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 1 | MittBayNot | Januar/Februar 1985

I.

Abhandlungen

Die Bestellung eines Registerpfandrechts an einem Luftfahrzeug[1]

Von Oberinspektor im Notardienst *Heinz Ott*, Rothenburg o.d.T.

Ein nicht alltäglicher Fall in der notariellen Praxis ist die Beleihung eines Luftfahrzeuges. Durch die Ausweitung des Flugsportes und durch die in letzter Zeit nicht selten anzutreffende Verwendung von Luftfahrzeugen für Geschäftszwecke kann es jedoch schon vorkommen, daß Notare mit diesem Problem konfrontiert werden. Jeder, der sich mit diesem Problem einmal befassen mußte, wird festgestellt haben, daß die dem Notar regelmäßig zur Verfügung stehende Literatur nicht sehr umfangreich ist und die einschlägigen Rechtsquellen in den Gesetzessammlungen Schönfelder, Sartorius und Ziegler-Tremel nicht abgedruckt sind. Dieser Aufsatz möchte deshalb Erfahrungen mitteilen und einige praktische Hinweise geben.[2] Behandelt werden nur deutsche Luftfahrzeuge; zu ausländischen Luftfahrzeugen, für die die §§ 103—106 LuftfzRG gelten, werden keine Ausführungen gemacht.

I.

Luftfahrzeugrolle und Luftfahrzeugpfandrechtsregister

Bevor man sich den Einzelheiten des Registerpfandrechts zuwendet, ist es hilfreich, wenn man weiß, welche Luftfahrzeuge in die Luftfahrzeugrolle eingetragen werden können und deshalb beleihungsfähig sind. Wichtig ist auch zu wissen, nach welchem Recht Luftfahrzeuge erworben werden.

1. Arten der Luftfahrzeuge

Zu den Luftfahrzeugen gehören: Flugzeuge, Drehflügler, Luftschiffe, Segelflugzeuge, Motorsegler, Frei- und Fesselballone, Drachen (nicht Kinderdrachen), Fallschirme, Flugmodelle (keine Kinderflugzeuge), Raumfahrzeuge, Raketen und sonstige Luftfahrzeuge. In die Luftfahrzeugrolle können aber nicht alle diese Luftfahrzeuge eingetragen werden, sondern nach § 14 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (LuftVZO) nur: Flugzeuge, Drehflügler, Luftschiffe und Motorsegler. Nur diese sind mit einem Registerpfandrecht beleihbar. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis, daß Segelflugzeuge und bemannte Ballone in einem unabhängig von der Luftfahrzeugrolle geführten Verzeichnis eingetragen werden können, das ebenfalls beim Luftfahrt-Bundesamt geführt wird (§ 18 LuftVZO). Trotz dieser Eintragung sind diese Luftfahrzeuge jedoch nicht mit einem Registerpfandrecht beleihbar.

2. Eigentum und dingliche Rechte an Luftfahrzeugen

Zum Eigentumserwerb an Luftfahrzeugen ist — soweit deutsches Recht zur Anwendung kommt — zu sagen, daß nur Fahrnisrecht (Recht der beweglichen Sachen) einschlägig ist, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Luftfahrzeug in der Luftfahrzeugrolle oder in dem Pfandrechtsregister für Luftfahrzeuge eingetragen ist. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als § 936 BGB in diesen Fällen nicht gilt (§ 98 Abs. 1 LuftfzRG). Im übrigen weisen die Eigentumsverhältnisse an Luftfahrzeugen gegenüber denen an anderen beweglichen Sachen keine Besonderheiten auf.

Aufgrund dieses Sachverhalts wäre das rechtsgeschäftliche Faustpfandrecht nach § 1204 BGB das eigentlich gegebene Recht für die Beleihung von Luftfahrzeugen. Es scheitert jedoch daran, daß die Besitzübertragung des Luftfahrzeuges notwendig wäre, was natürlich die Verwendung des Luftfahrzeugs durch den Eigentümer ausschließen würde, da die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses beim Faustpfand nicht genügt. Das Faustpfandrecht entspricht daher nicht dem praktischen Bedürfnis der heutigen Industriegesellschaft.

Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber ein dem Schiffspfandrecht nachgebildetes Registerpfandrecht geschaffen. Das maßgebliche Gesetz ist das Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen (LuftfzRG) vom 26.2.1959.[3] Ergänzung findet dieses Gesetz durch die Allgemeine Verfügung über die Einrichtung und die Führung des Registers für Pfandrechte an Luftfahrzeugen vom 31.3.1959.[4]

[1] Ich danke Herrn Notarassessor Dr. Wolfram Waldner, Erlangen, für einige Hinweise und die juristische Hilfestellung in diesem Aufsatz, sowie Herrn Notar Malte Uhlig, Waldsassen, für die Anregung zum Schreiben des Aufsatzes.

[2] Muster für die zu entwerfenden Urkunden finden sich im Beck'schen Formularbuch, 3. Aufl. Abschn. IV.30. und bei Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, 18. Aufl., Rdnr., 721 ff. Antwort auf Spezialfragen geben die Kommentierung des LuftfzRG in Schleicher/Reymann/Abraham, Das Recht der Luftfahrt, 3. Aufl., 2 Bd., Köln/Berlin/Bonn/München 1966, sowie Groth, Das Registerpfandrecht nach dem Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen, Diss. Frankfurt 1965.

[3] BGBl. I S. 223 mit — nur redaktionellen — Änderungen vom 28.8.1969, BGBl. I S. 1513, 20.8.1975, BGBl. I S. 2189, 3.12.1976, BGBl. I S. 3281.

[4] BAnz. Nr. 61.

3. Die Luftfahrzeugrolle

Für die Eintragung in die Luftfahrzeugrolle ist gemäß § 3 Luftverkehrsgesetz (LuftVG) Voraussetzung, daß die Luftfahrzeuge im ausschließlichen Eigentum deutscher Staatsangehöriger stehen. Juristische Personen und Gesellschaften des Handelsrechts mit dem Sitz im Inland werden deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt, wenn der überwiegende Teil ihres Vermögens oder Kapitals sowie die tatsächliche Kontrolle darüber deutschen Staatsangehörigen zusteht und die Mehrheit der Vertretungsberechtigten oder persönlich haftenden Personen deutsche Staatsangehörige sind. Die für die Verkehrszulassung zuständige Stelle kann im Einzelfall Ausnahmen zulassen, wenn besondere Umstände vorliegen.

Beim Miteigentum nach Bruchteilen (§ 741 BGB) und beim Eigentum zur gesamten Hand (§ 705 BGB) müssen alle Miteigentümer bzw. Gesellschafter deutsche Staatsangehörige sein. Wer nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, muß die Zustimmung des Bundesministers für Verkehr erlangen. Erst wenn die Zustimmung vorliegt, kann die Ausnahmegenehmigung zur Eintragung durch die die Luftfahrzeugrolle führende Stelle, nämlich das Luftfahrtbundesamt in Braunschweig (Flughafen, Postfach 3740) — §§ 14 ff. LuftVZO — erteilt werden.

Auf eine Anfrage beim Bundesverkehrsministerium, ob ein Ausländer in die Luftfahrzeugrolle eingetragen werden kann, habe ich folgende Auskunft erhalten:

> „Von der Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 3 LuftVG wird relativ häufig Gebrauch gemacht. . . . Besondere Bedingungen für die Eintragung bei Ausländern sind nicht fixiert. Praktisch wird eine Ausnahme aber nur zugelassen, wenn u. a. der Lebens- (Geschäfts-)Mittelpunkt in der Bundesrepublik Deutschland liegt, wenn eine Aufenthaltserlaubnis über längere Zeit bestanden hat und bestehen wird oder die Einbürgerung eingeleitet ist. Der Verwendungszweck des Luftfahrzeugs wird regelmäßig auf nicht-gewerbliche Nutzung beschränkt; aber auch davon kann es Ausnahmen geben."

Für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung an Staatenlose kann nichts anderes gelten. Nicht unerwähnt bleiben soll, daß ein deutscher Staatsangehöriger, der seinen dauernden Aufenthalt im Ausland hat und dort auch sein Luftfahrzeug in Besitz hat, nicht in die Luftfahrzeugrolle eingetragen werden kann, da die Bundesrepublik Deutschland in diesem Falle zur Durchsetzung ihrer Rechte die Mithilfe des anderen Staates benötigen würde, was gegen die internationalen Bestimmungen und Vereinbarungen verstieße. Diese Regelungen beruhen auf der Bedeutung der Staatszugehörigkeit des Luftfahrzeugs. In diesem Zusammenhang ist auch auf § 14 Abs. 2 LuftVZO hinzuweisen, wonach eine Eintragung in die Luftfahrzeugrolle nicht möglich ist, wenn das Luftfahrzeug bereits in einem ausländischen Register eingetragen ist.

Die Eintragung in die Luftfahrzeugrolle hat nur rechtsbezeugende (deklaratorische) Bedeutung, d. h., für den Erwerb oder den Verlust des Eigentums ist die Eintragung nicht notwendig.

4. Das Luftfahrzeugpfandrechtsregister

Das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen wird bei dem Amtsgericht geführt, in dessen Bezirk das Luftfahrt-Bundesamt seinen Sitz hat (§ 78 LuftfzRG), also in Braunschweig (ausschließliche Zuständigkeit)[5]. Dort wird für jedes einzutragende Luftfahrzeug ein Registerblatt angelegt (§ 81 LuftfzRG). Zur Entstehung des Registerpfandrechts bedarf es der Eintragung in dem vorgenannten Register (rechtserzeugende, konstitutive Eintragung). Im Gegensatz zur Luftfahrzeugrolle genießt das Pfandrechtsregister öffentlichen Glauben, soweit kein Widerspruch eingetragen ist oder dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist (§ 16 LuftfzRG).

II.

Das Registerpfandrecht

1. Allgemeines

Das Registerpfandrecht entsteht durch Einigung und Eintragung in das Register (§ 5 LuftfzRG); das Recht des Gläubigers bestimmt sich nur nach der Forderung (§ 4 LuftfzRG). Es ist also der Sicherungshypothek vergleichbar; Belastungen, die der Verkehrshypothek oder der Grundschuld entsprechen würden, gibt es nach dem LuftfzRG nicht. Als Arten des Registerpfandrechts gibt es die Registerpfandrechte im engeren Sinn (§ 1 LuftfzRG) und die Höchstbetragspfandrechte (§ 3 LuftfzRG). Ein Eigentümerpfandrecht ist nicht vorgesehen. Das Pfandrecht erstreckt sich auf das Zubehör und die wichtigsten Versicherungsforderungen (§§ 31, 32 LuftfzRG). Die Belastung eines Miteigentumsanteils eines Miteigentümers ist möglich (§ 6 LuftfzRG), ebenfalls die Bestellung eines Gesamtregisterpfandrechts (§ 28 LuftfzRG) und die Eintragung eines Rangvorbehalts (§ 27 LuftfzRG). Der Rang des Rechts bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragung und kann auch nachträglich geändert werden (§§ 25, 26 LuftfzRG). Zur Aufgabe bzw. Löschung des Rechts ist nicht die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (§§ 56, 57 LuftfzRG). Der Grund ist darin zu sehen, daß es ein Eigentümerregisterpfandrecht nicht geben kann.

Den Vorschriften des Immobiliarvollstreckungsrechts unterliegen auch die Luftfahrzeuge, die in die Luftfahrzeugrolle eingetragen sind, sowie solche, die in der Luftfahrzeugrolle gelöscht, aber in das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen eingetragen sind (§ 171 a ZVG, §§ 870 a, 864 ZPO, § 99 LuftfzRG).

Als Besonderheiten sind herauszustellen:

a) Das Pfandrecht für ausländische Gläuber kann — abweichend von § 28 S. 2 GBO — auch in ausländischer Währung bestellt werden (§ 87 LuftfzRG).

b) Die Erweiterung des Pfandrechts auf das Ersatzteillager ist möglich (§§ 68 ff. LuftfzRG).

2. Bestellung des Registerpfandrechts

Die Urkunde über die Bestellung des Registerpfandrechts hat zu enthalten: Höhe und Art der Forderung des Registerpfandrechts mit Bezeichnung des Gläubigers und den Rückzahlungsbestimmungen (§ 24 LuftfzRG) sowie Bewilligung und Antrag auf Eintragung. Soll die Zwangsvollstreckung hinsichtlich Hauptforderung, Zinsen und Nebenleistungen gegen den jeweiligen Eigentümer des Luftfahrzeugs möglich sein, so bedarf es entsprechender Unterwerfung und des Antrags auf Eintragung der Unterwerfung ins Luftfahrzeugpfandrechtsregister (§ 800 a ZPO). Gegebenenfalls muß die Urkunde die Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 BGB enthalten. Die eingeschränkte Vorlesungspflicht des § 14 BeurkG gilt auch für Registerpfandrechte.

[5] Auch einzelne Bundesländer haben „Luftämter" geschaffen, deren Zuständigkeit mit der des Luftfahrt-Bundesamtes jedoch nicht vergleichbar ist.

Wie bereits erwähnt, ist Voraussetzung für die Eintragung des Registerpfandrechts, daß das zu verpfändende Luftfahrzeug in das Register für Pfandrechte eingetragen ist. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Eigentümer zuvor in der Luftfahrzeugrolle eingetragen ist. Vor Eintragung des Pfandrechts muß daher bewirkt werden:

a) die Eintragung des Luftfahrzeugs in die Luftfahrzeugrolle, soweit dies beim Kauf noch nicht geschehen ist,

b) die Anmeldung des Luftfahrzeugs zum Register für Pfandrechte. Diese Anmeldung hat eine eidesstattliche Versicherung des Eigentümers zu enthalten, daß sich das Luftfahrzeug im Eigentum des Anmelders befindet (§ 80 Abs. 2 Satz 2 LuftfzRG), da die Eintragung in die Luftfahrzeugrolle keinen öffentlichen Glauben genießt. Wegen der eidesstattlichen Versicherung ist auf § 38 BeurkG zu verweisen, wonach diese der Form der Beurkundung bedarf. Dieses Erfordernis kann aber dadurch leicht erfüllt werden, daß man in der Bestellungsurkunde die eidesstattliche Versicherung dem Bestellungsakt voranstellt, da im Hinblick auf die meist gewünschte Vollstreckungsunterwerfung die Bestellungsurkunde des Registerpfandrechts ohnehin der Beurkundung bedarf.

   Bei der Anmeldung sind anzugeben (§ 80 Abs. 1 LuftfzRG):

   (1) die Nummer des Blattes der Luftfahrzeugrolle, auf dem das Luftfahrzeug eingetragen ist,

   (2) Staatsangehörigkeits- und Eintragungszeichen des Luftfahrzeugs,

   (3) Art und Muster des Luftfahrzeugs,

   (4) Werknummer der Zelle des Luftfahrzeugs,

   (5) Name und Wohnsitz oder Sitz des Eigentümers nach der Eintragung in der Luftfahrzeugrolle.

   Der vorgenannten Anmeldung ist eine beglaubigte Abschrift aus der Luftfahrzeugrolle beizufügen.

3. Andere dingliche Rechte neben dem Registerpfandrecht?

Zum Schluß dieser Ausführungen über das Registerpfandrecht soll noch der Frage nachgegangen werden, ob andere dingliche Rechte als das Registerpfandrecht möglich sind, angesichts des § 9 LuftfzRG, der lautet:

> „(1) Ein in der Luftfahrzeugrolle eingetragenes Luftfahrzeug kann nicht in anderer Weise mit einem Recht belastet werden, als in diesem Gesetz vorgesehen ist. § 647 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht anzuwenden.
>
> (2) Das gleiche gilt, wenn das Luftfahrzeug in der Luftfahrzeugrolle gelöscht, aber im Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen noch eingetragen ist."

Ausgeschlossen sind also in jedem Fall vertragliche Faustpfandrechte (§§ 1204 ff. BGB). Nach dem Wortlaut von Abs. 1 Satz 2 entsteht auch bei der Reparatur eines Luftfahrzeugs kein Werkunternehmerpfandrecht. Strittig ist dagegen die Frage, ob diese Bestimmung auch für andere gesetzliche Pfandrechte gilt, ob also insbesondere auch kein Vermieterpfandrecht (§ 559 BGB) entsteht, wenn das Luftfahrzeug in einen gemieteten Hangar eingestellt wird. Fest steht jedenfalls, daß solche gesetzliche Pfandrechte gegenüber einem Registerpfandrecht nur nachrangig sein können. Das ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 des Abkommens über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen vom 19.6.1948, das für die Bundesrepublik Deutschland seit 1959 in Kraft ist.[6] Ob aber die nachrangige Entstehung solcher gesetzlicher Pfandrechte in Analogie zur Nichtentstehung eines Werkunternehmerpfandrechts ausgeschlossen ist, weil sie dem Sinn und Zweck des § 9 LuftfzRG widerspräche[7] oder nicht,[8] ist zweifelhaft.

Wichtig ist jedoch auf alle Fälle, zu beachten, daß das LuftfzRG für die nicht zur Eintragung in die Luftfahrzeugrolle zugelassenen Luftfahrzeuge nicht gilt. Bei den eintragungsfähigen Luftfahrzeugen ist folgende Prüfung unumgänglich:

a) Ist das Luftfahrzeug in die Luftfahrzeugrolle eingetragen?

b) Ist das Luftfahrzeug im Pfandrechtsregister eingetragen, obwohl es bereits in der Luftfahrzeugrolle gelöscht ist?

Trifft eine dieser Voraussetzungen zu, so schließt dies die Bestellung eines Faustpfandrechts aus. Umgekehrt ist festzuhalten: An allen Luftfahrzeugen kann ein Faustpfandrecht bestellt werden, falls sie nicht in der Luftfahrzeugrolle oder/und im Pfandrechtsregister eingetragen sind. Bei eintragungsfähigen Luftfahrzeugen ist dabei jedoch zu bedenken, daß die spätere Bestellung eines Registerpfandrechts dem Faustpfandrecht — ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt seiner Bestellung — vorgeht.

Hingewiesen werden muß in diesem Zusammenhang deshalb auf die Wichtigkeit der Einsicht in die vorgenannten Register. Wünschen die Beteiligten die Einsicht durch den Notar nicht, so ist unbedingt eine entsprechende Belehrung aufzunehmen. Warum diese Einsicht so wichtig ist, sollen die nachfolgenden beiden Punkte beweisen:

a) Die Eintragung eines Registerpfandrechts ist nicht mehr möglich, wenn das Luftfahrzeug in der Luftfahrzeugrolle gelöscht ist. Dies gilt auch, wenn das Luftfahrzeug noch im Pfandrechtsregister eingetragen ist; das eingetragene Recht bleibt aber bestehen und kann auch rechtswirksam erworben werden.

b) Nach § 7 LuftfzRG ist jede Bestellung eines Registerpfandrechts unzulässig, solange das Luftfahrzeug mit einem Registerpfandrecht belastet ist, das im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung eingetragen ist.

III.

Erweiterung des Registerpfandrechts

Das Registerpfandrecht kann auf die Ersatzteile erweitert werden, die sich in einem Ersatzteillager befinden (§ 68 Abs. 1 LuftfzRG). Dagegen ist die Erweiterung auf ein einzelnes Ersatzteil nicht möglich.[9] Bei der Erweiterung des Registerpfandrechts auf Ersatzteile ist dem Eintragungsantrag ein Verzeichnis über die Art und die ungefähre Anzahl der Ersatzteile mit ihrem derzeitigen Wert beizufügen. Ferner soll der Antrag den Hinweis enthalten, wo die Ersatzteile gelagert sind und daß sie zu dem verpfändeten Luftfahrzeug gehören. Eine genaue Beschreibung des Gebäudes (Flst.-Nr., Beschrieb und Grundbuchstelle) gehört dazu (§ 88 LuftfzRG). Es können sich die an verschiedenen Luftfahrzeugen bestehenden Registerpfandrechte auf dasselbe Ersatzteillager erstrecken oder ein Registerpfandrecht die Ersatzteile in mehreren Ersatzteillagern erfassen.

Zur Entstehung des Rechtes sind Einigung und Eintragung erforderlich (§ 68 Abs. 2 LuftfzRG). Die Unterschrift des Antragstellers bedarf notarieller Beglaubigung (§ 86 Abs. 1 LuftfzRG i.V. mit § 37 Schiffsregisterordnung).

---

[6] BGBl. 1959 II S. 129. Bekanntmachung über das Inkrafttreten: BGBl. 1959 II S. 987. Diesen Umstand hat Wendt, MDR 1963, 448 (450) offenbar übersehen.

[7] So Schleicher/Reymann/Abraham (Fn. 2), § 9 LuftfzRG Rdnr. 4.

[8] So Groth (Fn. 2), S. 18 ff. (Fußnote 124).

[9] AG Braunschweig, NdsRpfl. 1965, 151.

Vertragsübernahme als Teil einer Grundstücksveräußerung

Von Oberamtsrat im Notardienst
Erich Bertolini, Kaiserslautern

I.
Grundlage

1. Nach geltendem Recht können Schulden jeder Art, also nicht nur Geldschulden, übernommen (vgl. *Palandt* 44. Aufl. 1985, Überblick vor § 414 BGB) und Forderungen grundsätzlich abgetreten werden.

2. Bei Grundstücksveräußerungen haben wir es in der notariellen Praxis nicht nur mit der Übernahme durch Grundpfandrechte gesicherter Verbindlichkeiten im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages zu tun, sondern manchmal auch mit der Übertragung eines Schuldverhältnisses als ganzes an den übernehmenden Dritten.

Bei der Schuldübernahme handelt es sich im Regelfalle immer um eine Vereinbarung zwischen dem alten und dem neuen Schuldner gemäß §§ 415, 416 BGB. Die Wirksamkeit der Übernahme hängt von der Genehmigung des Gläubigers ab. Der Ausnahmefall dürfte der Vertrag zwischen dem Dritten als neuem Schuldner und dem Gläubiger sein (§ 414 BGB).

3. Das Gegenstück zur Schuldübernahme bildet die Abtretung von Forderungen, bei der der Gläubiger seine Forderung durch Vertrag auf einen anderen überträgt (§§ 398 ff. BGB).

Hierzu bedarf es grundsätzlich keiner Zustimmung des Schuldners. Der Ordnung halber sei jedoch erwähnt, daß eine Forderungsabtretung ausgeschlossen ist, wenn:

a) eine Veränderung des Inhaltes der Leistung eintreten würde (§ 399 Halbs. 1 BGB);

b) dies mit dem Schuldner gemäß § 399 Halbs. 2 BGB vereinbart wurde;

c) die Forderung unpfändbar ist (§ 400 BGB).

4. Der Gesetzgeber hat demnach grundsätzlich nur die Übernahme einzelner Schulden und die Abtretung einzelner Forderungen geregelt, jeweils getrennt, nicht jedoch die Übertragung eines ganzen Schuldverhältnisses, bestehend aus gegenseitiger Leistung und Verpflichtung.

II.
Vertragsübernahme

Zwangsläufig taucht daher die Frage auf, um welches Rechtsinstrument es sich handelt, wenn im Rahmen einer Grundstücksveräußerung der Erwerber an Stelle des Veräußerers in einen mit einem Dritten bestehenden Vertrag eintritt, welchem als Inhalt eine Lieferungsvereinbarung einerseits zugrundeliegt, z. B. Lieferung von Heizenergie oder Waren oder Getränken, und eine Abnahmeverpflichtung andererseits. Handelt es sich hierbei um zwei Rechtsverhältnisse, nämlich eine Schuldübernahme und eine Forderungsabtretung im Sinne der zit. Bestimmungen oder um ein einheitliches Rechtsgeschäft? Auf beiden Seiten bestehen hier wechselseitige Verpflichtungen auf die Vertragsdauer. Jeder Vertragspartner hat auf Zeit eine Leistung zu erbringen; demnach ist jeder Verpflichteter für seine Leistung und jeder zugleich Forderungsberechtigter für seinen Anspruch.

Im Gegensatz zur reinen Schuldübernahme, bei der lediglich eine Leistungspflicht gegenüber dem Gläubiger besteht, stellt die Übertragung des Schuldverhältnisses als ganzes eine Vertragsübernahme unter Wahrung der Einheit dieses Schuldverhältnisses dar.

Das BGB regelt zwar die Abtretung einzelner Forderungen und die Übernahme einzelner Schulden, nicht jedoch die rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme als solche.

Lediglich in den Fällen der §§ 571 und 581 BGB (Miet- oder Pachtvertrag), § 613 a BGB (Betriebsübergang) und § 1251 Abs. 2 BGB (Übergang auf Pfandgläubiger) sieht das Gesetz eine gesetzliche Vertragsübernahme als Folge anderer Rechtsgeschäfte vor. Dies gilt auch gemäß § 569 a BGB bei Eintritt von Familienangehörigen in ein bestehendes Mietverhältnis. Wenn kraft Gesetzes Schuldverhältnisse im ganzen auf einen Dritten übergehen, so müßte der gleiche Erfolg durch rechtsgeschäftliche Übertragung auch erreicht werden können.

Durch eine Kombination von Forderungsabtretung und gleichzeitiger Übernahme der Verbindlichkeit aus dem bestehenden, eine Rechtseinheit bildenden Schuldverhältnis wird nicht derselbe Erfolg erreicht wie bei einer Gesamt-Übernahme. Aufgrund der bestehenden wechselseitigen Verpflichtungen und Ansprüche sind nicht ablösbare Gestaltungsrechte vorhanden, wie z. B. Kündigungsregelungen oder Vereinbarungen über Zuständigkeiten zur Entgegennahme von Erklärungen. Diese würden bei Zerlegung in Forderungsabtretung und Schuldübernahme immer noch bei dem ausscheidenden Vertragspartner verbleiben. Bei einer Vertragsübernahme hingegen tritt jedoch an die Stelle des Ausscheidenden der Eintretende als Rechtsnachfolger für die ab dem Übernahmezeitpunkt laufenden Leistungen und Gegenleistungen. Die Rechtsnachfolge bedeutet hier die Einnahme der Position des ausgeschiedenen Vertragspartners. Dem Ausscheidenden verbleiben daher keinerlei Rechte und Ansprüche mehr.

Man kann daher von einem praktischen Bedürfnis für das Rechtsinstrument der vertraglichen Vertragsübernahme sprechen. Rechtsprechung und Rechtslehre haben im Wege der Rechtsfortbildung den allgemein anerkannten Grundsatz gebildet, daß eine Vertragsübernahme zulässig ist, wobei insbesondere für das Wirksamkeitserfordernis (§ 415 Abs. 1 und 2 BGB) und für die Einwendungen (§ 417 BGB) die Bestimmungen der Schuldübernahme analog anwendbar sind. (*Palandt* aaO Anm. 10 zu § 398 BGB m.w.N.). Danach stellt die Vertragsübernahme ein einheitliches Rechtsgeschäft dar und nicht eine Kombination von Abtretung und Schuldübernahme.

III.
Wirksamkeitserfordernis

Zur Wirksamkeit einer Vertragsübernahme ist die Zustimmung aller Beteiligten erforderlich, also des Ausscheidenden, des an dessen Stelle Eintretenden und des Verbleibenden. Man kann daher von einem „dreiseitigen Vertrag" sprechen, wenn alle drei Beteiligten gleichzeitig mitwirken. So-

weit jedoch in notarieller Urkunde im Rahmen einer Grundstücksveräußerung eine solche Übernahme vereinbart wird, wirkt in der Regel der Drittbeteiligte nicht mit. In analoger Anwendung der Bestimmung von § 415 BGB ist Ihm durch den Ausscheidenden oder den Eintretenden die Übernahme mit Fristsetzung anzuzeigen. Erklärt er innerhalb der Frist nicht seine Zustimmung, dann gilt sie als verweigert. Bei einer Schuldübernahme tritt in einem solchen Falle eine Erfüllungsübernahme ein gemäß § 415 Abs. 3 BGB. Danach ist der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen.

Stellt man nun Schuldübernahme und Vertragsübernahme gegenüber, dann fällt auf, daß vor Erteilung der Genehmigung durch den Gläubiger bzw. nach dessen Genehmigungsverweigerung ein Unterschied besteht. Bei der Schuldübernahme ist nämlich der Neuschuldner dem Altschuldner gegenüber verpflichtet, diesen von der übernommenen Schuld freizustellen. Sofort mit Vertragsabschluß tritt die Erfüllungsübernahme kraft Gesetz ein, also ohne Rücksicht auf eine Genehmigung oder Verweigerung durch den Gläubiger (§ 415 Abs. 3 BGB). Es verbleibt demnach mindestens bei einer Erfüllungsübernahme.

Hingegen versagt bei der Vertragsübernahme aufgrund deren Rechtsgehaltes der beiderseitigen Berechtigung und Verpflichtung insoweit die Analogie zur Schuldübernahme, so daß hierbei keine Erfüllungsübernahme eintritt. Der Übernehmer ist nur dann zur Bewirkung der Leistung an Stelle des Ausscheidenden verpflichtet, wenn gleichzeitig die Rechte aus dem betreffenden Vertrag ausnahmslos auf ihn übergehen, also das gesamte Schuldverhältnis, basierend auf der beiderseitigen Leistungs- und Gegenleistungspflicht. Dies setzt die Genehmigung des Dritten voraus; ohne dessen Genehmigung kommt demnach keine Vertragsübernahme wirksam zustande.

Je nach Gewicht des Inhaltes der der Vertragsübernahme zugrundeliegenden Vereinbarung oder der Interessenlage des Eintretenden müßte sich dieser ein Rücktrittsrecht vom gesamten Vertrag für den Fall der Zustimmungsverweigerung vorbehalten.

IV.
Rechtsfolge

Wird die Zustimmung zur Vertragsübernahme erteilt, dann ist diese wirksam mit der Maßgabe, daß die gesamte Rechtsstellung des Ausscheidenden auf den Eintretenden übergeht.

Vorsorglich wird man klären, ob irgendwelche Rückstände beiderseits bestehen, da in der Regel wohl nur gewollt ist, daß ab dem Übernahmezeitpunkt die künftig fällig werdenden Leistungen übergehen.

Soweit Rückstände bestehen, müßten diese vom Übergang ausgenommen werden.

V.
Einwendungen des Übernehmers

1. Bei einer Vertragsübernahme ist analog einer Schuldübernahme die Bestimmung des § 417 BGB über das Recht der Einwendungen des Eintretenden zu beachten.

2. Nach § 417 Abs. 1 BGB hat der Übernehmer als Eintretender das Recht, dem Dritten (Gläubiger) gegenüber diejenigen Einwendungen entgegenzusetzen, die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Ausscheidenden ergeben.

3. Jedoch kann der Eintretende gegenüber dem Dritten keinerlei Einwendungen geltend machen, die sich aus dem der Vertragsübernahme zugrundeliegenden Rechtsgeschäft — denken wir an eine Grundstücksveräußerung — ergeben (§ 417 Abs. 2 BGB). Diese Bestimmung ist eine Gläubiger-Schutzbestimmung, da dieser meistens keine Kenntnis von dem internen Sachverhalt zwischen Veräußerer und Erwerber hat.

In der Regel liegt der Vertragsübernahme ein gegenseitiger Vertrag (§§ 320 ff. BGB) zugrunde, in welchem diese Übernahme einen Teil der Gegenleistung darstellt oder als Bedingung der Veräußerung vereinbart ist. Ist das der Vertragsübernahme zugrundeliegende Rechtsgeschäft aufgehoben oder aufgelöst worden oder ist dieses nichtig, dann gilt grundsätzlich dessenungeachtet die Vertragsübernahme, wie auch eine Schuldübernahme, gegenüber dem Gläubiger weiter. In seiner Entscheidung vom 18.1.1966 — 2 U 107/65 — (NJW 1966, 985) hat das OLG Hamburg zwar festgestellt, daß bei einer Schuldübernahme dann, „wenn Kaufvertrag und Schuldübernahme ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, die Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 139 BGB ausnahmsweise auch zur Nichtigkeit der Schuldübernahme führt". Um jedes Risiko des Eintretenden zu vermeiden, sollte aber trotzdem bei der Vertragsgestaltung zwischen Ausscheidendem und Eintretendem zum Ausdruck gebracht werden, daß Grundgeschäft (causa) und Erfüllungsgeschäft (hier Vertragsübernahme) nach dem Willen der Beteiligten eine Einheit im Sinne des § 139 BGB bilden, um den kausalen Zusammenhang nachzuweisen.

Als Folge dieser Feststellung muß daher bei Übersendung der Aufforderung zur Erteilung der Vertragsübernahmegenehmigung dem Dritten das dieser Vertragsübernahme zugrundeliegende Rechtsgeschäft mitgeteilt werden.

VI.
Beurkundungspflicht

Das übernommene Vertragsverhältnis dürfte wohl im Regelfalle nicht beurkundet sein. Ein Vertragsexemplar hiervon sollte dem Übernehmer schon vor der Beurkundung des Grundstücksveräußerungsvertrages ausgehändigt werden; notwendig ist das aber nicht.

Die Übernahmeerklärung als solche ist Teil des Grundstücksveräußerungsgeschäftes. Sie unterliegt daher gemäß § 313 BGB dem Beurkundungszwang. Diese Vereinbarung führt zum Übergang der Rechte und Pflichten, wie diese bisher bestehen. Ein Mitbeurkunden der Ursprungsvereinbarung ist daher nicht erforderlich; eine Verweisung gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 BeurkG nicht möglich und nicht erforderlich; ein Hinweis in der Urkunde jedoch sinnvoll und zulässig (vgl. *Lichtenberger*, NJW 1980, 864, Abschn. III Ziff. 1).

VII.
Formulierungsvorschlag

Als Formulierungsvorschlag könnte unter einem eigenen Abschnitt in die Grundstücksveräußerungsurkunde folgendes aufgenommen werden:

„a) Zwischen dem Veräußerer und der Firma ..... besteht ein privatschriftlicher Vertrag vom ..... über die Lieferung und Abnahme von ..... auf die Dauer von ..... Jahren, gerechnet vom ..... ab.

Der Übernehmer erklärt, daß ihm der Inhalt dieses Vertrages bekannt ist und er ein Vertragsexemplar vor Abschluß gegenwärtiger Urkunde erhalten hat.

Der Übernehmer tritt mit Wirkung vom ..... an Stelle des Veräußerers in diesen Vertrag ein und übernimmt von diesem Zeitpunkt an alle sich hieraus künftig ergebenden Rechte und Pflichten.

Rückständige Leistungen und Pflichten des Veräußerers werden von dem Übernehmer nicht übernommen. Hierzu versichert der Veräußerer, daß solche nicht bestehen.

Zur Wirksamkeit dieser Vertragsübernahme ist die Genehmigung der Firma ..... erforderlich, welche hiermit beantragt wird. Der amtierende Notar wird ersucht, diese Genehmigung einzuholen unter Übersendung einer beglaubigten Abschrift gegenwärtiger Urkunde als Übernahmeanzeige.

Die Firma ..... wird ersucht, bis zum Ablaufe des ..... gegenüber dem Übernehmer schriftlich die Genehmigung oder Verweigerung der Vertragsübernahme zu erklären.

Etwaige von der Firma ..... für die Genehmigungserteilung verlangte Gebühren gehen zu Lasten des Übernehmers.

b) Für den Fall, daß die Firma ..... die Vertragsübernahme nicht genehmigt, behält sich der Übernehmer das Recht vor, auf seine Kosten von gegenwärtigem schuldrechtlichen Vertrage zurückzutreten. Die Rücktrittserklärung erfolgt mittels eingeschriebenen Briefes an die letztbekannte Anschrift des Veräußerers. Im übrigen gelten die Bestimmungen der §§ 346 ff. BGB.

c) Die vorstehend erklärte Vertragsübernahme bildet mit der Grundstücksveräußerung in gegenwärtiger Urkunde eine Einheit. Wird daher dieses Rechtsgeschäft, gleich aus welchen Rechtsgründen, aufgelöst oder aufgehoben oder ist Nichtigkeit gegeben, dann entfällt damit auch diese Vertragsübernahme."

VIII.

Hinweise zu dem Formulierungsvorschlag

1. Von der Genehmigung der Vertragsübernahme kann, je nach Gewichtigkeit oder Interessenlage, der Bestand des Grundstücksveräußerungsgeschäftes abhängen. In der Regel wird daher der Erwerber bis zum Vorliegen der Genehmigung durch den Dritten keine Leistungen gegenüber seinem Veräußerer erbringen wollen, also keine Kaufpreiszahlungen — und zwar weder ganz noch teilweise — vornehmen, und der Veräußerer wird daher auch einem Nutzungsübergang wohl nicht zustimmen. Es ist daher sinnvoll, dem Dritten eine angemessene Frist zur Erteilung der Genehmigung oder Verweigerung der Vertragsübernahme zu setzen. Die entsprechende Anzeige soll unverzüglich nach Beurkundung des Veräußerungsvertrages in analoger Anwendung von § 415 Abs. 1 BGB dem Dritten übersandt werden.

Wird nämlich der Dritte gemäß § 415 Abs. 1 Satz 2 um Genehmigungserteilung ohne Fristsetzung ersucht, dann bedingt der bestehende Schwebezustand bis zur Genehmigung oder Verweigerung eine unkalkulierbare Zeitspanne. Reagiert der Dritte nicht, dann muß ihm doch gemäß § 415 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Frist gesetzt werden, damit der Schwebezustand beendigt wird. Wird die Genehmigung dann nicht bis zum Ablauf der gesetzten Frist erklärt, dann gilt sie als verweigert.

2. Für den Fall, daß die Genehmigung verweigert wird und der Erwerber von seinem vertraglichen Rücktrittsrecht (siehe Formulierungsvorschlag Buchst. b)) Gebrauch macht, sollte man in dem betreffenen Veräußerungsvertrag je nach dem dort vorgesehenen Abwicklungsmodus folgendes vorsehen:

a) Wenn vereinbarungsgemäß erst nach Genehmigungserteilung mit der Vertragsdurchführung begonnen werden soll:

Hier dürfte nur eine Regelung zu treffen sein über die Tragung der Kosten des Veräußerungsvertrages und der Rücktrittserklärung sowie der Kosten der Eintragung und Löschung einer Auflassungsvormerkung, sofern man diese schon eintragen ließ;

b) Wenn vor Genehmigungserteilung mit der Vertragsdurchführung begonnen wird, ohne daß das Eigentum vor Genehmigungserteilung umzuschreiben ist: Hier wäre eine Regelung aufzunehmen über:

aa) Rückzahlung etwa geleisteter Kaufpreisbeträge samt deren Verzinsung bis zur Rückzahlung an den Erwerber;

bb) eine etwaige Schadensersatzleistung;

cc) eine Kostenvereinbarung wie unter obigem Buchst. a).

c) Wenn vor Genehmigungserteilung der Vertrag ansonsten voll erfüllt wurde und das Eigentum auf den Erwerber bereits umgeschrieben wurde:

Eine gegenseitige Verpflichtung zur Rückübertragung nebst Rückauflassung an den Veräußerer als Zug-um-Zug-Leistung gegen Rückerstattung des Kaufpreises nebst Verrechnung von erhaltenen Nutzungen und getragenen Lasten. Hinzu kämen noch die Vereinbarungen wie unter Buchst. a) und b).

3. Wird das Grundgeschäft, gleich aus welchen Gründen, rückgängig gemacht oder ist Nichtigkeit gegeben und der Übernehmer hat bereits Leistungen gegenüber dem Dritten erbracht und von diesem Gegenleistungen bezogen, dann entfällt zwar die Vertragsübernahme entsprechend der Bestimmung im Formulierungsvorschlag Buchst. c). Jedoch sollte für diesen Fall eine Vereinbarung im Grundstücksveräußerungsvertrag getroffen werden über den Ausgleich der vom Übernehmer gemachten Aufwendungen, da der Veräußerer insoweit gemäß § 812 BGB ungerechtfertigt bereichert wurde. Im übrigen sind je nach Sachstand die Rückabwicklungsmodalitäten nach vorstehender Ziff. 2 zu berücksichtigen.

IX.

Gemeinsamkeiten von Vertrags- und Schuldübernahme

1. Im Verhältnis zum Gläubiger (Dritten) haben Vertragsübernahme und Schuldübernahme Gemeinsamkeiten, insbesondere hinsichtlich des Wirksamkeitserfordernisses der Genehmigung und der Einwendungen aus § 417 BGB. Es ist daher sicherlich nicht unangebracht, wenn hier auf die Schuldübernahme noch kurz eingegangen wird.

2. Bei Übernahme einer durch Grundpfandrecht gesicherten Verbindlichkeit im Rahmen einer Grundstücksveräußerung wird man in der Regel vor Beurkundung bei dem Gläubiger nachfragen, ob eine Schuldübernahme genehmigt wird, da die meisten Gläubiger für den Fall der Veräußerung des Pfandobjektes die Fälligkeit ihrer Forderung ohne oder mit kurzer Kündigungsfrist bedingen. Da nicht selten vom Bestehenbleiben der Schuld der Bestand des Grundgeschäftes abhängt, ist diese Voranfrage sinnvoll. Ist dies jedoch, gleich aus welchen Gründen, nicht möglich und der Bestand des Vertrages hängt von der Schuldübernahme ab, dann muß sich der Erwerber für den Fall, daß die Schuldübernahme nicht genehmigt wird, das Recht vorbehalten, von dem Grundstücksveräußerungsvertrag zurückzutreten.

Für die durch eine Hypothek gesicherte Schuld gilt für deren Übernahme die Bestimmung des § 416 BGB. Nach Absatz 2 derselben kann die Mitteilung durch den Veräußerer an den Gläubiger erst erfolgen, wenn das Eigentum im Grundbuch auf den Erwerber umgeschrieben wurde. Die Genehmigung gilt dann als erteilt, wenn der Gläubiger sie nicht innerhalb von 6 Monaten seit Empfang der Mitteilung verweigert.

Kann man keine Inaussichtstellung der Genehmigung vor Vertragsabschluß erreichen, dann sollte man wegen dieser langen Zeitspanne die Schuldübernahmegenehmigung entsprechend der Bestimmung in § 415 BGB sofort nach Vertragsabschluß beantragen, da dieser Weg nach herrschender Meinung anerkannt ist.

3. Wird die Schuldübernahmegenehmigung verweigert, und zwar gleichviel entweder nach § 415 oder nach § 416 BGB, und macht der Erwerber sodann von einem vorbehaltenen Rücktrittsrecht Gebrauch, dann ergeben sich die gleichen Rechtsfolgen, wie vorstehend unter Abschnitt VIII Ziff. 2 aufgezeigt.

Hat sich der Erwerber kein Rücktrittsrecht vorbehalten, dann verbleibt es im Falle der Genehmigungsverweigerung bei einer Erfüllungsübernahme (§ 415 Abs. 3 BGB).

4. Im Regelfalle erfolgt die Schuldübernahme — im Gegensatz zur Vertragsübernahme, die meistens eine Vertragsbedingung ist — in Anrechnung auf den betreffenden Erwerbspreis (Kaufpreis oder Übernahmepreis), so daß die Einheitlichkeit für das Rechtsgeschäft gegeben ist (s. o. V. Ziff. 3). Mit Sicherheit ist es jedoch kein Schaden, wenn in der Veräußerungsurkunde ein Hinweis entsprechend dem Formulierungsvorschlag unter Buchst. c) enthalten ist, denn im Falle der Beseitigung des Grundgeschäftes will der Erwerber dem Gläubiger gegenüber ja nicht für die Schuld des Veräußerers haften.

5. Wird das Grundgeschäft, gleich aus welchen Gründen, rückgängig gemacht oder ist es nichtig und der Erwerber hat Zahlungen aufgrund der Erfüllungsübernahme oder genehmigten Schuldübernahme geleistet, dann entfällt zwar die Schuldübernahme mit dem Zeitpunkt des Wegfalls des Grundgeschäftes entsprechend dem Formulierungsvorschlag Buchst. c), jedoch sollte man eine Vereinbarung für diese geleisteten Zahlungen entsprechend der Bestimmung über die ungerechtfertigte Bereicherung des Veräußerers gemäß § 812 BGB treffen. Je nach Sachstand würde dann auch noch zu verfahren sein wie unter Ziff. VIII. 2. aufgeführt.

Berichtigung

In MittBayNot 1984 S. 232 ist unter A 4. zum Vermächtnisnießbrauch ausgeführt, daß gem. Tz. 51 II. Nießbraucherlaß die Vorschriften des Vorbehaltsnießbrauches für den Vermächtnisnießbrauch gelten mit Ausnahme der Geltendmachung der Afa. Diese Ausführungen beruhen auf dem Entwurf des Nießbraucherlasses, der dem Aufsatz zugrundelag und der auf die Vorschriften des Vorbehaltsnießbrauches mit Ausnahme der Afa-Berechtigung des Vorbehaltsnießbrauchers verwies. In der endgültigen, veröffentlichten Fassung des II. Nießbraucherlasses wird ohne Einschränkungen auf sämtliche Vorschriften des Vorbehaltsnießbrauches verwiesen, so daß davon auszugehen ist, daß die Finanzverwaltung nunmehr die Afa-Berechtigung des Vermächtnisnießbrauchers anerkennt. Allerdings ist für die Praxis zu berücksichtigen, daß der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs, insbesondere dem Urteil vom 28.7.1981 VIII R 141/77 BStBl 1982 II 454 entnommen wird, daß der Vermächtnisnießbrauch zum Afa-Verlust führt, weil die den Vorbehaltsnießbrauch charakterisierende Zurückbehaltung des Nutzungsrechtes durch den Eigentümer beim Vermächtnisnießbrauch fehlt und der Bundesfinanzhof die analoge Anwendung des § 11 d EStDV ausdrücklich ablehnt, vgl. *Seithel,* Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs 2. Aufl. S. 39. Es bleibt somit abzuwarten, welche Auffassung sich endgültig durchsetzt.

Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger,* Schweinfurt

II.
Kurze Beiträge

Pfandfreigabe bei vorliegender Löschungsbewilligung

Von Notarassessor *Robert Lotter*, Traunstein

1. Problemstellung

Die Praxis der Bausparkassen, aber auch der Banken, geht dahin, daß nach erfolgter Rückzahlung der gesicherten Darlehen dem Eigentümer, der regelmäßig auch Darlehensschuldner ist, eine Löschungsbewilligung für die zu löschende Grundschuld in der Form des § 29 GBO nebst Grundschuldbrief zugesandt wird. Sofern der Eigentümer nicht aus Unkenntnis beide Urkunden oder eine davon wegwirft, legt er sie zu seinen, das entsprechende Darlehen betreffenden Akten; nicht immer wird die Löschungsbewilligung mit Brief auch tatsächlich zur sofortigen Löschung verwendet, weil dem Eigentümer die mögliche Kostenersparnis für den Fall einer Neuvalutierung der Grundschuld vor Augen steht.

Hat sich der Eigentümer zu irgendeinem späteren Zeitpunkt durch notariellen Vertrag verpflichtet, aus seinem Grundstück eine Teilfläche zu übereignen[1], ist er regelmäßig verpflichtet und der Erwerber daran interessiert, daß diese Teilfläche von allen dinglichen Belastungen freigestellt wird, also auch von der hier interessierenden Grundschuld mit Brief[2].

Gegenstand dieser Abhandlung ist die Frage, wie und von wem diese Freistellung zu erreichen ist.

2. Freigabe durch bisherigen Grundschuldgläubiger

Materiellrechtlich ist der bisherige Grundschuldgläubiger — dies sei unterstellt — durch Einigung und Eintragung sowie Briefübergabe Berechtigter geworden. Er hat diese Stellung bislang auch nicht verloren, vergl. § 891 BGB. Denn regelmäßig ist in den zugrundeliegenden Sicherungsvereinbarungen bestimmt, daß sämtliche Zahlungen nicht auf das Grundschuldkapital, sondern auf die persönliche Schuld[3] erfolgen. Damit ist allein durch Erteilung der Löschungsbewilligung und Aushändigung des Briefes noch keine Eigentümergrundschuld entstanden, sondern lediglich ein Anspruch des Eigentümers — oder im Falle vorheriger Abtretung eines Dritten — auf Rückübertragung der Grundschuld im Rahmen der Sicherungsabrede. Etwas anderes gälte nur dann, wenn der Grundschuldgläubiger hinsichtlich der Grundschuld eine löschungsfähige Quittung erteilt, d.h. seine Befriedigung aus der Grundschuld erklärt hätte; das wird nur in Ausnahmefällen geschehen.

Der bisherige Grundschuldgläubiger ist also materiell-rechtlich Berechtigter geblieben und könnte daher ohne weiteres eine Pfandfreigabe für die veräußerte Teilfläche in der Form des § 29 GBO erteilen. Gerade das aber widerspricht der Praxis vieler Gläubiger, insbesondere der Bausparkassen, zumindest für den Fall, daß die Darlehensrückzahlung und Erteilung der Löschungsbewilligung schon längere Zeit zurückliegen und deshalb die entsprechenden Akten aufgelöst sind.

[1] Vergleiche insbesondere den Fall einer Straßengrundabtretung an die Gemeinde.

[2] Die nachstehenden Ausführungen gelten entsprechend für eine brieflose Grundschuld.

[3] Neben der eigentlichen Darlehensschuld sind nicht zuletzt die Zinsen und Nebenleistungen erwähnenswert.

3. Einschränkender Eintragungsantrag des Eigentümers

Materiellrechtlich ist der Grundstückseigentümer, wie vorstehend erörtert, allein durch Erteilung der Löschungsbewilligung und Briefübergabe nicht Inhaber der Grundschuld geworden. Auch kann in der Löschungsbewilligung kein Angebot des bisherigen Gläubigers gemäß § 1155 BGB gesehen werden, das der Eigentümer konkludent etwa durch Stellung des Eintragungsantrags annehmen könnte[4].

Formellrechtlich wäre ein Antrag des Eigentümers an das Grundbuchamt denkbar, daß Teilvollzug der Löschungsbewilligung, und zwar hinsichtlich des veräußerten Trennstücks, beantragt werde.

Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Eintragungsantrag von der Bewilligung abweichen darf. Der Grundsatz lautet, daß ein solches Abweichen unzulässig ist; Bewilligung und Eintragungsantrag müssen sich decken[5]. Ein Abweichen ist ausnahmsweise zulässig, wenn der Bewilligende dies — konkludent — gestattet hat[6]. Im Falle einer Löschungsbewilligung durch den bisherigen Grundpfandrechtsgläubiger dürfte dieses stillschweigende Einverständnis gegeben sein, da der Gläubiger offenbar keinerlei Interesse an dem weiteren rechtlichen Schicksal der Grundschuld insgesamt hat.

Aufgrund dieser unterstellten Gestattung des Abweichens kann hier das Problem offen bleiben, ob die angestrebte Pfandfreigabe im Verhältnis zur Löschung der Grundschuld insgesamt ein aliud darstellt.

Der Eigentümer ist Antragsberechtigter im Sinne von § 13 Abs. 2 2. Alt. GBO. Regelmäßig wird er den Antrag aber nicht selbst stellen, sondern über den das Verpflichtungsgeschäft beurkundenden Notar. Die Vollmacht des Letzteren zur Antragstellung für den Eigentümer wird gemäß § 15 GBO vermutet, und zwar in der Regel aufgrund eines formularmäßigen Satzes in der Urkunde, daß „die Vertragsteile allen zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen" zustimmen.

Bedingt durch die Abweichung des Antrags von der Bewilligung hat Ersterer einen eigenständigen Inhalt und bedarf daher der Form des § 29 GBO; dementsprechend wird der Notar den Antrag in der Form einer Eigenurkunde, also mit Siegel und Unterschrift versehen, stellen.

Die Zustimmung des Eigentümers gemäß § 27 GBO ist bereits in der vorerwähnten Urkundsklausel zu sehen, so daß insoweit auch die erforderliche Form des § 29 GBO gewahrt ist. Ihre Notwendigkeit ist allerdings zweifelhaft, da die Teillöschung hier die Wirkung einer Pfandfreigabe hat (s.u. Ziff. 4).

4. Freigabe durch den Eigentümer

Denkbar wäre auch, daß der Grundstückseigentümer eine Pfandfreigabeerklärung in der Form des § 29 GBO abgibt;

[4] Vergl. KG HRR 1930, 1459.

[5] Horber, Grundbuchordnung, 16. Auflage 1983, § 13 GBO Anmerkung 4 Ac.

[6] A.a.O.

eine zusätzliche Eigentümerzustimmung gemäß § 27 GBO ist dann selbstverständlich entbehrlich, bzw. als in der Freigabeerklärung enthalten anzusehen.

Die materielle Rechtslage ist aber die gleiche wie vorstehend beschrieben; der Eigentümer ist nicht Inhaber der Grundschuld. Auch schon im Rahmen des für das Grundbuchrecht geltenden formellen Konsensprinzips verbietet sich hier der Vollzug einer „Freigabe" seitens des Eigentümers im Grundbuch, weil Letzterer nicht voreingetragener Berechtigter im Sinne von § 39 GBO, ja nicht einmal Betroffener im Sinne von § 19 GBO ist.

Das Grundbuchamt müßte andererseits ohne jedes Wenn und Aber die Löschung der gesamten Grundschuld vollziehen, wenn der Eigentümer dies unter Vorlage der Löschungsbewilligung und des Grundschuldbriefes beantragt[7]. Im Wege eines argumentum a maiore liegt daher der Schluß nahe, daß ebenso ein beschränkter Teil-Löschungsantrag den gewünschten Erfolg einer Lastenfreistellung des veräußerten Trennstücks herbeiführt. Voraussetzung ist allerdings, daß die angestrebte Pfandfreigabe im Verhältnis zur Gesamtlöschung lediglich ein minus und kein aliud darstellt.

Die Antwort auf diese Frage hat zugleich Bedeutung dafür, ob zusätzlich eine Zustimmung des Eigentümers gemäß § 27 GBO erforderlich ist; es wäre nicht der Fall, wenn man von einem aliud ausgeht.

Horber[8] sieht in der Pfandfreigabe eine Teillöschung der Grundschuld. Er bezieht sich zur Begründung auf § 46 Abs. 2 GBO, wonach die pfandfreie Abschreibung eines Grundstücksteiles als Löschung angesehen werde.

Die Gegenmeinung[9] geht davon aus, daß nach der Verkehrsauffassung in der Pfandfreigabe ein Verzicht auf die Hypothek gem. §§ 1168, 1175 (analog) BGB und keine teilweise Löschung zu sehen sei. Auch *Horber*[10] gesteht zu, daß der Pfandfreigabe regelmäßig materiell-rechtlich ein Verzicht zugrunde liege. Das Argument des § 46 Abs. 2 GBO scheint mir nicht zwingend, weil diese Vorschrift sich primär auf Absatz 1 des § 46 GBO bezieht (systematisches Argument), d.h., die grundbuchtechnische Behandlung (Löschungsvermerk) regeln will. Außerdem erscheint die Behandlung als Teil-Löschung der Grundschuld unangemessen, weil sich an der Grundschuld selbst, also am Betrag, Zinssatz o.ä., nichts ändert.

Entscheidend für die Bewertung der Pfandfreigabe als aliud zur Löschung der Grundschuld sehe ich folgendes Argument:

Trotz der abgegebenen Löschungsbewilligung besteht die Grundschuld materiell-rechtlich noch; sie steht noch dem bisherigen Gläubiger zu, falls dieser keine anderslautende Erklärung (Abtretung, Verzicht usw.) abgegeben hat, wovon hier ausgegangen wird. Würde die Grundschuld am veräußerten Trennstück infolge „Pfandfreigabe" durch den Eigentümer im Grundbuch gelöscht (im Sinn von § 46 Abs. 2 GBO), so stünde dem Berechtigten und Grundschuldinhaber ein Berichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB zu.

Danach wäre also eine „Pfandfreigabe" durch den Eigentümer nicht möglich. Dieses Ergebnis befriedigt allerdings insofern nicht, als, wie gesagt, das Grundbuchamt den Antrag des Eigentümers auf Gesamtlöschung der Grundschuld vollziehen müßte. Außerdem würde der vorerwähnte Grundbuchberichtigungsantrag des bisherigen Grundschuldgläubigers im Verhältnis zum Eigentümer (als dem Geschäftspartner) eine unzulässige Rechtsausübung bedeuten[11].

Im Ergebnis ist also die Beschränkung der Löschungsbewilligung durch den Eintragungsantrag des Grundstückseigentümers einer „Pfandfreigabe" durch denselben zumindest vorzuziehen, wenn schon eine nachträgliche Freigabe durch den bisherigen Gläubiger nicht zu erlangen ist oder aus Kostengründen von den Beteiligten gescheut wird.

---

[7] Für den Antrag des Eigentümers genügt sogar die Schriftform, vergl. § 30 GBO.

[8] Horber, a.a.O., § 27 GBO Anmerkung 2 Bb.

[9] Insbesondere Meikel-Imhof-Riedel, Grundbuchrecht, 6. Auflage 1968, § 27 Anmerkung 11, m.w.N.; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 2. Auflage 1979, § 27 GBO Rdnr. 6. Demzufolge wäre eine Eigentümerzustimmung i.S. von § 27 GBO überflüssig.

[10] A.a.O.

[11] § 242 BGB, „venire contra factum proprium"; bzw. im Verhältnis zum Erwerber der veräußerten Teilfläche, „dolo petit qui petit quod statim redditurus est".

III.
Rechtsprechung

A.
Bürgerliches Recht

1. AGBG §§ 11 Nr. 2a, 7; BGB §§ 633, 320 (*Zur Unwirksamkeit einer Hinterlegungsklausel*)

Die in einem Formularvertrag über die Errichtung und Veräußerung eines Bauwerks enthaltene Klausel, wonach der Veräußerer verlangen kann, daß der Erwerber ohne Rücksicht auf vorhandene Baumängel vor Übergabe des bezugsfertigen Bauwerks dann noch nicht fällige Teile des Erwerbspreises von insgesamt 14% nach Anweisung des Veräußerers hinterlegt, verstößt gegen § 11 Nr. 2 a AGBG und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 11.10.1984 — VII ZR 248/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH und von Notar *Dr. Klaus Piehler*, Köln

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte, ihre Mutter und ihr Bruder waren Eigentümer eines Grundstücks, das sie teilten und mit 4 Einfamilienhäusern bebauten. Durch notariellen Vertrag vom 13. Febraur 1980 erwarben die klagenden Eheleute von der Beklagten eine ihr zugeteilte Parzelle mit im Rohbau fertigem, von der Beklagten noch fertigzustellendem Haus. In § 2 des Vertrages, dessen Entwurf auch für die Veräußerung zweier weiterer Häuser verwendet wurde, sind für die Zahlung des Festpreises von 412 000 DM fünf Teilbeträge entsprechend dem Baufortschritt vorgesehen. Der 4. Teilbetrag (10,5% = 43 260 DM) war nach Bezugs- und Gebrauchsfertigstellung des Hauses und der Garage sowie nach Besitzübergang zu zahlen, der Restbetrag (3,5% = 14 420 DM) nach vollständiger Fertigstellung und Vorlage des Schlußabnahmescheins. Weiter heißt es in § 2 des Vertrages:

> „Der Verkäufer kann verlangen, daß vor Übergabe des bezugs- und gebrauchsfertigen Hauses nebst Garage die dann noch nicht fälligen Kaufpreisteile von insgesamt 14% nach Anweisung des Verkäufers entweder auf ein Anderkonto des Notars oder ein auf den Namen des Erwerbers und zu Gunsten des Verkäufers gesperrtes Sparkonto eingezahlt werden."

Unter dem 2. Oktober 1980 teilte die Beklagte die Bezugsfertigkeit des Hauses mit und bat um Überweisung des 4. und um Hinterlegung des 5. Teilbetrags. Die Kläger weigerten sich wegen erheblicher Baumängel, die sie bereits im August 1980 gerügt und durch einen Sachverständigen hatten begutachten lassen. Nachdem sie ohne Übergabe Anfang Oktober 1980 eingezogen waren, verlangte die Beklagte unter dem 29. Oktober 1980 die Hinterlegung der beiden letzten Teilbeträge bis zum 5. November 1980 und drohte den Rücktritt vom Vertrag gemäß dessen § 5 an. Die Kläger machten unter Beifügung einer Mängelliste Minderung und Leistungsverweigerungsrecht für den 4. Teilbetrag geltend und bestritten die Fälligkeit des Restbetrages. Mit Schreiben vom 18. Dezember 1980 trat die Beklagte vom Vertrag zurück. Die Kläger verweigerten die verlangte Räumung, hinterlegten aber im Herbst 1981 die beiden restlichen Teilbeträge. Sie haben die Feststellung begehrt, daß der von der Beklagten erklärte Rücktritt vom Vertrag unwirksam und die Räumungsaufforderung gegenstandslos seien. Die Beklagte hat widerklagend Räumung und Herausgabe des Grundstücks sowie Löschung aller Belastungen im Grundbuch gefordert, und zwar Zug um Zug gegen Rückzahlung aller Leistungen der Kläger.

Das Landgericht hat die Feststellungsklage als durch die Widerklage unzulässig geworden abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die gegen den Erfolg der Widerklage gerichtete Berufung der Kläger hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hält den Rücktritt der Beklagten vom Vertrag für wirksam. Die Kläger seien mit ihren Zahlungsverpflichtungen in Verzug geraten. Dazu gehöre nämlich die Pflicht, auf Verlangen der Beklagten die beiden letzten Teilbeträge zu hinterlegen. Da die Gewährleistung erst mit der Übergabe des Hauses habe beginnen sollen, die Beklagte aber bereits vor der Übergabe die Hinterlegung habe verlangen dürfen, hätten die Kläger die Hinterlegung nicht wegen vor der Übergabe festgestellter Mängel verweigern dürfen. Durch die Vertragsgestaltung seien ihre Rechte nicht unzulässig verkürzt worden. In einem zwischen den Beteiligten ausgehandelten Vertrag könne sich der Erwerber wirksam verpflichten, die Bezahlung von Bauleistungen nicht wegen angeblicher oder auch tatsächlicher Mängel zu verweigern. Umso weniger sei zu beanstanden, daß der Erwerber sich nur zur Hinterlegung der letzten 14% des Preises verpflichte. Die Hinterlegungspflicht führe, verglichen mit einem verbliebenen Zurückbehaltungsrecht, zu keiner merklichen Schlechterstellung des Erwerbers. Denn mit der Hinterlegung auf ein Notar-Anderkonto werde nur dem berechtigten Sicherungsbedürfnis des Gläubigers genügt. Die Hinterlegungssumme sollte der Beklagten erst zufließen, wenn die von ihr zu beseitigenden Baumängel tatsächlich behoben seien. Eine Regelung dieser Art sei für den Hersteller eines Bauwerks ein probates Mittel, sich gegen oftmals hochgespielte Mängelrügen zu schützen. Daß dabei auch die Interessen der Erwerber wegen vorhandener Mängel berücksichtigt worden seien, zeige sich an der in § 4 des Vertrages vorgesehenen Einholung eines Schiedsgutachtens. Sollte den Klägern wegen nicht zu behebender Mängel ein Minderungsrecht erwachsen sein, so sei dieses durch die vorgesehene Hinterlegung nicht unbillig verkürzt worden. Der Vertrag der Parteien falle als individuelle Rechtsgestaltung im Gegensatz zu Formularverträgen nicht unter das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Formularvertrag setze ein gedrucktes oder vervielfältigtes Klauselwerk voraus. Schon die äußere Erscheinung des notariellen Vertrages vom 13. Februar 1980 weise nicht auf ein vorformuliertes Vertragswerk hin. Der Vertragstext sei im Zusammenhang mit dem Baukomplex nur dreimal verwendet worden und sei in erheblichem Umfang auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnitten. Er sei den Klägern schon vor der Beurkundung zur Kenntnis gebracht worden. Überdies sei mit dem Bruder der Beklagten über Baubeschreibung, Sonderwünsche, Bezugstermin und Finanzierung gesprochen und Einigkeit erzielt worden. Daher könne dahinstehen, ob der Vertragstext vom Notar oder vom Bruder der Beklagten vorformuliert worden sei. Angesichts noch im Beurkundungstermin vorgebrachter Wünsche der Kläger könne von einem Diktat des Bruders der Beklagten keine Rede sein. Der Beurkundungstermin habe wegen einiger Umformulierungen (zu Mitbenutzungsrechten, Baubeschreibung, Bezugstermin) längere Zeit in Anspruch genommen. Sollte, wie die Kläger behauptet hätten, nur über die Änderungen gesprochen worden sein, so erhelle daraus, daß gegen den übrigen Text keine Bedenken bestanden hätten. Doch selbst wenn auf das Vertragswerk das AGBG anzuwenden wäre, falle die Hinterlegungsverpflichtung nicht unter § 11 Nr. 2 b AGBG. Mit dieser Vertragsbestimmung werde nämlich weder bezweckt noch erreicht, daß der Veräußerer Geldbeträge erhalte, die er nicht erhalten würde, wenn der Erwerber sich auf ein Zurückbehaltungsrecht würde berufen können. Einerseits könne der Veräußerer über das Geld nicht verfügen, andererseits hätte der Erwerber auch bei Ausübung des Zurückbehaltungsrechts das Geld bereithalten müssen, um es nach Mängelbeseitigung

auszuzahlen. Die Berechtigung einer Minderung hätte erst durch das vorgesehene Schiedsgutachten — welches die Kläger nach dem Rücktritt der Beklagten vom Vertrag eingeholt haben — festgestellt werden müssen und bei der Auszahlung berücksichtigt werden können. Unter diesen Umständen eine Einschränkung oder gar Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts anzunehmen, gehe zu weit und werde vom Schutzzweck des § 11 Nr. 2 AGBG nicht getragen. Hiergegen wendet sich die Revision der Kläger mit Erfolg.

I.

Die maßgebliche Vertragsbestimmung fällt unter das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

1. Abgesehen von den das Vertragsobjekt selbst betreffenden Angaben (Bezeichnung, Größe, Beschreibung und Preis des Grundstücks mit fertigzustellenden Aufbauten) handelt es sich um für drei oder vier gleichartige Verträge vorformulierte Vertragsbestimmungen, welche der Bruder der Beklagten als geschäftserfahrenes, die anderen vertretendes Familienmitglied entweder selbst entworfen oder nach seinen Wünschen von dem beurkundenden Notar seines Vertrauens in Bonn hat entwerfen lassen und dem jeweiligen Erwerber eines der Reihenhäuser gestellt hat (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AGBG). Dieses Klauselwerk ist als Ganzes unstreitig nicht im einzelnen zwischen den Parteien vor dem Beurkundungstermin ausgehandelt worden (§ 1 Abs. 2 AGBG). Es ist vielmehr lediglich vom Vertreter der Beklagten oder auf dessen Veranlassung vom Notar den Erwerbern vorher zugeleitet und von ihnen insgesamt hingenommen worden. Verhandelt haben sie mit ihm über Baubeschreibung, Sonderwünsche, Bezugstermine und Finanzierung. Dazu sind auf ihren Wunsch einige zusätzliche Bestimmungen in den Entwurf aufgenommen worden. Die vorformulierten Bedingungen des Angebots, insbesondere die Klausel zum Recht des Veräußerers, die Hinterlegung des 4. und 5. Teilbetrags vor Übergabe des Hauses zu verlangen, sind davon aber unberührt geblieben. Insoweit (vgl. § 1 Abs. 2 AGBG) spricht nichts für eine Individualvereinbarung. Zugeständnisse des Verwenders in Punkten, die nicht Gegenstand der AGB sind, — etwa im Preis oder im Fertigstellungstermin — begründen nicht die Annahme, der Verwender sei ohne weiteres auch bereit, von seinen sonstigen Bedingungen abzulassen. Darum braucht hier nicht entschieden zu werden, inwieweit eine solche dem Vertragspartner erklärte Bereitschaft im Einzelfall ausreichen kann, den vorformulierten Vertragstext nicht als AGB zu werten (vgl. dazu BGHZ 74, 204, 209 [= DNotZ 1979, 741], 85, 305, 308; BGH NJW 1979, 367, 368; OLG Celle NJW 1978, 326, 327 m.N.). Es genügt auch nicht, daß — wie die Beklagte behauptet — der Vertrag vor dem Notar durchgesprochen und erläutert worden ist, der Notar über die Bedeutung der Klauseln belehrt hat und die Erwerber keinen Widerspruch erhoben haben (vgl. BGH NJW 1984, 171, 173 m.N.). Darin liegt noch kein freies gegenseitiges Aushandeln, wie es § 1 Abs. 2 AGBG voraussetzt (vgl. BGH NJW 1981, 2343 [= MittBayNot 1981, 182]; 1982, 2243, 2244 [= MittBayNot 1982, 117]; 1984, 171, 172). Die Erwerber geben vielmehr lediglich zu erkennen, daß sie sich insoweit den vom Veräußerer gestellten Vertragsbedingungen weiterhin unterwerfen wollen.

2. Der Wertung der streiterheblichen Vertragsklausel als AGB steht nicht entgegen, daß der Vertragsentwurf jeweils nur für einen der Veräußerer verwendet und dessen Vertragspartner gestellt worden ist. Es genügt, daß die gleichen Bedingungen für mehrere gleichartige Verträge vorformuliert worden sind und jeder der Veräußerer sich den Entwurf als Bestandteil seines Angebots zu eigen gemacht hat (vgl. BGHZ 74, 204, 21; BGH NJW 1982, 2243, 2244). Hier hat die Familie der Beklagten wie ein Bauträger das gemeinschaftliche Grundstück parzellieren, bebauen, darüber sogar einen Prospekt anfertigen und dann durch ihren Bruder mindestens drei der vier Reihenhäuser namens und für Rechnung des jeweils berechtigten Familienmitglieds veräußern lassen. Insofern müssen alle drei Veräußerer als Verwender von für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen gelten. Daß diese Bedingungen und die übrigen Vertragsbestandteile auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnitten und allein für dessen Verwertung entworfen sein sollen, ändert daran nichts. Auch kann es nicht auf die äußere Erscheinung des Vertragstextes ankommen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AGBG). AGB brauchen nicht gedruckt oder erkennbar vervielfältigt zu sein. Die vielfach verwendeten Schreibautomaten lassen jeden beurkundeten Vertrag auf den ersten Blick als einzigartiges Schriftstück erscheinen. Ob es sich dabei entgegen dem äußeren Anschein um AGB handelt, kann nur den Umständen entnommen werden, nämlich ob die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und dem Partner des Verwenders gestellt worden sind.

II.

Die von den Veräußerern ausbedungene unbedingte („einredefeste") Verpflichtung der Erwerber, den Restpreis auf Verlangen bis zu 14% der Gesamtvergütung vor Übergabe des Hauses zu hinterlegen, ist gemäß § 11 Nr. 2 a AGBG unwirksam.

1. Zweck der streitigen Klausel ist es, den Erwerbern die Möglichkeit zu nehmen, die restliche Vergütung wegen Baumängel zurückzuhalten oder zu mindern, soweit Mängelbeseitigung nicht in Betracht kommt. Das Recht der Minderung ist dem Erwerber zwar für den Fall, daß der Veräußerer seiner Nachbesserungspflicht nicht nachkommt, in § 4 Abs. 7 des Vertrages vorbehalten. Das steht aber — wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt — wie auch die Anerkennung von Baumängeln unter dem allgemeinen Vorbehalt (§ 4 Abs. 11 des Vertrages), daß entweder die Vertragspartner sich über das Vorliegen eines Mangels oder über die Höhe einer Minderung geeinigt haben oder darüber ein Schiedsgutachten eingeholt worden ist. Kommt es wie hier auch nach Einholung sowohl eines Parteigutachtens als auch eines Schiedsgutachtens nicht zu einer Einigung, so soll der Erwerber genötigt sein, zur Durchsetzung aller Gewährleistungsansprüche auf Freigabe der hinterlegten Restvergütungen zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Veräußerers auf Minderungs- und Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können.

2. Die Hinterlegungsklausel läuft somit darauf hinaus (§ 7 AGBG), dem Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu nehmen oder zumindest einzuschränken und das Recht auf Minderung bis zu einer endgültigen Einigung oder Streitentscheidung „auszusetzen". Eine Ausschließung oder Einschränkung des Leistungsverweigerungsrechts ist aber nach § 11 Nr. 2 a AGBG unwirksam.

a) Die Weigerung des Erwerbers, dem Hinterlegungsverlangen des Veräußerers nachzukommen, ist eine Leistungsverweigerung, welche das Berufungsgericht zu Recht der Nichterfüllung einer Zahlungspflicht im Sinne des § 5 Abs. 1 des Vertrages (Rücktrittsrecht bei Zahlungsverzug) gleichstellt. Dem steht nicht entgegen, daß die verlangte Leistung noch nicht zur Befriedigung, sondern nur zu einer Sicherung des Veräußerers führt. Von dem Erwerber wird, anders als bei

Zurückhaltung fälliger Zahlung, gefordert, sich des geschuldeten Betrages zu entäußern. Damit soll er sich eines Druckmittels begeben, den Veräußerer zu schneller Erfüllung seiner Gegenleistung anzuhalten. Dieser wirtschaftliche Druck mag bei Hinterlegung nicht gänzlich wegfallen, sondern lediglich geringer sein als bei Auszahlungsverweigerung, weil der Veräußerer über die zu seinen Gunsten hinterlegte Summe nicht frei verfügen kann. Dennoch ist der so gesicherte Vergütungsanspruch für ihn und seine Gläubiger wertvoller als ein ungesicherter Anspruch. Der Veräußerer kann fest damit rechnen, nach Mängelbeseitigung sein Geld zu erhalten, ohne zugleich zu schneller Abhilfe angehalten zu werden. So wiegt die Verweigerung des Einverständnisses mit der Auszahlung hinterlegten Geldes für den Schuldner als Druckmittel gegen seinen Gläubiger sehr viel weniger als die Verweigerung angemessener Gegenleistung gemäß § 320 BGB. Andererseits belastet ihn — was das Berufungsgericht verkennt — die Hinterlegung wegen der damit verbundenen Kapitalkosten erheblich mehr als die Bereithaltung fälligen Baugeldes.

b) Die Hinterlegung trägt zwar — wie das Berufungsgericht ausführt — dem verständlichen Sicherungsbedürfnis des Veräußerers Rechnung, der sich vor ungerechtfertigter Mängelrüge und Zahlungsverweigerung schützen möchte. Sie wahrt aber die Interessen des Erwerbers nur unzureichend, weil der Zweck des Leistungsverweigerungsrechts sich nicht in der Sicherung des Gegenanspruchs erschöpft, weshalb es auch nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann (§ 320 Abs. 1 Satz 3 i.V. mit § 273 Abs. 2 BGB). Mag die bloße Hinterlegung für den Erwerber auch weniger nachteilig sein als die Auszahlung zur freien Verfügung des Veräußerers, so ändert das doch nichts daran, daß der Erwerber mit der streitigen Klausel zu einer Leistung gezwungen werden soll, die er gemäß § 320 BGB wegen vorhandener Mängel zu verweigern berechtigt wäre.

c) Eine Vorleistungspflicht des Erwerbers mit der möglichen Folge, daß § 11 Nr. 2 a AGBG nicht eingriffe, begründet die dem Baufortschritt angepaßte Teilzahlungsabrede des § 2 des Vertrages nicht. Wie § 16 Nr. 1 VOB/B schränkt eine solche Vereinbarung über Abschlagszahlungen zwar die werkvertragliche Vorleistungspflicht des Unternehmers (§ 641 Abs. 1 BGB) ein, verpflichtet aber den Besteller lediglich zur Vergütung bereits erbrachter Leistungen und beläßt ihm ein Leistungsverweigerungsrecht, soweit diese Leistungen mangelhaft sind (vgl. BGHZ 73, 140, 144/145). Eine Vorleistungspflicht ergibt sich allein aus der Verpflichtung, den 4. und 5. Teilbetrag bereits vor deren Fälligkeit zu hinterlegen, mag die Klausel nach Treu und Glauben auch dahin auszulegen sein, daß im Zeitpunkt des Hinterlegungsverlangens das Haus bezugs- und übergabefertig sein muß. Eine solche ersichtlich der Umgehung des § 11 Nr. 2 a AGBG dienende Begründung einer Vorleistungspflicht fällt aber gemäß § 7 AGBG unter die genannte Verbotsnorm. Deren Schutzzweck kann nur erreicht werden, wenn es dem Verwender versagt bleibt, besondere, nicht im Gesetz vorgesehene Vorleistungspflichten zu begründen und so seine Ansprüche trotz erwarteter Gegenansprüche durchzusetzen, wodurch sein Vertragspartner unangemessen benachteiligt würde (vgl. a. *Kötz* in MünchKomm, AGBG § 11 Rdnr. 17, 18; *Dietlein/Rebmann*, AGB aktuell § 11 Nr. 2 Rdnr. 2; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 43. Aufl., AGBG § 11 Anm. 2 a aa; *Löwe/von Westphalen/Trinkner*, Großkommentar zum AGBG, 2. Aufl., § 11 Nr. 2 Rdnr. 13; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Kommentar, 4. Aufl., § 11 Nr. 2 Rdnr. 11; vgl. auch BGHZ 63, 238, 240 [= MittBayNot 1975, 81] zur Rechtslage vor Geltung des AGBG). Das ist hier der Fall.

d) Ist die Hinterlegungsklausel bereits unwirksam, weil sie gegen § 11 Nr. 2 a AGBG verstößt, so kommt es nicht mehr darauf an, ob sie aus noch anderen Gründen unwirksam sein könnte. Sie fällt ersatzlos weg, so daß es den Klägern auch nicht verwehrt ist, fälligen Werklohn wegen nicht mehr zu beseitigender Mängel zu mindern. Eine Rückführung der unwirksamen Klausel auf einen etwa gerade noch zulässigen Inhalt ist ohnehin nicht möglich (BGHZ 84, 109, 116; 85, 305, 312; 86, 284, 297; 90, 69, 80 f.; BGH NJW 1984, 48, 49; 1984, 2404, 2406, jeweils m.w.N.).

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben, sondern ist aufzuheben. Der Senat ist zu eigener abschließender Sachentscheidung nicht in der Lage (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Der Erfolg der Widerklage hängt davon ab, ob die Kläger in Verzug geraten sind, als sie von der Beklagten mit Schreiben vom 2. und 29. Oktober 1980 zur Zahlung oder Hinterlegung des 4. und 5. Teilbetrages aufgefordert wurden. Dafür ist wiederum maßgebend, inwieweit sie berechtigt waren, zu mindern oder die verlangte Leistung gemäß § 320 BGB zu verweigern. Dabei ist zu beachten, daß — entgegen der Ansicht der Beklagten — den Erwerbern ein Leistungsverweigerungsrecht nicht erst nach der Übergabe zustand, weil nach § 4 Abs. 10 des Vertrages die (VOB—)Gewährleistung erst mit der Übergabe bzw. Übernahme des Vertragsobjektes „beginnen" sollte. Der Anspruch des Bestellers auf Mängelbeseitigung hängt nicht vom „Beginn" der Gewährleistung ab (§§ 634 Abs. 1 Satz 2 BGB, 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B). Daher kann der Besteller weitere Zahlungen auch schon vor Abnahme gemäß § 320 BGB verweigern, wenn die bis dahin erbrachten Leistungen nicht mangelfrei sind (vgl. BGHZ 73, 140, 144; BGH NJW 1981, 2801; 1984, 725 [= DNotZ 1984, 478]). Dieser Grundsatz gilt sogar dann, wenn für die Gewährleistung ein Sicherheitseinbehalt seitens des Bestellers vereinbart ist. Die Kläger machen geltend, das von ihnen mit dem Grundstück erworbene, Anfang Oktober 1980 bezogene Haus habe damals so schwerwiegende Mängel aufgewiesen, daß ihnen eine weitere Zahlung auf den Erwerbspreis vorerst nicht zuzumuten gewesen sei. Das Berufungsgericht muß nunmehr die erforderlichen Feststellungen treffen. Erst dann läßt sich beurteilen, inwieweit die Kläger berechtigt waren, einen dem Umfang der vorhandenen Mängel und der Höhe des voraussichtlichen Beseitigungsaufwands angemessenen Betrag an sich fälligen Baugeldes zurückzuhalten, bis die Mängel beseitigt waren.

Anmerkung:

Das Urteil behandelt zwei für die notarielle Praxis wichtige Problemkreise. Einmal geht es um die zentrale Frage, unter welchen Voraussetzungen ein notarieller Vertrag als „Formularvertrag" unter das AGBG fällt oder als ausgehandelter Individualvertrag gelten kann, und zum andern wird eine für den Bauträgervertrag häufig verwendete Klausel am AGBG gemessen und für unwirksam erklärt.

Es überrascht nicht, daß der VII. Zivilsenat in seiner bekannt extrem extensiven Auslegung des § 1 AGBG, die an eine Analogie praeter oder gar contra legem denken läßt, den Vertrag, den eine Mutter mit ihren beiden Kindern (also kein professioneller Bauträger) über den Verkauf von 4 Parzellen mit einem hierauf jeweils zu errichtenden Einfamilienhaus als Verkäufer abschließt, entgegen der sorgfältig begründeten Entscheidung des Berufungsgerichts nicht als Individualvertrag, sondern einen dem AGBG unterliegenden Formularver-

trag ansieht. Es befremdet, wenn der Senat darauf hinweist, daß einer der Verkäufer den Vertrag nach seinen Wünschen von dem Notar seines Vertrauens habe entwerfen lassen, als ob damit dessen Unparteilichkeit entfallen sei. Das fordert zum Widerspruch heraus, denn auch der Notar, der auf Verlangen einer Partei einen Vertragsentwurf fertigt, ist zur Unparteilichkeit verpflichtet (vgl. *Seybold-Horning,* Rdnrn. 36, 37 zu § 14 BNotO), und es darf ihm nicht von vorneherein die Unparteilichkeit abgesprochen werden, weil er auf Ansuchen einer Partei den Vertragsentwurf gefertigt hat. Auch geht m. E. der Senat über Wortlauf, Sinn und Zweck des Gesetzes hinaus, wenn er feststellt, aus § 1 Abs. 2 AGBG ergebe sich, daß ein Vertrag vor dem Beurkundungstermin ausgehandelt worden sein muß, wenn er als Individualvertrag gelten soll. Gerade im Beurkundungstermin wird unter dem Eindruck der Belehrungen und Hinweise des Notars ernsthaft und dank seiner Assistenz fundiert über den Vertragsinhalt verhandelt. Was soll eigentlich noch geschehen, damit der Senat ein „Aushandeln" des Vertrages anerkennt?

Angesichts dieser Rechtsprechung müssen wir Notare uns darauf einstellen, daß nahezu alle notariellen Verträge der Inhaltskontrolle durch die Gerichte, sei es über das AGBG oder § 242 BGB, unterliegen, obwohl das Beurkundungsverfahren und der Zivilprozeß ganz verschiedenen Voraussetzungen und Regeln unterliegen (vgl. dazu den Beitrag von *Wolfsteiner* in „AGB und vorsorgende Rechtspflege" — herausgegeben von der Bundesnotarkammer 1975).

Nun zu der vom BGH für unwirksam erklärten Vertragsklausel. Im entschiedenen Fall hatte der Verkäufer die Zahlung der letzten Rate von 14% des Kaufpreises vor Übergabe des Hauses verlangt und bei etwa vorhandenen Baumängeln lediglich gestattet, daß die Rate hinterlegt wird, bis über die Berichtigung der Einwendungen eine Einigung erzielt oder entschieden ist. Der BGH sieht darin einen Verstoß gegen § 11 Nr. 2 a AGBG.

Was für diese Klausel gilt, muß umso mehr für die in echten Bauträgerverträgen anzutreffende Regelung gelten, daß der Käufer die nach § 3 Abs. 2 MaBV letztfällige Rate von 3,5% des Kaufpreises vorgezogen zusammen mit der vorletzten Rate (10,5% nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe), also 14% zahlen muß, wenn ihm der Verkäufer in Höhe dieser letzten Rate eine Bankbürgschaft übergibt. Es ist in dieser Zeitschrift schon mehrmals darauf hingewiesen worden, daß diese Praxis der MaBV widerspricht (MittBayNot 1983, 216, 217 1984, 109). Nach der vorstehenden Entscheidung des BGH muß sie auch als Verstoß gegen § 11 Nr. 2 a AGBG angesehen werden, so daß diese Regelung auch für jene Bauträger verboten und damit unwirksam ist, die nicht unter die MaBV fallen (§ 34 c Abs. 5 GewO). Damit ist höchstrichterlich entschieden, daß unter der Geltung des AGBG keine Baufortschrittsrate gem. § 3 MaBV entgegen den gesetzlichen Fälligkeitsvoraussetzungen gegen Übergabe einer Bankbürgschaft vorgezogen werden darf.

Zweifel, die bisher noch bestanden haben sollten, weil in der Literatur die Vermischung der Sicherungsvorschriften von § 3 und § 7 MaBV für zulässig erachtet worden ist (so *Reithmann,* Kauf vom Bauträger, 4. Aufl. Rdnr. 344, *Schmidt,* Münch. Vertr. Handb. Bd. 2, Anm. 16 zu VIII, 1) und die es gerechtfertigt haben könnten, diese Regelung zu beurkunden und lediglich auf die Zweifel an ihrer Gültigkeit nach § 17 Abs. 2 BeurkG hinzuweisen, sind durch diese Entscheidung ausgeräumt. Es geht nun nicht mehr an, gesetzwidrige Klauseln zu beurkunden und nur auf die „evtl. Unwirksamkeit nach MaBV und/oder AGBG" hinzuweisen. Was gegen das Gesetz verstößt, darf der Notar überhaupt nicht beurkunden (§ 4 BeurkG); er hat dies abzulehnen (§ 14 Abs. 2 BNotO).

Notar *Dr. Christian Schelter,* Erlangen

---

2. AGBG §§ 7, 9, 11 Nr. 2 und 3; BGB §§ 242, 607 (*Zur Unwirksamkeit eines unwiderruflichen Überweisungsauftrags bei einem Zwischenfinanzierungskonto*)

a) Eröffnet der Besteller eines Fertighauses auf Veranlassung des Unternehmers bei dessen Hausbank ein Zwischenfinanzierungskonto und erteilt er der Bank den Auftrag zur Überweisung der vereinbarten Werklohnraten, so ist eine AGB-Bestimmung des Kontoeröffnungsvertrags, in der dieser Überweisungsauftrag für unwiderruflich erklärt wird, nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.
b) Liegen bei diesem finanzierten Werkvertrag die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit von Werk- und Darlehensvertrag vor (vgl. Senatsurteil BGHZ 83, 301), so muß sich die Bank Einwendungen des Bestellers wegen solcher Mängel des Werkes entgegenhalten lassen, die dieser vor der Überweisung der letzten Rate entdeckt und — zumindest gegenüber dem Unternehmer — gerügt hatte.

BGH, Urteil vom 28.4.1984 — III ZR 63/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die klagende Sparkasse war die Hausbank der — inzwischen in Konkurs gefallenen — Firma L. Die Beklagte bestellte bei dieser Firma im Herbst 1979 ein Fertighaus mit Kellergeschoß. Im Werkvertrag war festgelegt, daß der Werklohn in Raten jeweils nach Abschluß bestimmter Bauphasen bezahlt werden sollte. Danach heißt es weiter:

> „Der Bauherr hat durch eine Finanzierungsbestätigung seiner Bank die Zahlung ... sicherzustellen. Er hat weiterhin die Bank der Firma L. unwiderruflich zur Auszahlung der fälligen Beträge zu beauftragen ... Zur Finanzierung sind nur die von der Firma L. zur Verfügung gestellten Formulare gültig."

Demgemäß unterschrieb die Beklagte die — ihr von der Firma L. vorgelegten — Formularanträge für die Eröffnung zweier Treuhandkonten bei der Klägerin. Darin heißt es:

> „Die Sparkasse wird hiermit unwiderruflich beauftragt, zu Lasten des oben genannten Treuhandkontos an die Firma L. folgende Überweisungen vorzunehmen:
>
> ...
>
> Die Firma L. hat der Sparkasse zu bestätigen, daß sie die entsprechend begründeten Leistungen erbracht hat. Eine Überprüfung seitens der Sparkasse ist nicht erforderlich.
>
> Sind die erforderlichen Mittel an den vereinbarten Zahlungsterminen auf dem Treuhandkonto ... nicht verfügbar, beauftrage ich die Sparkasse unwiderruflich, die Zwischenfinanzierung der fälligen Raten vorzunehmen."

In der Folgezeit unterrichtete die Firma L. die Klägerin über den Baufortschritt und erhielt von ihr — zu Lasten der Treuhandkonten — die vereinbarten Werklohnraten, die letzte am 7. Juli 1980. Die Beklagte überwies diese Beträge später an die Klägerin, verweigert aber die Bezahlung der für die Zwischenzeit berechneten Zinsen mit der Begründung, ihr habe wegen zahlreicher Baumängel und -schäden ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Werklohnanspruch der Firma L. zugestanden. Von den Baumängeln habe sie die Klägerin schon unterrichtet, bevor diese die letzte Rate überwiesen habe.

Das Landgericht hat die auf Zahlung der Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr im wesentlichen stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge der Inhaltskontrolle nach dem AGBG unterliegen. Der gesamte Vertragstext ist bis auf die Ratenbeträge vorformuliert und von der Klägerin bei einer Vielzahl von Verträgen mit Kunden der Firma L. benutzt worden.

2. Dieser Inhaltskontrolle halten die Vertragsbestimmungen nicht stand, in denen der Auftrag der Beklagten an die Klägerin, zu bestimmten Zeitpunkten an die Firma L. die vereinbarten Werklohnraten zu überweisen und damit, soweit keine Deckung auf dem Konto besteht, der Beklagten einen Zwischenkredit zu gewähren, für unwiderruflich erklärt wird.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt: Nichtigkeitsgründe ergäben sich zwar nicht aus dem Vertragsverhältnis zwischen Bauherren und Bank. Die Unwiderruflichkeitsklauseln seien aber gemäß § 7 AGBG als Umgehung des § 11 Nr. 2 AGBG unwirksam: Der Bauunternehmer dürfe in seinen Verträgen mit dem Bauherrn nicht dessen Recht ausschließen, bei Baumängeln sein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 320, 273 BGB geltend zu machen oder mit Schadensersatzansprüchen aufzurechnen. Die gleichen Rechtsfolgen könnten dann aber auch nicht durch einen Finanzierungssicherungsvertrag erreicht werden, den der Bauherr auf Veranlassung des Bauunternehmers mit dessen Hausbank abschließe.

Der Auffassung des Berufungsgerichts ist jedenfalls im Ergebnis zuzustimmen. Zur Begründung bedarf es allerdings nicht des Rückgriffs auf § 7 AGBG. Zwar sind die Sondervorschriften des § 11 Nr. 2 und 3 AGBG im Verhältnis der Beklagten zur Klägerin nicht anwendbar, da sich diese Bestimmungen nur auf den Ausschluß von Rechten beziehen, die dem Vertragspartner gegenüber dem Verwender der AGB-Klauseln — nicht aber nur gegenüber einem Dritten — zustehen. Die Unwirksamkeit der hier streitigen AGB-Bestimmungen ergibt sich jedoch aus der Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG.

a) Der Bankkunde wird nämlich durch die Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags erheblich benachteiligt: Ohne die streitigen Klauseln könnte er seinen Überweisungsauftrag jederzeit widerrufen (vgl. BGHZ 4, 244, 247; *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. Rdnr. 352 ff.) und dadurch gegenüber dem Überweisungsempfänger bestehende Rechte aus §§ 320, 273 BGB ausüben. Durch die Ausführung des Überweisungsauftrags aufgrund der Unwiderruflichkeit verliert er diese Möglichkeit; dadurch können ihm erhebliche Schäden erwachsen, insbesondere wenn — wie hier — eine spätere aktive Durchsetzung von Ansprüchen gegen den Überweisungsempfänger nicht mehr möglich ist.

Der Berücksichtigung dieser Nachteile steht nicht entgegen, daß es sich um Rechtsverluste gegenüber einem Dritten handelt. Weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes gebieten es, in die Interessenabwägung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG nur Nachteile einzubeziehen, die den Vertragspartner gerade im Verhältnis zum Klauselverwender treffen. Notwendig ist allein, daß die Benachteiligung in der Person des Vertragspartners eintritt (*Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 9 Rdnr. 98).

b) Ein schützenswertes Interesse der Bank, das die erheblichen Nachteile auf seiten des Kunden rechtfertigen könnte, besteht nicht. Ein Widerruf des Überweisungsauftrags würde zwar die zinsbringende Kreditgewährung verzögern oder ganz verhindern. Der Vertrag gab der Klägerin aber ohnehin kein Recht auf eine Zwischenfinanzierung. Er bot vielmehr der Beklagten jederzeit die Möglichkeit, durch rechtzeitige Überweisungen auf das Treuhandkonto eine Kreditgewährung durch die Klägerin überflüssig zu machen.

Die Unwiderruflichkeit des Überweisungsauftrags lag hier vor allem im Interesse des Überweisungsempfängers, der Firma L. Zwar ist der Verwender von AGB bei deren Gestaltung nicht grundsätzlich gehindert, auch Interessen Dritter wahrzunehmen, zumal wenn beide durch Vertragsbeziehungen verbunden sind und dadurch gleichgerichtete Interessen haben (vgl. *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG 4. Aufl. § 9 Rdnr. 90; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 9 Rdnr. 103, 104). Aber selbst wenn man deswegen bei der Abwägung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG das Interesse an der Durchsetzung von Ansprüchen der Firma L. auf seiten der Klägerin als deren Hausbank und Kreditgeberin berücksichtigt, so bleibt doch auch dann die Benachteiligung der Beklagten unangemessen. Es widerspricht den Geboten von Treu und Glauben, wenn der Verwender in seinen AGB — sei es auch im eigenen Interesse — Ansprüche eines Dritten mit Mitteln durchsetzt, die dem Dritten selbst im Verhältnis zum Vertragspartner nicht erlaubt sind. Auch wenn man einem Fertighausunternehmer ein besonderes Interesse an kurzen Zahlungsfristen zubilligt, darf er dennoch nicht das Recht des Bestellers zur Zurückbehaltung oder Aufrechnung durch AGB völlig ausschließen.

3. Das — durch Wegfall des beanstandeten Klauselteils eröffnete — Recht, den Überweisungsauftrag vor seiner Ausführung zu widerrufen, bot der Beklagten eine Möglichkeit, gegenüber dem Werklohnanspruch Gegenrechte aus den §§ 633 ff. BGB geltend zu machen.

Nach den Feststellungen des Berufungsurteils hat die Beklagte allerdings von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Sie hat zwar vorgetragen, sie habe der Klägerin schon vor Überweisung der letzten Werklohnrate das Vorhandensein von Baumängeln mitgeteilt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dies allein stelle noch keinen Widerruf des Überweisungsauftrags dar, wird von der Revision nicht angegriffen und ist revisionsrechtlich auch nicht zu beanstanden.

4. Ein Rechtsfehler, der zur Aufhebung und Zurückverweisung führen muß, liegt jedoch darin, daß das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht unter zwei weiteren rechtlichen Gesichtspunkten geprüft hat:

a) Die Klägerin kann zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie gegenüber der Beklagten vertragliche oder vorvertragliche Pflichten aus dem Treuhandkontovertrag verletzt hat.

aa) Eine Bank, die den Darlehensbetrag auf Anweisung des Darlehensnehmers an einen Dritten auszahlt, ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, das Rechtsverhältnis des Darlehensnehmers zum Dritten zu überprüfen, um den Darlehensnehmer vor Schäden zu bewahren. Im Einzelfall können sich aber aus § 242 BGB besondere Vertragspflichten der Bank ergeben (BGH Urteil vom 29. Mai 1978 — II ZR 173/77 = NJW 1978, 2547; Senatsurteil vom 21. Mai 1981 — III ZR 139/79 = WM 1981, 869, 870). Die Parteien haben hier zwar in den Treuhandkontoverträgen ausdrücklich vereinbart, daß die Klägerin vor den Überweisungen die von der Firma L. vorzulegenden Bestätigungen über den Baufortschritt nicht zu überprüfen brauchte. Wenn die Klägerin aber — wie die Beklagte behauptet — vor Überweisung der letzten Rate bereits positive

Kenntnis von Baumängeln hatte, die der Beklagten gegenüber der Firma L. ein Zurückbehaltungsrecht gaben, so durfte die Klägerin nach Treu und Glauben die Überweisung nicht mehr durchführen; diese Auffassung hat sie selbst in der Berufungsinstanz vertreten. Darauf, ob die Beklagte vorher den Überweisungsauftrag widerrufen hatte, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an; einen ausdrücklichen Widerruf konnte die Klägerin um so weniger erwarten, als sie das Recht zum Widerruf in ihren AGB — wenn auch rechtlich unzulässig — ausgeschlossen hatte.

bb) Ein noch weitergehender Schadensersatzanspruch kann der Beklagten gegen die Klägerin wegen Verschuldens bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo) zustehen. Durch die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln verletzt der Verwender die vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Kunden (*Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen* AGB 4. Aufl. § 9 Rdnr. 54; *Wolf* in *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 9 Rdnr. 140). Wenn die Beklagte Rechte wegen der bereits vor der Überweisung der letzten Rate entdeckten Mängel und Schäden nur gegenüber der Firma L. geltend machte, sich deswegen aber nicht an die Klägerin wandte und den Überweisungsauftrag nicht widerrief, weil der Widerruf im Vertrage ausgeschlossen war, so ist die Klägerin ihr für den dadurch entstandenen Schaden ersatzpflichtig.

b) Zu prüfen ist ferner, ob die Beklagte der Darlehensgeberin nicht Gegenrechte aus dem Werkvertrag mit der Firma L. im Wege des Einwendungsdurchgriffs entgegensetzen kann.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegen zwar, wenn ein Darlehensvertrag der Finanzierung eines vom Darlehensnehmer mit einem Dritten geschlossenen Vertrags dient, zwei rechtlich selbständige Verträge vor. Unter besonderen Umständen kann der Darlehensnehmer, der nicht als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist, dem Kreditgeber jedoch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestimmte Einwendungen aus dem finanzierten Vertrag entgegensetzen, wenn andernfalls die Risiken der an einem solchen Geschäft Beteiligten nicht angemessen verteilt wären (BGHZ 83, 301, 303 m.w.Nachw.). Es darf nicht einseitig zu Lasten einer Partei gehen, wenn auf Veranlassung des Vertragsgegners eine Finanzierungsbank eingeschaltet und dadurch ein wirtschaftlich einheitliches Geschäft in zwei rechtlich selbständige Verträge aufgespalten wird.

Das Berufungsgericht hat hier — in anderem Zusammenhang — einen engen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den Bauwerk- und dem Treuhandkontoverträgen bejaht. Die Firma L. hatte der Beklagten in den Werkverträgen die Einschaltung der Klägerin zu deren Formularbedingungen vorgeschrieben. Das Treuhandkonto bei der Klägerin wurde danach ausdrücklich zugunsten der Firma L. eröffnet, der Beklagten jede freie Verfügung über die Darlehensvaluta verwehrt. Damit liegen die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit vor (BGHZ 83, 301, 304).

bb) Die Rechtsgrundsätze des Einwendungsdurchgriffs beschränken sich nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht auf finanzierte Abzahlungskäufe beweglicher Sachen im Sinne des § 1 AbzG, sondern können bei gleicher Interessenlage auch auf andere fremdfinanzierte Rechtsgeschäfte, darunter auch auf Bauträger- und Werkverträge Anwendung finden (Senatsurteile vom 12. Juli 1979 — III ZR 18/78 = WM 1979, 1054 [= DNotZ 1980, 344]; vom 19. November 1981 — III ZR 87/80 = WM 1982, 150 = ZIP 1982, 155 m.w.Nachw.; vgl. ferner Senatsurteil vom 8. Juni 1978 — III ZR 136/76 = NJW 1978, 2145).

cc) Mit dem Sachverhalt, über den der Senat in seinem Urteil vom 13. November 1980 (III ZR 96/79 = NJW 1981, 389) zu entscheiden hatte, ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Dort ist eine Anwendung der Rechtsgrundsätze des Einwendungsdurchgriffs auf den drittfinanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft abgelehnt worden, weil die Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Geschäfts in zwei rechtlich selbständige Verträge gerade im steuerlichen Interesse des Darlehensnehmers selbst geschah; deshalb sollte er auch das „Aufspaltungsrisiko" tragen. Im vorliegenden Fall diente der Abschluß der Treuhandverträge mit der Klägerin dagegen vor allem den Interessen der Firma L. und der Klägerin selbst. Die Beklagte hätte die Zahlungen über ihre eigene Bank unmittelbar an die Firma L. leisten können; die Zwischenfinanzierungsverträge mit der Klägerin hatte sie nur geschlossen, weil die Firma L. davon den Abschluß der Werkverträge abhängig machte.

dd) Dem Einwendungsdurchgriff steht hier auch nicht der Grundsatz der Subsidiarität dieses Rechtsinstituts entgegen (vgl. Senatsurteile vom 18. Januar 1973 — III ZR 69/71 = NJW 1973, 452; vom 18. Januar 1979 — III ZR 129/77 = NJW 1979, 2194 = WM 1979, 489). Die Beklagte kann nicht — wie der Besteller eines Fertighauses im Senatsbeschluß vom 23. Februar 1984 (III ZR 192/82 zu 2. d) — darauf verwiesen werden, sie müsse wegen der behaupteten Mängel zunächst den Werkunternehmer in Anspruch nehmen. Die Firma L. ist in Konkurs gefallen; gegen sie sind daher Mängelansprüche nicht mehr durchzusetzen.

ee) Die Beklagte kann im Wege des Einwendungsdurchgriffs gegenüber der Klägerin jedoch Rechte nur aus den Mängeln herleiten, die sie vor der Überweisung der letzten Rate entdeckt und — zumindest gegenüber der Firma L. — gerügt hatte. Die Zulassung des Einwendungsdurchgriffs will nämlich nur die besonderen Risiken ausgleichen, die sich aus der Einschaltung der Klägerin als Zwischenfinanzierungsbank ergaben. Die Beklagte soll aber nicht besser gestellt werden, als sie ohne den Zwischenfinanzierungsvertrag stehen würde. Im Werkvertrag hatten die Vertragsparteien sehr kurze Zahlungsfristen nach Abschluß der einzelnen Bauphasen vereinbart. Die Beklagte konnte von der Firma L. als Fertighausherstellerin keine längere Kreditierung erwarten. Sie hätte, wenn es nicht zur Einschaltung der Klägerin gekommen wäre, über ihre eigene Bank zu den vereinbarten Terminen Zahlung leisten müssen und ein Zurückbehaltungsrecht auch nur wegen der Mängel geltend machen können, die ihr vor dem letzten Zahlungstermin bekannt geworden waren. Das Risiko, wegen später erst entdeckter Mängel ihre Ansprüche gegen die Firma L. aktiv durchsetzen zu müssen, hätte sie auch ohne Einschaltung der Klägerin tragen müssen. Treu und Glauben gebieten es nicht, ihr dieses Risiko im Wege des Einwendungsdurchgriffs abzunehmen.

Anmerkung:

Dieser Entscheidung kommt erhebliche praktische Bedeutung zu, weil sie eine nicht nur für den Fertighauskauf typische, sondern auch für den notariellen Bauträgervertrag verbreitete Vertragskonstruktion zum Gegenstand hat: Der Verkäufer (Bauträger) verlangt, daß der Käufer bei einer bestimmten Bank oder Sparkasse ein Konto eröffnet, über das alle Zahlungen an ihn zu erfolgen haben und das, wenn es bei Fälligkeit einer Rate kein ausreichendes Guthaben aufweist, mit einem Zwischenkredit belastet wird, der die Überweisung der Kaufpreisrate ermöglicht. Die Fälligkeit der Kaufpreisrate teilt der Verkäufer oder sein Bauleiter bzw.

Architekt dem Kreditinstitut mit, das dann, ohne die Fälligkeitsvoraussetzungen prüfen zu müssen, die Überweisung vornimmt, gedeckt durch einen möglichst unwiderruflichen Überweisungsauftrag und eine Abbuchungsvollmacht, die der Käufer im Kaufvertrag erteilt hat. Meist hält sich die Bank ihrerseits frei, ob sie den Kredit im Einzelfall gewähren will. Gewährt sie ihn nicht, wird der Käufer vom Verkäufer in Verzug gesetzt und hat dessen Folgen zu tragen. Er zahlt dann Verzugszinsen an den Verkäufer statt Kreditzinsen an die Bank.

Von den beiden möglichen Lastschriftverfahren (vgl. Abkommen über den Lastschriftverkehr vom 1.7.1982 — abgedr. bei *Baumbach-Duden-Hopt*, HGB 25. Aufl. Nebenges. 10) hat sich beim Bauträgervertrag die Einzugsermächtigung verständlicherweise nicht eingebürgert, weil der binnen 6 Wochen gegen die Lastschrift zulässige Widerspruch ein zu großes Unsicherheitsmoment für den Verkäufer darstellt. Seinen Interessen ist das Abbuchungsverfahren dienlicher, besonders wenn die Abbuchungsvollmacht unwiderruflich erteilt ist. Deren Zulässigkeit beurteilt sich nach den Vorschriften a) der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) und b) des AGB-Gesetzes.

Ad a) Lautet das Zwischenfinanzierungskonto auf den Namen des Käufers und darf die Abbuchung nur nach erwiesenem Baufortschritt erfolgen, bestehen nach *Reithmann* (Kauf vom Bauträger, 4. Aufl. Rdnr. 298) unter dem Gesichtspunkt der §§ 2, 3 MaBV keine Bedenken. Doch müssen sehr wohl Bedenken angemeldet werden, wenn der Verkäufer oder sein Bauleiter den die Fälligkeit einer Rate auslösenden Baufortschritt allein der Bank mitteilt. Mit *Wolfsteiner* (MittBayNot 1981, 10) muß man verlangen, daß die Baufortschrittsanzeige rechtzeitig vor der Abbuchung auch dem Käufer mitgeteilt worden sein muß, wenn sich die Bank darauf soll verlassen dürfen. Geht die Fälligkeitsanzeige, welche die Abbuchung auslöst, direkt vom Verkäufer oder seinem Bauleiter an die Bank, ohne daß der Käufer überhaupt eine Prüfungsmöglichkeit hat, um intervenieren zu können, liegt darin m.E. eine „Ermächtigung zur Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers" i.S. des § 3 MaBV, sofern diese auf den Bauträger anwendbar ist. Eine solche Abbuchungsvollmacht kann daher als Verstoß gegen § 3 MaBV angesehen werden mit der Folge, daß sie der Notar nicht beurkunden darf (§§ 12 MaBV, 134 BGB, 4 BeurkG).

Ad b) Ist die Abbuchungsvollmacht formularmäßig unmittelbar oder, wie üblich, im Kaufvertrag erteilt, unterliegt sie auch der Inhaltskontrolle nach dem AGBG. In der Literatur wird die Abbuchungsermächtigung an § 11 Nr. 2 AGBG gemessen und ihre Unwiderruflichkeit als eindeutige Verletzung dieser Vorschrift angesehen (*Reithmann* a.a.O., *Schmidt* Münchener Vertragshandbuch, Band 2, Rdnr. 25 zu Abschn. VIII, 1). Dabei wird aber, wie das Berufungsgericht im vorliegenden Fall erkannt hat, nicht ausreichend unterschieden, daß aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Käufer und der Bank dieser Nichtigkeitsgrund nicht abgeleitet werden kann, sondern allenfalls aus dem Kaufvertrag. Daher hat das Berufungsgericht die unwiderrufliche Abbuchungsvollmacht, selbst wenn sie im Finanzierungsvertrag steht, über § 7 AGBG als Umgehung des § 11 Nr. 2 angesehen. Der BGH hält die Berufung auf § 7 nicht für nötig, sondern folgert die Unwirksamkeit aus der Generalklausel des § 9 Abs. 1 AGBG. Der Käufer, so der BGH, wird entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben dann unangemessen benachteiligt, wenn ihm im Rahmen des Abbuchungsverfahrens keine Möglichkeit offengelassen wird, der Abbuchung zu widersprechen, also z. B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen Baumängeln geltend zu machen. Zwischen der Fälligkeitsanzeige des Verkäufers an den Käufer und die Bank und dem Vollzug der Abbuchung muß also eine angemessene Frist liegen, damit der Käufer Einwendungen aus dem Kaufvertrag auch der Bank gegenüber vorbringen und der Abbuchung widersprechen kann. Eine unwiderrufliche Abbuchungsermächtigung nimmt ihm diese Möglichkeit und ist daher nach dem AGBG nicht zulässig. Für den Notar, der das AGBG zu beachten und eine Beurkundung abzulehnen hat, wenn solchermaßen erkennbar unerlaubte Zwecke verfolgt werden (§ 4 BeurkG), ergibt sich also die Pflicht, solche Abbuchungsvollmachten daraufhin zu prüfen. Eine unwiderrufliche Abbuchungsvollmacht darf er nicht beurkunden.

Die Entscheidung stellt aber auch eine bedeutsame Fort- und Festschreibung der Rechtsprechung des BGH zum sog. Einwendungsdurchgriff dar, wie er für finanzierte Abzahlungskäufe beweglicher Sachen i.S. der §§ 1, 6 AbzG entwickelt und fortschreitend auf andere fremdfinanzierte Rechtsgeschäfte, auch Bauträger- und Werkverträge, angewendet wurde (ablehnend dazu noch *Wolfsteiner*, DNotZ 1980, 349). Danach können in dem Dreiecksverhältnis Verkäufer-Bank-Käufer Einwendungen des Käufers aus dem Bauträgervertrag (Zurückbehaltungsrecht, Minderungsrecht, Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen) auch der Bank entgegengehalten werden, wenn Kauf- und Kreditvertrag objektiv und subjektiv eine wirtschaftliche Einheit bilden und die Risiken der an einem solchen Geschäft Beteiligten nicht mehr angemessen verteilt sind. Die im Bauträgervertrag an die Bank gerichtete Abbuchungsvollmacht begründet die wirtschaftliche Einheit von Kauf- und Kreditvertrag besonders dann, wenn, wie regelmäßig, die Bank auch als Globalgläubiger die Vorausfinanzierung des Bauvorhabens des Bauträgers und gleichzeitig die Zwischen- und/oder Endfinanzierung für den Käufer durchführt. Auch und gerade bei dieser häufig anzutreffenden Vertragsgestaltung darf — so der BGH — der Käufer durch die Einschaltung der Bank nicht schlechter gestellt werden als ohne sie. Das bedeutet, daß er Einwendungen aus dem Kauf-(Werk-)vertrag auch der Bank entgegenhalten und damit eine Überweisung zu Lasten seines Baukontos verhindern kann oder — anders gesehen — die Bank auf eigenes Risiko eine Überweisung an den Verkäufer (Bauträger) vornimmt, wenn sie in Kenntnis solcher Einwendungen handelt. Einen ausdrücklichen Widerruf der Abbuchungsvollmacht kann man — so der BGH weiter — seitens der Bank dann nicht erwarten, wenn man vorher die Unwiderruflichkeit vereinbart hat.

Der Einwendungsdurchgriff wird damit vom 3. Zivilsenat in dieser Entscheidung, bei der es um die Abbuchungsvollmacht ging, mit den gleichen Argumenten begründet, wie sie auch der 5. Senat in Bezug auf die Freistellungsverpflichtung der Bank nach § 3 MaBV im Verhältnis Verkäufer-Käufer-Globalgläubiger ausgesprochen hat (vgl. DNotZ 1984, 322 ff.). Wenn unabhängig voneinander sowohl der für Kreditsachen als auch der für Immobiliensachen zuständige Senat den Einwendungsdurchgriff auch beim Bauträgervertrag im Hinblick auf die Freistellungsverpflichtung und die Zwischenfinanzierung via Abbuchungsvollmacht zulassen, dann muß man eine gefestigte Rechtsprechung annehmen. Der zur Belehrung über die rechtliche Tragweite einer vertraglichen Vereinbarung verpflichtete Notar (§ 17 BeurkG) muß die Beteiligten auf diese Chancen und Risiken des Einwendungsdurchgriffs hinweisen.

Eingedenk dieser Rechtsprechung muß man sich wundern, daß Kreditinstitute ein so großes Interesse an solchen Abbuchungsvollmachten haben, die Risiken auf sie verlagern, die aus ganz anders gearteten Rechtsverhältnissen entspringen.

Notar *Dr. Christian Schelter*, Erlangen

---

3. GewO § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; MaBV §§ 2, 3 (*Rechtsfolgen eines vertraglichen Rücktrittsrechts für den Bauträger*)

Zu den Rechtsfolgen, wenn einem Bauträger entgegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV ein vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt ist.

BGH, Urteil vom 8.11.1984 — VII ZR 42/84 —

Aus dem Tatbestand:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 7. Juni 1978 verkaufte die Klägerin den Beklagten ein Grundstück und verpflichtete sich gleichzeitig, hierauf ein in einer Anlage zum Vertrage näher beschriebenes eingeschossiges Wohnhaus mit Garage zu errichten. Der Preis für Grundstück und Gebäude sollte — ohne Berücksichtigung der in einer weiteren Anlage festgelegten Eigenleistungen, Erweiterungen und Sonderwünsche — insgesamt 345.000 DM betragen und in vom Baufortschritt abhängigen Raten fällig werden. Nach § 3 des Vertrages hatte die Klägerin das Recht zum Rücktritt, sofern die Beklagten sich länger als 14 Tage mit den jeweils fälligen Zahlungen im Verzuge befänden. In § 7 bevollmächtigten sich die Beklagten gegenseitig, Erklärungen mit rechtsverbindlicher Wirkung für jeden Teil abzugeben oder zu empfangen.

Am 17. August 1979 unterschrieb die Beklagte zu 1 eine privatschriftliche Vereinbarung, derzufolge die Gesamtvergütung unter Einbeziehung der Mehr- und Minderleistungen 373.809,66 DM betragen und hiervon auf die letzte Rate 5.272,14 DM entfallen sollten. Als der Neubau am 1. Oktober übergeben wurde, war gleichfalls nur die Beklagte zu 1 zugegen; nur sie unterzeichnete auch das Übergabeprotokoll. Die im Vertrage vom 7. Juni 1978 vorgesehene eingehende Besichtigung nebst Mängelfeststellung unterblieb. Als Eigentümer sind die Beklagten bisher nicht eingetragen worden.

Mit der Klage hat die Klägerin in erster Linie Zahlung jener letzten Rate von 5.272,14 DM nebst Zinsen sowie — hilfsweise — Räumung und Herausgabe des Grundstücks für den Fall verlangt, daß das gesamte Vertragswerk mangels hinreichender Beurkundung nichtig sei. Die Beklagten haben gemeint, daß sie an die Erklärungen vom 17. August 1979 und 1. Oktober 1980 nicht gebunden seien, und zahlreiche Mängel gerügt. Die Klägerin hat erwidert, daß sie sich wirksam freigezeichnet habe.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung der 5.272,14 DM, Zug um Zug gegen Beseitigung von im einzelnen aufgeführten Mängeln, verurteilt und die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat die Klägerin den Fortfall ihrer Zug-um-Zug-Verpflichtung zur Mängelbeseitigung erstrebt; den Hilfsantrag auf Räumung und Herausgabe hat sie nicht mehr gestellt. Die Beklagten haben mit ihrer Berufung um vollständige Klageabweisung gebeten. Diesem Antrag hat das Oberlandesgericht unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin entsprochen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, daß die Klägerin die von ihr verlangten 5.272,14 DM an sich noch zu beanspruchen habe. Daran ändere nichts, daß im Vertrage vom 7. Juni 1978 nur die Grundvergütung von 345.000 DM beurkundet worden sei und die Parteien sich erst am 17. August 1979 in einer lediglich privatschriftlich festgehaltenen Vereinbarung über den endgültigen Betrag geeinigt hätten. Die für dessen Ermittlung maßgeblichen Änderungen und Eigenleistungen seien bereits im Hauptvertrage und den ihm beigefügten Anlagen hinreichend konkretisiert worden. Da dieser Vertrag später weder qualitativ noch quantitativ geändert worden sei, habe es einer weiteren Beurkundung nicht bedurft. Auch die Höhe der Restforderung stehe außer Frage, weil die Beklagten sie, wie es näher darlegt, mehrfach anerkannt hätten.

Das alles läßt Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagten kommen denn auch im Revisionsverfahren darauf nicht mehr zurück.

II.

Das Berufungsgericht meint jedoch, daß die Restforderung noch nicht fällig sei. Hier greife die Makler- und Bauträgerverordnung ein (MaBV — in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Juni 1975 — BGBl. I S. 1351, geändert durch die VO vom 28. November 1979 — BGBl. I S. 1986). Danach sei der Bauträger, der vom Erwerber Vermögenswerte entgegennehmen wolle, zwar unter den Voraussetzungen des § 3 MaBV von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung befreit. Dazu gehöre jedoch auch, daß er sich keine vertraglichen Rücktrittsrechte habe einräumen lassen. Gerade das sei hier aber geschehen. Die Klägerin hätte daher Zahlungen nur verlangen dürfen, wenn sie zuvor Sicherheit geleistet hätte. Da sie das unstreitig nicht getan, das vertragliche Rücktrittsrecht auch nicht durch Eigentumsverschaffung oder Verzicht gegenstandslos gemacht habe, sei die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen.

Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Für Bauträger, die — wie hier — ihren Auftraggebern Eigentum an einem Grundstück zu übertragen haben, gilt allerdings, wenn sie zur Ausführung ihres Auftrags Vermögenswerte der Auftragnehmer entgegennehmen oder sich zur Verwendung der Vermögenswerte ermächtigen lassen, hinsichtlich ihrer Sicherungspflichten § 3 MaBV (Senatsurteil NJW 1981, 757 Nr. 12 [= DNotZ 1981, 377]). Von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abgesehen, darf der Bauträger daher Zahlungen nur verlangen, wenn ihm ein vertragliches Rücktrittsrecht nicht eingeräumt worden ist (§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV).

2. Hat der Bauträger sich dieses Rücktrittsrecht gleichwohl vorbehalten, so ist es nicht etwa, wie die Revision meint, unwirksam. Das ergibt sich zunächst aus § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV, wo nicht die Vereinbarung des Rücktrittsrechts, sondern die Annahme von Zahlungen verboten und damit dem Auftraggeber ein aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht abgeleitetes privatrechtliches Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt wird (vgl. *Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 7 und 11; *Lach*, Gesetz für Immobilienmakler, Darlehensvermittler, Vermögensanlagenvermittler, Bauträger, Baubetreuer, 8. Aufl., S. 103; *Kanzleiter*, WiVerw. 1981, 96, 98; *Merle*, Festschrift für Otto Mühl (1981), 431, 448). Das zeigt ebenso § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV, wonach der Bauträger von den Sicherungspflichten des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV freigestellt wird, insbesondere auch ein Rücktrittsrecht vereinbaren darf, wenn er für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte Sicherheit nach § 2 Abs. 1 Satz 1 MaBV geleistet hat. Das wird schließlich vor allem deutlich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV, demzufolge die Verpflichtung zur Sicherheit wieder entfällt, wenn das Vertragsobjekt bezugsfertig ist, der Besitz übergeben ist, die Rechtsänderung oder eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen ist und die vor- oder gleichrangigen Belastungen, die nicht übernommen werden sollen, im Grundbuch gelöscht sind.

Allein wegen der Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ist der Auftraggeber in einem solchen Falle zur Leistungsverweigerung nicht mehr berechtigt.

3. Hier spricht nun viel dafür, daß die Klägerin schon deshalb nicht mehr zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, weil die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV bereits erfüllt sind.

Das kann aber dahinstehen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das vertragliche Rücktrittsrecht der Klägerin jedenfalls aus einem weiteren Grunde inzwischen gegenstandslos.

a) Die Klägerin hat das vertragliche Rücktrittsrecht niemals geltend gemacht. Sie hatte zwar einmal — noch vor Beginn dieses Rechtsstreits — den Vertrag „gekündigt" (Schreiben vom 9. Juni 1980); irgendwelche Konsequenzen hat sie aber daraus nie gezogen, das Grundstück vielmehr anschließend, am 1. Oktober 1980, den Beklagten übergeben und schon vorher wie später stets nur Vertragserfüllung verlangt. Ihr im ersten Rechtszuge gestellter Hilfsantrag auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks stand allein unter dem Vorbehalt, daß das gesamte Vertragswerk mangels hinreichender Beurkundung unwirksam sei; im Berufungsverfahren ist sie auch darauf nicht mehr zurückgekommen. Gestritten haben die Parteien im wesentlichen nur darum, ob die Klägerin die letzte Rate, also die vollständige Erfüllung des Vertrages verlangen könne, ohne gleichzeitig die Mängel beseitigen zu müssen. Auch für die Beklagten steht danach außer Frage, daß sie allenfalls mit unbedingter Verurteilung zur Zahlung der letzen Rate nebst Zinsen, nicht aber mit der Räumung und Herausgabe des von ihnen seit mehreren Jahren bewohnten Hauses zu rechnen haben.

b) Unter diesen Umständen wäre die nachträgliche Ausübung des Rücktrittsrechts als Verstoß gegen Treu und Glauben unwirksam; die Klägerin hätte das ursprünglich vereinbarte Recht verwirkt (vgl. BGHZ 25, 47, 52). Ist das aber der Fall, so ist der Schutzzweck des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MaBV auch ohne Sicherheitsleistung der Klägerin bereits erreicht.

4. Das angefochtene Urteil kann danach nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben, die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es sich nunmehr mit den Einwendungen der Beklagten befassen kann.

---

4. BGB §§ 171, 172, 173, 313, 607, 608 (*Zur Form eines Betreuungsvertrages im Rahmen eines Bauherrenmodells*)

1. Wird der Betreuer im Rahmen eines Bauherrenmodells beauftragt, im Namen und in Vollmacht des Auftraggebers ein Grundstück zu erwerben, so bedarf der Betreuungsvertrag der notariellen Beurkundung.

2. Wurde dem Betreuer auf Grund eines formnichtigen Betreuungsvertrages eine notarielle Vollmacht erteilt, so durfte im Jahre 1979 eine Bank, der diese Vollmacht vorgelegt wurde, auf deren Wirksamkeit vertrauen.

BGH, Urteil vom 8.11.1984 — III ZR 132/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger schlossen am 18. November/18. Dezember 1978 mit der Firma A. einen privatschriftlichen Betreuungs- und Verwaltungsvertrag. Danach sollte die Firma A. — im Rahmen eines größeren Bauvorhabens nach dem sog. Bauherrenmodell — für die Kläger u.a. ein bestimmtes Einzelgrundstück kaufen, bebauen lassen und zur Finanzierung Darlehen aufnehmen. In notarieller Urkunde vom 25. November 1978 erteilten die Kläger der Firma A. Vollmacht, sie „im Rahmen des Betreuungs- und Verwaltungsvertrages zu vertreten", insbesondere auch den Grundbesitz zu erwerben und Darlehen zur Zwischen- und Endfinanzierung aufzunehmen.

Am 16. August 1979 schloß die Firma A. im Namen der Kläger den notariellen Grundstückskaufvertrag und verpflichtete sich darin, den Kaufpreis von 78 646 DM bis zum 10. September auf ein vom Verkäufer zu benennendes Anderkonto des Notars einzuzahlen; etwaige Hinterlegungszinsen sollten dem Verkäufer zustehen.

Zur Zwischenfinanzierung räumte die Beklagte am 21. August 1979 der Firma A. als Vertreterin aller Bauherren einen Globalkredit von insgesamt 19 636 500 DM ein. Über den auf die Kläger entfallenden Kreditanteil von 341 572 DM erteilte die Beklagte Ihnen am 31. Oktober 1979 eine besondere Kreditzusage. Auf Anweisung der Firma A. überwies die Beklagte am 28. Dezember 1979 den Kaufpreis für alle Grundstücke des Bauvorhabens in Höhe von 4 439 825 DM auf ein bei ihr geführtes Anderkonto des Notars, der den Grundstückskaufvertrag beurkundet hatte, jedoch mit dem Vorbehalt, darüber dürfe nur verfügt werden, wenn die zwischen der Beklagten und der Firma A. getroffene Sicherheitsvereinbarung geregelt sei und die Beklagte schriftlich die Freigabe erteile.

Als sich in der Folgezeit die Endfinanzierung als undurchführbar erwies, kündigte die Beklagte den eingeräumten Bauzwischenkredit, rief den Grundstückskaufpreis von dem Notaranderkonto zurück und verlangte von den Klägern Zahlung des verbleibenden Saldos aus Zinsen, Gebühren und Kosten.

Die Kläger haben mit der Begründung, der Betreuungs- und Verwaltungsvertrag und die Vollmacht seien gemäß §§ 313, 139 BGB nichtig, zunächst negative Feststellungsklage erhoben, insoweit aber die Hauptsache später für erledigt erklärt, als die Beklagte im Wege der Widerklage Zahlung des — zuletzt mit 11 302,56 DM bezifferten — Kontensaldos verlangte.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen; das Oberlandesgericht hat ihr im wesentlichen stattgegeben.

Die Revison der Kläger blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beklagte kann Zinsen, Gebühren und Kosten gemäß dem Kreditvertrag verlangen, den die Firma A. als bevollmächtigte Vertreterin der Kläger mit ihr geschlossen hat.

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Betreuungs- und Verwaltungsvertrag vom 18. November/18. Dezember 1978 gemäß § 313 Satz 1 BGB in der Neufassung des Gesetzes vom 30. Mai 1973 (BGBl I 501) der notariellen Beurkundung bedurfte.

Zwar wurde durch den Vertrag nicht eine Erwerbsverpflichtung der Firma A. als Beauftragten begründet, da sie nicht — wie in den Fällen, über die der Bundesgerichtshof in den Urteilen BGHZ 85, 245, 250 [= DNotZ 1984, 241] und vom 17. Oktober 1980 (V ZR 143/79 = NJW 1981, 1267 [= MittBayNot1981, 118]) zu entscheiden hatte — das Grundstück im eigenen Namen erwerben, sondern in offener Stellvertretung für die Kläger auftreten sollte.

Wohl aber ergab sich aus dem Vertrag eine Erwerbspflicht der Kläger als Auftraggeber. Sie verpflichteten sich darin, der Firma A. Vollmacht zu erteilen und ihr so das Recht zu geben, den Grundstückskaufvertrag mit unmittelbarer Wirkung für die Kläger abzuschließen. Bereits in dem Betreuungs- und Verwaltungsvertrag trafen die Kläger damit die bindende Entscheidung für den Erwerb des Grundstücks. Ebenso wie schon nach der alten Fassung des § 313 Satz 1 BGB die Übernahme der Verpflichtung, durch den Vertragspartner als Vertreter Grundvermögen auf einen Dritten übertragen zu lassen, beurkundungspflichtig war (RGZ 81, 49), bedarf auch die Übernahme einer entsprechenden Erwerbsverpflichtung jetzt der Form des § 313 Satz 1 n.F. (BGH

Urteil vom 17. Oktober 1980 aaO zu II, 2 c; RGRK/*Ballhaus* 12. Aufl. § 313 BGB Rdnr. 32; MünchKomm/*Kanzleiter* § 313 BGB Rdnrn. 22, 42, 46 — Ergänzungsband —; *Staudinger/Wufka* 12. Aufl. § 313 Rdnrn. 90, 99; *Palandt/Heinrichs* 43. Aufl. § 313 BGB Anm. 5 a; *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579, 585/586; *Petersen* FWW 1980, 7, 8/9; *Korte* DNotZ 1984, 82, 85 ff.; *Hagen* DNotZ 1984, 291). Der nur privatschriftlich abgeschlossene Betreuungs- und Verwaltungsvertrag zwischen den Klägern und der Firma A. war daher formnichtig.

2. Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß die Nichtigkeit dieses Vertrages nach dem Grundsatz des § 139 BGB zur Unwirksamkeit der am 25. November 1978 notariell erteilten Vollmacht führte.

Es ist anerkannt, daß mehrere rechtlich selbständige Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB verbunden werden können (BGHZ 50, 12/13 [= DNotZ 1968, 543]; RGRK/*Krüger-Nieland/Zöller* 12. Aufl. § 139 BGB Rdnr. 28 m.w.Nachw.). Umstritten ist allerdings, wieweit das auch im Verhältnis zwischen der Vollmachtserteilung und dem zugrundeliegenden Auftrag gilt. Während *Staudinger/Dilcher* (12. Aufl. § 139 BGB Rdnrn. 93, 94) die Abstraktheit auch der Innenvollmacht gegenüber dem Grundverhältnis betonen (vgl. auch *Brych* in *Reithmann/Brych/Manhart* Kauf vom Bauträger und Bauherrenmodelle 5. Aufl. Rdnr. 128), meint *Frotz* (Verkehrsschutz im Vertretungsrecht S. 331/332; vgl. auch *Korte* DNotZ 1984, 88), im Zweifel ziehe die Nichtigkeit des Grundgeschäfts gemäß § 139 BGB die Nichtigkeit der Vollmacht nach sich (so auch schon RGZ 81, 49, 51; BGH Urteil vom 19. Dezember 1963 — V ZR 121/62 = WM 1964, 182, 183 zu II.). Einer abschließenden Entscheidung darüber, ob hier die Vollmachtserteilung gemäß § 139 BGB absolut nichtig war, bedarf es jedoch nicht.

3. Der Beklagten gegenüber war die Vollmacht jedenfalls gemäß §§ 171 bis 173 BGB wirksam, weil die Firma A. auch von den Klägern eine Vollmachtsurkunde erhalten und der Beklagten vorgelegt hatte und weil diese die Unwirksamkeit der Vollmacht weder kannte noch kennen mußte.

a) Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 173 BGB allerdings nur auf den Fall, daß eine wirksam erteilte Vollmacht später erloschen ist. Die Vorschrift ist jedoch nach der heute ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum auch anwendbar, wenn eine Vollmacht von Anfang an nicht wirksam erteilt worden ist (RGZ 108, 125, 127; BGH Urteil vom 25. November 1964 — V ZR 159/62 = LM § 173 BGB Nr. 1 [= DNotZ 1965, 607]; *Staudinger/Dilcher* 12. Aufl. § 173 BGB Rdnr. 7; MünchKomm/*Thiele* 2. Aufl. § 173 BGB Rdnr. 9 m.w.Nachw.).

b) Nach den — von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts kannten die bei Abschluß des Kreditvertrages als Vertreter der Beklagten tätigen Angestellten die Unwirksamkeit des Betreuungs- und Verwaltungsvertrages nicht; für sie stand daher auch die Wirksamkeit der Vollmacht außer Zweifel.

c) Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht zu der Wertung gekommen, die Vertreter der Beklagten hätten die Unwirksamkeit auch nicht kennen müssen, sondern hätten ohne Fahrlässigkeit auf die Gültigkeit der ihnen vorgelegten Vollmacht vertraut.

Die Rechtscheinshaftung der §§ 171, 172 BGB kommt nach § 173 in Verb. mit §§ 122 Abs. 2, 276 BGB demjenigen nicht zugute, dessen Unkenntnis auf einer Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruht. Die Sorgfaltspflicht bezieht sich grundsätzlich nur auf die Vollmacht selbst und nicht auf das Grundverhältnis (*Staudinger/Dilcher* § 173 BGB Rdnr. 3; *Frotz* aaO S. 333). Wird allerdings in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich auf das Grundverhältnis Bezug genommen, wie hier auf den Betreuungs- und Verwaltungsvertrag, und liegt diese Grundvereinbarung dem Vertragsgegner vor, so darf er sich Bedenken, die sich daraus gegen die Wirksamkeit der Vollmacht ergeben, nicht verschließen. Das hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt; es ist sogar davon ausgegangen, daß an eine Bank, die über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, strengere Sorgfaltsanforderungen zu stellen sind als an einen juristisch nicht vorgebildeten Durchschnittsbürger. Trotzdem hat es einen Verstoß der Beklagten gegen diese Anforderungen verneint. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Mit Recht macht die Revision allerdings geltend, daß es in diesem Zusammenhang nicht um die Frage geht, wann und wieweit eine Bank gegenüber ihrem Kreditvertragspartner zur Beratung und Aufklärung auch über Rechtsfragen verpflichtet ist. Die Prüfung der Vollmacht gemäß § 173 BGB obliegt der Bank im eigenen Interesse; nur wenn sie ohne Fahrlässigkeit davon ausgehen durfte, daß der Vertreter wirksam bevollmächtigt worden war, ist ein Kreditvertrag mit dem Vertretenen zustande gekommen. Auch im Rahmen des § 173 BGB dürfen die Anforderungen an eine Bank aber nicht überspannt werden.

Darüber, welche Konsequenzen die Neufassung des § 313 Satz 1 BGB für die Wirksamkeit der verschiedenen Rechtsgeschäfte im Rahmen eines Bauherrenmodells hatte, lagen im Jahre 1979 höchstrichterliche Entscheidungen noch nicht vor; auch im juristischen Schrifttum herrschte zu dieser Frage damals und in den folgenden Jahren keine vollständige Klarheit (vgl. *Wolfsteiner* DNotZ 1979, 579, 584 Fn. 10; *Maser* NJW 1980, 961, 963; *Greuner/Wagner* NJW 1983, 193). Wenn der Beklagten in dieser Situation eine notariell beurkundete Vollmacht vorgelegt wurde, brauchte sie nicht damit zu rechnen, daß Formmängel des zugrundeliegenden Betreuungs- und Verwaltungsvertrages die Wirksamkeit dieser Vollmacht beeinträchtigten. Auch wenn der Notar nur mit der Beurkundung der Vollmacht beauftragt worden war, bestand für ihn Anlaß, die Wirksamkeit der Grundvereinbarung, auf die in der Vollmacht ausdrücklich Bezug genommen war, zu überprüfen und, wenn die Gefahr bestand, daß ein Formmangel dieser Vereinbarung gemäß § 139 BGB auch zur Unwirksamkeit der Vollmacht führte, die Beurkundung der isolierten Vollmacht abzulehnen (*Wolfsteiner* aaO S. 593/594 zu IV, 2; *Petersen* FWW 1980, 11 zu III, 2; Rundschreiben des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer vom 30.9.1982, abgedr. bei *Tewes* Steuerlich anerkannte Bauherrenmodelle 3/2.6 Seite 6). Da die Beurkundung hier vom Notar durchgeführt worden war, konnte die Beklagte auf die Wirksamkeit der Vollmacht vertrauen. Das gilt auch für Verträge der vorliegenden Größenordnung.

4. Da die Vollmacht der Beklagten gegenüber jedenfalls gemäß §§ 171 ff. BGB wirksam war, brauchte nicht über die Frage entschieden zu werden, ob der Formmangel des Betreuungs- und Verwaltungsvertrags entsprechend § 313 Satz 2 BGB durch die spätere notarielle Beurkundung der Vollmacht und des Grundstückskaufvertrags geheilt worden ist (vgl. BGHZ 82, 398 mit Anm. *Wolfsteiner* DNotZ 1982, 436, 437/438, dazu aber *Hagen* DNotZ 1984, 291).

5. BGB §§ 133, 164 ff., 925; GBO § 20 (*Zum Umfang einer Auflassungsvollmacht*)

1. Zur Auslegung von Grundbucherklärungen; Überprüfung der Auslegung der Tatsacheninstanzen durch das Rechtsbeschwerdegericht.

2. Bestimmung des Umfangs einer Auflassungsvollmacht durch Bezugnahme auf einen Lageplan.

BayObLG, Beschluß vom 5.12.1984 — BReg. 2 Z 73/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im vorliegenden Verfahren geht es darum, ob eine Auflassungserklärung, die die Beteiligte zu 1 a) durch ihren Geschäftsführer namens der Beteiligten zu 2) abgegeben hat, vom Umfang der Vollmacht gedeckt ist.

1. Den Beteiligten zu 1) gehörte ein Grundstück. Sie beabsichtigten, auf ihm im sog. „Bauherrenmodell" ein Hotelgebäude zu errichten. Die Beteiligten zu 2) traten der Bauherrengemeinschaft bei. Zu notarieller Urkunde vom 14.11.1980 nahmen sie das Angebot eines Treuhandvertrags an. In diesem wird das Bauvorhaben wie folgt beschrieben: es sei eine Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz vorgesehen; die Beteiligten zu 2) beabsichtigten, den 7,600/1000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an dem mit Nr. 326 bezeichneten Appartement und dem Tiefgaragenstellplatz Nr. 326 — beides wie in einer der Urkunde beigefügten Lageskizze ausgewiesen — zu erwerben. In Abschnitt 3 der Urkunde erteilten sie u.a. den Herren K. und L. (Geschäftsführern der Beteiligten zu 1 a) und 1 b)) umfassende Einzelvollmachten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die Bevollmächtigten sollten die Beteiligten zu 2) im Rahmen der Bebauung des Grundstücks vertreten, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist. Unter anderem ist in Abschnitt 3 ausgeführt:

> „Der Bevollmächtigte kann die Vollmacht jedoch nur im Rahmen der sich aus dieser Urkunde ergebenden Beschränkungen ausüben, . . .
>
> Die Erteilung von Untervollmachten ist zulässig und kann insbesondere der ‚P. GmbH' . . . erteilt werden.
>
> Auch insoweit wird eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gewährt.
>
> Im einzelnen ist der Bevollmächtigte zur Vornahme aller Rechtshandlungen im Rahmen der nachfolgenden Bestimmungen berechtigt:
>
> 1. Grundstücksanteil
> Der Bevollmächtigte ist einmal berechtigt, für den Bauherrn von dem genannten Baugrundstück einen Miteigentumsanteil zu 7,600/1000 zum Kaufpreis von DM 21 280 zu erwerben, den Bauherrn im Rahmen des Kaufvertrags und überhaupt in Ansehung des Baugrundstückes umfassend zu vertreten, soweit eine Vertretung gesetzlich überhaupt zulässig ist, insbesondere die Auflassung zu vereinbaren sowie an dem erworbenen Miteigentumsanteil am Baugrundstück vor und nach der Verbindung mit Sondereigentum Grundpfandrechte jeder Art samt Zinsen und Nebenrechten zu bestellen, . . .
>
> 2. WEG-Aufteilung
> Der Bevollmächtigte ist weiterhin ermächtigt, das Baugrundstück entweder nach § 8 oder nach § 3 jeweils des Wohnungseigentumsgesetzes aufzuteilen und eine Gemeinschaftsordnung zu erlassen. Die Festlegung der Gemeinschaftsordnung liegt im billigen Ermessen des Bevollmächtigten.
>
> . . .
>
> Bei der Aufteilung ist festzulegen bzw. zu vereinbaren, daß dem heute Erschienenen das Sondereigentum zuzuordnen ist, das in der Anlage der heutigen Urkunde festgehalten ist.
>
> Der Bevollmächtigte ist weiterhin ermächtigt, die genannte Aufteilungsurkunde samt Gemeinschaftsordnung abzuändern, sofern die Sondereigentumseinheit des Bauherrn hiervon unberührt bleibt."

Zu notarieller Urkunde vom 16.12.1980 verkauften die Beteiligten zu 1) an die Beteiligten zu 2) an dem Vertragsgrundstück den Miteigentumsanteil zu 7,600/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an dem mit Nr. 326 bezeichneten Appartement nebst Tiefgaragenplatz Nr. 326. Die Beteiligten zu 2) wurden dabei durch Herrn K. aufgrund der am 14.11.1980 erteilten Vollmacht vertreten. In der Urkunde ist bestimmt:

> „Der Erwerber bevollmächtigt hiermit unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB jeden der Veräußerer,
>
> 1. für ihn alle zum Vollzug dieses Vertrages im Grundbuch etwa erforderlichen oder zweckdienlichen Erklärungen vorzunehmen, namentlich die Auflassung zu vereinbaren; . . ."

Zu notarieller Urkunde vom 11.2.1981 wurde das Grundstück gemäß § 8 WEG aufgeteilt. Unter anderem wurde ein Miteigentumsanteil zu 7,600/1000 „verbunden mit dem Sondereigentum an dem im dritten Obergeschoß gelegenen Hotelappartement . . . mit einer Nutzfläche von ca. 30,37 qm, und der mit derselben Nummer versehenen Tiefgarage im Kellergeschoß des Hauses und im Aufteilungsplan mit Nr. 326 bezeichnet" gebildet. Das Grundbuchamt legte die Teileigentumsgrundbücher an und trug die Beteiligten zu 1) als Eigentümer ein.

Zu Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 27.2.1981 erklärten die Beteiligten die Auflassung. In der Urkunde wird als „Sachstand" wiedergegeben, daß die Beteiligten zu 1) „mit Kaufvertrag des Notars . . . vom 16.12.1980 . . . den Miteigentumsanteil zu 7,600/1000 an dem mit Nr. 326 bezeichneten Appartement . . ." an die Beteiligten zu 2) verkauft hätten. Die Vertragsteile erklärten sodann die Einigung „über den vereinbarten Eigentumsübergang in dem in der Vorurkunde vereinbarten Erwerbsverhältnis". Die Beteiligte zu 1 a) handelte hierbei „aufgrund der in der Vorurkunde erteilten Vollmacht" zugleich für die Beteiligten zu 2).

2. Der Verfahrensbevollmächtigte hat die Auflassungsurkunde dem Grundbuchamt „mit dem Antrag gemäß § 15 GBO auf Vollzug" vorgelegt.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung beanstandet: Die von den Beteiligten zu 2) erteilte Vollmacht sei dahin beschränkt worden, daß ihnen bei der Teilung das in der Anlage zur Urkunde vom 14.11.1980 bezeichnete Sondereigentum zuzuordnen sei. Aus dem Gesamtzusammenhang der Bevollmächtigten im Rahmen eines Treuhandvertrags folge, daß die Auflassungsvollmacht nur in bezug auf ein Sondereigentum erteilt worden sei, das sich aus der Anlage ergebe. Das darin bezeichnete Sondereigentum an dem Appartement Nr. 326 sei mit dem im Grundbuch vorgetragenen Sondereigentum der Größe nach nicht identisch. Zur behaupteten Vollmacht sei deshalb eine „Bestätigung" der Beteiligten zu 2) in Form des § 29 GBO beizubringen.

Das Landgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde mit Beschluß vom 3.7.1984 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. . . .

2. Die Entscheidung des Landgerichts kann nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, daß die von den Beteiligten zu 2) erteilte Vollmacht sich nur auf den Erwerb eines Miteigentumsanteils, nicht aber eines Wohnungseigentums bezieht. Die namens der Beteiligten zu 2) abgegebene Auflassungserklärung ist aber aus einem anderen Grund von dem Umfang der erteilten Vollmacht nicht gedeckt: Das im Aufteilungsplan dargestellte Sondereigentum Nr. 326, auf das sich die Auflassungserklärung vom 27.2.1981 bezieht, weicht wesentlich von der Darstellung in der Lageskizze ab, die der Vollmachtsurkunde vom 14.11.1980 als Anlage beigegeben war, und die Vollmacht war auf den Erwerb von Teileigentum wie in dieser Anlage dargestellt, beschränkt. Mit Recht hat das Grundbuchamt daher „zur behaupteten Vollmacht" eine „Bestätigung" der Beteiligten zu 2) (d.h. eine Genehmigung nach § 177 BGB) in der Form des § 29 GBO verlangt.

a) Bei der Auflassung vom 27.2.1981 wurden die Beteiligten zu 2) durch die Beteiligte zu 1 a) und diese durch ihren Geschäftsführer K. vertreten. Das Vorliegen der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsvollmacht hat das Grundbuchamt selbständig zu überprüfen (BayObLGZ 1954, 225/231; BayObLG DNotZ 1981, 567; zuletzt Senatsbeschluß vom 23.2. 1984 BReg. 2 Z 8/84; OLG Hamm DNotZ 1954, 38; *Horber* GBO

16. Aufl. § 19 Anm. 5 E a; *Kuntze/Ertl/Hermann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 2. Aufl. § 20 Rdnrn. 1, 90).

Die Beteiligte zu 1 a) leitete ihre Vertretungsmacht von der Bevollmächtigung durch K. in Abschnitt 18 der Kaufvertragsurkunde vom 16.12.1980 her. Dieser war von den Beteiligten zu 2) in der notariellen Urkunde vom 14.11.1980 bevollmächtigt worden; die Vollmacht umfaßte auch die Erteilung einer Untervollmacht (u. a.) an die Beteiligte zu 1 a). Vollmacht und Untervollmacht wurden unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt. Die Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 a) als Unterbevollmächtigter kann nicht umfassender sein als diejenige des Bevollmächtigten K. (*Palandt* BGB 43. Aufl. Anm. 3 a; *Staudinger* BGB 12. Aufl. Rdnr. 67, je zu § 167).

b) Das Landgericht hat die Vollmachterteilung vom 14.11.1980 dahin ausgelegt, daß die Vertreter der Beteiligten zu 2) nur zum Erwerb eines Miteigentumsanteils, jedoch nicht zum Erwerb eines „Wohnungseigentumsrechts" bevollmächtigt gewesen seien. Dem kann nicht gefolgt werden. Bei der Auslegung von Grundbucherklärungen ist auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BGHZ 59, 205/209 [= DNotZ 1973, 20]; BayObLGZ 1977, 189/191 [= MittBayNot 1977, 187]; 1980, 108/113 [= MittBayNot 1980, 67]; KEHE Einl. C 26; jew. mit weit. Nachw.).

Die Auslegung der Grundbucherklärung durch den Tatrichter kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Ein solcher Rechtsfehler liegt vor, wenn der Tatrichter bei der Auslegung gegen den klaren Sinn der Urkunde, gegen gesetzliche Auslegungsregeln und allgemein anerkannte Erfahrungssätze oder gegen Denkgesetze verstoßen oder nicht alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt hat (ständige Rechtsprechung; vgl. BayObLGZ 1978, 194/196 [= MittBayNot 1978, 157] mit Nachw.; BayObLG Rpfleger 1979, 424/425 und 1980, 19/20 [= MittBayNot 1979, 236]; Senatsbeschluß vom 28.6.1984 aaO).

Bei der Auslegung der Bevollmächtigung vom 14.11.1980 hat das Landgericht wesentliche, sich aus der Urkunde ergebende Gesichtspunkte nicht gewürdigt. Zwar ist es richtig, daß der Wortlaut von Abschnitt 3 Nr. 1 der Urkunde nur vom Erwerb eines „Miteigentumsanteils" und der Wortlaut von Abschnitt 3 Nr. 2 nur von der Aufteilung in Wohnungseigentum entweder nach § 8 oder nach § 3 WEG spricht. Nicht berücksichtigt hat das Landgericht aber, daß in der Urkunde auch der Zweck aller getroffenen Regelungen angegeben wird, nämlich, daß die Beteiligten zu 2) beabsichtigen, an dem Vertragsgrundstück den Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum zu erwerben. Ferner wird in der Urkunde zum Ausdruck gebracht, daß die Bevollmächtigten zur umfassenden Vertretung der Beteiligten zu 2) im Rahmen der Bebauung des Grundstücks berechtigt sein sollten.

Diese Auslegung des Landgerichts ist, da sie nicht ohne Rechtsfehler zustandegekommen ist, für das Rechtsbeschwerdegericht nicht bindend (vgl. BayObLGZ 1972, 260/262 f. [= DNotZ 1973, 237]; BayObLG Rpfleger 1982, 141; *Horber* § 78 Anm. 3 A b, c mit Nachw.). Der Senat hat deshalb die Erklärung selbst auszulegen (BGHZ 37, 233/243 [= DNotZ 1963, 226]; BayObLG Rpfleger 1980, 111 [= MittBayNot 1980, 18]; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 21). Die Auslegung führt unter Berücksichtigung aller eben genannten Gesichtspunkte zu dem Ergebnis, daß die nächstliegende Bedeutung der Bevollmächtigung vom 14.11.1980 dahin geht, daß sie sich nicht nur auf den Erwerb eines Miteigentumsanteils, sondern auch auf den von den Beteiligten zu 2) als beabsichtigt bezeichneten Erwerb des Teileigentums, nämlich des Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum, bezieht.

c) Die Auflassungserklärung vom 27.2.1981 ist aber aus einem anderen Grund von der am 14.11.1980 erteilten Vollmacht nicht gedeckt. Die Auslegung der Vollmachtserklärung, die aus den zu b) genannten Gründen vom Rechtsbeschwerdegericht vorzunehmen ist, ergibt nämlich folgendes:

In der Vollmachtsurkunde wird (Abschnitt 1) darauf hingewiesen, daß „die zu errichtenden Sondereigentumseinheiten ... in der Anlage zu dieser Vollmacht gekennzeichnet (sind)"; auf diesen Plan wird in der Urkunde ausdrücklich verwiesen. In ihm ist ein zum Teileigentum Nr. 326 gehörender Raum (Balkon, Terrasse o. ä.) wesentlich größer dargestellt als im Aufteilungsplan, nach dem sich der Gegenstand der Auflassung bestimmt. Für die Frage nach Inhalt und Umfang der von den Beteiligten zu 2) erteilten Auflassungsvollmacht ist die zeichnerische Darstellung in dem Übersichtsplan wesentlich, da sich die Vorstellung der Beteiligten zu 2) darüber, wozu sie Vollmacht erteilten, und ihr Erklärungswille nur auf dieser Grundlage bilden konnten. Das in der Urkunde vom 27.2.1981 im Namen der Beteiligten zu 2) aufgelassene Teileigentum weicht nach der zeichnerischen Darstellung im Aufteilungsplan von dem der Vollmachterteilung zugrunde liegenden Plan erheblich ab. Die Vollmacht wurde aber nur für die Auflassung eines Sondereigentums in dieser räumlichen Gestalt erteilt. Gerade in diesem Punkt — räumlicher Umfang des zu erwerbenden und zu errichtenden Teileigentums — ist die Bevollmächtigung eingeschränkt. Die Urkunde stellt ausdrücklich klar, daß der Bevollmächtigte die Vollmacht nur im Rahmen der sich aus dieser Urkunde ergebenden Beschränkungen ausüben kann. Nach Abschnitt 3 Ziffer 2 ist „bei der Aufteilung ... festzulegen bzw. zu vereinbaren, daß dem heute Erschienenen (= den Beteiligten zu 2)) das Sondereigentum zuzuordnen ist, das in der Anlage der heutigen Urkunde festgehalten ist". Der Bevollmächtigte ist zwar „weiterhin ermächtigt, die genannte Aufteilungsurkunde samt Gemeinschaftsordnung abzuändern"; dies gilt aber nur, „sofern die Sondereigentumseinheit des Bauherrn hiervon unberührt bleibt". Der Gegenstand der Auflassung, wie er sich hinsichtlich des Sondereigentums aus der Teilungserklärung in Verbindung mit dem Aufteilungsplan ergibt, weicht von dem der Vollmachtsurkunde beigefügten Plan zum Nachteil der Beteiligten zu 2) ab; die Auflassung ist durch die Vollmacht nicht gedeckt.

Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die „Tatsachenfeststellung" des Urkundsnotars zutrifft, daß die dortigen Vertragsteile zum Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung die „abstrakte Absicht" hatten, die ursprüngliche Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung zu ändern. Denn entscheidend ist die Abweichung des der Teilungserklärung zugrunde liegenden Aufteilungsplanes von dem den Umfang der Vollmacht abgrenzenden Plan.

d) Da für die namens der Beteiligten zu 2) abgegebene Auflassungserklärung vom 27.2.1981 eine ausreichende Vollmacht nicht vorliegt, hat das Grundbuchamt mit Recht ein Eintragungshindernis angenommen (§ 18 Abs. 1, § 20 GBO). Ebenso zutreffend hat es als Mittel zur Beseitigung des Hindernisses angegeben, daß die Beteiligten eine „Bestätigung" zur Vollmacht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorlegen; in Betracht kommt praktisch eine Genehmigung nach § 177 BGB.

6. BGB §§ 158, 883 Abs. 1 Satz 2 (*Keine einheitliche Auflassungsvormerkung bei zwei rechtlich selbständigen Ansprüchen*)

Wird zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks (hier: Miteigentumsanteils) ein Rückauflassungsanspruch für den Fall vereinbart, daß der Veräußerer (Vater) den Erwerber (Sohn) überlebt und wird weiter vereinbart, daß ein Dritter (die Ehefrau und Mutter) die Rückauflassung dann fordern kann, wenn der Veräußerer vor ihr stirbt, sie aber den Erwerber überlebt, so liegen zwei Ansprüche vor, die nur durch zwei getrennte Vormerkungen gesichert werden können (Fall der sog. „Alternativberechtigung").

BayObLG, Beschluß vom 30.10.1984 — BReg. 2 Z 71/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der Beteiligte zu 1) ließ sein Grundstück an seine Söhne, die Beteiligten zu 3) und 4), zum Miteigentum zu gleichen Anteilen auf. In derselben Urkunde wurde in Abschnitt XI für den Beteiligten zu 1) und dessen Ehefrau, die Beteiligte zu 2), folgender Rückübertragungsanspruch vereinbart:

> „Jeder Erwerber räumt für seinen Miteigentumsanteil dem Veräußerer das Recht ein, die Übertragung des Miteigentumsanteils kostenfrei verlangen zu können, falls er vor dem Veräußerer und nach dessen Ableben vor dessen Ehefrau E. H. verstirbt und keine Abkömmlinge hinterläßt oder bei Hinterlassung von Abkömmlingen nicht zumindest einer von diesen alleiniger Rechtsnachfolger des Miteigentumsanteils wird. Das gleiche Recht wird entsprechend der heute erschienenen Frau E. H. eingeräumt für den Fall, daß sie den Veräußerer überlebt.
>
> . . .
>
> Zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung des Eigentums am Vertragsgegenstand bei Ausübung des vorbehaltenen Rechtes bewilligen und beantragen die Vertragsteile die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Veräußerer und dessen Ehefrau E. H. an dem heute vom Erwerber erworbenen Vertragsobjekt im Rang vor den in Ziffer X bestellten Rechten."

Den vom Urkundsnotar „gemäß § 15 GBO" gestellten Antrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 5.1.1984 beanstandet:

Hinsichtlich der zur Sicherung der Rückübertragungsansprüche einzutragenden Vormerkung fehle es an der Angabe des Berechtigungsverhältnisses der beiden Eheleute. Es sei rechtlich möglich, die Vormerkung einzutragen entweder (Buchst. a der Zwischenverfügung) je zu hälftigen Anteilen (mit der Maßgabe, daß der Anspruch dem überlebenden Ehegatten zustehe, wenn ein Ehegatte stirbt) oder (Buchst. b) zugunsten beider Elternteile als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB. Im übrigen bestehe auch die Möglichkeit, eine Vormerkung für jeden der Ehegatten mit gleichem Rang eintragen zu lassen.

Der Notar hat gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt.

Das Landgericht hat die Erinnerung/Beschwerde nach Vorlage zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde führt zur Aufhebung der Vorentscheidungen.

1. . . .

2. Die Zwischenverfügung war unzulässig. Der Eintragungsantrag hätte sofort zurückgewiesen werden müssen. Die Beteiligten zu 1) und 2) haben bezüglich jedes Miteigentumsanteils die Eintragung (nur) einer Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs bewilligt und beantragt, der unter bestimmten Bedingungen dem Beteiligten zu 1), beim Eintritt anderer (weiterer) Bedingungen der Beteiligten zu 2) zustehen soll. Eine einheitliche Vormerkung kann aber nicht eingetragen werden, weil die zu sichernden Ansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) rechtlich selbständig sind. Eine inhaltliche Änderung des gestellten Antrags dahin, daß statt einer Vormerkung zwei eingetragen werden sollen, kann nicht durch Zwischenverfügung aufgegeben werden.

a) Entgegen der Annahme der Vorinstanzen sollen die Beteiligten zu 1) und 2) zu keiner Zeit gleichzeitig Inhaber des (nach Bedingungseintritt) voll wirksamen Anspruchs sein; die zusätzliche Eintragung eines Mitberechtigungsverhältnisses kommt deshalb nicht in Betracht.

Grundbucherklärungen (wie die Eintragungsbewilligung) sind als Willenserklärungen grundsätzlich der Auslegung fähig und zugänglich. (Zu den Auslegungsgrundsätzen im einzelnen und zu den Grenzen der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht vgl. BayObLGZ 1980, 108/112 f. [= MittBayNot 1980, 67] mit weit. Nachw.; zuletzt Senatsbeschluß vom 28.6.1984, BReg. 2 Z 43/84 [= MittBayNot 1984, 186]). Es gilt der Grundsatz, daß auf den Wortlaut und Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Die Auslegung der Grundbucherklärung durch den Tatrichter kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler hin geprüft werden. Ein solcher Rechtsfehler liegt vor, wenn der Tatrichter bei der Auslegung den klaren Sinn der Urkunde nicht berücksichtigt hat. Leidet die Auslegung an einem derartigen Rechtsfehler, so ist sie für das Rechtsbeschwerdegericht nicht bindend; sie ist dann vom Gericht der weiteren Beschwerde selbst vorzunehmen (BayObLG aaO mit weit. Nachw.).

Die Eintragungsbewilligungen in Abschnitt XI der Urkunde ergeben nach Wortlaut und Sinn eindeutig, daß die durch Vormerkung zu sichernden Ansprüche auf Rückübertragung der Miteigentumsanteile den Beteiligten zu 1) und 2) zu keinem Zeitpunkt gemeinschaftlich (nach Bruchteilen gemäß § 741 ff. BGB oder als Mitberechtigten nach § 432 BGB) oder zur gleichen Zeit nebeneinander (als Gesamtgläubigern in der Form einer „Befriedigungs- und Tilgungsgemeinschaft" nach § 428 BGB) zustehen sollen. Der Anspruch ist vielmehr mit Bedingungen derart verknüpft, daß er (nach Eintritt der entsprechenden Bedingungen) als voll wirksamer Anspruch zunächst nur dem Beteiligten zu 1) und erst nach dessen Tod der Beteiligten zu 2) — jeweils allein — zustehen kann. Satz 1 des Abschnitts XI ist zwar ungenau formuliert: Wenn ein Erwerber vor dem Veräußerer „und nach dessen Ableben vor dessen Ehefrau E. H." verstirbt, dann kann der Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils nicht mehr dem Veräußerer (= Beteiligten zu 1)) zustehen. Durch Satz 2 ist aber jeder Zweifel daran ausgeräumt, welche Regelung bezüglich einer etwaigen Rückübertragung getroffen werden sollte. Das Recht, das dem Beteiligten zu 1) und diesem allein zustehen soll, wenn die weiteren Bedingungen für seinen Rechtserwerb vorliegen, wird entsprechend der Beteiligten zu 2) eingeräumt für den Fall, daß sie den Beteiligten zu 1) überlebt. Solange der Beteiligte zu 1) lebt, kann aber ein Anspruch für die Beteiligte zu 2) nicht voll wirksam entstehen.

b) Auch wenn somit die Beanstandung in der Zwischenverfügung, es fehle an der Angabe des Mitberechtigungsverhältnisses, nicht zutrifft, kann dem Antrag, für die Beteiligten zu 1) und 2) (bezüglich eines jeden Miteigentumsanteils) nur eine Vormerkung zur Sicherung des Rückauflassungsanspruchs einzutragen, nicht entsprochen werden. Denn bei der Berechtigung der Beteiligten zu 1) und 2) handelt es sich um zwei rechtlich selbständige Ansprüche. Sie können deshalb nicht in einer Eintragung vorgemerkt werden, sondern es sind getrennte Eintragungen unter zwei laufenden Nummern erforderlich.

aa) Die Ansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) sind rechtlich selbständig. Es ist nicht ein und derselbe Anspruch, der (beim Eintritt der entsprechenden Bedingungen) zunächst als voll wirksamer, aber auflösend bedingter oder befristeter Anspruch dem Beteiligten zu 1), nach dessen Tod aber der Beteiligten zu 2) zustehen würde. Der Rückauflassungsanspruch bleibt vielmehr, wenn er voll wirksam für den Beteiligten zu 1) entstanden ist, bei dessen Tod in dessen Nachlaß; er geht in diesem Zeitpunkt nicht auf Grund der vorgesehenen Bedingungen auf die Beteiligte zu 2) über. Für die Beteiligte zu 2) entsteht ein voll wirksamer Rückauflassungsanspruch vielmehr nur, wenn für den Beteiligten zu 1) zu keinem Zeitpunkt die Bedingungen eingetreten sind, kraft deren er den Anspruch voll wirksam erwirbt. Das ergibt die Auslegung der in dem Vertrag enthaltenen Bedingungen.

Die Ansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) sind in mehrfacher Hinsicht bedingt:

(1) Der Anspruch des Beteiligten zu 1) gegen den Beteiligten zu 3) auf Rückauflassung des ihm übertragenen Miteigentumsanteils ist von den aufschiebenden Bedingungen abhängig gemacht, daß der Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 3) überlebt und der Beteiligte zu 3) keine Abkömmlinge hinterläßt oder bei Hinterlassung von Abkömmlingen nicht zumindest einer von ihnen alleiniger Rechtsnachfolger bezüglich des Miteigentumsanteils wird. Entsprechendes gilt für den Rückauflassungsanspruch des Beteiligten zu 1) gegen den Betelligten zu 4) hinsichtlich des diesem übertragenen Miteigentumsanteils.

(2) Stirbt der Beteiligte zu 1) vor dem Beteiligten zu 3) — Entsprechendes gilt auch hier gegenüber dem Beteiligten zu 4) —, dann fällt die aufschiebende Bedingung dafür, daß er den Rückauflassungsanspruch voll wirksam erwirbt, aus. Dasselbe Ereignis ist zugleich aufschiebende Bedingung dafür, daß nunmehr die Beteiligte zu 2) den Rückauflassungsanspruch — beim Hinzutreten auch der übrigen Bedingungen (Vorversterben des Beteiligten zu 3) bzw. 4) ohne Abkömmlinge usw.) — voll wirksam erwerben kann.

(3) Die Bedingungen geben aber der Beteiligten zu 2) zu keinem Zeitpunkt einen voll wirksamen Rückauflassungsanspruch, wenn der Beteiligte zu 1) seinen Rückauflassungsanspruch einmal — nämlich in dem oben (1) dargelegten Fall — voll wirksam erworben hat. Vielmehr bleibt dieser Anspruch, wenn der Beteiligte zu 1) verstirbt, in dessen Nachlaß; es gilt für den Anspruch insoweit nichts anderes als für den Miteigentumsanteil, falls ihn der Beteiligte zu 1) in Erfüllung des Rückauflassungsanspruchs vor seinem Tod noch erworben haben würde. Die Bedingungen sind nicht dahin auszulegen, daß der Rückauflassungsanspruch, sofern er für den Beteiligten zu 1) einmal voll wirksam entstanden ist (siehe oben Fall 1), mit dessen Tod als Bedingung oder Befristung derart verknüpft ist, daß er in diesem Zeitpunkt dem Beteiligten zu 1) bzw. dessen Erben nicht mehr zustehen solle (auflösende Bedingung), sondern von da ab — insoweit aufschiebend bedingt — der Beteiligten zu 2). Für diese Auslegung sprechen der Wortlaut der Klausel (der Ehefrau wird das gleiche Recht nur für den Fall eingeräumt, daß sie den Veräußerer überlebt) und ihr Sinn: Es wäre nicht einzusehen, warum zwar der Miteigentumsanteil gegebenenfalls vom Beteiligten zu 1) auf dessen Erben übergehen sollte, nicht aber der Rückauflassungsanspruch, falls er im Zeitpunkt des Todes des Beteiligten zu 1) noch nicht erfüllt ist.

Es ist also nicht ein und derselbe Anspruch, der unter den genannten Voraussetzungen zuerst dem Beteiligten zu 1), ab dessen Tod der Beteiligten zu 2) zusteht. Vielmehr sind es zwei selbständige Ansprüche. Der Anspruch der Beteiligten zu 2) ist dabei u.a. von der aufschiebenden Bedingung abhängig, daß der Anspruch des Beteiligten zu 1) vorher zu keinem Zeitpunkt als voll wirksames Recht entstanden ist.

bb) Zwei verschiedene Ansprüche können nicht in einer Eintragung vorgemerkt werden. Es sind getrennte Eintragungen unter zwei laufenden Nummern erforderlich. Ebenso wie materiell-rechtlich jedes Recht auf seine Selbständigkeit gegenüber anderen Recht hat, ist auch im Grundbuch jedes Recht gesondert einzutragen (*Güthe/Triebel* GBO 7. Aufl. § 47 Rdnr. 5).

Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich von derjenigen einer sog. „Sukzessivberechtigung": darunter werden einmal inhaltliche Regelungen verstanden, nach denen ein Recht oder ein Anspruch zunächst zwei Berechtigten (in der Regel Ehegatten) gemeinschaftlich zusteht, beim Tode eines der Berechtigten aber zum alleinigen Recht des Überlebenden wird (vgl. LG Oldenburg Rpfleger 1974, 263; LG Aachen MittRhNotK 1978, 172; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 692 b; *Meder* BWNotZ 1982, 36). Hier ist die Entstehung eines voll wirksamen Rechts oder Anspruchs in der Person beider Berechtigter als gemeinschaftliches Recht möglich; nur beim vorzeitigen Tod eines der Berechtigten (Ausfall der Bedingung für seinen eigenen Rechtserwerb und aufschiebende Bedingung für den alleinigen Rechtserwerb des anderen) entsteht das Recht oder der Anspruch für einen Berechtigten allein. Zum anderen versteht man darunter die Regelung, daß ein Recht zunächst nach einem Berechtigten allein auflösend bedingt oder befristet durch seinen Tod, durch dasselbe Ereignis aber aufschiebend bedingt oder unter einem Anfangstermin einem weiteren Berechtigten zusteht (vgl. RGZ 76, 89/90 für die Hypothek; KG JW 1932, 2445 für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit; KG DNotZ 1937, 330 für die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; LG Traunstein MittBayNot 1978, 61 für die Hypothek; *Horber* Anh. zu § 44 Anm. 2 A; *Güthe/Triebel* Vorbem. vor § 13 Rdnr. 23). Der vorliegende Fall unterscheidet sich, wie bereits ausgeführt, von beiden Fallgestaltungen der Skuzessivberechtigung. Der Tod des Beteiligten zu 1) ist nicht auflösende Bedingung oder Endtermin für seine Berechtigung; er führt vielmehr (wenn er vor dem Tod des Beteiligten zu 3) oder 4) eintritt) dazu, daß diese als voll wirksames Recht in seiner Person nicht mehr entsteht. Stirbt der Beteiligte zu 1) aber nach dem Beteiligten zu 3) oder 4), so bringt dies seinen Anspruch (falls die weiteren aufschiebenden Bedingungen für seine Entstehung gegeben waren) nicht mehr zum Erlöschen. Der Anspruch kann als vollwirksames Recht nur entweder für den Beteiligten zu 1) oder für die Beteiligte zu 2) entstehen (Fall der sog. „Alternativberechtigung"; vgl. *Güthe/Triebel* aaO und Vorbemerkungen vor § 13 Rdnr. 23; *Meikel/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. § 47 Rdnr. 9).

c) Es besteht sonach im vorliegenden Fall nur die Möglichkeit, für die Rückübertragungsansprüche der Beteiligten zu 1) und 2) bezüglich eines jeden Miteigentumsanteils je eine Vormerkung in das Grundbuch einzutragen. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts kann, auch soweit sie auf diese Möglichkeit hinweist, keinen Bestand haben. Die Beteiligten zu 1) und 2) haben bezüglich eines jeden Miteigentumsanteils die Eintragung (nur) einer Vormerkung bewilligt und beantragt. Dies ergibt sich aus der Eintragungsbewilligung; es ist weder die Eintragung „je einer Vormerkung" be-

willigt und beantragt noch ein Rangverhältnis für zwei Vormerkungen angegeben. Auch in der Beschwerdeschrift wird ausdrücklich wiederholt, daß für die Beteiligten zu 1) und 2) auch aus Kostengründen nur die Eintragung einer Vormerkung beantragt wird. Eine Zwischenverfügung kann nicht darauf gerichtet sein, das zur Eintragung beantragte Recht inhaltlich zu ändern (BayObLG MittBayNot 1981, 186) oder einen Beteiligten zur Stellung eines neuen, anderen Eintragungsantrags zu veranlassen (BayObLGZ 1977, 81/83 [= MittBayNot 1977, 120] mit weit. Nachw.). Darauf läuft aber die vom Grundbuchamt aufgezeigte dritte Möglichkeit zur Behebung des angenommenen Eintragungshindernisses hinaus. Damit für die Beteiligten zu 1) und 2) zwei Vormerkungen im Gleichrang (bezüglich eines jeden Miteigentumsanteils) im Grundbuch eingetragen werden können, sind eine neue Bewilligung und ein neuer Antrag erforderlich. Die von den Beteiligten (hinsichtlich der Vormerkungen) gestellten Eintragungsanträge wären zurückzuweisen gewesen. Die Zwischenverfügung war insgesamt aufzuheben.

---

7. GBO §§ 22, 29; BGB § 167 Abs. 2, §§ 181, 2033 Abs. 1 (*Form des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs*)

1. Zur Rechtswirksamkeit einer Erbanteilsübertragung, wenn der Erwerbende auf Grund einer privatschriftlichen Vollmacht des Miterben zugleich auch für diesen gehandelt hat.

2. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen. Hiervon kann auch nicht mit der Erwägung abgesehen werden, die Beschaffung eines formgerechten Nachweises sei im Einzelfall unzumutbar.

BayObLG, Beschluß vom 17.5.1984 — BReg. 2 Z 31/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten erstreben die Berichtigung des Grundbuchs nach einer Erbanteilsübertragung.

1. Nach dem Tode des früheren Grundstückseigentümers wurde eine Erbengemeinschaft, der auch die Beteiligten zu 1) und 2) angehörten, als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. In der Folgezeit erwarb die Beteiligte zu 1) alle übrigen Erbanteile, so daß die Erbengemeinschaft nur noch aus den Beteiligten zu 1) und 2) bestand.

Mit notarieller Urkunde vom 5.10.1983 übertrug die Beteiligte zu 2) ihren Erbanteil auf die Beteiligte zu 1). Die Beteiligten bewilligten und beantragten die Berichtigung des Grundbuchs. Bei der Beurkundung handelte die Beteiligte zu 1) sowohl für sich als auch für die Beteiligte zu 2), letzteres auf Grund einer privatschriftlichen, zu der Urkunde genommenen Vollmacht der Beteiligten zu 2), in der diese ihre Schwägerin, die Beteiligte zu 1), unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zur umfassenden Vertretung in der Nachlaßsache, insbesondere zum Abschluß einer unentgeltlichen Erbanteilsübertragung an sich selbst bevollmächtigte.

2. Auf den Vollzugsantrag des Notars vom 20./22.12.1983 verlangte der Rechtspfleger beim Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 10.1.1984 die Vorlage der Vollmacht der Beteiligten zu 2) in der Form des § 29 GBO.

Hiergegen richtete sich die vom Notar im Namen der Beteiligten eingelegte Erinnerung. Der Notar wies insbesondere darauf hin, daß die Beteiligte zu 2) in der CSSR lebe. Dort sei die notarielle Beglaubigung einer Vollmacht zum unentgeltlichen Verzicht auf den Erbanteil nicht zu erlangen. Auch eine Reise zu der deutschen Botschaft in Prag sei aus politischen Gründen nicht möglich und der 78jährigen Beteiligten zu 2) auch nicht zumutbar. Der Wille der Beteiligten zu 2) gehe aus ihrer Erklärung deutlich hervor. Der strikten Anwendung des § 29 GBO stünden hier auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegen.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die in Namen der Beteiligten zu 1) und 2) eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. . . .

2. Die Entscheidung des Landgerichts kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

Die angefochtene Zwischenverfügung fordert die Vorlage der Vollmacht der Beteiligten zu 2) „in der Form des § 29 GBO". Hiermit ist offensichtlich, obwohl im folgenden Satz nur von der Beurkundung der Vollmacht die Rede ist, die Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde) gemeint (auch das Landgericht hat das Grundbuchamt ersichtlich so verstanden). Dieses Verlangen entspricht der Rechtslage.

a) Soll nach der Übertragung eines Erbanteils von einem Miterben auf einen anderen das Ausscheiden des übertragenden Miterben bei einem zum Nachlaß gehörenden Grundstück im Grundbuch eingetragen werden, so handelt es sich um eine Grundbuchberichtigung. Denn die Rechtswirkung ist mit der Verfügung nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB außerhalb des Grundbuchs eingetreten; das Grundbuch ist hinsichtlich der Eintragung der bisherigen Erbengemeinschaft als Grundstückseigentümer unrichtig geworden (vgl. BGH NJW 1969, 92 [= DNotZ 1969, 623]; BayObLGZ 1980, 328/329 [= MittBayNot 1981, 32]; BayObLG Rpfleger 1982, 217 f.; *Haegele* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 424; *Palandt* BGB 43. Aufl. § 2033 Anm. 1 c).

Die Berichtigung des Grundbuchs setzt die Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) oder den Nachweis der Unrichtigkeit voraus (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO).

b) Die Berichtigungsbewilligung der Beteiligten zu 2) ist in Abschnitt IV der notariellen Urkunde vom 5.10.1983 enthalten. Da die Beteiligte zu 2) die Bewilligung aber nicht selbst erklärt hat, bedarf die Vollmacht der für sie handelnden Beteiligten zu 1) der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (vgl. BayObLG MittBayNot 1980, 152; *Horber* GBO 16. Aufl. Anm. 2 B b, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnr. 20, je zu § 29).

c) Die Rechtslage ist hinsichtlich des Unrichtigkeitsnachweises nicht anders. Es mag allerdings sein — dies kann deshalb zugunsten der Beschwerdeführer unterstellt werden —, daß die Erbteilsübertragung vom 5.10.1983 materiellrechtlich wirksam ist. Die Vollmacht bedarf nämlich grundsätzlich nicht der für das Rechtsgeschäft selbst bestimmten Form (§ 167 Abs. 2 BGB). Ob hiervon im Hinblick auf die Schutz- und Warnfunktion des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. MünchKomm BGB § 2033 Rdnr. 2) im vorliegenden Fall — im Anschluß an die Rechtsprechung zu § 313 BGB (vgl. MünchKomm § 167 Rdnrn. 16 ff. m. Nachw.) — deshalb eine Ausnahme zu machen wäre, weil durch die Fassung der Vollmacht, insbesondere durch die Befreiung von dem Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB, bereits eine der Verfügung selbst entsprechende Rechtslage geschaffen worden ist (vgl. hierzu KG JFG 15, 205/206; BayObLGZ 1954, 225/234; MünchKomm Rdnr. 22; *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 9, je zu § 2033; vgl. aber auch BGH Betrieb 1979, 1226 [= DNotZ 1979, 684]; BayObLG MittBayNot 1980, 152 f.; jew. m. weit. Nachw.), kann hier auf sich beruhen. Ebenso bedarf in diesem Zusammenhang keiner Vertiefung, ob die privatschriftliche Vollmacht der Beteiligten zu 2), wenn sie in der CSSR ausgestellt worden ist, im Hinblick auf Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB (Ortsform) materiellrechtlich wirksam ist (vgl. hierzu SchlHOLG SchlHAnz 1962, 173; MünchKomm Art. 11

EGBGB Rdnr. 22, nach Art. 11 Rdnr. 23; *Soergel* Rdnr. 15, *Staudinger* BGB 12. Aufl. Rdnr. 80, je zu Art. 11 EGBGB; *Ludwig* NJW 1983, 495/496).

Grundbuchrechtlich ist auch der Nachweis der Unrichtigkeit in der Form des § 29 Abs. 1 GBO zu führen (BayObLGZ 1971, 336/339; BayObLG Rpfleger 1982, 467/468 m Nachw.; *Horber* § 22 Anm. 5 b). Dies hat seinen Grund nicht zuletzt darin, daß verhindert werden muß, daß am Berichtigungsverfahren nicht beteiligte Personen Schaden erleiden (vgl. BayObLG aaO). Im vorliegenden Fall genügt zwar die Beurkundung der Erbanteilsübertragung als solcher der Form des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit auch dem § 29 Abs. 1 GBO. Daß die Beteiligte zu 1) bevollmächtigt war, die Übertragung des Erbanteils der Beteiligten zu 2) an sich selbst zu verfügen, ist aber gerade nicht in dieser Form dargetan, so daß es jedenfalls am grundbuchmäßigen Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs fehlt.

d) Die Einwendungen der Rechtsbeschwerde vermögen demgegenüber nicht zu einer anderen Entscheidung zu führen. Die Rechtsbeschwerde führt insbesondere aus, der Schutz des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), der der Beteiligten zu 2) zustehe, gebiete es, im konkreten Fall von der Einhaltung der Formvorschrift abzusehen, weil sie sich als Hindernis für die Beteiligte zu 2) auswirke, über ihr Eigentum zu verfügen.

§ 29 GBO ist eine Regelung, die getroffen worden ist, um den Gefahren zu begegnen, die aus einer unrichtigen Eintragung im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs erwachsen (*Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. Rdnr. 2, *Horber* Anm. 1, je zu § 29). Sie ist weder als solche verfassungswidrig noch verstößt ihre Anwendung im konkreten Fall gegenüber der Beteiligten zu 2) gegen Art. 14 Abs. 1 GG. § 29 GBO will vielmehr den (Gesamthands-)Eigentümer gerade davor schützen, daß sein Eigentum (hier: im Wege der Grundbuchberichtigung nach Übertragung des Erbanteils) nicht ohne ausreichenden Nachweis des Rechtsübergangs im Grundbuch nicht mehr verlautbart wird.

Die Form für den grundbuchmäßigen Nachweis einer zur Eintragung erforderlichen Erklärung verlangt das Gesetz auch dort, wo diese Erklärung materiellrechtlich, z. B. nach § 167 Abs. 2 BGB, dieser Form nicht unterworfen ist. Diese Einschränkung der Möglichkeit formloser Verfügungen muß im Hinblick auf den Zweck des Grundbuchs, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Grundstücksrechten zuverlässig Auskunft zu geben, hingenommen werden. Dies gilt auch dann, wenn die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, im Einzelfall erschwert oder unzumutbar ist oder sogar unmöglich sein sollte. Auch sonst sind Fälle denkbar, in denen der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nicht gelingen wird. In diesem Fall bedarf es regelmäßig einer notfalls durch Urteil zu erwirkenden Berichtigungsbewilligung des Betroffenen (*Horber* § 22 Anm. 5 b). Daß auch dieses Verfahren mit Schwierigkeiten für den eingetragenen Rechtsinhaber verbunden sein mag, rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme, in einem solchen Fall könne oder müsse vom grundbuchmäßigen Nachweis der Unrichtigkeit abgesehen werden.

§ 29 GBO stellt allerding nur eine (grundbuchrechtliche) Ordnungsvorschrift dar (*Güthe/Triebel* Rdnr. 2, KEHE Rdnr. 3, *Horber* Anm. 1, je zu § 29). Wenn demnach auch eine ohne formgerechten Nachweis vorgenommene Eintragung unter der Voraussetzung, daß die materiellrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, wirksam ist, so ist das Grundbuchamt doch gehalten, eine ohne den erforderlichen Nachweis beantragte Eintragung zu verweigern (*Güthe/Triebel* aaO). Daß in gleichliegenden oder ähnlichen Fällen von anderen Grundbuchämtern angeblich anders verfahren worden ist, kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen.

---

8. GBO §§ 20, 79 Abs. 2; GrdstVG §§ 7 Abs. 1, 22 Abs. 1 (*Zur Entbehrlichkeit des Rechtskraftzeugnisses nach dem Grundstücksverkehrsgesetz)*

1. Hat die Genehmigungsbehörde (das Landratsamt) die für die Veräußerung eines Grundstücks nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG erforderliche Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung (Auflage oder Bedingung) erteilt, so bedarf es keines (weiteren) Nachweises für die Unanfechtbarkeit der Genehmigung durch ein Zeugnis der Genehmigungsbehörde. Die Unzulässigkeit der Anfechtung ergibt sich in diesem Fall aus dem Gesetz.

2. Vorlage an den Bundesgerichtshof (Abweichung von OLG Frankfurt DNotZ 1965, 502).

BayObLG, Vorlagebeschluß vom 30.10.1984 — BReg. 2 Z 109/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG und von Notar *Dr. Wolfgang Ring*, Landshut

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte zu 1) überließ mit notariellem Vertrag vom 17.5.1984 ein in ihrem Alleineigentum stehendes Grundstück ihrer Großnichte, der Beteiligten zu 2). In Abschnitt VII der Urkunde erklären die Vertragsteile die Auflassung und beantragen die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

2. Am 10.7.1984 beantragte der Urkundsnotar „gemäß § 15 GBO" für die Beteiligte zu 2) den Vollzug der Urkunde vom 17.5.1984. Mit dieser legte er unter anderem vor Bescheid des Landratsamtes vom 6.6.1984, daß zu der Veräußerung die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz erteilt werde.

Das Grundbuchamt beanstandete den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung vom 11.7.1984: Die Eintragung sei noch nicht möglich, da noch der nach § 7 Abs. 1 GrdstVG erforderliche Nachweis fehle, daß die Genehmigung unanfechtbar geworden sei.

Hiergegen legte der Notar Erinnerung ein. Er wies darauf hin, daß gemäß § 22 GrdstVG der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid der Genehmigungsbehörde nur zulässig sei, wenn die Genehmigung versagt oder unter Auflagen oder Bedingungen erteilt werde. Die ohne Einschränkung erteilte Genehmigung sei von vornherein unanfechtbar, dies brauche nicht mehr gesondert durch das in § 6 Abs. 3 GrdstVG vorgesehene Zeugnis nachgewiesen zu werden.

3. Rechtspfleger und Grundbuchamt haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die (Durchgriffs-)Beschwerde zurückgewiesen.

Der Notar hat weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Der Senat hält sie für begründet; er legt § 7 Abs. 1 GrdstVG wie die Beschwerdeführer dahin aus, daß das Grundbuchamt nicht die Vorlage eines Zeugnisses der Genehmigungsbehörde darüber verlangen darf, daß die Genehmigung unanfechtbar geworden sei, wenn sie ohne Einschränkung (Auflage oder Bedingung) erteilt worden ist. Der Senat ist an einer entsprechenden Entscheidung durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23.12.1964 (DNotZ 1965, 502) gehindert; nach dieser Entscheidung erübrigt sich der Nachweis der Unanfechtbarkeit der Genehmigung (§ 7 Abs. 1 GrdstVG) durch Vorlage eines Zeugnisses (§ 6 Abs. 3 GrdstVG) auch dann nicht, wenn die Genehmigung ausdrücklich und uneingeschränkt erteilt worden ist.

1. Das Landgericht hat zur Begründung der angefochtenen Entscheidung ausgeführt: Der Nachweis der Unanfechtbarkeit sei gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunde zu führen. Das von der Genehmigungsbehörde nach § 6 Abs. 3 GrdstVG auszustellende Zeugnis erfülle diese Voraussetzung; es sei dem Grundbuchamt auch bei einer ohne Einschränkung erteilten Genehmigung vorzulegen. §7 Abs. 1 GrdstVG fordere ohne jede Einschränkung den Nachweis der Unanfechtbarkeit. Dies spreche dafür, daß das Grundbuchamt der Notwendigkeit enthoben sein sollte, selbständig prüfen zu müssen, ob die erteilte Genehmigung anfechtbar ist. Entgegen der Ansicht des Urkundsnotars regle auch § 6 Abs. 3 GrdstVG nicht nur den Fall, daß die Genehmigungsbehörde innerhalb der Monatsfrist des § 6 Abs. 1 GrdstVG nicht tätig wird, sondern auch ausdrücklich den Fall, daß „die Genehmigung durch Fristablauf unanfechtbar geworden" ist. Es könne unentschieden bleiben, ob der Nachweis der Unanfechtbarkeit nicht auch deshalb in jedem Fall erforderlich sei, weil die unter das Grundstücksverkehrsgesetz fallenden Grundstücke gegebenenfalls auch dem Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz unterlägen; auch könne die Abgrenzung zum Genehmigungsbedürfnis und zum Vorkaufsrecht nach dem Bundesbaugesetz fraglich sein. Die Prüfung, ob ein insoweit etwa übergangener Vorkaufsberechtigter vorhanden und ob deshalb die vorbehaltlos erteilte Genehmigung trotz des Wortlauts des § 22 Abs. 1 GrdstVG für den Vorkaufsberechtigten anfechtbar sei, obliege auf keinen Fall dem Grundbuchamt. Der Grundbuchrechtspfleger habe deshalb zu Recht den gesonderten Nachweis gefordert, daß die vom Landratsamt erteilte Genehmigung unanfechtbar sei.

2. Wenn die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks wie im vorliegenden Fall der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG bedarf, dann darf das Grundbuchamt gemäß § 7 Abs. 1 GrdstVG die Auflassung in das Grundbuch erst eintragen, wenn ihm die Unanfechtbarkeit der Genehmigung nachgewiesen wird. Nach § 6 Abs. 3 GrdstVG hat die Genehmigungsbehörde (in Bayern nach Art. 1 des Gesetzes zur Ausführung des Bundesgesetzes über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe vom 21.12.1961 [GVBl. S. 259] die Kreisverwaltungsbehörde [Landratsamt]) auf Antrag ein Zeugnis darüber zu erteilen, daß die Entscheidung über die Genehmigung oder die Genehmigung durch Fristablauf unanfechtbar geworden ist.

Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Meinung ist die Unanfechtbarkeit dem Grundbuchamt auch dann durch ein solches Zeugnis nachzuweisen, wenn die Genehmigungsbehörde einen Genehmigungsbescheid erlassen und die Genehmigung ohne Einschränkung (Auflage oder Bedingung) erteilt hat (OLG Frankfurt aaO; LG Traunstein DNotZ 1964, 123; *Meikel/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. § 20 Rdnr. 82 c; *Treutlein/Crusius* Grundstücksverkehrsgesetz [1963] § 7 Anm. 1 a; wohl auch *Wöhrmann*, Das Grundstücksverkehrsgesetz [1963] § 6 Rdnr. 35 und § 7 Rdnr. 2). Die überwiegend vertretene Meinung hält es aber im Hinblick auf § 22 Abs. 1 GrdstVG nicht für erforderlich und nicht für zulässig, daß das Grundbuchamt auch bei ausdrücklich und uneingeschränkt erteilter Genehmigung die Vorlage eines Zeugnisses über die Unanfechtbarkeit verlangt; in diesen Fällen soll die Vorlage einer Ausfertigung des Genehmigungsbescheids genügen (LG Offenburg Recht der Landwirtschaft — RdL — 1965, 118; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 2. Aufl. § 20 Rdnr. 162; *Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 2253 g; *Kehrer/Bühler/Tröster* Formularkommentar Band 1 § 5 C g; *Lange* Grundstücksverkehrsgesetz 2. Aufl. § 7 Anm. 3; *Pikalo/Bendel* Grundstücksverkehrsgesetz 1963 § 6 Anm. E VI 1 a aa und § 7 Anm. E III 2 b; *Vorwerk/von Spreckelsen* Grundstücksverkehrsgesetz [1963] § 6 Rdnr. 39 und § 7 Rdnr. 7, 9; *Ehrenfurth* Reichssiedlungsgesetz und Grundstückverkehrsgesetz [1965] § 6 Anm. 4 und § 7 Anm. 2 d; *Haegele* DNotZ 1964, 680; 1965, 503 [Anm. zu dem Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt aaO] sowie Rpfleger 1972, 390/394; *Lücken* DNotZ 1971, 261/271).

3. Der Senat schließt sich dieser Meinung an. Bei einem ohne Einschränkung erteilten Genehmigungsbescheid ergibt sich die Unanfechtbarkeit bereits aus dem Gesetz; eines weiteren Nachweises als des Genehmigungsbescheides selbst bedarf es für das Grundbuchamt nicht.

a) Soweit die Veräußerung eines Grundstücks nach § 2 GrdstVG (in Verbindung mit Art. 2 des Bayerischen Ausführungsgesetzes) einer Genehmigung bedarf, ist die Auflassung nur wirksam, wenn die Genehmigung erteilt und unanfechtbar geworden ist. Aus § 7 Abs. 1 GrdstVG ergibt sich, daß das Grundbuchamt dies nicht selbst zu prüfen und festzustellen hat, sondern von den Beteiligten den Nachweis der Unanfechtbarkeit verlangen kann. Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis der Genehmigungsbehörde geführt werden (vgl. § 6 Abs. 3 GrdstVG). Der Nachweis in dieser Form ist aber entbehrlich, wenn bei verständiger Würdigung der Rechtslage kein vernünftiger Zweifel daran bestehen kann, daß die Genehmigung unanfechtbar ist. So ist es im vorliegenden Fall; die Unanfechtbarkeit des ohne Einschränkung erteilten Genehmigungsbescheides ergibt sich aus dem Gesetz.

b) aa) Nach § 22 Abs. 1 GrdstVG können die Beteiligten binnen zwei Wochen nach Zustellung des Bescheides der Genehmigungsbehörde Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen, wenn die Genehmigung versagt oder nur unter Auflagen oder Bedingungen erteilt worden ist. Aus dieser Regelung ergibt sich einmal, daß der Antrag auf gerichtliche Entscheidung (ein Rechtsbehelf eigener Art) nur den „Beteiligten" zusteht; Beteiligter ist, wessen Rechte oder Pflichten durch das Verfahren unmittelbar betroffen werden oder betroffen werden können (*Pikalo/Bendel* § 22 Anm. E I), also die Vertragsparteien und diejenigen, zu deren Gunsten der Vertrag geschlossen worden ist (vgl. § 3 Abs. 2 GrdstVG; BGH NJW 1979, 2397 [= DNotZ 1979, 561]; OLG Celle — RdL — 1973, 236/277; *Lange* Anm. 8, *Vorwerk/von Spreckelsen* Rdnr. 9, je zu § 22). Daraus folgt weiter, daß die ohne Einschränkung erteilte Genehmigung kraft Gesetzes unanfechtbar ist; die Beteiligten können eine solche Genehmigung nicht mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung angreifen, da sie durch sie nicht beschwert sind (BGH Rpfleger 1963, 405; *Lange* Anm. 2, *Pikalo/Bendel* Anm. E I, *Treutlein/Crusius* Anm. 1, *Vorwerk/von Spreckelsen* Rdnrn. 8, 9, *Ehrenforth* Anm. 2, 3, je zu § 22). Die Anfechtbarkeit auch bei ausdrücklich und vorbehaltslos erteilter Genehmigung wird teilweise dann zugelassen, wenn die Genehmigung von einer sachlich nicht zuständigen Stelle (OLG Hamm, RdL 1955, 307; *Lange* § 22 Anm. 8) oder ohne Antrag (*Lange* aaO; a.A. hier *Wöhrmann* § 22 Rdnr. 2) erteilt worden ist. Dem ersten Fall mag Bedeutung im Geltungsbereich der Höfeordnung zukommen, wo für die Genehmigung einer Hofübergabe nach dem Grundstücksverkehrsgesetz nicht die Verwaltungsbehörde (§ 3 Abs. 1 GrdstVG), sondern das Landwirtschaftsgericht zuständig ist (§ 17 Abs. 3 HöfeO). Abgesehen davon

ist ein Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit praktisch ausgeschlossen ; er könnte vom Grundbuchamt anhand des Genehmigungsbescheides auch ohne weiteres festgestellt werden. Eine ohne Antrag erteilte Genehmigung werden die Beteiligten dem Grundbuchamt nicht vorlegen, so daß auch hier — wenn man von der Anfechtbarkeit einer solchen Genehmigung ausgehen will — praktisch keine Gefahr besteht, daß die Auflassung oder sonstige Rechtsänderung aufgrund einer nicht bestandskräftigen, anfechtbaren Genehmigung ins Grundbuch eingetragen wird.

bb) Dritte (d.h. andere Personen oder Stellen als die Vertragsparteien und diejenigen, zu deren Gunsten der Vertrag geschlossen worden ist) sind nicht berechtigt, Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Erteilung der Genehmigung zu stellen; ein solcher Antrag wäre unzulässig. Sie können dann ein Interesse an der Versagung der Genehmigung haben, wenn sie mit dem Verkäufer des Grundstücks ihrerseits einen Kaufvertrag geschlossen haben, dessen Erfüllung nach Erteilung der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz unter Umständen (nach Vollzug der genehmigten Auflassung) unmöglich wird. Sie sind aber dennoch nicht berechtigt, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen, da sie durch die Genehmigung des anderen Vertrags in den Rechten aus dem mit ihnen geschlossenen Kaufvertrag nicht unmittelbar beeinträchtigt sind. Dieser bleibt wirksam; der Verkäufer bleibt zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet und der Käufer kann im Falle der Nichterfüllung die ihm nach §§ 440, 320 ff. BGB zustehenden Rechte geltend machen (BGH aaO; OLG Celle aaO). Nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart (RdL 1982, 16) soll der Dritte, mit dem der Grundstückseigentümer einen weiteren Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen hat, daß der frühere Kaufvertrag nicht genehmigt wird, gegen die Genehmigung dieses Vertrages ein Beschwerderecht haben. Diese Entscheidung betrifft nicht unmittelbar die Antragsberechtigung gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG, sondern die Beschwerdeberechtigung gegen einen Beschluß des Amtsgerichts (Landwirtschaftsgerichts) nach § 22 Abs. 1 LwVG, die sich über § 9 LwVG nach § 20 Abs. 1 FGG richtet. Ihr kann auch in der Sache nicht gefolgt werden. Das Oberlandesgericht Stuttgart begründet die Beschwerdeberechtigung damit, daß sich die Genehmigung als unmittelbare Beeinträchtigung des schuldrechtlichen Anwartschaftsrechts des Beschwerdeführers aus dem mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrag darstelle. Aber der Ausfall der Bedingung (durch Genehmigung des anderen Kaufvertrags) bringt nur das schuldrechtliche Anwartschaftsrecht (auf Entstehung eines vollwirksamen Kaufvertrags) zum Erlöschen. In seinen Rechten aus dem Kaufvertrag wird der Dritte bei einer solchen Vertragsgestaltung aber weniger beeinträchtigt als in den Sachverhalten, die den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Oberlandesgerichts Celle zugrunde lagen, wo der mit der dritten Person geschlossene Kaufvertrag unbedingt geschlossen war.

Soweit die Rechtsprechung dritten Personen (nämlich dem durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament bindend eingesetzten Hoferben) ein Beschwerderecht gegen die Genehmigung eines Hofübergabevertrags (vgl. § 17 der Höfeordnung) einräumt (vgl. etwa BGH RdL 1952, 132), beruht dies auf den besonderen Regelungen des genannten Gesetzes und kann nur für die Rechtsverhältnisse in den Ländern Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein einschlägig sein.

cc) Entgegen der Ansicht des Landgerichts könnte auch ein Vorkaufsberechtigter die vom Landratsamt erteilte Genehmigung nicht in zulässiger Weise anfechten. Das Vorkaufsrecht eines gemeinnützigen Siedlungsunternehmens nach dem Reichssiedlungsgesetz vom 11.8.1919 (RGBl I S. 1429, i.d.F. des Grundstücksverkehrsgesetzes vom 28.7.1961, BGBl I S. 1091) entsteht nach dessen § 4 Abs. 1 erst dann, wenn die Veräußerung einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedarf und die Genehmigung nach Auffassung der Genehmigungsbehörde gemäß § 9 GrdstVG zu versagen wäre. Die Genehmigungsbehörde kann durch Genehmigung der Veräußerung das Entstehen des Vorkaufsrechts verhindern, ohne daß das Siedlungsunternehmen die Möglichkeit einer Anfechtung des Bescheides der Genehmigungsbehörde hätte (BGHZ 41, 114/117 [= DNotZ 1965, 412]). Auch die Siedlungsbehörde (*Lange* § 22 Anm. 3), die nach § 19 GrdstVG vor der Entscheidung über einen Genehmigungsantrag zu hörende land- und forstwirtschaftliche Berufsvertretung (*Pikalo/Bendel* Anm. E II 3, *Wöhrmann* Rdnr. 6, *Vorwerk/von Spreckelsen* Rdnr. 10, *Ehrenforth* Anm. 3, je zu § 22 GrdstVG) oder eine sonstige Behörde (für die Genehmigungsbehörde und die dieser übergeordnete Behörde vgl. *Pikalo/Bendel* aaO; *Wöhrmann* aaO; *Vorwerk/von Spreckelsen* aaO) können die Genehmigung nicht anfechten. Die der Genehmigungsbehörde übergeordnete Behörde (in Bayern also die Bezirksregierung) ist nach § 32 Abs. 1, 2 LwVG nur berechtigt, die vom Landwirtschaftsgericht erteilte Genehmigung anzufechten.

Mit § 22 Abs. 1 GrdstVG, der den Kreis der Anfechtungsberechtigten abgrenzt, steht auch § 20 GrdstVG in Einklang: Danach sind nur solche Entscheidungen, gegen die ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung zulässig ist (was sich wiederum aus § 22 Abs. 1 ergibt) den Beteiligten zuzustellen. Die Zustellung aber ist wiederum die Voraussetzung dafür, daß die zweiwöchige Antragsfrist des § 22 Abs. 1 GrdstVG in Gang gesetzt wird.

dd) Daß auch nach anderen Gesetzen (etwa §§ 24 bis 25 a BBauG oder § 17 StBauFG) Vorkaufsberechtigte den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht in zulässiger Weise stellen können, ergibt sich schon aus dem Wesen des Vorkaufsrechts. Es kann nur entstehen, wenn der Kaufvertrag über das Grundstück wirksam abgeschlossen ist; Voraussetzung für die Wirksamkeit ist aber auch, daß alle erforderlichen zivil- und öffentlichrechtlichen Genehmigungen erteilt sind (vgl. *Grauvogel* in *Kohlhammers* Kommentar zum BBauG — letzte Erg.Lfg. Okt. 1983 — § 24 Rdnrn. 3, 9 und *Vogel* in *Kohlhammers* Kommentar zum StBauFG — letzte Erg.Lfg. Mai 1984 — § 17 Rdnr. 14). Ein Antragsrecht oder Beschwerderecht des Vorkaufsberechtigten würde also schon daran scheitern, daß er durch die Genehmigung nicht beschwert sein kann.

c) Wenn somit die uneingeschränkt erteilte Genehmigung nicht in zulässiger Weise angefochten werden kann, reicht der Genehmigungsbescheid für den Nachweis der Unanfechtbarkeit aus. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum dem Grundbuchamt die Unanfechtbarkeit noch durch ein besonderes Zeugnis nachgewiesen werden müßte. § 7 Abs. 1 GrdstVG verlangt nicht den Nachweis in dieser Form und verweist nicht auf § 6 Abs. 3 GrdstVG; diese Vorschrift hat ihre Bedeutung für die Entscheidungen der Genehmigungsbehörde, in denen die Genehmigung unter einer Auflage oder einer Bedingung erteilt wird, sowie für die Genehmigungen, die gemäß § 6 Abs. 2 und § 18 Abs. 2 Satz 2 GrdstVG infolge Fristablaufs als erteilt gelten (vgl. *Pikalo/Bendel*

Anm. E VI 1, *Vorwerk/von Spreckelsen* Rdnr. 36, *Ehrenforth* Anm. 4, je zu § 6 GrdstVG). Das Grundbuchamt hat dafür zu sorgen, daß das Grundbuch seinen Zweck, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken möglichst erschöpfend und richtig Auskunft zu geben, erfüllen kann; es darf nicht dazu mitwirken, das Grundbuch unrichtig zu machen (BayObLG 1981, 110/112 [= MittBayNot 1981, 137]; OLG Hamm Rpfleger 1974, 68/70; *Horber* Grundz. vor § 13 Anm. 7 B). Es erfüllt diese Pflichten aber in vollem Maße, wenn es selbst — ohne daß eine weitere Prüfung der Rechtslage erforderlich wäre — zuverlässig und von keinem vernünftigen Zweifel beeinträchtigt feststellen kann, daß die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz unanfechtbar ist und damit die Eintragungsvoraussetzung des § 7 Abs. 1 GrdstVG erfüllt wird.

Umgekehrt wird dem Grundbuchamt auch nicht zu viel an eigener Würdigung der Rechtslage zugemutet, wenn es in dem hier in Rede stehenden Fall nicht die Vorlage eines von der zuständigen Behörde ausgestellten Zeugnisses über die Unanfechtbarkeit der Genehmigung verlangen kann. In Fällen, in denen die Rechtslage nicht von vornherein übersichtlich ist, kann das Verlangen nach der Vorlage eines Zeugnisses wegen der größeren Sachnähe der anderen Behörde begründet sein (vgl. z. B. BayObLG BB 1983, 2076 zu § 22 GrEStG). So liegt es hier aber nicht. Bei einer einschränkungslos erteilten Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ist die Rechtslage in der Frage der Unanfechtbarkeit eindeutig, Nach Kenntnis des Senats verlangt auch ein großer Teil der Grundbuchämter schon bisher in diesem Fall kein eigenes Unanfechtbarkeitszeugnis.

---

9. BGB § 1115; GBVfg § 15 Abs. 1 (*Eintragung einer Zwangssicherungshypothek für eine Wohnungseigentümergemeinschaft*)

Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek „für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ... bestehend aus den in der dem Vollstreckungstitel beigefügten Liste aufgeführten Personen als Berechtigte gemäß § 432 BGB" genügt nicht dem Erfordernis der Eintragung des Gläubigers im Eintragungsvermerk; es müssen vielmehr sämtliche Wohnungseigentümer als Berechtigte namentlich im Eintragungsvermerk aufgeführt werden.

BayObLG, Beschluß vom 15.10.1984 — BReg. 2 Z 55/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) sind Miteigentümer je zur Hälfte eines Wohnungseigentums. Die Beteiligten zu 2) sind die übrigen Wohnungseigentümer der Wohnanlage.

Wegen Wohngeldschulden erwirkten die Beteiligten zu 2) zwei Beschlüsse des Amtsgerichts, wonach die Beteiligten zu 1) zur Zahlung von 2 000,72 DM und von 1 500,54 DM, jeweils mit Zinsen, verpflichtet wurden. Auf Grund dieser Titel trug das Grundbuchamt antragsgemäß zwei Zwangssicherungshypotheken auf dem Wohnungseigentum der Beteiligen zu 1) ein.

Der Gläubiger der Hypotheken ist im Grundbuch jeweils wie folgt bezeichnet:

> „... für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in den Anwesen K. und S. bestehend aus den in der dem Vollstreckungstitel beigefügten Liste aufgeführten Personen als Berechtigte gemäß § 432 BGB ..."

Gegen diese Eintragung haben sich die Beteiligten zu 2) mit der Beschwerde gewandt. Sie machen geltend, sämtliche Wohnungseigentümer hätten im Eintragungsvermerk selbst als Berechtigte bezeichnet werden müssen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2).

Aus den Gründen:

1. ...

2. Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2) muß der Beschluß des Landgerichts aufgehoben und das Grundbuchamt zur Löschung der Zwangssicherungshypotheken angewiesen werden. Die Eintragung der Zwangshypotheken in der vom Grundbuchamt gewählten Form genügt nicht dem Erfordernis des § 1115 Abs. 1 BGB, wonach der Gläubiger im Eintragungsvermerk angegeben werden muß. Die Eintragungen sind deshalb inhaltlich unzulässig. Sie verstoßen außerdem gegen § 15 Abs. 1 GBVfg.

Nach § 1115 Abs. 1 BGB muß bei Eintragung einer Hypothek der Gläubiger im Grundbuch angegeben werden. Dies gilt gemäß §§ 866 f. ZPO, § 1184 BGB auch bei Eintragung einer Zwangssicherungshypothek (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* ZPO 42. Aufl. Anm. I C, *Thomas/Putzo* ZPO 12. Aufl. Anm. 3 b, je zu § 867). Wie diese Angabe zu erfolgen hat, ist in § 15 Abs. 1 GBVfg geregelt (vgl. hierzu näher BayObLGZ 1981, 391/393 ff. [= MittBayNot 1982, 23] m. Nachw.).

Schon nach der allgemeinen Vorschrift des § 874 BGB kann nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts, nicht aber hinsichtlich der Person des Berechtigten auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (RGZ 89, 152/159; BGH Rpfleger 1970, 280 [= DNotZ 1970, 602]; BayObLGZ 1953, 80/83; BayObLG Rpfleger 1982, 274 [= MittBayNot 1982, 177]; *Horber* Anh. zu § 44 Anm. 2 D a; *Palandt* BGB 43. Aufl. § 874 Anm. 3a). § 1115 Abs. 1 BGB besagt ausdrücklich, daß der Gläubiger der Hypothek im Eintragungsvermerk selbst anzugeben ist (*Haegele/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdnr. 824; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 10, *Palandt* Anm. 3, je zu § 1115; vgl. auch BGHZ 29, 363/365).

Diesen Anforderungen wird die Eintragung der Beteiligten zu 2) als Gläubiger der Zwangssicherungshypotheken in der vom Grundbuchamt gewählten Form nicht gerecht. Im Eintragungsvermerk selbst sind sie nur unter der Sammelbezeichnung „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer" kenntlich gemacht, im übrigen wird darin auf die den Vollstreckungstiteln beigefügten Namenslisten Bezug genommen. Die Sammelbezeichnung reicht nicht aus, um die Gläubiger genügend zu bestimmen. Die Bezugnahme ist nicht zulässig.

Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann als solche nicht im Grundbuch als Berechtigte eines dinglichen Rechts eingetragen werden. Diese Gemeinschaft ist — hierüber besteht ungeachtet vielfach unterschiedlicher Auffassungen über ihre rechtliche Einordnung im einzelnen (vgl. hierzu näher BayObLGZ 1959, 457/464; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. vor § 1 Rdnrn. 18 ff., § 10 Rdnrn. 8 f.; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 5. Aufl. Einl. Rdnrn. 651 ff.; *Schmid* BIGBW 1981, 142 ff., je m. weit. Nachw.) Einigkeit — keine juristische Person; eine eigene Rechtspersönlichkeit kommt ihr nicht zu (BGH NJW 1977, 1686; BayObLG WEM 1980, 129/131; BGB-RGRK § 10 WEG Rdnr. 1). Inhaber der Zwangshypotheken sind vielmehr die Personen, die gemeinschaftlich die Vollstreckungstitel erwirkt haben und die in den diesen Titeln beigefügten Listen namentlich aufgeführt sind; es ist zu entscheiden, ob sie in einer dem § 1115 Abs. 1 BGB genügenden Weise bezeichnet sind. Das ist aus den folgenden Gründen zu verneinen.

Die Personen, denen die Zwangshypothek zustehen sollen, sind gemäß § 15 Abs. 1 Buchst. a GBVfg mit Vorname, Familienname, Beruf und Wohnort im Grundbuch selbst als Be-

rechtigte zu vermerken. § 15 GBVfg ist keine materiellrechtliche, sondern nur eine Verfahrensvorschrift. Eintragungsanträge, die ihr nicht entsprechen, sind zurückzuweisen. Die Nichtbeachtung der Vorschrift allein macht eine Eintragung aber nicht unzulässig und unwirksam (BayObLGZ 1981, 391/394 [= MittBayNot 1982, 23]; KEHE GBVfg § 15 Rdnr. 2).

Im vorliegenden Fall verstößt die Art der Bezeichnung der Hypothekengläubiger jedoch nicht nur gegen § 15 Abs. 1 GBVfg, sondern sie genügt auch nicht den Anforderungen der materiell-rechtlichen Vorschrift des § 1115 Abs. 1 BGB.

a) Wie bereits oben dargelegt wurde, verlangt diese Vorschrift die Angabe der Gläubiger im Eintragungsvermerk selbst und läßt eine Bezugnahme nicht zu. Im Eintragungsvermerk selbst sind die Gläubiger mit der Wendung bezeichnet: „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in den Anwesen . . ."; dies reicht nicht aus, um die Gläubiger mit der erforderlichen Bestimmtheit zu kennzeichnen.

§ 1115 Abs. 1 BGB schreibt allerdings nicht zwingend vor, daß der Gläubiger der Hypothek mit seinem Namen im Grundbuch eingetragen wird; es genügt ausnahmsweise auch eine solche Bezeichnung ohne Namen, aus der die Person des Gläubigers für die am Rechtsverkehr Beteiligten zweifelsfrei zu entnehmen ist (RGZ 127, 309/312; BayObLGZ 1958, 164/168 [= DNotZ 1958, 639]; *Staudinger* BGB 12. Aufl. Rdnr. 2, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 4, BGB-RGRK Rdnr. 10, *Palandt* Anm. 3b, je zu § 1115; vgl. auch Motive III, 641). Dies allerdings ist wegen der Bedeutung von Klarheit und Bestimmtheit im Immobiliarsachenrecht unverzichtbar. Die Bezeichnung „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in dem Anwesen . . ." genügt dem nicht.

Die Sammelbezeichnung „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer" ist schon deshalb keine genügende Bestimmung der Hypothekengläubiger, weil die Teilhaber dieser Gemeinschaft in ihrem im zeitlichen Verlauf wechselnden Bestand nicht notwendig identisch sind mit den Gläubigern der Zwangssicherungshypotheken. Gläubiger der Hypotheken sind diejenigen Wohnungseigentümer, die die Vollstreckungstitel erwirkt haben. Wechseln im weiteren Verlauf einzelne Wohnungseigentümer, so geht damit nicht kraft Gesetzes auch die (Mit-)Inhaberschaft an den Zwangshypotheken auf den neuen Teilhaber der Gemeinschaft über. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 10 Abs. 1 WEG, §§ 741 ff. BGB) und nicht Gemeinschaft zur gesamten Hand; ein Übergang von Rechten und Ansprüchen des einzelnen Wohnungseigentümers, die ihm auf Grund seiner schuldrechtlichen, im Gemeinschaftsverhältnis begründeten Beziehungen zustehen, kraft Gesetzes durch „Anwachsung" tritt bei Veräußerung des Miteigentumsanteils nicht ein (vgl. Senatsbeschluß vom 25.7.1984, BayObLGZ 1984 Nr. 38). Der vereinzelt vertretenen abweichenden Meinung (KG OLGZ 1977, 1/3; vgl. auch *Bärmann/Pick/Merle* § 1 Rdnr. 39, § 16 Rdnr. 104) kann nicht gefolgt werden. Gerade in großen Wohnungseigentumsanlagen mit häufigem Eigentümerwechsel sind also die Vollstreckungsgläubiger mit „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in den Anwesen . . ." nur ungenau bezeichnet.

Für den nichtrechtsfähigen Verein hat das Reichsgericht (aaO) ausgesprochen, daß Inhaber der Hypothek die einzelnen Mitglieder des Vereins sind und daß diese Personen nicht unter ihrem Vereinsnamen als Gläubiger eingetragen werden können; es fehle an der von § 1115 Abs. 1 BGB geforderten Bestimmtheit (vgl. neuerdings auch *Karsten Schmidt* NJW 1984, 2249/2250). Für die Wohnungseigentümergemeinschaft müssen dieselben Anforderungen gestellt werden, um so mehr, als hier die Gläubiger des eingetragenen Rechts nicht mit der jeweiligen Zusammensetzung der Gemeinschaft identisch sind.

Die Sammelbezeichnung „Wohnungseigentümergemeinschaft" wird in anderen Fallgestaltungen zur Kennzeichnung der damit betroffenen Personen für ausreichend gehalten. So hat der Bundesgerichtshof (NJW 1977, 1686) ausgeführt, im Zivilprozeß könne eine solche Parteibezeichnung dahin ausgelegt werden, daß die Personen gemeint seien, die die Wohnungseigentümergemeinschaft bilden; die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung nach § 253 ZPO sei dadurch nicht in Frage gestellt. Für den Grundbuchverkehr und damit auch im Rahmen des § 1115 Abs. 1 BGB müssen jedoch größere Anforderungen an die Bestimmtheit der Gläubigerbezeichnung gestellt werden. Der Grundbuchverkehr erfordert besondere Genauigkeit und dementsprechend klare und eindeutige Eintragungsvermerke (RGZ aaO; BayObLG Rpfleger 1982, 60 [= MittBayNot 1981, 239]; *Horber* Grundzüge vor § 13 Anm. 4; KEHE Einl. C 7). Dafür spricht auch, daß die im Grundbuch eingetragenen Rechtsverhältnisse über erheblich längere Zeiträume hinweg Bedeutung behalten. Die Zusammensetzung der Wohnungseigentümergemeinschaft aber kann sich häufig ändern.

b) Weitere Merkmale zur Bezeichnung der Gläubiger der Zwangshypothek sind im vorliegenden Fall gegeben, wenn man hinzunimmt, daß der Eintragungsvermerk auf die Wohnungseigentümergemeinschaft, „bestehend aus den in der dem Vollstreckungstitel beigefügten Liste aufgeführten Personen" verweist. Indessen ist, wie oben bereits dargelegt wurde, für die von § 1115 Abs. 1 BGB geforderte Angabe des Gläubigers eine Bezugnahme unzulässig. Das Gesetz geht hierbei davon aus, daß die Verweisung auf Angaben in einem anderen Schriftstück nicht dieselbe Gewähr für Klarheit und Bestimmtheit der Gläubigerbezeichnung bietet wie die Angabe im Eintragungsvermerk selbst. Die Verweisung auf die dem Vollstreckungstitel beigefügte Liste muß daher hier außer Betracht bleiben; die Gläubiger müssen sich bereits aus dem Eintragungsvermerk selbst mit genügender Bestimmtheit ergeben.

Der Senat verkennt nicht, daß es erhebliche praktische Schwierigkeiten bereitet, wenn Rechte zugunsten der Teilhaber sehr großer Wohnungseigentümergemeinschaften im Grundbuch eingetragen werden sollen. Im vorliegenden Fall sind weit über dreihundert Gläubiger einzutragen, wobei gemeinschaftliche Berechtigung an einem Miteigentumsanteil nur einmal gezählt ist. Das kann in der Tat die Übersichtlichkeit des Grundbuchs beeinträchtigen (vgl. §§ 28 Abs. 1, 33 Abs. 1 GBVfg). Vor allem entsteht für das Grundbuchamt eine erhebliche Arbeitsbelastung. Auf der anderen Seite würde aber auch die Eintragung der Zwangssicherungshypotheken in der vom Grundbuchamt gewählten Form erhebliche, möglicherweise noch größere Probleme für den Grundbuchverkehr und für die Arbeit der Grundbuchämter mit sich bringen. Wie bereits dargelegt, sind die Gläubiger der Zwangshypotheken nicht kraft Gesetzes mit dem Bestand der Wohnungseigentümergemeinschaft identisch, wenn im zeitlichen Verlauf Wohnungseigentümer wechseln. Bei der vom Grundbuchamt gewählten Eintragung bestünde die erhebliche Gefahr, daß das Auseinanderfallen von Inhabern der Zwangshypotheken und Mitgliedern der Wohnungseigentümergemeinschaft seinerzeit nicht genügend beachtet wird, wenn bei einer Hypothek inhaltliche Änderungen

und Löschungen einzutragen sind. Diesen Änderungen und Löschungen müssen gemäß § 19 GBO alle diejenigen Personen zustimmen, die zu dem dann maßgebenden Zeitpunkt (Mit-)Inhaber der Zwangshypothek sind. Der Verwalter ist nicht gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG berechtigt, die Wohnungseigentümer hierbei zu vertreten — erst recht nicht Personen, die seinerzeit nicht mehr Wohnungseigentümer sind. Ob er gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG berechtigt ist, den Schuldnern nach Begleichung der titulierten Forderungen im Namen der Wohnungeigentümer löschungsfähige Quittung zu erteilen, ist zweifelhaft und soll hier nicht näher erörtert werden; auch hier wäre überdies zu beachten, daß Mitinhaber der Forderung möglicherweise Personen sind, die nicht mehr Wohnungseigentümer sind. Die Möglichkeit der Bezugnahme auf eine den Vollstreckungstiteln beigefügten Liste mag zwar dem Grundbuchamt bei der Eintragung der Hypothek Arbeit ersparen; die Schwierigkeiten, wenn im weiteren Verlauf Änderungen oder Löschungen vorzunehmen sind, werden ihm aber nicht abgenommen und Unübersichtlichkeit und die Gefahr, daß einzelne Erfordernisse übersehen werden, sind dann eher größer, wenn das Grundbuchamt nicht von klaren Eintragungsvermerken ausgehen kann, sondern in Bezug genommene Schriftstücke berücksichtigen muß.

Bei Bezugnahme kann es — gerade wenn es sich um umfangreiche Schriftstücke handelt — auch verhältnismäßig leicht dazu kommen, daß wesentliche Erfordernisse bei der Eintragung übersehen werden. Im vorliegenden Fall ist die dem einen Vollstreckungstitel (Beschluß des Amtsgerichts vom 25.5.1983) beigefügte Liste der Wohnungseigentümer zu einem großen Teil unleserlich. In der dem anderen Vollstreckungstitel (Beschluß vom 12.9.1983) angehefteten Aufstellung sind zwar die meisten (aber nicht alle) Namen lesbar; bei vielen Gläubigern sind aber die Vornamen nicht angegeben. Daß die Listen auch keine Berufsangaben enthalten, sei nur am Rande bemerkt. Nicht einmal die vom Eintragungsvermerk in Bezug genommenen Urkunden entsprechen also den Erfordernissen des § 15 Abs. 1 Buchst. a GBVfg. Die Mängel in den Namenslisten der Wohnungseigentümer, die die genaue Feststellung der Gläubiger der Zwangssicherungshypotheken unmöglich machen, wären vom Grundbuchamt sicherlich beanstandet worden, wenn es die Gläubiger in den Grundbuchvermerk selbst aufgenommen hätte.

Alle genannten Schwierigkeiten sind die Folge daraus, daß es wohl kaum den Vorstellungen entspricht, von denen der Gesetzgeber ausgegangen ist, wenn Gemeinschaften von Wohnungseigentümern mit vielen hundert Teilhabern unmittelbar Rechte an Grundstücken als Mitberechtigte erwerben wollen. Auf Grund der gegebenen Gesetzeslage können die Gerichte dem allerdings nicht entgegentreten. Es ist aber auch nicht ihre Aufgabe und steht nicht in ihrer Befugnis, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entgegen den gesetzlichen Vorschriften grundbuchfähig zu machen. Das praktische Bedürfnis hierfür kann auch nicht besonders hoch eingeschätzt werden. Wenn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer darauf beharrt, daß alle Teilhaber der Gemeinschaft unmittelbar Mitberechtigte des im Grundbuch einzutragenden Rechts werden, muß sie die genannten Schwierigkeiten der Unbeweglichkeit im Rechtsverkehr hinnehmen. Sie kann die Schwierigkeiten vermeiden, wenn die Forderung an eine bestimmte Person als Treuhänder abgetreten und diese Person dann als Berechtigter der Hypothek (ohne den Zusatz „als Treuhänder", der nicht zulässig ist) im Grundbuch eingetragen wird (vgl. *Staudinger* § 1115 Rdnrn. 3, 12). Diese Möglichkeit steht den Beteiligten zu 2) auch im vorliegenden Fall offen; Voraussetzung für die Eintragung eines Abtretungsempfängers als Gläubiger ist die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für diesen (§ 45 Abs. 3 WEG, § 727 ZPO).

c) Die Eintragung der Zwangssicherungshypotheken ist, da die Gläubiger entgegen § 1115 Abs. 1 BGB nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen sind, inhaltlich unzulässig (BGH Rpfleger 1970, 280 [= DNotZ 1970, 602]; BayObLGZ 1953, 80/83; BayObLG Rpfleger 1982, 274 [= MittBayNot 1982, 177]; *Horber* Anh. zu § 44 Anm. 2 C b, und Anm. 2 D a; *Palandt* Anm. 3, *Soergel* Rdnr. 1, je zu § 1115; vgl. auch RGZ 89; 152/159 und RG JFG 3, 1/4). Da sich die Unzulässigkeit aus den Eintragungsvermerken selbst ergibt, sind die Zwangssicherungshypotheken gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (vgl. RGZ 113, 223/229; BayObLG Rpfleger 1981, 190 [= MittBayNot 1981, 72] m. weit. Nachw.; *Horber* § 53 Anm. 10). Das Grundbuchamt ist hierzu anzuweisen. Das Rechtsbeschwerdegericht muß die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragungen berücksichtigen. Die Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung ist anzuordnen, auch wenn die Beschwerde nur eine Änderung ihrer Fassung erstrebt; das Verbot der Schlechterstellung des Beschwerdeführers gilt hier nicht (OLG Düsseldorf DNotZ 1958, 157; OLG Hamm MittBayNot 1973, 89/90; KEHE Rdnr. 9, *Horber* Anm. 5 D je zu § 77 GBO).

---

10. WEG § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 16 Abs. 2, § 23 Abs. 1, 4; BGB §§ 876, 877; FGG § 28 Abs. 1 (*Zur Frage der Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung durch Wohnungseigentümerbeschluß*)

1. Eine Vereinbarung kann vorsehen, daß sie durch Eigentümerbeschluß (Mehrheitsbeschluß) abgeändert werden kann (hier: Kostenverteilungsschlüssel) — Abweichung von OLG Köln Rpfleger 1982, 278 = MDR 1982, 757; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 146.

2. Die Kostenverteilung nach § 16 Abs. 2 WEG kann beim Fehlen einer Vereinbarung nicht durch Eigentümerbeschluß abgeändert werden — Abweichung von BayObLGZ 1972, 150/155; BayObLG DWE 1979, 59; OLG Frankfurt a.M. OLGZ 1983, 180.

3. Zur Frage, ob Grundpfandgläubiger der Änderung der Vereinbarung über die Kostenverteilung zustimmen müssen.

BayObLG, Vorlagebeschluß vom 30.10.1984 — BReg. 2 Z 90/83 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller haben beantragt, einen mit Stimmenmehrheit gefaßten Eigentümerbeschluß für ungültig zu erklären, der den Verteilungsschlüssel für die Kosten des Betriebs, der Unterhaltung und Instandhaltung der Aufzuganlagen ihrer Häuser abweichend von der Gemeinschaftsordnung festgesetzt hat.

Die Wohnungseigentumsanlage besteht aus fünf Häusern. Drei der Häuser haben Aufzüge. Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer dieser drei Häuser. In der Gemeinschaftsordnung (GO), die als Teil der Teilungserklärung von dem früheren Alleineigentümer des Grundstücks erlassen und im Grundbuch eingetragen wurde, ist innerhalb der Regelung über die Wohngeldverpflichtungen ein besonderer Abrechnungsschlüssel (sog. Aufzugschlüssel) für die Kosten des Betriebs, der Unterhaltung und Instandsetzung der Aufzuganlagen enthalten (§ 15 Nr. 16); diese Kosten werden auf die Wohnungseigentümer der Häuser mit Aufzugsanlagen unter Freistellung der

Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen verteilt. Die umfangreiche Gemeinschaftsordnung enthält außerdem u.a. zahlreiche Bestimmungen über die Verwaltung. § 20 GO lautet:

„Änderungen
Eine Änderung dieser Gemeinschafts- und Verwaltungsordnung bedarf, um wirksam zu werden, des absoluten Mehrheitsbeschlusses der Wohnungs-(Teil-)eigentümer und der Zustimmung der Gläubiger aller im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) eingetragenen Grundpfandrechte."

In der Eigentümerversammlung vom 3.6.1982 beschlossen die Eigentümer in einer Abstimmung, an der nur die 57 Sondereigentumseinheiten der Häuser mit Aufzügen beteiligt waren (die Gesamtanlage hat 70 Einheiten), mit 31 gegen 3 Stimmen:

„Der Aufzugschlüssel soll abgeändert werden unter Einbeziehung der Erdgeschoßwohnungen. Der Aufzugschlüssel wird nach den Kriterien des vorhandenen Aufzugschlüssels neu errechnet. Er wird mit dem Protokoll versandt und ist rückwirkend gültig zum 1.1.1982."

Den am 2.7.1982 eingegangenen Antrag, den Beschluß für ungültig zu erklären, hat das Amtsgericht abgewiesen. Die sofortige Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde gegen den landgerichtlichen Beschluß verfolgen die Antragsteller ihr Begehren weiter. Sie führen aus, ein Mehrheitsbeschluß könne die Gemeinschaftsordnung nicht nachträglich ändern. Er setze sich über die Geschäftsgrundlage hinweg, auf der sie, die Antragsteller, die Erdgeschoßwohnungen erworben hätten. Ebenso wie die Eigentümer der Wohnungen in Häusern ohne Aufzug dürften die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen zu den Kosten der Aufzuganlagen nicht herangezogen werden.

Aus den Gründen:

Die zulässige sofortige weitere Beschwerde (§ 45 Abs. 1, § 43 Abs. 1 WEG, §§ 20, 21 Abs. 2, § 22 Abs. 1, §§ 27, 29 FGG) ist gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Nach Auffassung des Senats konnte der Verteilungsschlüssel für die Aufzugskosten durch Eigentümerbeschluß abweichend von der Gemeinschaftsordnung festgelegt werden, weil § 20 GO diese Möglichkeit vorsieht.

Mit der Entscheidung würde der Senat von den Entscheidungen des Oberlandesgerichts Köln vom 21.4.1982 — 2 Wx 13/82 — (Rpfleger 1982, 278 = MDR 1982, 757 [= DNotZ 1982, 753]) und des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 21.2.1984 — 20 W 816/83 — (OLGZ 1984, 146) abweichen.

Das Oberlandesgericht Köln hat auf weitere Beschwerde nach § 78 GBO eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts bestätigt, in der als Hindernis für die Eintragung einer Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung im Grundbuch eine Klausel angesehen wurde, daß die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung künftig durch Mehrheitsbeschluß der Eigentümerversammlung geändert werden könnten. Das Oberlandesgericht Köln hat darauf abgestellt, daß die Grundordnung und die Teilungserklärung Regelungsgegenstände zum Inhalt haben, „die erstmals immer nur durch Vereinbarung" und damit einstimmig geregelt werden können. Für solche Gegenstände dürfe nicht eine Änderung der Vereinbarung durch Mehrheitsbeschluß zugelassen werden.

Auch das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (aaO) hat auf eine sofortige weitere Beschwerde nach § 45 Abs. 1 WEG, § 27 FGG entschieden, die Gemeinschaftsordnung könne nicht durch Mehrheitsbeschluß abgeändert werden; eine Bestimmung der Gemeinschaftsordnung, die eine solche Abänderbarkeit vorsehe, sei wegen Verstoßes gegen § 10 WEG gemäß § 134 BGB nichtig.

Im vorliegenden Fall geht es, wie unten noch näher darzulegen sein wird, ebenfalls um einen Gegenstand, der erstmals nur durch Vereinbarung geregelt werden kann. Anders als die Oberlandesgerichte Köln und Frankfurt a.M. ist der Senat bei der Auslegung der § 10 Abs. 1 Satz 2, § 23 Abs. 1 WEG der Ansicht, daß Vereinbarungen nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG vorsehen können, daß der in der Gemeinschaftsordnung festgesetzte Schlüssel für die Verteilung der Lasten und Kosten durch Mehrheitsbeschluß der Eigentümer geändert werden kann.

Auf diese Frage kommt es für die Entscheidung aus den folgenden Gründen an:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Der Eigentümerbeschluß vom 3.6.1982 sei ordnungsmäßig und mit der erforderlichen Mehrheit zustandegekommen. Es seien nur die Wohnungseigentümer der Häuser mit Aufzuganlagen abstimmungsberechtigt gewesen. Nach § 20 GO könne der Aufzugschlüssel durch Mehrheitsbeschluß geändert werden. Die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen könnten nicht verlangen, von den Kosten freigestellt zu werden; die Rechtsprechung des Bayer. Obersten Landesgerichts zur Freistellung der Eigentümer von Wohnungen in Häusern ohne Aufzug sei nicht einschlägig. Unerheblich sei, ob etwaige Grundpfandgläubiger dem Eigentümerbeschluß zugestimmt hätten.

2. Nach Ansicht des Senats ist die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Landgericht zur weiteren Ermittlung, ob die von § 20 GO geforderte Zustimmung der Grundpfandgläubiger vorliegt, und zur erneuten Entscheidung zurückzuverweisen. Die weiteren Ermittlungen und die Zurückverweisung an die Tatsacheninstanz würden sich erübrigen, wenn es überhaupt unzulässig wäre, den in der Gemeinschaftsordnung festgelegten Aufzugschlüssel durch Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer zu ändern; dieser Ansicht folgt der Senat jedoch — abweichend von den genannten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Köln und Frankfurt a.M. — nicht.

a) Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß nur die Eigentümer der Wohnungen, die in den Häusern mit Aufzuganlagen belegen sind, abstimmungsberechtigt waren (BayObLGZ 1961, 322/327 f.; 1975, 177/180). Nur sie sind von dem Verteilungsschlüssel und seiner Änderung betroffen. Die nach § 20 GO für den Beschluß erforderliche qualifizierte Mehrheit — 31 von 57 Stimmen — war erfüllt.

b) § 20 GO besagt ferner, daß die Änderung der Gemeinschafts- und Verwaltungsordnung, um wirksam zu werden, auch der Zustimmung der Gläubiger aller im Grundbuch (Wohnungsgrundbuch) eingetragenen Grundpfandrechte bedarf. Das Amtsgericht und ihm folgend das Landgericht haben angenommen, auf die Zustimmung der Grundpfandgläubiger komme es hier nicht an, weil die Änderung des Aufzugschlüssels „keine Auswirkung" auf etwaige Grundpfandrechte habe. Dem kann nicht gefolgt werden.

§ 20 GO ist als Teil der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung vom Rechtsbeschwerdegericht selbständig auszulegen; dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie sich dieser als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205/208 ff. [= DNotZ 1973, 20]; BayObLGZ 1982, 69/73). Der Wortlaut des § 20 GO sieht keine Ausnahmen vor, in denen die Zustimmung der Gläubiger der Grundpfandrechte entbehrlich wäre. In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen hält der Senat allerdings eine einschränkende Auslegung für angezeigt, daß die Zustimmung der Grundpfandgläubiger für solche Änderungen der Gemeinschaftsordnung nicht verlangt wird, von denen die Grundpfandgläubiger rechtlich nicht

beeinträchtigt werden können. Das bedeutet mit anderen Worten, daß das Erfordernis der Zustimmung der Grundpfandgläubiger nach § 20 GO so weit reicht, wie ohnehin bereits kraft Gesetzes, nämlich in entsprechender Anwendung der §§ 877, 876 BGB, die Gemeinschaftsordnung nicht ohne Zustimmung der Grundpfandgläubiger geändert werden könnte.

Zur Änderung des in der Vereinbarung festgesetzten Aufzugschlüssels bedarf es der Zustimmung der Gläubiger derjenigen Grundpfandrechte, die auf Wohnungseigentumseinheiten lasten, deren Eigentümer infolge Änderung der Vereinbarung einen erhöhten Anteil an den Kosten der Aufzuganlagen tragen müßten (hier: die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen). Der bisher geltende Aufzugschlüssel ist Teil der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung; er ist damit gemäß § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG zum Inhalt des Sondereigentums gemacht worden. Auf Änderungen des Inhalts des Sondereigentums sind die §§ 877, 876 BGB entsprechend anzuwenden (BGH NJW 1984, 2409 [= MittBayNot 1984, 129] mit weit. Nachw.; vgl. BayObLGZ 1974, 217/220 [= DNotZ 1975, 31]; BayObLG MittBayNot 1980, 210; MünchKomm § 10 WEG Rdnr. 9; *Weitnauer* WEG 6. Aufl. § 10 Rdnr. 17 b; BGB-RGRK 12. Aufl. § 10 Rdnr. 39). Danach ist zur Änderung des Inhalts des Sondereigentums grundsätzlich die Zustimmung der Gläubiger derjenigen Rechte erforderlich, mit denen das betreffende Wohnungseigentum belastet ist. Aus dem Schutzzweck der Vorschriften ist allerdings zu folgern, daß die Zustimmung des Dritten nicht erforderlich ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Inhaltsänderung des belasteten Rechts nicht berührt wird (BayObLGZ 1959, 520/528 ff. = NJW 1960, 1155 [= DNotZ 1960, 540]). Es muß aber jede rechtliche Beeinträchtigung ausgeschlossen sein; mit der Erwägung allein, daß die Inhaltsänderung des belasteten Rechts sich wirtschaftlich auf die Interessen des Dritten nicht oder nur wenig nachteilig auswirke, kann eine Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis nicht begründet werden (BGH aaO).

Bei der Änderung des Verteilungsschlüssels für die Tragung der Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums (vgl. § 16 Abs. 2 WEG; die Änderung des Aufzugschlüssels ist ein Unterfall davon) ist eine Beeinträchtigung der Grundpfandgläubiger nicht rechtlich ausgeschlossen. Hypotheken- und Grundschuldgläubiger werden in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt, wenn der Inhalt des belasteten Rechts so geändert wird, daß dies Auswirkungen auf die Sicherheit ihrer Befriedigung im Falle der Zwangsvollstreckung haben kann (*Röll* in MünchKomm aaO; ders. Rechtspfl 1980, 90/92). Aus diesem Grund hat die Rechtsprechung die Zustimmung der Grundpfandgläubiger verlangt, wenn die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung Gebrauchsregelungen i.S. des § 15 Abs. 1 WEG treffen (BGH aaO; BayObLG aaO; OLG Frankfurt a.M. Rechtspfl 1975, 309). Die Gebrauchsregelung berührt Befugnisse, die schon nach der herkömmlichen Auffassung zum Inhalt des Eigentums gehören (vgl. § 903 BGB). Vereinbarungen nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG können sehr verschiedene Gegenstände des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander und der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums regeln (vgl. Teil I, 2. und 3. Abschnitt WEG). Für sie bestimmt § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG unterschiedslos, daß sie durch Eintragung in das Grundbuch „zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden". Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die Folgerungen aus dieser begrifflichen Einordnung auch dann gezogen werden, wenn die Vereinbarungen Gegenstände regeln, bei denen der Bezug zu Eigentümerbefugnissen und Eigentümerpflichten nicht so deutlich sein mag wie im Falle der Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG. Das gilt insbesondere für Vereinbarungen über den Kostenverteilungsschlüssel (vgl. § 16 Abs. 2 WEG). Maßgebend muß auch hier sein, ob die Änderung der inhaltlichen Ausgestaltung des belasteten Rechts, d.h. die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, Auswirkungen auf die Verwertbarkeit des betreffenden Wohnungseigentums in der Zwangsvollstreckung haben kann. Diese Frage ist nach Ansicht des Senats zu bejahen; auf die Verwertbarkeit des betreffenden Wohnungseigentums in der Zwangsvollstreckung kann sich auswirken, welchen Anteil an den Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums der Inhaber des betreffenden Wohnungseigentums zu tragen hat. Daß es sich im vorliegenden Fall nur um die Kosten für die Aufzuganlagen handelt und daß die auf die einzelnen Erdgeschoßwohnungen entfallenden Anteile verhältnismäßig sehr gering sein dürften, ist hier nicht erheblich; denn im Sachenrecht kann nicht auf das wirtschaftliche Ausmaß der Inhaltsänderung eines Rechts abgestellt werden. Für die Änderung der Vereinbarung über die Verteilung der Kosten i.S. des § 16 Abs. 2 WEG (hier: des Aufzugschlüssels) ist deshalb nach Ansicht des Senats die Zustimmung der Drittgläubiger erforderlich (a.M. *Röll* aaO). Ob und inwieweit das Zustimmungserfordernis für Vereinbarungen über Gegenstände der Verwaltung nicht gilt (vgl. *Röll* aaO), kann hier offen bleiben; der Kostenverteilungsschlüssel hat, wie unten noch näher darzulegen sein wird, gegenüber der Regelung der Verwaltung eigenständige Bedeutung.

Ob die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zur Änderung einer Vereinbarung über die Kostenverteilung dann entbehrlich ist, wenn sie das Wohnungseigentum zu einem Zeitpunkt beliehen haben, in dem die im Grundbuch eingetragene Vereinbarung bereits die Möglichkeit ihrer späteren Änderung ohne Zustimmung der Grundpfandgläubiger, sei es im Wege der (Abänderungs-)Vereinbarung, sei es im Wege des Eigentümer-(Mehrheits-)Beschlusses vorsah, kann hier dahinstehen. Es könnte, ohne daß dies hier abschließend entschieden werden muß, nahe liegen, diese Fälle so zu behandeln, wie wenn die Grundpfandgläubiger der späteren Änderung der Vereinbarung im voraus zugestimmt hätten. Im vorliegenden Fall aber fordert § 20 GO ausdrücklich die Zustimmung der Grundpfandgläubiger im Falle der späteren Änderung der Gemeinschaftsordnung; die Bestimmung schließt es aus, daß die Grundpfandgläubiger bereits im voraus der späteren Änderung zugestimmt hätten. — Auch die Frage, ob Realgläubiger gegebenenfalls verpflichtet sind, Änderungen der Gemeinschaftsordnung zuzustimmen (vgl. BGB-RGRK § 10 Rdnr. 39), ist hier nicht zu entscheiden.

Die Vorinstanzen sind bisher der Frage nicht nachgegangen, ob die Wohnungseigentumseinheiten der Antragsteller mit Grundpfandrechten belastet sind. Erfahrungsgemäß liegt dies nahe. Dies muß noch ermittelt werden. Von der Frage, ob Zustimmungen der Grundpfandgläubiger fehlen, hängt die Entscheidung des Rechtsstreits ab:

Wenn die erforderliche Zustimmung eines Grundpfandgläubigers nicht erklärt ist, fehlt es dem Eigentümerbeschluß vom 3.6.1982 an einer Voraussetzung seiner Wirksamkeit; er ist aus diesem Grund für ungültig zu erklären (§ 23 Abs. 4 WEG; vgl. BayObLGZ 1974, 217/223). Es ist allerdings nicht notwendig, daß die Zustimmung der Realgläubiger schon vor der Beschlußfassung der Eigentümer vorliegt; sie kann noch bis zum Schluß der letzten Tatsacheninstanz in dem Verfahren beigebracht werden, in dem die Ungültigerklärung des Eigentümerbeschlusses (§ 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG) beantragt ist.

Fehlt es dagegen nicht an der Zustimmung der Grundpfandgläubiger, so ist der Antrag auf Ungültigerklärung des Eigentümerbeschlusses vom 3.6.1982 vom Amtsgericht im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden. Die von den Antragstellern vorgetragenen Bedenken, daß den Eigentümern der Erdgeschoßwohnungen ohnehin eine Beteiligung an den Aufzugskosten nicht auferlegt werden dürfe und daß ferner Vereinbarungen nicht durch Mehrheitsbeschlüsse geändert werden könnten, greifen aus den folgenden Gründen (c und d) nicht durch.

c) Den Ausführungen der Rechtsbeschwerde, daß die Beteiligung der Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen an den Aufzugkosten gegen Regeln elementarer Gerechtigkeit und gegen die Geschäftsgrundlage verstoße, auf der diese Eigentümer die Wohnungen erworben hätten, kann nicht beigepflichtet werden. Eine Regelung, daß auch die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen die Kosten der Aufzuganlage ihres Hauses mittragen sollen, widerspricht als solche nicht den zwingenden Geboten des Gesetzes und den guten Sitten (§§ 134, 138 BGB). Zu Unrecht beruft sich die Rechtsbeschwerde auf die Entscheidung des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 3.8.1979 — BReg. 2 Z 81/78 —. Dort hat der Senat die Gemeinschaftsordnung für die Wohnungseigentümer einer Mehrhausanlage dahin ausgelegt, daß die Eigentümer von Wohnungen in Häusern ohne Aufzug nicht zu den durch den Betrieb der Aufzuganlagen verursachten Kosten herangezogen werden, wenn sie von diesen Anlagen keinen praktischen Nutzen haben. Für die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen gilt nicht ohne weiteres dasselbe. Übrigens wird durch jene Entscheidung nicht ausgeschlossen, die Kostentragung ausdrücklich zu regeln.

Auch der Hinweis der Rechtsbeschwerde auf die „Geschäftsgrundlage" des Eigentumserwerbs ist verfehlt. Einmal kommt der Eigentumserwerb nicht durch Vertrag zwischen dem neuen und den übrigen Wohnungseigentümern zustande. Die von dem früheren Eigentümer gemäß §§ 8, 5 Abs. 4 WEG erlassene Gemeinschaftsordnung wirkt gegenüber dem Erwerber als Sondernachfolger vielmehr deshalb, weil sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 10 Abs. 2 WEG). Aus ihr hätten die Erwerber ohne weiteres entnehmen können, daß § 20 GO die Gemeinschaftsordnung für abänderbar erklärt; auf einen Vertrauenstatbestand können sich die Erwerber nicht berufen.

d) Es kommt nach alledem darauf an, ob der in der Gemeinschaftsordnung zunächst festgesetzte Verteilungsschlüssel für die Kosten der Aufzuganlagen durch Eigentümerbeschluß (Mehrheitsbeschluß) geändert werden konnte. Diese Frage ist nach Ansicht des Senats zu bejahen, weil in § 20 GO die Möglichkeit vorgesehen ist, die Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluß zu ändern (§ 23 Abs. 1 WEG).

(1) Zunächst ist zur Klarstellung zu bemerken, daß es hier nicht um die Abänderbarkeit von Regelungen der Teilungserklärung geht, die den Gegenstand des Wohnungseigentums (§§ 3, 5 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 WEG) betreffen. Zu entscheiden ist hier ausschließlich über die Abänderbarkeit einer mit der Teilungserklärung verbundenen Gemeinschaftsordnung, d.h. einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG. Der Verteilungsschlüssel für die Kosten der Aufzuganlagen betrifft das schuldrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander i.S. des § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG (vgl. § 16 Abs. 2 WEG). Der eingangs genannte Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom 21.4.1982 hat Mehrheitsbeschlüsse der Eigentümer für unzulässig angesehen, sowohl wenn sie die Teilungserklärung als auch wenn sie die Gemeinschaftsordnung ändern. Im vorliegenden Fall geht es nur um Änderungen der Gemeinschaftsordnung. Daß das Oberlandesgericht Köln auch diese Änderung allein für unzulässig gehalten hat, ergibt sich daraus, daß es andernfalls die in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts insoweit erhobene Beanstandung nicht aufrecht erhalten hätte.

(2) Die Fragestellung ist auch in der zweiten Richtung abzugrenzen: Das Oberlandesgericht Köln hat für seine Entscheidung darauf abgestellt, daß die dort vorliegende Grundordnung und die Teilungserklärung Regelungsgegenstände zum Inhalt hatten, „die erstmals immer nur durch Vereinbarung" und damit einstimmig geregelt werden können; für solche Gegenstände dürfe nicht eine Änderung der Vereinbarung durch Mehrheitsbeschluß zugelassen werden.

Es gibt zahlreiche Gegenstände, die der Beschlußfassung der Eigentümerversammlung ohne weiteres zugänglich sind, wenn insoweit keine Vereinbarung vorliegt, z.B. die Gebrauchsregelungen nach § 15 Abs. 2 WEG oder Beschlüsse zur ordnungsmäßigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums i.S. des § 21 Abs. 3 WEG. Auf Eigentümerbeschlüsse über solche Gegenstände bezieht sich die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln nicht. Die Frage, ob eine Vereinbarung über einen solchen Gegenstand durch Eigentümerbeschluß geändert werden kann, wenn die Vereinbarung selbst diese Möglichkeit vorsieht, könnte schon deswegen bejaht werden, weil in diesem Fall die Klausel über die Abänderbarkeit der Vereinbarung nur den Zustand wiederherstellt, der ohne die Regelung des Gegenstands in der Vereinbarung ohnehin kraft Gesetzes bestünde. Außerdem wäre zuvor jeweils zu prüfen, ob die Regelung jenes Gegenstandes zwar im Gewand der Vereinbarung ergangen ist, aber nicht ihren Charakter teilt, sondern als Beschluß zu werten ist (vgl. BayObLGZ 1974, 279 [= DNotZ 1975, 97]).

Indessen handelt es sich im vorliegenden Fall nicht um einen Gegenstand, den beim Fehlen einer Vereinbarung die Eigentümer ohne weiteres durch Mehrheitsbeschluß regeln können; in der Erforderlichkeit einer „erstmaligen" Vereinbarung deckt sich die Fallgestaltung vielmehr mit derjenigen auf die die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln abgestellt hat. Die Verteilung der Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums ist in § 16 Abs. 2 WEG geregelt. Die gesetzliche Regelung ist abdingbar. Dazu bedarf es aber, wie sich aus § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG ergibt, einer Vereinbarung. Ein Eigentümerbeschluß reicht nicht aus (*Weitnauer* Rdnr. 13 c, *Bärmann/Pick/Merle* WEG 5. Aufl. Rdnr. 119, BGB-RGRK Rdnr. 3, *Palandt* BGB 43. Aufl. Anm. 1 a, MünchKomm Rdnr. 2, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 1, je zu § 16 WEG). In BayObLGZ 1972, 150/155, BayObLG DWE 1979, 59 = ZMR 1980, 160 wird die Ansicht vertreten, der das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. (OLGZ 1983, 180) gefolgt ist, daß beim Fehlen einer Vereinbarung der Verteilungsschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung gemäß § 21 Abs. 3 WEG durch Eigentümerbeschluß geändert werden kann. Diese Ansicht wird nicht aufrechterhalten. Die Verteilung der Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums gehört nicht zu den Gegenständen der Verwaltung i.S. des § 21 WEG — anders als z.B. die Regelung, wann und wie die geschuldeten Beträge zu den Kosten und Lasten (z.B. als Wohngeldraten oder durch Sonderumlage) zu erbringen sind oder ob bestimmte Ausgaben für das gemeinschaftliche Eigentum getätigt werden sollen. Dem entspricht es auch, daß das Gesetz die Verteilung der Kosten und Lasten an eigener Stelle, nämlich in § 16 WEG geregelt

hat. Was der einzelne Wohnungseigentümer als Beitrag zu den Kosten und Lasten schuldet, kann nicht ohne besondere Grundlage durch Eigentümerbeschluß geregelt werden. Daß ein Eigentümerbeschluß, der nicht gemäß § 23 Abs. 4 WEG für ungültig erklärt ist, dennoch gültig ist, bleibt, wie hier ergänzend bemerkt sei, unberührt.

Die eben entwickelte Auffassung gibt unmittelbar keinen Anlaß zur Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof nach § 28 Abs. 2 FGG. Die früheren Entscheidungen des Senats und die des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. in OLGZ 1983, 180 gelten dem Fall, daß beim Fehlen einer Vereinbarung ein Eigentümerbeschluß über den Kostenverteilungsschlüssel ergeht, während im gegenwärtigen Verfahren eine Vereinbarung, die durch Beschluß abgeändert werden soll, vorliegt. Wohl aber beruht die Abweichung der vorliegenden Entscheidung von der Ansicht des Oberlandesgerichts Köln aaO darauf, daß sich der Senat der in der Literatur herrschenden Meinung anschließt, daß der Verteilungsschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG („erstmals") nur durch Vereinbarung, beim Fehlen einer Vereinbarung aber nicht durch Eigentümerbeschluß geändert werden kann.

(3) Eine Vereinbarung kann vorsehen, daß der Schlüssel für die Verteilung der Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums durch Mehrheitsbeschluß der Eigentümer festgesetzt oder, wenn die Festsetzung in der Vereinbarung enthalten ist, geändert werden kann.

Hierfür spricht der Wortlaut des § 23 Abs. 1 WEG. Er setzt voraus, daß die Eigentümer durch Beschluß nicht nur über die ihnen durch Gesetz zugewiesenen, sondern auch über durch Vereinbarung zugewiesene Angelegenheiten entscheiden können. Die zweite Alternative hätte kaum einen Anwendungsbereich, wenn die Vereinbarung nur solche Gegenstände der Beschlußfassung der Eigentümer zuweisen könnte, die ohnehin schon kraft Gesetzes grundsätzlich in die Zuständigkeit der Eigentümerversammlung fallen oder bei denen es sich nur um die nähere Ausgestaltung der Vereinbarung handelt.

Der dogmatische Zusammenhang und die Grundausrichtung des Wohnungseigentumsgesetzes weisen in dieselbe Richtung. Das Gesetz räumt den Wohnungseigentümern in weitem Umfang Vertragsfreiheit für die Regelung ihres Verhältnises untereinander ein (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Von dieser Vertragsfreiheit machen die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung Gebrauch, die Einstimmigkeit voraussetzt. Daraus folgt zunächst, daß eine Vereinbarung durch (wiederum einstimmige) Vereinbarung geändert werden kann. Es genügt aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auch, wenn die ursprüngliche Vereinbarung auf einem Weg abgeändert wird, der nicht in Frage stellt, daß die Abänderung auf den Willen aller zurückführbar ist, die der Abänderung zustimmen müßten Dieser Grundsatz ist auch gewahrt, wenn die ursprüngliche Vereinbarung vorsieht, daß die Wohnungseigentümer Änderungen mehrheitlich beschließen können. In diesem Fall hat der Eigentümerbeschluß seine Grundlage in jener Klausel über die Abänderbarkeit der Vereinbarung und die Wohnungseigentümer haben dieser Klausel zugestimmt. Für eine Gemeinschaftsordnung, die von dem (Allein-)Eigentümer gemäß §§ 8, 5 Abs. 4 WEG vor dem Hinzutreten weiterer Wohnungseigentümer erlassen wird, fingiert das Gesetz, daß sie einer einstimmig zustandegekommenen Vereinbarung gleichsteht. Nach dem Hinzutreten weiterer Wohnungseigentümer als Sondernachfolger bildet die Klausel über die Abänderbarkeit der Gemeinschaftsordnung die Grundlage für den Eigentümerbeschluß (nur), wenn sie im Grundbuch eingetragen ist (§ 10 Abs. 2 WEG).

Der Eigentümerbeschluß hat eine andere förmliche Qualität als die Vereinbarung. Das ist aber kein Grund, ihm nicht die Kraft zur Abänderung einer in der Vereinbarung getroffenen Regelung zuzuerkennen, wenn die Vereinbarung dazu ermächtigt. Zum Vergleich kann darauf hingewiesen werden, daß auch das Recht der Personengesellschaften wie der Kapitalgesellschaften die Möglichkeit kennt, daß der Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter abgeändert werden kann (§ 53 Abs. 1 GmbHG; MünchKomm § 705 Rdnr. 39, § 709 Rdnrn. 64, 65).

Vereinbarungen bieten in der Praxis in der Regel größere Klarheit und Rechtssicherheit als Eigentümerbeschlüsse. Sie wirken gegen Sondernachfolger nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind (§ 10 Abs. 2 WEG); ein Erwerber kann sich aus dem Grundbuch informieren. Eigentümerbeschlüsse können nicht im Grundbuch eingetragen werden, auch dann nicht, wenn sie Vereinbarungen ändern (BayObLG MittBayNot 1983, 125 = Rpfleger 1983, 348 = DNotZ 1984, 101). Sie wirken gegen den Sondernachfolger auch ohne Eintragung im Grundbuch; es bleibt ihm überlassen, wie er sich darüber unterrichtet, welche Eigentümerbeschlüsse vorliegen. Im Ausgangspunkt mag dem Gesetz die Vorstellung zugrunde liegen, daß die Vereinbarung das „Grundstatut", Beschlüsse dagegen „Ordnungsfragen" regeln sollten (vgl. BayObLGZ 1978, 377/80 f. [= DNotZ 1979, 348]; *Erman* BGB 7. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 2). Die Grenze ist aber fließend. Die unterschiedliche Wirkungsweise von Vereinbarung und Beschluß gibt nach Ansicht des Senats keinen ausreichenden Grund, es für unmöglich oder von Gesetzes wegen ausgeschlossen anzusehen, daß die Verteilung der Kosten und Lasten durch Vereinbarung einem Eigentümerbeschluß überlassen werden kann. Da der Eigentümerbeschluß nur ergehen kann, wenn eine Vereinbarung dies zuläßt, und da die Vereinbarung gegen Sondernachfolger nur wirkt, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, bleibt ein Mindestmaß an Warnfunktion gegenüber dem neu hinzutretenden Wohnungseigentümer gewährleistet.

Die hier vertretene Auffassung, daß eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 WEG vorsehen kann, daß ihre Regelungen, insbesondere eine Regelung über die Kostenverteilung, durch Mehrheitsbeschluß der Eigentümer abänderbar seien, wird von der herrschenden Meinung in der Literatur geteilt: *Weitnauer* § 10 Rdnr. 17 c, § 16 Rdnr. 13 c, § 23 Rdnr. 2 a; BGB-RGRK Rdnr. 25, MünchKomm Rdnr. 22, je zu § 10 WEG; *Soergel* § 10 WEG Rdnr. 10 und § 16 WEG Rdnr. 1; *Palandt* § 10 WEG Anm. 2 a und § 16 WEG Anm. 1 a). Die nähere Festsetzung des Verteilungsschlüssels durch Eigentümerbeschluß innerhalb eines durch Vereinbarung vorgegebenen Rahmens halten für zulässig: *Erman* § 16 WEG Rdnr. 2; *Tasche* DNotZ 1973, 452/455 f.; so wohl auch *Bärmann/Pick/Merle* § 10 Rdnr. 54; vgl. auch § 3 Rdnr. 59. Dagegen verlangt *Karstädt* MDR 1965, 256/58 für die Änderung des Kostenverteilungsmaßstabs stets eine Vereinbarung.

Den vom Oberlandesgericht Köln aaO angeführten Gründen dafür, daß eine Vereinbarung nicht ihre Abänderbarkeit durch Eigentümerbeschluß vorsehen kann, kommt nach Ansicht des Senats kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Es trifft zwar zu, daß die Abänderung durch Eigentümerbeschluß die in der Gemeinschaftsordnung getroffene Regelung (hier: die Kostenverteilung) ihres Charakters als Vereinbarung entkleidet und in die Gestaltungsform von Eigentümerbeschlüssen überführt. Die Erhaltung des Charakters

der Vereinbarung ist aber nach Ansicht des Senats nicht unabdingbar. Auch greift, wie oben im Zusammenhang mit der verschiedenen förmlichen Qualität von Vereinbarungen und Eigentümerbeschlüssen dargelegt wurde, die Erwägung nicht durch, daß Vereinbarungen ihrem Wesen nach nur wiederum durch Vereinbarung geändert werden können. *Weitnauer* aaO und *Röll* in MünchKomm aaO raten wegen der Gefahren für die Eigentümerminderheit und wegen der Unruhe, die in die Gemeinschaften hineingetragen werden kann, zu größter Zurückhaltung, die Möglichkeit von Mehrheitsbeschlüssen in Vereinbarungen vorzusehen. Das aber ist kein hinreichender Grund, diese Möglichkeit für gesetzlich ausgeschlossen zu halten. Der Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts EBG 103, I b, 76 (etwas einschränkend demgegenüber *Liver*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1979 S. 250) könnte nach Ansicht des Senats für die Rechtslage nach dem Wohnungseigentumsgesetz mit seiner starken Betonung der Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer nicht voll gefolgt werden. Nach deutschem Recht gilt nicht uneingeschränkt der Satz, daß jeder Wohnungseigentümer darauf vertrauen könne, daß sich am „Grundstatut" der Gemeinschaft gegen seinen Willen nichts ändert; hat er in einer Vereinbarung der späteren Änderung durch Eigentümerbeschluß zugestimmt oder erwirbt er als Sondernachfolger Wohnungseigentum, bei dem eine entsprechende Vereinbarung im Grundbuch eingetragen ist (§ 10 Abs. 2 WEG), so muß er solche Änderungen (in den Grenzen von Treu und Glauben) hinnehmen. Der Senat hat auch in Rechnung gezogen, daß bei den gegebenen Marktverhältnissen der Interessent häufig den Erwerb von Wohnungseigentum nicht wird davon abhängig machen können, daß eine Abänderungsklausel in der Gemeinschaftsordnung nicht vorhanden ist oder gestrichen wird. Auch das bietet aber nicht genügend Grund, das Gesetz dahin auszulegen, daß solche Klauseln grundsätzlich unzulässig sein sollen. Es erscheint nicht von vornherein und in jedem Fall unangemessen und ungerechtfertigt, wenn im Interesse größerer Flexibilität die Möglichkeit vorgesehen wird, Regelungen der Gemeinschaftsordnung, insbesondere den Kostenverteilungsschlüssel durch Eigentümerbeschluß abzuändern (vgl. MünchKomm aaO). Die Möglichkeit, Abänderungen auf dem Weg der Durchsetzung eines Anspruchs auf Zustimmung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung zu erreichen (*Weitnauer* § 10 Rdnr. 17 d; vgl. auch BayObLG Rpfleger 1976, 422) gibt freilich der Minderheit größere Sicherheit, ist aber auch erheblich umständlicher.

Bei einer Gesamtbetrachtung überwiegen nach Ansicht des Senats die Gründe, die dafür sprechen, die Abänderung eines in der Vereinbarung enthaltenen Kostenverteilungsschlüssels im Wege des Eigentümerbeschlusses zuzulassen, wenn die Abänderbarkeit in der Vereinbarung selbst vorgesehen ist.

---

11. WEG §§ 3, 7 (*Zur Abgeschlossenheit von Wohnungseigentum*)

1. Die gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde ist für das Grundbuchamt nicht bindend.

2. Der Abgeschlossenheit gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG steht grundsätzlich nicht entgegen, daß sich zwischen Wohnungen eine jederzeit zu öffnende Verbindungstür befindet, die aufgrund der baulichen Gestaltung des Gebäudes von der Bauaufsichtsbehörde als zweiter Rettungsweg vorgeschrieben worden ist.

Kammergericht, Beschluß vom 3.7.1984 — 1 W 561/84 —

Aus dem Tatbestand:

Die Eigentümer haben die Teilung ihres mit einem viergeschossigen Wohngebäude bebauten Grundstücks und die Bildung zweier Wohnungseigentumsrechte durch Schließung des Stammgrundbuchs und die Anlegung von Wohnungsgrundbüchern beantragt und dazu eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde vorgelegt. Das Haus ist in der Weise ausgebaut, daß zwei jeweils über die vier Geschosse reichende Wohnungen entstanden sind. Nach dem Aufteilungsplan befindet sich im obersten Geschoß eine Verbindungstür zwischen beiden Wohnungen, die gemäß dem Baulastenverzeichnis wechselseitig als zweiter Rettungsweg dienen soll, unverschlossen und jederzeit zu öffnen sein muß und nicht verstellt werden darf. Mit Rücksicht darauf hat der Grundbuchrechtspfleger die beantragte Eintragung mangels der erforderlichen Abgeschlossenheit der Wohnungen abgelehnt. Die dagegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die gemäß §§ 78 bis 80 GBO zulässige weitere Beschwerde der Eigentümer, die zur Aufhebung der Vorentscheidungen und zur Zurückverweisung an das Grundbuchamt führt.

Aus den Gründen:

Das Landgericht ist allerdings zunächst rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß das Grundbuchamt nicht an die nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG vorgelegte Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der Wohnungen gebunden ist, was der einhelligen Meinung der Obergerichte und des Schrifttums entspricht (OLG Neustadt, Rpfleger 1963, 85; BayObLGZ 1971, 102, 105 [= DNotZ 1971, 473]; OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 312 [= DNotZ 1977, 635]; *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 3 S. 64; MünchKomm-*Röll*, BGB, § 3 WEG Rdnr. 29 m.w.N.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 43. Aufl., § 3 WEG Anm. 2 a; *Weitnauer*, WEG, 6. Aufl., § 7 Rdnr. 7 b; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 5. Aufl., § 7 Rdnr. 75 m.w.N.). Dies wird mit Recht aus der allgemeinen Verpflichtung des Grundbuchamtes gefolgert, alle in Betracht kommenden Vorschriften einschließlich der bloßen Sollvorschriften wie derjenigen des § 3 Abs. 2 WEG zu beachten. Entgegen der inzwischen als überholt anzusehenden Auffassung des LG Frankfurt (NJW 1971, 759) läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen, daß die materielle Prüfung der Abgeschlossenheit abschließend der Baubehörde zugewiesen ist. Auch in der amtlichen Begründung zu § 7 WEG heißt es lediglich, daß die Bescheinigung der Baubehörde dem Grundbuchrichter im Regelfall eine weitere Nachprüfung ersparen werde (BR-Drucksache Nr. 75/51 Anl. 2 S. 14), woraus deutlich wird, daß eine Bindung des Grundbuchamts nicht beabsichtigt war.

Die Auffassung des Landgerichts, das Vorhandensein einer bauaufsichtsbehördlich als zweiter Rettungsweg verlangten, jederzeit zu öffnenden Verbindungstür zwischen beiden Wohneinheiten stehe deren Abgeschlossenheit gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG entgegen, begegnet jedoch durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Ob die Abgeschlossenheit unter Berücksichtigung der bestehenden eindeutigen tatsächlichen Verhältnisse gegeben ist, unterliegt als Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs der vollen Nachprüfung durch den Senat als Rechtsbeschwerdegericht. Die vom Landgericht vertretene Auslegung des Begriffs der Abgeschlossenheit ist weder vom Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG her geboten, noch wird sie unter den vorliegenden Fallumständen dem Sinn des Abgeschlossenheitserfordernisses gerecht.

Nach dem Aufteilungsplan handelt es sich zunächst einmal zweifelsfrei um zwei Wohnungen, denn die jeweiligen Einheiten von Räumen ermöglichen die Führung eines Haushalts. Soweit die Wohnungen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG in sich abgeschlossen sein sollen, bedeutet dies nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht, daß die Abgeschlossen-

heit in jedem Fall durch eine Wand ohne Tür oder jedenfalls mit einer darin befindlichen verschlossenen oder wenigstens verschließbaren Tür vermittelt werden muß. Vielmehr deckt der Begriff der Abgeschlossenheit grundsätzlich auch eine anderweitige, hinreichend feststellbare Abgrenzung der jeweiligen Herrschaftsbereiche, die erkennen läßt, wo der jeweilige Bereich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beginnt und endet. Die so verstandene Abgeschlossenheit erfordert zwar auch nach dem Sprachgebrauch eine gewisse körperlich gestaltete Abgrenzung, so daß etwa eine Wand mit einem bloßen Durchbruch oder gar ein Strich auf dem Fußboden nicht ausreichten. Jedoch ist sie bei einer jederzeit zu öffnenden Verbindungstür zwischen zwei Wohnungen gewährleistet, so daß eine derartige Vorkehrung der Abgeschlossenheit jedenfalls dann nicht entgegensteht, wenn nach der sonstigen Beschaffenheit des Gebäudes keine andere Möglichkeit besteht, den von der Bauaufsichtsbehörde verlangten zweiten Rettungsweg zu schaffen, und deshalb die vorgenommene Abgrenzung der Wohnungen voneinander nicht in noch stärkerer Form verwirklicht werden kann. In den aufgezeigten Grenzen läßt sich der Begriff der Abgeschlossenheit nicht unabhängig davon beurteilen, was nach den Umständen zumutbar ausgeführt werden kann.

Die nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG somit mögliche Auslegung ist der vom Landgericht vertretenen engeren Auffassung vorzuziehen, weil sie dem Sinn des Abgeschlossenheitserfordernisses mehr entspricht. Dieser wird mit Recht ausschließlich oder jedenfalls in erster Linie darin gesehen, die Eigentums- und Benutzungsverhältnisse innerhalb des in Wohneigentum aufgeteilten Gebäudes klarzustellen und Streitigkeiten vorzubeugen, die sich aus einer Unklarheit dieser Beziehungen innerhalb eines Gebäudes ergeben können (vgl. BayObLGZ 1971, 102, 107; *Weitnauer*, § 3 WEG Rdnr. 7 b; BGB-RGRK-*Augustin*, 12. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 53; *Palandt/Bassenge*, § 3 WEG Anm. 2 a; *Soergel/Baur,* BGB, 11. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 35). An dieser Klarstellung ändert sich durch die ausschließlich als Rettungsweg vorgesehene Verbindungstür zwischen den Wohnungen nichts, denn die Abgrenzung der Sondereigentumsrechte und der damit verbundenen Benutzungsrechte ist grundsätzlich unabhängig davon gewährleistet, ob sich in der Wohnungstrennwand eine Tür befindet, ob diese verschließbar ist und ob sie tatsächlich jederzeit verschlossen ist. Eine derartige tatsächliche Abgrenzung der beiderseitigen Wohnbereiche voneinander hat zwangsläufig zugleich die eindeutige dingliche Abgrenzung zur Folge, denn an der — sei es auch unverschlossenen — Tür, die ebenso im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer steht, wie die Wohnungstrennwand, endet das Sondereigentum des einen Wohnungseigentümers und hinter der Tür beginnt das Sondereigentum des anderen Wohnungseigentümers.

Die dingliche Abgrenzung der jeweiligen Wohnungseigentumsrechte voneinander bildet unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Wohnungseigentumsgesetzes den vorrangigen Grund für die Einführung des Wohnungseigentums. In der amtlichen Begründung zum Entwurf des WEG wird auf das frühere Stockwerkseigentum und die damit gemachten schlechten Erfahrungen Bezug genommen, die teilweise auf der ungenügenden tatsächlichen Abgrenzung der im Stockwerkseigentum stehenden Räume, teilweise auf der unzulänglichen rechtlichen Regelung des Verhältnisses der Stockwerkseigentümer untereinander beruhten (BR-Drucksache Nr. 75/51 Anl. 2 S. 3, 4). Das Abgeschlossenheitserfordernis des § 3 Abs. 2 WEG sollte zur Vermeidung aller jener Streitigkeiten beitragen, die auf unklaren tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen beruhten und das Stockwerkseigentum alter Art in Verruf gebracht haben (aaO S. 10). Unzulänglichkeiten haben sich beim Stockwerkseigentum insbesondere deshalb ergeben, weil keine ausreichende Rechtsgrundlage für die praktisch angestrebte Schaffung von Sonder- und Gemeinschaftsrechten an Gebäudeteilen als wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks vorhanden war und letztlich überwiegend davon ausgegangen werden mußte, daß Grundstück und Gebäude im ungeteilten Miteigentum nach Bruchteilen standen und die teilweise ausschließliche, teilweise gemeinschaftliche Nutzung von Gebäudeteilen lediglich obligatorisch geregelt war (vgl. *Thümmel*, JZ 1980, 125, 126, 128). Dies hatte zur Folge, daß zu den aus dem engen Zusammenleben ohnehin folgenden, auch beim heutigen Wohnungseigentum trotz Abgeschlossenheit der Wohnungen weiterhin häufig zu beobachtenden Streitigkeiten erhebliche Schwierigkeiten in dinglicher Hinsicht hinzukamen, insbesondere im Zusammenhang mit der Veräußerung und Belastung des Stockwerkseigentums (vgl. *Thümmel*, aaO S. 128). Soweit das WEG nach seiner Begründung eine Verbesserung gegenüber dem früheren Stockwerkseigentum bringen sollte, mußte somit in erster Linie die dingliche Problematik gemeint sein, so daß es auch bei § 3 Abs. 2 WEG in erster Linie darum gehen muß und nicht um die Vermeidung sonstiger Streitigkeiten und Übergriffe, denen heute wie früher durch entsprechende obligatorische Regelungen begegnet werden kann. Diese Regelung ist hier ebenfalls eindeutig, denn schon aus der Bestimmung der Tür als behördlich vorgeschriebener zweiter Rettungsweg ergibt sich, daß die Tür ausschließlich im Gefahrenfalle benutzt werden darf.

Das Abgeschlossenheitserfordernis mag zwar im Regelfall die erwünschte Nebenfolge haben, daß die Lebensbereiche der Wohnungseigentümer untereinander so abgeschirmt sind, daß jeder Wohnungseigentümer die Möglichkeit hat, dem anderen den Zugang in die jeweilige Wohnung tatsächlich unmöglich zu machen und damit das zu verhindern, was nach der Gemeinschaftsordnung ohnehin rechtlich nicht zulässig wäre. Das ändert aber nichts daran, daß der Zweck des Abgeschlossenheitserfordernisses in erster Linie in der tatsächlichen und damit auch dinglichen Abgrenzung der Wohnungseigentumsrechte zu sehen ist, die hier trotz der Verbindungstür gewährleistet ist. Einer zu engen Auslegung des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG steht schließlich auch entgegen, daß es sich lediglich um eine Sollvorschrift handelt, deren Verletzung nach allgemeiner Auffassung die Bildung von Wohnungseigentumsrechten nicht unwirksam und das Grundbuch nicht unrichtig macht (vgl. nur BayObLG, Rpfleger 1980, 295; *Palandt/Bassenge*, § 3 WEG Anm. 2 a), und es generell der Zweckbestimmung des WEG entspricht, die Schaffung von Wohnungseigentum zu ermöglichen. Dieser Zielrichtung widerspräche es, die Bildung von Wohnungseigentum vorliegend daran scheitern zu lassen, daß die Eigentümer den bauaufsichtsbehördlichen Vorbehalten durch den Einbau einer Verbindungstür zwischen den Wohnungen als zweiter Rettungsweg Rechnung getragen haben.

Nach alledem kann der nicht näher begründeten Auffassung von *Röll* (Rpfleger 1983, 380, 381 und in MünchKomm, BGB, § 3 WEG Rdnr. 30) nicht zugestimmt werden, für den Abschluß einer Wohnung gegenüber einer anderen genüge nicht eine — abschließbare — Tür, sondern müsse eine Trennung durch Wände oder Decken stattfinden. Soweit sich das Landgericht auf die nähere Erläuterung des Begriffs der Abgeschlossenheit in Nr. 5 der Richtlinien für die Ausstellung

von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des WEG vom 3. August 1951 (BAnz. 1951 Nr. 152) beruft, an deren Stelle inzwischen die insoweit gleichlautende Nr. 5 der entsprechenden Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 19. März 1974 (BAnz. Nr. 58) getreten ist, kann dem nicht gefolgt werden. Ganz abgesehen davon, daß die Allgemeine Verwaltungsvorschrift die Gerichte in der Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG nicht binden kann, wird darin lediglich beispielhaft auf die bauliche Abgeschlossenheit der jeweiligen Wohnung von fremden Wohnungen und Räumen durch den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörde entsprechende Wohnungstrennwände oder -decken sowie auf die Abschließbarkeit des Zugangs zu Wohnungen und zusätzlichen Räumen außerhalb des Wohnungsabschlusses abgestellt. Die Bezugnahme auf die Verwaltungsvorschrift vermag daher in Grenzfällen der vorliegenden Art nicht die gebotene Auslegung des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG anhand von Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift zu ersetzen.

---

12. BGB §§ 2113, 2124 (*Gemischte Grundstücksschenkung durch befreiten Vorerben*)

1. Hat der Vorerbe ein Nachlaßgrundstück aufgrund einer gemischten Schenkung an einen Dritten übereignet und wird die Verfügung mit Eintritt des Nacherbfalles unwirksam, so braucht der Dritte die Berichtigung des Grundbuchs nur Zug um Zug gegen Auskehr seiner Gegenleistung zu bewilligen. Dabei ist es jedenfalls bei der befreiten Vorerbschaft gleichgültig, ob die Gegenleistung in den Nachlaß gelangt oder lediglich dem Vorerben persönlich zugutegekommen ist.

2. Zum Ausgleich von Verwendungen des Dritten auf das Grundstück in diesem Falle.

BGH, Urteil vom 10.10.1984 — IVa ZR 75/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Aufgrund privatschriftlichen Testaments wurde der im Juli 1953 verstorbene Erblasser zunächst von seiner Ehefrau als befreiter Vorerbin beerbt. Nach deren Tod wurden seine Erben: die Kläger zu 1) — 10) und der Beklagte zu 1). Erben der Vorerbin sind die Kläger zu 5) und 6). Zum Nachlaß des Erblassers gehörte bebauter Grundbesitz.

Aufgrund notariellen Vertrages vom 9. März 1976 übertrug die damals 79 Jahre alte Vorerbin den Grundbesitz zu je 1/2 auf die Beklagten, behielt sich aber ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht an ihrer Wohnung vor. Die Beklagten verpflichteten sich, eine lebenslange Rente an die Vorerbin zu zahlen, ihr kostenlos Heizungswärme, Strom und Gas zu liefern, sie in kranken Tagen zu pflegen und zu verpflegen, die Kosten für ärztliche Behandlung, Medikamente und etwaige Krankenhausaufenthalte zu tragen, für ein standesgemäßes Begräbnis zu sorgen und ihr auf Abruf 30.000 DM zu zahlen.

Die Kläger halten die Übertragung des Grundbesitzes für unwirksam, weil es sich um eine teilweise unentgeltliche Verfügung der Vorerbin handele. Die Beklagten treten dem entgegen; sie berufen sich auf ihre Gegenleistungen an die Vorerbin und auf ihre Verwendungen auf den Grundbesitz.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, darin einzuwilligen, daß das Grundbuch dahin berichtigt werde, daß die Kläger und der Beklagte zu 1) Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft seien. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Auch dem Hilfsantrag der Beklagten, sie nur Zug um Zug gegen Zahlung von 162.870,56 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hat das Berufungsgericht nicht entsprochen. Mit ihrer Revision verfolgen die Beklagten diesen Hilfsantrag weiter. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit dem Hilfsantrag der Beklagten nicht stattgegeben worden ist.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 BGB für erfüllt; die Veräußerung des Grundbesitzes durch die Vorerbin stelle eine teilweise unentgeltliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand dar, die den Nachlaß schmälere und damit das Recht der Nacherben beeinträchtige und daher unwirksam sei. Die Beklagten seien deshalb gemäß § 894 BGB verpflichtet, einer entsprechenden Berichtigung des Grundbuches zuzustimmen. Hiergegen wendet sich die Revision nicht.

Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, die Beklagten könnten die Gegenleistungen, die sie aufgrund des Vertrages vom 9. März 1976 an die Vorerbin erbracht haben, nur von den Klägerinnen zu 5) und 6) als deren Erbinnen zurückfordern. Ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Klageanspruch könnten sie hierauf nicht stützen. Das ergebe sich aus § 2040 BGB. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

Es ist allerdings richtig, daß der Rechtsgedanke des § 2040 Abs. 2 BGB auch für das Zurückbehaltungsrecht herangezogen wird. Einem Nachlaßschuldner wird deshalb ein Leistungsverweigerungsrecht nicht schon dann zugebilligt, wenn er seinerseits eine Forderung gegen einen oder einige von mehreren Miterben hat (BGH, Urteil vom 7.1.1960 — VII ZR 220/60 — RdL 1960, 100, 102 [= DNotZ 1960, 601]; RGZ 132, 81, 84). Mit dieser Überlegung ist die Problematik aber noch nicht erschöpft. Vielmehr nötigt der vorliegende Fall zu einer Erörterung der Frage, wie weit der Schutz reicht, den § 2113 Abs. 2 BGB dem Nacherben gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben bietet.

Die unentgeltliche Verfügung eines Vorerben über einen Nachlaßgegenstand wird unter den Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB bei Eintritt der Nacherbfolge — und mit Wirkung von da an — unwirksam (BGHZ 52, 269, 270 [= DNotZ 1970, 32]). Unwirksamkeit tritt aber nicht stets, sondern nur dann ein, wenn die Verfügung das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Auch wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, soll die Unwirksamkeit nur so weit reichen, daß die von der Verfügung drohende Vereitelung oder Beeinträchtigung vermieden wird und das Recht des Nacherben ungeschmälert bestehen bleibt (BGHZ 7, 274, 279 [= DNotZ 1953, 97]). Nur um die Abwehr dieser Gefahr für den Nacherben geht es § 2113 Abs. 2 BGB. Weitergehende Eingriffe in die Verfügung des Vorerben, die darüber hinaus gingen und die Stellung des Nacherben sogar noch verbesserten, liefen auf nicht gerechtfertigte Vorteile zu seinen Gunsten hinaus und wären von dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gedeckt.

Der solchermaßen begrenzte Regelungsgehalt des § 2113 Abs. 2 BGB, der auf die ungeschmälerte Erhaltung des „Rechts des Nacherben" gerichtet ist, muß bei einer nur teilweise unentgeltlichen Verfügung des Vorerben über einen Nachlaßgegenstand zu einem anderen Ergebnis führen, als das Berufungsgericht annimmt.

Daß § 2113 Abs. 2 BGB auch auf die nur teilweise unentgeltliche Verfügung Anwendung findet, ist seit langem anerkannt. Fälle dieser Art haben das Reichsgericht in LZ 1932, 94 Nr. 19 zu der Frage veranlaßt, ob der Nacherbe Herausgabe des vom Vorerben nur teilweise unentgeltlich (aber überwiegend entgeltlich) weggegebenen Gegenstandes (gegen Rückerstattung der Gegenleistung an den Vorerben) verlangen, oder ob er statt dessen nur Ausgleichung zwischen Lei-

stung und Gegenleistung durch eine weitere Zahlung beanspruchen könne (vgl. auch RG WarnR 1938, 91 Nr. 37). Es hat die Frage in DR 1945, 57 dahin entschieden, daß auch bei nur teilweise unentgeltlicher Verfügung Unwirksamkeit in vollem Umfang eintritt. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen (BGHZ 5, 173, 182 [= DNotZ 1952, 216]; Urteil vom 13.3.1952 — IV ZR 101/51 — LM BGB § 2113 Nr. 1; Urteil vom 15.5.1963 — V ZR 141/61 — LM BGB § 2205 Nr. 10). Auch das Berufungsgericht ist dem gefolgt. Der Senat hat keine Veranlassung, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen.

Auf dieser Grundlage kann dem Begünstigten ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Gegenleistungen nicht vorenthalten werden. In Fällen dieser Art kann die Beeinträchtigung (oder Vereitelung) der Rechtsstellung des Nacherben, die für § 2113 Abs. 2 BGB vorausgesetzt ist und mit seiner Hilfe abgewendet wird, nämlich nicht mit dem Verlust des weggegebenen Gegenstandes gleichgesetzt werden. Eine derartige Gleichsetzung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn es sich um eine völlig unentgeltliche Verfügung handelte. Ist dagegen eine — wenn auch unzureichende — Gegenleistung erbracht, dann liegt die Beeinträchtigung lediglich in der Differenz, um die diese Gegenleistung wertmäßig hinter dem weggegebenen Nachlaßgegenstand zurückbleibt. Dabei ist es jedenfalls bei der befreiten Vorerbschaft gleichgültig, ob die Gegenleistung in den Nachlaß gelangt (§ 2111 BGB) oder ob sie lediglich dem Vorerben persönlich zugute gekommen ist. Der befreite Vorerbe darf den Nachlaß gemäß §§ 2134, 2136 BGB anerkanntermaßen für sich verwenden (BGHZ 69, 47, 51 [= MittBayNot 1977, 192]; Urteil vom 6.7.1955 — IV ZR 110/54 — LM BGB § 2136 Nr. 2 [= DNotZ 1955, 648]; Urteil vom 16.3.1977 — IV ZR 182/75 — LM BGB § 2113 Nr. 15 [= DNotZ 1977, 745]); der Nacherbe muß das hinnehmen und hat demgemäß insoweit kein beeinträchtigungsfähiges Recht i.S. von § 2113 Abs. 2 BGB.

Müßten die Beklagten den Grundbesitz dagegen aufgeben, ohne ihre Gegenleistungen zurückzuerhalten, dann wären die Nacherben um diese zu gut gestellt. Das ginge über die durch § 2113 Abs. 2 BGB (lediglich) bezweckte Abwehr einer Vereitelung oder Beeinträchtigung hinaus und wäre daher nicht rechtens. Demgemäß müssen die Gegenleistungen der Beklagten in die von § 2113 Abs. 2 BGB angeordnete Abwicklung zwischen dem durch die teilweise unentgeltliche Verfügung begünstigten Dritten und dem Nacherben einbezogen werden. Soweit es hier an einer Beeinträchtigung fehlt und die Erben die Weggabe daher gegen sich gelten lassen müssen, bleibt die Veräußerung insofern „wirksam", als die Nacherben die Herausgabe nur gegen Rückerstattung der Gegenleistungen verlangen können. Dieses Ergebnis ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (WarnR 1938, 91 Nr. 37) und des Bundesgerichtshofes (LM BGB § 2113 Nr. 15) bereits vorgezeichnet.

Aus diesen Gründen muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

2. Die Beklagten haben das von ihnen geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht weiter darauf gestützt, sie hätten in der Zeit von 1976 bis 1982 auf das Grundstück für Grundsteuer, Versicherungen, Hypothekenzinsen und Investitionen insgesamt 169.247,21 DM verwendet. Hieraus ergebe sich nach Abzug von 6.376,65 DM für Nutzungen durch die Beklagten ein Differenzbetrag von 162.870,56 DM.

Das Berufungsgericht hält ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten auch wegen dieses Betrages nicht für gegeben.

Als Grundlage für Gegenansprüche der Beklagten kämen, so führt es aus, nur die §§ 987 ff. BGB in Betracht. Als notwendige Verwendungen, die die Beklagten gemäß § 994 BGB ersetzt verlangen könnten, ließen sich allenfalls die gezahlten Versicherungsprämien und Grundabgaben in Höhe von insgesamt 15.526,53 DM feststellen. Dieser Betrag sei aber durch die Nutzungen, die die Beklagten seit 1976 gezogen und an die Nacherben herauszugeben hätten, aufgewogen. Ein Anspruch wegen ihrer Investitionen gemäß § 996 BGB könne nicht festgestellt werden; es fehle ausreichender Vortrag dazu, um welchen Betrag der Wert des Grundbesitzes durch ihre Aufwendungen noch erhöht sei.

Gegen diese Beurteilung bestehen insofern rechtliche Bedenken, als das Berufungsgericht seine Prüfung auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis beschränkt. Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt, daß die Beklagten infolge der Übereignung durch die Vorerbin Volleigentümer geworden waren. Erst mit Eintritt des Nacherbfalles am 1. Oktober 1979 konnte die Eigentumsübertragung auf sie gemäß § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam werden (BGHZ 52, 269, 270), erst von da an konnten die Nacherben Eigentümer werden. Zwar finden die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB in den Fällen des § 894 BGB entsprechende Anwendung. Soweit es sich um die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles handelt, kommen daher Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis durchaus in Betracht. Das gilt aber nicht auch für die vorangegangene Zeit, in der die Beklagten selbst Eigentümer waren. Wegen Verwendungen, die die Beklagten in dieser Zeit vorgenommen haben, werden diese nicht durch die genannten Vorschriften geschützt. Auch die Vorschrift des § 999 Abs. 2 BGB läßt eine so weitgehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der §§ 987 ff. BGB im Hinblick auf ihre beschränkte Funktion (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13.10.1978 — V ZR 147/77 = NJW 1979, 716 = LM BGB § 996 Nr. 7) nicht zu.

Maßgebend für den Ausgleich zwischen den Parteien wegen der Aufwendungen, die die Beklagten vor dem Eintritt der Nacherbfolge während der Dauer ihres Eigentums vorgenommen haben, sind vielmehr die Vorschriften über die Vor- und Nacherbschaft (§§ 2124 bis 2126 BGB). Die Rechtsstellung der Beklagten als Eigentümer des Grundbesitzes war von der Vorerbin abgeleitet und stand und fiel infolge der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 BGB mit der Vorerbschaft. In Bezug auf die Verwendungen und die Nutzungen haben sie deshalb keine andere (weder eine bessere noch eine schlechtere) Stellung, als sie der Vorerbin zukam. Demgemäß gebühren den Beklagten — ebenso wie vor ihnen der Vorerbin (vgl. BGHZ 78, 177, 188) — die Nutzungen des Grundbesitzes für die Dauer ihres Eigentums. Dementsprechend haben sie gemäß § 2124 Abs. 1 BGB für diese Zeit auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu tragen. Darunter fallen übliche Versicherungsprämien und laufende Grundabgaben (RGRK-*Johannsen,* BGB 12. Aufl. § 2124 Rdnr. 1) und nach dem Vortrag der Beklagten anscheinend zumindest auch ein Teil der geltend gemachten Investitionen.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

13. HGB §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 5, 22, 24, 162; GmbHG § 11 Abs. 1 (*Vor-GmbH als Komplementärin einer GmbH & Co. KG*)

1. Hat eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist, ihre Geschäfte bereits mit der Vor-GmbH begonnen, ist nur die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin in das Handelsregister einzutragen, wenn im Zeitpunkt der Eintragung der Kommanditgesellschaft auch die GmbH bereits eingetragen ist.

2. Ein Einzelkaufmann darf eine abgeleitete Firma, die aus einem Eigennamen mit dem Zusatz „& Sohn" besteht, nur unter Beifügung eines Nachfolgezusatzes fortführen.

3. Zur Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung in der Firma einer GmbH & Co. KG.

BGH, Beschluß vom 12.11.1984 — II ZB 2/84 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Mühlenbesitzer Heinrich M. und sein Sohn Heinz betrieben seit 1958 unter der im Handelsregister eingetragenen Fa. „H. M. & Sohn" eine Mühle mit Mehl- und Futterhandel in der Form einer Offenen Handelsgesellschaft. Nach dem Tod seines Vaters im Jahre 1969 führte Heinz M., der Alleinerbe seines Vaters war, das Unternehmen unter der bisherigen Firma weiter. Im Handelsregister wurde die offene Handelsgesellschaft gelöscht und Heinz M. als Alleininhaber der Firma eingetragen.

Am 1. Juli 1983 nahm Heinz M. die von ihm und seinem Sohn durch Gesellschaftsvertrag vom 16. Februar 1983 gegründete Heinz M. GmbH, die am 17. November 1983 in das Handelsregister eingetragen worden ist, als persönlich haftende Gesellschafterin in das Unternehmen auf. Er selbst wurde Kommanditist. Mit Erklärung vom 17. Januar 1984 meldeten die Gesellschafter diese Veränderungen sowie die Änderung der bisherigen Firma in „H. M. & Sohn GmbH & Co." zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Amtsgericht hat die Eintragung abgelehnt. Die Beschwerde der Gesellschafter ist erfolglos geblieben. Deren weitere Beschwerde möchte das Oberlandesgericht zurückweisen, weil es die angemeldete Firma der Kommanditgesellschaft für unzulässig hält. Es ist der Auffassung, daß der Firmenbestandteil „& Sohn" auf das Vorhandensein einer Personengesellschaft hinweise und damit der nach § 19 Abs. 5 HGB erforderlichen Kennzeichnung der Haftungsbeschränkung nicht genügt sei. An dieser Entscheidung sieht es sich durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 24. Mai 1971 (DB 1971, 1615 = BB 1971, 975 mit Anmerkung *Veismann* [= DNotZ 1972, 309]) gehindert, in der die Fortführung einer Firma mit dem Bestandteil „& Sohn" durch einen Einzelkaufmann für zulässig erachtet wurde, weil diese Bezeichnung nicht als Hinweis auf eine Gesellschafterstellung verstanden werden könne. Das Oberlandesgericht hat deshalb die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Dieser hat die weitere Beschwerde insoweit zurückgewiesen, als abgelehnt worden ist, die geänderte Firma in das Handelsregister einzutragen. Soweit der Anmeldung im übrigen nicht entsprochen worden ist, wurden die Entscheidungen des Amts- und Landgerichts aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, über den Eintragungsantrag unter Berücksichtigung der nachstehenden Gründe neu zu entscheiden.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde, über die der Senat ohne Beschränkung auf die Vorlegungsfrage zu entscheiden hat (§ 28 Abs. 3 FGG), ist zum Teil begründet.

1. Das Landgericht hat die beantragten Eintragungen in erster Linie deshalb abgelehnt, weil die GmbH im Zeitpunkt des angemeldeten Beginns der Kommanditgesellschaft mangels Eintragung in das Handelsregister noch nicht bestanden habe und damit ihre Eintragung als Komplementärin unrichtig wäre; die Eintragung der Vor-Gesellschaft als Komplementärin sei nicht beantragt worden. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es trifft zu, daß zunächst nur die Vor-GmbH Komplementärin der Kommanditgesellschaft war. Das Unternehmen hatte jedenfalls im Hinblick auf den Mehl- und Futterhandel ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB zum Gegenstand, so daß die Kommanditgesellschaft nach §§ 123 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB bereits mit dem angemeldeten Zeitpunkt ihres Beginns selbst dann entstanden ist, wenn — was nicht festgestellt ist — die zu dem Betrieb gehörende Mühle nur handwerksmäßig (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 HGB) betrieben worden sein sollte. Im Zeitpunkt des Geschäftsbeginns bestand die GmbH noch nicht (§ 11 Abs. 2 GmbHG), sondern nur die mit der Gründung der GmbH durch den Gesellschaftsvertrag entstandene Vor-GmbH. Bereits diese konnte jedoch persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft werden (BGHZ 80, 129 [= MittBayNot 1981, 192]). Aus der Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH folgt, daß auch ihre Eintragung als persönlich haftende Gesellschafterin im Handelsregister zulässig sein muß (§§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 162 Abs. 1 HGB).

Solange die GmbH noch nicht in das Handelsregister eingetragen war, hätte als Komplementärin nur die Vor-Gesellschaft eingetragen werden können, etwa unter der Firma der GmbH mit dem Zusatz „i.G.". Die Eintragung der GmbH im Vorgriff auf ihre künftige Entstehung wäre insoweit unrichtig gewesen (*Ulmer*, ZGR 1981, 593, 617). Anders ist es jedoch, wenn die GmbH in dem Zeitpunkt, in dem die Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden soll, bereits eingetragen ist. Für die nachträgliche Eintragung der Vor-GmbH als Komplementärin besteht dann kein Bedürfnis mehr. Die Vor-GmbH geht mit der Eintragung der GmbH in dieser auf und fällt als Vermögensträger weg. Die GmbH wird Träger des Vermögens der Vor-Gesellschaft mit allen Aktiva und Passiva. Alle Rechte und Pflichten der Vor-Gesellschaft gehen auf sie über (BGHZ 80, 129, 137 ff). Die nachträgliche Eintragung der Vor-Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin für die zurückliegende Zeit könnte unter diesen Umständen für den Rechtsverkehr keine Bedeutung mehr haben.

2. Das Landgericht hat des weiteren die Fortführung der Firma „H. M. & Sohn" durch die Kommanditgesellschaft (auch mit dem Zusatz GmbH & Co.) für unzulässig erachtet, weil diese Firma bereits von dem Einzelkaufmann Heinz M., von dem sie übernommen worden ist, nicht in zulässiger Weise geführt worden sei. Insoweit hat die Entscheidung — jedenfalls im Ergebnis — Bestand.

a) Die Firma H. M. & Sohn war für die Offene Handelsgesellschaft zwischen Heinrich M. und seinem Sohn Heinz, die zunächst Inhaberin des Unternehmens war, nicht zu beanstanden (§ 19 HGB). Heinz M. durfte sie jedoch nicht unverändert fortführen, als er nach der Beerbung seines Vaters das Handelsgeschäft als Einzelkaufmann weiterführte. Der in §§ 22, 24 HGB enthaltene Grundsatz, daß bei Fortführung des Unternehmens die bisherige Firma fortgeführt werden darf, erleidet eine Einschränkung, wenn die Firma auf eine Personengesellschaft hinweist und das Geschäft durch einen Einzelkaufmann weitergeführt wird. Nach § 18 Abs. 2 HGB darf die (ursprüngliche) Firma eines Einzelkaufmanns keinen Zusatz enthalten, der auf ein Gesellschaftsverhältnis hindeutet. In Rechtsprechung und Schrifttum ist anerkannt, daß dem Prinzip der Firmenwahrheit, das dieser Regelung zugrunde liegt, in gleicher Weise auch bei einer abgeleiteten Firma Geltung verschafft werden muß. Beim Übergang eines

Handelsgeschäfts von einer Personengesellschaft auf einen Einzelkaufmann muß deshalb in der übernommenen Firma klargestellt werden, daß das Geschäft nicht mehr von einer Personenmehrheit geführt wird. Regelmäßig kann dies entweder durch Streichung des in der Firma enthaltenen Gesellschaftszusatzes oder durch Beifügung eines Nachfolgezusatzes geschehen (BGHZ 44, 286, 287 [= DNotZ 1966, 500] m.w.N.; 53, 65, 69 [= DNotZ 1978, 296]).

Eine Firma, die — wie hier — aus dem Namen einer Person mit dem Zusatz „& Sohn" gebildet ist, weist auf eine Personengesellschaft hin. Nach den §§ 18, 19 HGB darf die Firma eines Einzelkaufmanns nur dessen Namen und die Firma einer handelsrechtlichen Personengesellschaft nur die Namen von persönlich haftenden Gesellschaftern enthalten. Die Aufnahme der Namen anderer Personen ist nicht zulässig (§ 19 Abs. 4 HGB). Eine aus den Namen mehrerer Personen gebildete Firma ergibt damit, daß es sich um eine Gesellschaft und nicht um das Geschäft eines Einzelkaufmanns handelt. Für eine Firma, die einen Eigennamen mit dem Zusatz „& Sohn" enthält, kann nichts anderes gelten. Der Zusatz „& Sohn" weist auf eine bestimmte natürliche Person hin und kennzeichnet diese genauso wie der nach dem Gesetz (§ 19 Abs. 3 HGB) ausreichende Familienname. Ein solcher Zusatz hat danach die gleiche Bedeutung wie die Aufnahme des Namens der damit bezeichneten Person in die Firma. Der Zusatz darf deshalb nur zur Bezeichnung eines persönlich haftenden Gesellschafters verwendet werden und wird von der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Auffassung zu Recht als ein Hinweis auf ein Gesellschaftsverhältnis verstanden (u.a.: BayObLGZ 1959, 196, 198; BayObLG DB 1983, 2301 [= MittBayNot 1983, 181]; OLG Hamm NJW 1966, 2171 [= DNotZ 1967, 441]; OLG Zweibrücken BB 1975, Beilage 12, Abschn. V 1; *Bokelmann*, MDR 1979, 188; *Hüffer* in Großkomm-HGB, 4. Aufl., § 18 Rdnr. 25, § 19 Rdnr. 32 u. § 22 Rdnr. 69). Das Oberlandesgericht Frankfurt hat davon abweichend in dem Beschluß, der Anlaß zur Vorlage gegeben hat, die Auffassung vertreten, der Firmenzusatz „& Sohn" deute lediglich an, daß Vater und Sohn in dem Geschäft tätig seien oder daß es sich um ein in der Familie fortgeführtes Unternehmen handele. Diese Auffassung ist mit der Regelung in § 19 Abs. 1 und 3 HGB unvereinbar, die den Kreis der Personen, die in der Firma bezeichnet werden dürfen, auf persönlich haftende Gesellschafter beschränkt.

Die übernommene Firma H. M. & Sohn hätte danach von Heinz M. als Einzelkaufmann nur fortgeführt werden dürfen, wenn der Hinweis auf ein Gesellschaftsverhältnis, der sich aus der Firma ergab, beseitigt worden wäre. Dies hätte nicht durch eine Streichung des Zusatzes „& Sohn" geschehen können, da es sich dabei um einen aussagekräftigen Bestandteil der Firma und nicht lediglich um einen farblosen Gesellschaftszusatz wie etwa „KG" oder „& Co." handelte (vgl. dazu Senatsurteil vom 2. April 1959, II ZR 163/58 [= DNotZ 1959, 421]; BGHZ 53, 65, 69; RGZ 133, 318). Der Hinweis auf das Vorliegen einer Gesellschaft hätte aber dadurch entkräftet werden können, daß in die Firma ein Nachfolgezusatz aufgenommen wurde. Die Aufnahme eines solchen Zusatzes ist regelmäßig zumutbar, weil er die Kennzeichnungskraft der Firma und den damit verbundenen good will nicht wesentlich beeinträchtigt. Aus diesem Grunde kann im übrigen auch kein schutzwürdiger Besitzstand daraus hergeleitet werden, daß im vorliegenden Fall die Firma H. M. & Sohn von Heinz M. bereits mehr als 10 Jahre lang unbeanstandet ohne Nachfolgezusatz geführt worden ist.

b) Das Landgericht hat aus dem Umstand, daß Heinz M. die Firma nicht unverändert fortführen durfte, ohne weiteres gefolgert, daß die Firma auch nicht auf die Kommanditgesellschaft übertragen werden konnte. Der Frage, ob mit der Firmenfortführung durch die Kommanditgesellschaft weiterhin die Gefahr einer Irreführung über die Rechtsverhältnisse des Unternehmens verbunden wäre, hat es insoweit keine Bedeutung beigemessen.

Ob dem uneingeschränkt gefolgt werden könnte, erscheint zweifelhaft. Zwar darf grundsätzlich eine Firma, die von dem ursprünglichen Geschäftsinhaber nicht in zulässiger Weise geführt worden ist, auch von dem neuen Träger des Unternehmens, der sein Recht nach §§ 22, 24 HGB nur von dem bisherigen Inhaber herleiten kann, nicht fortgeführt werden (BGHZ 30, 288, 291). Fraglich ist aber, ob dieser Grundsatz auch dann gilt, wenn die Führung der Firma wegen des Hinweises auf ein bei dem früheren Inhaber nicht gegebenes Gesellschaftsverhältnis unzulässig war und bei dem neuen Unternehmensträger ein der Firmenbezeichnung entsprechendes Gesellschaftsverhältnis vorliegt (verneinend: OLG Hamm, DB 1973, 2034, 2035 [= DNotZ 1976, 307]).

Die Frage bedarf jedoch hier keiner Entscheidung, weil im vorliegenden Fall die Firmenbezeichnung auch mit der Rechtsform des neuen Unternehmensträgers nicht vereinbar ist. Wie das vorlegende Gericht zutreffend angenommen hat, wäre nämlich die Führung der Firma „H. M. & Sohn" durch die Kommanditgesellschaft — auch mit dem Zusatz „GmbH & Co." — jedenfalls nach § 19 Abs. 5 HGB unzulässig. Der Bestandteil „& Sohn" der ursprünglichen Firma weist, wie dargelegt, auf das Vorhandensein einer handelsrechtlichen Personengesellschaft mit natürlichen Personen als Gesellschafter hin. Durch die Firmierung „H. M. & Sohn" mit dem Zusatz „GmbH & Co." kann daher der Eindruck entstehen, daß persönlich haftender Gesellschafter nicht oder jedenfalls nicht allein eine GmbH ist, sondern (auch) eine handelsrechtliche Personengesellschaft, in der natürliche Personen mit ihrem Privatvermögen haften. Die Gefahr der Irreführung des Publikums ist insoweit ebenso groß wie bei der Aufnahme der aus einem Eigennamen mit dem Zusatz „& Co." bestehenden abgeleiteten Firma in die Firmenbezeichnung einer GmbH & Co. Für den letzteren Fall hat der Senat bereits entschieden, daß durch eine solche Firma die Haftungsbeschränkung nicht ausreichend gekennzeichnet wird (Beschl. v. 13. Oktober 1980, II ZB 4/80 [= MittBayNot 1981, 37]).

3. Die Unzulässigkeit der zur Eintragung angemeldeten Änderung der Firma hat entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts nicht zur Folge, daß der Anmeldung auch im übrigen nicht entsprochen werden könnte. Bei der Bildung der Kommanditgesellschaft durch den Eintritt der GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und den Wechsel des bisherigen Alleininhabers in die Stellung eines Kommanditisten zum 1. Juli 1983 handelt es sich um eintragungspflichtige materielle Rechtsänderungen, die in ihrem Bestand nicht von der Zulässigkeit der angemeldeten Änderung der Firma abhängig sind. Ebensowenig werden diese Rechtsänderungen davon berührt, daß auch die unveränderte Fortführung der bisher eingetragenen und gebrauchten Firma „H. M. & Sohn" nicht zulässig wäre, sondern eine den Erfordernissen der §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 5 HGB entsprechende Firmenänderungen geboten ist. Gegen den Gebrauch einer unzulässigen Firma muß auf dem dafür vorgesehenen Weg nach § 37 Abs. 1 HGB, § 140 FGG eingeschritten werden. Dagegen kann die Eintragung einer wirklich vorhande-

nen, formell ordnungsgemäß zum Handelsregister angemeldeteten Tatsache nicht deshalb abgelehnt werden, weil mit dem Eintritt dieser Tatsache die eingetragene Firma unzulässig geworden und eine zulässige Firma noch nicht angemeldet worden ist. Soweit sich aus der unzulässigen Firma Gefahren für den Rechtsverkehr ergeben, muß ihnen mit den Mitteln des materiellen Rechts begegnet werden, solange das registerrechtliche Verfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs noch nicht mit Erfolg durchgeführt worden ist (vgl. zu allem: Senatsbeschluß vom 4. Juli 1977, II ZB 4/77 [= MittBayNot 1977, 193]; BayObLG DB 1983, 2301 [= MittBayNot 1983, 181].

Danach ist die weitere Beschwerde zurückzuweisen, soweit sie die Eintragung der angemeldeten Firmenänderung betrifft. Im übrigen sind die Entscheidungen der Vorinstanzen auf die Rechtsmittel der Gesellschafter aufzuheben; insoweit hat das Registergericht die beantragten Eintragungen vorzunehmen, sofern ihr keine sonstigen Hindernisse entgegenstehen.

---

14. HGB §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2; BGB § 738 (*Zur Wirksamkeit einer Abfindungsklausel in einem Kommanditgesellschaftsvertrag*)

Zur Frage der Wirksamkeit einer Vereinbarung in einem Personengesellschaftsvertrag, wonach der Abfindungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters nach den Buchwerten zu berechnen ist.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

BGH, Urteil vom 24.9.1984 — II ZR 256/83 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin war Kommanditistin der Beklagten zu 1. Sie kündigte das Gesellschaftsverhältnis zum 31. Dezember 1981. Die persönlich haftende Gesellschafterin, die Beklagte zu 2, und die weitere Kommanditistin machten von dem ihnen unter II 4 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages eingeräumten Recht Gebrauch, das Geschäft ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen und fortzuführen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten als Teil ihres Abfindungsanspruchs einen Betrag von 150.000 DM nebst Zinsen. Sie stützt sich auf die Vorschrift II 5 des Gesellschaftsvertrages, die folgenden Wortlaut hat:

> „Für den Fall des Todes sowie der Kündigung gilt zusätzlich folgendes:
>
> Verbleibende Gesellschafter sind berechtigt, beim Ausscheiden von Kommanditisten oder persönlich haftenden Gesellschaftern deren Geschäftsguthaben auszuzahlen. Das Geschäftsguthaben ergibt sich aus der Bilanz, die auf den Schluß des Wirtschaftsjahres aufzustellen ist, das dem Zeitpunkt des Ausscheidens vorangeht. Ein good will wird nicht berücksichtigt. Die Auszahlung des Guthabens oder der Anteile soll in zehn gleichen Jahresraten erfolgen, wobei die erste Rate frühestens sechs Monate nach Wirksamwerden der Kündigung oder des Todes des Gesellschafters fällig wird."

Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Abfindungsanspruch in Höhe von 267.149 DM als begründet erachtet und der Klägerin 1/10 dieses Betrages nebst 10% Zinsen seit 1. Juli 1982 zugesprochen. Die weitergehende Klage wurde als zur Zeit unbegründet abgewiesen; der Abfindungsanspruch sei insoweit noch nicht fällig.

Hiergegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Beklagten verfolgen mit der zugelassenen Revision ihren Antrag weiter, die Klage in vollem Umfange abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Beklagte zur Zahlung weiterer 26.714,90 DM nebst 10% Zinsen seit 1. Juli 1983 zu verurteilen.

Aus den Gründen:

I.

Die Revision der Beklagten ist begründet.

1. Nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien und den Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß die Klägerin zum 31. Dezember 1981 aus der von den übrigen Gesellschaftern fortgeführten Gesellschaft ausgeschieden ist. Im Hinblick auf den damit entstandenen Abfindungsanspruch läßt es das Berufungsgericht ausdrücklich offen, ob und inwieweit § 738 BGB durch die Bestimmung II 5 des Gesellschaftsvertrages abbedungen sein soll und der Berechnung die buchmäßigen Ansätze der Jahresschlußbilanz zugrunde zu legen sind. Es geht zugunsten der Beklagten davon aus, daß der gesellschaftsvertraglichen Regelung nur die Bedeutung einer „Buchwertklausel" zukommt, hält eine solche aber mit dem Landgericht für unwirksam, weil sie — wegen des Auseinanderfallens von Buchwerten und wirklichen Werten — zu einer unzulässigen Beschränkung des nach § 723 Abs. 3 BGB unabdingbarern Kündigungsrechts führen würde. Die Unwirksamkeit der Klausel führe nicht zur Anwendung des § 738 BGB, sondern nur dazu, daß der Klägerin ein Anspruch auf angemessene Abfindung zuzuerkennen sei, der hier die Beteiligung an den stillen Reserven umfasse. Sie könne somit einen Teil (20,9%) der stillen Reserven in Höhe von 1.478.653 DM beanspruchen, die durch die Veräußerung des Betriebsgrundstücks am 8. Juli 1980 (Veräußerungspreis = 1.850.000 DM) aufgelöst worden seien. Nach Abzug ihres negativen Kapitalanteils von 41.389,47 DM ergebe sich ein Abfindungsbetrag von 267.149 DM. Da die Gesellschaft berechtigt sei, das Guthaben in 10 gleichen Jahresraten auszuzahlen, könne die Klägerin zur Zeit nur den am 1. Juli 1982 fällig gewordenen Betrag von 26.714,90 DM nebst Zinsen verlangen.

2. Die Revision der Beklagten rügt im Ergebnis zu Recht, daß das Berufungsgericht beim gegenwärtigen Prozeßstand angenommen hat, die gesellschaftsvertraglich festgelegte Abfindungsregelung sei unwirksam, soweit ihr die Bedeutung zuzuerkennen ist, der Abfindungsanspruch der durch Kündigung ausscheidenden Gesellschafter sei auf der Grundlage der Buchwerte zu errechnen.

a) Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Berufungsgericht allerdings darin zuzustimmen, daß die — nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats grundsätzlich zulässige — Buchwertklausel dann als unzulässig zu erachten ist, wenn sie aufgrund wirtschaftlich nachteiliger Folgen, insbesondere wegen eines erheblichen Mißverhältnisses zwischen Buchwert und wirklichem Wert, die Freiheit des Gesellschafters, sich zu einer Kündigung zu entschließen, unvertretbar einengt. Das folgt aus § 723 Abs. 3 BGB, der nach § 105 Abs. 2 HGB auch auf die handelsrechtliche Personengesellschaft sowie auf die ordentliche Kündigung unbefristeter Personengesellschaften anwendbar ist (vgl. BGHZ 23, 10, 15; Sen.Urt. v. 28.5.1979 — II ZR 217/78, WM 1979, 1064, 1065). Der Senat hält es nicht für möglich, diese aus der zwingenden Vorschrift des § 723 Abs. 3 BGB abgeleiteten Grundsätze entsprechend den Ausführungen der Revision für Fälle der hier vorliegenden Art aufzugeben. Davon abgesehen, daß sich die Beteiligung der Klägerin nicht, wie die Revision meint, in einer vermögensrechtlichen Beziehung erschöpfte, können für die Personengesellschaft geltende Vorschriften, die dem Schutze der persönlichen Freiheit der Gesellschafter dienen und die deshalb nach dem Willen des Gesetzgebers zwingend sind, nicht wegen einer

mehr oder weniger kapitalistischen Organisation einer Personengesellschaft außer Kraft gesetzt werden (BGHZ 23, 10, 15).

b) Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung aber deshalb nicht stand, weil ein die Anwendung des § 723 Abs. 3 BGB rechtfertigendes Mißverhältnis zwischen dem Buchwert und dem wirklichen Wert des Gesellschaftsanteils nicht schon, wie das Berufungsgericht meint, dann bejaht werden kann, wenn in großem Umfange stille Reserven festzustellen sind. Denn der wirkliche Wert der Beteiligung an einem Gesellschaftsunternehmen entspricht nicht dem Ergebnis der Addition von Buchwert und der auf die Beteiligung entfallenden stillen Reserven. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist der Beteiligungswert auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens zu errechnen (einschließlich der stillen Reserven und des good will des Unternehmens). Dieser ergibt sich im allgemeinen aus dem Preis, der bei einem Verkauf des Unternehmens als Einheit erzielt würde (vgl. BGHZ 17, 130, 136 [= DNotZ 1955, 526]; Sen.Urt. v. 20.9.1971 — II ZR 157/68, WM 1971, 1450). Bei der Wertermittlung ist nach § 738 Abs. 2 BGB eine Schätzung möglich. Diese hat jedoch aufgrund konkreter Unterlagen zu erfolgen, so daß im allgemeinen ein Sachverständigengutachten erforderlich sein wird. Dabei wird regelmäßig mit der heute herrschenden Auffassung von dem Ertragswert auszugehen sein. Dem Substanzwert und damit den in den bilanziellen Buchwerten steckenden stillen Reserven kommt insoweit, sofern kein Ausnahmefall gegeben ist, nur noch mittelbare Bedeutung zu.

3. Das Berufungsurteil kann, soweit es von den Beklagten angefochten worden ist, aber auch deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht davon abgesehen hat, die Abfindungsklausel des Gesellschaftsvertrages auszulegen. Die zwischen den Parteien umstrittene Frage nach der Auslegung dieser Klausel kann nicht offen bleiben.

Das Berufungsgericht nimmt in Übereinstimmung mit dem Landgericht — insoweit zutreffend — an, daß die Unwirksamkeit der Abfindungsklausel, sofern sie als Buchwertklausel auszulegen ist, zu einer Lücke im Vertragsgefüge geführt hätte, die durch ergänzende Vertragsauslegung — und nicht durch § 738 BGB — zu schließen sei. Denn die besondere Bedeutung der Vertragsfreiheit für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander macht es erforderlich, der auf den objektivierten mutmaßlichen Willen der Vertragschließenden abzustellenden richterlichen Vertragsergänzung den Vorrang vor dem dispositiven Gesetzesrecht einzuräumen (vgl. Sen.Urt. v. 23.11.1978 — II ZR 20/78, WM 1979, 327 [= DNotZ 1979, 354] m.w.N.). Dementsprechend bestehen auch keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht im Wege der Vertragsergänzung der Klägerin einen Anspruch auf angemessene Abfindung zuerkannt hat, der (nur) die Beteiligung der Klägerin an den stillen Reserven umfaßt. Ihm kann jedoch nicht darin gefolgt werden, daß eine Abfindungsregelung, die die Beklagten verpflichtet, bei der Ermittlung des Abfindungsanspruchs der Klägerin die stillen Reserven zu berücksichtigen, die Beklagten weniger stark oder jedenfalls nicht stärker belastet als eine Abfindung entsprechend der Regelung des § 738 BGB, die das Berufungsgericht nach der Regelung des Gesellschaftsvertrags für möglich hält. Wenn, wie grundsätzlich geboten (vgl. die vorstehenden Ausführungen zu 2.), bei der Unternehmensbewertung die Ertragsaussichten des Gesellschaftsunternehmens berücksichtigt werden, so sagt der Buchwert einer Beteiligung — auch wenn er um die stillen Reserven vermehrt wird — nichts Entscheidendes zum wirklichen Wert einer Beteiligung aus. Er kann höher oder niedriger sein oder mit ihm zufällig übereinstimmen (vgl. hierzu im einzelnen *Hennerkes/Binz* DB 1983, 2669).

4. Danach muß das angefochtene Urteil, soweit die Beklagten verurteilt worden sind, aufgehoben werden. Es bedarf zunächst der Auslegung der Abfindungsklausel. Auf dieser Grundlage muß dann das Abfindungsguthaben neu ermittelt werden. Da die Auslegung eine umfassende tatrichterliche Würdigung des Vertragswortlauts und der maßgebenden Umstände erfordert und zur Ermittlung des Abfindungsguthabens weitere tatrichterliche Feststellungen notwendig sind, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

II.

Die Revision der Klägerin ist ebenfalls begründet.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß das angefochtene Urteil auch keinen Bestand haben kann, soweit der Antrag der Klägerin zur Zahlung weiterer 26.714,90 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Die nachzuholende Auslegung des Gesellschaftsvertrages und die auf dieser Grundlage neu zu treffenden Feststellungen können zu einem Abfindungsguthaben führen, das den bisher zugesprochenen Betrag von 25.714,90 DM übersteigt. Beim gegenwärtigen Prozeßstand muß die Frage nach der Höhe des Abfindungsbetrages als völlig offen erachtet werden.

---

15. HGB §§ 2, 161 (*Zur Kaufmannseigenschaft einer GmbH & Co. KG*)

Die GmbH & Co. KG muß selbst die Kaufmannseigenschaft nach §§1 bis 3 HGB haben. Es genügt nicht, daß die Komplementär-GmbH Kaufmann ist.

BayObLG, Beschluß vom 13.11.1984 — BReg. 3 Z 60/83 und BReg. 3 Z 119/83 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister war seit dem 16.5.1978 die Firma E. GmbH & Co. Betriebsgesellschaft KG eingetragen. Sie hat ihre Firma geändert in P. GmbH & Co. Betriebs-KG (nachfolgend als KG bezeichnet). Als persönlich haftende Gesellschafterin ist jetzt die Firma P. GmbH eingetragen, deren Geschäftsführer L. ist. Neben anderen ist der Beteiligte B. Kommanditist der Gesellschaft.

2. Mit Verfügung vom 16.4.1981 kündigte das Registergericht die Absicht an, die Kommanditgesellschaft von Amts wegen gemäß § 142 FGG im Handelsregister zu löschen, weil sie im Zeitpunkt der Eintragung „nicht das Erfordernis der kaufmännischen Betriebseinrichtung in Art und Umfang" habe nachweisen können.

Am 8.3.1982 hat das Registergericht die Widersprüche der Kommanditgesellschaft und der damaligen Komplementär-GmbH gegen die Löschungsankündigung vom 16.4.1981 zurückgewiesen.

Zur Begründung wurde jeweils ausgeführt: Die Gesellschaft sei in das Handelsregister eingetragen worden, obwohl damals das Erfordernis vollkaufmännischer Betriebseinrichtung nicht nachgewiesen worden sei. Das Registergericht sei davon ausgegangen, daß sich das Unternehmen in Kürze zu einem vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb entwickeln werde. Ziel der Gründung der Gesellschaft sei es gewesen, auf zwei Grundstücken ein Hotel zu errichten und dieses zu betreiben. Ein Grundstückserwerb sei derzeit nicht durch eine Grundbucheintragung nachgewiesen. Die Gesellschaft wolle das zu errichtende Hotel nicht in eigener Regie betreiben, vielmehr beabsichtigte sie, das Management einem internationalen Hotelkonzern zu übertragen, der es unter einem eigenen Namen betreiben wolle. Rechtsverbindliche Verträge seien trotz Verhandlungen mit verschiedenen Hotelkonzernen bis heute nicht zustande gekommen. Das zum Be-

trieb erforderliche Eigenkapital habe die Gesellschaft nicht beschaffen können. Von den geplanten 8 Millionen DM Kommanditeinlagen seien nur ca. 960 000 DM gezeichnet worden. Die Gesellschaft unterhalte zwar ein Büro, sei dort aber in der Regel nicht ansprechbar, weil das Büro nicht besetzt sei. Werde eine Gesellschaft im Handelsregister in der Annahme eingetragen, das Unternehmen werde sich in Kürze zu einem vollkaufmännischen Betrieb entwickeln, ergebe sich dann aber nach Ablauf einer angemessenen Anlauffrist, daß sich das Unternehmen nicht, wie erwartet, zu einem vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb entwickelt habe, so komme die Löschung der Gesellschaft im Verfahren nach § 142 FGG in Betracht. Die Löschungsvoraussetzungen seien gegeben; die Gesellschaft sei nach mehr als vier Jahren Anlaufzeit nicht in der Lage, überhaupt mit dem Bau des Hotels zu beginnen.

3. Das Landgericht wies die sofortige Beschwerde als unbegründet zurück. Die P. GmbH und B. wenden sich gegen den Beschluß des Landgerichts mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Rechtsmittel haben in der Sache keinen Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 FGG, § 550 ZPO).

a) Nach § 142 FGG kann das Registergericht eine Eintragung im Handelsregister von Amts wegen löschen, wenn diese mangels einer wesentlichen Voraussetzung entweder von Anfang an unzulässig war oder wenn sie später unzulässig geworden ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1980, 18/19 [= MittBayNot 1980, 32]).

Die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts. Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur nachprüfen, ob die Vorinstanzen von der dem Registergericht in § 142 FGG eingeräumten Befugnis zur Verfahrenseinleitung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens einen fehlerhaften Gebrauch gemacht haben (BayObLG Rpfleger 1980, 18/19). Für einen solchen Fehlgebrauch ist hier nichts ersichtlich. Die Gesellschaft betreibt kein Vollhandelsgewerbe; sie ist nach der gegenwärtigen Sach- und Rechtslage in Ermangelung einer vollkaufmännischen Betätigung zu Unrecht im Handelsregister eingetragen. Solange diese Eintragung jedoch besteht, wird die Gesellschaft gemäß §§ 5, 6 Abs. 1 HGB als Vollkaufmann und damit als Kommanditgesellschaft behandelt (BGH NJW 1980, 784; BFH BStBl 1984 II S. 144/145; *Hueck* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl. S. 8). Dieser Rechtsschein muß beseitigt werden.

b) (1) Eine Kommanditgesellschaft setzt einen vollkaufmännischen Gewerbebetrieb nach § 1 HGB voraus (§ 161 Abs. 2, §105 Abs. 2, § 4 Abs. 2 HGB) oder es müssen die Voraussetzungen des § 2 HGB gegeben sein (vgl. *Kuhn* WPM 1974, 674; die Kaufmannseigenschaft nach § 3 HGB kommt praktisch kaum in Betracht). Hat das Unternehmen — wie hier — nicht die Kaufmannseigenschaft nach § 1 HGB, muß es aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb haben (§ 2 HGB), so wird die Kommanditgesellschaft nach außen hin erst mit der Eintragung wirksam, weil ihr Gewerbe erst dadurch zum Handelsgewerbe wird (BGHZ 59, 179/181 [= DNotZ 1973, 114]; *Kuhn* aaO).

Bei Beginn der Geschäftstätigkeit muß noch kein vollkaufmännischer Geschäftsbetrieb gegeben sein; es genügt, wenn der Betrieb des gemeinsamen Unternehmens als ein vollkaufmännisches von vorneherein beabsichtigt ist (BGHZ 10, 91/96 [= DNotZ 1953, 543] und 32, 307/311; HGB-Großkomm. 3. Aufl. § 105 Anm. 14). In einem solchen Fall muß jedoch die Gewähr bestehen oder es müssen wenigstens zuverlässige Anhaltspunkte dafür gegeben sein, daß das Unternehmen in Kürze eine die Firmenbezeichnung rechtfertigende Einrichtung und Ausgestaltung erfährt (BGHZ 10, 91/96; KG OLGE 43, 203).

(2) In dem hier zu beurteilenden Fall ist die GmbH & Co. KG im Jahre 1978 gegründet worden. Das Landgericht hat festgestellt, daß die KG zu keinem Zeitpunkt einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb gehabt hat und auch jetzt nicht hat. Es kann nicht beanstandet werden, daß das Landgericht hierbei teilweise auf die eingehende Darstellung der Firmenverhältnisse in den Widerspruchsentscheidungen des Registergerichts Bezug genommen hat (*Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. § 25 Rdnr. 11). Ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb im Sinne des § 2 HGB erfordert Einrichtungen, die notwendig sind, um einen Betrieb übersichtlich und zuverlässig abwickeln zu können (*Hennerkes/Binz* Die GmbH & Co. 7. Aufl. S. 317). Das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes wird durch folgende Merkmale bestimmt: Vielfalt erbrachter Leistungen, Umsatzvolumen, Gewerbeertrag, Anlage- und Betriebskapital, Anzahl Beschäftigter, Geschäftslokal, Geschäftsbeziehungen, Kassenführung, kaufmännische Buchführung, regelmäßige Inventarerstellung und Aufstellung von Bilanzen, Teilnahme am Kreditverkehr (OLG Frankfurt BB 1983, 335 = Betrieb 1983, 169 [= MittBayNot 1983, 21]; *Baumbach/Duden/Hopt* HGB 25. Aufl. § 2 Anm. 2). Entscheidend ist stets das Gesamtbild des Betriebes (BGH BB 1960, 917). Die Vorinstanzen haben verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß bei der KG die angeführten Merkmale, die das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes belegen, fehlen. Die KG hat nicht einmal ein ständig besetzes Geschäftslokal; sie hat keine Umsätze erzielen können.

Die Rechtsbeschwerdeführer weisen vergeblich erstmals in der Rechtsbeschwerde darauf hin, daß die KG eine umfangreiche kaufmännische Buchführung habe. Diese neue Tatsache kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden (*Keidel/Kuntze/Winkler* § 27 Rdnrn. 42 f.).

Im übrigen kennzeichnet eine Buchführung allein nicht das Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs. Ohne Erfolg wird weiter geltend gemacht, während der Bebauung des erworbenen Grundstücks werde die Gesellschaft einen vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb haben. Es handelt sich um eine Zukunftserwartung; im übrigen ist in keiner Weise dargetan, welche konkreten Einrichtungen geschaffen werden, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe belegen. Die kurz zu bemessende Anlaufzeit ist längst verstrichen. Die Gesellschaft ist schon seit längerer Zeit zu Unrecht im Handelsregister eingetragen.

c) Die Rechtsbeschwerdeführer meinen unter Berufung auf Literaturstellen, weil die Komplementär-GmbH Handelsgesellschaft sei (§ 13 Abs. 3 GmbHG), sei auch die KG eine solche. Auch dem kann nicht gefolgt werden.

Soweit die Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer in der Literatur bei der sog. doppelstöckigen oder auch dreistufigen GmbH & Co. KG vertreten wird (*Bark* BB 1969, 1169; *Veismann* BB 1970, 1159; *Hennerkes/Binz* aaO S. 206), d.h. bei einer GmbH & Co. KG, deren Komplementärin wiederum eine GmbH & Co. KG ist, braucht der Senat hierauf nicht einzugehen, da hier dieser Fall nicht gegeben ist.

Die Rechtsbeschwerdeführer machen sich die Ansicht von *Veismann* (aaO) zu eigen, wonach die gewöhnliche (kleine)

GmbH & Co. KG „wegen der Koalition mit der GmbH", die stets als vollkaufmännische Handelsgesellschaft gelte (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 HGB), ebenfalls Handelsgesellschaft sei, sofern sie überhaupt irgendwie tätig sei. Auch dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Mit der herrschenden Ansicht ist die Kaufmannseigenschaft auch der KG zu verlangen (*Hesselmann* Handbuch der GmbH & Co. 16. Aufl. Rdnr. 95 — S. 57 —; *Sudhoff* NJW 1969, 1825/1826; derselbe Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. 4. Aufl. S. 151; *Lüdtke-Handjery* BB 1973, 68/71; *Jurkat* GmbH-Rdsch 1983, 224/228). Die GmbH & Co. KG ist handelsrechtlich eine KG. Bei einer solchen Gesellschaft ist es gleichgültig, ob ihre Gesellschafter natürliche Personen, juristische Personen oder teil- bzw. vollrechtsfähige Handelsgesellschaften sind (vgl. *Jurkat* aaO). Die in einer GmbH & Co. KG auf der Komplementärebene oder auf seiten der Kommanditisten vereinigten Gesellschaften sind handelsrechtlich scharf zu trennen. Die Kaufmannseigenschaft eines der Gesellschafter kann der Gesellschaft (des bürgerlichen Rechts) nicht die fehlende Kaufmannseigenschaft vermitteln. Der Grundsatz, daß der persönlich haftende Gesellschafter einer KG immer Kaufmann ist (BGHZ 34, 293/296 ff.), kann nicht „seitenverkehrt" dahin zum Tragen kommen, daß der Komplementär, der unabhängig von seiner Beteiligung an der KG Vollkaufmann ist, diese Eigenschaft gleichsam der KG überträgt. Die erforderliche Trennung der in der GmbH & Co. KG vereinigten Gesellschaften wirkt sich z. B. weiter firmenrechtlich aus; die Firma der KG muß sich von derjenigen ihres persönlich haftenden GmbH-Gesellschafters deutlich unterscheiden (BGHZ 80, 353/354 f. [= MittBayNot 1982, 36]).

d) Ohne Erfolg führen die Rechtsbeschwerdeführer schließlich ins Feld, steuerlich werde die GmbH & Co. KG als Kapitalgesellschaft behandelt.

Es ist richtig, daß eine GmbH & Co. KG gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 KVStG 1972 als Kapitalgesellschaft im Sinne des KVStG 1972 gilt (BFH BStBl 1984 II S. 594/595). Weiter trifft es zu, daß der Bundesfinanzhof in älteren, zur Gewerbesteuerpflicht ergangenen Entscheidungen die Auffassung vertreten hat, die Tätigkeit einer GmbH & Co. KG stelle jedenfalls dann einen Gewerbebetrieb dar, wenn die geschäftsführende GmbH der alleinige Komplementär sei (BStBl 1966 III S. 171 f. und BStBl 1972 II S. 799; a.A. FG Hamburg EFG 83, 69); es wurde hierbei entscheidend auf das wirtschaftliche Gewicht der GmbH abgestellt, durch welche die KG geprägt werde (BFH BStBl 1966 III S. 171/173). In neueren Entscheidungen ist vom Bundesfinanzhof jedoch hervorgehoben worden, daß die GmbH & Co. KG gewerbesteuerrechtlich nicht einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt werden könne (BStBl 1980 II S. 658, 1982 II S. 707, 1984 II S. 150). In einem Vorlagebeschluß vom 26.8.1982 (BStBl 1982 II S. 771) hat der IV. Senat des Bundesfinanzhofs nicht mehr an der sog. Geprägerechtsprechung festgehalten; er hat u.a. ausgeführt (vgl. die auszugsweise Mitteilung der Gründe des Vorlagebeschlusses bei *Jurkat* GmbH-Rdsch 1983, 224/229): „Die GmbH & Co. KG ist aber keine Kapitalgesellschaft, und nur bei dieser prägt die Rechtsform die Einkunftsart. Es fehlt im geltenden EStG und KStG eine Rechtsgrundlage dafür, eine Personengesellschaft ganz oder auch nur teilweise wie eine Kapitalgesellschaft zu behandeln." Aus all dem folgt: Steuerlich ist die Frage nicht abschließend geklärt, ob die GmbH & Co. KG stets als Kapitalgesellschaft zu behandeln ist. Die steuerliche Betrachtung einer solchen KG ist von wirtschaftlichen Zusammenhängen und Überlegungen entscheidend beeinflußt. Nicht wirtschaftliche, sondern allein handelsrechtliche Überlegungen müssen aber Platz greifen, wenn die Frage zu prüfen und zu entscheiden ist, ob eine GmbH & Co. KG, die kein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 HGB betreibt, einen vollkaufmännischen Betrieb im Sinne des § 2 HGB hat. Im übrigen erkennt auch der Bundesfinanzhof an, daß eine zu Unrecht im Handelsregister eingetragene GmbH & Co. KG eine Schein-KG ist (BStBl 1984 II S. 144/145).

4. Nach alledem waren die sofortigen weiteren Beschwerden der Komplementär-GmbH und des Kommanditisten B. als unbegründet zurückzuweisen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der BFH hat mit Beschluß des Großen Senats vom 25.6. 1984 (BStBl 1984 II S. 751) die sog. „Geprägerechtsprechung" aufgegeben.

---

16. GmbHG §§ 7 Abs. 2, 57 Abs. 2 (*Sicherheitsbestellung bei Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH*)

Für die Anmeldung einer Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH reicht es aus, wenn das für den nichteingezahlten Teil des erhöhten Kapitals erforderliche Sicherungsmittel so beschaffen ist, daß es der uneingeschränkten persönlichen Haftung einer weiteren Person für die Resteinlage gleichwertig ist.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Celle, Beschluß vom 21.6.1984 — 1 W 13/84 —

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat Erfolg.

Gemäß § 7 Abs. 2, § 57 Abs. 2 GmbHG darf die Anmeldung der Kapitalerhöhung einer Einmann-GmbH erst erfolgen, wenn neben den in § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 GmbHG vorgeschriebenen Einzahlungen der Gesellschafter für den noch übrigen Teil der Geldeinlage eine Sicherung bestellt hat. Im vorliegenden Fall hat die betroffene Firma als Sicherheit die selbstschuldnerische Bürgschaft der Firma H. GmbH & Co. KG vorgelegt, deren Komplementärin die Firma H. GmbH und deren Kommanditist der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Firma H. GmbH & Co. KG nämlich K., ist. Dieser ist zugleich auch der einzige Gesellschafter der hier betroffenen, die Eintragung der Kapitalerhöhung begehrenden Firma.

Mit Rücksicht auf die dargestellte Konstellation haben das Amtsgericht und das Landgericht angenommen, daß die vorgelegte Bürgschaft als Sicherheit nicht ausreiche, weil sie angesichts des Umstandes, daß letztlich hinter beiden Gesellschaften nur Herr K. stehe, der als Alleingesellschafter durch Manipulation das Vermögen der bürgenden GmbH in einer für die Gläubiger nicht übersehbaren Weise kurzfristig mindern könne, nicht als echte Sicherung anzusehen sei. Dies ist indessen in dieser allgemeinen Form nicht gerechtfertigt. In der Literatur wird im Anschluß an die Begründung

zum Regierungsentwurf zur Änderung des GmbH-Gesetzes (Regierungsentwurf 1977, BT-Drucks. 8/1347, S. 32) weitgehend angenommen, daß neben den Sicherheitsleistungen nach den §§ 232 ff. BGB auch andere, wirtschaftlich gleichwertige Absicherungen möglich seien (vgl. u.a. *Gessler* in BB 1980, 1388 und *Roth*, Kommentar zum GmbHG, 1983, Anm. 5.1 zu § 7). Demgegenüber vertritt *Winter* (in *Scholz*, Kommentar zum GmbHG, 6. Aufl. 1978/1983, Rdnr. 10 d zu § 7 Abs. 2 und 3 n.F.) die Auffassung, es sei ausreichend, wenn das Sicherungsmittel so beschaffen sei, daß es der uneingeschränkten persönlichen Haftung einer weiteren Person für die Restgeldeinlage gleichwertig sei. Es müsse daher — ohne die Einschränkungen der §§ 232 Abs. 2, 239 BGB — auch die selbstschuldnerische Bürgschaft oder die Schuldmitübernahme durch einen anderen genügen (so auch *Fischer*, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 1983, Anm. 6 zu § 7).

Dieser Auffassung ist zu folgen. Sie geht zutreffend vom Gesetzeszweck aus, der darin zu sehen ist, daß die Sicherung die fehlende Ausfallhaftung eines Mitgesellschafters nach § 24 GmbHG ausgleichen soll. Darüber hinaus wird zu Recht darauf hingewiesen, daß eine zu weitgehende Einschränkung der geeigneten Sicherungsmittel in vielen Fällen nur das Ausweichen auf die undurchsichtigere Strohmanngesellschaft herausfordern würde, weil eine Sicherheit dann nicht mehr zu bestellen wäre, wenn ein weiterer Gesellschafter mit einer geringen Einlage lediglich als Strohmann in die Gesellschaft aufgenommen werden würde.

Die Firma H. GmbH & Co. KG ist eine rechtlich eigenständige Firma mit eigenem Vermögen. Sie stellt sich damit als weitere Rechtsperson dar, deren Vermögen für die Restgeldeinlage herangezogen werden kann. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Bürgschaft aus in der Rechtsperson der Bürgin liegenden Gründen wirtschaftlich wertlos wäre. Darauf hat das Registergericht seine Ablehnung auch nicht gestützt. Der bloße Umstand, daß hinter der Bürgin auch wieder nur der einzige Gesellschafter der betroffenen Firma, Herr K. steht, reicht zur Verweigerung der Eintragung nicht aus, zumal Manipulationen — die das Landgericht für nicht ausgeschlossen erachtet hat — nicht schlechthin unterstellt werden können. Deshalb war der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, von seinen in der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken, nach denen die Bürgin einer weiteren außenstehenden Person nicht gleichsteht, Abstand zu nehmen.

C.

Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

17. GBO § 29; BeurkG § 40; BGB § 129; FGG § 27; ZPO § 440 (*Nachträgliche Ergänzung einer notariell beglaubigten Erklärung*)

1. Ob eine Erklärung, die in den Text einer öffentlich beglaubigten Urkunde nachträglich eingefügt wurde, formunwirksam und in jedem Fall ein zum Nachweis nach § 29 Abs. 1 GBO nicht ausreichendes Beweismittel ist, bleibt offen.

2. Für den nachträglich eingefügten Text gilt § 440 Abs. 2 ZPO nicht.

BayObLG, Beschluß vom 23.11.1984 — BReg. 2 Z 77/84 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beschwerdeführer wenden sich dagegen, daß das Grundbuchamt für einen Text, der nachträglich in eine öffentlich beglaubigte Grundbucherklärung eingefügt wurde, eine nochmalige öffentliche Beglaubigung verlangt.

1. Die Beteiligten zu 2) kauften mit notariellem Vertrag vom 4.11.1982 von der Beteiligten zu 1) ein Grundstück und Miteigentumsanteile an zwei weiteren Grundstücken (Weg- und Hofflächen); gleichzeitig bestellten sie für die Beteiligten zu 3) und 4) je eine Grundschuld am gesamten Vertragsgegenstand und verpfändeten ihnen bis zur Eintragung von Eigentumswechsel und Grundschulden (u.a.) den Anspruch auf Übertragung des Eigentums. Auflassungsvormerkung und Verpfändungsvermerke wurden in das Grundbuch eingetragen. Die notarielle Urkunde enthält außerdem eine Miteigentümervereinbarung i.S. von § 1010 BGB hinsichtlich der Weg- und Hofflächen.

Zur Urkunde des verfahrensbevollmächtigten Notars vom 30.11.1983 einigten sich die Beteiligten zu 1) und 2) über den Eigentumsübergang bezüglich des Grundstücks und der Miteigentumsanteile. Die Beteiligten zu 2) bewilligten und beantragten in das Grundbuch einzutragen: die Auflassung; die Miteigentümervereinbarung an erster Rangstelle an den Miteigentumsanteilen; die beiden Grundschulden an erster und zweiter Rangstelle in Abt. III „am gesamten Vertragsgegenstand".

Der Verfahrensbevollmächtigte hat dem Grundbuchamt die Urkunde vom 30.11.1983 zusammen mit einer Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 3) und einer öffentlich beglaubigten „Zustimmungserklärung" der Beteiligten zu 4) „im Namen aller Beteiligten ... gemäß § 15 GBO" zum Vollzug aller in den Urkunden enthaltenen Anträge vorgelegt. In der letztgenannten Urkunde stimmte der Bevollmächtigte S. für die Beteiligte zu 4) der Auflassung des Grundstücks an die Beteiligten zu 2) sowie der Eintrgung der Eigentumsänderung im Grundbuch zu und beantragte die Löschung des Verpfändungsvermerks im Grundbuch unter der Bedingung, daß gleichzeitig mit der Eigentumsänderung für sie eine Grundschuld eingetragen werde, der in Abteilung II keine Rechte vorgehen dürften.

2. Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge mit Zwischenverfügung vom 27.1.1984 beanstandet: Nach der Rangbestimmung der Beteiligten zu 2) solle die Miteigentümervereinbarung nach § 1010 BGB die erste Rangstelle vor den einzutragenden Grundschulden haben; die Beteiligte zu 4) beantrage dagegen die Löschung des Verpfändungsvermerks unter der Bedingung, daß der Grundschuld in Abteilung II keine Rechte vorgehen dürften. Damit der Verpfändungsvermerk gelöscht werden könnte, sei entweder eine Erklärung der Beteiligten zu 2) erforderlich, daß die Miteigentümververeinbarung im Rang nach der Grundschuld eingetragen werden könne, oder eine Erklärung der Beteiligten zu 4), daß diese Vereinbarung im Rang vorgehen dürfe.

Daraufhin hat das Grundbuchamt die Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 4) dem Verfahrensbevollmächtigten auf dessen Bitte hin wieder ausgehändigt. Dieser sandte sie am 15./16.2.1984 an das Grundbuchamt zurück, nachdem auf der Urkunde maschinenschriftlich ergänzt worden war, daß der Grundschuld in Abteilung II die „Miteigentümervereinbarung am MEA an Fl.Nr. 994/23 und 994/24" vorgehen dürfe. Beigefügt war ferner ein an den Verfahrensbevollmächtigten gerichteter, nicht unterschriebener „Kurzbrief"; dieser trägt den Briefkopf der Beteiligten zu 4) und folgende Vermerke: „Diesen Brief schreibt Ihnen H.W."; „Zustimmungserklärung nach Ändern zurück".

Das Grundbuchamt hat mit Beschluß vom 1.3.1984 nunmehr beanstandet, daß die Ergänzung der Zustimmungserklärung die Zwischenverfügung vom 27.1.1984 nicht erledigt habe. Die Zusatzerklärung der Beteiligten zu 4) müsse gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erneut unterzeichnet und beglaubigt werden; so wie vorgenommen genüge die Ergänzung dem Formerfordernis des § 29 GBO nicht.

Der hiergegen eingelegten Erinnerung hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat gegen diesen Beschluß weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

1. ...

2. Das Landgericht hat ausgeführt, nachträgliche Änderungen seien grundsätzlich zulässig, wenn sie vom Unterzeich-

nenden oder mit dessen Genehmigung von einer anderen Person vorgenommen würden. Solche nachträglichen Änderungen seien jedoch nicht von der Beglaubigung gedeckt und entsprächen daher nicht der Form des § 29 GBO. Zweck dieser Vorschrift sei es, im Grundbuchverkehr eine sichere Gewähr dafür zu bieten, daß die Erklärungen, auf Grund derer eine Eintragung erfolgen soll, wirklich von der Person herrührten, die in der Urkunde als Erklärender genannt ist. Daher sei bei nachträglichen Änderungen und Einschaltungen anderer Art besondere Unterzeichnung und Beglaubigung der Unterschrift notwendig.

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

a) Die Beschwerde richtet sich gegen die im Beschluß vom 1.3.1984 ergänzte Zwischenverfügung vom 27.1.1984. Das Grundbuchamt hat darin das dem Vollzug des Löschungsantrags entgegenstehende Hindernis aufgezeigt und die Wege zu seiner Beseitigung angegeben. Da das Hindernis nach Ansicht der Rechtspflegerin bis zum Fristablauf nicht beseitigt war, hätte sie den Eintragungsantrag zurückweisen können. Es war aber ebenso zulässig, eine neue Zwischenverfügung zu erlassen (*Horber* GBO 16. Aufl. Anm. 5 C b; KEHE Rdnr. 61, je zu § 18) oder, wie hier geschehen, die Zwischenverfügung zu ergänzen (durch Hinweise auf die Formbedürftigkeit der nachträglichen Erklärung) und die Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses zu verlängern.

b) Die Zwischenverfügung hat u. a. der Beteiligten zu 4) anheimgegeben, den Vorbehalt zu ändern, den sie mit ihrer Zustimmung zur Löschung des Verpfändungsvermerks verbunden hatte. Eine Zwischenverfügung dieses Inhalts ist zulässig (vgl. BayObLGZ 1976, 44 [= MittBayNot 1976, 25]).

Sieht man zunächst von der nachträglich in die Erklärung eingefügten Ergänzung ab, so stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

Die „Zustimmungserklärung" der Beteiligten zu 4) enthält einen Antrag (§ 13 GBO) auf Löschung des Verpfändungsvermerks (so der Wortlaut). Sie ist außerdem als Löschungsbewilligung aufzufassen; da der Verpfändungsvermerk zugunsten der Beteiligten zu 4) eingetragen war, bedarf es gemäß § 19 GBO zu seiner Löschung ihrer Bewilligung (vgl. BayObLGZ 1967, 295; BayObLG DNotZ 1983, 758 mit weit. Nachw.).

Die Beteiligte zu 4) hat die Löschung des Verpfändungsvermerks „unter der Bedingung" beantragt, daß für sie gleichzeitig mit der Auflassung eine Grundschuld eingetragen werde, der in Abteilung II keine Rechte vorgehen. Bei dieser „Bedingung" handelt es sich um einen nach § 16 Abs. 2 GBO zulässigen Vorbehalt. Auch soweit die Zustimmungserklärung als Eintragungsbewilligung aufzufassen ist, ist sie mit demselben Vorbehalt versehen; die Verknüpfung der Eintragungsbewilligung mit einem solchen Vorbehalt ist zulässig (*Horber* § 16 Anm. 6).

Der Antrag auf Löschung des Verpfändungsvermerks konnte nicht vollzogen werden, weil dem Vorbehalt nicht Rechnung getragen werden konnte: Die Grundschuld konnte nicht so eingetragen werden, daß ihr in Abteilung II im Rang keine Rechte vorgingen.

Die Eintragung der Grundschuld war nämlich von den Beteiligten zu 2) — sie waren als künftige Eigentümer von dieser Eintragung betroffen — mit einer anderen Rangbestimmung bewilligt: sie haben in der Urkunde vom 30.11.1983 bestimmt, daß an den Miteigentumsanteilen an erster Rangstelle die Miteigentümervereinbarung eingetragen werden solle. Die Rangbestimmung in der Eintragungsbewilligung ist maßgebend (*Horber* Anm. 6, KEHE Rdnr. 14, *Meikel/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 39, 40, 43, je zu § 45). Dies führt, da die Eintragung der Grundschuld so, wie von der Beteiligten zu 4) vorbehalten, nicht möglich ist, dazu, daß der Löschungsantrag nicht vollzogen werden kann.

Das Grundbuchamt konnte, anstatt den Antrag zurückzuweisen, durch Zwischenverfügung darauf hinwirken, daß der Vorbehalt aufgegeben oder inhaltlich derart geändert wird, daß der Verpfändungsvermerk im Grundbuch gelöscht werden kann (vgl. KG JFG 1, 439/441; JFG 19, 135/137; *Horber* Anm. 4, KEHE Rdnr. 19, *Meikel/Imhof/Riedel* Rdnr. 5, *Güthe/Triebel* Grundbuchordnung 6. Aufl. Rdnr. 8, 10, je zu § 16).

c) Die nachträgliche Einfügung in die am 29.12.1983 öffentlich beglaubigte Erklärung hat den Vorbehalt dahingehend abgeändert, daß die Miteigentümervereinbarung der Grundschuld im Rang vorgehen kann. Mit einer Erklärung dieses Inhalts wäre das Eintragungshindernis — nämlich der Widerspruch zwischen der Bestimmung der Beteiligten zu 2) und dem Vorbehalt der Beteiligten zu 4) hinsichtlich des Rangs der einzutragenden Grundschuld — beseitigt worden. Grundbuchamt und Landgericht haben aber unter Berufung auf § 29 Abs. 1 GBO die nachträgliche Einfügung in die Erklärung für nicht ausreichend angesehen, weil sie nicht nochmals öffentlich beglaubigt worden ist. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

aa) Die Erklärung, mit der nachträglich das Einverständnis erteilt wurde, daß der einzutragenden Grundschuld die Miteigentümervereinbarung im Rang vorgehen kann, bedarf der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Erklärung, wie oben dargelegt wurde, nicht nur Löschungsantrag (§ 13 GBO), sondern auch Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) ist.

bb) Das Landgericht hat die mit der nachträglichen Einfügung versehene Erklärung der Beteiligten zu 4) nicht für ausreichend angesehen, weil sie dem Erfordernis öffentlicher Beglaubigung (§ 29 Abs. 1 GBO) nicht genüge. Der Senat kann die Frage offen lassen, ob eine nachträgliche Änderung des Textes einer öffentlich beglaubigten Erklärung das Formerfordernis erfüllt, obwohl sie nicht eigens öffentlich beglaubigt ist. Auch wenn man das Formerfordernis für erfüllt ansieht, bestehen, wie schon das Grundbuchamt zusätzlich ausgeführt hat, Zweifel, ob die nachträgliche Einfügung mit dem Willen derjenigen Person vorgenommen worden ist, die die „Zustimmungserklärung" ursprünglich unterzeichnet hatte. Wahrung des Formerfordernisses und Beweiskraft der Urkunde sind zu unterscheiden (vgl. *Palandt* BGB 43. Aufl. Anm. 2; *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 129).

d) aa) Allgemein gelten für die öffentliche Beglaubigung, auch soweit sie im Grundbuchverfahren gefordert wird, die folgenden Grundsätze:

Die öffentliche Beglaubigung richtet sich nach § 129 Abs. 1 BGB (KG HRR 1933 Nr. 759; *Güthe/Triebel* § 29 Rdnr. 103; *Soergel* § 129 Rdnr. 2) i.V.m. §§ 39, 40 BeurkG. Der Beglaubigungsvermerk des Notars (§ 39 BeurkG) ist eine öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 415, 418 ZPO; er bezeugt, daß die im Vermerk bezeichnete Person die Unterschrift vor dem Notar geleistet oder anerkannt hat (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*

BeurkG § 40 Rdnr. 2, *Mecke* BeurkG Rdnr. 1, je zu § 40). Die Erklärung über der beglaubigten Unterschrift bleibt Privaturkunde (§ 416 ZPO). Steht die Echtheit der Unterschrift fest — das ist infolge der öffentlichen Beglaubigung der Fall —, wird auch die Echtheit der über der Unterschrift stehenden Schrift vermutet (§ 440 Abs. 2 ZPO), d. h. es ist als bewiesen anzusehen, daß die Schrift von der Person, die unterschrieben hat, stammt oder mit ihrem Willen erstellt wurde. Die Urkunde begründet nach § 416 ZPO weiter vollen Beweis dafür, daß die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller (Unterzeichnenden) abgegeben wurde (vgl. KEHE § 29 Rdnr. 103). Die genannten Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Beweiskraft von Urkunden haben auch für andere Verfahrensarten wie das Grundbuchverfahren Gültigkeit (vgl. KEHE § 29 Rdnr. 98, 104; *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. Rdnr. 7, *Jansen* Rdnr. 77, je zu § 15).

bb) Ist der Text einer bereits öffentlich beglaubigten Erklärung nachträglich geändert worden, so gelten für den geänderten Text die eben dargestellten Grundsätze nicht uneingeschränkt.

Steht fest, daß der Text über der Unterschrift nachträglich durch Ergänzung (Einschaltung) geändert worden ist, so gilt für die Ergänzung § 440 Abs. 2 ZPO nicht (KEHE aaO; *Palandt* § 129 Anm. 2, *Stein/Jonas* ZPO 19. Aufl. § 440 Anm. III; *Mecke* § 40 Rdnr. 20). Vielmehr unterliegt es der freien Beweiswürdigung, ob die Ergänzung mit dem Willen der Person eingefügt worden ist, die die Unterschrift geleistet hatte (vgl. BGH WM 1965, 1062).

Ob darüber hinaus der Einfügung überhaupt die Form der öffentlich beglaubigten Erklärung abzusprechen ist, d. h. daß die Einfügung den Anforderungen überall dort nicht genügt, wo eine öffentlich beglaubigte Erklärung gefordert wird, ist umstritten. Das gilt insbesondere für die Frage, ob die nachträglich eingefügte Erklärung ein geeignetes Beweismittel im Grundbuchverfahren sein kann. Überwiegend wird diese Frage verneint und neue Unterzeichnung und Beglaubigung verlangt, sofern es sich nicht um unwesentliche Berichtigungen oder Klarstellungen handelt (*Horber* Anm. 5 a, KEHE Rdnr. 98, *Meikel/Imhof/Riedel* Rdnr. 66, *Güthe/Triebel* Rdnr. 115, je zu § 29; *Jauernig* BGB 3. Aufl. Anm. 2, *Staudinger/Coing* BGB 11. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 129; *Jansen* BeurkG § 40 Rdnr. 13, *Mecke* aaO; *Flume* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 3. Aufl. § 15 II 4; vgl. auch Münch-Komm BGB 2. Aufl. § 129 Rdnr. 4). Das Kammergericht hat diese Meinung gleichfalls in ständiger Rechtsprechung vertreten (KGJ 22 A 125; KG OLGE 3, 306; 7. 336; KGJ 35 A 225/230; vgl. auch OLG Hamburg DNotZ 1951, 422; OLG Hamm Rpfleger 1957, 113; OLG Celle MittRhNotK 1984, 105 [= MittBayNot 1984, 207]). Eine andere in Rechtsprechung und Literatur vertretene Meinung hält vor allem unter Hinweis auf die Zulässigkeit der Beglaubigung einer Blankounterschrift (§ 40 Abs. 5 BeurkG) die nachträglich hinzugefügte Erklärung grundsätzlich für durch den Beglaubigungsvermerk gedeckt und formwirksam; die Behörde, für die die Erklärung bestimmt ist, und vor allem das Grundbuchamt könnten sie aber zurückweisen, wenn Zeifel daran bestünden, daß die Ergänzung vom Aussteller der Urkunde stammt oder mit seiner Billigung eingefügt worden ist (LG Aachen MittRhNot 1982, 151 mit zust. Anm. von *Faßbender*; LG Düsseldorf MittRhNot 1984, 107 [= MittBayNot 1984, 207]; *Staudinger/Dilcher* 12. Aufl. Rdnr. 4, *Soergel* Rdnr. 3, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 3, *Palandt* Anm. 2, je zu § 129; *Keidel/Kuntze/Winkler* BeurkG § 40 Rdnr. 72; *Schlegelberger* FGG 7. Aufl. [1956] § 183 Rdnr. 10).

cc) Das Landgericht ist der Meinung gefolgt, daß eine nachträgliche Einfügung in die öffentlich beglaubigte Erklärung als formunwirksam (§ 129 Abs. 1 BGB) und als ein zum Nachweis i. S. des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO immer ungeeignetes Beweismittel anzusehen ist. Trifft diese Rechtsmeinung zu, so wird die landgerichtliche Entscheidung von der Begründung getragen. Aber auch wenn man der Gegenmeinung folgt, ist das Ergebnis aus den folgenden Gründen nicht anders:

Legt man die eben genannte Gegenmeinung zugrunde, so ist ihr jedenfalls auch darin beizupflichten, daß das Grundbuchamt eine solche nachträglich geänderte Erklärung zurückweisen, d. h. den Nachweis für nicht geführt ansehen kann, wenn Zweifel bestehen, ob die Einfügung mit dem Willen der Person zustandegekommen ist, die die Unterschrift (früher) geleistet hat. Dies ergibt sich aus dem oben herausgestellten Grundsatz, daß die Regelung des § 440 Abs. 2 ZPO nicht gilt, wenn feststeht, daß die über der Unterschrift stehende Schrift nachträglich ergänzt wurde. Inwieweit § 440 Abs. 2 ZPO bei einer sog. Blankett-Unterschrift Anwendung findet (vgl. *Jansen* § 40 BeurkG Rdnr. 18), ist hierfür nicht maßgebend; denn die nachträgliche Änderung eines vor der Unterschriftsleistung fertiggestellten Textes unterscheidet sich von der Ausfüllung eines Blanketts in dem hier wesentlichen Punkt, daß nur beim Blankett offenbar ist, daß der Unterschriftleistende mit der nachträglichen Erstellung eines Textes über seiner Unterschrift rechnete.

Das Landgericht hat — von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig — nicht zu der Frage Stellung genommen, ob im vorliegenden Fall Zweifel daran bestehen, daß die nachträgliche Einfügung mit dem Willen der Person vorgenommen worden ist, die die Urkunde ursprünglich unterschrieben hatte. Legt man die Gegenmeinung zugrunde, so läge in der landgerichtlichen Entscheidung ein Rechtsfehler, der das Rechtsbeschwerdegericht zur eigenen Würdigung der Beweiskraft der Urkunde berechtigen würde (vgl. BayObLGZ 1971, 307/309 [= DNotZ 1972, 23] mit weit. Nachw.; *Horber* § 78 Anm. 3 A c; *Jansen* § 27 Rdnr. 45).

Bei dieser Beweiswürdigung kommt der Senat zu demselben Ergebnis wie das Grundbuchamt. Auch nach Meinung des Senats kann unter den Umständen des vorliegenden Falles nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß dieselbe Person, die die ursprüngliche Zustimmungserklärung unterzeichnet hat, auch die nachträgliche Einfügung vorgenommen oder gebilligt hat. Die Beteiligte zu 4) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung; es erscheint nicht ausgeschlossen, daß die nachträgliche Einfügung nicht vom ursprünglichen Unterzeichner, sondern einer anderen Person — sei sie vertretungsberechtigt oder nicht — vorgenommen worden ist. Der Kurzbrief mit dem Kopf der Beteiligten zu 4), mit dem die Urkunde an den Notar zurückgesandt wurde, enthält übrigens die Bemerkung: „Diesen Brief schreibt Ihnen H. W."; das ist nicht der Unterzeichner der ursprünglichen Erklärung.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. zur Frage der nachträglichen Abänderung einer notariell beglaubigten Erklärung durch den Notar auch die Anmerkung von *Winkler* in MittBayNot 1984, 209 ff. zu den in vorstehender Entscheidung des BayObLG zitierten Entscheidungen des LG Düsseldorf MittBayNot 1984, 207 und des OLG Celle MittBayNot 1984, 207 ff.

D.

Kostenrecht

18. KostO § 156 Abs. 2, § 30 Abs. 1 (*Zur Bewertung eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH*)

1. Zur Beschwerdeberechtigung eines vom Notar nicht in Anspruch genommenen Kostenschuldners.

2. Zur Bewertung des Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH

BayObLG, Beschluß vom 19.11.1984 — BReg. 3 Z 137/82 —

Aus dem Tatbestand:

1. Im Jahre 1970 brachte H. industrielle Beteiligungen in die H. Stiftung GmbH, die Beteiligte zu 2), ein. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 50.000,— DM, die Stammeinlagen der fünf Gesellschafter je 10.000,— DM. Das Gesellschaftsvermögen besteht im wesentlichen in der Beteiligung an der H. GmbH. Diese Beteiligung hat einen Verkehrswert von 33.163.692,— DM, der nach dem sog. Stuttgarter Verfahren ermittelt worden ist. H. trat 1973 seinen Geschäftsanteil an seine Ehefrau, die Beteiligte zu 3), ab; er starb im Jahre 1980. Im Juli 1984 beurkundete der beteiligte Notar die Abtretung des Geschäftsanteils von der Betelligten zu 3) auf den Beteiligten zu 4). Die Urkunde enthält u.a. die Bestimmung, daß die Abtretung treuhänderisch erfolgt, eine Gegenleistung nicht zu erbringen ist und die Beteiligte zu 2) die Kosten der Beurkundung zu tragen hat.

2. Der Notar erstellte der Beteiligten zu 2) eine Kostenberechnung über insgesamt 14.752,38 DM, nämlich eine Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Höhe von 13.830,— DM sowie Auslagen und Mehrwertsteuer. Der Notar legte der Kostenberechnung einen Geschäftswert von 4.567.400,— DM zugrunde. Er nahm den Wert aller Geschäftsanteile mit 22.837.000,— DM an, für den abgetretenen Anteil ein Fünftel hiervon. Die Annahme eines Wertes, der unter dem Verkehrswert lag, hielt er deshalb für gerechtfertigt, weil das Vermögen der Beteiligten zu 2) gebunden und nicht frei veräußerlich sei.

Die Beteiligte zu 2) erhob gegen die Kostenberechnung Beschwerde zum Landgericht.

Sie beglich den Betrag von 14.752,38 DM im Oktober 1981 vorbehaltlich der anhängigen Kostenbeschwerde. Die Beteiligte zu 3) verpflichtete sich gegenüber der Beteiligten zu 2), „im Innenverhältnis deren Kostenschuld gegenüber dem Notar als Gesamtschuldnerin beizutreten".

Das Landgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück und ließ die weitere Beschwerde zu.

Die Beteiligte zu 3) legte weitere Beschwerde ein. Zur Begründung führt sie aus: Das Landgericht gehe zwar zu Recht davon aus, daß Beziehungswert der gemeine Wert sei, der regelmäßig dem anteiligen Gesellschaftsvermögen entspreche; jedoch habe es nicht berücksichtigt, daß es sich hier um einen Ausnahmefall handle. Maßgebend seien hier die Bindungen und Beschränkungen des Abtretungsempfängers, die satzungsmäßigen Ertrags- und Verfügungsbeschränkungen der Beteiligten zu 2) und deren Gemeinnützigkeit. Danach seien die Geschäftsanteile wertlos; sie könnten nicht gehandelt werden. Die Gesellschafter erhielten keine Dividenden und keinen Veräußerungsgewinn. Sie seien Treuhänder eines Stiftungsgedankens und hätten deshalb die Geschäftsanteile unentgeltlich erhalten. Jedoch sei ein Treugeber nicht vorhanden; die Gesellschafter handelten praktisch wie die gesetzlichen Vertreter einer „echten" Stiftung. Beim Gesellschafterwechsel gehe es daher nicht um die Übertragung von Vermögenswerten, sondern um einen Wechsel in den Verwaltungsorganen. Satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen seien auch im Kostenrecht maßgebend, das gleiche gelte für steuerliche Maßstäbe. Deshalb sei nach Abschnitt 82 der Vermögensteuerrichtlinien die Hälfte des Nominalwertes anzusetzen. Das gleiche Ergebnis ließe sich erzielen, wenn — mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung — § 30 Abs. 2 KostO angewendet werde. Hilfsweise beantrage sie unter Berücksichtigung der vorgetragenen Gesichtspunkte eine Bestimmung des Geschäftswerts nach freiem Ermessen.

Aus den Gründen:

1. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 3) ist zulässig.

a) . . .

b) Die Beteiligte zu 3) ist auch beschwerdeberechtigt, da der Notar auch ihre Erklärungen beurkundet hat und sie damit Kostenschuldnerin nach § 2 Nr. 1 KostO ist.

Hieran ändert nichts, daß die Beteiligte zu 2) durch Übernahmeerklärung gegenüber dem Notar Kostenschuldnerin nach § 3 Nr. 2 KostO geworden ist. Diese Kostenübernahme hat nicht zur Folge, daß der nach § 2 Nr. 1 KostO Verpflichtete von seiner Haftung frei wird, vielmehr haftet er mit dem Übernehmer als Gesamtschuldner nach § 5 KostO (allg. M., statt vieler *Jonas* § 3 Anm. III 4).

Die Beschwerdeberechtigung wird auch dadurch nicht berührt, daß die Beteiligte zu 3) die Kostenberechnung des Notars nicht beanstandet und sich am Verfahren vor dem Landgericht nicht beteiligt hat (KG JFGErg 19, 197 = DNotZ 1939, 138 = JVBl 1939, 60; *Rohs/Wedewer* Anm. VI 6 n; *Jonas* Anm. VIII 4, *Korintenberg* Rdnr. 76; *Beushausen* Anm. 6 e je zu § 156; *Hartmann* § 156 KostO Anm. 3 d; *Schneider* Die Notarkostenbeschwerde S. 116).

Schließlich steht der Beschwerdeberechtigung nicht entgegen, daß die Beteiligte zu 3) vom Notar für die Kosten nicht in Anspruch genommen worden ist.

Nach weitaus überwiegender Auffassung ist der nicht in Anspruch genommene Kostenschuldner jedenfalls dann beschwerdeberechtigt, wenn er sich — wie hier — gegen die Höhe der Kostenberechnung wendet. Dies folgt aus der Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung, die für alle Kostenschuldner endgültig die Höhe der Kosten bestimmt (KG DNotZ 1938, 105/106; 322; OLG Braunschweig Rpfleger 1956, 116 [LS]; OLG Bremen KostRsp § 156 Nr. 58; ferner BayObLG JurBüro 1975, 492/493 — zu § 14 KostO; OLG München Rpfleger 1982, 239 — zu § 5 GKG; *Rohs/Wedewer* Anm. II c, *Jonas* Anm. II 1 b und VII 4, *Korintenberg* Rdnr. 13 und 95, *Beushausen* Anm. 2 b bb, je zu § 156; *Schneider* S. 54, 104 ff., 116).

Die Gegenmeinung (OLG Schleswig JurBüro 1981, 403 — zu § 5 GKG — und *Lappe* in *Korintenberg* § 14 Rdnr. 43, in der Anmerkung zu OLG Bremen KostRsp KostO § 156 Nr. 58 und in NJW 1983, 1467/1472) vermag nicht zu überzeugen.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO haften mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Sofern im Innenverhältnis der Kostenschuldner eine Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht, wird sie der Höhe nach u.a. von der für alle verbindlichen Entscheidung bestimmt. Bei dieser Situation ist schon die Auffassung, der nicht in Anspruch genommene Kostenschuldner werde in seinen Rechten nicht beeinträchtigt — gemeint ist wohl: durch die gerichtliche Entscheidung, die der in Anspruch genommene Schuldner herbeigeführt hat — (*Lappe* Anmerkung zu OLG Bremen aaO) nicht haltbar. Des weiteren leuchtet nicht ein, warum der ausgleichspflichtige Kostenschuldner, wenn über die Ausgleichspflicht Streit entsteht, darauf verwiesen werden soll, seine Einwendungen gegen die Kostenberechnung im Zivilprozeß geltend zu machen (so *Lappe* aaO), zumal die Zulässigkeit dieses Verfahrens verneint wird (BGH MDR 1961, 395 [= DNotZ 1961, 393, 430]; Rpfleger 1967, 140 [= DNotZ 1967, 323]).

Die Beteiligte zu 3) ist der Beteiligten zu 2) zum Ausgleich verpflichtet. Dies ergibt sich jedenfalls aus ihren Vereinbarungen.

Schließlich läßt sich gegen die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 3) auch daraus nichts herleiten, daß die Beteiligte zu 2) die Kostenberechnung des Notars bereits beglichen hat.

Dabei kommt der Tatsache, daß die Zahlung „unter dem Vorbehalt der anhängigen Kostenbeschwerde" erfolgte, keine wesentliche Bedeutung zu. Ist durch sie die dem Notar zustehende Leistung wegen des Vorbehalts nicht bewirkt worden, ist auch die Beteiligte zu 3) als Schuldnerin verpflichtet geblieben (§§ 362, 421 S. 2 BGB). Nimmt man dagegen an, die geschuldete Leistung sei trotz des Vorbehalts bewirkt worden, so ist die Kostenforderung des Notars auf die Beteiligte zu 2) übergegangen, soweit sie — wie oben dargelegt — von der Beteiligten zu 3) Ausgleich fordern kann (§ 426 Abs. 2 Satz 1 BGB).

2. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 3) ist unbegründet.

Da die weitere Beschwerde in vollem Umfang zugelassen ist, hat das Rechtsbeschwerdegericht die angefochtene Kostenberechnung in jeder Hinsicht zu überprüfen.

a) Das Landgericht hat zu Recht die Anwendung des § 36 Abs. 2 KostO auf die Beurkundung der Abtretung gebilligt. Die Urkunde enthält einen Vertrag zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Die Gebührenvorschrift des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO kommt nicht in Betracht; die Beurkundung eines der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts ist nicht ersichtlich.

b) Das Landgericht hat ferner zu Recht den Wert des GmbH-Anteils zu Grunde gelegt. Da der Vertrag einen Austausch von Leistungen nicht zum Gegenstand hat (§ 39 Abs. 2 KostO), bemißt sich der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, auf das sich der beurkundete Abtretungsvertrag bezieht (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO); das ist hier der abgetretene GmbH-Anteil (vgl. hierzu *Korintenberg* § 39 Rdnr. 1).

c) Schließlich kann auch der vom Landgericht gebilligte Geschäftswert nicht beanstandet werden.

(1) Der Geschäftsanteil an einer GmbH ist ein Vermögensgegenstand, für den weder die §§ 19—29 KostO noch die speziellen Vorschriften des 2. Abschnittes dieses Gesetzes eine Wertregelung enthalten. Es steht auch kein bestimmter Geldwert fest, da der Nennbetrag nicht dem wirtschaftlichen Wert des Anteils entspricht. Der Wert des Anteils ist deshalb gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen. Anzustreben ist die Bestimmung eines Geschäftswerts, der mit den im Wirtschaftsleben zugrunde gelegten Werten möglichst übereinstimmt. Läßt sich der Wert nicht aus Verkäufen feststellen, so kann er auch nach dem sog. Stuttgarter Verfahren unter Berücksichtigung des Vermögens und der Ertragsaussichten der GmbH geschätzt werden (vgl. hierzu BayObLGZ 1977, 50/51 [= MittBayNot 1977, 139] m.w.N.; OLG München DNotZ 1941, 502; 1942, 192, 419).

Diese Grundsätze hat das Landgericht beachtet. Es hat, da ein Verkauf nicht stattgefunden hat, zu Recht und ohne Verstoß gegen Verfahrensvorschriften den nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten Verkehrswert des Vermögens der Beteiligten zu 2) in Höhe von 33.163.692,— DM als Ausgangspunkt seiner Bewertung gewählt. Ob der Notar und ihm folgend das Landgericht wegen der Gemeinnützigkeit der Beteiligten zu 2) und der daraus herrührenden Beschränkungen von dem festgestellten Verkehrswert einen etwa 30%igen Abschlag für gerechtfertigt halten und demgemäß einen Geschäftswert von nur 22.837.000,— DM annehmen durften, kann hier offen bleiben. Da die Beteiligte zu 3) Rechtsbeschwerde mit dem Ziel der Herabsetzung der Kostenberechnung eingelegt hat, ist dem Rechtsbeschwerdegericht ihre Schlechterstellung verwehrt (BayObLG JurBüro 1980, 751/752 [= MittBayNot 1980, 38]). Aus dem somit maßgeblichen Gesamtwert von 22.837.000,— DM entfällt auf den abgetretenen Geschäftsanteil ein Fünftel in Höhe von 4.567.400,— DM.

(2) Nach alledem ist für eine Wertbestimmung nach § 30 Abs. 2 KostO kein Raum. Das Landgericht hat auch zutreffend davon abgesehen, im Rahmen der nach § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmenden Wertbestimmung die sich aus der Gemeinnützigkeit der Beteiligten zu 2) ergebenden Folgen zu berücksichtigen.

Nach § 18 Abs. 1 KostO ist Geschäftswert der Wert, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat. Handelt es sich, wie hier, um eine Beurkundung, so wird deren Wert nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO durch den Inhalt der Beurkundung bestimmt; allein dieser ist für die Wertberechnung maßgebend. Der Zusammenhang der beurkundeten Erklärung mit anderen, nicht beurkundeten Rechtsverhältnissen und die sich daraus ergebenden Rechtswirkungen müssen außer Betracht bleiben (OLG München DNotZ 1939, 140; KG JFGErg 20, 58; *Rohs/Wedewer* § 39 Anm. I; *Jonas* § 32 Anm. I 2; *Korintenberg* § 39 Rdnr. 4).

Der Geschäftswert ist ferner — auch in Fällen des § 30 Abs. 1 KostO — nach objektiven Merkmalen zu bemessen, d.h. so, wie er sich für jedermann darstellt. Persönliche Verhältnisse, insbesondere Interessen der Beteiligten müssen außer Betracht bleiben (allg. Meinung; vgl. OLG München DNotZ 1937, 771/772; 1939, 682; 1944, 67; KG JFGErg 17, 28/29; 18, 123/125; 19, 128/130; 20, 61/63; 21, 57/58; DNotZ 1942, 26/27; *Rohs/Wedewer* § 18 Anm. II a, § 39 Anm. I; *Jonas* § 17 Anm. II; *Korintenberg* § 18 Rdnr. 3; *Göttlich/Mümmler* KostO 8. Aufl. Stichwort Geschäftswert S. 528; *Beushausen* § 18 Anm. 5).

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich für den vorliegenden Fall:

Maßgebend für die Bestimmung des Geschäftswertes ist allein der Inhalt der notariellen Urkunde über die Geschäftsteilabtretung. Die Satzung der Beteiligten zu 2), die nicht Gegenstand der Beurkundung war, ist somit schon aus diesem Grunde nicht heranzuziehen; die sich aus ihr ergebenden Ertrags- und Verfügungsbeschränkungen und deren Auswirkungen auf die Geschäftsanteile bzw. die Stellung der Gesellschafter bleiben außer Betracht.

Nicht zu berücksichtigen ist ferner, daß die Abtretung des Geschäftsanteils an den Beteiligten zu 4) nach dem Wortlaut der Urkunde treuhänderisch erfolgte, daß er eine Gegenleistung nicht erbringen muß, daß er keinen Anspruch auf Gewinnbeteiligung hat und daß er zur unentgeltlichen Rückübertragung verpflichtet ist; dies alles betrifft nur seine Person, nicht aber den objektiven Wert des Geschäftsanteils (vgl. hierzu KG DNotZ 1943, 10; *Rohs/Wedewer* § 18 Anm. II; *Beushausen* § 18 Anm. 5). Das gleiche müßte im übrigen auch für die sich aus der Satzung ergebenden Beschränkungen angenommen werden; diese könnten somit in keinem Falle bei der Wertermittlung eine Rolle spielen (vgl. hierzu OLG München JFGErg 30, 61/64; DNotZ 1941, 502; KG JVBl. 1944, 16; *Rohs/Wedewer* § 18 Anm. V b).

(3) Die angefochtene Entscheidung hat auch zu Recht Abschnitt 82 Abs. 2 der Vermögensteuerrichtlinien zur Wertbestimmung nicht herangezogen; danach ist der gemeine Wert von Anteilen an anderen gemeinnützigen Gesellschaften als Wohnungsgesellschaften in der Weise zu ermitteln, daß vom Vermögenswert, der nicht über dem Nennwert angesetzt

werden darf, ein Abschlag von fünfzig vom Hundert zu machen ist.

Wie oben dargelegt, ist bei der Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO der im Wirtschaftsleben zu Grunde gelegte Wert anzustreben. Diesem Grundsatz widerspricht es, auf einen weit darunter, noch unter dem Nennwert liegenden Wert abzustellen, solange — wie hier — genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung gegeben sind. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß Steuervergünstigungen grundsätzlich nicht ohne weiteres zur Befreiung oder Ermäßigung von Gebühren führen, die nach der Kostenordnung zu erheben sind; Gebührenbefreiung oder -ermäßigung besteht vielmehr nur, wenn sie ausdrücklich, wie z.B. durch § 1 WohnGebBefrG, zugestanden ist (vgl. BayObLGZ 1981, 195/200; 1978, 66/68 [= MittBayNot 1978, 121] und 350/353 [= MittBayNot 1979, 41].

(4) Da die Kostenberechnung des Notars auch im übrigen keine Mängel aufweist, war die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 3) zurückzuweisen.

---

19. BGB §§ 1414, 2113 ff., KostO § 30 Abs. 1, § 39 Abs. 3 (*Zur Bewertung des Vermögens eines Vorerben*)

1. Das Vermögen der beiden (künftigen) Ehegatten abzüglich der auf diesem lastenden Schulden bestimmt den Wert für die Beurkundung der Vereinbarung, daß in der Ehe Gütertrennung bestehen soll. Eine Wertschätzung nach § 30 Abs. 1 KostO kommt nicht in Betracht.

2. Ist ein Ehegatte als Vorerbe Inhaber von Vermögen, so stellen die ihn treffenden erbrechtlichen Beschränkungen keine abziehbaren Verbindlichkeiten dar.

BayObLG, Beschluß vom 10.1.1985 — BReg. 3 Z 152/83 —

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) hat Vermögen als Vorerbe geerbt, der von den Beschränkungen der § 2113 Abs. 1, §§ 2114, 2116 mit 2119 BGB befreit ist. Der Nacherbfall tritt mit dem Tode des Beteiligten zu 1) ein. Das ererbte Vermögen besteht vor allem aus Grundbesitz.

Der beteiligte Notar beurkundete einen Ehe- und Erbvertrag der damals miteinander verlobten Beteiligten zu 1) und 2). Die Vertragsschließenden vereinbarten u. a. für ihre Ehe den Güterstand der Gütertrennung. Bei der Berechnung des Gesamtgegenstandswertes berücksichtigte der Notar das Vermögen des Beteiligten zu 1) mit einem Wert in Höhe von 10% des ererbten Vermögens.

Der Präsident des Landgerichts wies den Notar an, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Auch wenn das Vermögen des Ehemannes gebundenes Vermögen sei, weil Nacherbfolge angeordnet worden sei, müsse für den Vorerben zumindest ein Anteil von 25 bis 30% des Vermögens angesetzt werden. Die Kostenberechnung berücksichtige nur einen Teilwert.

Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts. Strittig sei lediglich der Ansatz des Vermögens des Beteiligten zu 1). Er habe 10% dieses Vermögens angenommen, weil es sich wegen der Nacherbfolge um gebundenes Vermögen handle.

Der Beteiligte zu 1) erhob ebenfalls Kostenbeschwerde mit dem Antrag, bei der Festsetzung des Geschäftswertes sein Vermögen mit einem Betrag in Höhe von maximal 2 bis 3% dieses Vermögens zu bewerten.

Das Landgericht hob die Kostenberechnung des Notars auf. Es wies den Notar an, die Kosten neu zu berechnen und dabei der Gütertrennung betreffend das Vermögen des Beteiligten zu 1) einen Wert in Höhe von 20% dieses Vermögens zugrundezulegen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) wurde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

Sowohl der Beteiligte zu 1) als auch — auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts — der Notar wenden sich gegen die landgerichtliche Entscheidung mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. . . .

2. Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist nur die Nachprüfung, ob das Landgericht bei der Ermittlung des Geschäftswertes für die Beurkundung der Vereinbarung der Beteiligten zu 1) und 2), daß in ihrer Ehe der Güterstand der Gütertrennung gelten soll, das Vermögen des Beteiligten zu 1) richtig bewertet hat.

Beide Rechtsbeschwerdeführer haben ausdrücklich ihre Beschwerdeanträge hierauf beschränkt.

3. Das Landgericht hat den Teilgeschäftswert für die Beurkundung der Vereinbarung der Gütertrennung, soweit hiervon das Vermögen des Beteiligten zu 1) betroffen ist, nach § 30 Abs. 1 KostO bestimmt. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) nicht stand.

Für die Beurkundung der Eheverträge ordnet § 39 Abs. 3 KostO an, daß sich der Geschäftswert nach dem zusammengerechneten Wert der gegenwärtigen Vermögen beider Ehegatten und, wenn der Vertrag nur das Vermögen eines Ehegatten betrifft, nach diesem Vermögen bestimmt (Satz 1), wobei jeweils die Schulden abgezogen werden (Satz 2). Wird durch Vertrag der (künftigen) Ehegatten Gütertrennung vereinbart (§ 1414 Satz 1 BGB), so handelt es sich um einen Ehevertrag im Sinne des § 39 Abs. 3 KostO, der als die speziellere Regelung die Anwendung des § 30 Abs. 1 KostO ausschließt (vgl. BayObLGZ 1982, 191/195 [= MittBayNot 1982, 144]; OLG Hamm Rpfleger 1959, 70 [= DNotZ 1959, 99], JVBl 1962, 112 und JurBüro 1979, 88/91 [= DNotZ 1979, 57]; OLG Schleswig JurBüro 1960, 75; *Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. Anm. 28 a, *Korintenberg* Rdnrn. 72 und 75, *Hartmann* Anm. 4 B, je zu § 39; *Göttlich/Mümmler* KostO 8. Aufl. S. 296; *Dietzel* MittBayNotV 1958, 75; *Vogt* Rpfleger 1958, 8; *Mümmler* JurBüro 1980, 1149/1150 und 1982, 1813). Der Mindermeinung, die den Wert nach § 30 Abs. 1 KostO schätzen will (*Rohs* Rpfleger 1958, 359; *Lappe* JVBl 1960, 197; *Rohs/Wedewer* § 39 Anm. V 3 b), kann angesichts des klaren und eindeutigen Wortlauts des § 39 Abs. 3 KostO nicht gefolgt werden.

Betrifft — wie hier — die Gütertrennung das Vermögen beider Ehegatten, so ist der Wert des jeweiligen Reinvermögens zu ermitteln. Schulden müssen bei dem Vermögen abgezogen werden, auf dem sie lasten (*Korintenberg* § 39 KostO Rdnr. 82).

Das Landgericht hat schon nicht ermittelt, mit welchen Verbindlichkeiten das Vermögen des Ehemannes belastet ist (§ 12 FGG). Die Wertermittlung entsprach somit nicht den sich aus § 39 Abs. 3 KostO ergebenden Grundsätzen.

4. Nach alledem war die landgerichtliche Entscheidung auf beide Rechtsmittel hin aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

5. Für das weitere Verfahren erscheinen folgende Hinweise angezeigt:

Der Beteiligte zu 1) will seine Vorerbenstellung bezüglich seines Vermögens im Anschluß an die Ausführungen von *Brambring* in DNotZ 1980, 725 ff., 728 als „Verbindlichkeit" berücksichtigt wissen. Dem wird das Landgericht nicht folgen können.

Bis zum Eintritt des Nacherbfalles ist der Vorerbe wahrer Erbe und damit Eigentümer bzw. Inhaber der Nachlaßgegenstände (allg. Meinung, vgl. z.B. *Soergel/Harder* BGB 12. Aufl.

§ 2100 Rdnr. 10). Das so im Erbwege erlangte Vermögen muß nach allgemeinen Grundsätzen bewertet werden. In dem hier zu beurteilenden Fall besteht der Schwerpunkt des ererbten Vermögens aus Grundbesitz. Es greift die Wertvorschrift des § 19 Abs. 1 KostO ein, wonach der gemeine Wert, d.h. der Verkehrswert maßgebend ist. Bei dessen Ermittlung dürfen persönliche Verhältnisse des Grundstückseigentümers nicht berücksichtigt werden (vgl. § 142 Abs. 2 BBauG). Es ist deshalb anerkannt, daß Verfügungsbeschränkungen, die den Eigentümer eines Grundstücks treffen, keinen Einfluß auf seinen Verkehrswert haben (*Dieterich* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BBauG Stand 15.4.1984 § 142 Rdnr. 56). Zu Verfügungsbeschränkungen gehören u.a. diejenigen, welche auf letztwilligen Anordnungen beruhen (so ausdrücklich § 9 Abs. 3 BewG), somit solche, die für den Vorerben bestehen. Das Eigentum, das der Vorerbe als solcher erlangt hat, darf somit nicht geringer bewertet werden als das Eigentum eines uneingeschränkten Vollerben. Für die Erteilung eines Erbscheins ist die Wertvorschrift des § 107 Abs. 2 KostO maßgebend; sie läßt keinen Abschlag deshalb zu, weil der Erbschein einem Vorerben erteilt worden ist. Gewiß hat das Nacherbenanwartschaftsrecht in der Regel einen Wert (vgl. z.B. den Fall BFH BStBl 1980 II S. 46); es ist jedoch nicht angängig, den Wert dieses Anwartschaftsrechts vom Wert des Vermögens abzuziehen, das der Vorerbe als solcher erlangt hat.

Das gewonnene Ergebnis entspricht auch steuerlichen Grundsätzen. § 9 Abs. 3 BewG bestimmt, daß die auf letztwillige Anordnung beruhenden Verfügungsbeschränkungen bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. Die Beschränkungen, denen der Vorerbe als solcher unterliegt (§ 2113 BGB), werden nicht in Ansatz gebracht; insoweit darf somit bei der Bewertung weder ein Abschlag vorgenommen noch ein Schuldposten berücksichtigt werden (BFH BStBl 1951 III S. 229; *Troll* ErbStG 2. Aufl. § 6 Rdnr. 4). Bei der Bemessung der Vermögensteuer erscheint deshalb die Vorerbschaft im Gesamtvermögen des Vorerben bis zum Eintritt der Nacherbfolge in dem Umfang und in dem Wert, wie wenn keine Nacherbfolge angeordnet wäre (RFH RStBl 1936 S. 795; *Rössler/Troll/Langner* Bewertungsgesetz und Vermögensteuergesetz 13. Aufl. § 9 BewG Rdnr. 37). Bei der steuerlichen Bewertung müssen auch Beschränkungen außer Betracht bleiben, die den Inhaber eines sog. gebundenen Vermögens getroffen haben oder noch treffen, wie dies bei einem früheren Erbhof, beim Fideikommiß, bei einem Lehen, einem Stamm- oder Hausgut der Fall ist; dies bestimmte ausdrücklich § 9 BewG 1934; seine Aufhebung durch Art. 1 Nr. 1 des Bewertungsänderungsgesetzes vom 10.8.1963 (BGBl I S. 676) wegen weitgehender Gegenstandslosigkeit hat eine Änderung der Rechtslage nicht herbeigeführt (*Rössler/Troll/Langner* § 9 BewG Rdnr. 36).

E.
Steuerrecht

20. GrEStG § 11 (*Bindungsentgelt als grunderwerbsteuerliche Gegenleistung*)

Zur Frage, ob das für die Verlängerung eines Verkaufsangebotes bezahlte Entgelt bei Zustandekommen des Grundstückskaufvertrages eine grunderwerbsteuerliche Gegenleistung darstellt.

(*Leitsatz nicht amtlich*)

FG München, Urteil vom 3.5.1984 — IV 292/83 — GrE —

Aus dem Tatbestand:

Die damalige Eigentümerin des Grundstücks FlstNr. 120 der Gemarkung N. (im folgenden Verkäuferin) machte der Klägerin ein notariell beurkundetes Kaufangebot zum Verkauf einer Teilfläche aus diesem Grundstück.

Die Verkäuferin hielt sich an das Angebot bis 31.12.1981 gebunden.

Durch die notariell beurkundete Ergänzung des Vertragsangebotes wurde die Angebotsfrist bis zum Ablauf des 30.10.1982 verlängert. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines sog. „Bindungsentgelts" in Höhe von 648.423 DM. Dazu war ausgeführt, daß das Bindungsentgelt unabhängig davon zu zahlen sei, ob das Vertragsangebot angenommen werde oder nicht, ferner, daß im Falle der Annahme des Vertragsangebotes durch die Zahlung des Bindungsentgelts die Verpflichtung der Klägerin zur Verzinsung des Kaufpreises ab 1.1.1982 abgegolten sei. Bei Nichtannahme verbleibe das Bindungsentgelt der Verkäuferin.

Am 26.10.1982 wurde die Annahme der Vertragsangebote notariell beurkundet.

Das beklagte Finanzamt beurteilte bei der Grunderwerbsteuerfestsetzung nicht nur den Kaufpreis, sondern auch das sog. Bindungsentgelt in Höhe von 648.423 DM als Gegenleistung und damit Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Klage.

Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht begründet.

Die Einbeziehung des sog. Bindungsentgelts in die Gegenleistung für den Grundstückerwerb ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) gilt als Gegenleistung beim Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen ...

Der Begriff der Gegenleistung im Sinne des § 11 GrEStG umfaßt alle Leistungen, welche der Erwerber als Entgelt für das Grundstück gewährt, d.h. alles, was er aufwendet, um das Grundstück zu erhalten; unerheblich ist, wie diese Zahlungen zivilrechtlich einzuordnen sind (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 27. Oktober 1982 II R 102/81, BStBl II 1983, 55 [= MittBayNot 1983, 36] m. N.). Die Bezeichnung der im Nachtrag zum Verkaufsangebot vereinbarten Zahlung von 648.423 DM als Bindungsentgelt ist für die grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung ebenfalls nicht maßgeblich (vgl. BFH, Urteil vom 3. Dezember 1975 II R 122/70, BStBl II 1975, 299). Die Klägerin geht zwar ebenfalls zu Recht davon aus, daß Zahlungen nicht zur steuerpflichtigen Gegenleistung für den Grunderwerb gehörten, sofern sie tatsächlich Gegenleistung für eine andere Leistung wären (vgl. BFH aaO S. 301). Zum einen läßt sich aber nach Auffassung des Senats keine andere Leistung der Verkäuferin abschichten, auf die das Bindungsentgelt als nicht grunderwerbsteuerbare Zahlung zuzuordnen wäre; denn das Offenhalten eines Vertragsangebotes auf eine bestimmte Zeit ist eine typische Vorbereitungshandlung im Hinblick auf den erstrebten Vertragsabschluß; tatsächliche Finanzierungsleistungen, aufgrund derer die Verkäuferin der Klägerin tatsächlich gezahlte Zinsen hätte überwälzen können, wurden aber nicht erbracht. Zum anderen wurde das gezahlte Bindungsentgelt von den Beteiligten bei Vertragsannahme tatsächlich als Teil der Gegenleistung für den Grundstückskauf behandelt. Der Senat vermag den Bedenken der Klägerin nicht zu folgen, diese grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung würde das Rechtsinstitut des Optionsvertrags aushöhlen, weil dann der Optionspreis bei späterem Kaufabschluß zur grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage stets hinzugerechnet werde. Jedenfalls im vorliegenden Fall zeigt nach

Auffassung des Senats schon die Vertragsgestaltung, daß die Beteiligten nicht auf ein gesondertes Optionsentgelt hinaus wollten, sondern daß die Festsetzung der Kaufpreisverzinsung bzw. des Bindungsentgelts für die Verlängerung des Kaufangebots nach Ablauf der ursprünglichen Bindungsfrist (zu den ursprünglich angebotenen Kaufpreiskonditionen) nichts anderes als die durch die veränderten Umstände erforderliche Neukalkulation des Kaufpreises darstellte.

IV.
Hinweise für die Praxis

1. Einkommensteuer:
hier: Altenteilsleistungen in der Land- und Forstwirtschaft (Abschn. 167 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c EStR 1981); Anwendung des BFH-Urteils vom 28.7.1983 (BStBl 1984 II S. 97) und Anpassung bestehender Altenteilsverträge

Zum FMS vom 25.7.1984 — 31 b — S 2255 — 30/4 — 44 648*

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 28.12.1984 — Az.: 31 b — S 2255 — 30/18 — 71 248/84 —

Im Bezugsschreiben ist unter bestimmten Voraussetzungen für die Veranlagungszeiträume vor 1985 zugelassen worden, Geldleistungen aufgrund bestehender Altenteilsverträge, die nach Abschn. 167 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c EStR 1981 beim Verpflichteten als dauernde Last anzusehen wären, entgegen der durch das BFH-Urteil vom 28.7.1983** geänderten Rechtslage, auch weiterhin als solche zu behandeln. Für die Veranlagungszeiträume ab 1985 gilt dies nur dann, wenn bis 31.12.1984 eine Anpassung der Verträge an die geänderte Rechtslage erfolgt.

Es ist gefragt worden, ob diese Übergangsregelung bzw. die Anpassungsfrist verlängert werden.

Nach dem Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder sind aus der geänderten Rechtslage auch für den Veranlagungszeitraum 1985 keine nachteiligen Folgerungen zu ziehen. Für die Veranlagungszeiträume ab 1986 gilt dies — uneingeschränkt — nur dann, wenn bis 31.12.1985 eine Anpassung der Altenteilsverträge an die geänderte Rechtslage erfolgt. Die im Bezugsschreiben genannten übrigen Voraussetzungen sind zu beachten. Behandeln danach Altenteilsberechtigter und -verpflichteter die Geldleistungen nicht übereinstimmend, ist für beide — auch für die entsprechenden Veranlagungszeiträume vor 1986 — nach dem BFH-Urteil vom 28.7.1983 zu verfahren.

* MittBayNot 1984, 222
** MittBayNot 1984, 104

2. Grunderwerbsteuer;
hier: Verwaltungsvereinfachung bei der Ermittlung der Gegenleistung

Zum FMS vom 1.6.1967 — S 4541 — 1/4 — 27 673 und zum FMS vom 29.3.1982 — 37 — S 4521 — 25 — 18 633*

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 13.12.1984 — Az. 37 — S 4521 — 23/37 — 66 350 —

I. Abstandnahme von Ermittlungen

1. Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks z.B. die Vermessungskosten oder die Kosten für die Löschung von Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, Dienstbarkeiten, Reallasten, Vorkaufs- und Wiederkaufsrechten, gehören die Kosten als „sonstige Leistungen" i.S. des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zur grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung.

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sind Ermittlungen, die allein wegen des Werts dieser Leistungen anzustellen wären, nicht durchzuführen, wenn die Hauptleistung des Erwerbers 70.000 DM nicht übersteigt oder wenn angenommen werden kann, daß der Wert dieser sonstigen Leistungen nicht mehr als 5.000 DM beträgt. In diesen Fällen kann der Wert der sonstigen Leistungen bei der Ermittlung des Werts der Gegenleistung außer Ansatz bleiben. Die Gründe für die Abstandnahme von Ermittlungen sind aktenkundig zu machen.

Werden jedoch zur Erledigung des Steuerfalls Ermittlungen aus anderen Gründen erforderlich, so sind auch Feststellungen wegen des Werts der „sonstigen Leistungen" zu treffen.

2. Wird ein Grundstück zusammen mit anderen Gegenständen erworben, deren Erwerb nicht der Besteuerung nach dem Grunderwerbsteuergesetz unterliegt, so ist die Gesamtgegenleistung grundsätzlich nach dem Verhältnis des gemeinen Werts des Grundstücks zum gemeinen Wert z.B. des Zubehörs und der Betriebsvorrichtungen aufzuteilen.

Beim Erwerb eines Unternehmens im ganzen, zu dem auch ein Grundstück gehört, ist die Gesamtgegenleistung nach

* MittBayNot 1982, 156

dem Verhältnis des Teilwerts des Grundstücks zu dem Teilwert der sonstigen erworbenen Gegenstände zu verteilen, wenn der Betrieb fortgesetzt wird (BFH-Urteil vom 8.2.1978, BStBl 1978 II, 320).

Von besonderen Ermittlungen zur Feststellung der Werte ist abzusehen, wenn der von den am Rechtsvorgang Beteiligten angesetzte oder mitgeteilte Wert der nicht der Steuer unterliegenden Gegenstände angemessen erscheint und 15 v.H. der Gesamtgegenleistung, höchstens jedoch 100.000 DM, nicht übersteigt. In diesen Fällen ist der Wert der sonstigen Gegenstände, deren Erwerb nicht steuerbar ist, von der Gesamtgegenleistung abzusetzen. Die Gründe für dieses vereinfachte Verfahren sind aktenkundig zu machen.

II. Abstandnahme von Überwachungen

1. a) Enthält ein Rechtsvorgang die Bestimmung, daß sich die Gegenleistung bei Eintritt einer Bedingung erhöhen soll, so ist die Grunderwerbsteuer sofort endgültig festzusetzen und von einer Überwachung abzusehen, wenn sich bei Eintritt der Bedingung die Gegenleistung voraussichtlich nicht um mehr als 5.000 DM erhöhen wird.

b) Bei Rechtsvorgängen mit aufschiebenden Bedingungen, die den Wert der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung voraussichtlich um mehr als 5.000 DM erhöhen werden, ist die Grunderwerbsteuer grundsätzlich vorläufig festzusetzen und der Eintritt der Bedingung auf längstens 10 Jahre nach Bestandskraft des vorläufigen Grunderwerbsteurbescheides zu überwachen.

2. Ist beim Erwerb eines Grundstücks die Flächengröße noch nicht bekannt und berechnet sich die Gegenleistung nach der Fläche des Grundstücks, so ist sinngemäß nach vorstehender Nr. 1 zu verfahren.

3. In den Fällen, in denen die Grunderwerbsteuer sofort endgültig festgesetzt wird, sind die Gründe dafür aktenkundig zu machen.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und tritt an die Stelle der Bezugsschreiben.

3. Grunderwerbsteuer;
hier: Übertragung eines Anteils an einem Nachlaß, zu dem ein Grundstück gehört, auf Miterben

Zum FMS vom 9.1.1978 — 37 — S 4505 — 9/8 — 80 183/77*

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 13.12.1984 — Az.: 37 — S 4505 — 9/13 — 34 803 —

Die Übertragung eines Anteils an einem Nachlaß, zu dem ein Grundstück gehört, stellt nach dem BFH-Urteil vom 17.7.1975 (BStBl 1976 II, 159) einen grunderwerbsteuerbaren Vorgang i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG dar.

Zu der Frage, ob die Übertragung eines Nachlaßanteils auf einen Miterben auch dann nach § 3 Nr. 3 GrEStG steuerfrei ist, wenn mit der Übertragung keine Erbauseinandersetzung vollzogen wird, bitte ich folgende Auffassung zu vertreten:

Die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 3 GrEStG will die Erbauseinandersetzung fördern und begünstigen. Eine Erleichterung der Erbauseinandersetzung liegt auch dann vor, wenn ein oder mehrere Miterben dadurch aus der Erbengemeinschaft ausscheiden, daß sie ihre Anteile am Nachlaß auf andere Miterben übertragen. Dieser Fall ist vergleichbar mit dem einer teilweisen Erbauseinandersetzung, bei der ein Miterbe zum Ausgleich seiner Erbansprüche ein oder mehrere Nachlaßgrundstücke erhält und damit aus der Erbengemeinschaft ausscheidet. Da dieser Erwerbsvorgang unter die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 3 GrEStG fällt (BFH-Urteil vom 15.12.1972, BStBl 1973 II, 363), muß auch die Übernahme eines Nachlaßanteils durch einen Miterben als der teilweisen Erbauseinandersetzung dienlich angesehen werden und von der Grunderwerbsteuer befreit werden.

Dieses Schreiben ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und tritt an die Stelle des Bezugsschreibens.

* MittBayNot 1978, 82

4. Inhaltsverzeichnis und Einbanddecken 1984

Das Inhaltsverzeichnis für den Jahrgang 1984 wird mit Heft 2/1985 ausgeliefert.

Die Einbanddecken für den Jahrgang 1984 sind ab März 1985 beziehbar. Jede Einbanddecke kostet DM 12,— zuzüglich Versandkosten und MwSt.

Bestellungen sind zu richten an:

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