhaften Bauleistung der Beklagten zusammen (vgl. Senatsurteil BGHZ 96, 221, 226 m. w. N.). Im Gegensatz zur Meinung des Berufungsgerichts steht jedoch einem möglichen Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht entgegen, daß sie eine Fristsetzung und Ablehnungsandrohung (§§ 635, 634 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht ausgesprochen hat. Denn nach der Rechtsprechung des Senats ist hier ein Fall gegeben, in dem eine Fristsetzung von vornherein nicht nötig war.

Für einen Mangelfolgeschaden nach § 635 BGB kann nicht nur unter denselben Voraussetzungen Ersatz verlangt werden wie bei denjenigen Schäden, die dem Werk selber anhaften. Geht es um den Ersatz eines Schadens, der neben dem schadenstiftenden Mangel des Werkes entstanden ist, bedarf es keiner Fristsetzung, weil deren Zweck fehlt: Dieser besteht darin, dem Auftragnehmer eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, ehe an deren Stelle die finanziell regelmäßig belastendere Gewährleistung nach § 635 BGB tritt (im einzelnen vgl. Senatsurteil BGHZ 96, 221, 226 m. w. N.). Demgegenüber haben sich die Mängel an den Innenwänden und Fußböden des Kellers erst infolge des fehlerhaften Werkes, der von den Beklagten nicht fachgerecht hergestellten Außenisolierung und Drainage eingestellt, nachdem Anstrich, Tapeten und Teppichböden für sich genommen zunächst keinen Anlaß für Beanstandungen gaben. Selbst wenn der Keller trocken gelegt wird, bleiben die schadhafte Innenbeläge. Diese in Ordnung zu bringen ist nicht Gegenstand der nötigen Nachbesserung an der Unterkellerung des Hauses.

bb) Soweit die Klägerin Schadensersatz für 60 qm im Keller lagernden Teppichboden verlangt, kommt im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts eine Haftung der Beklagten aus positiver Vertragsverletzung in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist diese Anspruchsgrundlage heranzuziehen, wenn es darum geht, entferntere und deshalb nicht unter § 635 BGB fallende Mangelfolgeschäden auszugleichen (vgl. Senatsurteil NJW 1979, 1651; BGH Urteil vom 12. 6. 1980 — IV a ZR 3/80 = BauR 1980, 572, 573). Um einen solchen entfernteren Schaden handelt es sich bei dem Vorrat an Teppichboden. Die Beschädigung des Materials ist ebenso zu beurteilen, wie diejenige beliebiger anderer Gegenstände im Eigentum der Klägerin. Der Teilschaden steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Mangel des Werkes. Das Berufungsgericht hat im einzelnen hierzu keine Feststellungen getroffen. Deutlich ist immerhin, daß das Material lediglich im Keller aufbewahrt wurde und nur deshalb in Mitleidenschaft gezogen wurde, ohne daß ein weiterer Bezug zu dem auslösenden Werkmangel bestand.

Der Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung hat nicht zur Voraussetzung, daß zunächst eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt wird. Vielmehr kann die Klägerin diesen Schaden ohne weiteres geltend machen.

II. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, zurückzuverweisen (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 ZPO). Auf die weiteren Angriffe der Revision gegen die Ablehnung deliktischer Ansprüche kommt es nicht mehr an. Sollte jedoch der Gewährleistungsausschluß wirksam sein, wird das Berufungsgericht zu klären haben,

ob die Beklagten die Mängel arglistig verschwiegen haben (§ 637 BGB) oder ob der Klägerin deliktische Ansprüche zustehen. In diesem Fall wird der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, ihre Einwände gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung hinsichtlich einer Kenntnis der Beklagten von den Mängeln dem Berufungsgericht vorzutragen.

3. ErbbauVO § 9; BGB §§ 157, 242, 433 (Anspruch auf Erbbauzinserhöhung bei Wechsel des Erbbauberechtigten)

1. Die Veräußerung des Erbbaurechts berührt den Anspruch des Bestellers gegen den Veräußerer auf Erhöhung des Erbbauzinses wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht. Dies gilt auch dann, wenn das Geschäft des Veräußerers mit dem Dritten nicht auf die Erzielung von Gewinn angelegt ist.
2. Verkauft der Erbbauberechtigte sein Erbbaurecht und wird er von dem Besteller wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf eine Erhöhung des Erbbauzinses in Anspruch genommen, so kann ihm aufgrund ergänzender Auslegung des Kaufvertrages gegen den Käufer ein Anspruch auf Freistellung von dem erhöhten Zins zustehen.

BGH, Urteil vom 4.5.1990 — V ZR 21/89 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Hermann P., dessen alleinige Vorerbin die Klägerin ist, bestellte der Rechtsvorgängerin der Beklagten am 30.4.1953 an einer Reihe ihm gehöriger Grundstücke Erbbaurechte gegen Einräumung eines Erbbauzinses. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten bebaute die Grundstücke und verkaufte die Erbbaurechte an Dritte. Die Verkäufe zogen sich über eine Reihe von Jahren, bis in die Zeit nach 1960, hin. Die ausgewiesenen Kaufpreise entfallen auf die Baulichkeiten und, zu einem symbolischen Wert von 1 DM, auf das Zubehör.

Zum Ausgleich des Geldwertschwundes hat die Klägerin für die einzelnen Erbbaurechte eine Erhöhung des Erbbauzinses um 434 v. H. des bisherigen Betrages verlangt. Mit der Klage hat sie die Erhöhung ab 11.9.1987 geltend gemacht. Die Beklagte hat unter anderem die Auffassung vertreten, die Klägerin könne allenfalls von den Käufern der Erbbaurechte Anpassung des Erbbauzinses verlangen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

#### Aus den Gründen:

I. ...

II. ...

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß im Verhältnis der Parteien ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses nach den Grundsätzen des Fortfalls der Geschäftsgrundlage grundsätzlich bestehen kann. Ein solcher Anspruch kann sich allerdings nur aus dem schuldrechtlichen Bestellungsvertrag ergeben (vgl. BGHZ 96, 371, 375 ff.; 97, 171, 177; BGB-RGRK/Räffe, 12. Aufl. § 9 ErbbauVO, Rdnr. 63) und setzt daher den Fortbestand dieser schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien voraus. Diese Voraussetzung ist jedoch gegeben, da die Erwerber der Erbbaurechte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mit schuldbefreiender Wirkung in die schuldrechtlichen Bestellungsverträge eingetreten sind.

Eine Äquivalenzstörung infolge des Geldwertschwundes ist dann nicht mehr hinzunehmen, wenn das im Vertrag vorausgesetzte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegen-

leistung in so erheblichem Maße gestört wird, daß die hier von betroffene Vertragspartei in der Erbbauzinsvereinbarung ihre Interessen nicht einmal mehr annähernd gewahrt sehen kann (BGHZ 77, 194, 198 f. [= DNotZ 1981, 253]). Das ist bei Wohnungserbbaurechten grundsätzlich schon bei einem Kaufkraftschwund des ursprünglich vereinbarten Erbbauzinses um mehr als 60% der Fall (BGHZ 90, 227, 229 [= DNotZ 1985, 368]). Wird diese Grenze überschritten, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Erbbaurechtsbesteller das Risiko auch eines derartigen Anstiegs vorausgesehen und übernommen hat (BGHZ 91, 32, 34 f.; 94, 257, 259 f. [= DNotZ 1985, 21]). Daß diese Voraussetzungen hier an sich gegeben sind, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest.

2. Die vom Berufungsgericht angeführten besonderen Umstände rechtfertigen keine abweichende Beurteilung.

a) Die Weiterveräußerung der Erbbaurechte ändert nichts an der typischen Risikoverteilung des schuldrechtlichen Vertrages über die Bestellung der Erbbaurechte. Mit den Erbbau-rechten wurde der Rechtsvorgängerin der Beklagten das dingliche Recht eingeräumt, auf oder unter der Oberfläche der Grundstücke ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO). Ob und in welcher Weise sie von diesem Recht Gebrauch machte, unterlag ihrer freien Entscheidung. Allein ihre Sache war es, darüber zu befinden, ob sie auf den belasteten Grundstücken jeweils ein Bauwerk errichtete, ob sie hiervon absah oder die Erbbaurechte mit oder ohne Gebäude an Dritte veräußerte. Diese Entscheidungen lagen ausschließlich im Risikobereich der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin und berührten die der Klägerin oder ihrem Rechtsvorgänger gebührende Gegenleistung nicht.

b) Das gleiche gilt für den vom Berufungsgericht weiter herangezogenen Gesichtspunkt, daß die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin sich bei der Veräußerung der Erbbau-rechte nicht von der Absicht habe leiten lassen, Gewinn zu erzielen. Auch die Motive und Modalitäten der Weiterveräußerung liegen allein im Verantwortungs- und Risikobereich der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin.

c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts entspricht es nicht der Billigkeit, die Klägerin darauf zu verweisen, daß sie sich von der Beklagten deren — vermeintliche — Ansprüche gegen ihre Käufer abtreten lassen könne. Weder die Veräußerung der Erbbaurechte als solche noch ein Verzicht auf Gewinn aus dem Veräußerungsgeschäft stellen einen sachlichen Grund dafür dar, der Klägerin das Risiko der Bonität der Käufer, auf deren Auswahl sie und ihre Rechtsvorgänger keinen Einfluß hatten, zuzuschieben und sie überdies auf die Auseinandersetzung mit einer Vielzahl von Schuldner zu verweisen.

Im übrigen bestehen die vom Berufungsgericht unterstellten Ansprüche nicht. Der Erbbauzins ist die im Kausalgeschäft über die Bestellung des Erbbaurechts vereinbarte Gegenleistung des Erbbauberechtigten an den Eigentümer für die Befugnis, auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben (§ 9 Abs. 1 ErbbauVO). Der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin als Erbbauberechtigter stand gegenüber den Erwerbern zu keinem Zeitpunkt ein Anspruch auf Erbbauzins zu. Sie waren vielmehr Gläubiger von Kaufpreisansprüchen aufgrund der Veräußerung des Erbbaurechts (Rechtskauf; § 433 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB).

d) Als Kontrollüberlegung dafür, ob der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin eine Anpassung des Erbbauzinses an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse zuzumuten ist,

kann die Frage Bedeutung gewinnen, ob die Beklagte im Verhältnis zu den Käufern der Erbbaurechte Freistellung von dem Anspruch der Klägerin auf erhöhten Erbbauzins verlangen kann. Ein solcher Freistellungsanspruch ist den Kaufverträgen über die Veräußerung der Erbbaurechte im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu entnehmen. Der Senat kann diese Auslegung selbst vornehmen, denn das Berufungsgericht hat, wenngleich unter dem unzutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt des Erbbauzinses, die erforderlichen Feststellungen bereits getroffen, und weitere Aufklärung ist nicht zu erwarten (vgl. BGHZ 65, 107, 112; BGH Ur. v. 24.6.1988, V ZR 49/87, WM 1988, 1599 [= DNotZ 1989, 308]).

Die Kaufverträge weisen eine Lücke für den Fall auf, daß der Eigentümer, obgleich ihm eine Zinsanpassung vertraglich nicht eingeräumt war, eine solche rechtlich durchsetzen könnte. Die Vertragsparteien haben diesen Fall nicht bedacht und auch nicht bedenken können, denn die Rechtsprechung des Senats zur Anpassung des Erbbauzinses auch ohne Anpassungsklausel nach den Grundsätzen des Fortfalls der Geschäftsgrundlage (grundlegend BGHZ 77, 194, 197 ff.) ist erst lange Zeit nach dem Abschluß der Verträge über die Veräußerung der Erbbaurechte begründet worden. Bei der erforderlichen Ergänzung des Vertragsinhalts ist darauf abzustellen, was die Vertragsparteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die Möglichkeit einer nachträglichen Erhöhung des Erbbauzinses bedacht hätten (vgl. BGHZ 84, 1, 7 m. w. N.). Für diesen Fall hätten sich die Erwerber der Erbbaurechte auf eine Erfüllungsübernahme einlassen müssen und im Zweifel auch eingelassen. Denn sonst hätte die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin das Risiko einer späteren Inanspruchnahme auf Zahlung erhöhten Erbbauzinses in anderer Weise, z. B. durch eine Erhöhung des Kaufpreises, auf die Käufer abwälzen müssen. Das wirtschaftliche Ergebnis einer Erfüllungsübernahme wird durch einen entsprechenden Freistellungsanspruch erreicht. Durch diese Freistellungsverpflichtung werden die Käufer nicht unzumutbar belastet, weil der von ihnen insgesamt aufzubringende Erbbauzins (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO i. V. m. § 1108 BGB) auch nach dessen nomineller Erhöhung nur dem wirtschaftlichen Wert des ursprünglich vereinbarten Erbbauzinses entspricht. (*Wird ausgeführt.*)

4. WEG § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 4 (*Kraftloserklärung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung*)

1. Ohne Abgeschlossenheitsbescheinigung darf das Grundbuchamt in keinem Fall Wohnungseigentum im Grundbuch eintragen.
2. Hat die Baubehörde eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 WEG für „kraftlos erklärt“, so ist diese Erklärung für das Grundbucheintragungsverfahren nur dann zu beachten, wenn sich aus ihr in Verbindung mit den übrigen Eintragungsunterlagen ergibt, daß eine Abgeschlossenheit im räumlichen Sinn nach § 3 Abs. 2 WEG nicht gegeben ist (Ergänzung zu BayObLGZ 1989, 447 [= MittBayNot 1990, 109 = DNotZ 1990, 260])

BayObLG, Beschluß vom 20.6.1990 — BReg. 2 Z 37/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten sind als Gesellschafter bürgerlichen Rechts Eigentümer eines Grundstücks, auf dem ein älteres Wohn- und Geschäftshaus steht. Mit notarieller Urkunde vom 8.2.1989 haben sie das Grundstück nach § 8 des Wohnungseigentumsgesetzes in 20 Miteigentumsanteile aufgeteilt, von denen 13 mit je einem Wohnungseigentum und 7 mit je einem Teileigentum verbunden sind. Zugleich haben die Beteiligten bewilligt und beantragt, die Teilung des Grundstücks im Grundbuch einzutragen. Dem Eintragungsantrag sind ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vom 12.1.1989 beigelegt.

Das Grundbuchamt hatte zunächst mit Zwischenverfügung vom 20.6.1989 unter Hinweis auf ein Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8.5.1989 (ZMR 1989, 354 = DNotZ 1990, 247 [= MittBayNot 1989, 229]) ergänzende Nachweise zur Abgeschlossenheitsbescheinigung verlangt. Nachdem der Senat diese Zwischenverfügung mit Beschluß vom 30.11.1989 (BReg. 2 Z 114/89, inhaltsgleich mit BayObLGZ 1989 447 = DNotZ 1990, 260 [= MittBayNot 1989, 229]) aufgehoben hatte, ging beim Grundbuchamt am 20.12.1989 ein mit Unterschrift und Stempel versehenes Schreiben der Baubehörde ein, in dem sie dem Grundbuchamt mitteilt, sie habe die am 12.1.1989 gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG ausgestellte Abgeschlossenheitsbescheinigung am 12.12.1989 gegenüber dem Antragsteller für kraftlos erklärt.

Daraufhin hat das Grundbuchamt den Eintragungsantrag der Beteiligten abgewiesen. Das Landgericht hat die ihm als Beschwerde vorgelegte Erinnerung der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Beteiligten führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen, da die Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vorliegt.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: ...

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

a) Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Landgerichts, daß Wohnungseigentum durch Eintragung im Grundbuch nur dann begründet werden kann, wenn neben dem Eintragungsantrag, einer Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG des eingetragenen Eigentümers als Eintragungsbewilligung und einem Aufteilungsplan dem Grundbuchamt eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vorgelegt wird (BayObLGZ 1989, 447/449 m. w. N.).

Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist formelle Eintragungsvoraussetzung, ohne deren Vorliegen das Grundbuchamt Wohnungs- und Teileigentum nicht eintragen darf. Denn das Grundbuchverfahren ist streng formalisiert. Die Tätigkeit des Grundbuchamts ist fast ausschließlich vom Vorliegen urkundlicher Erklärungen in bestimmter Form abhängig (vgl. §§ 13, 19, 20, 29 GBO). Deshalb ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, bautechnische Fragen oder verwaltungsrechtliche Probleme zu überprüfen (BGH WPM 1990, 606/608 = DNotZ 1990, 259/260 = Rpfleger 1990, 159/160 [= MittBayNot 1990, 107]; vgl. auch Schmidt DNotZ 1990, 251/254). Damit wäre es offensichtlich auch überfordert. Folglich darf das Grundbuchamt bei Vorliegen einer Abgeschlossenheitsbescheinigung und der sonstigen Eintragungsvoraussetzungen ohne weitere Prüfung anderer Fragen die Wohnungsgrundbücher anlegen (BGH WPM 1990, 606/608; BayObLGZ 1989, 447/450; vgl. auch Haegeler/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 210). Die einzige Ausnahme davon ist die aufgrund der Eintragungunterlagen erkennbare Unrichtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung (BayObLGZ 1989, 447/450 m. w. N.). Nur diese

beschränkte Bedeutung hat der in allen Kommentaren zum Wohnungseigentumsgesetz zu findende Satz, daß das Grundbuchamt an die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht gebunden sei.

b) Wenn also einerseits das Vorliegen einer Abgeschlossenheitsbescheinigung das Grundbuchamt ohne weiteres berechtigt und im allgemeinen auch verpflichtet, das Wohnungseigentum im Grundbuch einzutragen, so ist andererseits das Fehlen einer Abgeschlossenheitsbescheinigung ein absolutes Hindernis für die Eintragung von Wohnungseigentum. Daran ändert nichts die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG, daß Sondereigentum nur eingeräumt werden soll, wenn die Wohnungen in sich abgeschlossen sind. Denn das Grundbuchamt hat Soll-Vorschriften in gleicher Weise wie zwingende Vorschriften zu beachten (Horber/Demharter GBO 18. Aufl. Anh. zu § 13 Anm. 8 a; KEHE/Ertl GBR 3. Aufl. Einl. C 73; Meikel/Böttcher Grundbuchrecht 7. Aufl. Einl. D 15).

Als einzigen Nachweis für die Abgeschlossenheit im Sinn von § 3 Abs. 2 WEG sieht das Wohnungseigentumsgesetz die Abgeschlossenheitsbescheinigung in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 vor. Sonstige Ermittlungen oder Beweiserhebungen über das etwaige Vorliegen der Abgeschlossenheit trotz Fehlens einer Abgeschlossenheitsbescheinigung sind dem Grundbuchamt versagt (Horber/Demharter § 1 Anm. 17 a; KEHE/Ertl Einl. C 8; Meikel/Böttcher Einl. D 12 und F 81, jeweils m. w. N.; Schmidt DNotZ 1990, 251/257).

c) Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen ist im vorliegenden Fall nicht vom Fehlen der Abgeschlossenheitsbescheinigung auszugehen. Daran vermag die „Kraftloserklärung“ durch die Baubehörde zumindest unter den besonderen Umständen dieses Falls nichts zu ändern.

(1) Der Senat ist in seinem Beschluß vom 23.11.1989 (BayObLGZ 1989, 447/451) aufgrund der Beurteilung anderer Bescheinigungen, wie etwa der Wohnsitzbescheinigung (vgl. Obermayer VerwVfG 2. Aufl. § 35 Rdnr. 103 und 106; Kopp VwGO 8. Aufl., Anh. zu § 42 Rdnr. 5; Eyermann/Fröhler VwGO 9. Aufl. Rdnr. 44; Redeker/v. Oertzen VwGO 9. Aufl. Rdnr. 56 und 90, jeweils zu § 42; Ule Verwaltungsprozeßrecht 9. Aufl. S. 175; Achterberg Allgemeines Verwaltungsrecht 2. Aufl. S. 417) oder der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung (BayObLGZ 1975, 90/94) davon ausgegangen, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung ein Verwaltungsakt ist, der nur nach Art. 48 BayVwVfG zurückgenommen oder nach Art. 49 BayVwVfG widerrufen werden könnte. Eine Rücknahme oder einen Widerruf eines Verwaltungsaktes hätte das Grundbuchamt ohne nähere Prüfung hinzunehmen (BayObLGZ 1975, 90/93 [= MittBayNot 1975, 197 = DNotZ 1976, 100] für die steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung). Dieser Weg war der Baubehörde aber verschlossen, weil nach Ansicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Abgeschlossenheitsbescheinigung kein Verwaltungsakt ist (Beschluß des BayVG vom 28.12.1989 Nr. 2 CE 89.3743; OVG Münster MittBayNot 1986, 82/83; BVerwG Rpfleger 1988, 256/257). Dem hat die Baubehörde durch die Wahl der Formulierung „für kraftlos erklärt“ Rechnung getragen.

2) Die Abgeschlossenheitsbescheinigung hat lediglich die Bedeutung einer Wissenserklärung, wie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im erwähnten Beschluß vom 28.12.1989 überzeugend dargelegt hat. Eine solche Wissenserklärung mag zwar keine besondere Bestandskraft im rechtlichen Sinn haben, doch kann ihre Bedeutung für das Grundbuchverfahren auch nicht beliebig wieder beseitigt

werden. Sie ist, wie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ausgeführt hat, entweder richtig oder falsch. Ist die Wissenserklärung richtig, so ist kein rechtlich beachtlicher Grund erkennbar, der es rechtfertigen könnte, die Erklärung, an die sich Rechtswirkungen knüpfen, wieder zu beseitigen.

Ein Bedürfnis zur Beseitigung einer Wissenserklärung ist nur dann anzuerkennen, wenn und soweit sie inhaltlich falsch ist.

(3) Für das Grundbuchverfahren ist die Mitteilung der Baubehörde, sie habe die Abgeschlossenheitsbescheinigung für kraftlos erklärt, auslegungsbedürftig. Aus dem Wortlaut der Mitteilung ergibt sich, daß die Baubehörde die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht mehr gelten lassen will, nicht mehr hinter ihr steht. Ausgehend von der Bewertung der Abgeschlossenheitsbescheinigung als Wissenserklärung kann dies nur bedeuten, daß die Baubehörde erklären wollte, die Abgeschlossenheitsbescheinigung sei unrichtig. Im vorliegenden Fall ist allerdings aufgrund des Rundschreibens der Baubehörde mit dem Hinweis auf die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8. 5. 1989, das zu der ursprünglichen Zwischenverfügung des Grundbuchamts geführt hatte, offenkundig, daß die Baubehörde eine Unrichtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung allenfalls auf die Nichtbeachtung der jetzt geltenden bautechnischen Anforderungen hinsichtlich der Wohnungstrennwände und -decken stützen will. Damit ist aber nicht gesagt, daß die seinerzeit bescheinigte räumliche Abgeschlossenheit ebenfalls zu Unrecht bestätigt wurde.

Der Begriff der Abgeschlossenheit in § 3 Abs. 2 WEG ist ein rein zivilrechtlicher Begriff ohne Bezugnahme auf die baurechtlichen Vorschriften (BGH WPM 1990, 606/607 = DNotZ 1990, 259; OVG Münster MittBayNot 1986, 82/83). Durch das Erfordernis der Abgeschlossenheit in § 3 Abs. 2 WEG wollte der Gesetzgeber nicht einen bautechnischen Mindeststandard sichern, sondern nur Streitigkeiten vermeiden, wie sie unter der Geltung des Stockwerkseigentums als Folge unklarer rechtlicher Verhältnisse entstanden sind. Es sollte mithin lediglich gewährleistet sein, daß jeder Sondereigentumsbereich von demjenigen der anderen Wohnungseigentümer eindeutig abgegrenzt ist (BGH a. a. O.). Die Abgeschlossenheit in diesem Sinne ist durch den von der „Kraftloserklärung“ nicht berührten Inhalt der vorgelegten Abgeschlossenheitsbescheinigung nach wie vor bestätigt; dies genügt jedenfalls bei den hier in Rede stehenden Übergangsfällen für die Eintragung im Grundbuch. Das Ergebnis des noch anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens spielt deshalb für die hier zu treffende Entscheidung keine Rolle. Damit wird im Ergebnis auch dem Gedanken des Vertrauensschutzes Rechnung getragen, auf den sich die Antragsteller berufen, der nach Eingang der Eintragungsunterlagen beim Grundbuchamt auch für einzelne Erwerber bedeutsam sein kann.

(4) Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht in Wirklichkeit nicht. Wenn die übrigen Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, was das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit zu prüfen hat, ist dem Eintragungsantrag stattzugeben.

#### Anmerkung:

Die Probleme um die seit zwei Jahren ins Blickfeld der Gerichte getretene Abgeschlossenheitsbescheinigung des § 7 WEG sind in einer dem Sinn und Zweck des WEG entsprechenden Handhabe noch nicht brauchbar gelöst. Im

Raume stehen die verwaltungsrechtlichen Aspekte mit ihren wohnungseigentumshemmenden Entscheidungen (BayVGH 11. 8. 1988 DNotZ 1990, 244; BayVGH 8. 5. 1989 DNotZ 1990, 247; BVerwG 26. 7. 1990 DNotZ 1990, 249; BVerfG 30. 11. 1989 DNotZ 1990, 250; dazu *Schmidt* DNotZ 1990, 251 ff.) und die demgegenüber positiven zivilrechtlichen (BayObLG 23. 11. 1989 DNotZ 1990, 260; BGH 22. 12. 1989 DNotZ 1990, 259). Dabei haben sich die Gewichte auf die verwaltungsrechtliche Seite verschoben, und zwar in einer Weise, die vom WEG nicht gedeckt ist (eingehend dazu *Schmidt* a. a. O.). Offenbar ermutigt durch diese Rechtsprechung, hat man auf der Verwaltungsseite ein weiteres Mittel entdeckt, um Bildung von Wohnungseigentum an Altbauten zu verhindern, nämlich die Kraftloserklärung einer bereits erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigung. Mit dem vorstehenden Beschluß hat das BayObLG einen wichtigen Beitrag dazu geleistet, die Dominanz des Zivilrechts im WEG herauszustellen. Bedeutsam erscheinen folgende Aussagen und Ergebnisse:

a) Der Begriff Abgeschlossenheit in § 3 Abs. 2 WEG ist ein *rein zivilrechtlicher Begriff*. Damit verdeutlicht das Gericht ausdrücklich das, was schon der BGH im Urteil vom 22. 12. 1989 darlegt. Diese Aussage ist in ihrer Abgrenzung zum Verwaltungsrecht in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung nie richtig deutlich gemacht worden (Nachweise bei *Schmidt* a. a. O.); es gab dafür mangels einer Konfliktsituation auch keinen konkreten Anlaß. Die Allgemeine Verwaltungsverfügung zur Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen definiert den Begriff eben nicht, wie es manchmal scheint; sie stellt nur eine praktische Anleitung für die Verwaltung dar.

b) Die zivilrechtliche Abgeschlossenheit ist ausgerichtet auf die räumliche, Grenzen aufzeigende Abgrenzung im Gebäude zwecks Vermeidung von Streitigkeiten. Sie will nichts über bautechnische Ausführungen regeln. Damit wird wieder das zurechtgerückt, was die Verwaltungsbehörden an Kompetenzen an sich gezogen haben.

c) Die Verwaltungsverfügung über die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen wird damit auf ihre wahre Funktion im WEG verwiesen. Mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung als *Wissenserklärung* gibt die Verwaltung in Verbindung mit dem Aufteilungsplan urkundlich ihr Wissen über die Raumabgrenzung bekannt. Die Bescheinigung hat nur eine dienende Funktion. Sie ist eine Erkenntnisquelle für Tatsachen, die das Grundbuchamt mit seinen Mitteln der GBO nicht selbst feststellen kann.

d) Erfreulich klar sind auch die Ausführungen zur Prüfungspflicht des Grundbuchamtes. Es muß sich grundsätzlich an Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilungsplan halten und ist nur insoweit nicht daran gebunden, als sich Unrichtigkeiten aus den Plänen selbst ergeben. Auch dies ist in Literatur und Rechtsprechung bisher noch nie so deutlich ausgesprochen und herausgestellt worden. Bautechnische Ausführungen gehen das Grundbuchamt nichts an. Deswegen darf das Grundbuchamt auch keine Nachweise über die technische Art der Stellplatzmarkierungen bei Garagenstellplätzen verlangen (so aber LG Nürnberg-Fürth DNotZ 1988, 322 mit abl. Anm. *Röll* und abl. Anm. *Schmidt* WE 1988, 56).

Die Aussagen des Gerichts sind so klar und prägnant, daß sie keiner weiteren Erläuterung bedürfen. Sie stellen einen wesentlichen Fortschritt in der Präzisierung einiger Begriffe und Mechanismen des WEG dar, so daß die Tragweite über

den Einzelfall und über das, was das Gericht als „zumindest unter den besonderen Umständen dieses Falls“ ausdrückt, hinausgeht. Der Beschluß verweist die Verwaltungsbehörde darauf, daß das WEG mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch nur eine Wissenserklärung über räumliche Abgrenzungen verlangt und keine darüberhinaus gehenden bautechnischen Aussagen. Das bedeutet, daß die Behörde nicht mehr fordern kann, als das WEG verlangt. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist kein Kontrollinstrument des öffentlichen Baurechts. Sie hat sich ausschließlich auf die zivilrechtlichen Bedürfnisse des WEG zu beschränken. Das ist auch die Aussage des BGH im Urteil vom 22. 12. 1989. Dieses Urteil und der Beschluß des BayObLG setzen deutliche Zeichen, die die Verwaltungsbehörden und -gerichte baldmöglichst erkennen sollten.

Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

5. GBO §§ 18, 23 Abs. 1 (*Zur Sicherung eines Rücküberweisungsanspruchs durch Auflassungsvormerkung*)

1. **Mit einer Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, die noch nicht erklärte Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen beizubringen.**
2. **Ist in einem Überlassungsvertrag ein aufschiebend bedingter Rücküberweisungsanspruch vereinbart und soll mit dem Tod des Berechtigten zwar die zur Sicherung des Anspruchs bestellte Auflassungsvormerkung erlöschen, nicht aber der gesicherte Anspruch, sofern er noch zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam entstanden und schriftlich geltend gemacht worden ist, so kann die Auflassungsvormerkung vor Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden.**

BayObLG, Beschluß vom 20.6.1990 — BReg. 2 Z 64/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Helmut Weber*, Rosenheim

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Das Grundstück wurde ihr von ihren Eltern durch Überlassungsvertrag vom 23.12.1981 übertragen. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Beteiligte, das Grundstück auf ihre Eltern zurückzuübertragen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Hierzu ist in der Urkunde sodann folgendes bestimmt:

„Die Rechte aus den vorstehenden Rückfallsvereinbarungen erlöschen — soweit sie nicht bereits erfüllt sind — mit dem Tod beider Veräußerer, es sei denn, sie sind vorher wenigstens schriftlich geltend gemacht worden.

Zur Sicherung des bedingten Auflassungsanspruchs der Veräußerer aufgrund der vorstehenden Vereinbarungen wird die Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB zugunsten der Veräußerer gem. § 428 BGB am Vertragsgrundstück bewilligt und beantragt, deren Wirkungen mit dem Tod der Berechtigten erlöschen sollen.“

Im Grundbuch wurde für die Eltern der Beteiligten eine Auflassungsvormerkung gemäß Bewilligung vom 23.12.1981 eingetragen. Die Eltern der Beteiligten sind gestorben, der Längerlebende am 20.7.1989.

Durch Überlassungsvertrag vom 30.11.1989 übertrug die Beteiligte einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück auf ihren Ehemann.

Die Beteiligte und ihr Ehemann haben beantragt, die Auflassung des Miteigentumsanteils, ein Grundpfandrecht sowie die Löschung verschiedener Belastungen des Grundstücks, darunter die der Auflassungsvormerkung, im Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung vom 6.12.1989 die Löschung der Auflassungsvormerkung von einem „Löschungsantrag der Erben . . . samt Nachweis der Erbfolge . . .“ abhängig gemacht. Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. . . .

2. Die Entscheidung des Landgerichts und die Zwischenverfügung müssen aus formellen Gründen aufgehoben werden. Durch die Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten (§ 879 BGB i. V. m. § 17, 45 GBO, §§ 878, 892 Abs. 2 BGB; *Horber/Demharter* § 13 Anm. 4) und die bei sofortiger Zurückweisung verloren gingen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; nur unter diesen Voraussetzungen kommt der Erlaß einer Zwischenverfügung in Betracht (BGHZ 27, 310/313; BayObLGZ 1988, 229/231; OLG Frankfurt ZMR 1990, 229; *Horber/Demharter* Anm. 3 c, *KEHE/Herrmann* GBR 3. Aufl. Rdnr. 16, jeweils zu § 18). Der Senat hat daher in der letzten Zeit wiederholt entschieden, daß durch Zwischenverfügung nicht aufgegeben werden kann, eine zur Eintragung erforderliche, aber noch gar nicht erklärte Eintragungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen, z. B. zur Löschung einer Auflassungsvormerkung die Löschungsbewilligung des Vormerkungsberechtigten oder seines Rechtsnachfolgers, beizubringen (BayObLGZ 1988, 229/231 = DNotZ 1989, 361 = MittBayNot 1988, 232 = MittRhNotK 1988, 208; BayObLG DNotZ 1990, 295 = MittBayNot 1990, 37 = MittRhNotK 1989, 266 = Rpfleger 1990, 61; BayObLG MittBayNot 1989, 312; zuletzt Beschluß vom 30.5.1990 BReg. 2 Z 52/90).

Diese Grundsätze hat das Grundbuchamt nicht beachtet und durch Zwischenverfügung aufgegeben, die Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger der eingetragenen Vormerkungsberechtigten beizubringen; soweit ein „Löschungsantrag“ verlangt wird, ist die Zwischenverfügung so auszulegen, daß die gem. § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung gemeint ist. Die Zwischenverfügung und die sie bestätigende Entscheidung des Landgerichts können daher keinen Bestand haben; sie sind aufzuheben.

3. Da Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist (vgl. *Horber/Demharter* § 77 Anm. 5 b, 10 a, aa), kann über den Eintragungsantrag vom Rechtsbeschwerdegericht nicht entschieden werden. Dies ist Sache des Grundbuchamts. Für das weitere Verfahren vor diesem wird bemerkt:

a) Zur Löschung der Auflassungsvormerkung bedarf es gem. § 22 Abs. 1 GBO der sonst erforderlichen Bewilligung der Betroffenen (§ 19 GBO) nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt nicht nur für dingliche Rechte, sondern auch entsprechend für die schwächere Vormerkungsberechtigung, der das Gesetz Wirkungen beigelegt hat, die denjenigen des dinglichen Rechts ähnlich sind. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs in bezug auf eine Vormerkung ist dann nachgewiesen, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist; denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von dem Anspruch ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist (BayObLG DNotZ 1990, 295 m. w. N.). Die Vorschrift des § 22 GBO wird durch § 23 GBO ergänzt; er betrifft die Grundbuchberichtigung durch Löschung von Rechten, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind. Ein

solcher Fall liegt hier vor. Die Wirkungen der Auflassungsvormerkung sollen nach der im Grundbuch in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung mit dem Tod der Berechtigten erlöschen. Da nach dem Tod des Längerlebenden der beiden Gesamtberechtigten Eltern der Beteiligten noch kein Jahr abgelaufen ist, kann die Auflassungsvormerkung nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers der Vormerkungsberechtigten gelöscht werden, falls Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind (§ 23 Abs. 1 GBO). Die Bewilligung des Rechtsnachfolgers ist auch nicht nach § 23 Abs. 2 GBO entbehrlich. Voraussetzung hierfür wäre, daß ein Löschungserleichterungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist. Dies ist aber nicht der Fall, so daß nicht weiter darauf eingegangen zu werden braucht, ob ein solcher Vermerk hätte eingetragen werden können.

b) Rückstände im Sinn des § 23 Abs. 1 GBO sind hier möglich, weil nur die Vormerkung selbst, nicht aber auch der durch sie gesicherte Anspruch auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist (BayObLG MittBayNot 1983, 233; OLG Köln Rpfleger 1985, 290; LG Bochum Rpfleger 1971, 314; Horber/Demharter Anm. 3 b, KEHE/Ertl Rdnr. 22, jeweils zu § 23; Böttcher MittRhNotK 1987, 219/224; a. M. OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 485; Streuer Rpfleger 1986, 245/246). Nach dem Überlassungsvertrag erlöschen die Rechte aus der Rückfallvereinbarung mit dem Tod beider Berechtigten, es sei denn, daß sie vorher wenigstens schriftlich geltend gemacht sind. Danach soll der aufschiebend bedingte Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums dann nicht mit dem Tod der Berechtigten erlöschen, wenn er noch zu ihren Lebzeiten voll wirksam entstanden und schriftlich geltend gemacht worden ist. In diesem Fall soll der Anspruch vererblich sein. Dann sind aber Rückstände möglich, so daß § 23 Abs. 1 GBO eingreift. Vor Ablauf der Jahresfrist kann die Vereinbarung folglich nicht ohne Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden.

6. BGB §§ 2032, 2033; GBO § 47; GBOVerf. § 9 Buchst. a, § 30 Abs. 1 Buchst. d (*Eintragung einer mehrfach gestuften Erbengemeinschaft im Grundbuch*)

**Ist Eigentümer eines Grundstücks eine Erbengemeinschaft (Hauptgemeinschaft) und sind einzelne Miterben wiederum von mehreren, zum Teil identischen, Personen in Erbengemeinschaft (Untergemeinschaft) beerbt worden, so dürfen bei einer Umschreibung des Grundbuchs in Abteilung I nicht alle Mitglieder der einzelnen Erbengemeinschaften unter einer laufenden Nummer und jede Person, unabhängig davon, ob sie mehreren Erbengemeinschaften angehört, nur einmal unter einem besonderen Buchstaben eingetragen und als Gemeinschaftsverhältnis die Erbengemeinschaft (Hauptgemeinschaft) angegeben werden. Vielmehr müssen auch die einzelnen Untergemeinschaften und ihre Mitglieder sowie das für die jeweilige Untergemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis eingetragen werden.**

BayObLG, Beschluß vom 28.6.1990 — BReg. 2 Z 66/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

7. BGB § 1105 Abs. 2, § 1110; ErbbauVO § 9 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2; WEG § 30 (*Unzulässige Aufteilung einer Reallast auf mehrere Miteigentümer*)

**Die Erbbauzins-Reallast ist ein subjektiv-dingliches Recht, das untrennbar mit dem Eigentum an dem mit dem Erbbau-recht belasteten (herrschenden) Grundstück verbunden ist. Sie kann davon auch nicht in der Weise getrennt werden, daß sie nur noch dem jeweiligen Inhaber eines bestimmten Miteigentumsanteils am herrschenden Grundstück zusteht.**

**Dies gilt auch für die Erbbauzins-Reallast an einem einzelnen Wohnungs- oder Teilerbbaurecht.**

BayObLG, Beschluß vom 11.7.1990 — BReg. 2 Z 42/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Die Beteiligte zu 1 belastete ein damals ihr allein gehörendes Grundstück im Jahre 1962 mit einem Erbbaurecht. Der Berechtigte dieses Rechts teilte es anschließend in 60 Wohnungs- und Teilerbbaurechte auf. Auch der Erbbauzins wurde auf die einzelnen Wohnungs- und Teilerbbaurechte verteilt.

Die Beteiligte zu 1 begann 1985 mit der Veräußerung von Miteigentumsanteilen an dem belasteten Grundstück. Dabei wurde jeder veräußerte Anteil am Grundstück mit einem bestimmten Anteil am Erbbaurecht, dem er auch der Größe nach genau entsprach, in Beziehung gesetzt. Soweit ein Wohnungs- oder Teilerbbauberechtigter den Anteil am Grundstück selbst erwarb (sog. Eigenkäufer), wurde die Erbbauzins-Reallast an seinem Recht gelöscht. Soweit ein Außenstehender (sog. Fremdkäufer) einen Miteigentumsanteil am Grundstück erwarb, sollte ihm nunmehr der Erbbauzins an dem entsprechenden Wohnungs- oder Teilerbbaurecht allein zustehen; dementsprechend wurde in dem jeweiligen Grundbuch vermerkt, daß der Erbbauzins nunmehr nur noch dem unter einem bestimmten Buchstaben eingetragenen jeweiligen Miteigentümer des belasteten Grundstücks (eben dem Erwerber des dem Wohnungs- oder Teilerbbaurecht entsprechenden Miteigentumsanteils und dessen Rechtsnachfolgern) zustehe.

2. Zu notarieller Urkunde vom 29.11.1988 verkaufte die Beteiligte zu 1 — damals noch zu 230, 229/1000 Miteigentümerin des belasteten Grundstücks — Miteigentumsanteile u. a. an die Beteiligten zu 2 und 3 und ließ sie ihnen auf. In den Grundbüchern der den veräußerten Miteigentumsanteilen entsprechenden Wohnungs- und Teilerbbaurechte der Beteiligten zu 4 und 5 ist als alleiniger Berechtigter des Erbbauzinses der im Grundbuch des belasteten Grundstücks in Abteilung 1 unter Nr. 1 a eingetragene jeweilige Miteigentümer (derzeit die Beteiligte zu 1) genannt. Abschnitt B IV 3 der notariellen Urkunde bestimmt, daß die Erbbauzinsen für die Wohnungserbbaurechte der Beteiligten zu 5, aber auch nur diese, vom 1.1.1989 an den Beteiligten zu 2 bzw. dem jeweiligen Eigentümer des von ihnen gekauften Miteigentumsanteils zustehen sollen. Die entsprechenden Eintragungen in den Wohnungserbbaurechtsgrundbüchern der Beteiligten zu 5 wurden bewilligt und beantragt.

Abschnitt B IV 4 enthält gleichlautende Regelungen für den Beteiligten zu 3 und das dem von ihm gekauften Miteigentumsanteil entsprechende Wohnungserbbaurecht der Beteiligten zu 4.

Die Auflassung der Miteigentumsanteile ist inzwischen im Grundbuch eingetragen worden. Die den Erbbauzins an den Wohnungs- und Teilerbbaurechten der Beteiligten zu 4 und 5 betreffenden Anträge hat das Grundbuchamt mit Beschluß vom 7.11.1989 zurückgewiesen, da die Einschränkung der Erbbauzinsberechtigung auf nur einen Miteigentümer des herrschenden Grundstücks nicht möglich sei. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit Beschluß vom 29.3.1990 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Die beantragten Eintragungen können nicht vorgenommen werden; sie wären

ihrem Inhalt nach unzulässig (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO), da sie einen Rechtszustand verlautbaren würden, den es nicht geben kann (BayObLGZ 1987, 390/393 m. w. N. [= MittBay-Not 1988, 35 = DNotZ 1988, 316]; BayObLGZ 1961, 23/32; *Räfle* Erbbauerechtsverordnung Rdnr. 21, *Ingenstau* Kommentar zum Erbbauerecht 6. Aufl. Rdnr. 7, jeweils zu § 9). Die Erbbauzins-Reallast kann nicht dem jeweiligen Inhaber eines Miteigentumsanteils an dem mit dem Erbbauerecht belasteten Grundstück, sondern nur den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks insgesamt zustehen.

a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO finden auf den Erbbauzins, der im Zusammenhang mit der Bestellung eines Erbbauerechts ausbedungen wird, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten Anwendung. Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO kann der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses für die noch nicht fälligen Leistungen nicht vom Eigentum am Grundstück getrennt werden; die Erbbauzins-Reallast kann somit nur als subjektiv-dingliche Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des mit dem Erbbauerecht belasteten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden (§ 1105 Abs. 2 BGB; vgl. BayObLGZ 1961, 23/30 f.; *Räfle* Rdnr. 21, *Ingenstau* Rdnr. 6, jeweils zu § 9). So ist es hier zunächst auch geschehen. Steht das mit dem Erbbauerecht belastete (herrschende) Grundstück im Miteigentum mehrerer Personen oder entsteht ein solches Miteigentum später, so besteht auch hinsichtlich der Erbbauzins-Reallast (des Stammrechts und der einzelnen sich daraus ergebenden Ansprüche) eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff. BGB). Darauf, ob die Ansprüche auf eine teilbare (§ 420 BGB) oder auf eine unteilbare Leistung gerichtet und ob die Berechtigten Gesamtgläubiger (§ 428 BGB) oder Mitgläubiger gem. § 432 BGB sind, kommt es für die hier zu entscheidenden Rechtsfragen nicht an.

b) Nach § 1110 BGB kann die subjektiv-dingliche Reallast nicht vom Eigentum an dem herrschenden Grundstück getrennt werden. Eine Trennung ist auch nicht in der Weise möglich, daß die Reallast nur noch dem jeweiligen Inhaber eines bestimmten Miteigentumsanteils an dem Grundstück zusteht. Eigentum am herrschenden Grundstück und Berechtigung aus dem subjektiv-dinglichen Recht müssen vielmehr in vollem Umfang in denselben Händen sein. Denn schon die Beschränkung (Teilaufhebung, Teilverzicht) des subjektiv-dinglichen Rechts auf den jeweiligen Berechtigten eines Miteigentumsanteils würde eine Trennung vom Eigentum am Grundstück bedeuten. Die Unmöglichkeit einer solchen Beschränkung ergibt sich aus einem weiteren Umstand: Nach § 96 BGB gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandteil des Grundstücks; subjektiv-dingliche Rechte wie die Erbbauzins-Reallast gelten als wesentlicher Bestandteil (RGZ 93, 71/73; BGH NJW 1954, 1443/1445; BayObLGZ 1961, 23/30 f.; 1990 Nr. 29; *Palandt/Heinrichs* BGB 49. Aufl. § 96 Anm. 1; MünchKommJJoost BGB 2. Aufl. § 1105 Rdnr. 32; *Räfle* § 9 Rdnr. 21). Ein solcher Bestandteil kann nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein; er teilt vielmehr in jeder Hinsicht das rechtliche Schicksal des Grundstücks, zu dem er kraft der Fiktion des § 96 BGB gehört (vgl. BGHZ 37, 147/152; BGB-RGRK/Rothe 12. Aufl. § 1103 Rdnr. 2 und § 1110 Rdnr. 1). Die Erbbauzins-Reallast würde aber die Eigenschaft als Bestandteil des herrschenden Grundstücks verlieren, wenn sie nur noch mit einem Miteigentumsanteil an diesem Grundstück verbunden wäre. Möglich ist nur die Aufhebung des subjektiv-dinglichen Rechts insgesamt, die

nach § 875 BGB zu geschehen hätte; seine selbständige Übertragung, Verpfändung oder Pfändung ist ebenso ausgeschlossen wie die Verbindung mit dem Eigentum an einem anderen Grundstück (vgl. BGB-RGRK/Rothe § 1110 Anm. 1; *Staudinger/Amann* BGB 12. Aufl. § 1103 Rdnr. 5 und § 1110 Rdnr. 1; *Räfle* Rdnr. 21 und *Ingenstau* Rdnr. 7, jeweils zu § 9) oder mit einem Miteigentumsanteil an dem herrschenden Grundstück. Auch die Beschränkung in der Weise, daß die Erbbauzins-Reallast nur noch dem jeweiligen Inhaber eines Miteigentumsanteils zustände, würde eine Trennung vom Eigentum an diesem Grundstück bedeuten, das Recht einem besonderen rechtlichen Schicksal unterwerfen und mit der Bestandteileigenschaft der subjektiv-dinglichen Rechte unvereinbar sein. Deshalb kann ein Miteigentümer nicht nach § 747 Satz 1 BGB einen seinem Miteigentumsanteil entsprechenden Anteil an der Erbbauzins-Reallast aufheben.

c) Eine subjektiv-dingliche Reallast kann nach einhelliger Meinung nicht zugunsten eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück bestellt werden (*Palandt/Bassenge* Anm. 3, BGB-RGRK/Rothe Rdnr. 8, *Staudinger/Amann* Rdnr. 4, MünchKommJJoost Rdnr. 32, jeweils zu § 1105; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 8. Aufl. Rdnr. 1291). Daraus folgt, daß sie auch nachträglich nicht in dieser Weise beschränkt werden kann, einerlei, ob das herrschende Grundstück schon bei der Begründung der Reallast im Miteigentum mehrerer stand oder ob es erst später dazu gekommen ist. Denn sonst wäre der Ausschluß dieser rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit leicht zu umgehen und praktisch wertlos. Der Hinweis der Beteiligten darauf, daß die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf mehreren Grundstücken unzulässig sei (§ 867 Abs. 2 ZPO), sie aber dennoch durch spätere Teilung des belasteten Grundstücks zur Gesamtbelastung werden könne, betrifft einen anderen Sachverhalt: Daß die Zwangssicherungshypothek zur Gesamthypothek wird, ist die mittelbare Folge der Grundstücksteilung, die durch die Belastung nicht unzulässig werden kann, nicht die Folge von rechtsgeschäftlichen Erklärungen.

d) Auch die weiteren Argumente der Beteiligten können keine andere Beurteilung der Rechtslage rechtfertigen. (*Wird ausgeführt.*)

8. BGB § 892; FischG Art. 14 (*Gutgläubiger Erwerb eines Fischereirechts*)

**Solange für das Gewässergrundstück kein Grundbuch angelegt ist, wird der gute Glaube an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen im Fischereigrundbuch auch hinsichtlich Bestand, Inhalt und Umfang des Fischereirechts geschützt (Aufgabe von BayObLGZ 15, 474 und Abgrenzung zu BayObLGZ 1971, 351).**

BayObLG, Beschluß vom 26.7.1990 — BReg. 2 Z 73/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte ist im Grundbuch als Eigentümerin einer Vielzahl von Grundstücken eingetragen.

Unter der laufenden Nummer 16 war im Bestandsverzeichnis ursprünglich außerdem eingetragen:

„Fischereirecht in der Pegnitz Pl. Nr. . . . darf an den Mühlrädern ein Aalkorb gehalten werden.“

Am 25.11.1964 wurde die Nummer 16 des Bestandsverzeichnisses aufgrund des Veränderungsnachweises Nummer 10 als Nummer 47 mit folgendem Inhalt eingetragen:

„Fischrecht in der Pegnitz Flst. ...“

Am gleichen Tag wurde die Beteiligte aufgrund Auflassung im Übergabevertrag vom 7.2.1963 im Grundbuch eingetragen.

Am 15.8.1989 wurde die Nummer 47 des Bestandsverzeichnisses infolge Berichtigung der Fischereirechtsbeschreibung laut Fischereirechtsveränderungsnachweis Nummer 112 als Nummer 68 mit folgendem Inhalt neu vorgetragen:

„Fischrecht in der Pegnitz:

In der Pegnitz Flst. ... darf an den Mühlrädern bei Hs. Nr. ... ein Aalkorb gehalten werden (Nummer 46 der Fischwasserübersichtskarte).“

Die Eintragung wurde vom Rechtspfleger verfügt und vorgenommen.

Die Erinnerung/Beschwerde der Beteiligten gegen die Eintragung vom 15.8.1989, mit der die Wiederherstellung der Eintragung vom 25.11.1964 verlangt wurde, hat das Landgericht durch Beschluß vom 18.10.1989 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten mit dem Antrag, die Eintragung vom 15.8.1989 zu löschen und das Fischereirecht entsprechend dem Veränderungsnachweis Nummer 10 einzutragen, hilfsweise, den letzten Satz der Eintragung vom 15.8.1989 zu löschen und wiederum hilfsweise, einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung vom 15.8.1989 einzutragen.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

Das Grundbuch kann nicht berichtigt werden; denn es fehlt an einer Berichtigungsbewilligung oder einem Unrichtigkeitsnachweis. Eine Unrichtigkeit ist auch nicht glaubhaft gemacht, so daß auch ein Amtswiderspruch nicht eingetragen werden kann.

1. Das Landgericht hat ausgeführt. ...

2. Die Entscheidung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Bei dem ursprünglich unter der laufenden Nummer 16 und jetzt unter der laufenden Nummer 68 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Recht handelt es sich um ein beschränktes selbständiges Fischereirecht.

Das Fischereirecht im Sinne des durch das Gesetz vom 29.7.1986 (GVBl S. 200) neu gefaßten Art. 1 Abs. 1 des Fischereigesetzes für Bayern vom 15.8.1908 — FischG — (BayRS 793-1-E) gibt die Befugnis, in einem Gewässer Fische, Neunaugen und Krebse sowie Muscheln zu hegen, zu fangen und sich anzueignen; das Recht erstreckt sich auch auf Fischlaich und sonstige Entwicklungsformen der Fische sowie auf Fischnährtiere. Eine Beschränkung des Fischereirechts auf das Hegen und Aneignen bestimmter Wassertiere oder auf die Benutzung bestimmter Fangmittel oder ständiger Vorrichtungen ist unzulässig; die zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden beschränkten Rechte dieser Art bleiben jedoch aufrechterhalten (Art. 11 FischG). Als beschränktes Recht im Sinne dieser Bestimmung kommt vor allem das Aalfangrecht in Betracht (*Bleyer* Das bayerische Fischereigesetz 3. Aufl. Art. 11 Anm. 1). Dabei handelt es sich um das insbesondere einzelnen Müllern zustehende Recht, den Aal mit dem sogenannten Aalkorb zu fangen (*v. Malsen-Waldkirch/Hofer* Das bayerische Fischereirecht Art. 11 Anm. I c). Ein beschränktes Recht dieser Art liegt hier vor.

b) Das Fischereirecht ist im Fischereigrundbuch eingetragen; ein Grundbuch für das Gewässergrundstück, in das das Fischereirecht als Belastung einzutragen wäre, ist nicht angelegt.

(1) Für Fischereirechte, die nicht dem Eigentümer des Gewässers zustehen (selbständige Fischereirechte), gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften; die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung (Art. 9 FischG). Bei den selbständigen Fischereirechten handelt es sich mithin um sogenannte grundstücksgleiche Rechte in der Form von Nutzungsrechten (*Altenöder/Keiz* Fischereirecht in Bayern 3. Aufl. Art. 9 Rdnr. 3; *Horber/Demharter* GBO 18. Aufl. § 3 Anm. 3 b). Das selbständige Fischereirecht kann auf Antrag (§ 14 Abs. 2 FischG) als ein dem Fischereiberechtigten zustehendes Nutzungsrecht in ein besonderes Grundbuchblatt (Fischereigrundbuch) eingetragen werden (§ 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der Verordnung über die grundbuchmäßige Behandlung von Bergwerkseigentum und von Fischereirechten vom 7.10.1982, BayRS 315-1-J; vgl. § 24 Nr. 2 b, § 26 der durch die VO vom 7.10.1982 ersetzten Bekanntmachung über die Eintragung der Fischereirechte in das Grundbuch vom 15.3.1909, BayBSVJu III S. 3). Außerdem kann es als Belastung des Gewässers in die zweite Abteilung des für das Gewässer angelegten Grundbuchblatts eingetragen werden (§ 6 Abs. 1 Buchst. b der VO vom 7.10.1982; vgl. § 24 Nr. 1, § 25 der Bek. vom 15.3.1909). Die Eintragung des Fischereirechts als Belastung des Gewässergrundstücks kommt jedoch nicht in Betracht, wenn das Gewässergrundstück im Grundbuch nicht gebucht ist, z. B. weil es gem. § 3 Abs. 2 GBO vom Buchungszwang des § 3 Abs. 1 Satz 1 GBO ausgenommen ist (Art. 14 Abs. 5 Satz 2 FischG). Es ist daher möglich, daß es nur ein Grundbuchblatt für das Fischereirecht gibt, nicht aber auch für das Gewässergrundstück (vgl. *Altenöder/Keiz* Art. 14 Rdnr. 6; *Sprau* Justizgesetze in Bayern Art. 40 AGGVG Rdnr. 42, 43). Nur dann, wenn sowohl ein Fischereigrundbuch angelegt ist als auch ein Gewässergrundbuch, ist bei der Eintragung des Fischereirechts im Fischereigrundbuch die Grundbuchstelle des Gewässers anzugeben und auf die Eintragung des Rechts auf dem Blatt des Gewässers hinzuweisen (§ 7 Abs. 2, § 8 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 der VO vom 7.10.1982; vgl. § 28 Abs. 4 der Bek. vom 15.3.1909). Zur Eintragung des Fischereirechts im Fischereigrundbuch bestimmt § 7 Abs. 1, 2 der VO vom 7.10.1982 (vgl. § 28 Abs. 1 der Bek. vom 15.3.1909), daß das Recht mit der Bezeichnung „Fischereirecht“ und dem Inhalt des Rechts sowie das betreffende Grundstück einzutragen sind; zur näheren Inhaltsbezeichnung kann auf die Bestellungsurkunde (Art. 13 FischG) Bezug genommen werden; Beschränkungen und Befristungen des Rechts sind aber ausdrücklich im Grundbuch einzutragen.

(2) Hier geht es um Eintragungen in das Fischereigrundbuch. Ein solches liegt auch dann vor, wenn wie hier das Fischereirecht auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (vgl. § 4 GBO) gebucht ist (*Altenöder/Keiz* Art. 14 Rdnr. 6, *Sprau* Art. 40 AGGVG Rdnr. 44, jeweils am Ende). Da bei der Eintragung des Fischereirechts im Fischereigrundbuch zu keiner Zeit die Grundbuchstelle des Gewässergrundstücks und die dortige Eintragung des Rechts vermerkt wurde, ist davon auszugehen, daß für das Gewässergrundstück ein Grundbuch nicht angelegt ist. Das Fischereirecht wurde ursprünglich unter der laufenden Nummer 16 des Bestandsverzeichnisses und ist jetzt wieder unter der laufenden Nummer 68 mit der Beschränkung gem. Art. 11 FischG auf ein Aalfangrecht eingetragen. Ausweislich des Grundbucheintrags handelt es sich dabei nicht um ein subjektiv-dingliches Recht, das im Grundbuch anders dargestellt sein müßte (Art. 14 Abs. 3 FischG, § 9 GBO, § 7 GBVerf).

c) Durch die Eintragung vom 25.11.1964 wurde das Grundbuch unrichtig, weil der Inhaber des Fischereirechts ohne die sachlich-rechtlich erforderliche Einigung geändert wurde.

(1) Eine Änderung des Inhalts eines Fischereirechts bedarf gem. §§ 873, 877 BGB der Einigung zwischen dem Gewässereigentümer und dem Fischereiberechtigten sowie der Eintragung in das Grundbuch; erforderlich ist die Eintragung sowohl im Fischereigrundbuch (vg. § 7 Abs. 1 Buchst. b der VO vom 7.10.1982), als auch im Gewässergrundbuch, wenn das Fischereirecht dort als Belastung eingetragen ist (*Sprau* Art. 40 AGGVG Rdnr. 50). Wenn die Beschränkung eines Fischereirechts im Sinn des Art. 11 FischG beseitigt wird, handelt es sich um eine Inhaltsänderung des Fischereirechts als eines grundstücksgleichen Rechts. Sie setzt gem. §§ 873, 877 BGB eine Einigung zwischen dem Fischereiberechtigten und dem Gewässereigentümer voraus und zur ebenfalls erforderlichen Eintragung in das Grundbuch jedenfalls die Bewilligung des Gewässereigentümers (§ 19 GBO).

(2) Um eine solche Inhaltsänderung des Fischereirechts handelt es sich hier bei der Eintragung vom 25.11.1964. Die Eintragung diene nicht bloß der Erhaltung der Übereinstimmung zwischen dem Grundbuch und dem amtlichen Verzeichnis im Sinn des § 2 Abs. 2 GBO durch die Übernahme einer Änderung der Bezeichnung des Fischereirechts dort (siehe hierzu *Bengel/Simmerding* Grundstück, Grundbuch, Grenze § 3 Rdnr. 53), die das Recht als solches unberührt ließ (vgl. § 4 Abs. 2 Buchst. b AVO GBO, § 45 BayGBA; *Horber/Demharter* § 2 Anm. 6). Die dem Veränderungsnachweis Nummer 10, auf den die Eintragung vom 25.11.1964 gestützt ist, zugrunde liegende Änderung betraf nicht das Fischereirecht in der Pegnitz, sondern im Mühlweiher. Soweit sich das Fischereirecht auf den Mühlweiher erstreckte, wurde es durch dessen Trockenlegung im Jahr 1925 gegenstandslos. Dies war bei der Eintragung des Fischereirechts unter der laufenden Nummer 16 des Bestandsverzeichnisses bereits berücksichtigt. Dort ist die Erstreckung des Fischereirechts auf den Mühlweiher nicht mehr verlautbart. Daß der Wegfall der Beschränkung des Fischereirechts auf ein Aalfangrecht nicht Gegenstand des Veränderungsnachweises Nummer 10 war, ergibt sich ohne weiteres aus diesem. Die Eintragung vom 25.11.1964 wurde somit vom Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften im Sinn des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO vorgenommen, weil die Beschränkung des Fischereirechts als Inhaltsänderung des Rechts ohne Nachweis der Bewilligung des betroffenen Gewässereigentümers gem. § 19 GBO eingetragen wurde. Durch die Eintragung wurde das Grundbuch unrichtig, weil eine Einigung des Fischereiberechtigten und des Gewässereigentümers über den Wegfall der Beschränkung nicht vorlag (§§ 873, 877 BGB).

d) Das Grundbuch ist nicht durch gutgläubigen Erwerb eines unbeschränkten Fischereirechts seitens der am gleichen Tag als Inhaberin des Fischereirechts eingetragenen Beteiligten richtig geblieben. Durch die Eintragung vom 25.11.1964 wäre das Fischereigrundbuch dann nicht unrichtig geworden, wenn das ohne die Beschränkung auf ein Aalfangrecht eingetragene Fischereirecht mit seiner Eintragung gutgläubig erworben worden sein sollte. Hierauf beruft sich die Beteiligte ohne Erfolg.

(1) Umstritten ist, inwieweit der gute Glaube an die Eintragung des Fischereirechts im Fischereigrundbuch geschützt ist, insbesondere dann, wenn ein Gewässergrundbuch nicht

angelegt und daher das Fischereirecht dort als Belastung nicht eingetragen ist. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat am 6.7.1914 (BayObLGZ 15, 474) entschieden, daß in einem solchen Fall dem gutgläubigen Erwerber gegenüber für den Bestand, Inhalt und Umfang des Fischereirechts nicht die Eintragungen im Fischereigrundbuch entscheidend sind, sondern die Bestimmungen des das Recht begründenden Vertrags. Unter Berufung auf diese Entscheidung wird ein Schutz des guten Glaubens des Erwerbers eines Fischereirechts gem. § 892 BGB an den im Fischereigrundbuch eingetragenen Inhalt des Fischereirechts verneint (*Bleyer* Art. 14 Anm. 6 am Ende; *Sprau* Art. 40 AGGVG Rdnr. 47). Demgegenüber hat das Bayerische Oberste Landesgericht am 23.11.1971 (BayObLGZ 1971, 351/354 f.), gestützt auf eine Meinung im Schrifttum (vgl. *v. Malsen-Waldkirch/Hofer* Art. 14 Anm. 5 e) entschieden, daß für das Grundbuchblatt des Fischereirechts der öffentliche Glaube des Grundbuchs unbeschränkt gelte; die Rechtsvermutung des § 891 BGB gelte auch dann, wenn nur für das Fischereirecht ein Grundbuchblatt angelegt sei; in diesem Fall gelte sie sogar gegen den Eigentümer des Fischwassers; der eingetragene gelte als der Berechtigte und das Recht gelte ab dem Tag der Eintragung als bestehend mit dem im Grundbuch eingetragenen Inhalt. Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung vom 6.7.1914 findet nicht statt; diese Entscheidung ist nicht erwähnt. Gestützt auf die Entscheidung vom 23.11.1971 wird auch im Schrifttum (vgl. *Altenöder/Keiz* Art. 14 Rdnr. 6) die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs eines nur im Fischereigrundbuch eingetragenen Fischereirechts für möglich gehalten.

(2) Der Senat hält einen gutgläubigen Erwerb nach den allgemeinen Vorschriften aufgrund der Eintragungen im Fischereigrundbuch ohne Einschränkung für möglich, solange ein Gewässergrundbuch nicht angelegt ist, in dem das Fischereirecht als Belastung einzutragen wäre.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß für Bestand, Inhalt und Umfang des Fischereirechts das Grundbuch des Gewässergrundstücks maßgebend ist, während das Fischereigrundbuch den Inhaber und die Belastungen verlautbart (vgl. § 14 Abs. 2 FischG; *Altenöder/Keiz* Art. 14 Rdnrn. 2, 6; *Bleyer* Art. 14 Rdnr. 3 a). Solange aber ein Gewässergrundbuch nicht angelegt ist, besteht kein Grund, den Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen im Fischereigrundbuch nur auf die Inhaberschaft und die Belastungen des Fischereirechts zu beschränken. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn ein Gewässergrundbuch angelegt ist. In der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 6.7.1914 wird ein Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit der Eintragungen im Fischereigrundbuch über Bestand, Inhalt und Umfang des Fischereirechts unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 62, 99/101) mit der Begründung verneint, daß das Grundbuch eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen nur hinsichtlich solcher Rechte leiste, die, um Dritten gegenüber Wirksamkeit zu haben, der Eintragung bedürften; diese Voraussetzung treffe auf das Fischereirecht jedenfalls solange nicht zu, als für das Gewässer, an dem das Recht bestehe, ein Blatt nicht angelegt sei.

An dieser Rechtsauffassung hält der Senat mit der überwiegenden Meinung im Schrifttum nicht mehr fest. Er erachtet einen gutgläubigen Erwerb auch bei solchen Rechten, die nicht der Eintragung im Grundbuch bedürfen, um gegenüber Dritten zu wirken, jedenfalls ab dem Zeitpunkt für möglich,

in dem sie im Grundbuch verlaubar sind. Andernfalls würde eine dauernde Rechtsunsicherheit aufrechterhalten, die durch die Publizität des Grundbuchs verhindert werden soll (MünchKomm/Wacke BGB 2. Aufl. Rdnr. 15, RGRK-BGB/Augustin 12. Aufl. Rdnr. 25, Soergel/Stürner BGB 12. Aufl. Rdnr. 9, jeweils zu § 892; a. M. Palandt/Bassenge BGB 49. Aufl. § 892 Anm. 2). Diese Auffassung findet eine Stütze in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8.4.1988 (BGHZ 104, 139 [= MittBayNot 1988, 174 = DNotZ 1989, 146]). Dort ist entschieden, daß bei einer altrechtlichen Dienstbarkeit im Hinblick auf Art. 187 Abs. 1 EGBGB die Möglichkeit eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Grundstücks nicht besteht, solange die Grunddienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen ist; sobald die Grunddienstbarkeit aber eingetragen ist, kommt ein gutgläubiger lastenfreier Grundstückserwerb in Betracht, wenn die Grunddienstbarkeit später zu Unrecht wieder gelöscht wird. In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof an der gegenteiligen Ansicht in der Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 62, 99), auf die sich die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 6.7.1914 stützt, ausdrücklich nicht festgehalten.

(3) Ein gutgläubiger Erwerb eines unbeschränkten Fischereirechts durch die Beteiligten mit ihrer Eintragung am 25.11.1964 ist somit nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Daß die Beteiligten am gleichen Tag im Grundbuch eingetragen wurde, an dem das Fischereirecht ohne die Beschränkung gebucht wurde, stünde einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegen. Denn der gute Glaube des Erwerbers ist auch an die Richtigkeit der Eintragungen im Grundbuch geschützt, die gleichzeitig mit seiner Eintragung vorgenommen werden (Palandt/Bassenge § 892 Anm. 7 d dd). Bei einem gutgläubigen Erwerb eines unbeschränkten Fischereirechts durch die Eintragung vom 25.11.1964 wäre das Grundbuch durch die Eintragung vom 15.8.1989 unrichtig geworden. Diese Eintragung verlaubar wiederum ein beschränktes Fischereirecht. Die Beschränkung hätte aber zu ihrer Wirksamkeit eine nicht vorliegende Einigung mit der Beteiligten als der Inhaberin des Fischereirechts zur Voraussetzung (§§ 873, 877 BGB).

Ein gutgläubiger Erwerb ist hier aber weder nachgewiesen noch auch nur glaubhaft gemacht. § 892 BGB setzt einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus, findet also bei einem Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge als einer Gesamtrechtsnachfolge keine Anwendung (BayObLG NJW-RR 1986, 882 m. w. N. [= MittBayNot 1986, 130]). Die Beteiligte hat ihren Grundbesitz einschließlich des Fischereirechts aber aufgrund eines Übergabevertrags von ihrem Vater erlangt. Es liegt daher nahe, daß es sich um eine vorweggenommene Erbfolge handelt. Darüber hinaus bestehen auch Zweifel am guten Glauben der Beteiligten bei ihrer Eintragung als Inhaberin des Fischereirechts. In der Anlage zu dem Überlassungsvertrag ist das Fischereirecht als beschränktes Recht aufgeführt. Es liegt daher nahe, daß die Beteiligte, die das Recht von ihrem Vater erlangt hat, die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte, das am 25.11.1964 ein unbeschränktes Fischereirecht auswies.

Bei dieser Sachlage sind die strengen Anforderungen, die an den in der Form des § 29 GBO zu erbringenden Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit zu stellen sind (Horber/Demharter § 22 Anm. 11 a, b m. w. N.), nicht erfüllt. Die in erster Linie verlangte Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Beschränkung des Fischereirechts ist daher ohne Berichtigungsbewilligung nicht möglich (§ 22 GBO). Aber auch die

Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) kommt nicht in Betracht, weil im Hinblick auf die große Wahrscheinlichkeit, daß es sich bei der Überlassung um eine vorweggenommene Erbfolge handelt, eine Grundbuchunrichtigkeit nicht einmal glaubhaft gemacht ist.

Schließlich kann die Eintragung vom 15.8.1989 auch nicht als inhaltlich unzulässig gelöscht werden (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Inhaltlich unzulässig wäre die Neueintragung eines beschränkten Fischereirechts (Art. 11 FischG). Um eine solche Eintragung handelt es sich hier aber nicht. Das Recht ist nicht als Neubestellung am 15.8.1989 eingetragen, sondern nur neu vorgetragen worden.

#### 9. BGB §§ 1408, 1415 ff (Vereinbarung und sofortige Aufhebung der Gütergemeinschaft)

**Gütergemeinschaft kann zu dem alleinigen Zweck der Eigentumsübertragung vereinbart und alsbald wieder aufgehoben werden, allerdings nicht in einer Urkunde.**

OLG Stuttgart, Beschluß vom 14.2.1990 — 8 W 164 und 165/89 — mitgeteilt von A. Belz, Vorsitzender Richter am OLG Stuttgart

#### Aus dem Tatbestand:

In notarieller Urkunde vom 24.2.1988 haben die Beteiligten unter A. die Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches vereinbart, unter B. einen Erbvertrag geschlossen, unter C. den in Teil A. der Urkunde begründeten Güterstand der Gütergemeinschaft wieder aufgehoben und für die Zukunft den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft vereinbart, sowie Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung beider Ehegatten zum Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft beantragt.

Dieser Antrag wurde vom Grundbuchamt, die Beschwerde vom Landgericht zurückgewiesen.

Am 22.3.1988 haben die Beteiligten in notarieller Urkunde erneut den Güterstand der Gütergemeinschaft vereinbart, in einer weiteren Urkunde vom selben Tag wieder aufgehoben und nochmals beantragt, das Grundbuch durch Eintragung beider Ehegatten zum Gesamtgut der beendeten Gütergemeinschaft zu berichtigen. Dieser Antrag wurde mit Beschluß des Grundbuchamts, die Beschwerde der Beteiligten mit Beschluß des Landgerichts zurückgewiesen.

Gegen beide Beschlüsse haben die Beteiligten weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

1. Der Beschluß des Landgerichts beruht auf der Erwägung, daß durch die Vereinbarungen vom 24.2.1988 der Güterstand der Beteiligten nie verändert worden sei, da die Änderung frühestens mit Schluß der Beurkundung eingetreten wäre, in diesem Moment aber Einigkeit bestanden habe, daß der Güterstand hinfort der gleiche sein solle wie vor der Beurkundung.

Diese Auffassung ist richtig. Die mit der weiteren Beschwerde vorgetragene Einwände vermögen eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Zutreffend ist zwar, daß in einer Urkunde mehrere Rechtsgeschäfte derselben Beteiligten zusammengefaßt werden können, mit denen sich gegenseitig bedingende und voneinander abhängige Rechtsverhältnisse geregelt werden. Daraus läßt sich aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht ableiten, daß alles, was in verschiedenen Urkunden von denselben Beteiligten erklärt wird, von diesen Beteiligten — mit gleicher Wirkung — auch in einer Urkunde erklärt werden kann.

Diese These gilt jedenfalls für die hier zu beurteilende Sachlage nicht. Da die Urkunde erst mit Erfüllung der in § 13 BeurkG vorgeschriebenen Förmlichkeiten wirksam wird, tritt die Vereinbarung des Güterstands und ihre Aufhebung gleichzeitig in Kraft. Ein abweichender Parteiwille vermag hieran nichts zu ändern.

Die Zurückweisung des Antrags vom 24.2.1988 ist also vom Landgericht zu Recht bestätigt worden.

2. Weiterhin hat das Landgericht angenommen, daß die Vereinbarung der Gütergemeinschaft am 22.3.1988 nur zum Schein erfolgt und daher nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig sei.

Diese Auslegung des Vertrages durch das Landgericht ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Beteiligten wollten mit der Begründung und alsbaldigen Wiederaufhebung der Gütergemeinschaft erreichen, daß die Ehefrau Miteigentümerin des bislang dem Ehemann allein gehörenden Hausgrundstücks wird. Dieser Umstand ist für die Auslegung ihrer Erklärungen, also für die Frage, ob diese ernsthaft gewollt oder nur zum Schein abgegeben worden sind, von ausschlaggebender Bedeutung. Mit diesem wesentlichen und gegen seine Auslegung sprechenden Gesichtspunkt hat sich das Landgericht nicht auseinandergesetzt.

Dieser Rechtsfehler führt zur Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses. Da aber eine weitere Sachaufklärung nicht in Betracht kommt, bedarf es keiner Zurückverweisung, der Senat hat vielmehr die fraglichen Urkunden selbst auszulegen (§§ 564, 565 Abs.3 Nr.1 ZPO analog, *Horber/Demharter*, § 78 GBO, Anmerkung 4 d, cc, 4 e).

Der Senat ist der Auffassung, daß kein Scheingeschäft vorliegt, weil die Beteiligten ernsthaft wollten, daß die Ehefrau durch Begründung der Gütergemeinschaft Miteigentümerin des dem Ehemann gehörenden Grundstücks wird. Daß sie dies wollten, ergibt sich aus dem im Februar 1988 geschlossenen Ehevertrag ebenso wie aus den nach Zurückweisung ihres ersten Grundbuchberichtigungsantrags im März 1988 getroffenen Vereinbarungen. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß ein solcher Eigentumserwerb der Ehefrau nur vorgespiegelt werden sollte. Dann aber ist der Schluß gerechtfertigt, daß die Ehegatten auch die Voraussetzung für einen solchen Rechtserwerb, nämlich die Begründung der Gütergemeinschaft für kurze Zeit, tatsächlich gewollt haben. Der Umstand, daß sie zuvor und danach wieder im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft leben wollten, schließt einen solchen Willen nicht aus.

Verneint man somit das Vorliegen eines Scheingeschäfts, so ist zu fragen, ob das Gesetz einen Ehevertrag als wirksam anerkennt, mit dem ein Güterstand nicht auf eine gewisse Dauer, sondern nur für ganz kurze Zeit begründet werden soll, allein zu dem Zweck, einen Eigentumsübergang zu bewirken, der sonst der Auflassung bedürfte. Der Senat ist der Auffassung, daß es sich hierbei um eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit handelt. Für Eheverträge gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 1408 BGB). Das Gesetz schreibt nicht vor, daß ein Güterstand auf Dauer angelegt werden muß. Eine solche Notwendigkeit läßt sich auch nicht mit dem Wesen der Ehe oder dem Wesen des Ehevertrages begründen, weil dieses zu allgemein und unbestimmt ist, um daraus hinreichend sichere Abgrenzungskriterien zu entwickeln (dazu u. a. *Soergel*, 12. Aufl., RN 11, und *Staudinger*, 12. Aufl., VB 18 und 25, je zu § 1408 BGB, mit weiteren Hinweisen).

Die Vereinbarung ist schließlich nicht als verbotenes und damit nach § 134 BGB nichtiges Umgehungsgeschäft zu qualifizieren. Zwar meint das Landgericht, daß der Versuch einer Gesetzesumgehung vorliege und als Zweck der an sich sinnwidrigen Vereinbarung nur Täuschungs- und Umgehungszwecke (vermutlich betreffend Pflichtteilsrechte der Kinder des Ehemanns aus früherer Ehe) vermutet werden könnten. Die Beteiligten machen dagegen geltend, daß kein unentgeltliches Geschäft vorliege. Diese Frage bedarf hier keiner Klärung. Denn der Schutz des § 2325 BGB für die Pflichtteilsberechtigten besteht nicht darin, daß dem Erblasser unentgeltliche Verfügungen untersagt werden, sondern nur in einem erhöhten Pflichtteilsanspruch gegen den Erben oder den Beschenkten. Dies gilt nicht nur für ausdrücklich als solche bezeichnete Schenkungen, sondern auch für ihnen gleichzustellende unentgeltliche Zuwendungen durch Ehevertrag (RGZ 87, 301, *Palandt*, 49. Aufl., § 1408 BGB Anm. 1). Die Frage, ob eine derartige Zuwendung vorliegt, ist also nicht im Grundbuchverfahren zu prüfen, sondern erst bei Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen.

10. BGB § 1933 (*Ausschluß des Ehegattenerbrechts erst nach Zustellung des Scheidungsantrags*)

**Für den Ausschluß des Ehegattenerbrechts ist Voraussetzung, daß das Scheidungsbegehren rechtshängig, der Scheidungsantrag also zugestellt ist.**

BGH, Urteil vom 6.6.1990 — IV ZR 88/89 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien streiten darüber, ob das Erbrecht der Klägerin als zweiter Ehefrau des Erblassers wegen einer von diesem eingereichten, aber vor seinem Tod nicht mehr zugestellten Eheaufhebungsklage und eines hilfsweise gestellten Scheidungsantrages, zu verneinen ist. Für diese Ehe galt der gesetzliche Güterstand. Der Beklagte, einziges Kind aus der ersten Ehe des Erblassers, ist dessen testamentarischer Alleinerbe.

Der Erblasser starb am 25.1.1987. Seine am 2.1.1987 eingereichte, auf Aufhebung, hilfsweise auf Scheidung der Ehe gerichtete Klage, wurde der Klägerin erst am 2.2.1987 zugestellt. Die Klägerin begehrt ihren Pflichtteil. Sie verlangt im Wege der Stufenklage zunächst Auskunft, und zwar über den Wert des Nachlaßgrundstücks durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens, im übrigen durch Vorlage eines vom Notar aufgenommenen Verzeichnisses. Der Beklagte meint, die Voraussetzungen des § 1933 BGB für den Ausschluß des Ehegattenerbrechts hätten seit der Einreichung des Schriftsatzes am 2.1.1987 vorgelegen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben demgegenüber die Zustellung der Klage- und Antragsschrift für erforderlich gehalten. Sie haben deshalb der ersten Stufe der Klage stattgegeben. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner zugelassenen Revision.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet. Das Ehegattenerbrecht der Klägerin und damit ihr Pflichtteilsanspruch sind nicht ausgeschlossen worden, weil die Aufhebungsklage mit dem darin hilfsweise enthaltenen Scheidungsantrag vor dem Tod des Erblassers nicht zugestellt wurde (§§ 2303 Abs. 2, 1933 BGB, 253 Abs. 1 ZPO). Mit Recht meinen die Vorinstanzen, die Zustellung im Sinne von § 253 Abs. 1 ZPO sei formelle Voraussetzung für das Eingreifen der Regelung des § 1933 BGB auch nach dessen Neufassung durch das 1. EheRG zum 1.7.1977.

1. Das ergibt für die im vorliegenden Fall eingereichte Aufhebungsklage schon der Wortlaut dieser Bestimmung. Nach

ihrer Satz 2 gilt der in Satz 1 für den Fall des Scheidungsantrages bestimmte Erbrechtsausschluß ebenso, wenn der Erblasser auf Aufhebung der Ehe zu klagen berechtigt war und die Klage erhoben hatte. Satz 2 fordert demgemäß ausdrücklich jedenfalls für die Aufhebungsklage deren Erhebung, also die Zustellung der Klageschrift nach § 253 Abs. 1 ZPO. Der Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten des Erblassers vom 2.1.1987 enthielt in erster Linie den Aufhebungsantrag und dessen Begründung. Nur hilfsweise, also für den Fall des Mißerfolges der auf § 32 Abs. 1 EheG gestützten Aufhebungsklage, wurde darin Scheidung der Ehe vor Ablauf der Trennungsfrist gemäß § 1565 Abs. 2 BGB begehrt.

2. Aber auch für den hilfsweise, also auflösend bedingt gestellten Scheidungsantrag gilt nichts anderes. Auch er mußte zugestellt werden. Erst mit der Zustellung wäre er rechtshängig geworden (Rechtshängigkeit verlangt BGHZ 99, 304, 307 f. [= MittBayNot 1987, 144] auch für § 1933 BGB), und hätte die in § 1933 Satz 1 BGB genannte Wirkung entfalten können (§ 262 Satz 2 ZPO). Das ergeben (vgl. die Nachweise bei MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. § 1933 Rdnr. 5 mit Fn. 11 und 12 oder bei Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. Fn. 58 zu § 12 II 2 b = S. 204; weiter Soergel/Damrau, 11. Aufl. § 2077 Rdnr. 4 und Schlüter, Erbrecht 12. Aufl. § 10 II 1 b = S. 64) der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und der Zweck dieser Bestimmung.

a) Ihre frühere Fassung vor der Änderung durch das 1. EheRG machte wie die frühere Fassung des § 2077 BGB für die Scheidungsklage und für die Aufhebungsklage zur Voraussetzung, daß der Erblasser „die Klage erhoben hatte“. In der jetzigen Fassung der §§ 1933 und 2077 BGB wird diese Voraussetzung dahin umschrieben, daß der Erblasser „die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte“. Der jetzige Wortlaut beruht nur auf einer durch das 1. EheRG geänderten Nomenklatur. Er enthält hinsichtlich der formellen Voraussetzung der Klageerhebung keine sachliche Änderung. Das 1. EheRG hat lediglich redaktionell durchgängig im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozeßordnung den Begriff „Scheidungsklage“ durch den Begriff „Scheidungsantrag“ ersetzt. Das wird insbesondere an § 622 ZPO deutlich. Dementsprechend ist durch die Möglichkeit der Zustimmung zum Scheidungsantrag auch die Widerklage auf Scheidung ersetzt worden. Auch die Zustimmung ist Prozeßhandlung und setzt demgemäß Rechtshängigkeit voraus (OLG Zweibrücken OLGZ 1983, 160; BayObLG FamRZ 1983, 96). Soweit vor dem Inkrafttreten der Neuregelung das Gesetz Rechtsfolgen an die Erhebung der Scheidungsklage knüpfte, heißt es folgerichtig nach dem 1.7.1977 im Gesetz, daß „ein Antrag auf Scheidung gestellt“ (§§ 1389, 1408 Abs. 2, § 1629 Abs. 2 BGB) oder „die Scheidung beantragt“ ist (§ 1379 Abs. 2, §§ 1933, 2077 BGB). Damit ist weiterhin der Vorgang der früheren Klageerhebung, also die Zustellung der Antragschrift, nicht aber schon deren Einreichung bei Gericht gemeint. Das hat der Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden (z. B. für § 1408 Abs. 2 Beschlüsse vom 17.10.1984 und 17.12.1986 — IVb ZB 153/82 und 144/84 — FamRZ 1985, 45 [= DNotZ 1985, 380] und 1987, 365 = LM BGB § 1408 Nr. 1 und 4; für § 1379 Urteil vom 15.10.1981 — IX ZR 85/80 — FamRZ 1983, 350).

Für dieses Verständnis des Wortlauts spricht insbesondere die Gleichsetzung des Vorganges, daß der „Erblasser die Scheidung beantragt hatte“ damit, daß er die Aufhebungsklage „erhoben hatte“ in § 1933 Satz 3 und § 2077 Abs. 1 Satz 3 BGB.

b) Die Entstehungsgeschichte der Neufassung belegt dieses Ergebnis ebenso. (Wird ausgeführt)

c) Nach früherem Recht war der Verlust des Erbrechts eine Sanktion gegen denjenigen Ehegatten, der schuldhaft einen Scheidungs- oder Aufhebungsgrund gesetzt hatte. Diese Rechtfertigung kann wegen der Einführung des Zerrüttungsprinzips keine ausschlaggebende Bedeutung mehr haben. Deshalb hatte der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf ersatzlose Streichung des § 1933 BGB vorgeschlagen (BT-Drucks. 7, 650 S. 179). Jedoch meinte die Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drucks. 7, 650 S. 274 unter 1. und 3.), spätestens im Zeitpunkt der Antragstellung oder der Klageerhebung wurde offenkundig, daß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten seine innere Berechtigung verloren habe, der Ausschluß entspreche dem mutmaßlichen Willen des Erblassers.

Dem wird entgegengehalten, daß dem Prinzip der Gegenseitigkeit der Erbberechtigung nur ein beiderseitiger Verlust der Erbberechtigung entsprechen könne oder der Erbrechtsverlust bei von beiden Ehegatten betriebener Scheidung (Battes, FamRZ 1977, 433, 437, 439; Dieckmann, FamRZ 1979, 389, 396; MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. § 1933 Rdnrn. 2 und 3), daß weiter für § 1933 es aus tatsächlichen Gründen weitgehend unmöglich sei, dem erbrechtlichen Willensdogma über eine Auslegungsregel mit Ausnahmeverbehalt Geltung zu verschaffen (Soergel/Stein, 11. Aufl. § 1933 Rdnr. 3). Andererseits wird allenthalben die Schwierigkeit gesehen, die bei einer Verweisung auf die Testiermöglichkeit entstehen. Diese Verweisung räumt einer möglicherweise — oder sogar typischerweise — vorübergehenden Konfliktsituation zu große Bedeutung ein (vgl. z. B. BT-Drucks. 7, 650 S. 274 unter 3.; MünchKomm/Leipold, 2. Aufl. § 1933 Rdnr. 2 a. E.; Soergel/Stein, 11. Aufl. § 1933 Rdnr. 3).

Insgesamt legen danach die Überlegungen zur Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung nahe, sie einschränkend, keinesfalls aber in einem weitergehenden Umfang als die frühere Vorschrift auszulegen. Dann aber kann eine Erweiterung ihres früheren Geltungsumfanges nicht in Betracht kommen. Diese wäre zwangsläufige Folge der Meinung, die schon die Einreichung des Scheidungsantrages genügen lassen will (Soergel/Stein, 11. Aufl. § 1933 Rdnr. 4; Jauernig/Stürmer, 4. Aufl. § 1933 Anm. 1 a; Bock, MittRhNK 1977, 205, 207). Jene Meinung kann sich nicht auf § 270 Abs. 3 ZPO stützen. Bei dem Erbrechtsausschluß gemäß § 1933 geht es nicht um die Wahrung einer Frist oder die Unterbrechung der Verjährung, sondern um die materiellrechtliche Wirkung einer Prozeßhandlung. Für eine analoge Anwendung (dazu BGHZ 105, 140, 143) von § 270 Abs. 3 ZPO ist kein Raum. Da § 262 ZPO die materiellrechtliche Wirkung von Prozeßhandlungen regelt, gibt es keine Lücke. Im Hinblick auf die Erörterungen zur einschränkenden Auslegung sind weder der Sachverhalt noch die Interessenlage vergleichbar.

3. Weil nach allem schon die formelle Voraussetzung für ein Eingreifen des § 1933 BGB nicht gegeben ist, kann offen bleiben, ob gegen diese Regelung etwa wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Gegenseitigkeit der Erbberechtigung verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 3, 6, 14 Abs. 1 GG bestehen.

11. BGB § 2034 Abs. 1 (*Kein Vorkaufsrecht eines Miterben, der seinen Erbteil bereits verkauft hat*)

**Verkauft ein Miterbe seinen Erbteil an einen Dritten, dann kann ein anderer Miterbe, der den Verkauf verhindern und den verkauften Erbteil stattdessen einem Vierten zuwenden will und der den darauf gerichteten Anspruch bereits an diesen veräußert hat, den Erbteil nicht mit Hilfe des Vorkaufsrechts aus § 2034 BGB beanspruchen; § 2034 Abs. 1 BGB greift in diesem Fall nicht ein.**

BGH, Urteil vom 13. 6. 1990 — IV ZR 87/89 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Partelen strelten um elnen 1/4-Erbteil nach der Erblasserin T. K.

Die Erbengemeinschaft nach T. K. (Erbengemeinschaft I) bestand zunächst aus vier Miterben, und zwar aus Alfons Sch. und Rudolf Sch. zu je einem Drittel sowie aus den beiden damals noch minderjährigen Kindern des letzteren: Johanna und Oskar Sch. zu je einem Sechstel. Alfons übertrug seinen 1/3-Erbteil im Jahre 1953 zur Hälfte (= 1/6 des Nachlasses I) auf Rudolf und zu je 1/4 (= je 1/12 des Nachlasses I) auf Johanna und Oskar, so daß sich rechnerisch folgende Quoten ergaben: für Rudolf 1/2 sowie für Johanna und Oskar je 1/4. Nach dem Tode von Rudolf Sch. im Jahre 1957 fiel dessen 1/2-Anteil am Nachlaß I in den insoweit ungeteilten Nachlaß II, an dem Johanna und Oskar je zur Hälfte beteiligt sind.

Johanna verkaufte ihren 1/4-Erbteil am Nachlaß I aufgrund notariellen Vertrages vom 16./27. 10. 1987 an den Beklagten und übertrug ihn am 8. 12. 1987 auf diesen. Oskar übte sein Vorkaufsrecht gemäß § 2034 BGB durch Erklärung vom 7. 12. 1987 aus, die Johanna am 9. 12. 1987 zuging.

Am 7. 12. 1987 machte Oskar den Klägern ein notarielles Angebot zum Kauf seiner Erbteile an den Nachlässen I und II. Dieses Angebot nahmen die Kläger am 8. 12. 1987 in notarieller Form an. Mit Schreiben vom 15. 12. 1987 übte Johanna ihrerseits ihr Vorkaufsrecht wegen dieses Kaufvertrages gegenüber Oskar aus.

Oskar „trat“ seine Rechte aus der Ausübung seines Vorkaufsrechts am 30. 12. 1987 an die Kläger „ab“, und zwar „zur Einziehung mit der Maßgabe, daß die Käufer (Kläger) die Rückübertragung des Erbanteils durch ... (den Beklagten) an ... Oskar ... verlangen und ... durchsetzen können“ sollten. Von diesen Rechten machen die Kläger mit der vorliegenden Klage Gebrauch, indem sie beantragen, den Beklagten zu verurteilen, den 1/4-Anteil an dem Nachlaß I, den er von Johanna erlangt hat, an Oskar zu den mit Johanna vereinbarten Bedingungen zu übertragen. Landgericht und Oberlandesgericht halten die Klage für begründet.

Die Revision des Beklagten hatte Erfolg; sie führte zur Abweisung der Klage.

#### *Aus den Gründen:*

...

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Oskar habe aufgrund des Verkaufs des 1/4-Miterbenanteils der Johanna an den Beklagten vom 16./27. 10. 1987 ein gesetzliches Vorkaufsrecht erlangt. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

1. Es ist zwar richtig, daß gemäß § 2034 Abs. 1 BGB ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht, wenn ein Miterbe seinen Anteil am Nachlaß (ganz oder teilweise) verkauft. Dieses Vorkaufsrecht steht den übrigen Miterben zu und dient dem Zweck, diese vor dem Eindringen unerwünschter Nichterben in die Erbengemeinschaft (oder auch vor einer Verstärkung der Beteiligung bereits eingedrungener Dritter) zu schützen (BGHZ 86, 379, 380 [= DNotZ 1983, 628] und öfter).

Ob ein Miterbe aber auch dann zum Vorkauf berechtigt ist, wenn er selbst seinen (eigenen) Erbteil an einen Dritten verkauft (wie hier Oskar am 7./8. 12. 1987), versteht sich nicht

von selbst. Immerhin erscheint es nicht unproblematisch, einen Miterben, der selbst verkauft und vor dessen Verkauf § 2034 Abs. 1 BGB gerade schützen soll, trotzdem gleichzeitig zu den durch eben diese Bestimmung geschützten „übrigen Erben“ zu rechnen. Daß ein derartiges Verständnis der Norm zu einem wenig sinnvollen Wettlauf der Interessenten führen und zu wechselseitiger Blockade von Vorkaufsrechten führen kann, läßt der vorliegende Fall anschaulich vor Augen treten. Allerdings hat der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in einem unveröffentlichten Urteil vom 19. 10. 1955 (IV ZR 89/55 — S. 10 f. —; vgl. *Johannsen*, WM 1970, 738, 746; *Kregel* in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 2034 Rdnr.) entschieden, daß ein Miterbe auch nach Verkauf und Übertragung seines Miterbenanteils weiterhin durch § 2034 Abs. 1 BGB geschützt wird. Diese Rechtsprechung ist in BGHZ 86, 379 nicht aufgegeben, sondern nur für einen Sonderfall eingeschränkt worden; das hat *Hoegen* in seiner Anmerkung LM BGB § 2034 Nr. 12 zutreffend hervorgehoben. Ob an ihr im übrigen festzuhalten ist, braucht auch hier nicht entschieden zu werden.

2. Nicht zugebilligt werden kann das von Oskar ausgeübte Vorkaufsrecht nach der Auffassung des Senats nämlich jedenfalls deswegen, weil Oskar ebenden 1/4-Erbteil Johanna, der den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, in dem Vertrag mit den Klägern vom 7./8. 12. 1987 vor dem Zugang seiner Vorkaufserklärung am 9. 12. 1987 an diese verkauft hat. Damit handelt es sich hier um einen Fall, in dem ein Miterbe den Verkauf des Erbteils eines anderen Miterben an einen Dritten verhindern will, um diesen Erbteil einem von ihm bevorzugten Vierten zu verschaffen. Ein derartiges Vorgehen ist von dem Schutzzweck des § 2034 Abs. 1 BGB nicht gedeckt. Es kann grundsätzlich nicht rechtlich anerkannt werden. Insoweit ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren (vgl. auch *Hoegen* a. a. O.).

Allerdings hat der Bundesgerichtshof wiederholt die Auffassung vertreten (Urteil vom 27. 10. 1971 — IV ZR 223/69 LM BGB § 2034 Nr. 8 a. E.; Urteil vom 19. 10. 1955 a. a. O. S. 21, 22), daß es nicht darauf ankommen könne, wie der Vorkaufsberechtigte den begehrten Erbteil zu verwerten beabsichtige oder voraussichtlich verwerten werde. Dem tritt der erkennende Senat in dem Sinne bei, daß ein Miterbe aus dem Kreis der durch § 2234 Abs. 1 BGB Geschützten nicht schon dann ausscheidet, wenn er bei Zugang der Vorkaufserklärung den betreffenden Erbteil selbst zu veräußern gedenkt oder wenn eine derartige Entwicklung objektiv überwiegend wahrscheinlich ist. Umstände dieser Art können auf eine bloße Motivforschung hinauslaufen. Sie sind im allgemeinen nur schwer festzustellen und eignen sich daher nicht, den Anwendungsbereich des § 2034 Abs. 1 BGB allgemein abzugrenzen. Stattdessen stellt der Senat darauf ab, daß Oskar sich durch den notariell beurkundeten Vertrag vom 7./8. 12. 1987 auf die Weiterübertragung des begehrten Erbteils an die Kläger bereits rechtlich bindend festgelegt hatte. Seine am 9. 12. 1987 zugängliche (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB) Vorkaufserklärung konnte deshalb an diesem Tage nicht mehr wirksam werden.

Soweit die vorliegende Entscheidung mit dem genannten Urteil des Bundesgerichtshofes vom 19. 10. 1955 nicht vereinbar ist, hält der Senat an der früheren Auffassung nicht mehr fest.

**Handelsrecht einschließlich Registerrecht**

12. BGB §§ 516, 531 Abs. 2 (*Zulässigkeit der Schenkung eines Kommanditanteils*)

1. Ein Kommanditeil kann Gegenstand einer Schenkung sein. Das gilt auch dann, wenn er dem Begünstigten in der Weise zugewandt wird, daß dieser Gesellschafter einer neu gegründeten Gesellschaft wird und der Zuwendende das Gesellschaftskapital allein aufbringt.
2. Wird die Schenkung wegen groben Undanks wirksam widerrufen, dann hat der Beschenkte den Kommanditeil auf den Schenker zurückzuübertragen, sofern dem nicht gesellschaftsrechtliche Hindernisse (z. B. erforderliche, aber nicht zu erlangende Zustimmung etwaiger weiterer Gesellschafter) im Wege stehen.

BGH, Urteil vom 2.7.1990 — II ZR 243/89 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger und sein Bruder E. B. waren je zur Hälfte an den Unternehmen des B-Familienkonzerns, einer Unternehmensgruppe der Großindustrie, beteiligt, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Stahlzeugnissen befaßt. Als späterer Nachfolger des Klägers war dessen Sohn, der Beklagte zu 1 (im folgenden: Beklagter), vorgesehen. Am 29.12.1973 gründeten beide die H. B. KG. In der notariellen Urkunde ist zusätzlich bestimmt, daß die Gesellschaft den einheitlichen Einfluß auf die zum Konzern gehörigen Beteiligungsgesellschaften auch über die Lebenszeit des Klägers hinaus sicherstellen solle. Der Kläger wurde persönlich haftender Gesellschafter, der Beklagte Kommanditist. Die Einlagen der Gesellschaft wurden für den Kläger auf 1 Million DM und für den Beklagten auf 4 Millionen DM festgesetzt. Sie wurden für beide Gesellschafter in der Weise aufgebracht, daß der Kläger seine im einzelnen bezeichneten Beteiligungen an den Konzerngesellschaften zum Nominalwert von rund 19 Millionen DM, eine weitere Beteiligung an einem konzernfremden Unternehmen zum Nominalwert von 1 Million DM sowie eine treuhänderisch gehaltene Kommanditbeteiligung von nominal rund 5 Millionen DM einbrachte; soweit der Gesamtbetrag die festgesetzten Einlagen überstieg, wurde er einem für den Kläger eingerichteten verzinslichen Sonderkonto gutgeschrieben. In der Urkunde heißt es dazu, die Leistung, die der Kläger auf die Einlage des Beklagten in Höhe von 4 Millionen DM erbringe, beruhe „zu einem Teil auf einer Schenkung des Vaters an den Sohn und zum anderen Teil auf den Gegenleistungen, die sich (der Kläger) in Höhe von 1.578.155,— DM ausbehalten hat“. Tatsächlich erbrachte der Beklagte Gegenleistungen im Wert von 1.409.655,— DM; er verzichtete außerdem auf sein Pflichtteilsrecht.

Der Beklagte, der im Unternehmen der Kommanditgesellschaft nicht tätig war, verbürgte sich am 2.12.1974 gegenüber der Bank für Gemeinwirtschaft für alle Ansprüche der wichtigsten zum Konzern gehörenden Unternehmen in unbegrenzter Höhe. Mit Schreiben vom 10.1.1978 gab er — ebenso wie die Söhne E. B.'s, mit denen dieser ebenfalls eine Kommanditgesellschaft unter Einbringung seines wesentlichen Konzernvermögens geschlossen hatte — anlässlich einer Landesbürgschaft in Höhe von 30.500.000,— DM auf Verlangen der Kreditgeber die Erklärung ab, „daß relevante Entscheidungen für die . . . Kommanditgesellschaften und des weiteren für die B. Unternehmensgruppe ausschließlich von den Komplementären der genannten Kommanditgesellschaften getroffen werden“ (sog. „Relevanzklärung“).

Spätestens seit Ende 1981 kam es zu erheblichen Spannungen zwischen den Parteien.

Mit der Klage widerrief der Kläger die nach seiner Ansicht in den Zuwendungen an den Beklagten liegenden Schenkungen. Er hat, soweit es für die Revisionsinstanz interessiert, Übertragung des Kommanditanteils des Beklagten Zug um Zug gegen Zahlung von 1.409.655,— DM und gegen Aufhebung des Pflichtteilsverzichtsvertrags sowie Rückübertragung eines Grundstücks in W. verlangt. Die Vorinstanzen haben der Klage insoweit stattgegeben. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte habe nicht nur das Grundstück, sondern auch den Kommanditeil im Wege der Schenkung vom Kläger erhalten. Er müsse beides auf den Kläger zurückübertragen, weil dieser die Schenkungen wegen groben Undanks gemäß § 530 BGB wirksam widerrufen habe.

1. . . . Die Einwendungen gegen das Berufungsurteil greifen nicht durch.

a) Der Tatbestand einer Schenkung setzt nach § 516 Abs. 1 BGB voraus, daß jemand „aus seinem Vermögen einen anderen bereichert“ und daß beide sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.

aa) . . .

bb) Ein Kommanditeil kann entgegen der Ansicht der Revision Gegenstand einer Schenkung sein.

Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung das Merkmal der unentgeltlichen Zuwendung für die Fälle verneint, in denen jemand in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter aufgenommen wird, ohne selbst eine Einlage leisten zu müssen; er hat darin, daß der neu eintretende Gesellschafter die persönliche Haftung sowie die Beteiligung an einem etwaigen Verlust übernimmt und im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist, eine Gegenleistung gesehen, die grundsätzlich die Annahme einer — sei es auch nur gemischten — Schenkung verbiete (Sen. Ur. v. 11.5.1959 — II ZR 2/58, WM 1959, 719, 720, v. 25.1.1965 — II ZR 233/62, WM 1965, 359 und v. 13.6.1977 — II ZR 150/76, WM 1977, 862, 864; vgl. auch BGH, Ur. v. 26.3.1981 — IVa ZR 154/80, WM 1981, 623, 624). Soweit dagegen im Schrifttum Bedenken erhoben worden sind (vgl. A. Hueck, DB 1966, 1043, 1044 ff.; Staub/Ulmer, HGB 4. Aufl. § 105 Rdnr. 176; Ulmer, MünchKomm. 2. Aufl. § 705 Rdnr. 37; Kollhosser, MünchKomm. 2. Aufl. § 516 Rdnr. 52 m. w. N.), ist auf sie hier nicht einzugehen. Bei der Zuwendung eines Kommanditanteils liegen die Dinge wesentlich anders. Der Kommanditist haftet, wenn die Einlage erbracht ist, nicht persönlich. Er ist jedenfalls im vom Gesetz vorausgesetzten Regelfall — auch im vorliegenden Fall war es so — nicht zur Geschäftsführung verpflichtet. Die kapitalmäßige Beteiligung steht bei ihm ganz im Vordergrund. Auf die Zuwendung eines Kommanditanteils ist deshalb, wenn der Kommanditist nichts für seinen Erwerb aufzuwenden, insbesondere keine Gegenleistung zu erbringen hat und die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig sind, Schenkungsrecht anzuwenden. Bleibt eine etwaige Gegenleistung hinter dem Anteilswert zurück, kann es sich um eine gemischte Schenkung handeln.

Diese Grundsätze gelten, wie auch die Revision einräumt, jedenfalls dann, wenn ein Kommanditist seinen Anteil mit — bereits im Gesellschaftsvertrag oder anlässlich der Veräußerung erteilter — Zustimmung der anderen Gesellschafter auf einen Mitgesellschafter oder einen Außenstehenden überträgt oder wenn jemand in eine offene Handelsgesellschaft oder in ein Einzelkaufmännisches Unternehmen als Kommanditist aufgenommen wird. Es ist aber entgegen der Ansicht der Revision auch dann nicht anders, wenn die Kommanditgesellschaft, an der der Zuwendungsempfänger beteiligt wird, von diesem und dem Zuwendenden erst gegründet wird und allein letzterer das gesamte Gesellschaftskapital aufbringt. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her macht es —

sofern, wie hier, Gegenstand der Schenkung nach dem Parteiwillen die Beteiligung als solche und nicht nur das für die Einlageleistung benötigte Geld ist — keinen Unterschied, ob jemand einen schon bestehenden Kommanditanteil verschenkt, ob er jemanden als Kommanditisten ohne Gegenleistung in sein Unternehmen aufnimmt oder ob er ihn schließlich dadurch an seinem Vermögen beteiligt, daß er mit ihm zusammen eine Gesellschaft gründet, in die der andere nichts einzubringen braucht. Ein Personengesellschaftsvertrag begründet zumindest dann, wenn er zu einer Gesellschaft mit einem Gesamthandsvermögen führt, nicht nur schuldrechtliche Beziehungen, sondern auch ein Gemeinschaftsverhältnis, dem die Vermögenswerte der Gesellschaft zugeordnet sind (vgl. A. Hueck, Urteilsanm. NJW 1953, 138 f.). Die Beteiligung daran kann Gegenstand einer Zuwendung und damit einer Schenkung sein. Schon aus diesem Grund hat die Revision nicht Recht, wenn sie unter Berufung auf Literaturstimmen (vgl. Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. § 516 Rdnr. 19; weitergehend Hermann, ZHR 147 [1983], 313, 322 f.) meint, die Beteiligung an einer neu gegründeten Gesellschaft könne nicht Gegenstand einer Schenkung sein, weil nicht ein schuldrechtlicher Vertrag durch einen anderen vollzogen werden könne. Soweit durch den Gesellschaftsvertrag gemeinsames Vermögen begründet wird, liegt darin die Erfüllung des vorausgegangenen Schenkungsversprechens. Auf die Frage, wie es bei der Einräumung einer stillen Beteiligung ist (vgl. dazu BGHZ 7, 174, 179; BGHZ 7, 378; 380; Sen. Ur. v. 6.3.1967 — II ZR 180/65, WM 1967, 685; weitere Nachweise bei Ulmer, MünchKomm. a. a. O. § 705 Rdnr. 38 f.; dort auch zur Kritik an der Rechtsprechung des Senats), kommt es hier nicht an.

Entgegen der Ansicht der Revision spielt es keine Rolle, daß die zugewendete Kommanditbeteiligung in einem solchen Fall vorher nicht im Vermögen des Zuwendenden vorhanden war, sondern erstmals in der Person des Empfängers entsteht. Die Zuwendung muß zwar, wenn sie Schenkung sein soll, zu einer Entreicherung des Schenkers führen. Das besagt aber nicht, daß der konkrete Gegenstand der Zuwendung sich schon vorher in dessen Vermögen befunden haben muß. Entreicherungs- und Bereicherungsgegenstand brauchen nicht identisch zu sein (allg. Meinung, vgl. z. B. Kollhösser a. a. O. § 516 Rdnr. 4 m. w. N.). So beantwortet sich die Frage, was Schenkungsgegenstand ist, wenn etwa mit Geldmitteln des Schenkers ein Grundstück für den Beschenkten erworben wird, danach, ob das Geld oder das Grundstück verschenkt werden soll (vgl. BGH, Ur. v. 3.12.1971 — V ZR 134/69, NJW 1972, 247, 248 m. w. N.). Ob im Einzelfall das eine oder das andere zutrifft, hängt davon ab, auf welchen Zuwendungsgegenstand sich die in § 516 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Einigung der Parteien bezieht. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht, wie bereits weiter oben ausgeführt, in tatsächlicher Hinsicht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der Kläger dem Beklagten die Kommanditbeteiligung als solche zugewendet hat.

b) Gesellschaftsrechtliche Grundsätze stehen der Anwendung der §§ 530 ff. BGB auf die Zuwendung eines Kommanditanteils nicht entgegen (offengelassen im Sen. Ur. v. 23.1.1967 — II ZR 166/65, NJW 1967, 1081, 1082, insoweit in BGHZ 46, 392 nicht abgedruckt).

aa) Bedenken ergeben sich nicht daraus, daß nach § 140 Abs. 1 HGB ein zwangsweises Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft in der Regel nur durch eine Ausschließungsklage aller Gesellschafter herbeigeführt werden kann.

Insoweit ist zwischen den Rechtsbeziehungen aus dem Schenkungsvertrag und dem Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zu unterscheiden (Hueck DB 1966, 1043, 1047; im Grundsatz ebenso Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, 1970, S. 205 ff.). Gesellschafts- und schenkungsrechtliche Beziehungen können nebeneinander bestehen. Die Rechtsbeziehungen der Beteiligten richten sich innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses nach Gesellschaftsrecht. Dieses kann der Rückforderung eines geschenkten Gesellschaftsanteils entgegenstehen, wenn die Zustimmung etwa vorhandener weiterer Gesellschafter erforderlich und nicht zu erlangen ist. Das ist insofern nicht anders als bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils aufgrund eines darauf gerichteten Vertrages; auch sie ist nur möglich, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder die übrigen Gesellschafter nachträglich zustimmen. Die Ausschließung eines Gesellschafters hat andere Voraussetzungen als die Pflicht zur Übertragung der Beteiligung nach § 531 Abs. 2 BGB. Diese besteht bei grobem Undank — allein — gegenüber dem Schenker; für jene ist ein wichtiger Grund erforderlich, der auch den anderen Gesellschaftern die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unzumutbar macht (vgl. A. Hueck, DB 1966, 1043, 1047). Vor allem sind die Folgen von Ausschließung und bereicherungsrechtlicher Herausgabepflicht nicht nur in rechtlicher Hinsicht, sondern auch in ihrem wirtschaftlichen Gehalt unterschiedlich. Wer, sei es auch aus wichtigem Grund, aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird, behält grundsätzlich den Anspruch auf sein Abfindungsguthaben. Der Widerruf wegen groben Undanks ist dagegen auf die Herausgabe des Geschenkten ohne Entschädigung gerichtet.

bb) Zwingende Gründe, ein solches Nebeneinander beider Rechtsinstitute für ausgeschlossen zu halten, sind entgegen der Auffassung der Revision nicht ersichtlich.

Die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft werden nicht berührt, wenn der Widerruf wegen groben Undanks zugelassen wird. Jene Grundsätze sollen eine rückwirkende Beseitigung des Gesellschaftsvertrages mit ihren für Gesellschafter und Außenstehende untragbaren Ergebnissen vermeiden. Die Rechtsfolgen, zu denen gemäß § 531 Abs. 2 BGB der Schenkungswiderruf führt, läßt anders als etwa der Rücktritt und die rückwirkende Vertragsbeseitigung in Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage das Gesellschaftsverhältnis für die Vergangenheit unberührt; der Beschenkte ist, wenn der Widerruf wirksam erklärt ist, nur verpflichtet, den Anteil — mit Wirkung für die Zukunft — auf den Schenker zurückzuübertragen. Im vorliegenden Fall besteht freilich die Besonderheit, daß, da nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, die Gesellschaft mit Erfüllung der Rückübertragungspflicht erlischt. Aber auch das führt nur dazu, daß der verbleibende Gesellschafter — hier der Kläger — mit der Rückabtretung Alleininhaber des im übrigen unangetastet bleibenden Gesellschaftsvermögens wird. Auch die unterschiedlichen Haftungsmaßstäbe (§ 521 BGB einerseits, § 708 BGB andererseits) schließen es nicht aus, Schenkungs- und Gesellschaftsrecht grundsätzlich nebeneinander bestehen zu lassen. Geht es im konkreten Fall um das Rechtsverhältnis aus dem Schenkungsvertrag, gilt § 521 BGB; ist das Gesellschaftsverhältnis betroffen, gilt der Sorgfaltsmaßstab des § 708 BGB.

cc) Zu Unrecht meint die Revision, der Beklagte werde, wenn er der Gefahr ausgesetzt werde, die Kommanditbeteiligung unter dem Gesichtspunkt des groben Undanks wieder zu ver-

lieren, zum „Gesellschafter minderen Rechts“. Der Senat hat zwar in seinem Urteil vom 9.1.1989 (II ZR 83/88, WM 1989, 783, 785 [= MittBayNot 1989, 223]) ausgeführt, allein die Tatsache, daß dem Gesellschafter die Mittel, mit denen er seine Gesellschafterstellung begründet hat, ganz oder zum überwiegenden Teil geschenkt worden sind, mache ihn nicht zum Gesellschafter „zweiter Klasse“; dem Schenker stünden keine besonderen gesellschaftsrechtlichen Privilegien zu, sondern er müsse die Rechtsposition des Beschenkten so respektieren, wie sie begründet worden sei. Das gilt aber eben nur für die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen; die Rechte aus dem Schenkungsvertrag bleiben davon unberührt.

c) ...

2. Der Kläger hat die Schenkung wirksam gemäß §§ 530, 531 BGB widerrufen.

a) Das Berufungsgericht hat dazu in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, der Beklagte habe aus einer feindlichen Gesinnung heraus das Ziel verfolgt, den Kläger aus der Unternehmensleitung zu verdrängen, und dabei verwerfliche Mittel eingesetzt. Er habe nach eigens dazu eingeholter anwaltlicher Beratung eine Strategie („Gesamtstrategie“) entwickelt, mit deren Hilfe der Kläger aus seinem damaligen Amt als Vorstandsvorsitzender der B-Werke AG habe entfernt und schließlich als Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen werden sollen. Verschiedene vom Beklagten eingeleitete vorbereitende Maßnahmen wie Klageverfahren auf Feststellung seiner Befugnisse als Kommanditist der H. B. KG und auf Feststellung, daß er als Kommanditist an einem von seinem Großvater erbten Unternehmen beteiligt sei, ferner im Verhandlungswege angestrebte personelle Veränderungen im Vorstand, der Widerruf der sog. Relevanzklärung und die Kündigung der der Bank für Gemeinwirtschaft gegenüber übernommenen Bürgschaft hätten dazu gedient, den Kläger unter Druck zu setzen, ihn „weichzukochen“ und schließlich zu entmachten. Dieses Konzept habe der Beklagte mit Hilfe seiner Anwälte entworfen und in privaten Notizen niedergelegt. Schließlich habe er in dem unter anderem gegen den Kläger und ihn selbst eingeleiteten Ermittlungsverfahren wegen Steuerhinterziehung am 2.11.1984 vor der Staatsanwaltschaft den Kläger unnötig belastende Angaben gemacht. Dieses Gesamtverhalten des Beklagten sei als den Schenkungswiderruf rechtfertigender grober Undank zu werten. In den am 26./27.5.1983 getroffenen Vereinbarungen sei keine Verzeihung hinsichtlich der vor diesem Zeitpunkt liegenden Vorgänge zu sehen. Die Jahresfrist nach § 532 BGB — die Klage ist dem Beklagten am 9.7.1985 zugestellt worden — sei nicht nur insoweit als gewahrt anzusehen, als es um die Aussage vom 2.11.1984, sondern auch, soweit es um die sonstigen auf die „Entmachtung“ des Klägers hinzielenden Aktivitäten des Beklagten gehe; deren ganzes Ausmaß sei dem Kläger erst nach dem 9.8.1984 bekannt geworden. Soweit der Kläger auf das Widerrufsrecht wegen sonstiger Verfehlungen in jener Vereinbarung verzichtet habe, seien sie gleichwohl bei der Gesamtwürdigung mit zu berücksichtigen.

b) Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

aa) ...

bb) Die Revision macht geltend, dem Kläger seien entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts alle wesent-

lichen Vorgänge, auf die diese seine Beurteilung gestützt habe, vor dem 9.8.1984 bekannt gewesen. ...

Diese Angriffe sind nicht begründet. ... (Wird ausgeführt.)

cc) In der innerhalb der Jahresfrist vor dem Widerruf der Schenkung gemachten Aussage im Ermittlungsverfahren, auf die das Berufungsgericht in zweiter Linie die Annahme groben Undanks gestützt hat, hat es deswegen eine Verfehlung gegen den Kläger gesehen, weil der Beklagte diesen darin über das unbedingt erforderliche Maß hinaus belastet habe. Es hat, wie es im einzelnen ausgeführt hat, eine solche „Belastungstendenz“ der Aussage insbesondere in einzelnen Formulierungen und Andeutungen gesehen, die geeignet gewesen seien, den Kläger in verschiedener Hinsicht in einem verdächtigen Licht erscheinen zu lassen.

Die Revision wendet sich gegen diese Würdigung, indem sie darzulegen versucht, daß die vom Berufungsgericht angesprochenen Angaben des Beklagten nicht zwingend zu einem Verdacht gegen den Kläger hätten führen müssen, ...

Dies alles sind Angriffe, die die vom Berufungsgericht in der Art und Weise der Aussage gesehene und dem Beklagten zum Vorwurf gemachte Belastungstendenz als solche nicht berühren. ...

dd) Die Revision meint schließlich, das Berufungsgericht habe dem Beklagten letztlich zur Last gelegt, daß er versucht habe, seine ihm als Kommanditisten zustehenden Mitwirkungsrechte gegen seinen Vater, der diese nicht genügend beachtet habe, durchzusetzen; dazu gehöre insbesondere die ihm vom Berufungsgericht zum Vorwurf gemachte Kündigung der sog. Relevanzklärung.

Daran ist richtig, daß der Beklagte gesellschaftsrechtlich nicht deswegen gehindert war, von seinen Rechten als Kommanditist Gebrauch zu machen, weil er die Gesellschafterstellung durch Schenkung erlangt hatte. Darum geht es hier aber nicht. Das Berufungsgericht hat ohne Verfahrensverstöß festgestellt, der Kläger habe dem Beklagten die rund 80% seines Industrievermögens in erster Linie aus schenkungs- und erbschaftssteuerlichen Gesichtspunkten und damit im Interesse des Unternehmens geschenkt, ohne daß sich dadurch an der tatsächlichen Unternehmensführung in absehbarer Zeit etwas habe ändern sollen. Der Beklagte hat später in Übereinstimmung damit zusammen mit seinen Vettern, den Söhnen E. B.'s, die sog. Relevanzklärung abgegeben; damit wurde dem Anliegen der Banken Rechnung getragen, daß alle „relevanten“ Entscheidungen im Konzern durch den Kläger und dessen Bruder allein getroffen würden. Ob das im Verhältnis zwischen den Parteien eine Änderung des Gesellschaftsvertrages bedeutete — das Mitwirkungsrecht des Kommanditisten nach § 164 HGB kann gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden (vgl. *Staub/Schilling*, HGB 4. Aufl. § 164 Rdnr. 7) —, ist hier nicht entscheidend. Jedenfalls war das Berufungsgericht unter den gegebenen Umständen aus Rechtsgründen nicht gehindert, den späteren Widerruf der den Banken gegenüber abgegebenen Erklärung schenkungsrechtlich als groben Undank zu werten. Das gilt um so mehr, als nach der ebenfalls rechtlich einwandfrei getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts der Widerruf der „Relevanzklärung“ nur ein Teilstück in dem „auf die Ablösung des Beklagten abzielenden Vorgehen“ war.

II. Der Beklagte hat dem Kläger nach den § 531 Abs. 2, § 812 BGB ... den Kommanditanteil herauszugeben. Es handelte sich dabei wegen der vom Beklagten erbrachten Gegenlei-

stungen um eine gemischte Schenkung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Frage, ob in einem solchen Fall der übertragene Gegenstand herauszugeben oder lediglich der die Gegenleistung überwiegende Mehrwert zu erstatten ist, darauf abzustellen, ob der unentgeltliche oder der entgeltliche Charakter des Vertrages überwiegt, wobei der Vergleich des Wertes des übergebenen Gegenstandes mit dem Wert der Gegenleistung einen Anhaltspunkt bietet (BGHZ 30, 120, 123; BGHZ 107, 156, 158 f. [= MittBayNot 1989, 206 = DNotZ 1989, 775]; BGH, Urt. v. 3.12.1971 — V ZR 134/69, NJW 1972, 247, 248). Das Berufungsgericht ist unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts davon ausgegangen, daß vorliegend der unentgeltliche Charakter überwiege, so daß der Kommanditanteil Zug um Zug gegen Rückgewähr der vom Beklagten erbrachten Gegenleistung zurückzuübertragen sei. Diese tatrichterliche Feststellung beruht auf dem unstreitigen Parteivorbringen und wird von der Revision nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat zwar den Wert des Pflichtteilsverzichts, den der Beklagte dem Kläger gegenüber abgegeben hat, nicht bewertet. Da der Gesamtwert der geschenkten Gegenstände aber nach der ebenfalls unangegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts heute mindestens 50 Millionen DM beträgt und über nennenswertes Privatvermögen des Klägers nichts vorgetragen ist, ist jene Feststellung des Berufungsgerichts auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

Der Beklagte ist daher zu Recht zur Rückübertragung des Kommanditanteils Zug um Zug gegen Erstattung der von ihm erbrachten Gegenleistung verurteilt worden.

III. ...

13. GmbHG §§ 13, 16 Abs. 1, § 34 (*Ausschließungsrecht gegenüber einem GmbH-Gesellschafter*)

1. a) Eine vertragliche Vereinbarung, die einem Gesellschafter das Recht einräumt, die Gesellschafterstellung eines Mitgesellschafters nach freiem Ermessen zu beenden, ist auch im GmbH-Recht nichtig, es sei denn, daß eine solche Regelung wegen der besonderen Umstände sachlich gerechtfertigt ist (im Anschluß an BGHZ 68, 212 [= DNotZ 1977, 680]; BGHZ 81, 263 [= DNotZ 1982, 164]).
- b) Das Ausschließungsrecht kann sachlich gerechtfertigt sein, wenn der Berechtigte wegen enger persönlicher Beziehungen zu seinem Mitgesellschafter die volle Finanzierung der Gesellschaft übernimmt und diesem eine Mehrheitsbeteiligung sowie die alleinige Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt wird.
2. Veräußert der bisherige alleinige Geschäftsführer den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil in der Weise an einen Mitgesellschafter, daß dieser dessen früheres Vertragsangebot annimmt, weiß ersterer hiervon aber nichts, dann muß der Anteilsübergang dem Geschäftsführer und früheren Gesellschafter gegenüber auch dann angemeldet werden, wenn durch die Veräußerung eine Einmangengesellschaft entsteht.

BGH, Urteil vom 9.7.1990 — II ZR 194/89 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und der Beklagte zu 1, die spätestens seit April 1984 in einer eheähnlichen Beziehung zusammenlebten, gründeten am 15.11.1983 die Beklagte zu 2, eine GmbH. Vom Stammkapital von 50.000,— DM übernahmen die Klägerin 35.000,— DM und der Beklagte zu 1 15.000,— DM. Unternehmensgegenstand war die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Die Klägerin, die auf diesem Gebiet aufgrund früherer Tätigkeit Erfahrungen hatte, wurde zur alleinigen Geschäftsführerin bestellt. Durch notarielle Urkunde vom selben Tage bot die Klägerin ihren Geschäftsanteil dem Beklagten zu 1 unbefristet zum Kauf und zur Übertragung an; der Kaufpreis sollte „unabhängig von dem Wert des Geschäftsanteils“ 35.000,— DM betragen. Ausweislich eines schriftlichen Vertrages vom 24.11.1983 gewährte der Beklagte zu 1 der Klägerin zum Erwerb ihres Geschäftsanteils ein Darlehen von 35.000,— DM, dessen Rückzahlung „einer gesonderten Regelung vorbehalten“ blieb. Am 27.12.1983 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 2 einen „Geschäftsführervertrag“, der von selbst enden sollte, wenn die Klägerin als Gesellschafterin ausschied (§ 14 Nr. 2). Die Klägerin erhielt zunächst ein Bruttogehalt von monatlich 4.000,— DM, das später bis auf 17.500,— DM erhöht und ab 1.3.1988 auf 6.000,— DM gekürzt wurde.

Seit Ende 1986 bestanden zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1 persönliche Differenzen. Im Protokoll über eine Gesellschafterversammlung vom 13.3.1988 wurde festgehalten, daß die Liquiditätsunterdeckung ca. 500.000,— DM betrage.

Am 21.3.1988 nahm der Beklagte zu 1 das Angebot der Klägerin vom 15.11.1983 zum Erwerb ihres Geschäftsanteils in notarieller Form an. Noch am selben Tage hielt er eine Gesellschafterversammlung ab, zu der die Klägerin nicht eingeladen worden war. Der Beklagte zu 1 beschloß in dieser Versammlung die Abberufung der Klägerin als Geschäftsführerin und seine eigene Bestellung zum Geschäftsführer. Bereits vor der Beurkundung der Angebotsannahme hatte der Beklagte den von der Klägerin geschlossenen Anstellungsvertrag fristlos gekündigt. Die Kündigung wurde mit Anwaltsschreiben vom 29.3.1988 wiederholt. Die Klägerin erhielt ab März 1988 kein Gehalt mehr.

Die Klägerin hat, soweit es jetzt noch von Interesse ist, gegenüber beiden Beklagten Feststellung verlangt, daß der Kauf- und Abtretungsvertrag über ihren Geschäftsanteil unwirksam, der Geschäftsführervertrag nicht beendet und der Abberufungsbeschluß nichtig sei, und Zahlung ihrer Dienstbezüge für März 1988 bis August 1988, in der Berufungsinstanz bis Februar 1989 verlangt; hilfsweise zu dem zuerst genannten Feststellungsbegehren hat die Klägerin im Berufungsrecht zug beantragt, den Beklagten zu 1 zur Übertragung des Geschäftsanteils an sie zu verurteilen. Sie hat behauptet, sie habe ihr Angebot vom 15.11.1983 schon vor dem 21.3.1988 widerrufen.

Die Beklagten haben geltend gemacht, der Beklagte zu 1, der das Unternehmen ausschließlich finanziert habe, habe mit Hilfe des unbefristeten Angebots der Klägerin das Unternehmen wirtschaftlich in der Hand behalten sollen; zur Übernahme des Geschäftsanteils habe er sich wegen Mißwirtschaft der Klägerin entschlossen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision wurde die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses festgestellt. Im übrigen führte die Revision zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

I. Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Anteilsübertragung.

1. ...

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Klägerin noch an ihr Angebot vom 15.11.1983 gebunden gewesen sei, als der Beklagte zu 1 es am 21.3.1988 annahm; die Geschäftsgrundlage sei in der Zwischenzeit nicht fortgefallen.

Der dagegen gerichtete Revisionsangriff ist nicht begründet. Wer ein auf längere Zeit befristetes Angebot abgibt, soll dieses zwar nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung in der Regel widerrufen dürfen, wenn sich in der Zwischenzeit die Umstände in unvorhersehbarer Weise geändert haben und er das Angebot, hätte er die Änderung vorausgesehen, für den Empfänger erkennbar nicht abgegeben

hätte (vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, 3. Aufl. S. 644; *Larenz*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. S. 521; enger *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB 3. Aufl. Rdnr. 369). Die Klägerin hat sich jedoch ausdrücklich verpflichtet, den Anteil zum Nominalwert von 35.000,— DM „unabhängig von dem Wert des Geschäftsanteils“ zurückzuübertragen. Damit hat sie bewußt das Risiko übernommen, eine etwaige durch gute Geschäftsentwicklung bewirkte Wertsteigerung nicht vergütet zu bekommen.

3. Der durch das Angebot vom 15.11.1983 und die Annahme vom 21.3.1988 zustande gekommene Vertrag kann jedoch aus anderen Gründen unwirksam sein.

a) Dem Beklagten zu 1 ist durch das die Klägerin bindende Angebot das Recht eingeräumt worden, sich durch dessen Annahme jederzeit nach grundsätzlich freiem Belieben seiner Mitgesellschafterin zu entledigen. Diese Gestaltung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den beiden einzigen Gesellschaftern hat dieselbe Wirkung wie ein gesellschaftsrechtlich dem Beklagten zu 1 eingeräumtes Recht, die Klägerin ohne sachliche Gründe in der Weise auszuschließen, daß sie ihren Anteil auf ihn zu übertragen hat. Im Recht der Personengesellschaften verstoßen derartige Hinauskündigungsklauseln nach der neueren Rechtsprechung des Senats in der Regel gegen § 138 BGB. Sie begründen die Gefahr, daß die von der jederzeitigen Ausschließungsmöglichkeit bedrohten Gesellschafter von ihren Rechten keinen Gebrauch machen und die ihnen obliegenden Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen, sondern sich den Wünschen des oder der durch das Ausschließungsrecht begünstigten Gesellschafter beugen; damit wird einer nicht zu billigen Willkürherrschaft der Mehrheit oder der mit dem Ausschließungsrecht ausgestatteten Gesellschafter Vorschub geleistet (BGHZ 68, 212, 215 [= DNotZ 1977, 680]; BGHZ 81, 263, 266 f. [= DNotZ 1982, 164]; BGHZ 105, 213, 216 f. [= MittBayNot 1989, 95 = DNotZ 1989, 512]; Sen. Ur. v. 25.3.1985 — II ZR 240/84, WM 1985, 772, 773 [= MittBayNot 1985, 211 = DNotZ 1986, 42]). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch angesichts der daran von einem Teil des Schrifttums geübten Kritik (vgl. die Nachweise bei *Ulmer*, MünchKomm z. BGB, 2. Aufl. § 737 Rdnr. 15; *Kesselmeier*, Ausschließungs- und Nachfolgeregelung in der GmbH-Satzung, 1989, S. 99 ff.; zustimmend dagegen *Ulmer* a. a. O. § 737 Rdnr. 16; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 1084 f.; im Ergebnis auch *Behr*, ZGR 1990, 370, 377 ff.) fest.

In einer GmbH ist die Sachlage nicht grundsätzlich anders. Auch hier soll insbesondere die Mitwirkung an von der Gesellschafterversammlung zu treffenden Beschlüssen Ausfluß freier Willensbildung sein. Eine Beschlußfassung, bei der ein Teil der Gesellschafter den Mitgesellschaftern mit der immer gegenwärtigen Drohung, sie ohne weiteres aus der Gesellschaft entfernen zu können, seinen Willen aufzwingen kann, wird jenem Grundsatz nicht gerecht. Deshalb ist auch bei der GmbH ein satzungsmäßiges Ausschließungs- oder Einziehungsrecht grundsätzlich nur dann zulässig, wenn es an das Vorliegen bestimmter, in der Satzung festgelegter sachlicher Gründe gebunden ist (so auch *Scholz/H. P. Westermann*, GmbHG 7. Aufl. § 34 Rdnr. 13; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 12. Aufl. § 34 Rdnr. 12; *G. Hueck* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 34 Rdnr. 6; *Rowedder/Rowedder*, GmbHG 2. Aufl. § 34 Rdnr. 42; *Meyer-Landrut* in *Meyer-Landrut/Müller/Niehus*, GmbHG, 1987, § 34 Rdnr. 5; vgl. auch *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 34 Rdnr. 4.1.2; a. A. *Hachenburg/Hohner*, GmbHG 7. Aufl. § 34 Rdnr. 34).

b) Trotzdem kann der Klage in diesem Punkt in der Revisionsinstanz nicht stattgegeben werden. Eine an keine Voraussetzung geknüpfte Hinauskündigungsklausel ist gleichwohl wirksam, wenn sie wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist (BGHZ 68, 212, 215; BGHZ 81, 263, 269; BGHZ 105, 213, 217). Welche Umstände insoweit in Betracht kommen, ist bisher wenig geklärt. Die Frage läßt sich, da es immer auf den konkreten Fall ankommt, nicht abschließend entscheiden. Unter den hier gegebenen besonderen Umständen läßt es sich jedenfalls bisher nicht ausschließen, daß das dem Beklagten zu 1 eingeräumte Recht, den Anteil der Klägerin grundsätzlich ohne besondere Voraussetzungen zu übernehmen, wirksam begründet worden ist.

Keine entscheidende Rolle spielt es allerdings, daß die Klägerin für die Einlage von 35.000,— DM offenbar keine eigenen Mittel aufzuwenden brauchte. Sie hatte bis März 1988 anscheinend weder das ihr nach dem Vertrag vom 24.11.1983 vom Beklagten zu 1 zur Verfügung gestellte „Darlehen“ getilgt noch die vereinbarten 5% Zinsen pro Jahr gezahlt; das ist jedenfalls dem Anwaltsschreiben vom 29.3.1988 zu entnehmen, durch das der Beklagte zu 1 den Dienstvertrag der Klägerin hat kündigen lassen. Dies und die Tatsache, daß der Beklagte zu 1 den Anteil jederzeit zum Nominalwert von 35.000,— DM wieder sollte an sich ziehen dürfen, könnte darauf hindeuten, daß dann „Kaufpreis“ und „Darlehen“ miteinander verrechnet werden sollten. Darin läge aber keine Schenkung, weil die Klägerin bei ihrem Ausscheiden außer dem „Kaufpreis“ keinerlei Abfindung erhalten sollte. Wirtschaftlich wäre es dann vielmehr so, als wenn die Klägerin die Einlage tatsächlich eingezahlt und auf Verlangen des Beklagten zu 1 unter Abfindung zum Nominalwert wieder hätte ausscheiden müssen. Auf die Frage, ob die Anteilschenkung für sich allein die Ausschließung ohne sachlichen Grund rechtfertigt (vgl. dazu *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I, Teil I, Die Personengesellschaft 1977, S. 137 f.; *K. Schmidt* a. a. O. S. 1085; *Eiselt*, *Eiselt*, Schenkung für v. Lübtow, 1980, 643, 656; *U. Huber*, ZGR 1980, 177, 201; zur früheren Rechtsprechung BGHZ 34, 80, 83; zur Frage, ob dieser Gesichtspunkt bei der Abfindung des ausscheidenden Gesellschafter unter dem wirklichen Anteilswert eine Rolle spielt, Sen. Ur. v. 9.1.1989 — II ZR 83/88, WM 1989, 783, 785 [= MittBayNot 1989, 223]), kommt es daher im vorliegenden Fall nicht an.

Dieser ist nach dem zum Teil unstreitigen, zum Teil streitigen, jedoch mangels tatrichterlicher Feststellungen für die Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Tatsachenstoff durch folgende Besonderheiten geprägt: Die Klägerin war alleinige Geschäftsführerin der Gesellschaft und verfügte mit 70% des Stammkapitals über die Mehrheit in der Gesellschafterversammlung. Sie war damit, solange sie Gesellschafterin war, in der Lage, die laufenden Geschäfte des Unternehmens alleinentscheidend zu führen; nur für Satzungsänderungen und bestimmte in § 7 Nr. 4 des Gesellschaftsvertrags aufgeführte Beschlußgegenstände, für die eine Stimmenmehrheit von 75% erforderlich war, war sie auf die Mitwirkung des Beklagten zu 1 angewiesen. Diese Machtstellung in der Gesellschaft beruhte nicht auf einem entsprechenden Kapitaleinsatz. Der Beklagte hat behauptet, er habe es übernommen gehabt, das Unternehmen allein zu finanzieren; die Klägerin sei damals mittellos gewesen. Tatsächlich hat er jedenfalls zunächst die Geldmittel für das Stammkapital von 50.000,— DM allein aufgebracht. Darüber hinaus hat er nach seinem Vortrag der Gesellschaft Darlehen in Höhe von zuletzt — unter Berücksichtigung von

Rückzahlungen — 410.000,— DM zur Verfügung gestellt und sich für weitere Betriebskredite im Umfang von 600.000,— DM verbürgt. Zum Ausgleich dafür habe er, so hat er behauptet, das Unternehmen wirtschaftlich „in seiner Hand behalten“ sollen.

Geht man hiervon mangels bisheriger gegenteiliger tatsächlicher Feststellungen aus, dann hat der Beklagte zu 1 der Klägerin vor dem Hintergrund ihrer persönlichen Beziehungen die Stellung als Mehrheitsgesellschafterin und Geschäftsführerin in einem von ihm finanzierten Unternehmen verschafft, in dem sie durch ihr Geschäftsführergehalt und ihre Gewinnbeteiligung ihr Auskommen finden konnte. Er selbst hat auf die Unternehmensleitung keinen Einfluß genommen. Damit hatte er sich mit seinem in dem Unternehmen investierten Geld ganz in die Hand der Klägerin gegeben. Grundlage dafür waren die engen persönlichen Beziehungen zwischen ihm und der Klägerin und das darauf gegründete Vertrauen, daß diese das Unternehmen so führen werde, daß ihm kein finanzieller Schaden entstand. Fielen diese Voraussetzungen weg, dann hatte der Beklagte zu 1 ein berechtigtes Interesse daran, die Machtstellung der Klägerin in der Gesellschaft beenden zu können. Dazu reichten seine normalen Gesellschafterbefugnisse nicht aus. Als Minderheitsgesellschafter hätte er die Klägerin aus ihrer Organstellung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen können; die Beendigung der persönlichen Beziehungen zwischen ihm und der Klägerin hätte aber nicht ohne weiteres einen solchen Grund darstellen müssen. Im übrigen hätte die Klägerin sich kraft ihrer Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung jederzeit erneut zur Geschäftsführerin bestellen können. Das rechtfertigt die dem Beklagten zu 1 eingeräumte Möglichkeit, den Geschäftsanteil der Klägerin ohne weitere Voraussetzungen an sich zu ziehen und damit die Organstellung der Klägerin von selbst enden zu lassen. Der Geschäftsanteil einschließlich der Geschäftsführerposition war der Klägerin von vornherein nur für die Zeit eingeräumt, in der das oben angesprochene Vertrauensverhältnis bestand. Ihre Rechtsstellung unterschied sich daher nicht wesentlich von der eines Treuhänders, wobei sie freilich ihre Gesellschafter- und Geschäftsführerrechte in ihrem eigenen Interesse ausüben durfte. Der Treuhänder hat nach Beendigung des Treuhandverhältnisses das Treugut wieder herauszugeben. Dafür, daß der Beklagte zu 1 von der Möglichkeit, den Geschäftsanteil der Klägerin jederzeit an sich zu ziehen, im März 1988 treupflichtwidrig Gebrauch gemacht hätte, bestehen angesichts der zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen ihm und der Klägerin keine Anhaltspunkte.

c) Die Wirksamkeit der durch die Angebotsannahme bewirkten faktischen Ausschließung der Klägerin hängt nicht davon ab, ob, wie diese meint, ihre Abfindung zum Nominalwert unangemessen gering ist. Nach der Rechtsprechung des Senats berührt sowohl im Personengesellschafts- wie auch im GmbH-Recht eine zu niedrige Abfindung oder ein zu geringes Einziehungsentgelt die Wirksamkeit des Beschlusses selbst nicht (Sen. Ur. v. 7.5.1973 — II ZR 140/71, WM 1973, 842, 843 und v. 13.9.1977 — II ZR 11/76, WM 1977, 1276, 1278 [= DNotZ 1978, 560]). Hier ist die Gesellschafterstellung der Klägerin zwar nicht durch Gesellschafterbeschluß, sondern dadurch beendet worden, daß der Beklagte zu 1 das Angebot der Klägerin, ihm ihren Anteil zu übertragen, angenommen hat. Ein Vertrag kann grundsätzlich, wenn sich nicht aus § 139 BGB etwas anderes ergibt, entweder nur insgesamt wirksam oder in vollem Umfang unwirksam sein. Die

im vorliegenden Fall von den Beteiligten gewählte Gestaltung läuft aber, wie bereits ausgeführt, auf ein nicht an sachliche Gründe gebundenes einseitiges Ausschließungs- oder Kündigungsrecht des Beklagten zu 1 hinaus. Sie kann daher auch, was die Auswirkungen eines zu niedrigen Abfindungsentgelts betrifft, nicht anders beurteilt werden als eine sonstige Hinauskündigungsklausel.

Ob die Abfindung der Klägerin zum Nominalwert wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist (vgl. dazu auch Sen. Ur. v. 9.1.1989 — II ZR 83/88, WM 1989, 783, 784), müßte danach notfalls in einem weiteren Rechtsstreit entschieden werden. Dabei würde gewiß von Bedeutung sein, daß nach der Behauptung der Klägerin das Unternehmen Anfang 1988 einen Wert von 1 bis 1,5 Millionen DM gehabt haben soll und daß dieser Wert, soweit er vorhanden war, einerseits durch den Kapitaleinsatz des Beklagten zu 1 und andererseits durch die Geschäftsführerleistungen der Klägerin geschaffen worden ist. Ausschlaggebend wird indessen zunächst ein anderer Gesichtspunkt sein: Hat allein der Beklagte zu 1 das Unternehmen finanziert und war es der Klägerin nur auf Zeit zur nutzbringenden Bewirtschaftung überlassen, dann wird es entscheidend darauf ankommen, ob die Gehalts- und Gewinnbezüge der Klägerin, die nach der Darstellung des Beklagten zu 1 in etwa 4 1/2 Jahren seit Gründung der Gesellschaft insgesamt ca. 646.000,— DM betragen haben sollen, ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit der Klägerin darstellen. Unter dieser Voraussetzung könnte es gerechtfertigt sein, sie an dem bei ihrem Ausscheiden vorhandenen Wertzuwachs (einschließlich etwaiger stiller Reserven und eines Firmenwerts) nicht zu beteiligen.

## II. Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses vom 21.3.1988

1. Ist die Klägerin noch Gesellschafterin, dann ist sie zur Nichtigkeitsklage entsprechend § 252 AktG befugt. Ist sie es nicht, dann kann sie jedenfalls, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, gegenüber der Beklagten zu 2 im Wege der einfachen Feststellungsklage klären lassen, ob sie durch den Beschluß ihre Geschäftsführerstellung verloren hat.

2. Das Berufungsgericht hält den Beschluß vom 21.3.1988 für wirksam, obwohl die Klägerin zu der damals vom Beklagten zu 1 abgehaltenen Gesellschafterversammlung nicht eingeladen worden ist. Es meint, es sei unschädlich, daß die Beklagte zu 2 von dem nach seiner Ansicht durch die Annahme des Angebots vom 15.11.1983 bewirkten Anteilsübergang nicht gemäß § 16 GmbHG förmlich benachrichtigt worden ist; da durch die Übertragung eine Einmanngesellschaft entstanden ist, wäre es, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, ein unvertretbarer Formalismus, auf die Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter abzustellen. Bei natürlicher Betrachtung sei das Wissen des Beklagten zu 1 als des Alleingesellschafters auch der Gesellschaft zuzurechnen.

Diese rechtliche Beurteilung ist, wie die Revision zu Recht rügt, unzutreffend. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gilt bei einer Anteilsveräußerung der Gesellschaft gegenüber nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Fiktion; auf die Wirksamkeit der Übertragung kommt es insoweit nicht an. Diese Regelung soll sowohl die Gesellschaft vor den Unsicherheiten eines Gesellschafterwechsels als auch Veräußerer und Erwerber in ihrer Stellung gegenüber der Gesellschaft schützen.

zen (BGHZ 84, 47, 49 [= DNotZ 1983, 192]; *Scholz/Winter*, GmbHG 7. Aufl. § 16 Rdnr. 2). Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts braucht die Gesellschaft allerdings dann nicht förmlich benachrichtigt zu werden, wenn der alleingeschäftsführende Gesellschafter einen Geschäftsanteil veräußert, weil in einem solchen Fall der Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer die Einzelheiten der Veräußerung bekannt sind (RGZ 127, 236, 241 f.; RGZ 131, 146, 148; RGZ 157, 52, 59). Ob das in dieser Allgemeinheit zutrifft oder ob sich der Geschäftsführer nach außen hin in einer Weise verhalten muß, die sich zumindest als stillschweigende Anmeldung gegenüber der Gesellschaft deuten läßt (vgl. *G. Hueck* a. a. O. § 16 Rdnr. 3; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 16 Rdnr. 3), ist hier nicht zu entscheiden. Die Klägerin als damalige Geschäftsführerin der Gesellschaft war zwar insofern an der Anteilsübertragung beteiligt, als sie im Jahre 1983 das Vertragsangebot abgegeben hatte. Der Übergang kam aber erst mit der Annahme jenes Angebots zustande. Von ihr wußte die Klägerin nichts, als der Beklagte zu 1 am 21.3.1988 die Gesellschafterversammlung abhielt; darauf weist auch das Berufungsgericht zutreffend hin. Damit hatte auch die Gesellschaft keine Kenntnis von dem Vorgang.

Diese Kenntnis konnte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der Gesellschaft auch dann nicht durch das Wissen des Beklagten zu 1 vermittelt werden, wenn dieser durch die Annahme des Angebots alleiniger Gesellschafter geworden ist. Die Gesellschaft mußte Gelegenheit zur Prüfung erhalten, ob der Anteil wirklich übergegangen war. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob, wie in einem Teil des Schrifttums angenommen wird, die Anmeldung der Annahme durch die Gesellschaft bedarf (vgl. *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 139 f.; *Zutt*, FS Oppenhoff, 1985, S. 555, 561); die Gesellschaft entscheidet jedenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen, ob der Nachweis des Anteilsübergangs als geführt anzusehen ist (*Scholz/Winter* a. a. O. § 16 Rdnr. 19 m. w. N.). Eine solche Prüfung ist u. a. auch im Hinblick auf die Bestimmung des § 16 Abs. 2 GmbHG unabdingbar. Solange der Anteilsübergang der Gesellschaft gegenüber nicht ordnungsgemäß angemeldet war, waren Rechtshandlungen der Klägerin gegenüber der Gesellschaft und umgekehrt wirksam. Die durch § 16 GmbHG bezweckte Rechtssicherheit kann erst herbeigeführt werden, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft und damit diese selbst etwas vom Übergang des Anteils erfährt. Der Geschäftsführer hat dabei im Interesse der Gesellschaft die Sach- und Rechtslage sorgfältig zu prüfen; anderenfalls kann er sich nach § 43 GmbHG schadensersatzpflichtig machen. Der Beklagte zu 1, der nicht Geschäftsführer war, konnte diese Prüfung nicht vornehmen.

Die Klägerin, die danach unabhängig von der Wirksamkeit der Anteilsübertragung der Beklagten zu 2 gegenüber weiterhin als Gesellschafterin galt, hätte daher zu der Gesellschafterversammlung geladen werden müssen. Da dies unterblieben ist, ist der Abberufungsbeschluß vom 21.3.1988 entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig (vgl. BGHZ 36, 207, 211).

### III. Antrag auf Feststellung des Fortbestehens des Geschäftsführervertrages

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dieser Antrag begründet ist, hängt davon ab, ob die Klägerin noch Gesellschafterin ist.

Ist der Anteil nicht wirksam auf den Beklagten zu 1 übergegangen, dann ist der Beendigungsgrund des § 14 Abs. 2 des Anstellungsvertrages vom 27.12.1983 nicht eingetreten. Hiernach endet der Vertrag zu dem Zeitpunkt, zu dem die Klägerin „aus der Gesellschaft als Gesellschafter ausscheidet“. Der Beklagte zu 1 konnte dann als Minderheitsgesellschaft auch nicht kündigen.

War die Anteilsübertragung dagegen wirksam, dann wurde der Anstellungsvertrag trotzdem nicht sofort am 21.3.1988 beendet. § 14 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages sieht eine Koppelung des Vertrages an das Gesellschaftsverhältnis vor. Das ist zulässig (zur Koppelung des Dienstvertrages des Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft an den Widerruf der Organbestellung vgl. Sen. Ur. v. 29.5.1989 — II ZR 220/88, WM 1989, 1246, 1247 f.). In einem solchen Fall darf aber die in § 622 Abs. 1 Satz 2 BGB zwingend vorgeschriebene Mindestkündigungsfrist von einem Monat nach Ende des Monats, in dem gekündigt wird, nicht außer Kraft gesetzt werden (Sen. Ur. a. a. O. S. 1248 f.). Das Anstellungsverhältnis der Klägerin endete daher im Fall der Wirksamkeit der Anteilsübertragung am 30.4.1988.

### IV. Zahlungsantrag (*Wird ausgeführt*)

#### C.

#### Verwaltungsrecht

14. BBauG § 134 Abs. 1 S. 3; BayKAG Art. 5 Abs. 6 (*Beitragspflicht der Wohnungseigentümer entsprechend ihrer Miteigentumsanteile*)

**Für den Herstellungsbeitrag zur Entwässerung sind Miteigentümer nach dem WEG nicht (mehr) Gesamtschuldner. Sie werden vielmehr entsprechend ihrem Miteigentumsanteil jeweils Alleinschuldner.**

BayVGH, Urteil vom 12.1.1990 — Az. 23 B 88.01295 — (*rechtskräftig*)

#### *Aus dem Tatbestand:*

Ein mit einem Doppelhaus und einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück wurde in Miteigentumsanteile nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilt. Der Kläger und seine Ehefrau erwarben ein Miteigentumsanteil von 303/1077stel, verbunden mit dem Sonder Eigentum an einer Doppelhaushälfte.

Mit Bescheid vom 3.12.1984, berichtigt durch Bescheid vom 11.3.1985 und weiterhin mit Schreiben vom 14.5.1985, forderte der beklagte Zweckverband vom Kläger einen Herstellungsbeitrag in Höhe von 4.122 DM. Der Berechnung liegt die tatsächliche Geschoßfläche der vom Kläger bewohnten Doppelhaushälfte mit 190,666 qm zugrunde. Sie wurde nach Maßgabe der Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung des Beklagten mit dem Faktor 10 x 2,162 vervielfacht.

Nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens erhob der Kläger zum Verwaltungsgericht Klage mit dem Antrag, den Beitragsbescheid insoweit aufzuheben, als der festgesetzte Beitrag den Betrag von 3.405,78 DM übersteige. Das Verwaltungsgericht wies die Klage ab. Der Kläger verfolgt sein ursprüngliches Begehren in der Berufungsinstanz weiter.

#### *Aus den Gründen:*

Die zulässige Berufung ist begründet. ... Der Bescheid ist rechtswidrig, weil er sich auf keine gültige Rechtsgrundlage stützen läßt (*Wird ausgeführt*).

Auch wenn die Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung in ihrem Beitragsteil gültig wäre und eine wirksame Rechtsgrundlage für den Bescheid darstellte, wäre der Klage in dem beantragten Umfang stattzugeben; denn der Beklagte hat den Kläger nach den Bestimmungen dieser Satzung mit einem zu hohen Betrag belastet.

Die Frage, in welcher Weise die zur Deckung des Herstellungsaufwands für öffentliche Einrichtungen zu erhebenden Beiträge bei Wohnungs- oder Teileigentum auf die einzelnen Eigentümer aufzuteilen sind, ergibt sich aus dem Gesetz. Gemäß Art. 5 Abs. 6 Satz 1 KAG in Verbindung mit § 1008 und § 421 BGB sind Miteigentümer nach Bruchteilen an einem Grundstück Gesamtschuldner der zur Deckung des Aufwandes für die Herstellung einer öffentlichen Einrichtung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 KAG zu erhebenden Beiträge. Miteigentümer nach Bruchteilen sind auch die Wohnungs- und Teileigentümer nach dem WEG, jedoch mit der Besonderheit, daß dem einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümer an einer bestimmten Wohnung oder an bestimmten nicht Wohnzwecken dienenden Räumen ein Sondereigentum unter Ausschluß der übrigen Wohnungs- oder Teileigentümer zusteht, während er mit diesen bezüglich des Grundstücks selbst und der Gemeinschaftsanlagen Miteigentümer bleibt. Zu dem gemeinschaftlichen Eigentum rechnen nach § 1 Abs. 5 WEG alle Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehen, also auch Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, die nicht einer einzelnen Wohnung zugute kommen, wie Einrichtungen für Gas, Strom, Wasser und Abwasser, Fernsprechleitungen (vgl. MünchKomm-Röll, BGB, 2. Aufl., Rdnr. 9 zu § 1 und Rdnrn. 16 und 26 zu § 5 WEG). Obwohl das Sondereigentum Alleineigentum ist, ist es gemäß § 3 Abs. 1 WEG dennoch nur ein auf diese Weise beschränktes Miteigentum. Deshalb ist nach § 16 Abs. 2 WEG jeder Wohnungs- oder Teileigentümer den anderen Wohnungs- oder Teileigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen, der sich nach dem im Grundbuch einzutragenden Verhältnis der Miteigentumsanteile bestimmt.

Der Bundesgesetzgeber hatte dem in Art. 3 § 9 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung des Bundesbaugesetzes vom 18. 8. 1976 (BGBl I S. 2221) und durch die darauf beruhende Neufassung des § 134 Abs. 1 Satz 3 des BBauG vom 18. 8. 1976 (BGBl I S. 2256) Rechnung getragen. Der bayerische Gesetzgeber ist dem gefolgt; er hat durch § 5 Abs. 2 Buchst. c des Gesetzes zur Anpassung von Gesetzen an die Abgabenordnung (AOAnpG) vom 23. 12. 1976 (GVBl S. 566) die bisherige Vorschrift des Art. 5 Abs. 6 KAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 3. 1974 (GVBl S. 109, ber. S. 252) entsprechend geändert und ihn so in die neue Fassung des Gesetzes vom 4. 2. 1977 (BayRS 2024-1-I) übernommen.

Mit dieser Regelung wird die persönliche Beitragspflicht an das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück gebunden, nicht aber auf das Wohnungs- oder Teileigentum bezogen. Die Miteigentümer sind jedoch gerade wegen der vorstehend erwähnten Besonderheiten beitragsrechtlich nicht mehr Gesamtschuldner; sie werden vielmehr entsprechend ihrem aus dem Grundbuch ersichtlichen Miteigentumsanteil jeweilige Alleinschuldner (vgl. *Cholewa/David/Dyong/Von der Heide*, Das Neue Baugesetzbuch, 1987, Erl. 7 zu § 134; *Ernst* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, 1987,

Rdnr. 7 zu § 134; *DrieHaus* in *DrieHaus*, Kommunalabgabenrecht, 1989, Rdnrn. 63 und 64 zu § 8 KAG NW; MünchKomm-Röll, a. a. O., Rdnr. 13 zu § 16 WEG). Danach kommt es für die Höhe des den einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümer treffenden Beitrags nicht auf den jeweiligen Raum- oder Flächeninhalt seines Sondereigentums an; vielmehr ist zunächst für das ganze Grundstück und dessen gesamte Bebauung nach den jeweiligen satzungsmäßig vorgesehenen Maßstäben ein Beitrag zu errechnen und dann auf alle Wohnungs- oder Teileigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen zu verteilen. Die sich dabei ergebenden Teilbeiträge sind die Beiträge, deren Alleinschuldner die jeweiligen Wohnungs- oder Teileigentümer sind. Neu an dieser Rechtslage ist nur, daß nun die persönliche Beitragspflicht der einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümer von vornherein entsprechend ihren Miteigentumsanteilen entsteht (vgl. *DrieHaus*, a. a. O.). Im Innenverhältnis der Wohnungs- und Teileigentümer zueinander war es schon bisher so; sie waren nach § 16 Abs. 2 WEG nicht etwa nach den Raum- oder Flächenmaßen ihres Sondereigentums, sondern ausschließlich nach eben diesen Miteigentumsanteilen ausgleichspflichtig. Nach außen hatten sie allerdings für den auf das ganze Grundstück mit seiner Bebauung entfallenden Beitrag als Gesamtschuldner einzustehen. Dies hat sich geändert (vgl. BayVGh vom 21. 11. 1989, Az. 23 CZ 89.02910).

D.

#### Notarrecht

15. AGBG §§ 1, 11 Nr. 15; ZPO §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 726 (*Unwirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Nachweisverzichts*)

**In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist eine Vertragsbestimmung, wonach es zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde des Nachweises der Fälligkeit nicht bedarf, unwirksam, wenn die Fälligkeit etwa von der Erreichung eines bestimmten Bautenstandes oder Ausbauzustandes abhängt.**

OLG Nürnberg, Beschluß vom 8. 5. 1990 — 11 W 361/90 — mitgeteilt von Notar *Hans Kleider*, Nürnberg

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beschwerdegegner verkaufte mit Vertrag vom 15. 3. 1989 eine Eigentumswohnung in einem Altbau mit der Verpflichtung, noch einzelne Renovierungs- und Ausstattungsarbeiten am Gemeinschafts- wie am Sondereigentum vorzunehmen.

Nach Eintragung einer Auflassungsvormerkung an erster Rangstelle war ein Teilbetrag sofort zur Zahlung fällig, während die restlichen Kaufpreistraten jeweils nach Ausführung einzelner Teilarbeiten fällig sein sollten. Da die Beschwerdeführerin keine Zahlungen leistete, erhielt der Beschwerdegegner aufgrund Vollstreckungsunterwerfung in Ziffer VI. Abs. 1 des Vertrages bezüglich des fälligen Betrages von 52.500,— DM eine vollstreckbare Ausfertigung.

Die Ziffer VI. der notariellen Urkunde hat folgenden Wortlaut:

„VI.

Der Käufer, mehrere Personen als Gesamtschuldner, unterwirft sich wegen der in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen.

Vollstreckbare Ausfertigung ist dem Verkäufer auf dessen einseitigen Antrag und auf Kosten des Käufers zu erteilen, ohne daß es hierzu des Nachweises der Fälligkeit und der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen bedarf, ausgenommen die in Ziffer IV. 4 b) (Eintragung der Auflassungsvormerkung, Rechtsbeständigkeit des Vertrags, Genehmigungen) genannten Zahlungsvoraussetzungen.“

Die Beschwerdeführerin erhob gegen den Beschwerdegegner Klage auf Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung, wobei sich die Klagegründe darauf stützten, die erste Rate sei noch nicht fällig.

Während des Rechtsstreits wurde der Betrag bezahlt und die Hauptsache für erledigt erklärt.

Mit Beschluß vom 29. 12. 1989 verurteilte das LG die Klägerin und Beschwerdeführerin zur Kostentragung; gegen diesen Beschluß legte die Beschwerdeführerin sofortige Beschwerde ein. Das OLG wies die gemäß § 91 a Abs. 2, § 577 ZPO zulässige Beschwerde als unbegründet zurück.

#### Aus den Gründen:

4. Die im Vertrag vom 15. 3. 1989 enthaltene Unterwerfungserklärung unter die Zwangsvollstreckung ist als allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 1 AGBG anzusehen. Es handelt sich hier um eine vom Notar zur Verfügung gestellte Klausel, derer sich der Beklagte mittelbar bediente. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte nicht nur mit der Klägerin, sondern auch mit einer Reihe anderer Wohnungserwerber im wesentlichen gleichlautende Verträge abschloß, wobei in all diesen Verträgen, soweit sie Ratenzahlungen der Wohnungserwerber vorsahen, eine entsprechende Unterwerfungsklausel enthalten ist. In diesem Falle ist eine derartige Vertragsbestimmung auch dann als „Allgemeine Geschäftsbedingung“ anzusehen, wenn die Klausel nicht von einem Vertragspartner, sondern vom Notar „gestellt“ wird (vgl. *Palandt/Heinrichs*, Kommentar zum BGB und anderen Gesetzen, 49. Aufl., 1990, AGBG, § 1 Anm. 2 d).

5. Die Nummer VI Abs. 1 des Vertrages enthaltend die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung der Klägerin, ist nicht nichtig. Aufgrund dieser Bestimmung allein und nicht aufgrund der Bestimmung der Nummer VI Abs. 2 des genannten Vertrages erfolgte die Zwangsvollstreckung betreffend die erste Rate der Anlage 1 zum Vertrag vom 15. 3. 1989.

a) Durch Nummer VI Abs. 1 des Vertrages tritt keine Beweislaständerung ein (vgl. § 11 Nr. 15 AGBG). Die genannte Bestimmung soll es ermöglichen, daß der Gläubiger des Vertrages eine Vollstreckungsmöglichkeit erhält, unabhängig von der tatsächlichen materiellen Rechtslage. Im Falle eines späteren Rechtsstreits über die materielle Rechtslage verbleibt es nach Meinung des Senats bei der gesetzlichen Beweislastverteilung. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 25. 6. 1981 (NJW 81, 2756) etwas anderes entschieden hat, vermag dem der Senat nicht zu folgen. Der Senat ist der Ansicht, daß bei der Vollstreckungsgegenklage gegen eine Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde keine anderen Grundsätze gelten können als bei einer Vollstreckungsgegenklage gegen ein gerichtliches Urteil. Bei einer Vollstreckungsgegenklage gegen ein gerichtliches Urteil hat im Regelfall der Gläubiger die für ihn günstigen Umstände, auf die er die Zwangsvollstreckung stützt, zu beweisen. Normalerweise wird jedoch durch das bereits bestehende Urteil der erforderliche Nachweis bereits geführt sein. Die Beweislast selbst ist jedoch nicht anders als die normale Beweislastverteilung. Etwas anderes kann für eine vollstreckbare Urkunde eines Notars auch nicht gelten (vgl. zur Kritik an der genannten Entscheidung des BGH *Wolfsteiner* in NJW 82, 2851). Dies wird vor allem deutlich in einer bestimmten Gruppe von häufig vorkommenden Vollstreckungsgegenklagen, und zwar in Vollstreckungsgegenklagen aus Verträgen, durch die sich der Beklagte der Vollstreckungsgegenklage verpflichtete, ein Haus oder eine Eigentumswohnung zu errichten. Wenn die Parteien eines

solchen Rechtsstreits über die Frage der mängelfreien Errichtung streiten, verbleibt es bei der Frage der Beweislast bei den allgemeinen Grundsätzen, daß der Werkunternehmer die Mängelfreiheit vor Abnahme der Werkleistung zu beweisen hat, und daß der Auftraggeber nach Abnahme das Vorhandensein von Mängeln beweisen muß. Diese Beweislastverteilung ist, soweit für den Senat ersichtlich, von keinem Gericht bisher anders beurteilt worden, und zwar unabhängig davon, ob eine Klage des Werkunternehmers auf Zahlung vorliegt oder ob der Auftraggeber des Werkvertrages eine Vollstreckungsgegenklage gegen die Zwangsvollstreckung aufgrund einer notariellen Urkunde erhoben hat.

Bei der Frage der Beweislastverteilung ist insbesondere zu unterscheiden zwischen der Beweislast und der Urkunde als Beweismittel. Es kann sich u. U. aus dem Inhalt der Urkunde ein Beweis für die Behauptung einer Partei ergeben. Dies hat aber für die grundsätzliche Frage einer möglichen Beweislaständerung durch die Vollstreckungsklausel keine Bedeutung. Der Senat ist der Meinung, daß eine notarielle Unterwerfungsklausel keine materiellrechtlichen Auswirkungen hat, sondern eine Prozeßerklärung darstellt, ähnlich einem prozessualen Anerkenntnis (vgl. Zur Rechtsnatur der notariellen Unterwerfungsklausel *Werner DNotZ 1969, 719 ff.*).

b) Eine Nichtigkeit der genannten Unterwerfungsklausel ergibt sich auch nicht gemäß § 139 BGB, weil die Nummer VI Abs. 2 des Vertrages wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 15 AGBG nichtig ist. Es ist davon auszugehen, daß die Bestimmung, dem Verkäufer sei eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, ohne daß es hierzu des Nachweises der Fälligkeit und der die Vollstreckbarkeit begründenden Tatsachen bedürfe, wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 15 AGBG nichtig ist. Der Verstoß beruht in einer Änderung der gesetzlichen Beweislastregelung des § 726 ZPO, der gemäß §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, auf notarielle Urkunden entsprechend anzuwenden ist. Der gesetzliche Regelfall beim Vertrag ist, daß der Werkunternehmer die Fälligkeit der Zahlung, bzw. einzelner Raten beweisen muß, soweit Teilbeträge des Werkunternehmerlohnes vor der Abnahme fällig werden sollen. § 726 Abs. 1 ZPO bestimmt hierzu, daß in einem solchen Falle eine vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde nur erteilt werden darf, wenn der Fälligkeitsnachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird. Diese Bestimmung, die bei einem auf Errichtung eines Eigenheimes oder einer Eigentumswohnung gerichteten ratenweise zu erfüllenden Vertrag kaum jemals einzuhalten sein wird, soll durch die Nummer VI Abs. 2 des Vertrags abbedungen werden. Dies ist zwar nach Meinung des Senats in einer Einzelvereinbarung zulässig, nicht jedoch in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung im Hinblick auf § 11 Nr. 15 AGBG.

Die Nichtigkeit der Nummer VI Abs. 2 des Vertrages erfaßt jedoch nicht den Abs. 1 der genannten Bestimmung. Dies ergibt sich aus der Nummer XV 4 des Vertrages, wonach die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung des Vertrags die Gültigkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt. Eine so enge Verzahnung der Abs. 1 und 2 der Nummer VI des Vertrages, daß die Nichtigkeit des einen die des anderen mit herbeiführt, ist nicht gegeben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Abs. 1 die erste Rate betraf, während der Abs. 2 die Folgeraten betraf, deren Fälligkeit von einem bestimmten erreichten Ausbauzustand abhängig sein sollte. Es werden hier somit verschiedene Positionen behandelt, bei denen verschiedene Voraussetzungen für ihre Verwirklichung eintreffen müssen. In diesem Falle kommt eine Nichtigkeit über § 139 BGB nicht in Betracht.

E.  
**Kostenrecht**

16. KostO § 19 Abs. 4, § 39 Abs. 2 (Zur Bewertung der Gegenleistung bei landwirtschaftlichen Übergabeverträgen)

**Der grundbuchamtliche Vollzug der Auflassung ist bei Hofübergabeverträgen nach § 19 Abs. 4 KostO und nicht nach der Regelung für die Beurkundung von Austauschverträgen (§ 39 Abs. 2 KostO) zu bewerten.**

BayObLG, Beschluß vom 26.4.1990 — BReg. 3 Z 33/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Die Beteiligten zu 1) waren Eigentümer mehrerer Grundstücke, die zu einem land- und forstwirtschaftlich genutzten Betrieb gehören. Der finanzamtlich zuletzt vor dem 27.7.1989 am 31.7.1980 zum 1.1.1976 festgestellte Einheitswert aller Grundstücke beträgt 21 000 DM.

Mit notariellem Übergabevertrag vom 3.7.1989 übergaben die Beteiligten zu 1) den Grundbesitz mit allen Rechten, Pflichten, gesetzlichen Bestandteilen und Zubehör, somit den gesamten landwirtschaftlichen Betrieb, an den Beteiligten zu 2), der seinerseits den Veräußern ein Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit sowie eine Reallast für eventuell zu leistende Wart und Pflege bestellte und in Höhe von 345 000 DM valutierte Grundschulden in dinglicher und persönlicher Haftung übernahm. Desweiteren bestellte der Beteiligte zu 2) seinen beiden Geschwistern je ein Wohnungsrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit und verpflichtete sich zu Zahlung je eines Betrages von 20 000 DM an sie. Der Notar beantragte in Vertretung der Beteiligten zu 1) und 2) den grundbuchrechtlichen Vollzug der Auflassung; die Eintragung wurde am 27.7.1989 vorgenommen.

2. Mit Kostenrechnung vom 26.7.1989 forderte der Kostenbeamte des Grundbuchamts von dem Beteiligten zu 2) die Zahlung eines Gebührenbetrages von insgesamt 299 DM. Darin war ausgehend von einem Geschäftswert von 97 600 DM eine Gebühr von 130 DM für die Eintragung als Eigentümer enthalten.

Auf den Wertfestsetzungsantrag des Bezirksrevisors hin setzte die Rechtspflegerin des Grundbuchamts mit Beschluß vom 28.9.1989 den Geschäftswert für die grundbuchamtliche Eigentumsumschreibung auf 97 600 DM fest. Der Geschäftswert wurde gemäß § 19 Abs. 4, 5 KostO aus dem vierfachen Einheitswert errechnet, der mit 24 000 DM angenommen wurde.

Der Vertreter der Staatskasse legte gegen diese Entscheidung Erinnerung ein mit dem Antrag, den Geschäftswert auf 421 000 DM festzusetzen. Da es sich bei dem Übergabevertrag um einen Austauschvertrag handle, bestimme sich der Geschäftswert ungeachtet des § 19 Abs. 4 KostO gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem höheren Wert der beiden Leistungen. Dies sei vorliegend der Wert der Gegenleistung des Beteiligten zu 2) (u. a. Übernahme der dinglichen Belastungen von 345 000 DM), der den nach § 19 Abs. 4 KostO ermittelten Wert der Leistung der Beteiligten zu 1) (vierfacher Einheitswert) übersteige. Die Wertbestimmung des § 39 Abs. 2 KostO gelte auch für die Wertberechnung des Gerichts.

Rechtspfleger und Richter halfen den Erinnerungen nicht ab. Mit Beschluß vom 12.12.1989 wies das Landgericht die Beschwerde der Staatskasse gegen den amtsgerichtlichen Beschluß zurück und ließ die weitere Beschwerde zu.

3. Mit der weiteren Beschwerde wendet sich die Staatskasse gegen die landgerichtliche Entscheidung. Sie verfolgt ihr vorinstanzliches Verfahrensziel weiter.

*Aus den Gründen:*

1. Die weitere Beschwerde der Staatskasse ist statthaft, da sie das Landgericht zugelassen hat (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 Satz 2 KostO). Sie ist formgerecht eingelegt (§ 14 Abs. 4 KostO).

2. Das sonach zulässige Rechtsmittel führt zu einer Herabsetzung des von den Vorinstanzen angenommenen Geschäftswerts.

a) ...

b) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Geschäftswert für die Eintragung des Eigentümers im

Grundbuch nach § 19 Abs. 4 KostO auf das Vierfache des letzten Einheitswerts festzusetzen ist. § 39 Abs. 2 KostO findet auf dieses Geschäft keine Anwendung. Die Bestimmung ist nicht wie § 19 KostO im Ersten Abschnitt unter den Allgemeinen Vorschriften eingeordnet, sondern im Zweiten Abschnitt unter „Beurkundungen und ähnliche Geschäfte“; sie gilt deshalb ausschließlich für Beurkundungen (*Korintenberg* § 39 Rdnr. 5; *Hartmann* Kostengesetze 23. Aufl. § 39 KostO Anm. 1). Dementsprechend können die vom Vertreter der Staatskasse zitierten Aufsätze (*Reimann* MittBayNot 1989, 117; *Otto* JurBüro 1989, 889; *Mümmeler* JurBüro 1989, 1337 und 1355) in diesem Zusammenhang auch nur Bedeutung für die Bestimmung des Geschäftswerts bei der Beurkundung des Übergabevertrags haben. Ob der Berechnung der notariellen Beurkundungsgebühren der nach § 39 Abs. 2 KostO für Austauschverträge vorgesehene Geschäftswert zugrunde zu legen ist oder § 19 Abs. 4 KostO auch hierfür eine Sonderregelung darstellt — was nach der ratio legis i. V. m. der Entstehungsgeschichte der Norm in Betracht kommen kann —, kann in vorliegendem Fall, in dem es ausschließlich um den Wert für die gerichtliche Eintragungsgeld nach § 60 KostO geht, dahinstehen. Wie schon die Existenz des § 39 Abs. 2 KostO zeigt, können aber der Geschäftswert für die Beurkundung eines Austauschvertrages und der Wert für dessen grundbuchamtlichen Vollzug durchaus unterschiedlich sein; die Geschäftswertfestsetzung durch das Gericht nach § 31 KostO bindet den Notar auch nicht (*Korintenberg* § 31 Rdnr. 46).

Die Bewertung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch richtet sich somit nach §§ 18 ff. KostO (*BayObLGZ* 1974, 422/424; *Rohs/Wedewer* Rdrrn. 21, 22, *Korintenberg* Rdnr. 19, je zu § 60; *Hartmann* § 60 KostO Anm 1 D), hier nach § 19 Abs. 4 KostO, dessen zeitliche Geltung und tatbestandliche Voraussetzungen vom Landgericht zu Recht bejaht worden sind. Soweit der Vertreter der Staatskasse die Meinung vertritt, daß das in § 39 Abs. 2 KostO geregelte Austauschprinzip schon seit 1.1.1969 durch die Neufassung des § 19 Abs. 2 KostO durch Gesetz vom 28.12.1968 (BGBl I S. 1458) auch in die allgemeinen Bestimmungen hineingebracht wurde, weshalb der aus den für das Grundstück gewährten Leistungen sich ergebende höhere Wert des Grundstücks grundsätzlich auch für Grundbucheintragungen gilt, vermag dies an der Bewertung nach der Sonderregelung des § 19 Abs. 4 KostO nichts zu ändern. Das mit dem neuen § 19 Abs. 4 KostO verfolgte Ziel des Gesetzgebers, Hofübergabeverträge kostenrechtlich zu begünstigen, ist eindeutig erkennbar; die gesetzliche Neuregelung kann nicht durch Heranziehung allgemeiner Grundsätze unterlaufen werden. § 20 KostO, der als allgemeine Wertvorschrift grundsätzlich auf alle Geschäfte des Zweiten Abschnitts der KostO Anwendung findet, scheidet hier schon deshalb aus, weil es sich bei einem Hofübergabevertrag nach einhelliger Ansicht nicht um einen Kaufvertrag handelt (vgl. *Rohs/Wedewer* § 39 Rdnr. 11).

c) Das Landgericht ist jedoch entgegen § 25 FGG nicht darauf eingegangen, daß nach dem von ihm beim Beteiligten zu 2) erhaltenen Einheitswertbescheid vom 31.7.1980 der Einheitswert zuletzt vor der Eigentumsumschreibung zum 1.1.1976 nicht auf 24 400 DM, sondern auf 21 000 DM festgestellt wurde; auch später ist es übrigens im Bescheid vom 25.10.1989 bei diesem Wert verblieben. Zwar wurde im Bescheid vom 31.7.1980 ein Wert des Anwesens von 24 400 DM ermittelt; da dieser Wert aber den bisher festgesetzten Einheitswert von 21 000 DM nicht um mindestens 5 000 DM überschritt, unterblieb nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BewG eine Wertfortschreibung. Nach § 19 Abs. 4 KostO kommt es allein auf den letzten Einheitswert an, der zur Zeit der Fälligkeit der

Gebühr bereits festgestellt ist, das sind 21 000 DM. Da das Landgericht von 24 400 DM ausgegangen ist, konnte seine Entscheidung keinen Bestand haben. Ebenso mußte die Wertfestsetzung des Amtsgerichts aufgehoben werden, weil diese infolge unzureichender Ermittlungen — es hat den Einheitswertbescheid nicht beigezogen — von einem unzutreffenden Wert ausging.

17. § 19 Abs. 4 KostO n. F. (Voraussetzungen für das Wertprivileg des § 19 Abs. 4 KostO)

**Das Privileg nach § 19 Abs. 4 KostO kommt dann nicht in Betracht, wenn der zum Nachlaß gehörige landwirtschaftliche Grundbesitz bereits vor Eintritt des Erbfall es nicht mehr vom Erblasser bewirtschaftet wurde, wenn also der Grundbesitz nur noch aus einer Ansammlung von landwirtschaftlich genutzten Flächen besteht.**

LG Ingolstadt, Beschluß vom 18.1.1990 — 1 T 1689/89 — (rechtskräftig, Leitsatz nicht amtlich)

*Aus dem Tatbestand:*

Das Amtsgericht — Nachlaßgericht — erteilte am 16.8.1989 in der Nachlaßsache S. auf Antrag der gesetzlichen Erben für diese einen gemeinschaftlichen Erbschein.

Mit Kostenrechnung vom 16.8.1989 und vom 26.9.1989 stellte der Kostenbeamte beim Amtsgericht — Nachlaßgericht — der Beteiligten zu 2) für die Erteilung des Erbscheins gemäß § 107 KostO eine Gebühr von DM 860,— in Rechnung, wobei er von einem Geschäftswert von DM 496.378,— ausging. Gegen diesen Kostenansatz legte der Bezirksrevisor beim Landgericht Erinnerung ein, weil der Kostenbeamte bei der Berechnung der Gebühr für die Erbscheinserteilung von einem unzutreffenden Geschäftswert ausgegangen sei.

Der Rechtspfleger beim Amtsgericht gab der Erinnerung nicht statt. Gegen diesen Beschluß legt der Bezirksrevisor beim Landgericht „Erinnerung-Beschwerde“ ein.

Der Kostenbeamte habe bei der Wertberechnung in Bezug auf das zum Nachlaß gehörende landwirtschaftliche Anwesen als Geschäftswert zu Unrecht gemäß § 19 Abs. 4 KostO den vierfachen Einheitswert, das ist DM 80.800,—, angenommen. Bei zutreffender Anwendung des § 19 Abs. 1 bis 3 KostO ergebe sich der Geschäftswert nicht aus dem vierfachen Einheitswert, sondern aus dem Verkehrswert des landwirtschaftlichen Anwesens, der DM 1.242.606,— betrage. Legt man der Wertberechnung diesen Verkehrswert des landwirtschaftlichen Anwesens zugrunde, so ergebe sich als Gebühr für die Erteilung des Erbscheins ein Betrag von DM 2.600,—.

Der Rechtspfleger beim Amtsgericht half der Erinnerung nicht ab. Ebenso der Richter beim Amtsgericht, der sie dem Landgericht Ingolstadt zur Entscheidung vorlegte.

Die Beteiligte zu 2) stellt in dem Beschwerdeverfahren den Antrag: „Das Gericht möge gerecht entscheiden.“

*Aus den Gründen:*

1. Die Beschwerde ist zulässig. (Wird ausgeführt)
2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Auch die Kammer ist der Auffassung, daß der vom Bezirksrevisor angefochtene Kostenansatz rechtswidrig ist, weil der ihm zugrunde gelegte Geschäftswert unter Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen ermittelt wurde.

Nach § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO ist für den Wert, nach dem die Gebühr für die Erteilung eines Erbscheins ermittelt wird, der Wert des reinen Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfall es maßgebend. Als Wert im Sinne des Gesetzes ist nach der Definition des § 19 Abs. 1 KostO in der Regel der gemeine Wert, d. h. also der Verkehrswert eines Gegenstandes zu verstehen. Dieser Verkehrswert liegt bei dem zum Nachlaß gehörenden landwirtschaftlichen Anwesen bei DM 1.242.606,—.

Allerdings läßt der seit dem 1.7.1989 geltende letzte Halbsatz des § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO dann eine andere Wertberechnung zu, wenn zum Nachlaß ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb mit einer Hofstelle gehört. In diesem Fall soll sich der Wert des landwirtschaftlichen Anwesens nicht nach dem Verkehrswert, sondern in Anwendung des § 19 Abs. 4 und 5 KostO nach dem vierfachen Einheitswert des landwirtschaftlichen Vermögens richten, das wären DM 80.800,—.

Der Kostenbeamte ist bei der Wertberechnung nach Auffassung der Kammer zu Unrecht vom Vorliegen des oben genannten Ausnahmetatbestandes ausgegangen. Zweck der seit dem 1.7.1989 geltenden Ausnahmeregelung für die Bewertung von zum Nachlaß gehörenden landwirtschaftlichen Anwesen ist eine Privilegierung der Landwirtschaft. Privilegierungsgrund ist es, die im Interesse des Gemeinwohls liegende Fortführung von landwirtschaftlichen Betrieben zu fördern. Landwirten soll deshalb bei der Überlassung oder dem Erbe eines landwirtschaftlichen Betriebes eine Kostenentlastung durch Einführung eines speziellen Niedrigwertes zu Gute kommen.

Dem Gesetzeszweck entsprechend kommt eine Privilegierung nach § 19 Abs. 4 KostO nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Überlassung eines landwirtschaftlichen Betriebes um einen solchen mit einer Hofstelle handelt und die Fortführung des Betriebes beabsichtigt ist.

Dieselben Voraussetzungen müssen auch vorliegen, damit Erben durch die Anwendung des in § 19 Abs. 4 KostO bestimmten Niedrigwertes den Vorteil einer niedrigen Erbscheinserteilungsgebühr erlangen können.

An beiden Voraussetzungen fehlt es aber im vorliegenden Fall. Das landwirtschaftliche Anwesen des Erblassers wurde bereits vor seinem Tode nicht mehr selbst bewirtschaftet und besteht nur noch aus einer Ansammlung von landwirtschaftlich genutzten Flächen. Es fehlt daher zum Zeitpunkt des Erbfall es an einer Hofstelle, von der aus eine einheitliche Bewirtschaftung des Grund und Bodens ausgegangen ist.

Zum anderen ist eine Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes hier nicht denkbar, weil diese begrifflich einen noch bestehenden Betrieb voraussetzt. Der landwirtschaftliche Betrieb wurde jedoch im vorliegenden Fall bereits vor dem Erbfall aufgegeben. Eine Fortführungsbereitschaft durch die Erben wurde auch nicht dargetan und ist darüber hinaus unwahrscheinlich.

Nach alledem bestimmt sich der Wert des zum Nachlaß gehörenden landwirtschaftlichen Grundbesitzes nach dessen Verkehrswert. Der Wert des reinen Nachlasses nach § 107 Abs. 2 KostO errechnet sich deshalb wie folgt:

Nachlaßmasse (bestehend aus Guthaben, Wert des landwirtschaftlichen Anwesens und Wert der Bauplätze)	DM 1.693.276,—
Nachlaßverbindlichkeiten	./ DM 35.092,—
Reinnachlaß	DM 1.658.184,—
Aus diesem Wert errechnet sich gemäß § 32 KostO die Gebühr für die Erbscheinserteilung. Sie beträgt	DM 2.600,—
Abzüglich der der Kostenschuldnerin bereits in Rechnung gestellten	DM 860,—
aus dem (unzutreffenden) Geschäftswert von DM 496.378,— beträgt die restliche Kostenschuld noch	DM 1.740,—

18. § 19 Abs. 4 KostO n. F. (Voraussetzungen für das Wertprivileg des § 19 Abs. 4 KostO)

**Ein Geschäft ist nur dann nach § 19 Abs. 4 KostO privilegiert, wenn es der Erhaltung und Fortführung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes im Familienbesitz dient. Das ist nicht der Fall, wenn es sich um einen landwirtschaftlichen Nebenbetrieb handelt, der aufgrund seiner geringen Betriebsgröße und Rendite den angemessenen Unterhalt einer bäuerlichen Familie nicht mehr sichern kann.**

LG Bamberg, Beschluß vom 25.7.1990 — 1 T 2/90 — (rechtskräftig, Leitsatz nicht amtlich)

#### Aus dem Tatbestand:

Am 29.3.1990 beurkundete der Beteiligte Notar die Übergabe des Grundbesitzes der Eheleute an ihren Sohn, den Beschwerdeführer.

Gemäß den Angaben der Beteiligten bestimmte der Notar den Geschäftswert des Vertrages nach § 19 Abs. 2 KostO mit insgesamt 174.970,— DM und errechnete hieraus eine 20/10 Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO (760,— DM) und eine 5/10 Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO (205,— DM).

Der Beschwerdeführer und Kostenschuldner vertritt die Auffassung, die Bewertung des Vertrages sei nach dem Einheitswert vorzunehmen. Dagegen vertritt der Notar die Ansicht, daß die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO nicht in Frage komme, weil es sich nicht um einen leistungsfähigen Hof handele.

Der Notar hat die Einwendungen des Kostenschuldners dem Landgericht Bamberg zur Entscheidung vorgelegt (§ 156 Abs. 1 S. 3 KostO).

#### Aus den Gründen:

Die gemäß § 156 Abs. 1 KostO zulässige Beschwerde des Kostenschuldners ist unbegründet.

1. Zu der hier allein maßgeblichen Frage, ob der Notar zu Recht den Wert des übergebenen Grundbesitzes nach § 19 Abs. 2 KostO angesetzt hat, oder ob es sich bei dem Vertragsgegenstand um einen landwirtschaftlichen Betrieb handelt, welcher unter die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO fällt, vertritt die Kammer in Übereinstimmung mit der Notarkasse und dem Bezirksrevisor beim Landgericht Bamberg folgende Auffassung:

§ 19 Abs. 4 KostO ist im vorliegenden Fall nicht anzuwenden. Zutreffend hat der Notar den Wert des übergebenen Grundbesitzes unter Zugrundelegung der Angaben der Beteiligten hierzu nach § 19 Abs. 2 KostO mit insgesamt 174.970,— DM angesetzt.

a) Durch die Einfügung der Privilegierung in § 19 Abs. 4 KostO wollte der Gesetzgeber die auch in anderen gesetzlichen Regelungen verfolgte agrarpolitische Zielsetzung fördern, durch frühzeitige Regelung der Hofnachfolge zur Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe,

die oft seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden, beizutragen (BT-Drucksache 11/2343 vom 19.5.1988, Begründung des Gesetzentwurfes S. 5 und 7). Dabei setzt ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb im Sinne der Neuregelung in § 19 Abs. 4 KostO zwar eine bestimmte Betriebsgröße nicht voraus, erfordert nach der erwähnten Zielsetzung aber eine gewisse Mindestgröße, die im Einzelfall gesondert zu beurteilen ist. Zutreffend soll hierbei nach den bislang veröffentlichten Literaturmeinungen auf die einschlägigen landwirtschaftlichen Gesetze und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die Anwendung der Ertragswertbestimmung nach §§ 1376 Abs. 4, 2049 BGB zurückgegriffen werden (vgl. *Otto/Schnigula*; JurBüro 1989, 890; *Reimann MittBayNot* 1989, 119; *Böhringer BWNZ* 1989, 97; *Mümmeler*, JurBüro 1987, 1337). Als einschlägige Bestimmungen kommen in diesem Zusammenhang das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft (LaFG) vom 12.7.1989, das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte (GAL) und das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ in Betracht, wo jeweils land- und forstwirtschaftlich genutzte Mindestflächen zwischen 4 und 6 Hektar vorausgesetzt werden. Wegen der Einzelheiten wird auf die ausführliche Darstellung der maßgeblichen Bestimmungen in der Stellungnahme der Notarkasse vom 28.6.1990 (S. 5—7) Bezug genommen.

b) Die Kammer hält im vorliegenden Fall ein nach § 19 Abs. 4 KostO privilegiertes Geschäft nicht für gegeben, da die beurkundete Übergabe des Grundbesitzes an den Beschwerdeführer ersichtlich nicht der Erhaltung und Fortführung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes im Familienbesitz gedient hat. Denn die Eheleute haben von der ohnehin sehr geringen landwirtschaftlichen Gesamtfläche von rund 6,35 ha an ihren Sohn unter Ausnahme verschiedener Grundstücke nur 5,2870 ha übergeben, wobei der Beschwerdeführer seinen Eltern ein lebenslangliches Leibgedinge zu gewähren und an seinen Bruder einen Betrag in Höhe von 50.000,— DM zu zahlen hat. Letztere Verpflichtung hat der Übernehmer bis zum 31.12.1992 zu erfüllen, andernfalls hätte er von dem übergebenen Grundbesitz Grundstücke im Gesamtausmaß von 1,4700 ha bzw. 1,2457 ha an seinen Bruder zu übereignen. Hierdurch würde die Gesamtfläche also nochmals gemindert. Die vertragliche Ausgestaltung der Hofübergabe und die davon betroffene geringe landwirtschaftliche Fläche sprechen daher gegen die gewünschte Privilegierung. Vielmehr ist von einem landwirtschaftlichen Nebenerwerbsbetrieb auszugehen, der aufgrund seiner geringen Betriebsgröße und Rendite den angemessenen Unterhalt einer bäuerlichen Familie nicht mehr sichern kann. Der Geschäftswert ist daher zutreffend nach § 19 Abs. 2 KostO festgesetzt worden.

V.  
**Hinweise für die Praxis**

1. **Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluß an MittBayNot 1976, 115; 1977, 262; 1978, 248; 1979, 135; 1980, 185; 1981, 213; 1982, 277; 1983, 267; 1984, 219; 1986, 284; 1989, 284).**

*Prüfungsabteilung der Notarkasse*

Nach der Bekanntmachung der Bayerischen Versicherungskammer vom 9.7.1990 — P 802/B —, veröffentlicht im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 29 vom 20.7.1990, gelten für die Versicherung bei der Bayerischen Landesbrandversicherungsanstalt ab 1.10.1990 folgende Richtzahlen:

für Gebäude und Kircheneinrichtungen 20,0  
für Betriebseinrichtungen 11,6.

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und durch die Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, bei der Bewertung von Grundbesitz die Vorschläge der Prüfungsabteilung der Notarkasse, niedergelegt in der Abhandlung „Bewertung von Grundbesitz nach § 19 KostO“ in MittBayNot 1976, 115 zu beachten. Die Bewertungsgrundsätze gelten auch für die Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Grundbesitz, soweit nicht die Sondervorschrift des § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden ist.

Die künftig anzuwendende Tabelle zur Berechnung des Wertes von Gebäuden wurde erstellt für Wohn- und Wirtschaftsgebäude mit einer Lebensdauer von 100, 80, 60, 50 und 20 Jahren. In die Tabelle sind die neue Richtzahl (Teuerungszahl), 20,0, sowie der allgemeine Abschlag von 20% entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG eingearbeitet. Die vierte Dezimalstelle wurde in der Tabelle durch Erhöhung der dritten Dezimalstelle dann mitberücksichtigt, wenn die vierte Dezimalstelle 5 oder höher lag. Lag sie darunter, blieb die vierte Dezimalstelle unberücksichtigt.

Der nach Abzug der Wertminderung wegen Alters verbleibende Gebäuderestwert soll regelmäßig 30% des Herstellungswertes nicht unterschreiten (BayObLG JurBüro 1984, 903; MittBayNot 1988, 92).

Besondere Verhältnisse, z. B. umfangreiche Instandsetzungs-, Umbau- oder Modernisierungsarbeiten an einem Gebäude, erhöhen den Wert des Gebäudes und beeinflussen die restliche Lebensdauer des Gebäudes. In diesen Fällen kann die technische Wertminderung wegen Alters durch eine entsprechend verlängerte Restlebensdauer des Gebäudes berücksichtigt werden (entsprechend WertR 76 Tz 3.5.2.3.). Wesentliche Baumängel und Bauschäden können wertmindernd berücksichtigt werden.

Die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, bei der Ermittlung des Wertes von Gebäuden künftig die neue Tabelle anzuwenden.

**Tabelle**

zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes

Stand: 1.10.1990

Richtzahl (Teuerungszahl): 20,0

Allgemeiner Abschlag (Sicherheitsabschlag): 20%

Technische Wertminderung:

Abschlag je nach Alter des Gebäudes

A Wohngebäude und Verwaltungsbauten  
Lebensdauer: 100 Jahre

B Hallen- und Industriebauten, massive Bauweise, Stahlbauweise  
Lebensdauer: 80 Jahre

C Wirtschafts- und Stallgebäude von landwirtschaftlichen Anwesen  
Lebensdauer: 60 Jahre

D Hallen- und Industriebauten in Holz oder gleichwertiger Ausführung  
Lebensdauer: 50 Jahre

E Baracken auf Fundamenten  
Lebensdauer: 20 Jahre

Alter des Gebäudes	Lebensdauer in Jahren				
	A 100	B 80	C 60	D 50	E 20
1	15,920	15,904	15,872	15,840	15,584
2	15,840	15,792	15,728	15,664	15,120
3	15,760	15,696	15,584	15,488	14,624
4	15,664	15,584	15,424	15,312	14,080
5	15,584	15,472	15,280	15,120	13,504
6	15,488	15,360	15,120	14,928	12,800
7	15,408	15,232	14,960	14,720	12,224
8	15,312	15,120	14,784	14,512	11,520
9	15,216	14,992	14,624	14,304	10,784
10	15,120	14,880	14,448	14,080	10,000
11	15,024	14,752	14,272	13,856	9,184
12	14,928	14,624	14,080	13,616	8,320
13	14,832	14,496	13,888	13,376	7,424
14	14,720	14,352	13,696	13,136	6,480
15	14,624	14,224	13,504	12,880	5,504
16	14,512	14,080	13,296	12,624	4,800
17	14,416	13,936	13,088	12,352	darüber Restwert
18	14,304	13,792	12,880	12,080	
19	14,192	13,648	12,672	11,808	
20	14,080	13,504	12,448	11,520	
21	13,968	13,344	12,224	11,232	
22	13,856	13,200	11,984	10,928	
23	13,744	13,040	11,760	10,624	
24	13,616	12,880	11,520	10,320	
25	13,504	12,720	11,280	10,000	
26	13,376	12,560	11,024	9,680	
27	13,264	12,384	10,784	9,344	
28	13,136	12,224	10,528	9,008	
29	13,008	12,048	10,272	8,672	
30	12,880	11,872	10,000	8,320	
31	12,752	11,696	9,728	7,968	
32	12,624	11,520	9,456	7,600	
33	12,496	11,344	9,184	7,232	
34	12,352	11,152	8,896	6,864	
35	12,224	10,976	8,608	6,480	
36	12,080	10,784	8,320	6,096	
37	11,952	10,592	8,032	5,696	
38	11,808	10,400	7,728	5,296	
39	11,664	10,192	7,424	4,896	darüber Restwert
40	11,520	10,000	7,104	4,800	
41	11,376	9,792	6,800		
42	11,232	9,600	6,480		
43	11,088	9,392	6,160		
44	10,928	9,184	5,824		
45	10,784	8,976	5,504		
46	10,624	8,752	5,168		
47	10,480	8,544	4,832	darüber Restwert	
48	10,320	8,320	4,800		
49	10,160	8,096			
50	10,000	7,872			
51	9,840	7,648			
52	9,680	7,424			
53	9,520	7,184			
54	9,344	6,960			
55	9,184	6,720			
56	9,008	6,480			
57	8,848	6,240			
58	8,672	6,000			
59	8,496	5,744			
60	8,320	5,504			
61	8,144	5,248			
62	7,968	4,992	darüber Restwert		
63	7,792	4,800			
64	7,600				
65	7,424				
66	7,232				
67	7,056				
68	6,864				
69	6,672				
70	6,480				
71	6,288				
72	6,096				
73	5,904				
74	5,696				
75	5,504				
76	5,296				
77	5,104				
78	4,896	darüber Restwert			
79	4,800				

## 2. Körperschaftsteuer;

### **hier: Übergangsregelung zur Anerkennung von Gewinnabführungsverträgen bei Organgesellschaft gemäß § 17 KStG**

Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 20.7.1990 — Az.: IV B 7 — S 2770 — 19/90

Nach dem BMF-Schreiben vom 31.10.1989 — IV B 7 — S 2770 31/89 (BStBl. I 1989 S. 430 = DB 1989 S. 2249 [= Mitt-BayNot 1990, 70]) bleibt ein Gewinnabführungsvertrag für die bis dahin abgelaufenen Jahre steuerrechtlich wirksam, wenn er bis zum Ablauf der Übergangsfrist nicht an die nach dem BGH-Beschluß vom 24.10.1988 II Z B 7/88 (DB 1988 S. 2623 [= MittBayNot 1989, 33]) erforderlichen strengeren zivilrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen angepaßt oder im Hinblick auf diese strengeren Voraussetzungen durch Kündigung oder im gegenseitigen Einvernehmen zum Schluß des letzten im Jahre 1992 endenden Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft beendet wird. Das gilt auch dann, wenn er in diesem Zeitpunkt noch nicht fünf aufeinanderfolgende Jahre durchgeführt worden ist. Das BMF hat eine entsprechende Anfrage nach Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder dahingehend beantwortet, daß ein noch nicht fünf aufeinanderfolgende Jahre durchgeführter Gewinnabführungsvertrag unter Berufung auf die strengeren Wirksamkeitsvoraussetzungen nach der neuen BGH-Rechtsprechung auch auf einen früheren Zeitpunkt als den Schluß des in 1992 endenden Wirtschaftsjahres gekündigt bzw. in gegenseitigem Einvernehmen beendet werden kann, ohne daß deshalb die steuerrechtliche Anerkennung des Gewinnabführungsvertrags wegen Verstoßes gegen § 14 Nr. 4 KStG auch für die Vorjahre zu versagen ist.

## 3. Wohnungseigentumsgesetz;

### **hier: Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung**

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 6.4.1990 — IIC5-4709.1-0.13 —

Im Anschluß an unser Schreiben vom 31.7.89 teilen wir das Folgende mit und bitten um Beachtung:

#### 1. Dachgeschoßausbauten, Aufstockungen und Erweiterungen

Wird die Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG für Wohnungen beantragt, die durch Dachgeschoßausbauten, Aufstockungen und Erweiterungen von Gebäuden neu geschaffen werden sollen, so gilt die Nummer I.8 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundes vom 19.3.74 entsprechend. Die Bescheinigung ist zu erteilen, wenn die Voraussetzungen für die bauaufsichtliche

Genehmigung des Vorhabens gegeben sind. Der (vorherigen) Durchführung der Baumaßnahmen bedarf es nicht. Der letzte Satz der Nummer 1 unseres Schreibens vom 31.7.89 bezieht sich vor allem auf die Teilung von vorhandenem Wohnraum.

#### 2. Beachtlichkeit des Art. 72 BayBO

Das in unserem Schreiben vom 31.7.89 genannte Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8.5.89 ist rechtskräftig. Damit bleibt es dabei, daß die Abgeschlossenheit bestehender Wohnungen nach dem geltenden Bauordnungsrecht beurteilt werden muß.

Gerichtlich noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie weit die Prüfungspflicht der Bescheinigungsbehörde reicht.

Wir vertreten dazu die folgende Auffassung:

Auch bei Wohnungen in schon bestehenden Gebäuden muß geprüft werden, ob Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen im Sinne von Art. 72 BayBO in Betracht kommen (siehe bereits unseren Hinweis im Schreiben vom 31.7.89). Trotz seines Standorts im verfahrensrechtlichen Teil der Bayerischen Bauordnung gehört Art. 72 dem materiellen Recht an (siehe etwa Simon, Bayerische Baugesetze, Rdnr. 1 zu Art. 72). Die Abgeschlossenheitsbescheinigung für bestehende Wohnungen ist keine bloße Vermittlung von „Wissen“, sondern wie bei neu zu errichtenden Wohnungen das — positive — Ergebnis einer bauordnungsrechtlichen Überprüfung.

Im Bescheinigungsverfahren ist jedoch keine förmliche Anwendung des Art. 72 BayBO erlaubt. Eine solche ist dem Baugenehmigungsverfahren oder dem Verfahren nach Art. 72 Abs. 7 BayBO vorbehalten. Vielmehr ist in die Entscheidung über die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung (inzident) die Würdigung der Frage einzubeziehen, ob entweder eine gleichwertige technische Lösung gemäß Art. 72 Abs. 1 nachgewiesen ist oder ein bauordnungsrechtlich an sich minderere Standard aus den in Art. 72 Abs. 2 bis 5 genannten Gründen hingenommen werden kann oder gar muß. Eines eigenen Antrags bedarf es nicht.

Die „Gewährung“ einer Ausnahme oder Befreiung im Bescheinigungsverfahren setzt wie im Baugenehmigungsverfahren voraus, daß sowohl die Tatbestandsmerkmale des Art. 72 Abs. 2 bis 5 vorliegen als auch die Abwägung der sonstigen Interessen, d. h. die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens, für eine Entscheidung zugunsten des Antragstellers spricht. Die zu Art. 72 BayBO entwickelten Grundsätze (siehe etwa die weitere Kommentierung bei Simon, a. a. O.) sind insoweit übertragbar.

Wird im Einzelfall die Abgeschlossenheit einer bestehenden Wohnung (nur) unter Berücksichtigung von Art. 72 BayBO bejaht, so empfiehlt es sich, dies zur Unterrichtung der Beteiligten auf der Bescheinigung zu vermerken.