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 4 | MittBayNot | Juli/August 1988

I.
Abhandlung

§ 133 KostO bei entsprechender Anwendung des § 727 ZPO

Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 17.12.1987 — BReg. 3 Z 145/87 — MittBayNot 1988, 95

Von Notar *Dr. Hartmut Schmidt*, Rotthalmünster

Der Beschluß des BayObLG gibt Anlaß, die sich aus der entsprechenden Anwendung des § 727 ZPO bei der Erteilung und Umschreibung von vollstreckbaren Ausfertigungen durch den Notar ergebenden kostenrechtlichen Fragen zu erörtern, da auch die jetzige Entscheidung, ebenso wie die früheren Entscheidungen des BayObLG und KG[1] weder im Ergebnis noch in den Gründen überzeugen können.

I. Meinungsstand

1. Gebührenanfall nur nach § 133 KostO

Aufgrund des die KostO beherrschenden Grundsatzes, daß ein Liquidationsrecht des Notars nur besteht, wenn einer der Kostentatbestände der KostO verwirklicht ist, ist allgemeine Auffassung, daß bei Erteilung und „Umschreibung" vollstreckbarer Ausfertigungen grundsätzlich Kosten nur nach § 133 KostO und nur in den dort geregelten Fällen anfallen können, nicht dagegen in sonstigen Fällen oder nicht nach anderen Gebührenbestimmungen, insbesondere nicht nach § 147 KostO[2].

Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wird allgemein grundsätzlich als bloßes Nebengeschäft zu der Beurkundung und damit auch diese Tätigkeit — wie auch jetzt das BayObLG ausdrücklich ausführt — mit den bei Errichtung einer Urkunde angefallenen Gebühren pauschal mitabgegolten angesehen[3]. Nur in den Fällen des § 133 KostO, in denen ja eine neue bzw. zusätzliche Prüfungstätigkeit des Notars hinzutritt, liegt eben kein bloßes Nebengeschäft mehr vor, sondern eine neue Tätigkeit, die entsprechend der Systematik der KostO, daß jede selbständige Tätigkeit des Notars auch im Hinblick auf die für ihn damit gegebene Verantwortlichkeit zu entgelten ist, Gebühren auslöst[4].

Die in diesem Zusammenhang vielfach gebrauchte Formulierung, die Erteilung der „ersten vollstreckbaren Ausfertigung"[5] sei damit kostenfrei, ist mißverständlich, auch wenn dies weit überwiegend der Praxis entspricht. Denn § 133 KostO stellt in seinen beiden ersten Alternativen — der Prüfung des Eintritts einer Tatsache oder einer Rechtsnachfolge — nicht darauf ab, ob bereits einmal eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist oder nicht, so daß also auch bei der ersten Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung Kosten nach § 133 KostO anfallen, wenn eine dertige Prüfung zu erfolgen hat.[6]

---

1 BayObLG MittBayNot 1978, 238; KG DNotZ 1979, 436.

2 Korintenberg-Lappe-Bengel-Reimann, KostO, 11. Aufl., § 133 Rdnr. 2, 3; Rohs-Wedewer, KostO, 2. Aufl., § 133 Anm. I; Hartmann, Kostengesetze, 19. Aufl., § 133 Anm. 1; BayObLG DNotZ 1979, 55.

3 A.A. OLG Köln DNotZ 1958, 668 für den Fall der Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den „Amtsnachfolger" eines Notars, da dieser rechtlich nicht Amtsnachfolger seines Vorgängers sei, ihm vielmehr nur die Verwahrung dessen Urkunden anvertraut sei, mithin die Erteilung für ihn kein Nebengeschäft der Beurkundung sein könne, damit aber wegen dieser Tätigkeit unter Berücksichtigung der von ihm zu tragenden Verantwortung eine Gebühr nach § 147 KostO zuzubilligen sei. Das OLG Köln übersieht allerdings, daß die Übernahme der Urkunden des Amtsvorgängers ungeachtet der Rechtsnatur der Amtsnachfolge seit jeher auch die Fortführung aller noch ausstehenden Tätigkeiten hinsichtlich der verwahrten Urkunden beinhaltet und insoweit grundsätzlich für keine dieser Folgetätigkeiten Gebühren nach allgemeiner Ansicht anfallen — § 147 KostO wäre sonst in jedem Fall, etwa auch nur bei Vorlage einer Urkunde zum Vollzug, anwendbar — und daß damit auch für den Fall der Klauselerteilung hiervon keine Ausnahme gelten kann, so daß diese Ansicht zu Recht allgemein abgelehnt wird. Vgl. etwa Korintenberg, § 133 Rdnr. 2; Göttlich-Mümmler, KostO, 7. Aufl., „Vollstreckbare Ausfertigung" Anm. 1.2.

4 Siehe § 147 Abs. 2 KostO, der als Auffangtatbestand auch für solche Tätigkeiten, für die nicht ausdrücklich eine Gebühr bestimmt ist und die eben kein reines Nebengeschäft zu anderen Tätigkeiten sind, diesen Grundsatz zeigt.

5 Etwa Rohs-Wedewer, § 133 Anm. I; Reimann, MittBayNot 1978, 200.

6 Korintenberg § 133 Rdnr. 13; Schöner, MittBayNot 1975, 155.

2. Einmaliger Gebührenanfall

Für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung kann immer nur eine Gebühr anfallen, unabhängig davon, ob eine oder mehrere der Alternativen des § 133 KostO gegeben sind, also etwa ob bei dem einzigen Schuldner nur eine Rechtsnachfolge oder ob dies zugleich bei mehreren Beteiligten auf Gläubiger- oder Schuldnerseite zu überprüfen ist, ob allein eine oder mehrere Tatsachen oder auch zugleich eine oder mehrere Rechtsnachfolgen zu klären sind oder ob dies im Rahmen der erstmaligen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung oder der einer späteren der Fall ist. Umgekehrt tritt in den Fällen, in denen auf Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Beteiligte vorhanden sind, die Kostenfolge des § 133 KostO bereits dann ein, wenn auch nur hinsichtlich eines der Beteiligten eine Tatsache und/oder Rechtsnachfolge zu prüfen ist[7].

3. Anwendungsbereich

a) Unmittelbare Anwendung

§ 133 KostO ist das kostenrechtliche Korrespondenz zu § 726 bzw. § 727 ZPO, deren Tatbestände voll zu übernehmen sind, so daß die Kostenfolge also immer eintritt, wenn eine Tatsache im Sinn des § 726 ZPO — nicht dagegen eine sonstige Tatsache[8] — oder eine Rechtsnachfolge im Sinn des § 727 ZPO[9] geprüft und dann die Klausel erteilt wird, wobei der Begriff der Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 ZPO im weitesten Sinn zu verstehen ist[10].

b) Anwendung bei ausdrücklicher Verweisung

Die Kostenfolge des § 133 KostO tritt ferner ein in den Fällen, in denen § 727 ZPO kraft Verweisung entsprechend anwendbar ist, also einmal in den in § 133 KostO ausdrücklich in Bezug genommenen Fällen des § 728 ZPO (Vollstreckung gegen Nacherben aufgrund Titels gegen den Vorerben bzw. den Erben aufgrund Titels gegen den Testamentsvollstrekker) und § 729 ZPO (Vollstreckung gegen den Übernehmer eines Vermögens im Sinne des § 419 BGB bzw. eines Handelsgeschäfts im Sinne des § 25 HGB), zum anderen auch in den in § 133 KostO nicht ausdrücklich in Bezug genommenen Fällen des § 738 ZPO (Vollstreckung gegen den Nießbraucher an einem Vermögen oder an einer Erbschaft), der §§ 742, 744 und § 745 ZPO (Änderung des Güterstandes usw.) und § 749 (Vollstreckung durch und gegen den Testamentsvollstrecker), in denen selbst auf § 727 ZPO als entsprechend anwendbar verwiesen wird[11].

c) Entsprechende Anwendung in sonstigen Fällen

Entsprechende Anwendung findet § 727 ZPO und demgemäß § 133 KostO auch in anderen Fällen, in denen § 727 ZPO nicht ausdrücklich als entsprechend anwendbar erklärt ist, etwa nach — wenigstens bisher — einhelliger Ansicht auf die Erteilung bzw. Umschreibung einer vollstreckbaren Ausfertigung für oder gegen den Konkursverwalter[12].

Eine Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 ZPO liegt hier zwar eindeutig nicht vor, da der Gemeinschuldner zwar mit der Konkurseröffnung seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verliert und diese auf den Konkursverwalter übergeht, er aber eindeutig Inhaber aller seiner Vermögensrechte bleibt. Da aber nach unbestrittener Ansicht einerseits eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Gemeinschuldners aufgrund einer gegen ihn gerichteten Vollstrekkungsklausel nicht möglich ist, diese vielmehr auf den Konkursverwalter zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung umgeschrieben bzw. gegen ihn erteilt sein muß[13] und da andererseits damit sowohl hinsichtlich Tätigkeit und Verantwortlichkeit des Notars als auch der Interessenlage der Beteiligten Identität mit der bei einer Rechtsnachfolge vorliegt, wird nach allgemeiner Ansicht die entsprechende Anwendbarkeit des § 727 ZPO auch ohne ausdrückliche und entsprechende gesetzliche Verweisung bejaht, damit auch die Kostenfolge des § 133 KostO. Umgekehrt gilt gleiches bei Erteilung bzw. Umschreibung auf den Konkursverwalter als Gläubiger, da eben nur er über Ansprüche des Gemeinschuldners verfügen und diese durchsetzen kann, also auch nur er die Zwangsvollstreckung betreiben kann[14].

Entsprechendes gilt bei der Klauselerteilung für oder gegen Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter u. ä., bei Beendigung des Konkursverfahrens hinsichtlich der Klauselerteilung bzw. -umschreibung auf den früheren Gemeinschuldner, bei Beendigung von Zwangsverwaltung und Nachlaßverwaltung und bei dem hinsichtlich der Klauselerteilung rechtsähnlichen Fall — nach allerdings umstrittener Ansicht — bei gewillkürter Prozeßstandschaft[15], wobei auf all diese Fälle hier im einzelnen nicht näher einzugehen ist, vielmehr lediglich anzumerken ist, daß die Erteilung bzw. Umschreibung einer Vollstreckungsklausel auch in diesen Fällen selbstverständlich nur insoweit in Betracht kommt, als der Titel gegen denjenigen, auf den die Klausel umgeschrieben werden soll, wirkt, also etwa nicht bei Konkursbeendigung hinsichtlich Masseschulden auf den Gemeinschuldner u. ä.

d) Entsprechende Anwendung bei Namens- und Firmenänderungen u. ä.

(1) Entsprechende Anwendung des § 727 ZPO

Nach heute h. M. sind in all den Fällen, in denen sich die Bezeichnung des Vollstreckungsgläubigers bzw. -schuldners im Sinne des § 750 ZPO bei im übrigen unveränderter Identität geändert hat, Vollstreckungsklauseln jedenfalls dann unter der geänderten Bezeichnung in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO zu erteilen bzw. „umzuschreiben", wenn aufgrund dieser Änderung die Feststellung der Iden-

7 KG Rpfleger 1980, 123; ebenso Korintenberg § 133 Rdnr. 14 u. 24, Göttlich-Mümmler aaO Anm. 1.1 und Rohs-Wedewer § 133 Anm. II c für den Fall der Rechtsnachfolge.

8 Korintenberg § 133 Rdnr. 9; Reimann MittBayNot 1978, 199.

9 Korintenberg § 133 Rdnr. 12.

10 Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 43. Aufl., § 727 Anm. 1; Thomas-Putzo, ZPO, 11. Aufl., § 727 Anm. 3.

11 Korintenberg § 133 Rdnr. 15.

12 Korintenberg § 133 Rdnr. 13; Rohs-Wedewer § 133 Anm. II a 2. In dem jetzt entschiedenen Fall war einer der vier Vollstreckungsschuldner, eine GmbH, bis zur Klauselerteilung in Konkurs geraten, so daß die Klausel gegen den Konkursverwalter erteilt wurde, wie das BayObLG selbst im Sachverhalt ausdrücklich zitiert. Nachdem das BayObLG allerdings in den Gründen weiter nicht mit einem einzigen Wort auf die Erteilung der Klausel gegen den Konkursverwalter eingeht, muß man wohl davon ausgehen, daß es diesen Teil des Sachverhaltes schlichtweg übersehen hat. Denn man kann ja wohl nicht annehmen, daß das BayObLG von einer ganz h. M. abweicht, ohne dies auch nur mit einem Wort zu begründen.

13 Stein-Jonas, ZPO, 20. Aufl., § 727 Rdnr. 25; Thomas-Putzo § 727 Anm. 1; differenzierend Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde 1978, Rdnr. 37.11 und 38.11.

14 Korintenberg § 133 Rdnr. 15; Rohs-Wedewer Anm. II a 2.

15 Thomas-Putzo § 727 Anm. 1 m.N.

tität des Vollstreckungsgläubigers bzw. -schuldners für das Vollstreckungsorgan im Rahmen der diesem möglichen und zumutbaren Prüfung nicht eindeutig möglich ist[16].

Hierunter fallen einmal alle Namensänderungen etwa aufgrund Heirat, Annahme an Kindes statt, Legitimation o. ä. bei natürlichen Personen, Firmenänderungen sowie sonstiger Bezeichnungen juristischer Personen des privaten und des öffentlichen Rechts, etwa bei Vereinen, Stiftungen, Anstalten usw. Dies gilt darüberhinaus auch im Rahmen von Umwandlungen, Verschmelzungen — soweit hier nicht ohnedies zugleich eine Rechtsnachfolge in Ansehung der titulierten Forderung vorliegt —, bei Sitzverlegungen, die für die Bezeichnung zur Identitätsfeststellung von ausschlaggebender Bedeutung sein können, oder wie jetzt vom BayObLG entschieden, auch für den Wechsel von der Vor-GmbH zur GmbH.

Voraussetzung für die Erteilung bzw. Umschreibung unter der geänderten Bezeichnung ist dabei entsprechend § 727 ZPO gleichfalls, daß die Änderung der Bezeichnung offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunde nachgewiesen wird.

(2) Anwendbarkeit des § 133 KostO

Strittig ist in diesen Fällen, ob auch die Kostenfolge des § 133 KostO eintritt:

Bereits mit Beschluß vom 12.6.1978[17] hat bei einer Firmenänderung das BayObLG die Anwendbarkeit des § 133 KostO verneint und bestätigt dies auch jetzt im Beschluß vom 17.12.1987 (MittBayNot 1988, 95) für den Fall der Unterwerfung durch die Vor-GmbH und die Klauselerteilung gegen die entstandene GmbH wieder.

In dem seinerzeitigen Beschluß begründet das BayObLG seine Entscheidung damit, daß bei derartigen Namens- und Firmenänderungen eine klarstellende bzw. ergänzende Umschreibung der Vollstreckungsklausel im Hinblick auf § 750 Abs. 1 ZPO jedenfalls dann in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO geboten sei, wenn die Vollstreckungsorgane mit der Überprüfung der Identität des Beteiligten überfordert seien, daß aber diese entsprechende Anwendung des § 727 ZPO nicht zwingend zu dem Schluß führe, daß damit auch § 133 KostO gleichfalls entsprechend anzuwenden sei. Da eine derartige klarstellende Berichtigung oder Ergänzung der vollstreckbaren Ausfertigung gegenüber der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung selbst ein „minus", eine „weniger bedeutungsvolle und weniger einschneidende Maßnahme" als die Erteilung selbst darstelle, sei diese entsprechende Anwendung des § 727 ZPO zulässig, doch stehe dieses „minus" eben nicht der Feststellung der Rechtsnachfolge gleich und sei demgemäß auch kostenrechtlich nicht gleich zu behandeln.

Ähnlich argumentiert das KG[18] bei einer Firmenänderung: Die bloße Änderung des Namens bzw. der Firma eines Beteiligten sei „dem materiellen Gehalt nach etwas wesentlich anderes als eine Rechtsnachfolge", die Verlautbarung einer derartigen Änderung sei demgemäß „eine weniger einschneidende Maßnahme" als die Umschreibung eines Titels für oder gegen ein anderes als das ursprüngliche Rechtssubjekt und damit wiederum sei „es auch aus innerem Grunde gerechtfertigt", eine derartige Umschreibung kostenrechtlich nicht entsprechend einer Rechtsnachfolge zu behandeln.

Demgegenüber vertritt vor allem *Reimann*[19] die Ansicht, daß auch in derartigen Fällen einer analogen Anwendung des § 727 ZPO Gebühren nach § 133 KostO anfallen. Nach dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz, daß es keine einzelnen Rechtsnormen isoliert für sich gebe, sondern nur Rechtsnormen, die in ihrem Zusammenhang gelten, sei bei Bejahung der analogen Anwendung des § 727 ZPO auch dementsprechend die analoge Anwendung des § 133 KostO geboten, da dieser eben lediglich das kostenrechtliche Korrespondenz zu § 727 ZPO darstelle. Die Gebühren nach der Kostenordnung seien zudem allgemein als Äquivalent für die Tätigkeit und die damit verbundene Verantwortung des Notars anzusehen. Sowohl hinsichtlich der Prüfungstätigkeit als auch hinsichtlich der Verantwortung bei einer Klauselerteilung seien aber bei analoger Anwendung des § 727 ZPO Unterschiede zu der direkten Anwendung des § 727 ZPO nicht ersichtlich.

II. Kostentatbestand

1. § 133 KostO verweist in den beiden ersten, hier interessierenden Alternativen auf §§ 726 ff. ZPO, sagt aber keineswegs, daß die Kostenfolge eintritt, wenn einer dieser Tatbestände vorliegt und demgemäß die Klausel erteilt wird, vielmehr ausdrücklich allein, daß die Gebühr anfällt, *„wenn der Eintritt einer Tatsache oder Rechtsnachfolge zu prüfen ist"*. Ausschlaggebendes Tatbestandsmerkmal des § 133 KostO ist damit nach der grammatikalischen Auslegung, die bei jeder Gesetzesauslegung nun einmal in erster Linie zu erfolgen hat, nicht etwa das Vorliegen eines der Tatbestände der §§ 726 bis 729 ZPO oder die Erteilung der Vollstreckungsklausel aufgrund eines dieser Tatbestände, vielmehr allein die insoweit erfolgende Prüfung, nicht deren Ergebnis.

Göttlich-Mümmler verweisen ausdrücklich für den Fall der dinglichen Unterwerfung darauf, daß die Prüfung, wer Grundstückseigentümer usw. ist, selbst dann, wenn diese Prüfung zu dem Ergebnis führt, daß ein Eigentumswechsel nicht stattgefunden hat, also der in der Urkunde sich ding-

---

16 Vgl. Stein-Jonas aaO.; Thomas-Putzo, ZPO, § 750 Anm. 2; BayObLGZ 56, 221; Petermann Rpfleger 1973, 153.
Praxisfremd ist auch die jetzt wieder vom BayObLG durchaus in Übereinstimmung mit der h. M. vertretene Einschränkung, eine Umschreibung in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO sei nur in schwierigeren Fällen der Identitätsprüfung zulässig, nicht dagegen, wenn das Vollstreckungsorgan die Identitätsfeststellung einfach treffen könne. Die Klauselerteilung liegt begrifflich immer vor dem Zeitpunkt der ersten Vollstreckungshandlung, wobei in diesem Zeitpunkt oft nicht einmal der Gläubiger weiß, ob und wann er überhaupt die Klausel zustellen und wann und in welche Vermögensgegenstände er vollstrecken wird. Ob eine Identitätsprüfung leicht oder schwierig, zumutbar oder unzumutbar ist, läßt sich darüberhinaus vorab im Zeitpunkt der Klauselerteilung schlechthin nicht allgemein für alle Vollstreckungsorgane und alle Vollstreckungen bzw. einzelne Vollstreckungshandlungen aus einem Titel einheitlich beantworten, hängt vielmehr von der Qualifikation des Vollstreckungsorgans, seinem Tätigkeitsort und dgl. ab. Ohne Phrophetiegabe ist im Zeitpunkt der Klauselerteilung schlechthin nicht abzusehen, ob welchem Vollstreckungsorgan welche Identitätsprüfung möglich sein wird. Entgegen der h. M. und Rechtsprechung kann man daher nur die Ansicht vertreten, daß bei jeder Namens- oder Firmenänderung immer in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO eine Umschreibung der Klausel zulässig ist, daß aber ein Vollstreckungsorgan, soweit es im Rahmen seiner Prüfung die Identität selbst feststellen kann, auch ohne Umschreibung der Klausel die Vollstreckung durchführen kann (so bereits Thiesing DJZ 1934, 594).

17 BayObLG MittBayNot 1978, 238.

18 KG DNotZ 1979, 436.

19 Korintenberg § 133 Rdnr. 15; LG Passau DNotZ 1972, 635 mit Anm. Reimann; ders. MittBayNot 1978, 199 ff.; vgl. auch Anm. zu LG Passau von Lappe KostRspr. § 133 KostO Nr. 1.

lich Unterwerfende noch Eigentümer ist und demgemäß die Klausel gegen ihn erteilt wird, die Prüfung einer Tatsache im Sinne des § 133 KostO darstellt, mithin die Gebühren auch dann anfallen[20].

Dies gilt auch für alle übrigen Fälle, also etwa die Prüfung einer Rechtsnachfolge, einer Vermögens- oder Firmenübernahme, einer Testamentsvollstreckung usw.: Erfolgt im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens eine — notwendige — Überprüfung in dieser Hinsicht durch den Notar und wird die Klausel erteilt, tritt die Kostenfolge des § 133 KostO ein, unabhängig davon, welches Ergebnis diese Prüfung hat.

2. Allein diese Auslegung stimmt auch mit der Systematik des Gesetzes überein.

Die KostO knüpft generell Kostenfolgen ausschließlich an die Tätigkeit des Notars, differenziert in den einzelnen Kostentatbeständen ausschließlich nach der Art der notariellen Tätigkeit, nach deren Inhalt und Umfang, nicht dagegen nach deren Ergebnis oder gar nach der Rechtsgrundlage, aufgrund deren sie erfolgt.

Dies gilt auch für § 133 KostO. Stellt die Klauselerteilung nicht mehr ein bloßes, gebührenfreies Nebengeschäft zu der Beurkundung dar, ist vielmehr aufgrund gegebener Abweichungen gegenüber dem Titel eine Prüfung notwendig, ob die Klausel trotz der gegebenen Abweichung in der beantragten Form erteilt werden kann, tritt entsprechend dem Grundsatz der KostO, daß jede selbständige Tätigkeit des Notars auch im Hinblick auf die für ihn damit gegebene Verantwortlichkeit zu entgelten ist, wie das BayObLG auch für den entschiedenen Fall selbst ausführt, die Kostenfolge ein.

3. Diese Auffassung wird eindeutig bestätigt, wenn man berücksichtigt, daß die Tätigkeit des Notars im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens normale, dem Notar selbst durch das Gesetz zugewiesene Amtstätigkeit ist, zu deren Vornahme er bei einem entsprechenden Antrag verpflichtet ist, vorausgesetzt allerdings selbstverständlich, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Klauselerteilung überhaupt gegeben sind.

Ergibt die Prüfung des Notars, daß die Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht gegeben oder nicht ausreichend nachgewiesen sind — also etwa die behauptete Rechtsnachfolge nicht vorliegt und die möglicherweise gegebene Identität nicht ausreichend nachweisbar ist u. ä. —, muß er den Antrag auf Klauselerteilung zurückweisen. Diese Zurückweisung löst die Kostenfolge des § 130 Abs. 1 KostO aus[21].

Ist es schon widersprüchlich, wenn das Gesetz einerseits selbst ausdrücklich auf eine bestimmte Prüfungstätigkeit abstellt und diese Prüfungstätigkeit dann in jedem Fall von Inhalt, Umfang und Verantwortlichkeit her gesehen sich nicht unterscheidet, die Kostenfolge nur eintreten zu lassen, wenn das Ergebnis einen bestimmten Inhalt hat, wird es erst recht vollends unverständlich, wenn bei einem negativen Ergebnis dieser Prüfung dahin, daß die Klausel nicht erteilt werden kann, gleichwohl auch, wenn auch an anderer Gesetzesstelle vorgesehene Gebühren anfallen.

[20] Göttlich-Mümmler aaO Anm. 1.5.

[21] Rohs-Wedewer § 133 II d.

III. Entscheidungskritik

Wenn das BayObLG und ihm folgend das KG demgegenüber nicht auf die Prüfungstätigkeit, sondern auf deren Ergebnis bzw. Rechtsgrundlage abstellen, ist dies unhaltbar, zumal die behaupteten Unterschiede im Ergebnis nicht gegeben sind.

1. Wirksamkeit des Vollstreckungstitels

a) Das Klauselerteilungsverfahren ist ein Teil des Vollstreckungsverfahrens. Voraussetzung ist dabei zunächst, daß ein vollstreckbarer Titel vorliegt, wobei es ohne Bedeutung ist, um welche Art Titel es sich handelt und vor allem auch, aufgrund welcher Rechtsgrundlage die titulierte Forderung beruht. Voraussetzung ist ferner, daß dieser Titel für und gegen die Person wirkt, die vollstrecken will bzw. gegen die vollstreckt werden soll, wobei auch insoweit wiederum ohne Bedeutung ist, aus welchem Rechtsgrunde diese Wirkung für oder gegen diese Person gegeben ist, also ob diese sich selbst unterworfen hat, ob sie Rechtsnachfolger des sich Unterwerfenden ist, ob die Vollstreckung lediglich für oder gegen sie als Verfügungsberechtigter erfolgen muß usw.

Die §§ 727 ff. ZPO regeln in diesem Verfahren hierbei die Rechtsfolgen, die sich bei Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage nach der Entstehung des Titels bis zum Beginn der Vollstreckung, also der Zustellung des Titels, ergeben. Sie eröffnen die Möglichkeit, sofern der Titel wirksam ist, ungeachtet der eingetretenen Änderung allein durch Berücksichtigung dieser Änderung in der Vollstreckungsklausel und demgemäß ohne erneutes gerichtliches Streitverfahren auf Duldung der Zwangsvollstreckung o. ä. bzw. ohne erneute, freiwillige Unterwerfungserklärung aus dem Titel die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

b) Die gesetzliche Regelung ist allerdings lückenhaft, da sie nicht alle Fälle erfaßt, in denen der Titel zwar wirksam ist, aufgrund eingetretener Veränderungen aber die Vollstreckung ohne entsprechende Berücksichtigung in der Klausel gleichwohl nicht zulässig wäre. Aufgrund des insoweit eindeutigen und unstreitigen Sinnes der gesetzlich geregelten Fälle bejahen denn Rechtsprechung und Lehre die analoge Anwendung auf andere, nicht geregelte Fälle u. a. eben bei bloßer Namens- oder Firmenänderung usw., ebenso aber auch bei Umschreibungen auf Konkurs- oder Zwangsverwalter o. ä.

Voraussetzung ist aber auch in diesen Fällen immer, daß der Titel für oder gegen die Person wirkt, für oder gegen die vollstreckt werden soll, nicht, aus welchem materiell- oder verfahrensrechtlichen Grund dies der Fall ist, ob also ein Rechtsträgerwechsel eingetreten ist oder lediglich ein Wechsel in der Verfügungsbefugnis vorliegt, ob sich lediglich die Rechtsform eines Beteiligten geändert hat oder auch nur seine Bezeichnung o. dgl. Gemeinsam ist dabei allen Fällen, daß sich diese Veränderungen außerhalb und unabhängig vom Vollstreckungsverfahren vollzogen haben, also im Zeitpunkt der Klauselerteilung bereits vorliegen.

Dies gilt insbesondere auch für die strittigen Fälle, da ja etwa Namens- und Firmenänderungen die Wirksamkeit des Titels nicht berühren, bei der Entstehung der GmbH nach Unterwerfung durch die Vor-GmbH die Wirkung des Titels gegen die GmbH mit deren Eintragung beginnt, bei einer lediglich formwechselnden Umwandlung gleichfalls die Wirkung des Titels mit der Eintragung der neuen Gesellschaft

beginnt usw., mag auch zunächst mangels entsprechender Bezeichnung im Sinne des § 750 Abs. 1 ZPO die Vollstreckung zunächst nicht möglich sein.

Die Rechtswirkungen der Klauselerteilung unter Berücksichtigung der eingetretenen Veränderung — und zwar in allen Fällen und ungeachtet der Art der Veränderung — beschränken sich also darauf, einen im Zeitpunkt der Klauselerteilung bereits für bzw. gegen die Beteiligten wirksamen vollstreckbaren — allerdings eben aufgrund der daraus nicht ersichtlichen Veränderungen nicht vollstreckungsfähigen — Vollstreckungstitel vollstreckungsfähig zu machen, haben darüberhinaus aber keinerlei materiell- oder verfahrensrechtliche Auswirkungen.

2. Namens- und Firmenänderungen

Rein sprachlich gesehen bedeutet die Argumentation, es liege „eine weniger bedeutungsvolle und einschneidende Maßnahme" vor, daß auf die Folgen dieser Maßnahme abgestellt wird, nicht dagegen auf den Grund dieser Maßnahme. Unterschiede in den Auswirkungen sind aber weder bei den Beteiligten noch beim Notar ersichtlich.

a) Vollstreckungsschuldner

Ändert sich die Bezeichnung eines Vollstreckungsschuldners, berührt dies die Rechtswirksamkeit des Titels in keiner Weise. Nicht vollstreckungsfähig ist der Titel lediglich im Hinblick auf § 750 Abs. 1 ZPO. Läßt man nun die analoge Anwendung des § 727 ZPO für diese Fälle zu, also die Erteilung der Vollstreckungsklausel unter Berücksichtigung der eingetretenen Änderungen, hat dies allein zur Folge, daß sofort ohne erneutes gerichtliches Verfahren oder erneute freiwillige Unterwerfung vollstreckt werden kann. Unterschiede zu der Klauselerteilung in unmittelbarer Anwendung des § 727 ZPO gegen einen Vollstreckungsschuldner sind ungeachtet der unterschiedlichen Rechtsgrundlage für das Vollstreckungsverfahren weder tatsächlich noch rechtlich ersichtlich. Denn so, wie dort die Wirkung des Vollstreckungstitels gegen den Rechtsnachfolger ja bereits mit dieser eingetreten ist, also vor der Klauselerteilung, und diese damit allein die Rechtsfolge hat, daß der bis dahin gegen den Rechtsnachfolger nicht vollstreckungsfähige Titel vollstreckungsfähig wird, ist auch bei Berücksichtigung der Änderung in der Bezeichnung in der Vollstreckungsklausel alleinige Rechtsfolge, daß ohne erneutes gerichtliches Verfahren bzw. erneute freiwillige Unterwerfung vollstreckt werden kann, der Titel also — wieder — vollstreckungsfähig wird.

b) Gläubiger

Auch für die Gläubigerseite gilt nichts anderes. Trotz unveränderter Wirkung des Titels ist dieser mangels Berücksichtigung der Änderung in der Bezeichnung nicht vollstreckungsfähig, wird es vielmehr erst mit der Erteilung der Vollstreckungsklausel unter Berücksichtigung dieser Änderung in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO. Auch diese Folge entspricht wiederum völlig der bei der Rechtsnachfolge auf Gläubigerseite, da ja auch hier alleinige Wirkung ist, daß der vollstreckbare Titel tatsächlich vollstreckungsfähig wird.

c) Notar

Auch hinsichtlich des handelnden Notars sind Unterschiede weder in der Tätigkeit noch in den Auswirkungen ersichtlich.

(1) Wird ein Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel gestellt, hat der Notar ausgehend von dem Titel, also der Urkunde mit der Unterwerfungserklärung, zu prüfen, ob dieser Titel — noch — wirksam ist und die sonstigen Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel gegeben sind, dabei eben insbesondere dann, wenn gegenüber dem Titel Abweichungen hinsichtlich eines Beteiligten vorliegen, ob er trotz dieser Abweichung für oder gegen den betreffenden Beteiligten die Klausel erteilen kann.

Diese Prüfung hat er dabei in jedem Falle umfassend vorzunehmen, also alle Rechtsgrundlagen zu prüfen, nach denen trotz der Abweichung die Klauselerteilung zulässig und geboten ist. Selbst wenn der Antragsteller in seinem Antrag eine Begründung für die Abweichungen gibt — in der Praxis ist dies überwiegend nicht einmal der Fall —, kann und darf der Notar sich nicht darauf beschränken, nur zu prüfen, ob diese Begründung zutrifft und er aufgrund des behaupteten Abweichungsgrundes die Klausel erteilen kann, muß vielmehr darüberhinaus, sofern der angegebene Grund nicht vorliegt, prüfen, ob nicht aus einem anderen Rechtsgrunde die Klausel erteilt werden muß. Denn ein Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel kann sicher immer nur dahin ausgelegt werden, daß der Antragssteller in jedem Falle die Klausel erteilt haben will, nicht nur dann, wenn der von ihm angenommene Grund für die Abweichung vorliegt, denn Ziel seines Antrags ist immer allein, einen vollstreckungsfähigen Titel zu erlangen.

Beantragt ein Gläubiger etwa bei der Unterwerfung durch die A GmbH eine Klauselerteilung gegen die B GmbH, weil diese Rechtsnachfolger der A GmbH sei, ergibt die Prüfung des Notars aber, daß nur eine Firmenänderung vorliegt, kann und darf der Notar demgemäß nicht den Antrag zurückweisen, weil die behauptete Rechtsnachfolge nicht gegeben sei, sondern lediglich eine Firmenänderung.

Gleiches gilt umgekehrt: Beantragt die AB Sparkasse die Erteilung einer Vollstreckungsklausel einer für die A Sparkasse bestellten Grundschuld, weil sich ihre Bezeichnung geändert hat, und ergibt nun die Prüfung des Notars, daß die AB durch Fusion der Sparkassen A und B auf die zugleich neu errichtete AB entstanden ist, kann und darf er doch nicht den Antrag zurückweisen mit der Begründung, daß keine Bezeichnungsänderung, sondern eine Rechtsnachfolge vorliegt.

Vielmehr muß der Notar eben in beiden Fällen, weil der Titel wirksam und die Klauselerteilung zulässig ist, diese auch erteilen, wenn auch aus anderem Rechtsgrund, als von dem Antragsteller angenommen und in der Begründung behauptet wurde. Jede andere Auffassung würde doch — da nach der Zurückweisung des ersten Antrags jeweils sofort mit der zutreffenden Begründung ein neuer Antrag gestellt würde — unter Zugrundelegung der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung kostenrechtlich gesehen bedeuten, daß der Notar im ersten Fall zwar für die Zurückweisung des Antrags eine Gebühr nach § 130 Abs. 1 KostO, für die dann aufgrund erneuten Antrags erfolgende Erteilung wegen der Namensänderung ungeachtet deren ganz eindeutig größerer Bedeutung keine Gebühr erhielte, im zweiten Beispielsfall dann sowohl für die Zurückweisung zunächst die Gebühr nach § 130 Abs. 1 KostO und dann weiter für die Erteilung der Klausel wegen Rechtsnachfolge die nach § 133 KostO anfiele.

Dies zeigt zugleich, daß es im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens seitens des Notars bei Abweichungen hin-

sichtlich eines Beteiligten — auch ein Personenwechsel stellt sich äußerlich ja doch auch als andere Bezeichnung dar — keine Prüfung einer Rechtsnachfolge im Unterschied zu einer Prüfung einer Bezeichnungsänderung gibt, vielmehr allein eine, in beiden Fallgruppen identische Prüfung, die sich weder nach Art und Umfang noch sonst unterscheidet. Der Unterschied in der Rechtsgrundlage, der bei positivem Prüfungsergebnis dann zur Klauselerteilung führt, vermag damit aber auch keinen „innerer Grund" im Sinne des KG für eine unterschiedliche, kostenrechtliche Beurteilung abzugeben, da sowohl § 133 KostO ausdrücklich als auch die Kostenordnung allgemein Gebührenfolgen nur an die Tätigkeit anknüpft.

(2) Identisch sind auch die Auswirkungen auf den Notar, gleichviel, ob er nun die Klausel erteilt oder nicht, da es sich hier um normale Amtstätigkeit seinerseits handelt und er damit wie allgemein für die Richtigkeit seiner Entscheidung haftet. Selbst der Umfang der Haftung ist identisch, da bei einer Fehlentscheidung bei unrechtmäßiger Zurückweisung eine an sich zulässige Vollstreckung nicht oder nur zu späterem Zeitpunkt erfolgen kann, bei einer unrechtmäßigen Klauselerteilung dagegen eine an sich unzulässige Vollstreckung formell möglich wird und eben auch evtl. erfolgt.

d) Unterschiedliche analoge Anwendungen?

Völlig unbeantwortet bleibt in den Gerichtsentscheidungen die sich doch aufdrängende Frage, wieso in einem Teil der Fälle, in denen § 727 ZPO nach Rechtsprechung und Lehre analog angewandt wird, also etwa Erteilung gegen Konkursverwalter usw., die Kostenfolge des § 133 KostO eintreten soll, in einem anderen Teil, also Änderungen der Bezeichnung usw., dagegen nicht.

Bereits *Reimann* hat darauf hingewiesen[22], daß es methodisch unzulässig ist, einzelne Rechtsnormen isoliert für sich außerhalb des gesetzessystematischen Zusammenhangs auszulegen. Dem kann nur hinzugefügt werden, daß es erst recht methodisch nicht haltbar ist, zwar eindeutig bei in Zusammenhang stehenden Rechtsnormen wie § 727 ZPO und § 133 KostO die eine für zwar unterschiedliche, in Sinn und Wirkung aber identische Fälle analog anzuwenden, die andere, damit unmittelbar korrespondierende, in einem dieser Fälle dagegen gleichfalls analog anzuwenden, im anderen dagegen nicht, dies umso mehr, als das entscheidende Tatbestandsmerkmal des § 133 KostO, eben die Prüfungstätigkeit, in beiden Fällen identisch ist.

3. Vor-GmbH und GmbH

Ist schon für den Fall der Namens- oder Firmenänderung die von der Rechtsprechung vertretene Auffassung in keiner Weise überzeugend, gilt dies noch mehr für den vom BayObLG jetzt entschiedenen Fall der Unterwerfung durch die Vor-GmbH, die vom BayObLG ja nicht einmal unmittelbar selbst, sondern nur durch ohne nähere Begründung erfolgende Gleichstellung mit der Namens- oder Firmenänderung begründet wird.

Bei letzterer handelt es sich ganz eindeutig nur um eine Änderung der Bezeichnung des Schuldners, während sonst tatsächlich völlige Identität gegeben ist, also weder bei den Rechtsbeziehungen innerhalb der natürlichen und juristischen Personen selbst noch gar in ihren Rechtsbeziehungen zu Dritten materiell-rechtlich irgendwelche Änderungen durch die Namens- oder Firmenänderung eingetreten sind.

Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, auch nur zu versuchen, die ja nach wie vor umstrittenen, auch in der Rechtsprechung noch keineswegs endgültig abgeklärten Fragen des Verhältnisses zwischen der Vor-GmbH und entstandenen GmbH einzugehen. Es ist aber festzuhalten, daß ungeachtet der Meinungsvielfalt Übereinstimmung dahin besteht,

a) daß jedenfalls die Vorgesellschaft, wie dies nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ja gar nicht anders sein kann, eben mangels Rechtsfähigkeit allenfalls einen einer rechtsfähigen juristischen Person ähnlichen, gesamthänderisch gestalteten Personenverband eigener Art darstellt und

b) daß sich mit der Eintragung und damit der Entstehung der GmbH in einer hier nicht näher zu klärenden Form ein Übergang der Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH vollzieht, wie immer rechtlich dogmatisch dies zu behandeln ist, gleichviel, ob man nun der Meinung ist, daß sich der Übergang der Rechtsverhältnisse ganz oder teilweise aufgrund der besonderen Struktur des Entstehungsprozesses der GmbH ipso jure vollzieht, ob dieser Übergang ähnlich der bei einer Umwandlung nach § 42 UmwG als oder ähnlich einer Gesamtrechtsnachfolge vollzieht, ob hierzu besondere Rechtshandlungen der GmbH oder des Geschäftsführers nötig sind oder nicht oder dgl.

Denn Übereinstimmung besteht jedenfalls nach allen Meinungen dahin, daß sich ein derartiger Übergang der Rechte und Pflichten mit dem Entstehen der GmbH vollzieht, damit aber auch, daß von einer Identität zwischen Vor-GmbH und GmbH in dem Sinn, wie sie bei einer bloßen Namensänderung oder Firmenänderung vorliegt, nicht gesprochen werden kann, weil sich ja sowohl die Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten — sei es unter den Gesellschaftern selbst, sei es in deren Verhältnis zum Geschäftsführer — innerhalb der Gesellschaft als auch in deren Verhältnis zu Dritten in materiell-rechtlicher Hinsicht vielfach ändern. Eine absolute Identität zwischen der Vor-GmbH und GmbH im Sinne der bei Namens- bzw. Firmenänderungen gegebenen Identität wird von niemand in Rechtsprechung und Lehre vertreten, wie dies nicht einmal die früheren Identitäts- und Einheitstheorien, die aber heute in Rechtsprechung und Lehre nicht mehr vertreten werden, angenommen haben[23].

Auch für diesen Fall, der ja zudem einer Rechtsnachfolge weitaus rechtsähnlicher ist als eine Firmen- oder Namensänderung und seinerseits mit dieser wiederum selbst weniger gemein hat als mit einer Rechtsnachfolge, bleibt vielmehr festzustellen, daß eben auch hier eine nach Art und Inhalt voll identische Prüfungstätigkeit des Notars vorliegt und von auch nur in irgendeiner Richtung „weniger einschneidenden oder bedeutenden Maßnahme" in der aufgrund der Prüfung erfolgenden Klauselerteilung nicht die Rede sein kann.

[22] MittBayNot 1978, 200.

[23] Scholz, GmbHG, 6. Aufl., § 11 Rdnr. 36; Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., § 11 Rdnr. 9 ff., der sich den neueren Ansichten, daß sich ein Vollübergang aller Rechte und Pflichten vollzieht, anschließt, das Verhältnis zwischen Vor-GmbH und GmbH im Anschluß an Büttner (Identität und Kontinuität bei Gründung juristischer Personen, Diss., Erlangen 1967) bewußt nicht von Identität, sondern Kontinuität spricht.

IV. Zusammenfassung

Als zusammenfassendes Ergebnis kann demnach festgestellt werden:

1. Die Wirkung der Klauselerteilung bzw. -umschreibung beschränkt sich sowohl in den gesetzlich geregelten Fällen als auch in den Fällen, in denen § 727 ZPO analog zur Anwendung kommt, allein darauf, daß ein für oder gegen einen Beteiligten — ungeachtet etwaiger Veränderungen zwischen Titelerstellung und Klauselerteilung — wirksamer Vollstreckungstitel aufgrund der in der Klausel erfolgenden Berücksichtigung dieser Veränderung tatsächlich vollstreckungsfähig wird. Von einer „weniger bedeutungsvollen und einschneidenden Maßnahme" kann demgemäß auch in den Fällen der Namens- und Firmenänderung oder der Unterwerfung durch die Vor-GmbH und der Klauselerteilung gegen die GmbH, darüberhinaus auch in vergleichbaren Fällen, wie etwa der Sitzverlegung einer GmbH, einer Verschmelzung oder Umwandlung usw., nicht die Rede sein.

2. Im Klauselerteilungsverfahren hat der Notar, soweit aufgrund gegebener Abweichungen gleich welcher Art gegenüber dem Titel eine Prüfung notwendig ist, diese Prüfung umfassend nach allen in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen vorzunehmen. Diese Prüfungstätigkeit ist dabei grundsätzlich nach Art, Umfang und Wirkung für die Beteiligten sowie Verantwortlichkeit des Notars identisch, und zwar unabhängig davon, ob diese Prüfung nun zu dem Ergebnis führt, daß einer der gesetzlich geregelten Fälle oder einer der Fälle der analogen Anwendung des § 727 ZPO vorliegt.

3. Da die KostO auch in § 133 KostO Gebührenfolgen ausschließlich an die Tätigkeit des Notars, nicht deren Ergebnis oder gar Rechtsgrundlage anschließt, fällt die Gebühr nach § 133 KostO auch in allen Fällen an, in denen aufgrund gegebener Abweichungen eine notwendige Prüfungstätigkeit erfolgt und eine Vollstreckungsklausel dann erteilt wird, insbesondere auch in den Fällen, in denen die Klauselerteilung dann nur in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO erfolgt.

II.
Kurzer Beitrag

Ist eine Teilungsanordnung keine beeinträchtigende Verfügung?

Von Notar *Rudolf Lehmann*, Saarbrücken

Nach der Auffassung des IV a-Zivilsenats des BGH, der sich im Jahre 1981 kurz hintereinander in zwei Entscheidungen, wenn auch nicht hauptsächlich, sondern eher nebenher zu dieser Frage geäußert hat, ist sie es nicht.

In der *ersten* Entscheidung[1], die in die amtliche Sammlung[2] aufgenommen worden ist, heißt es schon im Leitsatz (auszugsweise):

„Wer durch bindend gewordenes gemeinschaftliches Testament seine beiden Söhne zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt hat, ... ist (auch) nicht gehindert, einem Sohn durch Teilungsanordnung mehr Grundstücke zukommen zu lassen, als dem Wert des Erbteils entspricht; Voraussetzung dafür ist, daß er diesem auferlegt, dem anderen Sohn einen entsprechenden Ausgleich aus dem eigenen Vermögen zukommen zu lassen."

Nach dem Sachverhalt, der der Entscheidung zugrundelag, hatten sich Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben und ihre beiden Söhne zu Erben des Letztlebenden eingesetzt und ferner bestimmt, daß der Überlebende berechtigt sein sollte, „die Verteilung unter den Söhnen zu bestimmen". Diese Klausel hatte das Berufungsgericht, das die Schlußerbeneinsetzung der beiden Söhne als wechselbezüglich behandelt hatte, als Ermächtigung des Überlebenden zur Vornahme von Teilungsanordnungen im Sinne von § 2048 BGB angesehen. Hierzu meint der BGH: „Eine derartige Auslegung ist rechtlich möglich, obwohl eine solche Ermächtigung nach der Gesetzeslage (§ 2270 Abs. 3 BGB) überflüssig (sic) war".

In der *zweiten* Entscheidung[3] äußert sich der BGH (diesmal zum Erbvertrag) ähnlich, wenn auch nicht so deutlich. Nach dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatten sich die Eheleute in einem Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben und ihre drei Kinder zu Erben des Längstlebenden eingesetzt; zusätzlich hatten sie Bestimmungen für die Auseinandersetzung des Nachlasses des Überlebenden getroffen. Im Anschluß hieran hieß es in dem Erbvertrag: „Dem Überlebenden von uns bleibt ausdrücklich das Recht vorbehalten, abweichend von vorstehender Teilungsanordnung durch Rechtsgeschäft oder durch letztwillige Verfügung andere Verfügungen zu treffen". Bei der Prüfung der Frage, ob die Bestimmungen des Erbvertrags über die Auseinandersetzung als Teilungsanordnung zu qualifizieren seien, macht der BGH folgende Ausführungen: „Eine solche Teilungsanordnung läßt die Höhe der Erbteile der einzelnen Miterben unberührt und nimmt an der Bindungswirkung des Erbvertrags nicht teil, ohne daß es hierfür eines besonderen Vorbehalts bedürfte. Der Erblasser war daher nicht gehindert, die in dem Erbvertrag enthaltenen Teilungsanordnungen nachträglich aufzuheben oder (sic) durch andere zu ersetzen".

---

1 Urteil vom 23. September 1981, NJW 1982, 43 = DNotZ 1982, 679 (nur Leitsatz) = MittBayNot 1984, 198.

2 BGHZ 82, 274.

3 Urteil vom 2. Dezember 1981, NJW 1982, 441.

Nach der Meinung des BGH kann also ein wechselbezüglich durch gemeinschaftliches Testament oder ein vertragsmäßig durch Erbvertrag an eine Erbeinsetzung gebundener Erblasser die Erben auch dann durch eine Teilungsanordnung beschränken, wenn ihm dies im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag nicht vorbehalten ist.

Der Auffassung des BGH, die von hervorragender praktischer Bedeutung für die Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen ist, kann nicht gefolgt werden;[4] sie widerspricht der gesetzlichen Regelung. Diese erlaubt dem gebundenen Erblasser keine beeinträchtigende Verfügung; eine solche Verfügung wäre unwirksam. Beim gemeinschaftlichen Testament ergibt sich das aus § 2271 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB, beim Erbvertrag aus § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Nach § 2271 Abs. 2 Halbsatz 1 BGB erlischt das Recht zum Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung mit dem Tode des anderen Ehegatten. Widerruf im Sinne von § 2271 BGB ist nun nicht nur der gänzliche Widerruf der wechselbezüglichen Verfügung, sondern auch der teilweise, und diesem steht es gleich, wenn die Erben durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert werden. Diese allgemein anerkannte Rechtslage[5] ergibt sich aus dem Schutzzweck des § 2271 BGB und auch aus § 2306 BGB, wo das Gesetz Beschränkungen und Beschwerungen dieser Art als teilweise Aufhebung der Zuwendung wertet.

Beim Erbvertrag ist die Rechtslage nicht anders. Dort ordnet § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich an, daß jede Verfügung von Todes wegen, die das Recht der Vertragserben beeinträchtigen würde, unwirksam ist. Es kann kein Zweifel bestehen, daß eine Teilungsanordnung eine in diesem Sinne beeinträchtigende Verfügung ist.[6]

Der BGH stützt sich bei seiner Auffassung zu Unrecht auf § 2270 Abs. 3 BGB. Diese Vorschrift und die für den Erbvertrag gleichlautende Vorschrift des § 2278 Abs. 2 BGB besagen — auf die Teilungsanordnung bezogen — lediglich, daß eine solche weder wechselbezüglich noch vertragsmäßig angeordnet werden kann. Das bedeutet (nur), daß ein Erblasser, der an eine wechselbezügliche oder vertragsmäßige Erbeinsetzung gebunden ist, eine darüberhinaus im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag verfügte Teilungsanordnung auch dann widerrufen kann, wenn im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag das Gegenteil vereinbart worden war. § 2270 Abs. 3 BGB und § 2278 Abs. 2 BGB besagen jedoch nicht, daß der gebundene Erblasser ohne weiteres nachträglich eine Teilungsanordnung treffen kann; er kann also auch nicht ohne weiteres eine widerrufene Teilungsanordnung durch eine andere ersetzen. Das kann er nur, wenn es ihm im gemeinschaftlichen Testament oder im Erbvertrag vorbehalten ist.

Da ein derartiger Vorbehalt auch durch ergänzende Auslegung ermittelt werden kann, sollte bei der Aufnahme einer Teilungsanordnung in einem gemeinschaftlichen Testament oder in einem Erbvertrag, die eine wechselbezügliche oder vertragsmäßige Erbeinsetzung enthalten, zur Vermeidung der Auslegung klargestellt werden, ob diese Teilungsanordnung durch eine andere ersetzt werden kann. Außerdem sollte man bei dem Vorbehalt einer Teilungsanordnung bedenken, daß der Erblasser bei der Ausübung des Vorbehalts in die Verlegenheit gebracht werden kann, sich mit der schwierigen Problematik der Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis[7] befassen zu müssen, aus welchem Grund es empfehlenswert erscheint, diesem Konflikt dadurch aus dem Wege zu gehen, daß man den Vorbehalt auf Vorausvermächtnisse erstreckt.

---

4 Nach meinem Überblick widerspricht nur Staudinger-Kanzleiter, 12. Auflage, 1983, § 2289 Rdnr. 12 dem BGH (NJW 1982, 43). Schubert (JR 1982, 156) stimmt dem BGH (NJW 1982, 43) ausdrücklich zu: „Zuzugeben ist dem BGH allerdings, daß der überlebende Ehegatte berechtigt ist, Teilungsanordnungen zu treffen (§ 2270 Abs. 3 BGB)".

5 Bengel in Dittmann-Reimann-Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Auflage, 1986, § 2271 Rdnr. 19, und Staudinger-Kanzleiter, § 2271 Rdnr. 16, mit jeweils weiteren Nachweisen.

6 Staudinger-Kanzleiter, § 2289 Rdnr. 12.

7 Siehe hierzu — beispielsweise — Palandt-Edenhofer, 47. Auflage, 1988, § 2048 Anm. 4 a.

III.
Buchbesprechungen

Hans Ludwig Dornbusch/Lothar Th. Jasper, Die Besteuerung der Rechtsanwälte und Notare. Hinweise — Empfehlungen — Erfahrungen, München 1987, 254 Seiten.

Nach *Korn* (vgl. DNotZ 1983, 136) haben nunmehr *Dornbusch/Jasper* ein Werk über die Besteuerung der Rechtsanwälte und Notare vorgelegt. Die Verfasser haben es sich zur Aufgabe gemacht, dem steuerrechtlich nicht so versierten, freiberuflich tätigen Rechtsanwalt und Notar einen Leitfaden an die Hand zu geben, der in das System der Einkommensteuer einführt und die Gewinnermittlungsmethoden erläutert. In einem weiteren Kapitel werden die sonstigen Steuern und das Verfahrensrecht behandelt und auch die steuerlichen Pflichten des Rechtsanwalts und Notars als Arbeitgeber geschildert. Für die Kollegen, die einzelne oder alle Steuerrechtsmaterien einem Steuerberater überlassen wollen, wird die Steuerberatergebührenverordnung eingehend dargelegt, um die zu erwartenden Gebührenbelastungen überblicken zu können. Das Werk schließt mit den Einkommensteuertabellen und einem Stichwortverzeichnis. Ein Literaturhinweisverzeichnis ist dem Werk leider nicht beigefügt.

Die Lektüre zeigt, daß die Verfasser keinerlei steuerliches Wissen voraussetzen und alle einkommensteuerlichen, umsatzsteuerlichen und verfahrensrechtlichen Begriffe eingehend erläutern. Aus der genannten Zielrichtung des Werkes ergibt sich auch die Grenze der Brauchbarkeit: Die Ausführungen sind teilweise so allgemein gehalten, daß der Informationswert nicht ausreichend ist. Ein Zuwendungsnießbrauch an einer Anwalts- oder Notarpraxis wird in der Tat von dem Bundesfinanzhof einkommensteuerlich nicht anerkannt (mißverständlich: „das Kapitalvermögen bleibt bei der Nießbrauchsbestellung beim Vater"); die Fundstelle, aus der die Verfasser ihr Wissen schöpfen, sollte aber dem Leser nicht vorenthalten werden: Offensichtlich bezieht sich der auf Seite 107 geschilderte Zuwendungsnießbrauchsfall auf die Entscheidung des BFH zum Quoten-Nießbrauch am Gewinnstammrecht einer Sozietät, vgl. BFH, BStBl. 1976 II, 592. Aufgrund der breiten Darstellung der steuerlichen Grundsätze bleibt auch wenig Raum für wichtige Einzelfragen: In dem Kapitel „Der Rechtsanwalt und Notar als Arbeitgeber" umfassen die sozialversicherungsrechtlichen Hinweise nur etwas mehr als eine Seite. Die Versicherungspflichtgrenze bei Teilzeitbeschäftigten ist nicht einmal schlagwortartig erwähnt.

Auf schwierige und strittige Fragen geht das Werk ebenfalls kaum ein. Problembeladene Themen, wie z. B. Berufsausübung in Sozietät oder Bürogemeinschaft werden nur auf wenigen Seiten (S. 103—105 und 148—149) dargelegt, obwohl gerade hier häufig Fehler auftauchen, gerade bei der Umsatzbesteuerung der Sozietäten, so daß Steuernachzahlungen bei Betriebsprüfungen an der Tagesordnung sind. Die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Pkw-Anschaffung, nämlich durch die Sozietät oder durch den einzelnen Sozius (vgl. Streck/Schwedhelm AnwBl. 6/87, 262) werden leider nicht erörtert.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß es die Verfasser verstehen, dem steuerrechtlich unbedarften Leser die steuerlichen Grundbegriffe anschaulich und eingehend darzulegen. Für den jungen Anwalt, der im Studium mit dem Steuerrecht nicht konfrontiert wurde, ist das Werk als Einführung in die Besteuerungsproblematik empfehlenswert.

Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge von Dr. Christoph Reithmann und Dr. Dieter Martiny unter Mitarbeit von Prof. Frerich van Dieken, Dr. Rainer Hausmann, Dr. Bernd Joch, Dr. Peter M. Kleinschmidt LL. M. und Franz Merz. 4. völlig überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Köln 1988.

Das bewährte *Reithmann'sche* Handbuch und Kompendium über das Internationale Vertragsrecht liegt nunmehr in 4., gänzlich neu gestalteter, Auflage vor. *Dr. Dieter Martiny*, wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg ist nunmehr Mitherausgeber.

Mitgearbeitet haben *Professor Frerich van Dieken*, Hochschule Bremerhaven, *Dr. Rainer Hausmann*, Privatdozent an der Universität München, *Dr. Bernd Joch*, Rechtsanwalt, München, *Dr. Peter M. Kleinschmidt*, Wirtschaftsjurist, München, und — last not least — Vorsitzender Richter am BGH, *Franz Merz.*

Das Werk gliedert sich in Teile über die Bestimmung des Vertragsstatutes, den Geltungsbereich des Vertragsstatutes und außervertragliche Schuldverhältnisse, alle bearbeitet von *Martiny*, in Teile über zwingende Bestimmungen, bearbeitet von *Reithmann*, einzelne Vertragstypen, bearbeitet von *Martiny, Reithmann, van Dieken, Merz, Joch und Kleinschmidt,* schließlich in Teile über Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis, bearbeitet von *Hausmann,* über die Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters, bearbeitet von *Merz,* über Beschränkungen bei verheirateten, jugendlichen oder sonst irgendwie beschränkt handlungs- oder geschäftsfähigen, insbesondere entmündigten, Personen und über Gerichtsstand und Schiedsvereinbarungen, alles bearbeitet von *Hausmann.*

War das Werk, das bereits eine Monographie und ein umfassendes Kompendium ist, schon bisher unentbehrlich und in seiner Gestaltung und Ausarbeitung einzigartig dastehend, so gilt das erst recht, um so mehr und in vollem Umfang für die nun vorliegende 4., völlig überarbeitete und wesentlich erweiterte, Auflage.

Man staunt über die Fülle von Arbeit, Kenntnis und Material, die in dieses Standardwerk eingeflossen sind.

Man kann den Herausgebern, Verfassern und Mitarbeitern für diesen unentbehrlichen Ratgeber und für diese unverzichtbare Unterstützung, vor allem aber für die damit verbundene Arbeit und Mühe, nicht genug danken.

die Beteiligten den Notar anweisen, diese Verträge nicht abzuliefern, auch nicht in beglaubigter Abschrift. Sinnvoll, obwohl in § 16 nicht erwähnt, ist auch die Mitteilung an das Standesamt über die Errichtung von Pflichtteilsverzichtsverträgen. Diese ändern die Erbfolge nicht, aber ihre Kenntnis ist bei Eintritt des Erbfalles für die Beteiligten sehr sinnvoll. Da hier jedoch keinerlei Mitteilungspflicht besteht, muß der Notar, um nicht gegen die Geheimhaltungspflicht zu verstoßen, vor Vornahme der entsprechenden Mitteilung das Einverständnis der Beteiligten einholen.

Trotz der Genauigkeit und Exaktheit, mit der der Verfasser gearbeitet hat, haben sich doch einige kleinere Fehler, die den Wert des Buches jedoch keinesfalls beeinträchtigen, eingeschlichen. So weist *Weingärtner* in Rdnr. 103 darauf hin, daß in verschiedenen Ländern, so in Bayern nach § 44 Nr. 4, § 58 BayNotGeschO ein Verzeichnis der Nachlaß- und Gütergemeinschaftsauseinandersetzungen zu führen ist, ohne zu beachten, daß diese Geschäftsordnung vom 30.10.1913 bereits durch Bekanntmachung vom 21.11.1978 (JMBl. 1978 S. 215) aufgehoben wurde. Es bleibt jedoch jedem Notar unbenommen, die Geschäftsordnung als bewährte Anleitung für ein zweckmäßiges Verfahren zu beachten. Ein Verzeichnis wird jedoch keiner der bayerischen Notare mehr führen.

Obwohl der Verfasser im Vorwort darauf hinweist, daß Rechtsprechung und Literatur bis Mitte 1987 eingearbeitet sind, geht er einerseits bei Rdnr. 541 b noch von den alten Bestimmungen des Bundesbaugesetzes und des Städtebauförderungsgesetzes aus, andererseits wurde aber bei der notwendigen Mitteilung an den Gutachterausschuß schon der neue § 195 Abs. 1 des BauGB abgedruckt (Rdnr. 558).

Auch bei den steuerlichen Hinweisen wäre es sinnvoll gewesen, auf den neuen § 10 e EStG hinzuweisen, wenn noch der alte § 7 b EStG erwähnt wird.

Als Schlußresümee kann nur noch festgestellt werden, daß, da jeder Notar mit der Dienstordnung „lebt", zu seiner Bibliotheksgrundausstattung auch der Kommentar zur Dienstordnung von *Weingärnter* gehört.

Notar *Dr. Dieter Lindner*, Greding

IV.
Rechtsprechung

A.
Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 313, 652 *(Zur Beurkundungsbedürftigkeit einer Reservierungsvereinbarung)*

a) Eine zwischen einem Makler und einem Kaufinteressenten abgeschlossene Reservierungsvereinbarung ist nicht deshalb beurkundungsbedürftig, weil durch sie ein unangemessener Druck zur Veräußerung des Grundstücks ausgeübt würde.

b) Ob die Reservierungsvereinbarung deshalb beurkundungsbedürftig ist, weil durch sie ein unangemessener Druck zum Erwerb des Grundstücks ausgeübt wird, ist nach den im Urteil vom 2. Juli 1986 — IVa ZR 102/85 — LM BGB § 313 Nr. 112 — [= MittBayNot 1986, 241 = DNotZ 1987, 745] aufgestellten Grundsätzen zu beurteilen.

c) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Reservierungsvereinbarung wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.

BGH, Urteil vom 10.2.1988 — IV a ZR 268/86 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte war als Maklerin von der Eigentümerin einer Eigentumswohnung im Anwesen R.-Straße 9 beauftragt worden, einen Käufer zu suchen und die Wohnung für 330.000 DM zu verkaufen. Auf eine von ihr aufgegebene Zeitungsanzeige meldete sich der im Namen und in Vollmacht seines Vaters handelnde Sohn des Klägers. Nach einer Wohnungsbesichtigung kam es zur Unterzeichnung einer Vereinbarung, die folgenden Wortlaut hat:

„Reservierung
für das Objekt: R.-Str. 9 frei Sept. 83
Käufer: Z., A. Preis: 320.000 DM
erfolgte Anzahlung: DM 1.000,— per Scheck 244
Die Reservierungsgebühr wird auf die Vermittlungsgebühr von 3,39% voll angerechnet
gez. K. Z. gez. G.
Käufer
M., 6.4.83
Notartermin soll stattfinden innerhalb von 6 Tagen ab heute".

Am 18. April 1983 verkaufte die Beklagte als Bevollmächtigte der Eigentümerin die Wohnung an die Eheleute R. zum Kaufpreis von 330.000 DM. Die Reservierungsgebühr von 1.000 DM zahlte sie an den Sohn des Klägers zurück.

Der Kläger behauptet, er hätte die Wohnung zu einem Preis von 400.000 DM weiterverkaufen können; das sei auch der Verkehrswert gewesen. Er verlangt daher von der Beklagten als Schadensersatz 52.213 DM (70.000 DM abzüglich 11.187 DM Maklerprovision und 6.600 DM aufzuwendende Grunderwerbsteuer). Das Landgericht hat die Beklagte lediglich zum Aufwendungsersatz in Höhe von 1.924 DM verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sowohl die Berufung des Klägers als auch die Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Oberlandesgericht.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht meint, daß die zwischen den Parteien abgeschlossene Reservierungsvereinbarung gemäß § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedurft hätte. Durch sie werde ein indirekter Zwang zur Veräußerung eines Grundstücks ausgeübt. Dies zeige deutlich der vorliegende Rechtsstreit, in dem der Kläger nicht unerhebliche Schadensersatzforderungen mit der Begründung geltend mache, die Beklagte habe aufgrund der Reservierungsvereinbarung als Vertreterin der Wohnungseigentümerin nur mit ihm und nicht mit einem anderen Interessenten abschließen dürfen. Die Gefahr, bei Abschluß mit anderen Interessenten Schadensersatzansprüchen von über 50.000 DM ausgesetzt zu sein, stelle einen erheblichen indirekten Zwang zum Abschluß mit dem Kläger und zum Nichtabschluß mit anderen Interessenten dar. Ein nach § 313 BGB formbedürftiges Rechtsgeschäft liege nicht nur dann vor, wenn die eingegangene Verpflichtung unmittelbar die Veräußerung oder den Erwerb von Grundbesitz zum Inhalt habe, sondern auch dann, wenn die Veräußerung oder der Erwerb mittelbar durch sonst drohende erhebliche finanzielle Nachteile erzwungen würden.

2. Dieser Gedankengang ist in zweifacher Hinsicht durch Rechtsfehler beeinflußt:

a) Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß die Beklagte die Reservierungsvereinbarung nicht als Bevollmächtigte der Wohnungseigentümerin, sondern im eigenen Namen abgeschlossen habe. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Annahme des Berufungsgerichts steht im Einklang mit der übereinstimmenden Auffassung der Parteien; für sie spricht auch der Umstand, daß die Reservierungsgebühr nicht an die Eigentümerin, sondern an den Makler gezahlt wurde. Der Druck, der durch die Reservierungsvereinbarung ausgeübt wurde, richtete sich daher nicht gegen den Veräußerer, sondern nur gegen den Makler. Der Makler wird aber in der Regel nicht in der Lage sein, den auf ihn ausgeübten Druck an den Veräußerer weiterzugeben. Das gilt selbst dann, wenn der Makler, wie im vorliegenden Fall, gleichzeitig Verkaufsbevollmächtigter des Eigentümers ist; denn dies schließt nicht aus, daß der Eigentümer das Grundstück (oder die Eigentumswohnung) ohne Zuziehung des Bevollmächtigten veräußert; auch kann er die Vollmacht widerrufen oder den Bevollmächtigten mit bindenden Anweisungen versehen. (Wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn zwischen Makler und Eigentümer ein Rechtsverhältnis bestünde, durch das der letztere verpflichtet wäre, die Entscheidung über die Veräußerung dem Makler zu überlassen und sich jeder eigenen Verfügung über das Objekt zu enthalten, braucht hier nicht entschieden zu werden; aus dem Parteivortrag gibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß hier ein solcher Fall vorgelegen hätte).

b) Aber auch dann, wenn die Beklagte in der Lage gewesen wäre, die Eigentümerin zur Einhaltung der Reservierungsvereinbarung zu bestimmen, würde sich daraus noch nicht ergeben, daß durch die Vereinbarung auf sie ein Druck zur Veräußerung an den Kläger ausgeübt worden wäre. Das Berufungsgericht legt die Reservierungsvereinbarung rechtsfehlerfrei dahin aus, daß die Beklagte sich in ihr verpflichtet habe, dem Kläger „das Kaufobjekt ohne Vorbehalt zu reservieren und keinem anderen Interessenten anzubieten oder jedenfalls dem Kläger den Vorzug vor weiteren Kaufinteressenten zu geben". Der Inhalt der übernommenen Verpflichtung war also ein rein negativer: Die Beklagte hatte nicht etwa dem Kläger das Eigentum an der Wohnung zu verschaffen, sondern lediglich dafür zu sorgen, daß kein anderer die Wohnung erwarb, solange der Kläger noch an ihr interessiert war. Die zwischen den Parteien getroffene Abmachung kann daher nicht einer Veräußerungsverpflichtung, sondern allen-

falls einem (schuldrechtlichen) Veräußerungsverbot gleichgestellt werden. Es ist jedoch in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt, daß auch ein Eigentümer ein solches Veräußerungsverbot formfrei mit einem Dritten vereinbaren kann (BGH Urteil vom 20. März 1963 — V ZR 89/62 — NJW 1963, 1602 unter I Abs. 2; ebenso *Heinrichs* bei *Palandt*, BGB 47. Aufl. § 137 Anm. 1 c a. E., § 313 Anm. 3 d; *Brox* bei *Erman*, BGB 7. Aufl. § 137 Rdnr. 6; *Krüger-Nieland/Zöller* in BGB-RGRK 12. Aufl. § 137 Rdnr. 24; *Dilcher* bei *Staudinger*, BGB 12. Aufl. § 137 Rdnr. 17; *Vollkommer* bei *Jauernig*, BGB 4. Aufl. § 313 Anm. 2 b aa). Das muß erst recht dann gelten, wenn eine solche negative Verpflichtung nicht vom Eigentümer (oder sonst Verfügungsberechtigten) selbst, sondern von einem Makler übernommen wird.

3. a) Von Instanzgerichten (OLG Düsseldorf NJW 1983, 181; LG Frankfurt am Main MDR 1979, 1022) werden entgeltliche Reservierungsvereinbarungen deshalb als formbedürftig angesehen, weil durch sie auf den Kaufinteressenten ein Druck zum Erwerb des Grundstücks ausgeübt werde. Es läßt sich in der Tat nicht verkennen, daß Reservierungsvereinbarungen von Maklern in der Regel deshalb abgeschlossen werden, um sich gegen ein Abspringen des Kunden vor der Beurkundung des Kaufvertrags zu sichern. Nach ihrem Zweck und in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen entsprechen sie daher den Vertragsklauseln, durch die der Maklerkunde auch für den Fall, daß er die Beurkundung des Vertrages ablehnt oder verhindert, sich voll oder teilweise zur Zahlung der vereinbarten Provision verpflichtet. Es ist daher gerechtfertigt, auch auf Reservierungsvereinbarungen die Grundsätze anzuwenden, die der Bundesgerichtshof für die Formbedürftigkeit der Vereinbarung erfolgsunabhängiger Provisionen aufgestellt hat (Urteile vom 6. Februar 1980 — IV ZR 141/78 — NJW 1980, 1622 = WM 1980, 742 [= MittBayNot 1980, 151 = DNotZ 1981, 23]; vom 2. Juli 1986 — IV a ZR 102/85 — NJW 1987, 54 = WM 1986, 1438 [= MittBayNot 1986, 241 = DNotZ 1987, 745]).

Für den vorliegenden Fall läßt sich daraus jedoch nichts herleiten. Die Parteien hatten für den Erfolgsfall eine Provision von 3,39% bei einem Kaufpreis von 320.000 DM, das heißt also von 10.848 DM, vereinbart. Die Reservierungsgebühr von 1.000 DM übersteigt daher die in den genannten Entscheidungen festgelegte Grenze von 10% nicht; aus dem Parteivortrag sind auch keine Umstände ersichtlich, aus denen man entnehmen könnte, daß auch durch eine unter 10% liegende Gebühr ein unangemessener Druck auf den Kläger zum Erwerb des Grundstücks hätte ausgeübt werden können.

b) Andere Gerichte (LG Düsseldorf BB 1983, 665; AG Aachen, DWW 1983, 251; AG Schoeneberg GrundE 1983, 127; LG Frankfurt/Main NJW 1977, 109 = MDR 1977, 138; NJW 1984, 2419 = VersR 1985, 300) beanstanden die Reservierungsvereinbarung nach § 9 AGBG. Auch dem liegt ein richtiger Gedanke zugrunde. Nach dem gesetzlichen Leitbild des Maklervertrages (§ 652 BGB) erhält der Makler nur dann eine Provision, wenn infolge seiner Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit der gewünschte Hauptvertrag tatsächlich zustandekommt. Die Rechtsprechung hat aus diesem Grunde AGB-Klauseln für unwirksam angesehen, nach denen der Makler seine Provision auch dann verlangen kann, wenn seine Bemühungen um das Zustandekommen des Hauptvertrages erfolglos waren (BGH Urteil vom 18. Dezember 1974 — IV ZR 89/73 — NJW 1975, 647). Diese Rechtsprechung steht selbständig neben der über die Notwendigkeit einer Beurkundung gemäß § 313 BGB: Auch dann, wenn die Gebühr, die der Maklerkunde bei Ablehnung des angebotenen Hauptvertrages zahlen soll, nicht so hoch ist, daß eine Beurkundung erforderlich wäre, kann die Vereinbarung dieser Gebühr dennoch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig sein. Auf diesen Gesichtspunkt darf die Entscheidung jedoch nur dann abgestellt werden, wenn die Reservierungsvereinbarung einen Teil der dem Maklervertrag zugrundeliegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen bildet. Das steht im vorliegenden Fall jedoch nicht fest. Daß die Reservierungsvereinbarung auf ein besonderes Blatt gesetzt ist, also räumlich keinen Teil des Maklervertrages bildet, kann allerdings nicht entscheidend sein; maßgeblich ist vielmehr, ob der Makler die Reservierungsvereinbarung dem Kunden zusätzlich zum Maklervertrag angeboten und ihm freigestellt hat, ob er den Maklervertrag mit oder ohne Reservierungsvereinbarung abschließen wolle. Ob dies der Fall war, läßt sich anhand des Parteivortrages nicht beurteilen. Deshalb kann an dieser Stelle offenbleiben, ob die Reservierungsvereinbarung individuell ausgehandelt worden ist.

4. Die zwischen den Parteien geschlossene Reservierungsvereinbarung kann jedoch aus anderem Grunde rechtsunwirksam sein. Die Beklagte war als Verkaufsbevollmächtigte (§ 662 BGB) gegenüber der Eigentümerin verpflichtet, sich um eine möglichst baldige Veräußerung der Wohnung zu bemühen. Sie durfte deshalb nicht mit einem Interessenten eine Vereinbarung abschließen, durch die sie sich auf unbestimmte Zeit verpflichtete, das Objekt nur an ihn zu verkaufen, sofern dieser Interessent nicht gleichzeitig eine rechtlich bindende Verpflichtung übernahm, das Grundstück zu erwerben. Nach der rechtsfehlerfreien und naheliegenden Auslegung des Berufungsgerichts begründete jedoch die Reservierungsvereinbarung eine solche Erwerbsverpflichtung des Klägers nicht; sie hätte im übrigen nach § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedurft. Fraglich ist es dagegen, ob die Reservierungsvereinbarung eine zeitlich begrenzte Gültigkeitsdauer hatte. *(Wird ausgeführt).*

Sollte die tatrichterliche Prüfung ergeben, daß die Reservierungsverpflichtung zeitlich unbegrenzt gelten sollte, wäre die Vereinbarung nach § 138 BGB nichtig. Wie *Dilcher* bei *Staudinger* (12. Aufl. § 138 Rdnr. 53) zutreffend ausführt, sind Vertragsverletzungen als solche nicht sittenwidrig; wohl aber werden die Schranken der guten Sitten überschritten, wenn eine Abrede bewußt darauf gerichtet ist, jemandem zum Vertragsbruch anzuhalten, sei es hinsichtlich einer Haupt- oder einer Nebenpflicht. Diese Voraussetzungen sind bei einer unbefristeten Reservierungsvereinbarung gegeben, bei der sich der Makler und Verkaufsbeauftragte vom Käufer eine Vergütung dafür versprechen läßt, daß er seine Verpflichtungen gegenüber dem Verkäufer nicht korrekt erfüllt, also eine ihm übertragene Machtstellung dazu ausnutzt, sich einen unangemessenen Sondervorteil zu Lasten seines Auftraggebers zu verschaffen.

Gegen eine befristete Reservierungsvereinbarung bestehen die gleichen Bedenken, wenn der Kunde, mit dem die Vereinbarung abgeschlossen wird, nur zur Zahlung eines unangemessen niedrigen Kaufpreises bereit ist. Ein solcher Fall lag hier nach der eigenen Sachdarstellung des Klägers vor: Dieser behauptet, daß das Grundstück einen Verkehrswert von 400.000 DM gehabt habe, einen Wert also, der um 80.000 DM über dem Kaufpreis lag, den der Kläger nach der Abrede mit der Beklagten zahlen sollte. Unter diesem Gesichtspunkt könne die Reservierungsvereinbarung jedoch nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn dem für den Kläger handelnden Bevollmächtigten und der Geschäftsführerin

der Beklagten die Unangemessenheit des von ihm gebotenen Kaufpreises bewußt war. Hierzu enthält das Berufungsurteil jedoch keine tatsächlichen Feststellungen.

II. In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht aus, die Klage müsse auch dann als unbegründet abgewiesen werden, wenn man die Reservierungsvereinbarung als gültig ansehe; denn der Kläger habe nicht nachgewiesen, daß ihm durch den Nichterwerb der Wohnung ein Schaden entstanden sei. Auch dieser Teil der Entscheidungsgründe ist nicht rechtsfehlerfrei. Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, auf den objektiven Wert der Wohnung komme es nicht an. Wenn die Wohnung objektiv mehr wert war als der Kaufpreis, hätte der Erwerb zu einer Vermehrung des Vermögens des Klägers geführt, und zwar auch dann, wenn er nicht in der Lage gewesen wäre, die Wohnung an die Zeugin D. weiterzuveräußern; daß ihm die Erwerbsmöglichkeit entging, stellt daher auf jeden Fall einen Vermögensnachteil dar.

---

2. BGB § 168 *(Widerruflichkeit einer unwiderruflich erteilten Vollmacht)*

a) Eine unwiderruflich erteilte Vollmacht, der keine Kausalvereinbarung zugrunde liegt, ist frei widerruflich.

b) Die vom Treuhandeigentümer dem Treugeber unwiderruflich erteilte Vollmacht zur Verwaltung, Veräußerung und Belastung des Treuguts (hier: Teileigentum) kann in der Regel dann widerrufen werden, wenn die der Vollmacht zugrundeliegende Abrede nur Belastungen erlaubt, der Treugeber aber die Sache verkauft (Abgrenzung zu BGH Urt. v. 20. März 1972, II ZR 52/71, WM 1972, 588).

BGH, Urteil vom 26.2.1988 — V ZR 231/86 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte verkaufte dem Kläger durch notariellen Vertrag vom 22. März 1984 seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück in S. mit dem zugehörigen Sondereigentum an einem Laden im Erdgeschoß des Hauses. Gleichzeitig wurde die Auflassung beurkundet. Der Eigentumswechsel ist im Grundbuch eingetragen. Nach § 2 des Vertrages betrug der Kaufpreis 610.000 DM. Der Kläger verpflichtete sich, bis zur Höhe dieses Betrages als Mitschuldner — „kumulative bestärkende Schuldübernahme" — die durch Grundschulden gesicherten Forderungen der Volksbank — Raiffeisenbank S. zu tilgen; für den Fall eines geringeren als des mit 610.000 DM (nebst Zinsen ab 22. März 1984) angenommenen Forderungsstandes sollte der Kläger den Differenzbetrag nach Beendigung des Schuldverhältnisses mit der Bank an den Beklagten zahlen.

In einer weiteren notariellen Urkunde vom 22. März 1984 bevollmächtigte der Kläger den Beklagten unwiderruflich und unter Befreiung von dem Verbot des § 181 BGB zur Verwaltung, Veräußerung und Belastung des Teileigentums. Diese Vollmacht widerrief der Kläger durch notariell beurkundete Erklärung vom 8. Juli 1985. Er forderte mit Schreiben seines Rechtsanwalts vom 10. Juli 1985 den Beklagten zur Herausgabe der Vollmachtsurkunde auf. Beide Erklärungen sind dem Beklagten spätestens am 16. Juli 1985 zugegangen. Am gleichen Tage verkaufte der Beklagte durch notariellen Vertrag, ergänzt durch beurkundete Erklärungen vom 19. und 21. August 1985, das Teileigentum im Namen des Klägers an Jürgen Sch. und ließ es diesem auf. Die Eigentumsumschreibung ist noch nicht erfolgt.

Der Kläger hat die Feststellung beantragt, daß die Vollmacht unwirksam sei, hilfsweise, daß sie seit dem 8. Juli 1985, äußerst hilfsweise, daß sie seit dem 16. Juli 1985 nicht mehr bestehe. Darüber hinaus hat er beantragt, den Beklagten zur Herausgabe der diesem erteilten Ausfertigung der Vollmachtsurkunde zu verurteilen. Er hat den Standpunkt vertreten, die Vollmacht sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig; jedenfalls aber habe er sie wirksam widerrufen, weil der Beklagte unter Mißbrauch der Vollmacht, die ihm nur zwecks Beratung und Vertretung bei der Verwaltung erteilt worden sei, mit notarieller Urkunde vom 8. August 1984 Rechtsanwalt St. ein Vorkaufsrecht für einen noch zu benennenden Dritten eingeräumt habe und zur Sicherung eine Vormerkung habe eintragen lassen sowie später das Teileigentum an Sch. verkauft habe.

Demgegenüber hat der Beklagte vorgetragen, die Vollmacht habe seine Rechte aus einer am 22. März 1984, zeitlich vor den an diesem Tage notariell beurkundeten Rechtsgeschäften, geschlossenen privatschriftlichen Vereinbarung sichern sollen. Darin sei ihm die alleinige Verwaltung des Teileigentums übertragen und die Befugnis eingeräumt worden, es für seinen Kreditbedarf mit Grundpfandrechten zu belasten; außerdem sei beiden Parteien das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag vorbehalten worden. Verabredeter Zweck des Vertragswerks sei gewesen, daß im Hinblick auf sein Ehescheidungsverfahren das Teileigentum nur treuhänderisch auf den Kläger habe übergehen sollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil den Beklagten zur Herausgabe der Vollmachtsurkunde verurteilt. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hält den Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde gemäß § 175 BGB für begründet. Es läßt offen, ob das Vorbringen des Klägers oder das des Beklagten richtig ist, weil der Kläger jedenfalls nach dem vom Beklagten vorgenommenen Verkauf des Teileigentums an Sch. zum Widerruf der Vollmacht berechtigt gewesen sei.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Von der Schlüssigkeit des Herausgabeanspruchs ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Insoweit sind auch keine Revisionsrügen erhoben.

a) Lag der Vollmacht, wie vom Kläger behauptet, die Vereinbarung zugrunde, daß ihn der Beklagte bei der Verwaltung des Teileigentums beraten und gegebenenfalls vertreten solle, so ist schon fraglich, ob die Vollmacht bei einem solchen, allein dem Interesse des Vollmachtgebers dienenden Auftragsverhältnis überhaupt unter Ausschluß des Widerrufsrechts erteilt werden konnte (vgl. BGH Urt. v. 13. Mai 1971, VII ZR 310/69, WM 1971, 956 f.). Jedenfalls aber konnte sie aus wichtigem Grund widerrufen werden (BGH Urt. v. 12. Mai 1969, VII ZR 15/67, WM 1969, 1009 und v. 8. Februar 1985, V ZR 32/84, WM 1985, 646, 647). Dieser lag in der Tatsache, daß der Beklagte das Teileigentum des Klägers entgegen der für den Gebrauch der Vollmacht getroffenen Rechtsgrundabrede an Sch. verkauft hat. Zwar hat sich der Kläger auf diesen Grund erst im Rechtsstreit berufen; das genügt jedoch, weil mit dem diesbezüglichen Vorbringen konkludent ein erneuter Widerruf erklärt worden ist.

b) Dem Berufungsgericht ist auch in der Auffassung zu folgen, daß die Vollmacht selbst dann, wenn ihr die vom Kläger behauptete Rechtsgrundabrede nicht zugrunde gelegen haben sollte, mit Recht widerrufen worden wäre. Die Befugnis zum jederzeitigen Widerruf einer derartigen isolierten Vollmacht ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (RGZ 62, 334, 337; BGH Urt. v. 16. Mai 1963, VII ZR 209/61 — unveröffentlicht; KG DNotZ 1980, 166, 167; OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 45, 46; BGB-RGRK/*Steffen* 12. Aufl. § 168 Rdnr. 2; *Soergel/Schultze-von Lausaulx*, BGB 11. Aufl. § 168 Rdnr. 26; *Palandt/Heinrichs*, BGB 47. Aufl. § 168 Anm. 3 b; *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II 3. Aufl. § 53, 4; *von Tuhr* in Festschr. für Laband 1908 S. 50; a. M. *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl. § 186 IV 2 b; *Staudinger/Dilcher*, BGB 12. Aufl. § 168 Rdnr. 17). Denn ohne ein der Vollmacht zugrundeliegendes Kausalverhältnis gibt es keinen rechtfertigenden Grund, den Vollmachtgeber an

den einseitig erklärten Ausschluß des Widerrufsrechts zu binden (vgl. Prot. I 144 f.; KG aaO; BGB-RGRK/*Steffen* aaO; MünchKomm/*Thiele* 2. Aufl. § 168 Rdnr. 32). Wenn schon eine nach dem Kausalverhältnis unwiderrufliche Vollmacht (§ 168 Satz 2 BGB) aus wichtigem Grund widerrufen werden darf (Senatsurt. v. 8. Februar 1985, V ZR 32/84, WM 1985, 646, 647 m. w. N.), muß die Befugnis zum Widerruf einer isolierten Vollmacht erst recht, und zwar auch ohne wichtigen Grund möglich sein, weil es dann mangels eines der Bevollmächtigung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses an einem Beurteilungsmaßstab für die Frage des Bestehens eines wichtigen Grundes fehlt.

2. Rechtsfehlerfrei ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Herausgabeanspruch nach § 175 BGB sei auch auf der Grundlage des Sachvortrages des Beklagten gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht unterstellt die Behauptung des Beklagten als wahr, der ihm unwiderruflich erteilten Vollmacht habe die privatschriftliche Vereinbarung vom 22. März 1984 zugrunde gelegen. Danach aber, so meint der Tatrichter, sei der Beklagte ausschließlich zur Belastung des Teileigentums, nicht hingegen zur Veräußerung berechtigt gewesen. Der vom Beklagten behauptete Zweck der „Transaktion", dem Kläger das Teileigentum lediglich zu treuhänderischem Erwerb zu übertragen, habe eine Veräußerungsbefugnis nicht unabdingbar erfordert, weil sich der Treugeber in der Regel die Verfügungsmöglichkeit durch den im Innenverhältnis bestehenden Anspruch gegen den Treuhänder auf Rückübertragung des Eigentums verschaffen könne. Die Vereinbarung vom 22. März 1984 könne nicht entgegen ihrem einschränkenden Wortlaut ausgelegt werden. Der Beklagte habe infolgedessen durch den Verkauf an Sch. gegen die von ihm vorgetragene Rechtsgrundabrede der Bevollmächtigung verstoßen und damit einen wichtigen Grund zum Widerruf der Vollmacht gegeben.

Diese Ausführungen halten der Revision stand.

a) Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß dem Beklagten bei dem von ihm behaupteten Zweck des Rechtsgeschäfts — einer nur treuhänderischen Eigentumsübertragung — ein Anspruch gegen den Kläger auf Rückübertragung des Teileigentums zustehen kann. Wenn der Tatrichter gleichwohl die privatschriftliche Vereinbarung vom 22. März 1984 dahin auslegt, sie habe den Gebrauch der Vollmacht allein für den Zweck einer den Kreditbedarf des Beklagten sichernden Belastung des Teileigentums erlaubt, so ist das eine mögliche Auslegung. Dies gesteht auch die Revision zu. Die Rüge, das Berufungsgericht habe sich durch die Annahme, ein Treugeber könne sich in der Regel schon durch den ihm aus dem Innenverhältnis zustehenden Rückübertragungsanspruch gegen den Treuhänder die Verfügungsmöglichkeit über das Treugut verschaffen, in der Auslegung gebunden gefühlt, trifft nicht zu. Denn nicht allein auf diesen Gesichtspunkt stellt die Auslegung ab, sondern auch auf Wortlaut und Erklärungssinn der Vereinbarung. Eine die Veräußerungsbefugnis einschließende Vertragsauslegung brauchte sich hiernach dem Berufungsgericht nicht aufzudrängen. Was die Revision dazu vorbringt, liegt auf tatrichterlichem Feld. Treuhandabrede und Vollmachtsvereinbarung müssen nicht notwendig deckungsgleich sein.

b) Wenn aber der Beklagte — wie hier zu unterstellen ist — von der Vollmacht abredewidrig Gebrauch gemacht hat, dann ist ein wichtiger Grund zum Widerruf gegeben. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte, wovon das Berufungsgericht auszugehen scheint, nach der behaupteten Treuhandvereinbarung jederzeit Rückübertragung des Teileigentums auf sich hätte verlangen, zudem nach Ziff. 4 der privatschriftlichen Vereinbarung vom 22. März 1984 auch den Rücktritt vom Kaufvertrag hätte erklären können und dann zur Weiterveräußerung in der Lage gewesen wäre. Denn es ist ein Unterschied, ob der Treugeber in dieser Weise vorgehen muß und dabei etwaigen Gegenansprüchen des Treuhänders ausgesetzt ist oder ob er ihn durch Mißbrauch der Vollmacht von der Mitwirkung an der Rückübertragung ausschalten kann. Es ist weder festgestellt noch hinreichend dargetan, daß hier der Vollmachtsmißbrauch den Kläger im Ergebnis nicht schlechter gestellt habe, als dieser sich bei einem Verlangen des Beklagten nach Rückübertragung des Teileigentums gestanden hätte.

c) Unbegründet ist auch die Rüge, der Kläger habe die Vollmacht selbst dann, wenn ein wichtiger Grund zum Widerruf vorgelegen haben sollte, nur entziehen können, falls er zugleich das vom Beklagten behauptete Treuhandverhältnis gekündigt hätte.

Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden (Urt. v. 20. März 1972, II ZR 52/71, WM 1972, 588), daß ein fremdnütziger Treuhänder, der den Treugeber umfassend zur Verwaltung, Verfügung und Nutznießung bevollmächtigt hat, diese Vollmacht nur bei gleichzeitiger Kündigung des Treuhandverhältnisses widerrufen darf, weil beides untrennbar zusammengehört. Im dortigen Fall bestand jedoch kein wichtiger Grund zum Widerruf, weil das Treuhandverhältnis, auf dem die Bevollmächtigung beruhte, nur dem Interesse des Treugebers diente und darum der Bestand der Vollmacht an die Dauer des Treuhandverhältnisses gebunden blieb. Hier hingegen lag der Vollmacht nach tatrichterlicher Unterstellung die privatschriftliche Vereinbarung vom 22. März 1984 zugrunde, und diese beschränkte nach tatrichterlicher Auslegung den Gebrauch der Vollmacht auf Belastungen des Teileigentums. Somit ist hier, da der Beklagte die Vollmacht abredewidrig ausgenutzt hat, nach dem maßgebenden Kausalverhältnis (vgl. BGH Urt. v. 12. Mai 1969, VII ZR 15/67, WM 1969, 1009 unter Nr. 3) ein wichtiger Grund zum Widerruf gegeben. In einem solchen Fall steht die Fortdauer des Treuhandverhältnisses nicht dem Widerruf der Vollmacht entgegen, weil das der Kausalabrede widerspräche. Es ist dann vielmehr Sache des Treugebers, also des Beklagten, die Treuhandvereinbarung zu kündigen. Er mag auch berechtigt sein, vom Kläger eine neue Vollmacht mit den sich aus der Rechtsgrundabrede ergebenden Einschränkungen zu verlangen. Das ist jedoch nicht geltend gemacht.

---

3. BGB § 312 *(Erbschaftsvertrag unter künftigen gesetzlichen Erben)*

a) Auch bei einem Vertrag, durch den ein „künftiger gesetzlicher Erbe" sich zur Übertragung seines künftigen gesetzlichen Erbteils nach einem lebenden Dritten verpflichtet (Erbschaftsvertrag), kann dessen künftiger testamentarischer Erbteil mitgemeint sein.

b) Der Erbschaftsvertrag ist nicht deshalb unwirksam, weil der Verpflichtete den — gleich hohen — Erbteil aufgrund einer Verfügung von Todes wegen erlangt (Abweichung von RGZ 98, 330).

BGH, Urteil vom 11.5.1988 — IV a ZR 325/86 — mitgeteilt von *D. Bundschuh,* Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Eltern der Klägerin, nämlich der im Jahre 1956 verstorbene Vater und die am 23. Juli 1983 verstorbene Mutter (Erblasserin), hatten aufgrund gemeinschaftlichen Testaments vom 25. Februar 1952 einander gegenseitig zu Alleinerben und ihre drei Kinder, die Klägerin und deren Geschwister L. und E., zu Erben des längstlebenden Elternteils zu je einem Drittel eingesetzt. Der Nachlaß der Mutter besteht im wesentlichen aus einem Hausgrundstück in H. Die Klägerin erwarb den Anteil ihrer Schwester am Nachlaß der Mutter gegen Zahlung von 9.000 DM.

In einem von dem beklagten Notar beurkundeten Vertrag vom 29. November 1966 zwischen der Klägerin und ihrem Bruder erklärte dieser, seinen gesetzlichen Erbteil an dem zukünftigen Nachlaß seiner Mutter an die Klägerin gegen eine Abfindung von 9.000 DM „abzutreten". Zugleich unterschrieb die Klägerin eine von dem Beklagten gefertigte Erklärung, darüber belehrt worden zu sein, daß die Abtretung nur schuldrechtliche Wirkung habe und hinfällig werde, wenn L. von der Erbfolge ausgeschlossen werde.

Nach dem Tode der Erblasserin beanspruchte die Klägerin auch den Erbteil ihres Bruders. Der für diesen bestellte Abwesenheitspfleger lehnte die Übertragung ab, weil der Vertrag vom 29. November 1966 gemäß § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB als ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig sei. Diese Auffassung hat die Klägerin sich zu eigen gemacht. Die Ausnahmevorschrift des § 312 Abs. 2 BGB, die Verträge unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil zuläßt, greife hier nicht ein, weil L. keinen gesetzlichen Erbteil erlangt habe, sondern testamentarischer Miterbe nach der Mutter geworden sei. Die Beklagte habe die Nichtigkeit des von ihm beurkundeten Vertrages erkennen und auf eine rechtlich mögliche Vertragsgestaltung zur Erreichung des angestrebten Zieles hinwirken, insbesondere die Mutter hinzuziehen sollen. Da der Beklagte dies schuldhaft unterlassen habe, beantragt die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, ihr den Schaden zu ersetzen, der daraus entstehe, daß er sie bei der Beurkundung des unwirksamen Erbschaftsvertrages falsch beraten habe.

Landgericht und Oberlandesgericht halten die Klage für begründet. Die Revision des Beklagten führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist schon deshalb unbegründet, weil der Vertrag der Klägerin mit ihrem Bruder vom 29. November 1966 entgegen der von den Vorinstanzen gebilligten Auffassung der Klägerin nicht unwirksam ist, sondern dieser einen Anspruch gegen ihren Bruder auf Übertragung seines Erbteils nach der Mutter auf sie gibt und weil der von der Klägerin geltend gemachte Schaden daher nicht entstanden ist und nicht entstehen kann.

Der Vertrag vom 29. November 1966 ist formuliert wie ein Vertrag über die Abtretung eines Erbteils (§ 2033 Abs. 1 BGB). Ein solcher Vertrag kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Reichsgerichts zu Lebzeiten des Erblassers nicht wirksam abgeschlossen werden (BGHZ 37, 319, 324; BGH Urteil vom 24.10.1973 — IV ZR 3/72 — NJW 1974, 43, 44; RGZ 65, 364, 366; 71, 131, 136). Das Berufungsgericht geht aber mit Recht davon aus, daß es sich (jedenfalls auch) um einen Erbschaftsvertrag im Sinne von § 312 BGB handelt, durch den die Pflicht des Bruders der Klägerin begründet werden sollte, den Erbteil nach seiner damals noch lebenden Mutter gegen Abfindung auf die Klägerin zu übertragen, und daß die Wirksamkeit der Vereinbarung insoweit nach dem mußmaßlichen Parteiwillen von der etwa mitgewollten Erbteilsübertragung unabhängig (§ 139 BGB) ist. Derartige Erbschaftsverträge (schuldrechtlicher Art) sind nach § 312 Abs. 2 BGB in einem bestimmten Rahmen möglich.

Nach § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB sind zwar Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (Erbschaftsverträge) nichtig. Das gleiche gilt gemäß § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für Verträge über einen Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten. Diese ablehnende Haltung des Gesetzes gegenüber den Erbschaftsverträgen geht zurück auf das ältere römische Recht. Das bürgerliche Gesetzbuch hat sie im Grundsatz aufrechterhalten, weil derartige Geschäfte über das Vermögen eines lebenden Dritten im Hinblick auf die Spekulationsgefahr gefährlich und sittlich anstößig seien und in den meisten Fällen zu leichtsinniger Vermögensverschleuderung und zur Ausbeutung solchen Leichtsinns führten (BGHZ 26, 320, 324, 325; 37, 319, 323; BGH Urteil vom 30.3.1960 — V ZR 176/58 — DNotZ 1960, 382, 383 = LM BGB § 312 Nr. 3; Motive zum BGB Bd. II S. 182, 184 — zu § 349 E I —). Davon macht § 312 Abs. 2 Satz 1 BGB aber eine Ausnahme für solche Verträge, die „unter künftigen gesetzlichen Erben" „über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen" geschlossen werden. Diese Voraussetzungen sind hier nach der Auffassung des Senats beide erfüllt.

Daß die Klägerin und ihr Bruder zu dem Personenkreis gehören, die wirksame Erbschaftsverträge über den Nachlaß ihrer Mutter abschließen konnten, wird von keiner Seite in Zweifel gezogen. Das Reichsgericht hat diesen Kreis in seiner grundlegenden Entscheidung RGZ 98, 330 sehr weit gezogen und hat darunter sämtliche (auch die entferntesten) Verwandten des Erblassers, seinen Ehegatten und sogar den Fiskus verstanden (RGZ 98, 332). Diese Auffassung ist im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen (vgl. *Daniels,* Verträge mit Bezug auf den Nachlaß eines noch lebenden Dritten S. 80 ff., 90). Ob ihr trotzdem uneingeschränkt zu folgen ist, bedarf hier aber keiner Entscheidung, weil es sich bei den Partnern des vom Beklagten beurkundeten Erbschaftsvertrages um nächste Angehörige der Erblasserin, nämlich um deren unmittelbare Abkömmlinge handelt.

Fraglich ist dagegen, ob es sich hier um einen Vertrag „über den gesetzlichen Erbteil" des Bruders im Sinne von § 312 Abs. 2 BGB handelt. Der Revision ist zuzugeben, daß es dem Wortlaut nach ausschließlich um einen — an sich unbedenklich wirksamen — Erbschaftsvertrag über einen „gesetzlichen" Erbteil geht, so wie es § 312 Abs. 2 BGB gerade vorsieht. Dennoch hat das Berufungsgericht recht, wenn es den Vertrag dahin versteht, daß er — auch — die Verpflichtung des Bruders der Klägerin begründen sollte, dieser den testamentarischen Erbteil nach der Mutter zu übertragen, den er tatsächlich erlangt hat. Nach dem unstreitigen Parteivorbringen ging es den Partnern des Erbschaftsvertrages darum, daß die Klägerin den konkreten Nachlaß der Mutter insbesondere im Hinblick auf den darin enthaltenen wesentlichen Nachlaßgegenstand, nämlich das elterliche Hausgrundstück, vollständig erhalten sollte. Danach ist anzunehmen, daß der testamentarische Erbteil des Bruders nach dem mußmaßlichen Parteiwillen in dem Erbschaftsvertrag mitgemeint ist, so daß es sich hier — jedenfalls auch — um einen Vertrag über einen testamentarischen Erbteil handelt.

Ob ein Erbschaftsvertrag auch über einen derartigen Erbteil unter § 312 Abs. 2 BGB fällt und daher wirksam geschlossen werden kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

Das Reichsgericht hat sich in der bereits angeführten Entscheidung RGZ 98, 330 — nicht tragend — dahin geäußert, § 312 Abs. 2 BGB setze voraus, daß derjenige Vertragsteil, der sich zu einer Verfügung über einen künftigen Erbteil verpflichte, diesen Erbteil durch Berufung kraft Gesetzes erlange. Der Grund dafür sei der, daß der voraussichtliche

Erbe sich bei Lebzeiten des Erblassers nicht mit dessen Willen in Widerspruch setzen solle (RGZ 98, 332, 333), wobei einschränkend hinzugefügt ist, auf den Widerspruch zum Erblasserwillen komme es aber nur an, soweit eine Verpflichtung in Ansehung des Nachlasses („über den Nachlaß") in Frage stehe. Der Bundesgerichtshof hat sich dieser Auffassung bisher nicht angeschlossen. Er hat sich auch nicht zu eigen gemacht, daß es in diesem Bereich um die Achtung vor dem Willen des Erblassers gehe. Vielmehr hat er die Nichtanwendung von § 312 Abs. 2 BGB in BGHZ 37, 319, 328 lediglich darauf gestützt, daß die Vertragschließenden nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben des Erblassers gehörten, und nicht auch darauf, daß es sich um eine Erbfolge kraft Testaments handelte. Mit der hier zu entscheidenden Frage hat sich im wissenschaftlichen Schrifttum *Daniels* (aaO S. 102 f. im Anschluß an *Wiedemann* NJW 1968, 769) am eingehendsten befaßt.

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ist insoweit dunkel (vgl. dazu näher *Daniels*, aaO S. 84 f., 94; sowie *von Kübel* in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 Allgemeiner Teil, herausgegeben von Schubert, Vorlage Nr. 11 zu § 6 S. 22 ff., abgedruckt S. 252 ff.). Soviel aber ist klar (Protokolle I 456), daß für bestimmte Fälle, die man nicht als anstößig empfand, von § 312 Abs. 1 BGB eine Ausnahme gemacht werden sollte. Mißstände, die zumal durch Übervorteilung des Abgefundenen eintreten könnten, ließen sich nicht völlig vermeiden, aber durch Beschränkung auf den Kreis der gesetzlichen Erben erheblich vermindern. Eine Pietätlosigkeit gegenüber dem Erblasser könne in derartigen Verträgen nicht ohne weiteres gefunden werden. Die Besorgnis, es könne zu unlauteren Einwirkungen auf den Erblasser oder sogar zu einer Gefährdung seines Lebens kommen (so die Motive II, 182), sei unbegründet. Dabei war an das praktische Bedürfnis insbesondere des Auswanderungswilligen gedacht (der sich durch den Verkauf seiner Erbaussichten womöglich erst die Kosten für die Überfahrt beschaffen will). Nimmt man diesen Beispielfall, dann erscheint die Auffassung des Reichsgerichts nicht ausreichend tragfähig. Denn die Erbaussichten (auch) eines Auswanderungswilligen, der Verwandte auf eine Abfindung anspricht, sind schwerlich zu einem angemessenen Preis zu verwerten, wenn die Möglichkeit besteht, daß der angebotene Erbschaftsvertrag durch ein Testament des zukünftigen Erblassers wertlos wird. Noch weniger einleuchtend wäre es, wenn der „Abgefundene" es — etwa in den Fällen des § 1948 oder des § 2306 BGB — selbst in der Hand hätte, ob der Erbschaftsvertrag ihn nun bindet oder nicht. Es kann nicht angenommen werden, daß mit § 312 Abs. 2 BGB derart ungereimte Ergebnisse sollten herbeigeführt werden können.

Hinzu kommt, daß auch der vom Reichsgericht angeführte Grund für die gegenständliche Beschränkung der Möglichkeit von Erbschaftsverträgen auf die Fälle der Intestaterbfolge, wie *Daniels* (aaO S. 104 ff.) gezeigt hat, den Gesetzesmaterialien nicht eindeutig zu entnehmen ist. Vielmehr lassen die Motive zum BGB erkennen, daß die Zustimmung des Erblassers zu einem Erbschaftsvertrag — abweichend vom römischen Recht — für dessen Wirksamkeit ohne Bedeutung sein sollte, und zwar deshalb, weil unlauteren Einflußnahmen auf den Erblasser vorgebeugt werden sollte (Motive II, 185). Demgemäß ist heute ein Erbschaftsvertrag in den Fällen des § 312 Abs. 1 BGB auch dann nichtig, wenn der Erblasser zustimmt, und in den Fällen des § 132 Abs. 2 BGB auch dann wirksam, wenn der Erblasser seine Zustimmung dazu verweigert. Überdies wäre es nicht gerechtfertigt anzunehmen, Erbschaftsverträge widersprächen dem Willen des Erblassers nicht, sofern und solange dieser keine Verfügung von Todes wegen errichtet habe. Vielmehr unterbleiben Verfügungen von Todes wegen erfahrungsgemäß vielfach nur deshalb, weil der Erblasser die gesetzliche Ordnung der Erbfolge für seinen Erbfall inhaltlich als angemessen ansieht und deshalb gerade angewendet wissen will.

Dementsprechend hält es der Senat für richtiger, die Anwendung des § 312 Abs. 2 BGB nicht darauf abzustellen, ob derjenige, der sich zu einer Verfügung über seinen künftigen Erbteil verpflichtet, diesen Erbteil gerade kraft Gesetzes erlangt. Das Merkmal „über den gesetzlichen Erbteil" gewinnt danach lediglich die Bedeutung einer quantitativen Begrenzung dessen, über das die „künftigen gesetzlichen Erben" wirksame Erbschaftsverträge schließen können, und erscheint eher als Ausdruck einer nicht näher begründeten Kompromißentscheidung unter den widerstreitenden Tendenzen im Gesetzgebungsverfahren. Jedenfalls wenn der Erblasser — wie im vorliegenden Fall — seine Erbfolge gerade so ordnet, wie sie auch kraft Gesetzes wäre, muß ein Erbschaftsvertrag ebenso möglich sein wie bei gesetzlicher Erbfolge. Vernünftige Gründe für eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle sind für den Senat nicht zu erkennen. Diese Auffassung des Senats wird im Ergebnis vielfach auch im Schrifttum geteilt (vgl. z. B. MK-*Söllner*, BGB 2. Aufl. § 312 Rdnr. 13; *Oertmann*, BGB 2. Aufl. § 312 Anm. 4; *Blomeyer*, FamRZ 1974, 421, 424; *Scheibner*, ZBIFG 1912, 338 ff.; *Schiff*, Verträge nach § 312 Abs. 2 BGB S. 22; *Meister*, Kann ein gesetzlicher Erbe einem anderen gesetzlichen Erben bei Lebzeiten des Erblassers seinen Erbteil übertragen?, S. 105 f.; *Daniels*, aaO S. 102 ff.).

---

4. BGB §§ 182, 152 *(Zustandekommen des Vertrags bereits mit Beurkundung der Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen)*

Handelt bei der notariellen Beurkundung eines Kaufvertrages für den Käufer mit Kenntnis des Verkäufers ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, kommt der Vertrag in entsprechender Anwendung des § 152 BGB bereits mit der Beurkundung der Genehmigungserklärung des Käufers zustande, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist.

(Leitsatz nicht amtlich)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.2.1988 — 13 U 52/87 —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin beabsichtigte im Mai 1986, Grundstücke von Herrn V. zu erwerben. Am 22.5.1986 wurde ein notarieller Kaufvertrag geschlossen, bei dem für die Klägerin Herr N. als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftrat. Die Klägerin hatte dieses Grundstück durch die beklagte Immobilengesellschaft vermittelt erhalten und mit dieser eine Maklerprovision von 3% zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart.

Der vereinbarte Kaufpreis betrug 850.000,— DM. V. seinerseits hatte die Grundstücke von dem bisherigen Eigentümer E. mit notariellem Kaufvertrag vom 26.3.1986 zum Preis von 531.000,— DM gekauft. Er war noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Zu seinen Gunsten befand sich jedoch eine Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs im Grundbuch. Die Klägerin hat in notarieller Urkunde vom 4.6.1986 die Genehmigung des Vertrages erklärt und der Beklagten nach Vertragsschluß eine Anzahlung von 5.000,— DM auf die Maklerprovision geleistet.

Diesen Betrag hat sie mit der Klage zurückgefordert und geltend gemacht, der Kaufvertrag sei nicht wirksam geworden, weil sie die Genehmigungsurkunde an niemanden weitergeleitet habe.

Mit der Widerklage hat die Beklagte die restliche Maklerprovision sowie Verurteilung der Klägerin zur Weiterleitung der notariellen Genehmigung an das Grundbuchamt gefordert.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Berufung gegen dieses Urteil verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren sowie den Zahlungsanspruch aus der Widerklage weiter.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg; denn ihr steht der zwischen den Parteien umstrittene Maklerprovisionsanspruch aus § 652 BGB zu.

Gegen die Auffassung des Landgerichts, der am 22.5.1986 zwischen der Klägerin und dem Verkäufer protokollierte Kaufvertrag sei nicht rechtswirksam genehmigt worden, wendet sich die Berufung zu Recht.

1. Gemäß § 182 Abs. 2 BGB bedarf die Zustimmung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Vom eindeutigen Wortlaut der Vorschrift ausgehend, hätte die Klägerin den Vertrag daher auch formfrei, sowohl durch mündliche Erklärung als auch durch konkludentes Tun, genehmigen können.

Allerdings ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten, ob die Vorschrift einer einschränkenden Auslegung bedarf. Während die eine Ansicht allein den zweifelsfreien Wortlaut für maßgeblich erachtet (*Palandt-Heinrichs*, BGB 47. Aufl., § 182 Anm. 2 a; *Staudinger-Wufka*, BGB 12. Aufl., § 313 Rdnr. 128; MünchKomm/*Kanzleiter*, BGB 2. Aufl., § 313 Rdnr. 38), vertritt die Gegenauffassung den Standpunkt, ebenso wie im Falle des § 167 Abs. 2 BGB die Vollmacht (vgl. dazu BGH LM Nr. 18 zu § 167 BGB; OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 101 [= MittBayNot 1986, 244]) bedürfe auch die Genehmigung der für das Rechtsgeschäft vorgesehenen gesetzlichen Form, wenn diese dazu dient, den Vertragsschließenden vor unüberlegtem und übereiltem Handeln zu schützen, weil nur so der mit dem Formerfordernis verfolgte Sinn und Zweck hinreichend verwirklicht werde (OLG Saarbrücken OLGZ 1968, 3; RGRK-BGB/*Steffen*, 12. Aufl., § 182 Rdnr. 7; MünchKomm/*Thiele*, § 177 Rdnr. 34). § 313 BGB gehört zweifelsfrei zu den einen solchen Zweck verfolgenden Normen.

2. Es mag sein, daß für diese einschränkende Auslegung der Bestimmung des § 182 Abs. 2 BGB im Hinblick auf den Schutzzweck des § 313 BGB die besseren Gründe sprechen. Indessen bedarf es hier keiner Entscheidung, welcher der vorstehend bezeichneten Meinungen zu folgen ist; denn eine rechtswirksame Genehmigung liegt aufgrund der vor dem Notariat erfolgten Beurkundung selbst dann vor, wenn man der Meinung folgt, daß die Zustimmung der Form des § 313 BGB bedurfte.

a) Wird ein Vertrag notariell beurkundet, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind, so kommt er bereits mit der Beurkundung der Annahme zustande, ohne daß es des Zugangs dieser Erklärung bedarf (§ 152 BGB). Das Gesetz hat in diesen Fällen auf die Empfangsbedürftigkeit der Annahmeerklärung verzichtet, weil das beurkundete Angebot alle Bestimmungen enthält und die Annahme lediglich in der bloßen Einverständniserklärung besteht. In diesen Fällen entspricht es regelmäßig auch dem Interesse der Vertragspartner an der Beschleunigung des Abschlusses, auf den Zugang der Annahmeerklärung zu verzichten, womit alle Schwierigkeiten, die sich in diesem Zusammenhang nach § 130 BGB ergeben, entfallen (*Soergel-Lange/Hefermehl*, BGB 11. Aufl., § 152 Rdnr. 1; MünchKomm/*Kramer*, § 152 Rdnr. 2; RGZ 68, 393, 394).

Dieselbe Interessenlage besteht im Falle eines Vertragsschlusses durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht. Auch in diesem Falle liegen die Vertragserklärungen vollständig vor; es bedarf ebenfalls lediglich des Einverständnisses des Vertretenen. Dieser befindet sich hinsichtlich seiner Entschließung auch in einer dem Empfänger eines Vertragsangebots vergleichbaren Lage; denn es steht ihm grundsätzlich frei, ob er die Zustimmung erteilt oder verweigert. Auf der anderen Seite entspricht das Interesse des Geschäftspartners zumindest dann demjenigen des Anbieters, wenn er, wie vorliegend, die mangelnde Vertretungsmacht bei Vertragsabschluß kennt und seine Willenserklärung daher nicht widerrufen kann (§ 178 S. 1 BGB). Ihm liegt folglich daran, den bestehenden Schwebezustand möglichst bald zu beenden, indem der Erfüllungsanspruch zur Entstehung gelangt.

Der Anwendbarkeit des § 152 BGB steht nicht entgegen, daß dort der Fall der fehlenden Zustimmung nicht erwähnt wird. Dies beruht gerade darauf, daß das Gesetz in § 182 Abs. 2 BGB die Genehmigung von der für das Rechtsgeschäft vorgesehenen Form generell befreit hat. Die hier erörterte Problematik taucht daher nur auf, wenn man § 182 Abs. 2 BGB in der oben beschriebenen Weise entgegen dem Wortlaut nur eingeschränkt anwendet. Eine solche Auslegung der Vorschrift gebietet auf der anderen Seite die entsprechende Heranziehung des § 152 BGB, weil andernfalls das Zustandekommen eines beurkundungsbedürftigen Vertrages bei vollmachtloser Stellvertretung in einer der gesetzlichen Ordnung zuwiderlaufenden Weise erschwert würde. Die Vorschrift des § 182 Abs. 2 BGB zeigt, daß der Abschluß eines Vertrages, bei dem lediglich noch die Zustimmung des einen Teils fehlt, grundsätzlich unter erleichterten Voraussetzungen ermöglicht werden soll. Würde man vorliegend die Vorschrift des § 152 BGB nicht anwenden, hätte dies zur Folge, daß ein von einem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossener notarieller Vertrag umständlicher und schwieriger wirksam würde als ein bloßes Angebot. Das kann im Hinblick auf die beschriebene gesetzliche Regelung und den damit verfolgten Zweck nicht zutreffend sein.

Dies wird auch durch folgende Überlegung bestätigt: Die einschränkende Auslegung des § 182 Abs. 2 BGB wird gerade mit dem Schutz des Vertragsschließenden vor unüberlegtem Handeln begründet. Dieser ist aber mit der Beachtung der notariellen Form gewährleistet. Unterstellt man den Genehmigenden zu seinem Schutz den Formerfordernissen des Rechtsgeschäfts, so ist es auch gerechtfertigt, das Wirksamwerden der notariell beurkundeten Erklärung nach der allgemeinen Vorschrift des § 152 BGB zu bestimmen.

Selbst wenn man jedoch entgegen der Ansicht des Senats eine entsprechende Anwendung des § 152 BGB auf die notariell beurkundete Vertragsgenehmigung ablehnen würde, könnte dies vorliegend zu keinem anderen Ergebnis führen. Da sich die Schutzbedürftigkeit des Vertretenen nur auf die Art und Weise der Abgabe der Erklärung, nicht jedoch deren Zugang bezieht, ist dem Zugangserfordernis jedenfalls dann Genüge getan, wenn der Vertreter oder der andere Teil von der Zustimmung des Vertretenen formfrei Kenntnis erhält. Das ist hier dadurch geschehen, daß die Geschäftsführer der Klägerin in Gegenwart des Vertreters die Anzahlung von 5.000,— DM auf die Maklerprovision an einen Angestellten

der Beklagten am 11.6.1986 geleistet haben. Zumindest darin lag eine konkludente Mitteilung der Zustimmung zum Vertrag, so daß es offenbleiben kann, ob das Vorbringen in der Berufungserwiderung ein hinreichend substantiiertes Bestreiten der von der Beklagten detailliert beschriebenen mehrfachen mündlichen Hinweise auf die Beurkundung der Genehmigung an den Vertreter und den Verkäufer enthält.

b) Allerdings kann § 152 BGB als dispositive Regelung durch eine entgegenstehende Erklärung des Anbietenden abbedungen werden (MünchKomm/*Kramer*, § 152 Rdnr. 3; *Soergel-Lange/Hefermehl*, § 152 Rdnr. 5). Entsprechendes müßte daher gelten, wenn der notarielle Vertrag vom 22.5.1986 eine anderweitige Regelung über den Zugang der Genehmigung vorsähe. Das ist indessen nicht der Fall. Ob es in der Regel üblich ist, die Wirksamkeit der Genehmigung vom Eingang einer beurkundeten Erklärung bei dem den Vertrag protokollierenden Notar abhängig zu machen, und die Klägerin angenommen hat, auch vorliegend sei so verfahren worden, kann dahingestellt bleiben. Maßgebend ist insoweit allein der Inhalt der am 22.5.1986 gefertigten Urkunde, zumal die Klägerin auch nicht behauptet, daß außerhalb dieser Urkunde eine andere Regelung mit dem Verkäufer abgesprochen worden sei.

---

5. KO § 32 Nr. 1 *(Konkursanfechtung einer Grundstücksschenkung)*

Die Schenkung eines Grundstücks ist im Regelfall auch dann insgesamt einschließlich des Schenkungsversprechens nach § 32 KO anfechtbar, wenn nur die Eigentumsumschreibung im Grundbuch im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist.

BGH, Urteil vom 24.3.1988 — IX ZR 118/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkurse des Kaufmanns H. Sch. Dieser übertrug mit notariellem Vertrag vom 12. Oktober 1983 im Wege vorweggenommener Erbfolge seinen Grundbesitz in G., D.-Straße, gegen Übernahme dinglicher Lasten und Bestellung eines Altenteilrechts auf den Beklagten, seinen Sohn. Die Vertragspartner erklärten zugleich die Auflassung und beantragten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Die Vormerkung wurde am 8. November 1983 im Grundbuch eingetragen, die Eigentumsänderung am 22. Mai 1984. Am 20. Mai 1985 wurde das Konkursverfahren eröffnet.

Der Kläger hat die Eigentumsübertragung als gemischte Schenkung nach § 32 Nr. 1 KO, hilfsweise nach § 31 Nr. 2 KO angefochten. Mit der Klage begehrt er Rückübereignung des Grundbesitzes, hilfsweise Wertersatz.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung zurückgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Grundgeschäft, aufgrund dessen der Gemeinschuldner sich zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet habe, könne nicht mehr angefochten werden, weil es länger als ein Jahr vor Konkurseröffnung abgeschlossen worden sei. Die Eigentumsübertragung als Erfüllungsgeschäft sei zwar erst innerhalb der Jahresfrist der §§ 31 Nr. 2, 32 Nr. 1 KO vollendet worden und unterliege damit an sich der Anfechtung nach diesen Vorschriften. Eine Durchführung dieser Anfechtung habe aber nach § 39 KO das Wiederaufleben des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs des Beklagten zur Folge. Gleichzeitig träten die mit diesem Anspruch verbunden gewesenen Sicherungsrechte, und damit auch die Auflassungsvormerkung, wieder in Kraft. Wegen der Vormerkung habe der — unanfechtbare — Übereignungsanspruch des Beklagten auch im Konkurs Bestand (§ 24 KO). Da der Kläger mithin im Falle einer erfolgreichen Anfechtung der Übereignung das Grundstück sogleich wieder an den Beklagten zurückübereignen müsse, steht ihm ein Rückgewähranspruch nach § 37 KO nicht zu.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Der Kläger stützt den Rückgewährsanspruch in erster Linie auf den Anfechtungstatbestand des § 32 Nr. 1 KO, weil er in der Grundstücksübertragung eine unentgeltliche Verfügung des Gemeinschuldners sieht. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob es sich bei der Übertragung des Grundstücks gegen Übernahme gewisser Belastungen insgesamt um eine unentgeltliche Zuwendung handelt. Deshalb ist für die Revisionsinstanz vom Vorliegen einer unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 32 Nr. 1 KO auszugehen.

Nach § 32 Nr. 1 KO sind anfechtbar die im letzten Jahr vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen. Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung umfaßt im Regelfall sowohl das Grundgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft: Schenkungsversprechen und Schenkungsvollzug bilden zusammen die unentgeltliche Verfügung des Gemeinschuldners im Sinne des § 32 Nr. 1 KO (BGH, Urt. v. 11. November 1954 — IV ZR 64/54, WM 1955, 407, 411 = BB 1955, 236; *Jaeger/Lent*, KO 8. Aufl. § 32 Rdnr. 4). Die Erfüllung eines Schenkungsversprechens stellt zwar eine Verfügung im Rechtssinne dar. Diese Verfügung ist jedoch, wenn man sie für sich betrachtet, nicht unentgeltlich. Vielmehr stellt die Befreiung von der durch das Schenkungsversprechen eingegangenen Verbindlichkeit das Entgelt für diese Verfügung dar. Erst wenn man die Verfügung zusammen mit dem Grundgeschäft als Einheit betrachtet, läßt sich beurteilen, ob sie von einer ausgleichenden Zuwendung unabhängig und damit unentgeltlich ist.

§ 32 Nr. 1 KO stellt in zeitlicher Hinsicht darauf ab, daß die unentgeltliche Verfügung im letzten Jahr vor Konkurseröffnung „vorgenommen" worden ist. Da Schenkungsversprechen und Schenkungsvollzug zusammen die unentgeltliche Zuwendung bilden, reicht es für die Anfechtung auch des Grundgeschäfts aus, wenn das letzte Tatbestandsmerkmal des Schenkungsvollzuges innerhalb der Anfechtungsfrist erfüllt worden ist. Das bedeutet, daß die Schenkung eines Grundstücks insgesamt noch nach § 32 Nr. 1 KO angefochten werden kann, wenn die Eigentumsumschreibung im Grundbuch innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung erfolgt ist (BGH, Urt. v. 11. November 1954 aaO; v. 12. Januar 1972 — VIII ZR 170/70, WM 1972, 363, 364; v. 20. September 1978 — VIII ZR 142/77, NJW 1979, 102, 103; *Jaeger/Lent* aaO; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO 10. Aufl. § 32 Rdnr. 19; *Kilger*, KO 15. Aufl. § 32 Anm. 5; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 2. Dezember 1987 — IVa ZR 149/86, WM 1988, 307, 308 [= MittBayNot 1988, 78]).

Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung erfüllt. Der Beklagte ist innerhalb eines Jahres vor Konkurseröffnung im Grundbuch eingetragen worden. Daß mehr als ein Jahr vor Konkurseröffnung eine Auflassungsvormerkung zu seinen

Gunsten im Grundbuch eingetragen worden ist, steht der Anfechtung nicht entgegen. Die Vormerkung dient lediglich der Sicherung des Übereignungsanspruchs. Sie stellt noch nicht die Vollziehung der Schenkung dar. Diese ist vielmehr auch im Falle einer Auflassungsvormerkung erst mit der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch vollzogen. Erst damit ist der Rechtsübergang bewirkt. Da — wie oben dargelegt — die Anfechtung auch das Grundgeschäft erfaßt, ist die vom Berufungsgericht herangezogene Vorschrift des § 39 KO über das Wiederinkrafttreten des Übereignungsanspruchs des Beklagten nicht anzuwenden. Damit kann auch nach erfolgter Rückgewähr die Vormerkung zugunsten des Beklagten nicht mehr in Kraft treten und damit auch nicht die Wirkung des § 24 KO entfalten.

---

6. BGB §§ 633 ff., 459 ff. *(Formelhafter Gewährleistungsausschluß bei Umwandlung von Altbauten)*

Die vom Senat aus § 242 BGB entwickelten Grundsätze zur Unwirksamkeit des formelhaften Ausschlusses der Gewährleistung für Sachmängel in einem notariellen Individualvertrag gelten auch beim Erwerb einer Eigentumswohnung, die durch Umwandlung eines Altbaues (hier von Garagen- und Werkstatträumen) geschaffen worden ist (im Anschluß an BGHZ 100, 391 [= MittBayNot 1987, 190 = DNotZ 1987, 681] und 101, 350 [= DNotZ 1988, 292]).

BGH, Urteil vom 21.4.1988 — VII ZR 146/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte errichtete in einem früher gewerblich genutzten Haus sechs Eigentumswohnungen und veräußerte sie. Die Kläger erwarben mit „Kaufvertrag" vom 15. Dezember 1982 zum Preis von 219.400,— DM die in einer ehemaligen Garage und Werkstatt erstellte Erdgeschoßwohnung. Über die Gewährleistung ist in § 3 des Vertrags u. a. folgendes geregelt:

„Der Vertragsgegenstand wird in dem Umfang und Zustand veräußert, wie ihn der Verkäufer bisher besessen hat. Besondere Eigenschaften werden nicht zugesichert. Für evtl. bestehende Sachmängel wird keine Gewähr geleistet.
Der Verkäufer versichert, daß ihm von versteckten Sachmängeln nichts bekannt ist, und daß er dem Käufer über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Vertragsgegenstandes Auskunft erteilt hat.
Die Wohnung wird vom Käufer übernommen wie besichtigt, in teilfertigem Zustand, wobei die Fertigstellung vom Käufer selbst durchgeführt wird."

Da die Außenbetonwand des früheren Garagen- und Werkstattraums nicht mit einer Wärmedämmschicht ausgestattet ist, bildete sich an den Außenwänden der Erdgeschoßwohnung Schimmel. Die Kläger beantragten deshalb im Januar 1985 die Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens. Mit der im Juli 1985 anhängig gewordenen Klage begehren sie die Rückgängigmachung des Vertrags sowie Ersatz von Zinsschäden und verlangen insgesamt Zahlung von 255.185,31 DM nebst Zinsen Zug-um-Zug gegen Rückübereignung der Wohnung.

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

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht nimmt an, § 3 des Vertrags vom 15. Dezember 1982, der die Haftung der Beklagten für Sachmängel ausschließe, sei keine formularvertragliche Bestimmung. Diese Regelung sei auf den hier vorliegenen Sonderfall der Veräußerung der Wohnung an die Kläger in teilfertigem Zustand zugeschnitten. Auf die Frage, ob eine dieser Bestimmung entsprechende Regelung auch in Verträgen mit anderen Wohnungserwerbern verwendet worden sei, komme es deshalb nicht an.

Dies läßt — entgegen der Ansicht der Revision — keine Rechtsfehler erkennen. Ob die in dem Vertrag enthaltene Gewährleistungsregelung der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz standhalten würde, kann daher offen bleiben.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, § 3 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags sei auch nicht nach den Grundsätzen unwirksam, nach denen der Bundesgerichtshof einen in einem Individualvertrag vereinbarten formelhaften Gewährleistungsausschluß beim Erwerb neu errichteter Wohnungen beurteile. Ein Kauf einer neu errichteten Wohnung, der sich nach Werkvertragsrecht richte, liege nicht vor, da ein Mehrfamilienhaus zu Eigentumswohnungen lediglich umgebaut worden sei. Auch habe die Beklagte nach dem Vertrag die Eigentumswohnung als unfertiges Werk zur Fertigstellung durch die Kläger selbst verkauft. Die Haftung für Sachmängel sei daher wirksam ausgeschlossen, so daß es auf die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung nicht ankomme.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (BGHZ 101, 350 [= DNotZ 1988, 292 mit Anm. *Brambring*] m. N.). Dabei liegt ein solcher nach Werkvertragsrecht zu beurteilender Erwerbsvertrag auch dann vor, wenn ein Altbau in Eigentumswohnungen umgewandelt wird und mit dem „Verkauf" der Wohnungen eine Herstellungsverpflichtung des Veräußerers verbunden ist. Maßgebend ist allein, ob der Veräußerer Leistungen erbringt, die bei Neuerrichtung „Arbeiten bei Bauwerken" wären und nach Umfang und Bedeutung mit solchen Neubauarbeiten vergleichbar sind (BGHZ 100, 391, 396 f. [= MittBayNot 1987, 190 = DNotZ 1987, 681]).

b) Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Gegenstand des zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrags ist eine Eigentumswohnung, die die Beklagte in einem früher als Garage und Gewerberaum genutzten Gebäudeteil erstellt hat. Aus diesem Grund mußten Außenwände verändert, Zwischenwände eingezogen sowie Heizungs- und Sanitärleitungen und -anschlüsse verlegt und eingebaut werden. Die von der Beklagten bei Errichtung der Eigentumswohnung erbrachten Leistungen sind daher Arbeiten an einem Bauwerk, für die die Beklagte eine Gewährleistungspflicht nach Werkvertragsrecht trifft und die der fünfjährigen Gewährleistungsfrist des § 638 Abs. 1 BGB unterliegen. Daß die Kläger zur Fertigstellung bestimmte Arbeiten (so z. B. Bodenleger-, Tapezier-, Fliesenleger- und Deckenverkleidungsarbeiten) selbst auszuführen hatten, spielt dabei keine Rolle. Maßgebend ist vielmehr, ob die von der Beklagten erbrachten Leistungen insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 100, 391, 397). Das ist hier der Fall.

Die Frist von 5 Jahren ist noch nicht abgelaufen, weil die Kläger im Jahr 1985, also etwas über zwei Jahre nach dem im Dezember 1982 mit der Beklagten abgeschlossenen Ver-

trag, die Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens beantragt haben.

c) Ob — wie das Berufungsurteil annimmt — der Gewährleistungspflicht der Beklagten der in § 3 des Vertrags enthaltene Gewährleistungsausschluß entgegensteht, kann nicht abschließend beurteilt werden. Diese Regelung stellt eine formelhafte Klausel im Sinne der Senatsrechtsprechung dar; denn die Beklagte soll — wie in Formularverträgen häufig vereinbart — „keine Gewähr für evtl. bestehende Sachmängel" leisten, also für etwaige Fehler der erstellten Eigentumswohnung keine Haftung übernehmen. Wie diese Bestimmung zustande gekommen ist, insbesondere in welcher Weise die Kläger über ihre rechtliche Bedeutung belehrt worden sind, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Sollte der in § 3 des „Kaufvertrages" getroffene formelhafte Gewährleistungsausschluß ohne ausführliche Belehrung und eingehende Erörterung seiner einschneidenden Rechtsfolgen in den Vertrag aufgenommen worden sein, würde er der gemäß § 242 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle nicht standhalten. Er wäre unwirksam, ohne daß es auf ein arglistiges Verschweigen von Mängeln durch die Vertreter der Beklagten ankommt.

---

7. EGBGB Art. 187 Abs. 1, Art. 189 Abs. 3; BGB § 892 Abs. 1
(Erlöschen einer altrechtlichen Dienstbarkeit durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb)

Solange eine „altrechtliche" Grunddienstbarkeit nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist, unterliegt sie nicht dem öffentlichen Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs. Ist sie aber einmal im Grundbuch eingetragen und wird sie später zu Unrecht gelöscht, so nimmt sie am öffentlichen Glauben des Grundbuchs mit der Folge teil, daß ein gutgläubiger Erwerber das dienende Grundstück insoweit lastenfrei erwerben kann.

BGH, Urteil vom 8.4.1988 — V ZR 34/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger verlangt Schadensersatz aus Amtspflichtverletzung wegen der Löschung einer sogenannten altrechtlichen Grunddienstbarkeit.

Der Kläger und seine Ehefrau sind je zur ideelen Hälfte Miteigentümer des Grundstücks K.-Straße 23 in W. Miteigentümer des Grundstücks K.-Straße 21 sind die Eheleute Sch.; diese haben im Jahre 1981 einige Parzellen an eine Baugemeinschaft R.-GmbH (im folgenden: GmbH) veräußert.

Die vorgenannten Grundstücke gehören zu einem Areal, das seit dem Jahre 1858 mehrmals parzelliert worden ist. Als das Grundstück K.-Straße 21 am 30. Oktober 1858 verkauft wurde, behielt sich der Verkäufer zugunsten des Grundstücks K.-Straße 23 das Recht vor, „daß auf dem verkauften Grundstück keine Bauten und Anlagen errichtet werden dürfen, wodurch jenem Grundstück Sonne und Licht entzogen oder beeinträchtigt" werden. Diese Grunddienstbarkeit wurde in das Stockbuch von W. eingetragen und blieb bis zur Schließung der Stockbücher bestehen. Am 30. Dezember 1904 wurde sie in die inzwischen angelegten Grundbücher des dienenden und des herrschenden Grundstücks eingetragen.

Seit dem Jahre 1924 befand sich das gesamte Areal wieder in der Hand eines Eigentümers und ging im Jahre 1972 auf Karoline Z. über (Grundbuch von W. Band 330, Blatt 7713). Im Jahre 1979 veräußerte Frau Z. das herrschende Grundstück an den Kläger und dessen Ehefrau sowie das belastete an die Eheleute Sch.; diese kannten die Grunddienstbarkeit und übernahmen sie in dem Kaufvertrag.

Nachdem der Notar in seinem Antrag auf Umschreibung der veräußerten Parzellen darauf hingewiesen hatte, daß die eingetragenen Belastungen in Abteilung II mitzuübertragen seien, teilte ihm der zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamtes (Streithelfer des beklagten Landes) unter dem 7. Juni 1979 mit, er beabsichtige, die Grunddienstbarkeit im Grundbuch Band 330, Blatt 7713 zu löschen, da durch die Errichtung der Wohngebäude K.-Straße 21 und 23 die Ausübung des Rechts ausgeschlossen sei; zugleich bat er um die Stellungnahme des Notars. Der Notar erwiderte, daß ihm die Grundstücksgegebenheiten nicht bekannt seien und er deshalb nicht beurteilen könne, ob das Recht von Amts wegen gelöscht werden dürfe. Daraufhin verfügte der Streithelfer unter dem 20. Juni 1979 die gleiche Anfrage an die Eigentümer der Grundstücke. Ohne die Antwort abzuwarten, legte er am 25. Juni 1979 neue Grundbuchblätter an und trug die Käufer als neue Eigentümer ein; die Grunddienstbarkeit übertrug er nicht mit. Der Kläger und seine Ehefrau erbaten mit Schreiben vom 28. Juni 1979 die Übersendung eines Grundbuchauszuges mit dem genauen Wortlaut der Grunddienstbarkeit, um prüfen zu können, ob sie eine Löschungsbewilligung erteilen könnten. Der Streithelfer teilte ihnen den Wortlaut der Grunddienstbarkeit mit und löschte diese am 20. November 1979 im alten Grundbuch der Frau Z. (Band 330, Blatt 7713), ohne die Kaufvertragsparteien davon zu benachrichtigen.

Durch notariellen Vertrag verkauften die Eheleute Sch. einige Parzellen ihres Grundstücks an die GmbH. Am 24. Juni 1981 wurde die GmbH als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

Der Kläger sieht eine Amtspflichtverletzung des Streithelfers, für die das beklagte Land einzustehen habe (Art. 34 Satz 1 GG), darin, daß dieser rechtswidrig und vorsätzlich die Grunddienstbarkeit gelöscht und damit ermöglicht habe, daß die GmbH das Grundstück kraft guten Glaubens unbelastet von der Grunddienstbarkeit erwarb. Er verlangt Zahlung von mindestens 100.000 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage dem Grunde nach stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zutreffend stellt das Berufungsgericht fest, daß der Streithelfer des beklagten Landes als zuständiger Rechtspfleger des Grundbuchamts seine Amtspflichten in mehrfacher Hinsicht verletzt hat. Zum einen hat er pflichtwidrig bei der Anlegung neuer Grundbücher die Grunddienstbarkeit nicht mitübertragen. Zum anderen hat er in dem alten Grundbuch (Band 330, Blatt 7713) für die dort verbliebenen Parzellen die Grunddienstbarkeit von Amts wegen gelöscht, ohne daß die Voraussetzungen hierfür vorlagen; insbesondere ergab sich nicht aus Tatsachen oder Rechtsverhältnissen, die in einer den Anforderungen der Grundbuchordnung entsprechenden Weise festgestellt waren, daß die Eintragung gegenstandslos war (§ 87 Buchst. a GBO). Die Revision wendet sich hiergegen nicht.

2. Ursächlich für den Schaden des Klägers ist allerdings entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nur die Nichtübertragung der Grunddienstbarkeit in das neue Grundbuch des dienenden Grundstücks gewesen. Sie hatte gemäß § 46 Abs. 2 GBO zur Folge, daß die Grunddienstbarkeit als gelöscht galt und das Grundbuch insoweit unrichtig wurde. Dadurch wurde für die GmbH die Möglichkeit des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs eröffnet. Die Revision stellt dies zu Unrecht in Frage.

Gemäß Art. 184 EGBGB bleiben Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, soweit sich nicht aus den Artikeln 192 bis 195 EGBGB ein anderes ergibt, was für den vorliegenden Sachverhalt nicht der Fall ist. Für solche „altrechtlichen" Grunddienstbarkeiten bestimmt Art. 187 Abs. 1 EGBGB weiter, daß sie auch zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Solange die Grunddienstbarkeit nicht in das Grundbuch eingetragen ist, besteht mithin für einen Erwerber des belasteten Grundstücks nicht die Möglichkeit eines gutgläubig-lastenfreien Erwerbs nach § 892 BGB.

Art. 187 EGBGB als Überleitungsvorschrift besagt aber nichts über den Rechtszustand, der nach Eintragung der altrechtlichen Grunddienstbarkeit in das Grundbuch eintritt. Einen Rückschluß hierauf gestattet Art. 189 Abs. 3 EGBGB, wonach die Aufhebung eines Rechts, mit dem ein Grundstück zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zwar auch nach dieser Zeit, aber nur so lange nach den bisherigen Gesetzen erfolgt, bis das Recht in das Grundbuch eingetragen ist; vom Zeitpunkt der Eintragung an ist mithin das neue Recht maßgebend. Art. 189 EGBGB gilt nicht nur für die Aufhebung durch Rechtsgeschäft, sondern auch für alle anderen Erlöschensgründe (BGH Urt. v. 6. März 1966, V ZR 204/62 = LM Code civile Nr. 5; RG JW 1916, 121, 122 m. zust. Anm. *Heymann*; OLG Köln OLGZ 1965, 163/164; *Palandt/Bassenge*, BGB 47. Aufl. Anm. 2 zu Art. 189 EGBGB). Hierzu zählt auch der Fall des Erlöschens kraft gutgläubig-lastenfreien Erwerbs nach § 892 BGB. Ist die Grunddienstbarkeit in das Grundbuch des dienenden Grundstücks (BayObLGZ 1969, 284/292) eingetragen, so gehört sie zu dessen Inhalt und nimmt damit an dessen öffentlichen Glauben nach § 892 BGB teil, und zwar sowohl im positiven wie im negativen Sinne; insbesondere darf der redliche Erwerber des dienenden Grundstücks auf ihre Löschung im Grundbuch vertrauen (heute fast einhellige Auffassung, vgl. etwa *Lutter*, AcP 164, 122, 131 ff.; *Westermann*, Sachenrecht 5. Aufl. § 85 II 1 b; BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl. § 892 Rdnr. 25; *Staudinger/Gurski*, BGB 12. Aufl. § 892 Rdnr. 40; MünchKomm/*Wacke*, 2. Aufl. § 892 Rdnr. 16; *Erman/Hagen*, BGB 7. Aufl. Vorbem. zu §§ 891-893 Rdnr. 5; *Palandt/Bassenge*, BGB 47. Aufl. Art. 187 EGBGB Anm. 2; unklar — wegen Bezugnahme auf *Lutter*, aaO — *Soergel/Baur*, BGB 11. Aufl. Rdnr. 9; offengelassen in BayObLG DNotZ 1980, 103, 104 [= MittBayNot 1979, 225]). Soweit der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Gegenansicht entnommen werden könnte (RGZ 93, 63, 65 f. im Anschl. an RGZ 62, 99), fände diese im Gesetz keinen Anhalt. Sie wird heute mit Recht abgelehnt, denn sie verkennt die Funktion des Art. 187 Abs. 1 EGBGB als einer Übergangsvorschrift und leistet damit einer dauerhaften Rechtsunsicherheit Vorschub, die durch die Publizität des Grundbuchs grundsätzlich verhindert werden soll.

Nicht zu folgen ist auch dem Versuch der Revisionserwiderung des beklagten Landes, in der Frage eines gutgläubig-lastenfreien Erwerbs nach den verschiedenen Formen der Löschung zu unterscheiden. Danach soll der gute Glaube an die Freiheit des Grundstücks von nicht eingetragenen altrechtlichen Grunddienstbarkeiten im Falle des § 46 Abs. 2 GBO jedenfalls dann nicht geschützt werden, wenn auf dem neuen Grundbuchblatt kein Hinweis enthalten ist, der auf die Löschung der Dienstbarkeit hinweist; die Behauptung eines solchen Sachverhalts möchte die Revisionserwiderung im Wege einer Rüge nach §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO in den Rechtsstreit einführen. Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, daß der Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs nicht davon abhängt, ob der Erwerber sich Kenntnis von dessen Inhalt verschafft hat (dazu vgl. RGZ 86, 353, 356 sowie statt vieler MünchKomm/*Wacke*, 2. Aufl. § 892 Rdnr. 48 m. eingeh. Nachw.). Die Lage im übrigen ist nicht anders, als wenn die Grunddienstbarkeit noch im alten Grundbuch gelöscht und deshalb nicht in das neue Grundbuch übertragen worden wäre. Der Standpunkt der Revisionserwiderung würde zudem der im Gesetz vorgeschriebenen Gleichwertigkeit der Löschungstatbestände nach § 46 Abs. 1 und 2 GBO (vgl. *Hesse/Saage/Fischer*, GBO 4. Aufl. § 46 Anm. III; *Meikel/Imhof/Riedel*, GBO 6. Aufl. Rdnr. 14 f.; *Horber/Demharter*, GBO 17. Aufl. § 46 Anm. 1, 8 c) widersprechen und, was die Publizitätsfunktion des Grundbuchs angeht, die Löschung durch Nichtübertragung (§ 46 Abs. 2 GBO) zu einem Löschungstatbestand „zweiter Klasse" herabstufen.

3. Für den Verstoß gegen die Pflicht zur Übertragung der eingetragenen Grunddienstbarkeit in das neue Grundbuch des dienenden Grundstücks bejaht das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nur die Schuldform grober Fahrlässigkeit: Wenn der Streithelfer, wie er behaupte, irrtümlich angenommen habe, die altrechtliche Grunddienstbarkeit sei durch Konsolidation erloschen, so habe er Art. 189 Abs. 3 EGBGB entweder übersehen oder falsch interpretiert; beides lasse sich nur mit Unkenntnis des Gesetzes oder mit Nichtbefassung mit der einschlägigen Literatur erklären (Hinweis u. a. auf *Palandt/Bassenge*, EGBGB Art. 189 Anm. 2).

Wie die Revision mit Erfolg rügt, ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit eines vorsätzlichen Verstoßes des Streithelfers gegen seine Amtspflicht außer acht gelassen hat, weil es von einem zu engen Begriff des Vorsatzes ausgegangen ist. Das Verschulden im Rahmen des § 839 BGB muß sich auf die Verletzung der Amtspflicht beziehen; daß der Beamte überhaupt einen Schaden — oder gar den konkret aus der Pflichtverletzung entstandenen — vorausgesehen hat (oder auch nur voraussehen konnte), ist nicht erforderlich (BGB-RGRK/*Kreft*, 12. Aufl. § 839 Rdnr. 287 m. eingeh. Nachw.). Vorsätzliches Handeln in diesem Sinne liegt nicht nur dann vor, wenn sich der Beamte bewußt über Gesetzesbestimmungen oder sonstige seine Amtspflichten regelnde Vorschriften hinwegsetzt; vielmehr reicht es aus, daß er mit der Möglichkeit eines Verstoßes gegen Amtspflichten rechnet und diese Pflichtverletzung billigend in Kauf nimmt (BGHZ 30, 374, 381; BGH Urt. v. 13. Juni 1966, III ZR 258/64, VersR 1966, 875, 876; v. 22. Februar 1973, VI ZR 2/72, VersR 1973, 443, 445; BGB-RGRK/*Kreft*, aaO Rdnr. 288).

Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, ob das Berufungsgericht sich dieser weitgefaßten Voraussetzungen einer vorsätzlichen Amtspflichtverletzung bewußt gewesen ist. *(Wird ausgeführt).*

---

8. BGB §§ 138, 1018 *(Übernahme einer durch Verbotsgrunddienstbarkeit abgesicherten Getränkebezugsverpflichtung durch den Grundstückskäufer)*

a) Tritt der Käufer einer Gastwirtschaft in den Getränkebezugsvertrag des Verkäufers mit einer Brauerei ein, so ist — ohne Rücksicht auf den Eintrittszeitpunkt — die vereinbarte Laufzeit des aufrechterhaltenen und identischen (vgl. BGHZ 95, 88, 94) Ursprungsvertrages (hier: 30 Jahre) dafür maßgebend, ob die Bezugsbindung allein wegen ihrer Dauer sittenwidrig ist.

b) Vereinbaren die Parteien eines Getränkelieferungsvertrages, der in seiner Bindungsfrist (hier: 30 Jahre) sittenwidrig ist, daß sich der Vertrag nach seinem Ablauf um einen weiteren Zeitraum verlängert, wenn er nicht innerhalb bestimmter Frist gekündigt wird, so ist auch diese Verlängerungsklausel unwirksam. Auch nach Ablauf einer reduzierten Bindungsfrist verlängert sich deshalb der Vertrag nicht automatisch.

c) Hatte eine Brauerei das ihr gehörende Gaststättengrundstück mit einer unbefristeten Verbotsgrunddienstbarkeit belastet (hier: Verbot des Betriebs einer Wirtschaft, des Fla-

schenbierhandels, des Bierausschanks u. a.) und vereinbart sie dann mit dem Erwerber der Gaststätte einen Getränkebezugsvertrag (unter Verzicht auf die Ausübung der Dienstbarkeit während der ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages), so ist oder wird die Dienstbarkeit auch dann nicht nach § 138 BGB unwirksam, wenn die Laufzeit der Bezugsbindung sittenwidrig ist.

Eine andere Frage ist, ob der Bezugsverpflichtete nach dem Ende des Vertrages schuldrechtlich die Aufhebung der Dienstbarkeit verlangen kann. Das richtet sich nach dem — gegebenenfalls durch Auslegung zu ermittelnden — Inhalt der schuldrechtlichen Vereinbarungen.

BGH, Urteil vom 8.4.1988 — V ZR 120/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte ist die Rechtsnachfolgerin der Firma Brauhaus N. AG (beide werden im folgenden zur Vereinfachung als Beklagte bezeichnet).

Die Beklagte ließ am 12. August 1960 auf dem damals noch ihr gehörenden Grundstück G.-Straße 61 in N. eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines — ihr gleichfalls gehörenden, noch heute zur Bierherstellung verwendeten — Grundstücks Flur Nr. 540 der Gemarkung G. eintragen. Sie lautet:

„Grunddienstbarkeit am ganzen Grundstück des Inhalts, daß keine Wirtschaft, kein Flaschenbierhandel, kein Kaffee mit Bierausschank, wie überhaupt keinerlei Bierverkauf und auch keinerlei sonstiges Gewerbe, Geschäft, Handelsunternehmen oder Amt betrieben werden darf."

Im Jahre 1962 veräußerte sie das so belastete Grundstück an Stefan K. Sie schloß mit ihm am 12. September 1962 eine privatschriftliche Vereinbarung. In deren Ziffer II verpflichtete sich der Käufer im Hinblick auf die ausnahmsweise Überlassung des Grundbesitzes, auf die Dauer von mindestens 30 Jahren ab 1. Oktober 1962, darüber hinaus auf die Dauer der Inanspruchnahme von Darlehen oder des Bestehens sonstiger Verbindlichkeiten gegenüber der Brauerei die Gastwirtschaft in dem zu verkaufenden Grundbesitz in sämtlichen Wirtschaftsräumen, auch im Falle einer Veränderung, Erweiterung oder Verlegung, ununterbrochen als gut bürgerliche Bier- und Speisewirtschaft zu betreiben bzw. betreiben zu lassen und dort ausschließlich und ununterbrochen Bier der Beklagten oder ihrer Rechtsnachfolger und alle anderen von dieser Brauerei vertretenen Getränke zum jeweiligen Tagespreis zu beziehen und zum Ausschank und Verkauf zu bringen oder bringen zu lassen. Ferner verpflichtete sich Stefan K. in gleicher Weise und auf die gleiche Zeitdauer den Bedarf an Mineralwasser, Limonaden und sonstigen alkoholfreien Getränken für die Gaststätte ausschließlich bei der F. GmbH in N. oder ihrer Rechtsnachfolger zu decken. Sämtliche Bezugsverpflichtungen galten auch für alle übrigen gewerblich genutzten Räume auf dem Kaufgrundstück, falls dort entsprechender Bedarf bestand. Die genannten Bezugsverpflichtungen verlängerten sich nach Ablauf jeweils um weitere fünf Jahre, wenn sie nicht mittels Einschreibebrief unter Einhaltung einer vierteljährlichen Kündigungsfrist zum Ende des jeweils fünften Sudjahres gekündigt wurden. Bei einer eventuell unverschuldeten Unmöglichkeit von Abnahme oder Lieferung blieb der Ablauf der Vertragsdauer gehemmt. Der Käufer verpflichtete sich ferner, unter Haftung für Übernahme und Erfüllung, die erwähnten Bezugsverpflichtungen jedem eventuellen Besitz- oder Rechtsnachfolger sowie Pächter und Wirtschaftsführer aufzuerlegen.

In Ziffer VIII des genannten Vertrages wird auf die bestehende Grunddienstbarkeit hingewiesen. Solange die in Ziffer II genannte Gastwirtschaft betrieben wird und die genannten Bezugsverpflichtungen genau eingehalten werden, verzichtet die Brauerei auf die Geltendmachung ihrer Rechte aus der Dienstbarkeit.

Im Jahre 1979 veräußerte Stefan K. den erwähnten Grundbesitz an den Kläger, der dabei „in alle Rechte und Pflichten des Getränkelieferungsvertrages unter Entlassung des Verkäufers" eintrat und die Grunddienstbarkeit zur „dinglichen Duldung und Verpflichtung" übernahm. In einem II. Nachtrag vom 15. Mai 1979 zum Vertrag vom 12. September 1962 vereinbarten die Parteien, daß der Kläger „hiermit vollinhaltlich mit allen Rechten und Pflichten sowie zur eigenen Erfüllung anstelle des Vorbesitzers in die mit der B. AG geschlossene Vereinbarung vom 12. September 1962 . . ." eintritt.

Im Jahre 1982 teilte der Kläger das Grundstück nach § 8 WEG auf. Er selbst erwarb 219,944/1000 Miteigentumsanteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an den gewerblichen Räumen (Gastwirtschaft) samt Kellerabteilen.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt, die Beklagte zur Löschung der genannten Grunddienstbarkeit zu verurteilen, hilfsweise festzustellen, daß der Vertrag vom 12. September 1962 mit I. Nachtrag vom 4. Januar 1967 nichtig sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat mit Schreiben vom 31. Oktober 1976 die „Getränkelieferungsverträge" außerordentlich mit sofortiger Wirkung gekündigt. Er hat mit seiner Berufung beantragt, die Beklagte zur Löschung der Dienstbarkeit auf dem Teileigentum und einem bestimmten Wohnungseigentum zu verurteilen und weiter festzustellen, daß der Vertrag vom 12. September 1962 in Ziffer II und VIII nebst I. Nachtrag vom 4. Januar 1967 nichtig sei. Das Berufungsgericht hat der Feststellungsklage hinsichtlich der Nr. II und Nr. VIII der Vereinbarung vom 12. September 1962 „ergänzt durch den II. Nachtrag" und der Löschungsklage hinsichtlich des Teileigentums stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

Aus den Gründen:

1. Zur Feststellungsklage bleibt die Revision ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hält den Vertrag vom 12. September 1962 schon wegen seiner 30jährigen Laufzeit nach § 138 Abs. 1 BGB für nichtig. Der Kläger habe mit dem II. Nachtrag zur ursprünglichen Vereinbarung nicht einen neuen, erst ab seinem Eintritt laufenden Vertrag geschlossen, sondern sei anstelle des Vorbesitzers in dessen Vertrag eingetreten, weshalb von einer Aufteilung des einheitlichen Vertragsverhältnisses in zwei selbständige Verträge keine Rede sein könne. Der Kläger sei damit Verpflichteter eines Bezugsvertrages für eine Laufzeit von 30 Jahren, was nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gegen die guten Sitten verstoße. Besondere Umstände, die im vorliegenden Fall eine Sittenwidrigkeit ausschließen könnten, seien weder vorgetragen noch ersichtlich. Eine geltungserhaltende Reduktion des Vertrages auf eine Laufzeit von 15 oder 20 Jahren sei nicht möglich, weil auch diese Laufzeiten längst überschritten seien.

Zu Unrecht vertritt die Revision den Standpunkt, bei einer reduzierten Laufzeit der ursprünglichen Bezugsverpflichtung auf 15 Jahre sei diese im Jahre 1979 ausgelaufen und durch den im gleichen Jahr erfolgten Vertragseintritt des Klägers eine neue Bindungsfrist von 15 Jahren in Lauf gesetzt worden; dem Kläger habe sich mit seinem freiwilligen Eintritt in die Vertragsbeziehungen eine neue Entscheidungsmöglichkeit über die Fortgeltung der Bezugsverpflichtung eröffnet. Damit will die Revision gegen die tatsächliche Würdigung des Berufungsgerichts zwei selbständige Bezugsverträge annehmen, ohne daß sie einen Rechtsfehler zur Vertragsauslegung des Berufungsgerichts aufzeigen kann. Zwar kann eine Vertragsübernahme auch in der Form geschehen, daß der alte Vertrag aufgehoben und ein neuer abgeschlossen wird. Sie kann aber auch durch einfache Rechtsnachfolge in den alten Vertrag herbeigeführt werden, indem ein Vertragspartner unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages ausgewechselt wird (BGHZ 95, 88, 94). Diesen Fall hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Handelt es sich aber um ein identisches Vertragsverhältnis, das unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB zu würdigen ist, so kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht zweifelhaft sein, daß die Laufzeit der Bezugsbindung von 30 Jahren wegen der damit verbundenen unvertretbaren Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit des Gastwirts gegen die guten Sitten verstößt, weil schon eine Bezugsbindung von 20 Jahren grundsätzlich bis an die äußerste

Grenze des in Ausnahmefällen noch Zulässigen geht (vgl. BGH Urteile v. 7. Oktober 1970, VIII ZR 202/68, NJW 1970, 2243; v. 14. Juni 1972, VIII ZR 14/71, NJW 1972, 1459; v. 27. Februar 1985, VIII ZR 85/84, NJW 1985, 2693, 2695; BGHZ 74, 293, 298 [= DNotZ 1980, 43] m. w. N.). Einen solchen Ausnahmefall zeigt auch die Revision nicht auf.

Das Berufungsgericht zieht mit Recht eine geltungserhaltende Reduktion der Laufzeit in Betracht, macht dazu aber keine weiteren Ausführungen. Gleichwohl stellt es im Tenor seines Urteils fest, die Nr. II und VIII der Vereinbarung vom 12. September 1962 seien „nichtig", was den Anschein erweckt, als wolle es annehmen, diese Vertragsbestimmungen seien von Anfang an unwirksam. Zusammen mit den Gründen des Berufungsurteils versteht der Senat jedoch die angefochtene Entscheidung dahin, daß die erwähnten Vertragsklauseln nunmehr unwirksam sind (vgl. auch BGH Urt. v. 17. Oktober 1973, VIII ZR 91/72, WM 1973, 1360, 1362), d. h. die Parteien nach Ablauf einer reduzierten Laufzeit nicht mehr binden, eine genaue Festlegung der zulässigen Zeitdauer sich aber erübrigt, weil auch die maximal zulässige Bindungsfrist schon bei Klageerhebung abgelaufen war.

Ohne Erfolg meint die Revision schließlich, der Vertrag sei auf der Grundlage einer reduzierten Laufzeit jeweils um fünf Jahre verlängert worden, der Kläger habe zu keiner Zeit eine ordentliche Kündigung ausgesprochen; zur fristlosen Kündigung des Klägers vom 31. Oktober 1986 fehlten aber Feststellungen des Berufungsgerichts.

Die Laufzeitregelung des Vertrages ist sittenwidrig, soweit sie eine angemessene Dauer überschreitet, und zwar unter Einbeziehung derjenigen Klausel, die ihn automatisch nach dem Ende seiner Laufzeit um jeweils fünf Jahre verlängern sollte (§ 139 BGB). Soweit die Rechtsprechung es zuläßt, die Bindungsdauer unter Würdigung aller Umstände auf der Grundlage eines hypothetischen Parteiwillens auf ein zulässiges Maß zu reduzieren (vgl. etwa BGH Urteile v. 14. Juni 1972, VIII ZR 14/71, NJW 1972, 1459; v. 16./17. September 1974, VIII ZR 116/72, NJW 1974, 2089, 2090 und neuerdings Urt. v. 27. Februar 1985, VIII ZR 85/84, NJW 1985, 2693, 2695), kann nicht wieder auf eine Abrede über die automatische Verlängerung mit Kündigungsmöglichkeit abgestellt werden, die mit der ursprünglichen Laufzeitregelung eine Einheit bildet (vgl. auch BGH Urt. v. 14. Juni 1972 aaO zu einer schon bald nach Vertragsschluß vereinbarten Anschlußklausel). Dem betroffenen Gastwirt würde sonst doch eine Vertragslaufzeit zugemutet, die über das nach § 138 BGB gerade noch zulässige Maß hinausginge.

2. Mit Erfolg bekämpft die Revision aber die Verurteilung der Beklagten zur Löschung der Grunddienstbarkeit auf dem Teileigentum des Klägers.

Das Berufungsgericht hält eine Dienstbarkeit des vorliegenden Inhalts zwar für inhaltlich zulässig. Sie sei aber nichtig, weil sie einen gegen die guten Sitten verstoßenden Bierlieferungsvertrag habe absichern sollen. Zwar unterscheide sich der vorliegende Fall dadurch, daß die Beklagte die Dienstbarkeit schon vor der Veräußerung an K. bestellt habe. Offensichtlich sei die Dienstbarkeit aber deshalb bestellt worden, um damit einen Bierlieferungsvertrag mit einem künftigen Erwerber abzusichern. Diese abstrakt vorhandene Sicherungsmöglichkeit sei dann mit dem Vertrag vom 12. September 1962 ausgefüllt worden. Weil der Kläger nunmehr befürchten müsse, die Beklagte werde gegen ihn aus der Dienstbarkeit vorgehen, wenn er den — von ihr für noch wirksam gehaltenen — Bezugsvertrag nicht einhalte, führe diese dazu, daß auch die Dienstbarkeit selbst nichtig sei. Dem stehe auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in NJW 1985, 2474 ff. [= MittBayNot 1985, 190] nicht entgegen. Im vorliegenden Fall habe nämlich die Beklagte die Dienstbarkeit gerade zum Abschluß eines inhaltlich unzulässigen Bierbezugsvertrages verwendet. Schließlich sei auch ohne Bedeutung, daß der Kläger möglicherweise für den Erwerb des Grundstücks deshalb einen niedrigeren Kaufpreis bezahlt habe, weil das Anwesen belastet gewesen sei.

a) Dem Kläger steht ein Löschungsanspruch nach § 894 BGB nicht zu, weil die Dienstbarkeit wirksam entstanden ist und nach wie vor besteht, das Grundbuch deshalb mit der wirklichen Rechtslage in Einklang steht.

Die Grunddienstbarkeit ist von der Beklagten wirksam bestellt worden, und zwar als sogenannte Eigentümerdienstbarkeit (vgl. RGZ 142, 231, 234 ff.; BGHZ 41, 209, 210). Sie hat einen zulässigen Inhalt und ist als unbefristetes dingliches Recht auch dann wirksam, wenn die Beklagte mit der Bestellung der Dienstbarkeit auch die Absicht verfolgt haben sollte, für den Fall einer Veräußerung des belasteten Grundstücks das dingliche Recht als Druckmittel zum Abschluß eines Bezugsvertrages einzusetzen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht von dem Sachverhalt des Senatsurteils vom 3. Mai 1985 (V ZR 55/84, NJW 1985, 2474, 2475).

An der Wirksamkeit der Dienstbarkeit hat sich durch die Veräußerung des belasteten Grundstücks an K. und den Abschluß des Bezugsvertrages vom 12. September 1962 nichts geändert. Ohne Bedeutung für den Bestand des einmal vollwirksam begründeten dinglichen Rechts ist insbesondere, daß die Beklagte und K. dieses Recht nach ihren schuldrechtlichen Vereinbarungen nun als Sicherungsmittel für die abgeschlossene Bezugsbindung einsetzten und diese in bezug auf die Laufzeit sittenwidrig war. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 Abs. 1 BGB). Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (hier: Dienstbarkeitsbestellung) abzustellen; eine rückwirkende Sittenwidrigkeit für zur Abschlußzeit einwandfreie Geschäfte gibt es nicht (vgl. BGHZ 7, 111, 114; BGH Urteile v. 8. März 1966, V ZR 62/64, WM 1966, 585, 589; v. 27. Januar 1977, VII ZR 339/74, WM 1977, 399 ff.). Durch die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und K. wurde die Dienstbarkeit selbst nicht betroffen, die Beklagte hat nur auf die Geltendmachung ihrer Rechte aus der Dienstbarkeit verzichtet, solange die Gastwirtschaft betrieben und die Bezugsverpflichtung aus dem Vertrag erfüllt wurde. Auf die Frage, ob und wann eine Grunddienstbarkeitsbestellung wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein kann, die im Zusammenhang mit einem sittenwidrigen Verpflichtungsgeschäft bestellt wird, kommt es deshalb hier nicht an. Insoweit sei nur darauf hingewiesen, daß der Senat mit dem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 29. Januar 1988, V ZR 310/86 (= MittBayNot 1988, 124), unter teilweiser Aufgabe seiner Rechtsprechung im Senatsurteil vom 13. Juli 1979 (V ZR 122/77, NJW 1979, 2149, 2150 [= DNotZ 1980, 45]) die Abstraktheit der dinglichen Dienstbarkeitsbestellung betont und daraus gefolgert hat, daß eine unbedingte und unbefristete Dienstbarkeit unbedenklich auch bestellt werden kann, um damit eine noch abzuschließende Bezugsbindung abzusichern.

Auch durch den Eintritt des Klägers in den Vertrag vom 12. September 1962 hat sich entsprechend den oben aus-

geführten Grundsätzen an der Wirksamkeit der Dienstbarkeit nichts geändert. Es geht im Rahmen des geltend gemachten Löschungsanspruchs nicht um die Frage, ob der Kläger nach ordnungsgemäßer Erfüllung des beendeten Bezugsvertrages auf der Grundlage der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien einem Unterlassungsanspruch der Beklagten aus der Grunddienstbarkeit Einreden entgegenhalten könnte.

b) Eine andere Frage ist, ob der Kläger auf schuldrechtlicher Grundlage die Aufhebung der Dienstbarkeit verlangen kann, weil der Bezugsvertrag nach Ablauf seiner maximal zulässigen Laufzeit unwirksam ist (vgl. oben Ziffer 1) und die Beklagte nach Erreichen des Sicherungszwecks — ähnlich wie bei der Sicherungsgrundschuld — verpflichtet ist, die Sicherheit (= Grunddienstbarkeit) an den Sicherungsgeber zurückzugewähren. Dazu kommt es maßgeblich zunächst auf den — unter Umständen durch Auslegung zu ermittelnden — Inhalt der Vereinbarungen an (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurt. v. 29. Januar 1988, V ZR 310/86). Insoweit hat das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen getroffen. In Betracht kommt, daß der Kläger mit seinem Eintritt in die Vertragsbeziehungen zwischen der Beklagten und K. ebenfalls in eine im Bezugsvertrag etwa konkludent enthaltene Sicherungsvereinbarung eingetreten ist, oder im Grundstückskaufvertrag mindestens die stillschweigende Abtretung eines eventuellen Rückgewährungsanspruchs durch K. an den Kläger liegt (vgl. für die Sicherungsgrundschuld BGH Urt. v. 13. Juli 1983, VIII ZR 134/82, NJW 1983, 2502, 2503 m. w. N. [= MittBayNot 1984, 24]). Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob dem Sicherungsvertrag tatsächlich entnommen werden kann, dem Kläger solle nach Beendigung des Bezugsvertrages ein Löschungsanspruch zustehen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erscheint es allerdings nicht zwingend, daß die Dienstbarkeitsbestellung nur den Zweck gehabt haben kann, zur Sicherung künftiger Bezugsverpflichtungen zu dienen; vielmehr kann die Beklagte damit auch das Ziel verfolgt haben, eine unerwünschte Konkurrenz auf dem Gaststättengrundstück zu verhindern, falls sie nicht mehr dessen Eigentümerin ist. Die Dienstbarkeit betrifft auch ihrem Wortlaut nach nicht nur das Verbot von Gewerbebetrieben, die Bier verkaufen, sondern auch das Recht zur Untersagung jedes sonstigen Gewerbes, Geschäfts, Handelsunternehmens oder Amtes.

---

9. WEG § 16 Abs. 2, § 28 Abs. 5 *(Haftung des Erwerbers einer Eigentumswohnung für Nachforderungen aus Abrechnungen für frühere Jahre)*

Für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümer untereinander, die in der anteilmäßigen Verpflichtung zum Tragen der Lasten und Kosten (§ 16 Abs. 2 WEG) wurzeln, haftet der Erwerber einer Eigentumswohnung auch dann, wenn es sich um Nachforderungen aus Abrechnungen für frühere Jahre handelt, sofern nur der Beschluß der Wohnungseigentümergemeinschaft, durch den die Nachforderungen begründet wurden (§ 28 Abs. 5 WEG), erst nach dem Eigentumserwerb gefaßt worden ist.

BGH, Beschluß vom 21.4.1988 — V ZB 10/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 19. Januar 1982 kauften die Antragsgegner von den Eheleuten F. die im Aufteilungsplan mit A 02 bezeichnete Eigentumswohnung in der Wohnungseigentumsanlage F.-Straße 5-9 in H. Besitz, Nutzung, Lasten und Kosten sollten vom 1. Februar 1982 an auf sie übergehen. Die Auflassung wurde erklärt und das Wohnungseigentum am 17. Dezember 1982 umgeschrieben.

Die von dem früheren Verwalter für die Jahre 1977 bis 1979, 1981 und 1982 vorgelegten Abrechnungen wurden erst am 18. Mai 1983 durch die Wohnungseigentümerversammlung beschlossen. Die Klägerin als neue Verwalterin der Wohnanlage verlangte durch Anwaltsschreiben vom 12. Juni 1984 von den Antragsgegnern die Zahlung des hiernach rückständigen Wohngeldes; noch offene Ansprüche auf Wohngeldvorschüsse der Voreigentümer F. waren in dieser Forderung nicht enthalten.

Im vorliegenden Verfahren hat die Antragstellerin unter Berücksichtigung eines Guthabens der Antragsgegner für das Jahr 1983 und weiterer angekündigter Zahlungen ihre Forderungen ermäßigt. Die Antragsgegner haben den Standpunkt vertreten, daß sie für die Nachforderungen nicht hafteten, weil nicht sie, sondern die Eheleute F. während der Abrechnungszeiträume Eigentümer der Wohnung gewesen seien.

Amtsgericht und Landgericht haben den Antrag zurückgewiesen. Auf die sofortige weitere Beschwerde möchte das Oberlandesgericht dem Antrag stattgeben. An einer solchen Entscheidung sieht es sich aber durch den Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 1985, VII ZB 16/84, BGHZ 95, 118 gehindert und hat die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Vorlage ist statthaft (§§ 43 ff. WEG i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). *(Wird ausgeführt).*

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 43 Abs. 1 Nr. 1, 45 Abs. 1 WEG, §§ 27, 29 FGG) und begründet.

1. ...

2. Der Antrag ist auch begründet.

Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder der Wohnungseigentümer den anderen gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Nach § 28 WEG hat der Verwalter für jeweils ein Kalenderjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen und nach Ablauf des Kalenderjahres eine Abrechnung zu erstellen; über den Wirtschaftsplan und die Abrechnung beschließen die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit. Nach den hier gefaßten Beschlüssen der Wohnungseigentümer schulden die Antragsgegner die zu ihren Lasten errechneten Beträge.

a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Erwerbs von Wohnungseigentum in der Zwangsversteigerung (BGHZ 95, 118, 121 f.) würden die Antragsgegner allerdings nicht haften. Der — bisher zuständige — VII. Zivilsenat hat dies mit einem Rückschluß aus der Außenhaftung auf die Haftung der Wohnungseigentümer untereinander begründet: Die vor dem Zuschlag für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums „angefallenen" Kosten seien ohne Mitwirkung des Erstehers zustande gekommen. Er habe sie weder dem Grunde noch der Höhe nach beeinflussen können. Dementsprechend hafte nicht er, sondern sein Rechtsvorgänger Dritten gegenüber weiterhin als Gesamtschuldner für die in der Vergangenheit im Namen der Wohnungseigentümer begründeten Verwaltungsschulden (BGHZ 78, 166, 175). Komme es aber für die Haftung im Außenverhältnis darauf an, ob die Schuld vor oder nach seinem Eintritt in die Wohnungseigentümerge-

meinschaft begründet worden sei, so sei nicht einzusehen, warum im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander etwas anderes gelten solle; auch insoweit seien nur diejenigen Wohnungseigentümer verpflichtet, die Lasten und Kosten anteilig zu tragen, die im Zeitpunkt von deren „Entstehung" Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft gewesen seien (BGHZ 87, 138, 141 ff. [= MittBayNot 1983, 127 = DNotZ 1984, 32]; ebenso — auch für rechtsgeschäftlichen Erwerb — Vorlagebeschl. des KG BIGBW 1985, 20; BGB-RGRK/*Augustin*, 12. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 31; für Erwerb in der Zwangsversteigerung: *Zeller/Stöber*, ZVG 12. Aufl. § 56 Rdnr. 3.9; *Ebeling*, Rpfleger 1986, 125, 126; für die bei Eigentumserwerb zurückliegenden abgeschlossenen Wirtschaftsjahre auch MünchKomm/*Röll* 2. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 25, 25 a).

b) Nach einer anderen Ansicht soll derjenige haften, der Wohnungseigentümer war, als die jeweilige Jahresabrechnung erstellt und bekanntgemacht wurde (OLG Stuttgart MDR 1980, 937 = Die Justiz 1980, 414). Zu welchem Ergebnis diese Auffassung für den vorliegenden Fall führen würde, läßt sich mangels hinreichender Feststellungen in den Tatsacheninstanzen nicht abschließend beurteilen. Fest steht nur, daß die einschlägigen Jahresabrechnungen noch während der Eigentümerstellung der Eheleute F. von dem früheren Verwalter erstellt worden sind. Wann sie erstmals bekanntgemacht wurden, ist unklar. Daß die billigenden Beschlüsse der Wohnungseigentümer erst nach dem Eigentumswechsel gefaßt worden sind, wäre nach dieser Meinung wohl unerheblich.

c) Nach einer weiteren Auffassung, die auch das vorlegende Oberlandesgericht vertritt, kommt es auf die Eigentümerstellung in dem Zeitpunkt an, da die Wohngeldforderung fällig wird (LG Frankfurt/Main NJW-RR 1987, 596 m. w. N.; *Hauger*, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, S. 77 ff.; dieselbe, Zeitschrift für das gemeinnützige Wohnungseigentumswesen in Bayern, 1987, 70 ff.; *Weitnauer*, JZ 1986, 193; *Hemrich*, Der Wohnungseigentümer, 1985, 85, 86; *Deckert*, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, S. 151, 165; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 1986, Rdnr. 656; *Palandt/Bassenge*, BGB 47. Aufl. § 16 WEG Anm. 5 c). Diese Ansicht teilt im Ansatz der Senat.

d) Aus den Modalitäten der Haftung im Außenverhältnis ergeben sich — wie auch in sonstigen Regelungsbereichen — keine Rückschlüsse auf die Ausgestaltung des Ausgleichs im Innenverhältnis, durch den für jeden Wohnungseigentümer die Verpflichtung konkretisiert wird, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, der sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums (nach dem Verhältnis seines Anteils) zu tragen (§ 16 Abs. 2 WEG).

Das versteht sich ohne weiteres für solche Beitragsleistungen, die nicht mit der Abdeckung bereits entstandener Verwaltungsschulden zusammenhängen, sondern z. B. — wie zum Teil auch hier — Rückstellungen für später anfallende Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten (§ 28 Abs. 1 Nr. 3 WEG) betreffen. Für solche Beitragsleistungen fehlt es von vornherein an einem Ansatzpunkt für die zeitliche Verknüpfung von Außen- und Innenhaftung. Sie beruhen dem Rechtsgrunde nach auf dem mit dem Sondereigentum verbundenen Anteil des Wohnungseigentümers am gemeinschaftlichen Eigentum (§ 16 Abs. 2 WEG; vgl. BGHZ 87, 138, 142). Als konkrete Verbindlichkeiten werden sie entweder kraft des von den Wohnungseigentümern beschlossenen Wirtschaftsplans als Vorschüsse oder kraft der von den Wohnungseigentümern gebilligten Jahresabrechnung geschuldet (§ 28 Abs. 5 WEG). Geltungsgrund für die insoweit konkretisierte Beitragspflicht ist in beiden Fällen der Beschluß der Wohnungseigentümer (§§ 23, 25, 28 WEG).

Ebensowenig ergeben sich aus dem Außenverhältnis Rückschlüsse für sonstige Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümer untereinander, die in der anteilmäßigen Verpflichtung zum Tragen der Lasten und Kosten (§ 16 Abs. 2 WEG) wurzeln und der Abdeckung bereits entstandener Verwaltungsschulden (BGHZ 78, 166, 175) dienen. Soweit der Verwalter — was ihm freisteht und insbesondere bei geringeren Beträgen in Frage kommt — solche Verbindlichkeiten im eigenen Namen eingeht, fehlt es auch bei ihnen von vornherein an einer Gesamtschuld der Eigentümer. Aber selbst wenn der Verwalter im Namen der Wohnungseigentümer aufgetreten ist und diese im Außenverhältnis als Gesamtschuldner haften, folgt der Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis nicht der Hilfsregel (MünchKomm/*Selb*, 2. Aufl. § 426 Rdnrn. 1, 6) des § 426 Abs. 1 BGB, sondern, wie das vorlegende Gericht mit Recht betont, ebenfalls den Sondervorschriften über die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§§ 10 ff., bes. § 16 i. V. m. § 28 WEG). Mit guten Gründen sieht das WEG auch insoweit davon ab, jede einzelne Verwaltungsschuld von Rechts wegen sogleich auf die einzelnen Wohnungseigentümer umzulegen; statt dessen bietet es mit den Vorschriften über den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung (§ 28 WEG) ein anpassungsfähigeres Instrumentarium von Vorschuß- und Nachforderungen sowie sonstigen Maßnahmen an (*Weitnauer*, JZ 1986, 193 re. Sp.). Der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bleibt z. B. die Entscheidung überlassen, ob zur Tilgung bereits entstandener Verwaltungsschulden etwa Sonderumlagen erhoben, Darlehen aufgenommen oder auf vorhandene, wenngleich für andere Zwecke gebildete Rücklagen zurückgegriffen werden soll (*Hauger*, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, S. 77 ff., 80/81). Erst durch den Beschluß der Wohnungseigentümer werden im Rahmen der allgemeinen Beitragspflicht (§ 16 Abs. 2 WEG) die Verbindlichkeiten jedes einzelnen Wohnungseigentümers gegenüber den anderen begründet (vgl. BGH Beschl. v. 12. Juli 1984, VII ZB 1/84, NJW 1984, 912, 913 li. Sp.; BayObLG Wohnungseigentum 1986, 14 f. mit zust. Anm. *Weitnauer*).

Werden hiernach in allen erörterten Fallgruppen die Wohnungseigentümer im Innenverhältnis erst durch den Beschluß der Wohnungseigentümergemeinschaft verpflichtet, so folgt daraus zugleich, daß ein solcher Beschluß Verbindlichkeiten nur für die zur Beschlußfassung berufenen Wohnungseigentümer, nicht aber für deren Rechtsvorgänger, begründen kann; denn sonst läge insoweit ein — unzulässiger — Gesamtakt zu Lasten Dritter vor. Umgekehrt rechtfertigt sich die Verpflichtung der aktuellen Wohnungseigentümer im Zeitpunkt der Beschlußfassung aus § 16 Abs. 2 WEG.

e) Zwingende Gründe, diese im Gesetz vorgezeichnete Verteilung der Lasten und Kosten im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu korrigieren, sind nicht ersichtlich. Soweit die Jahresabrechnungen reine Verbrauchskosten erfassen, mag es allerdings näher liegen, denjenigen zu belasten, der an dem Verbrauch mitgewirkt und damit den Nutzen gehabt sowie zum Entstehen der Deckungslücke beigetragen hat. Zum einen müssen aber Deckungslücken, die dadurch entstehen, daß sich Vorschußforderungen als uneinbringlich erweisen,

ohnehin im folgenden Wirtschaftsjahr durch entsprechend erhöhte Vorschußleistungen der Wohnungseigentümer — unter Einschluß des inzwischen im Grundbuch eingetragenen Erwerbers — ausgeglichen werden. Zum anderen enthalten die Jahresabrechnungen auch Aufwendungen für Reparaturen und größere Instandhaltungsmaßnahmen. Den Nutzen hieraus zieht in erster Linie nicht der alte, sondern der neue Wohnungseigentümer (*Hauger*, Festschrift aaO S. 77 ff., 83), so daß es nicht unbillig ist, wenn er auch die Kosten mitträgt. Im übrigen ist es ihm in den Fällen rechtsgeschäftlichen Erwerbs — wie hier — unbenommen, im Verhältnis zum Veräußerer eine günstigere Regelung zu vereinbaren (vgl. auch OLG Stuttgart MDR 1980, 937, 938 = Die Justiz 1980, 414).

Demgegenüber erachtet der Senat die in BGHZ 95, 118, 122 befürchtete Gefahr, daß die Wohnungseigentümer die Jahresabrechnungen verzögern könnten, um sich einen neuen — vielleicht finanzkräftigeren — Schuldner zu verschaffen, als nicht sehr naheliegend (vgl. auch LG Frankfurt am Main NJW-RR 1987, 596, 598); gegebenenfalls bliebe der Einwand des Rechtsmißbrauchs (§ 162 Abs. 2, § 242 BGB; *Weitnauer*, JZ 1986, 193, 194 re. Sp.). Die hier abgelehnte Lösung aus BGHZ 95, 118 ff. dürfte sich zudem kaum in die Praxis umsetzen lassen, da sie eine nur schwer durchführbare Rückrechnung und zeitanteilige Zuordnung des Kostenanfalls erfordert (vgl. LG Frankfurt am Main aaO; *Hemrich*, Der Wohnungseigentümer 1985, 85, 86 f.; *Weitnauer* aaO; zu den Schwierigkeiten der Kostenaufteilung innerhalb eines Rechnungsjahres vgl. auch *Röll*, NJW 1983, 153, 154 und MünchKomm/*Röll*, 2. Aufl. § 16 WEG Rdnr. 25 a).

f) Da die Antragsgegner im Zeitpunkt der Beschlußfassung (18. Mai 1983) bereits das Wohnungseigentum erworben hatten, haften sie für die hier geltend gemachten Wohngeldforderungen. Wie es wäre, wenn der Beschluß noch vor ihrem Eigentumserwerb gefaßt worden wäre, die Beitragsleistungen aber erst für einen späteren Zeitpunkt fälliggestellt worden wären (vgl. zur Bedeutung der Fälligkeit im Zeitpunkt des Eigentumswechsels *Hauger*, Festschrift für Bärmann und Weitnauer, S. 77 ff., 79; dieselbe, ZfgWBay 1987, 70; *Weitnauer*, JZ 1986, 193; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 1986, Rdnr. 658), braucht hier nicht entschieden zu werden.

---

10. GBO § 27 *(Zustimmung des Eigentümers zur Löschung einer nach Abschluß des Kaufvertrages eingetragenen Zwangssicherungshypothek)*

Die vom Verkäufer eines Grundstücks in der Kaufvertragsurkunde enthaltene Löschungszustimmung zur erforderlichen Lastenfreistellung kann dahin gehend ausgelegt werden, daß sie auch die Zustimmung zur Löschung von Rechten mit umfaßt, die bei Beurkundung des Kaufvertrags noch nicht im Grundbuch eingetragen waren (hier: nach Vertragsabschluß eingetragene Zwangssicherungshypothek).

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Frankenthal, Beschluß vom 20.6.1988 — 1 T 192/88 — mitgeteilt von Notar *Wolfgang Krebs*, Ludwigshafen

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Kaufvertrag vom 30.12.1987 erwarb die Beteiligte zu 2) zwei Eigentumswohnungen vom Beteiligten zu 1). Unter § 7 der Urkunde verpflichtete sich der Beteiligte zu 1), „den Grundbesitz frei von im Grundbuch eingetragenen Rechten Dritter zu verschaffen".

In einem Nachtrag vom 14.1.1988 zu oben bezeichneter Urkunde erklärten die Beteiligten unter § 3 Ziffer 3): „Soweit Lastenfreistellung erforderlich ist, stimmen die Beteiligten allen Löschungen zu".

Mit Schriftsatz vom 28.4.1988 beantragte der Notar als Vertreter der Beteiligten beim Grundbuchamt den Vollzug der Nachtragsurkunde. Gleichzeitig legte er neben der Löschungsbewilligung der bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages eingetragenen Grundschuldgläubigerin die Löschungsbewilligung des Notars vor, für den zwischenzeitlich nach Vertragsschluß am 12.4.1988 eine Zwangssicherungshypothek wegen eines Betrages von 1.025,— DM eingetragen worden war.

Mit Zwischenverfügung teilte die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt dem Notar mit, daß die Löschung der Zwangssicherungshypothek noch nicht erfolgen könne, da zuvor die Zustimmung und der Antrag des Eigentümers erforderlich sei. Da die Zwangshypothek bei Beurkundung des Kaufvertrages noch nicht eingetragen war, könne sich die allgemeine Löschungszustimmung des Eigentümers in der Nachtragsurkunde hierauf nicht erstrecken.

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1) mit seiner Erinnerung, welcher Rechtspflegerin und Grundbuchrichterin nicht abgeholfen haben.

Aus den Gründen:

Die nunmehr als Beschwerde geltende Erinnerung des Beteiligten zu 1) ist zulässig (§§ 11 Abs. 2 Satz 5 RPflG, 71 Abs. 1, 73 GBO) und begründet.

Die angefochtene Zwischenverfügung ist bezüglich der hier zur Beurteilung anstehenden Frage zu Unrecht erfolgt, da die gem. § 27 Satz 1 GBO zur Löschung der Zwangshypothek erforderliche Zustimmung des Eigentümers entgegen der Auffassung der Grundbuchrechtspflegerin ebenso vorliegt, wie der Löschungsantrag (§ 13 GBO).

In § 3 Ziffer 3) der Nachtragsurkunde vom 14.1.1988 hat der Beteiligte zu 1) als Eigentümer allen Löschungen zugestimmt, „soweit Lastenfreistellung erforderlich ist". Die Abgabe dieser Erklärung ist im Zusammenhang mit seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 7 Abs. 1) der Kaufvertragsurkunde vom 30.12.1987 zu sehen, worin er sich verpflichtet hat, den Grundbesitz frei von im Grundbuch eingetragenen Rechten Dritter zu verschaffen. Zwar ist für das Grundbuchamt allein maßgeblich die in § 3 Ziffer 3) der Nachtragsurkunde abgegebene Erklärung, nicht die vertraglichen Beziehungen zwischen beiden Beteiligten. Dennoch ist die von dem Beteiligten zu 1) gegenüber dem Grundbuchamt in § 3 der Nachtragsurkunde abgegebene Zustimmung zur Löschung auslegungsfähig. Nach Auffassung der Kammer umfaßt diese Erklärung nicht nur die Zustimmung zur Löschung von Rechten, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Abgabe der Erklärung bereits im Grundbuch eingetragen waren, sondern auch solche, die danach bis zur Eigentumsumschreibung zur Eintragung gelangt sind. Aus der gegenüber dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärung ergeben sich Anhaltspunkte für eine solche Auslegung, wonach der Beteiligte zu 1) auch der Löschung eventuell noch nach Abgabe seiner Erklärung eingetragener Grundpfandrechte zustimmen wollte. Die in § 3 Ziffer 3) der Nachtragsurkunde aufgenommene Erklärung beinhaltet nämlich ausdrücklich die Formulierung „soweit Lastenfreistellung erforderlich ist". Diese Willenserklärung ist vor dem Hintergrund der grundbuchrechtlich zu vollziehenden Kaufvertragsurkunde zu sehen, in der sich der Beteiligte zu 1) verpflichtet hat, der Beteiligten zu 2) den Grundbesitz frei von den grundbucheingetragenen Rechten Dritter zu verschaffen" (§ 7 Abs. 1). Diese vertragliche Verpflichtung ist zwar — wie oben bereits gesagt — nicht für das Grundbuchamt maßgeblich. Sie ist aber, da Inhalt der zu vollziehenden Ur-

kunde, bei der Auslegung der gegenüber dem Grundbuchamt abgegebenen Erklärungen, also der Erforschung des tatsächlichen Willens des Erklärenden, heranzuziehen, wenn sich im Erklärungstext hierfür Anhaltspunkte ergeben. Dies ist vorliegend der Fall, da der Beteiligte zu 1) erklärt hat, die Zustimmung zur Löschung erfolge, soweit Lastenfreistellung erforderlich ist. Er wollte also offensichtlich gegenüber dem Grundbuchamt alle Erklärungen abgeben, die erforderlich sind, damit er seiner gegenüber der Beteiligten zu 2) bestehenden Verpflichtung zur lastenfreien Übertragung nachkommen kann. Dies kann aber nur geschehen, wenn er nicht nur der Löschung von vor der Abgabe der Erklärung im Grundbuch stehender, sondern auch nachträglich eingetragener Belastungen zustimmt. Deshalb ist seine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene Erklärung dahin zu verstehen, daß er auch der Löschung der letztgenannten Rechte zustimmen wollte; jedes Recht — auch ein erst später eingetragenes — soll gelöscht werden, damit die Lastenfreiheit als Voraussetzung der Eigentumsübertragung gewährleistet ist. Dabei spielt es keine Rolle, daß der Beteiligte zu 1) bei Abgabe der Erklärung an das später eingetragene Grundpfandrecht unter Umständen noch gar nicht gedacht hat. Seine Erklärung ist dennoch ausreichend bestimmt, da er, wie die obige Auslegung seiner Willenserklärung ergeben hat, der Löschung aller eingetragenen Rechte zustimmen wollte, soweit diese Zustimmung grundbuchrechtlich erforderlich ist.

Die Kammer stellt sich mit dieser Entscheidung nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des BayObLG vom 25.9.1980 (Rpfleger 1981, 23 [= MittBayNot 1980, 208]), da das Gericht dort nur ausführt, daß im Rahmen der von ihm allein vorzunehmenden Rechtsprüfung es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sei, wenn das Landgericht im dortigen Fall im Rahmen der Auslegung zu dem Ergebnis gekommen ist, daß zukünftig eingetragene Grundpfandrechte von der Zustimmung zur Löschung nicht umfaßt sein sollten. Das BayObLG hat dabei darauf hingewiesen, daß die von dem Landgericht vorgenommene Auslegung die maßgeblichen Umstände berücksichtigt hat und das gewonnene Ergebnis möglich und daher rechtlich nicht zu beanstanden sei, aber nicht zwingend sein müsse. Es hat damit deutlich gemacht, daß auch ein anderes Ergebnis durchaus möglich ist. Dabei kommt hinzu, daß das Landgericht im dortigen Fall die Auslegungsmöglichkeit, wonach von der Zustimmung auch künftige Belastungen umfaßt sein sollten, gerade mangels ausreichender Anhaltspunkte in der Urkunde für dieses Auslegungsergebnis verneint hat. Im vorliegenden Fall sind aber — wie oben ausgeführt — in der Urkunde ausreichende Anhaltspunkte für ein solches Ergebnis gegeben.

Der erforderliche Löschungsantrag ist gestellt, nachdem die Beteiligten in § 8 der Kaufvertragsurkunde den Notar bevollmächtigt haben, alle zum Vollzug des Vertrags erforderlichen Anträge an das Grundbuchamt zu stellen und der Notar dies in seinem Schreiben vom 18.4.1988 in Verbindung mit der ergänzenden Erklärung im Schriftsatz vom 17.5.1988 auch bezüglich des Löschungsantrages getan hat.

Nach alledem ist die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin, soweit sie Zustimmung und Antrag des Eigentümers zur Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangt, zu Unrecht ergangen und ist daher aufzuheben.

---

11. BGB § 242 *(Ausgleich unbenannter, ehebedingter Zuwendungen bei Gütertrennung)*

Stellt in einer Ehe, für die Gütertrennung gilt, ein Ehegatte dem anderen die Mittel für den Kauf eines Grundstücks zur Verfügung und bebaut er das Grundstück mit einem Miethaus, um den anderen für das Alter sicherzustellen, so kann darin eine unbenannte (ehebedingte) Zuwendung liegen. Darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Weise die Vermögensdisposition im Falle des Zerbrechens der Ehe auszugleichen ist, ist dann nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu entscheiden.

BGH, Urteil vom 27.1.1988 — IV b ZR 82/86 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 9. September 1971 die Ehe; sie vereinbarten Gütertrennung. Schon vorher, am 3. November 1970, als die Parteien bereits die Heirat beabsichtigten, kaufte die Beklagte auf Veranlassung des Klägers das Grundstück Aubruchsweg 9, 9 a in M. Zu jener Zeit war eine erste Ehe des Klägers geschieden; es schwebte aber noch eine Auseinandersetzung über den Zugewinnausgleich. Nachdem der Kläger — allein — den Kaufpreis für das Grundstück aufgebracht hatte, wurde es am 8. Oktober 1971, also nach der Eheschließung der Parteien, aufgelassen. Wenig später wurde die Beklagte als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Ab 1973 bebaute der Kläger, der Bauingenieur ist, das Grundstück mit einem Zweifamilienhaus und Bungalows. Bis auf ein von der Beklagten aufgenommenes und durch eine Grundschuld gesichertes Aufbaudarlehen finanzierte allein der Kläger den Bau. Er belastete dafür sein sonstiges Grundeigentum. Aufgrund einer Generalvollmacht der Beklagten verwaltete er das Grundstück Aubruchsweg mit den darauf errichteten und vermieteten Wohnungen.

Am 3. Februar 1975 schlossen die Parteien einen notariell beurkundeten Erbvertrag, in dem sie sich unter Ausschluß einer Anfechtung wegen Übergehung von Pflichtteilsberechtigten gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Am selben Tag beglaubigte der Notar eine Erklärung der Beklagten, mit der sie dem Kläger „ein lebenslängliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht an dem ihr gehörigen Grundbesitz ... oder dessen Fortschreibungen, beginnend mit der Rechtskraft der Scheidung" der Eheleute, einräumte.

Bis 1976 steuerlich gemeinsam veranlagt, sahen sich die Parteien in den Jahren 1977/78 aufgrund einer Steuerfahndung erheblichen Steuernachforderungen ausgesetzt. Sie entschlossen sich deshalb zur Veräußerung des Grundstücks Aubruchsweg. Die Beklagte verkaufte es am 17. Juli 1978 zum Preise von 1.095.256 DM. Der Käufer übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis die Verbindlichkeit aus dem von der Beklagten aufgenommenen, durch eine Grundschuld gesicherten Darlehen in Höhe von 95.256 DM. Die weiteren Belastungen, darunter der bedingte Nießbrauch des Klägers, wurden gelöscht. Am 21. Dezember 1978 erhielt die Beklagte den bar gezahlten Kaufpreis von 1 Mio DM in zwei Schecks des Notars über 600.000 DM und 400.000 DM. 400.000 DM legte sie für sich auf einem Festgeldkonto an. 600.000 DM stellte sie dem Kläger zur Verfügung. Er leistete damit dem Finanzamt Sicherheit.

Auf einen im Jahre 1981 gestellten Antrag wurde die Ehe der Parteien geschieden. Bei Erlaß des erstinstanzlichen Urteils in der vorliegenden Sache (13. Februar 1984) war das Scheidungsurteil noch nicht rechtskräftig. Ob es inzwischen Rechtskraft erlangt hat, ist nicht vorgetragen.

Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung der restlichen 400.000 DM in Anspruch genommen und Auskunft über die Zinserträge auf dem Festgeldkonto sowie deren Auszahlung verlangt. Er hat vorgetragen, die Beklagte habe das Grundstück nur treuhänderisch erworben. Es sei im Jahre 1970 nur deshalb auf ihren Namen gekauft worden, weil er selbst wegen der damals noch schwebenden Zugewinnauseinandersetzung mit seiner ersten Ehefrau nicht nach außen habe in Erscheinung treten wollen. Zwischen den Parteien habe stets Einigkeit darüber bestanden, daß er wirtschaftlich der eigentliche Eigentümer sei. Im Oktober 1978 habe sich die Beklagte auch zur vollständigen Abführung des Verkaufserlöses an ihn bereit erklärt, soweit sie endgültig vor Steuernachforderungen gesichert sei. Dieser Darstellung ist die Beklagte entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, der Kläger habe ihr das Objekt geschenkt. Er habe sie damit sicherstellen und

zugleich ausschließen wollen, daß das Grundeigentum in seinen Nachlaß falle und damit seine Tochter aus erster Ehe im Wege der Erbschaft daran teilhabe. Den Anteil von 600.000 DM aus dem Verkaufserlös habe sie dem Kläger als Ersatz für das gelöschte Nießbrauchsrecht und zur Abwendung des Steuerarrestes überlassen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie insgesamt abgewiesen.

Die Revision führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. . . .

II. Im Mittelpunkt des Streites der Parteien stand in den Vorinstanzen die Frage, ob die Beklagte das Grundstück im Rahmen eines dahingehenden Auftrages treuhänderisch für den Kläger erworben, gehalten sowie schließlich wieder verkauft hat und ihm deshalb gemäß § 667 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist. Schriftlich ist ein Treuhandvertrag nicht abgeschlossen worden. Das Berufungsgericht hat sich auch nicht davon zu überzeugen vermocht, daß ein Treuhandverhältnis mündlich vereinbart worden sei. Unter zutreffender, auch von der Revision gebilligter Sicht der Beweislast (vgl. BGH Urteil vom 24. September 1962 — II ZR 113/61 — WM 1962, 1372) hat es deshalb einen Anspruch auf Herausgabe dessen, was die Beklagte als Treuhänderin erlangt habe, verneint. *(Wird ausgeführt).*

III. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, daß dem Kläger der Klageanspruch nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht, werden von der Revision nicht angegriffen. Sie sind auch rechtlich unbedenklich.

IV. Indessen bedarf noch tatrichterlicher Prüfung, ob der mit der Klage verfolgte Anspruch seine Grundlage in den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) finden kann. Das kommt in Betracht, wenn in der Eigentumsverschaffung und Bebauung des Grundstücks eine unbenannte (ehebedingte) Zuwendung zu sehen und die Beibehaltung der dadurch geschaffenen Vermögensverhältnisse dem Kläger nicht zuzumuten ist (vgl. BGHZ 84, 361, 364 f. [= DNotZ 1983, 180] m. w. N.).

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß Zuwendungen unter Ehegatten, die der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen, im Regelfall nicht als Schenkungen zu qualifizieren sind. Eine Schenkung — mit den für dieses Rechtsinstitut besonders geregelten Widerrufsmöglichkeiten (§ 530 BGB) — setzt Einigkeit der Partner darüber voraus, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Daran fehlt es regelmäßig, wenn die Zuwendung der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu dienen bestimmt ist. Eine solche ehebedingte sog. unbenannte Zuwendung ist insbesondere in dem Fall angenommen worden, daß ein Ehegatte dem anderen im Zusammenhang mit der Schaffung eines Familienheimes Miteigentum an einem Grundstück verschafft (s. nur BGHZ 82, 227, 231 und BGH Urteil vom 22. April 1982 — IX ZR 35/81 — FamRZ 1982, 778 [= DNotZ 1983, 177]). Zuwendungen dieser Art sind dadurch geprägt, daß sie ausschließlich oder doch hauptsächlich um der Ehe willen getätigt werden; mit ihnen wird ein Beitrag zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht.

Der Beitrag muß jedoch nicht notwendig dem Wohnen im eigenen, gemeinsamen Heim dienen. Vielmehr geht schon das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 7. Januar 1972 — IV ZR 231/69 — NJW 1972, 580 davon aus, daß insoweit auch der Einsatz von Kapital zur Alterssicherung in Betracht kommt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Ehefrau, der die Anlage der Mittel des Ehemannes zur Alterssicherung (auch) zugute kommt, wegen vereinbarter Gütertrennung bei Auflösung der Ehe keinen Anspruch auf Beteiligung an dem vom Ehemann erworbenen Zugewinn erlangt. Bei Art und Maß der Alterssicherung kann für beide Ehegatten die Vorstellung grundlegend sein, die Ehe werde Bestand haben und die Ehefrau weiterhin den ehelichen Haushalt führen. Ob und gegebenenfalls inwieweit eine solche Vermögensdisposition zur Alterssicherung auch bei einer Scheidung der Ehe Bestand hat, läßt sich, sofern nicht die Ehegatten für diesen Fall eine Vereinbarung getroffen haben, im allgemeinen nur durch die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in angemessener, den Umständen des Einzelfalls gerecht werdender Weise entscheiden (vgl. BGH Urteil vom 7. Januar 1972 aaO).

Das Berufungsgericht ist dem Vorbringen der Beklagten, Zweck der Zuwendung des Hausgrundstücks mit den Mietwohnungen sei — auch — ihre Alterssicherung gewesen, nicht weiter nachgegangen, weil es den rechtlichen Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage für eine unbenannte (ehebedingte) Zuwendung nicht ins Auge gefaßt, vielmehr allein die Alternative Treuhand oder Schenkung gesehen hat. Wird in die Erwägung einbezogen, daß es sich bei der Vermögensdisposition auch um eine unbenannte (ehebedingte) Zuwendung gehandelt haben kann, bei der — sofern es insoweit an einer Vereinbarung fehlt — die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage darüber entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Weise sie im Falle des Zerbrechens der Ehe auszugleichen ist, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit, den Vortrag der Beklagten näher zu prüfen, Zweck der Zuwendung sei — auch — ihre Alterssicherung gewesen.

Durch die Zurückverweisung der Sache erhalten die Parteien, die ebenfalls bisher den rechtlichen Gesichtspunkt der unbenannten Zuwendung nicht hinreichend berücksichtigt haben, Gelegenheit, insoweit sowie zu den für eine Abwägung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage maßgebenden Umständen weiter vorzutragen. Dabei wird, wenn das Berufungsgericht zur Annahme einer unbenannten (ehebedingten) Zuwendung gelangt, zu prüfen sein, ob bereits die im Jahre 1975 erfolgte Einräumung des Nießbrauchs am Grundbesitz der Beklagten und dessen „Fortschreibungen" für den Fall der Scheidung eine — möglicherweise im Wege der ergänzenden richterlichen Vertragsauslegung zu gewinnende — Lösung ergibt. Wenn das nicht der Fall ist, wird es insbesondere auf den wirtschaftlichen Zuschnitt der Ehe, Ausmaß und Dauer der erwarteten und tatsächlichen Tätigkeit der Beklagten im ehelichen Haushalt, die beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse zur Zeit des Erwerbs und der Bebauung des Grundstücks und zur Zeit der Scheidung sowie darauf ankommen, ob der Rückfluß der bereits gezahlten 600.000 DM an den Kläger endgültig und er damit bereits mehr als hälftig am Erlös aus dem Grundstücksverkauf beteiligt ist, auf wen die Steuerschulden entfielen und ob sie vollständig beglichen sind.

---

12. BGB §§ 1821, 1829; FGG §§ 16, 20, 55 Abs. 1, § 62 *(Bekanntmachung der Versagung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung)*

Die Ermächtigung in einer notariellen Kaufvertragsurkunde, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für den Vormund oder Pfleger entgegenzunehmen, sie in seinem Namen dem Vertragsgegener mitzuteilen und für diesen die Genehmigung in Empfang zu nehmen (sog. Doppelbevollmächtigung) enthält in der Regel keine Vollmacht zur Entgegennahme und Weiterleitung eines Beschlusses, mit welchem das Vormundschaftsgericht die Genehmigung des Kaufvertrages versagt.

BayObLG, Beschluß vom 11.5.1988 — BReg. 3 Z 51/88 — mitgeteilt von *E. Karmasin*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit Beschluß des Vormundschaftsgerichts vom 30.6.1981 wurde für die Betroffene eine Pflegschaft gemäß § 1910 Abs. 2 BGB mit den Wirkungskreisen der Aufenthaltsbestimmung, der Zustimmung zur Heilbehandlung und der Vermögenssorge angeordnet; als Pflegerin wurde Frau C. bestellt. Die Betroffene und ihre am 3.5.1968 geborene Tochter sind Miterben in einer ungeteilten Erbengemeinschaft; diese verkaufte mit notarieller Urkunde vom 25.4.1985 ihren Hälfteanteil an dem Grundstück Flst.Nr. 382/9 an den Beteiligten E., welcher bereits Eigentümer des anderen Hälfteanteils ist, zu einem Kaufpreis von 12.000 DM. Für die Betroffene gab die Pflegerin vor dem Notar die erforderlichen Erklärungen ab; diese handelte gleichzeitig als Vormund für die Tochter der Betroffenen.

In Nr. X der notariellen Kaufvertragsurkunde heißt es:

„Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

Dieser Vertrag bedarf wegen der Beteiligung der unter Pflegschaft bzw. Vormundschaft stehenden Personen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, die hiermit beantragt wird.

Herr J., Amtmann i. N. in ... und Herr T., Oberinspektor i. N. in ..., und zwar jeder für sich allein, werden hiermit ermächtigt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für den Pfleger bzw. Vormund entgegenzunehmen, sie in seinem Namen den Vertragsbeteiligten mitzuteilen und für diese die Mitteilung der Genehmigung in Empfang zu nehmen."

2. Das Vormundschaftsgericht — Rechtspfleger — versagte nach Erholung eines Sachverständigengutachtens über den Verkehrswert des Grundstücks mit Beschluß vom 28.8.1986 dem vom Notar übersandten Kaufvertrag die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Der Kaufpreis sei unter Zugrundelegung des dem Sachverständigengutachten zu entnehmenden Verkehrswertes unangemessen niedrig. Dabei ging der Rechtspfleger davon aus, daß die Veräußerung der Genehmigung bedürfe, weil auf der Verkäuferseite zwei unter Pflegschaft stehende Personen beteiligt seien. Gegen diese Entscheidung, welche das Amtsgericht „an Not. ... gemäß § 212 a ZPO" hinausgegeben hatte, legte der Beteiligte E. Erinnerung ein, welcher der Vormundschaftsrichter nicht abhalf.

3. Das Landgericht verwarf am 29.10.1986 die als Beschwerde behandelte Erinnerung als unzulässig. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Aus den Gründen:

I. . . .

2. Die weitere Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluß des Landgerichts vom 29.10.1986 ist zulässig, sie ist aber unbegründet.

a) Das Landgericht geht in seiner Entscheidung zutreffend davon aus, daß der Kaufvertrag gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB i. V. m. § 1915 Abs. 1 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurfte. Es hat aber nicht geprüft, ob eine Erstbeschwerde gegen die Versagung der Genehmigung überhaupt noch statthaft war. Die Erstbeschwerde wäre, unabhängig von einer Beschwerdeberechtigung des Beteiligten, dann allgemein unzulässig, wenn die Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch Mitteilung an den Geschäftsgegner unabänderlich geworden wäre (§ 55 Abs. 1, § 62 FGG; vgl. BayObLG bei *Goerke* Rpfleger 1984, 140/141). Das ist hier aber nicht der Fall, weil die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts bisher nicht wirksam bekanntgemacht worden ist.

(1) Dabei kann offenbleiben, ob die Bekanntmachung der Entscheidung vom 28.8.1986, welche nur gemäß § 212 a ZPO an das Notariat durchgeführt wurde, nicht schon deshalb unwirksam ist, weil als Zustellungsbevollmächtigte für die Pflegerin und die anderen Vertragsbeteiligten in der Kaufvertragsurkunde ausdrücklich und ausschließlich die Herren J. und T. aufgeführt sind, das Empfangsbekenntnis nach § 212 a ZPO aber nur die Unterschrift des Notars trägt. Nach dem Wortlaut der Kaufvertragsurkunde wurden die Zustellungsbevollmächtigten ermächtigt, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für den Pfleger und Vormund entgegenzunehmen, sie in seinem Namen den Vertragsbeteiligten mitzuteilen und für diese die Mitteilung der Genehmigung in Empfang zu nehmen. Diese darin liegende Doppelbevollmächtigung wird allgemein für zulässig angesehen (vgl. BayObLGZ 22, 156/157; BGB-RGRK 10./11. Aufl. Anm. 11, *Soergel/Damrau* BGB 12. Aufl. Rdnr. 9, je zu § 1829 m. w. Nachw.; *Staudinger/Engler* BGB 10./11. Aufl. § 1828 Rdnr. 6; für den Fall des Mißbrauchs vgl. BayObLGZ 1964, 137). Hier ist aber nach dem Inhalt der Kaufvertragsurkunde eine Vollmacht zur Entgegennahme eines Beschlusses des Vormundschaftsgerichts, mit dem die Genehmigung des Kaufvertrages versagt wird, nicht erteilt. Eine Auslegung in diese Richtung verbietet schon der klare Wortlaut; die Verweigerung der Genehmigung ist gerade das Gegenteil einer Genehmigung. Darüber hinaus ist es zwar sinnvoll, wenn die Vertragsschließenden einen Dritten bevollmächtigen, die vom Vormundschaftsgericht erteilte Genehmigung des Vertrags für den Pfleger entgegenzunehmen, ihn für diesen an den Vertragspartner weiterzuleiten und für letzteren auch die Mitteilung entgegenzunehmen; denn dadurch wird auf schnellstem Wege die Unabänderbarkeit der Genehmigung und damit die von den Vertragsbeteiligten gewollte Wirksamkeit des Vertrags herbeigeführt. Hingegen kann es nicht im Interesse der Vertragsschließenden liegen, auf diesem beschleunigten Weg die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts herbeizuführen; denn in einem solchen Fall würde sich jedenfalls der Pfleger den Weg, über die Beschwerdeinstanzen die Genehmigung doch noch zu erreichen, selbst verbauen. Deshalb ermächtigt eine Vollmacht zur Entgegennahme und Mitteilung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an den Vertragsgegner regelmäßig nicht zur Entgegennahme und Mitteilung einer Versagung der Genehmigung (OLG München JFG 23, 346/347 f.; BGB-RGRK § 1828 Anm. 10).

(2) Zwar hat das Landgericht seine Beschwerdeentscheidung vom 29.10.1986 auch der Pflegerin formlos mitgeteilt; dies kann aber im vorliegenden Fall die fehlende Bekanntmachung nicht ersetzen.

Allerdings ist regelmäßig davon auszugehen, daß eine nach Erlaß einem Beteiligten nicht bekanntgemachte Verfügung des Vormundschaftsgerichts auch dann als bekanntgemacht gilt und damit als wirksam anzusehen ist, wenn das Beschwerdegericht ihre Aufhebung abgelehnt hat und sich aus den Gründen der wirksam bekanntgemachten Beschwerdeentscheidung der Inhalt der Verfügung ergibt (BayObLGZ 1976, 114/119 m. w. Nachw.; *Jansen* Rdnr. 39, *Keidel/*

Kuntze/Winkler Rdnr. 42 a, je zu § 16 m. w. Nachw.). Das erfordert aber, daß in den Gründen der Entscheidung des Landgerichts entweder die Verfügung des Amtsgerichts wörtlich wiedergegeben wird oder doch zumindest der wesentliche Inhalt, d. h. auch die tragenden Gründe der Verfügung des Amtsgerichts mitgeteilt werden. Daran fehlt es hier; das Landgericht hat sich darauf beschränkt mitzuteilen, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung versagt worden sei, weil der vereinbarte Kaufpreis erheblich unter dem Wert des vertragsgegenständlichen Grundstücksmiteigentumsanteils liege.

(3) Die Versagung der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht ist dem Beschwerdeführer gegenüber bisher nicht wirksam geworden.

Nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wird die Genehmigung sowie deren Verweigerung dem anderen Teil gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund oder Pfleger mitgeteilt wird. Unabhängig davon, ob der Beteiligte eine Abschrift der Verfügung des Amtsgerichts — möglicherweise vom Notariat — erhalten hat, ergibt sich aus den Akten gerade nicht, daß die Pflegerin die Versagung der Genehmigung dem Beteiligten und Vertragsgegner mit der Absicht und zu dem Zweck mitgeteilt hätte, die Angelegenheit dem Vertragsgegner gegenüber endgültig zum Abschluß zu bringen (vgl. BayObLGZ 27, 85/86 f.; *Soergel/Damrau* § 1829 Rdnr. 5 m. w. Nachw.). Da es hier somit an den Voraussetzungen des § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB fehlt, ist bisher auch die Unabänderbarkeit der amtsgerichtlichen Verfügung nicht eingetreten (§ 55 Abs. 1 FGG), so daß eine Beschwerde der Pflegerin namens des Pfleglings oder auch eine Beschwerde der Betroffenen selbst — für den Fall, daß sie nicht geschäftsunfähig sein sollte, was bisher nach Aktenlage nicht hinreichend festgestellt ist — nach wie vor zulässig wäre.

3. Hingegen steht dem Beteiligten E. ein Beschwerderecht aus § 20 Abs. 1 FGG nicht zu.

a) Die Verweigerung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft des Pfleglings greift grundsätzlich nicht in ein Recht des Vertragsgegners im Sinne von § 20 Abs. 1 FGG ein, weil es sich hierbei um eine Angelegenheit allein zwischen Pfleger und Vormundschaftsgericht handelt. Es soll ausschließlich dem Pfleger oder Vormund überlassen bleiben, inwieweit er von der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts Gebrauch machen und sie dem Vertragsgegner mitteilen will. Der Vertragsgegner ist daher insoweit auch nicht beschwerdeberechtigt (BayObLGZ 24, 248; 1964, 240/242; 1977, 121/124 [= MittBayNot 1977, 127]; OLG Frankfurt Rpfleger 1979, 423; *Jansen* Rdnr. 33, *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnr. 75, *Bumiller/Winkler* FGG 4. Aufl. Anm. 3 d, *Schlegelberger* FGG 7. Aufl. Rdnr. 14, je zu § 20 m.w.Nachw.; BGB-RGRK Anm. 15, MünchKomm/*D. Schwab* BGB 2. Aufl. Rdnr. 38, *Palandt/Diederichsen* BGB 47. Aufl. Anm. 5, *Soergel/Damrau* Rdnrn. 22 und 25, *Staudinger/Engler* Rdnr. 15, je zu § 1828 m.w. Nachw.).

b) Dem Beteiligten steht auch ein Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG nicht zu, da er einmal nicht im — auch nicht vermeintlichen — Interesse des Pfleglings handelt, vielmehr ausschließlich eigene Interessen verfolgt, auch wenn diese berechtigt sein sollten, und zum anderen die Angelegenheit nur das Vermögen des Pfleglings, nicht aber eine Personenangelegenheit betrifft (vgl. *Jansen* Rdnrn. 24, 25 und 27, *Keidel/Kuntze/Winkler* Rdnrn. 35 und 37, je zu § 57 m. w. Nachw.).

c) Ein Beschwerderecht des Vertragsgegners wurde in der Rechtsprechung ausnahmsweise anerkannt, wenn eine vom Vormundschaftsgericht bereits ausgesprochene Genehmigung wieder aufgehoben wurde und der Beschwerdeführer sich darauf berief, daß die Genehmigung gemäß § 55, 62 FGG unabänderbar geworden sei, ferner in den Fällen, in denen der Beschwerdeführer geltend machte, das Rechtsgeschäft, zu dem das Vormundschaftsgericht die Genehmigung versagt hatte, habe überhaupt keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft (vgl. BayObLGZ 1977, 121/124, 1964, 240/242 f., je m. w. Nachw.; OLG Hamm OLGZ 1984, 327). Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor; insbesondere hat der Beschwerdeführer nicht behauptet, eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sei nicht erforderlich, weil z. B. der Pflegling geschäftsfähig sei oder die Art des Geschäftes nicht unter eine Genehmigungspflicht falle.

Da dem Beteiligten somit unter keinem Gesichtspunkt ein Beschwerderecht zusteht, hat das Landgericht seine Erstbeschwerde zu Recht als unzulässig verworfen; seine weitere Beschwerde erweist sich als unbegründet.

---

13. BGB § 1365 *(Voraussetzungen für die Ehegattenzustimmung bei der Bestellung einer Grundschuld)*

Bestellt ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte eine Grundschuld und ist von dieser Verfügung das nahezu ganze Vermögen betroffen, kann das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten nur beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte verlangen, aus denen sich ergibt, daß der Vertragspartner des Verfügenden weiß oder jedenfalls die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, daß es sich bei dem Gegenstand, über den verfügt wird, um jedenfalls nahezu das gesamte Vermögen handelt.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Landshut, Beschluß vom 20.5.1988 — 3. T. 81/88 — mitgeteilt von Notar *Dr. Bernd Pachtner*, Dingolfing

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) ist Alleineigentümer der Grundstücke Fl.Nr. 1618/7 und Fl.Nr. 1618/10 und betreibt auf diesem Grundbesitz seine Arztpraxis. Beide Grundstücke sind derzeit mit einer Hypothek und drei Grundschulden über insgesamt 725.000,— belastet. Der Wert des Gesamtanwesens beträgt — zwischen den Beteiligten unstreitig — 950.000,— DM.

Der Beteiligte zu 1) war seit 1967 mit der Beteiligten zu 2) verheiratet. Sie lebten im gesetzlichen Güterstand. Mit Urteil des Amtsgerichts — Familiengericht — vom 21.10.1986 wurde die Ehe geschieden; der Beteiligte zu 1) wurde u. a. zu erheblichen Zugewinnausgleichszahlungen verurteilt. Auf die Berufung des Beteiligten zu 1) hin wurde das Urteil des Amtsgerichts mit Urteil des Oberlandesgerichts geringfügig abgeändert. Der Beteiligte zu 1) wurde nunmehr verurteilt, an die Beteiligte zu 2) einen Zugewinnausgleich in Höhe von 244.022,98 nebst 4% Zinsen hieraus ab Rechtskraft des Scheidungsurteils zu bezahlen.

Mit notarieller Urkunde vom 23.12.1987 bestellte der Beteiligte zu 1) zugunsten der Beteiligten zu 3) eine weitere Grundschuld ohne Brief zu DM 150.000,—. Er versicherte bei der Beurkundung, nicht über sein Vermögen im ganzen zu verfügen.

Der Urkundsnotar reichte am 4./7.1.1988 die Urkunde zum Vollzug gem. § 15 GBO beim Amtsgericht — Grundbuchamt — ein. Am 11.1.1988 erließ das Amtsgericht — Grundbuchamt — folgende Zwischenverfügung:

„Der beantragten Eintragung stehen Vollzugshindernisse entgegen. Es fehlen folgende Eintragungsunterlagen, die in der unten gesetz-

ten Frist nachzureichen sind: Zustimmung der Ehegattin des Herrn Dr. E. gemäß § 1365 BGB. Die hier einzutragende Grundschuld stellt eine Gesamtvermögensverfügung im Sinne des § 1365 BGB dar, da durch die Belastung der Grundstückswert im wesentlichen ausgeschöpft wird (vgl. dazu Horber Anm. 2 A zu § 33 GBO). Zur Behebung dieser Hindernisse wird eine Frist bis 1.2.1988 gesetzt."

Die Grundbuchrechtspflegerin beim Amtsgericht half der hiergegen eingelegten Erinnerung nicht ab. Der Grundbuchrichter half ebenfalls nicht ab und legte die Akten der Kammer vor.

Aus den Gründen:

1. Die nach Nichtabhilfe durch das Amtsgericht als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung des Beteiligten zu 1) ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig. Insbesondere kann der Beschwerde nicht deshalb das Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen werden, weil sich die Beteiligte zu 2) bereit erklärt hat, „unabhängig von dem Beschwerdeverfahren die Zustimmung zur Eintragung der Grundschuld zu geben". Denn die Beurkundung der Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 2) würde Kosten verursachen, die nicht anfallen würden, wenn die Beschwerde Erfolg hat.

2. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat auch in der Sache Erfolg. Das Amtsgericht — Grundbuchamt — hat nämlich zu Unrecht die Zustimmung der Beteiligten zu 2) nach § 1365 BGB verlangt. Offen kann dabei bleiben, wie der bei der Prüfung des § 1365 BGB vorzunehmende Wertvergleich im vorliegenden Fall im einzelnen auszusehen hat. Allerdings ist schon von diesem Wertvergleich her das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 1365 BGB fraglich: Ausgehend von einem unstreitigen Verkehrswert des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes von DM 950.000,— und Vorbelastungen in Höhe von DM 725.000,—, die abzuziehen sind (BGHZ 77, 293 [= MittBayNot 1980, 164 = DNotZ 1981, 43]), verbleibt dem Beteiligten zu 1) ein Grundvermögen im Wert von DM 225.000,— zzgl. DM 35.000,— (Hälfeanteil an dem Grundstück in S.), also insgesamt im Wert von DM 260.000,—. Dabei ist der immaterielle wie auch der materielle Wert der Arztpraxis ebensowenig einbezogen wie die Tatsache, daß der Beteiligte zu 1) im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3) mit einer Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von etwa DM 250.000,— belastet war, die allerdings noch nicht rechtskräftig der Beteiligten zu 2) zugesprochen war.

Denn § 1365 BGB verlangt neben einem bestimmten objektiven Wertverhältnis, daß der Vertragspartner des Verfügenden, hier also die Beteiligte zu 3), weiß oder jedenfalls die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, daß es sich bei dem Gegenstand, über den verfügt wird, um jedenfalls nahezu das ganze Vermögen handelt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierbei der Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts (BayObLG, Vorlagebeschluß vom 10.12.1987, BayObLGZ 1987, 431 ff.). Für das Vorliegen dieser subjektiven Voraussetzungen bei der Beteiligten zu 3) sind im vorliegenden Fall keinerlei konkrete Anhaltspunkte ersichtlich, was allein das Grundbuchamt berechtigen und verpflichten würde, entsprechende Nachweise bzw. die Zustimmungserklärung des Ehegatten zu verlangen (BayObLG a. a. O.): Es trifft zwar zu, daß — wie die Grundbuchrechtspflegerin in ihrer Stellungnahme ausführt — bei früheren Grundschuldbestellungen, so schon bei der allerersten, die Beteiligte zu 2) ihre Zustimmung gegeben hat und daß in der notariellen Urkunde vom 23.12.1987 die Vorbelastungen einzeln aufgezählt sind. Beidem kommt jedoch keine erhebliche Bedeutung zu: In einer notariellen Urkunde alle Vorbelastungen einzeln aufzuführen, gebietet schon die Rechtsklarheit. Die Mitwirkung der Beteiligten zu 2) bei früheren Grundstücksbelastungen stellt eher eine bloße Zufälligkeit dar. Daß bei der Bestellung schon des ersten Grundpfandrechts an § 1365 BGB gedacht wurde — so die Grundbuchrechtspflegerin — stellt eine durch nichts belegte Vermutung dar. Tatsache ist dem gegenüber, daß sich konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen auf seiten der Beteiligten zu 3) weder in der Stellungnahme der Grundbuchrechtspflegerin noch in den Eintragungsunterlagen finden. Sie lassen sich auch nicht aus der Lebenserfahrung oder aus allgemeinen Erfahrungssätzen ableiten. Im Gegenteil ist nach der Erfahrung davon auszugehen, daß sich eine Bank an bankübliche Beleihungsgrundsätze hält und sich dementsprechend vom Vorhandensein weiterer Sicherheiten und damit weiteren Vermögens des Beteiligten zu 1) überzeugt, bevor sie mit der Belastung eines Grundstückes im Bereich — wie hier — zwischen 75% und gut 90% des Grundstückswertes als Sicherheit für einen Kredit einverstanden ist.

---

14. BGB §§ 1922, 2301 *(Abgrenzungsfragen zur Schenkung von Todes wegen)*

a) Eine nichtvollzogene Schenkung von Todes wegen kann ebensowenig wie eine formnichtige Verfügung von Todes wegen nach dem Erbfall durch Handlungen einer vom Erblasser bevollmächtigten Person in Kraft gesetzt werden.

b) Der Rechtsgedanke des § 2084 BGB ist im Rahmen einer Auslegung gemäß § 133 BGB anzuwenden, wenn es um die Frage geht, ob ein Schenkungsversprechen ein solches von Todes wegen oder eines unter Lebenden ist.

BGH, Urteil vom 18.5.1988 — IV a ZR 36/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker nach dem am 30. Juni 1983 verstorbenen Erblasser. Dessen Alleinerbe wurde aufgrund eigenhändigen Testaments vom 12. Juli 1982 der Sohn M. aus erster Ehe. Die Beklagte ist die Witwe des Erblassers; sie war mit ihm seit dem 28. Mai 1982 verheiratet. Diese dritte Ehe des Erblassers blieb kinderlos.

Der Erblasser hatte im November 1981 auf einer gemeinsamen Reise mit der Beklagten bei der S.-Bank in Zürich ein auf Schweizer Franken lautendes Konto auf seinen Namen eingerichtet. Am 4. März 1982 unterzeichnete er ein Formular der Bank, durch das er die Beklagte u. a. zu Verfügungen über das Bankguthaben zu ihren eigenen Gunsten — auch nach seinem Tode — bevollmächtigte. Gestützt auf diese Vollmacht hob die Beklagte am 20. Juli und am 1. September 1983 je einen größeren Betrag ab. Mit der Klage verlangt der Testamentsvollstrecker von der Beklagten den Gegenwert in Höhe von insgesamt 1.206.110,61 DM nebst Zinsen. Die Beklagte behauptet, der Erblasser habe ihr das Guthaben bereits zu Lebzeiten übertragen. Der Erblasser habe erklärt, das Geld sei für sie; sie solle damit finanziell abgesichert werden, um bei unvorhergesehenen Ereignissen — beispielsweise auch im Falle seines Todes — nicht mittellos dazustehen. Bei und unmittelbar nach der Unterzeichnung der Vollmacht habe der Erblasser geäußert, jetzt könne sie über das gesamte Guthaben verfügen; was sie abhebe, gehöre nun ihr und könne sie behalten. Er selbst wolle und werde das Geld nicht mehr anrühren.

Landgericht und Oberlandesgericht halten die Klage für begründet. Die Revision führte zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. Das Oberlandesgericht hält die Klage aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB) für begründet, weil die von der Beklagten geltend ge-

machte Schenkung nicht zustande gekommen sei. Entgegen der Auffassung der Beklagten habe es sich nicht um eine Schenkung unter Lebenden, sondern um eine Schenkung im Sinne von § 2301 BGB gehandelt. Diese habe der Erblasser nicht zu Lebzeiten im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen. Er habe das Guthaben nicht an die Beklagte abgetreten. Die der Beklagten erteilte Vollmacht reiche für eine derartige Vollziehung nicht aus. Die Abhebungen der Beklagten von dem Konto seien für eine Vollziehung nach dieser Vorschrift zu spät erfolgt.

II. Mit Recht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, ob die von der Beklagten behauptete Versprechensschenkung eine solche von Todes wegen (§ 2301 BGB) oder unter Lebenden ist.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats kann es für die Heilung einer formnichtigen Versprechensschenkung gemäß § 518 Abs. 2 BGB ausreichen, wenn der Versprechensempfänger selbst (oder ein Dritter) die versprochene Leistung mit Hilfe einer trans- oder postmortalen Vollmacht des Schenkers noch nach dessen Tod bewirkt. Das ist anders bei der Vollziehung eines Schenkungsversprechens, das unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt (Schenkung von Todes wegen). § 2301 BGB unterstellt derartige Schenkungen von Todes wegen, sofern der Schenker sie nicht noch vor seinem Tode — persönlich oder durch einen Vertreter — im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB vollzieht, den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen (vgl. BGHZ 87, 19, 24; insoweit zustimmend auch *Kuchinke* FamRZ 1984, 109). Das hat zur Folge, daß eine nichtvollzogene Schenkung von Todes wegen ebensowenig wie eine formnichtige Verfügung von Todes wegen nach dem Erbfall durch Handlungen einer vom Erblasser bevollmächtigten Person in Kraft gesetzt werden kann (BGHZ 99, 97, 100 [= MittBayNot 1987, 104 = DNotZ 1987, 322]; Urteile vom 5.3.1986 — IV a ZR 141/84 — = NJW 1986, 2107, 2108 [= MittBayNot 1986, 172 = DNotZ 1987, 25]; 11.1.1984 — IV a ZR 30/82 — FamRZ 1985, 693; zustimmend *Leipold*, Urteilsanmerkung JZ 1987, 382 ff.).

2. Demgegenüber hält *Kuchinke* (aaO und schon *Lange/Kuchinke*, Erbrecht 2. Aufl. § 31 III 4 a), auf den das Berufungsgericht besonders hinweist, eine großzügigere Lösung für geboten (in der Tendenz umgekehrt: *Leipold* aaO). Zur Erzielung entsprechender Ergebnisse hält *Kuchinke* zwei Wege für geeignet: Ein formnichtiges, nicht vollzogenes Schenkungsversprechen unter Überlebensbedingung (§ 2301 BGB) bleibe ein Schenkungsversprechen und werde als solches auch nach dem Tode des Erblassers geheilt, wenn der Erbe oder dessen Vertreter die Leistung bewirke (§ 518 Abs. 2 BGB). Zum anderen liege der Vollmacht an den Versprechensempfänger regelmäßig ein Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrunde, dem dieser — solange das Verhältnis nicht erloschen, z. B. widerrufen sei — zu entsprechen habe. Das demgemäß Eingezogene brauche auch auftragsrechtlich nicht herausgegeben zu werden.

3. Der Senat hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen und bleibt auch weiterhin bei seiner Rechtsprechung. Anders als *Kuchinke* hält der Senat es für ausgeschlossen, § 518 Abs. 2 BGB auf ein nicht vollzogenes Schenkungsversprechen von Todes wegen anzuwenden; § 2301 Abs. 1 BGB unterstellt derartige Geschäfte uneingeschränkt dem Erbrecht. Dem Senat erscheint es überdies zweifelhaft, daß der Vollmacht an den Versprechensempfänger neben der formnichtigen Versprechensschenkung auch noch ein diesen zum Handeln verpflichtender Auftrag zugrundeliegen könnte. Im Hinblick auf § 667 BGB läge darin — ohne wirksame Schenkung — aber jedenfalls kein tragfähiger Rechtsgrund, die eingezogenen Beträge auf Dauer behalten zu dürfen.

III. Das Berufungsurteil kann aber nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht die behauptete formnichtige Versprechensschenkung des Erblassers an die Beklagte rechtlich nicht einwandfrei als eine solche unter Überlebensbedingung (Schenkung von Todes wegen) auslegt.

1. Das Oberlandesgericht geht von dem eigenen Vortrag der Beklagten aus, der Erblasser habe das Konto mit dem Bemerken eingerichtet, sie solle „bei unvorhergesehenen Ereignissen, wie beispielsweise im Falle seines Todes, nicht mittellos dastehen". Daraus entnimmt es ein „Indiz" dafür, daß der Erblasser ihr etwas habe zuwenden wollen, „wenn" (gemeint ist anscheinend: „nur dann, wenn") die Beklagte ihn überlebte. Mit Recht hebt die Revision hervor, mit dieser Überlegung sei nicht recht vereinbar, daß die Beklagte nach ihrem — vom Berufungsgericht — bisher ungeprüften und daher revisionsrechtlich als zutreffend zu unterstellenden — Vortrag b e r e i t s z u L e b z e i t e n des Erblasser habe verfügen können, und bei „unvorhergesehenen Ereignissen", „um nicht mittellos dazustehen", zu eigenen Gunsten auch habe verfügen dürfen. Galt die — zunächst formnichtige — Versprechensschenkung aber auch schon zu Lebzeiten (dafür sprechen nach dem ungeprüften Beklagtenvortrag auch die weiteren Äußerungen des Erblassers im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der Vollmacht), dann läge die Annahme einer Überlebensbedingung (für den nicht schon abgehobenen Rest) durchaus fern. Das gilt umsomehr, als die Vollmacht nicht übertragbar war und mit dem Ableben der Beklagten ohnehin gegenstandslos geworden wäre, so daß eine Einschränkung der Versprechensschenkung durch Beifügung einer Überlebensbedingung nach der Interessenlage nicht ohne weiteres geboten erscheinen konnte. Zumindest hätte es hierzu einer näheren Erörterung durch das Berufungsgericht bedurft.

2. . . .

3. Ein weiterer Rechtsfehler liegt darin, daß das Berufungsgericht den Rechtsgedanken des § 2084 BGB nicht entsprechend angewendet hat, wie dies beispielsweise in dem Senatsurteil vom 11.1.1984 (IV a ZR 30/82 — FamRZ 1985, 693) geschehen ist. Dort ging es zwar in erster Linie um die Frage, ob eine Erklärung des Erblassers als Rechtsgeschäft unter Lebenden oder als eine Verfügung von Todes wegen anzusehen war. Der Rechtsgedanke des § 2084 BGB ist aber auch hier — im Rahmen einer Auslegung gemäß § 133 BGB — nutzbar zu machen. Das rechtfertigt sich daraus, daß § 2301 Abs. 1 BGB das Schenkungsversprechen von Todes wegen dem Recht der Verfügung von Todes wegen unterstellt. Wenn das Bankguthaben in der Schweiz wirklich zur Versorgung der Beklagten bestimmt gewesen sein sollte, dann war daher im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen, bei der der Wille des Erblassers Erfolg haben konnte. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß den Vorstellungen der Beteiligten über die rechtliche Einkleidung ihres Handels bei Laien in der Regel nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Deshalb sollte die Verwirklichung ihres Willens an Zweifeln über die rechtliche Einordnung des Geschäfts nach Möglichkeit nicht scheitern (vgl. Senatsurteil vom 16.4.1986 — IV a ZR 198/84 — WM 1986, 786 = FamRZ 1986, 982 [= MittBayNot 1986, 197]).

Unter diesen Umständen muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

IV. Mit dieser Entscheidung sind die allgemeinen Hinweise, die der Senat in seinem Urteil vom 12. November 1986 (BGHZ 99, 97, 100, 101) unter Nr. 4 für die Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von der Schenkung unter Lebenden gegeben hat, in keiner Weise abgeschwächt. Der seinerzeit ausgesprochene Gedanke, der Tatrichter dürfe die Anwendung der Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen nicht zu weit zurückdrängen, behält seine volle Bedeutung. *Leipold* hat diesen Gedanken (aaO) aufgegriffen und sucht seine Verwirklichung noch zu fördern. Dabei rückt er in den Vordergrund, das Versprechen einer unentgeltlichen Leistung für die Zeit nach dem Tode des Versprechenden könne i n d e r R e g e l im Sinne einer Überlebensbedingung auszulegen sein. Auch der Senat hat eine derartige Regel erwogen, aber nicht für angezeigt gehalten. Maßgebend bleibt vielmehr der auch sonst im Vordergrund stehende individuelle Wille (§ 133, ggf. auch § 140 BGB) der Beteiligten. Eine Notwendigkeit, die Auslegung in dem erörterten Bereich durch eine inhaltlich ausgestaltete richterrechtliche Auslegungsregel in die eine oder andere Richtung zu drängen, besteht nach Auffassung des Senats nicht.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

15. HGB § 50 Abs. 3, §§ 53, 13, 13 a *(Eintragung einer auf den Betrieb einer Zweigniederlassung beschränkten Prokura)*

Die auf den Betrieb einer oder mehrerer Zweigniederlassungen beschränkte Prokura ist im Handelsregister der Zweigniederlassung ohne einen Zusatz einzutragen, der diese Beschänkung ausdrücklich vermerkt.

BGH, Beschluß vom 21.3.1988 — II ZB 69/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beschwerdeführerin — eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Köln — meldete beim dortigen Registergericht die Errichtung einer Zweigniederlassung in Stuttgart und die Erteilung von Prokura an mehrere Prokuristen — beschränkt auf den Betrieb dieser Zweigniederlassung — an. Nach Weitergabe der Anmeldung an das Registergericht in Stuttgart wurde mit Verfügung vom 25. Februar 1987 die Zweigniederlassung im dortigen Handelsregister ebenso eingetragen wie die Prokuren, allerdings ohne den Zusatz „unter Beschränkung auf die Zweigniederlassung Stuttgart". Die von der Antragstellerin verfahrensbevollmächtigte Notarin bat das Registergericht u. a., die Eintragung insoweit zu ergänzen, was das Registergericht ablehnte. Hiergegen wandte sich die Notarin mit der Erinnerung, der der Rechtspfleger und der Registerrichter nicht abhalfen.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Verfügung des Amtsgerichts vom 9. April 1987 im benannten Punkt zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der durch die verfahrensbevollmächtigte Notarin eingelegten weiteren Beschwerde, die das Oberlandesgericht Stuttgart zurückweisen möchte. Es sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 11. Juni 1986 (MittBayNot 1987, 50) und des Oberlandesgerichts Köln vom 4. November 1976 (Rpfleger 1977, 174) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Vorlage gemäß § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in dem genannten Beschluß den Standpunkt vertreten, die Grundsätze über die Nichtstatthaftigkeit einer Beschwerde gegen eine Eintragung im Handelsregister seien auch bei der begehrten Änderung des Eintrags anzuwenden; es hat deshalb die Beschwerde gegen die Nichteintragung einer Filialprokurabeschränkung als unzulässig verworfen. Das Oberlandesgericht Köln hat die Eintragung eines solchen Vermerks in das Register der Zweigniederlassung bejaht. Von diesen Entscheidungen müßte das vorlegende Gericht abweichen, weil es die Beschwerde gegen die Ablehnung des beantragten Beschränkungsvermerks für statthaft und sachlich ungerechtfertigt hält.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

1. Zutreffend hat das vorlegende Oberlandesgericht die von Amts wegen zu prüfende Zulässigkeit der Erstbeschwerde (BayObLGZ 1983, 230, 231) bejaht.

Die Eintragung in das Handelsregister ist zwar nicht rechtsmittelfähig (KGJ 33 A 315; 41 A 102; 48 A 137; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 189, 190 [= MittBayNot 1983, 80 = DNotZ 1983, 384]; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 7. Aufl. 1975 § 10 Rdnr. 23; *Scholz/Winter*, GmbHG 6. Aufl. § 10 Rdnr. 4; *Keidel-Kuntze-Winkler*, FGG 12. Aufl. § 19 Rdnr. 5; *Staub/Hüffer*, HGB 4. Aufl. § 8 Rdnr. 86; *Baums*, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981, S. 167). Maßgebend hierfür sind Publizitätsgründe (so insbesondere *Staub/Hüffer* und *Hachenburg/Ulmer*, jeweils a. a. O.), die der Rückgängigmachung der Handelsregistereintragung entgegenstehen. Solche Gründe bestehen jedoch im Falle des unterbliebenen Beschränkungsvermerks bei Eintragung einer Filialprokura nicht. Die Eintragung dieses zusätzlichen Vermerks stellt nur ausdrücklich klar, daß die Vertretungsbefugnis auf den Wirkungskreis der Zweigniederlassung beschränkt ist. Denn Aufgabe des Handelsregisters der Zweigniederlassung ist es, über die Verhältnisse der Zweigniederlassung erschöpfend Auskunft zu geben (Beschl. des OLG Köln v. 4. November 1976, a. a. O.; Beschl. des LG Mannheim vom 29. Mai 1963 bei *Heinsius*, BB 1963, 1036; *Groß*, Rpfleger 1977, 153, 155, 156; *Walchshöfer*, Rpfleger 1975, 381, 383; *Ziegler*, Rpfleger 1987, 375, 376); dazu zählt auch die bei einer Aktiengesellschaft mögliche Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Prokuristen (vgl. § 50 Abs. 3 HGB, § 42 Abs. 2 AktG), so daß auch die ohne den Beschränkungsvermerk im Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragene Prokura zumindest eine Filialprokura ist. Werden danach auch durch eine solche Eintragung die Vertretungsverhältnisse zutreffend verlautbart, ist sie sachlich weder unvollständig noch unrichtig. Sie weicht nur vom Wortlaut der Anmeldung ab; der Inhalt der Eintragung wird nicht dadurch verändert, daß sie durch den verlangten Zusatz ergänzt wird. Dabei geht es auch nicht um die Änderung einer Antragsfassung, sondern darum, daß die Anmeldung nicht so ausgeführt worden ist, wie es beantragt war. Die darin liegende teilweise Ablehnung der Anmeldung kann — abgesehen davon, daß dies vorliegend auch unter dem 9. April 1987 vom Registergericht durch die Feststellung, die Eintragung vom 25. Februar 1987 nicht in der verlangten Weise zu ergänzen, verfügt worden ist — hinsichtlich ihrer Beschwerdefähigkeit aber nicht anders beurteilt werden als der Fall, in dem der ursprünglich allge-

mein vertretungsberechtigte Prokurist auf eine Filialprokura eingeschränkt werden soll. Was in einem späteren Eintragungsverfahren beschwerdefähig ist, muß auch bei der ursprünglichen Eintragung als selbständiges Element der Beschwerde zugänglich sein (*Schmidt* in einer Anmerkung zum Beschl. des BayObLG v. 11. Juni 1986, a. a. O., 51, 52 f.). Im übrigen waren die Filialprokuren wirksam bestellt und als solche nicht mangelhaft eingetragen, so daß ein Fall des § 142 FGG nicht vorliegt.

2. Die Auffassung der Vorinstanzen, die Filialprokura sei ohne Beschränkungsvermerk in das Register der Zweigniederlassung einzutragen, ist auch sachlich gerechtfertigt.

Das Register der Zweigniederlassung ist nach der Konzeption des Gesetzes (vgl. §§ 42 Abs. 1 Satz 1, 43 Abs. 4 Satz 1 und 2 AktG, §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 13 a Abs. 4 Satz 1 und 2, 15 Abs. 4 HGB) ausschließlich dazu bestimmt, Auskunft über die Rechtsverhältnisse der betreffenden Zweigniederlassung, nicht aber auch des Hauptsitzes oder einer anderen Zweigniederlassung zu erteilen. Die Eintragung einer Prokura im Register einer Zweigniederlassung verlautbart deshalb, ohne daß es dazu eines besonderen Hinweises bedürfte, von vornherein nur das Bestehen der Prokura für diese Niederlassung. Allein auf diese Verlautbarung erstreckt sich auch der Schutz eines gutgläubigen Dritten nach § 15 Abs. 1 HGB. Dagegen gibt der Vermerk schon seiner Bestimmung nach keine Auskunft darüber, ob die Prokura zugleich für andere Niederlassungen oder den Hauptsitz gilt. Die Eintragung eines Zusatzes, der diese Beschränkung ausdrücklich erwähnt, würde also nur etwas aussprechen, was nach dem Gesetz ohnehin gilt. Sie hat schon deshalb als überflüssig zu unterbleiben. Die von einer weit verbreiteten Gegenansicht (vgl. Beschluß des OLG Köln vom 4. November 1976, a. a. O. — vgl. ferner *Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff*, AktG 1984, § 42 Rdnr. 34; *Schröder* in *Schlegelberger*, HGB 5. Aufl. § 53 Rdnr. 6; *Baumbach/Duden/Hopt*, 27. Aufl. § 50 Anm. 2 A; *Heymann-Kötter*, HGB 21. Aufl. § 50 Anm. 3; *Meeske/Hofmann*, Der Prokurist, 4. Aufl. 1980 S. 41; *Walchshöfer*, aaO S. 383 f.; *Ziegler*, a. a. O. m. w. N.) angeführte Zweckmäßigkeitserwägung, die Eintragung eines ausdrücklichen Beschränkungsvermerks könne Fehlvorstellungen eines uninformierten Publikums vorbeugen, das aus dem Fehlen eines solchen Zusatzes unter Umständen den falschen Schluß auf die Geltung der Prokura für den gesamten Geschäftsbereich des Unternehmens ziehe, vermag nicht zu überzeugen. Ihr steht das Bedenken entgegen, daß bei Prokuren, die auch für den Hauptsitz gelten, ein solcher Beschränkungsvermerk zu unterbleiben hätte. Die Gegenansicht würde mithin dazu führen, daß die Eintragung einer Prokura im Register einer Zweigniederlassung verschieden zu lauten hätte, je nachdem, ob die Prokura nur für die Zweigniederlassung oder auch für die Hauptniederlassung gilt. Durch diese unterschiedliche Eintragung je nach Geltungsbereich der Prokura würde das Register der Zweigniederlassung mittelbar zu einer Verlautbarung benutzt, zu der es nicht bestimmt ist, die vielmehr allein dem Handelsregister am Sitz der Hauptniederlassung vorbehalten ist. Eine solche indirekte Verlautbarung von Rechtsverhältnissen des Hauptsitzes in dem Register einer Zweigniederlassung widerspricht nicht nur der Systematik des Gesetzes. Sie müßte zugleich den Eindruck hervorrufen, das Register der Zweigniederlassung könne auch Auskunft über den Stand des Registers der Hauptniederlassung geben. Diesen unrichtigen und irreführenden Eindruck gilt es um so mehr zu vermeiden, als das Vertrauen in das Bestehen und die filialüberschreitende Geltung einer nicht mit einem ausdrücklichen Beschränkungsvermerk versehenen Prokura angesichts der begrenzten Verlautbarungsfunktion des Registers der Zweigniederlassung nicht nach § 15 Abs. 1 HGB geschützt wäre (vgl. § 15 Abs. 4 HGB). Die bezeichnete Gefahr unberechtigter Gegenschlüsse, die sich bei Eintragung von Prokuren mit unterschiedlichem Geltungsbereich in das Handelsregister einer Zweigniederlassung förmlich aufdrängen müßten, überwiegt eindeutig den Gewinn an Unmißverständlichkeit, der durch die ausdrückliche Eintragung des Beschränkungsvermerks erzielt werden könnte. Hinzu kommt, wie das vorlegende Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, daß das Register der Zweigniederlassung unrichtig werden kann, wenn es auch die Rechtsverhältnisse anderer Niederlassungen verlautbart und Änderungen, die diese andere Niederlassung betreffen, nur dort und nicht bei der fraglichen Zweigniederlassung eingetragen werden. Obwohl sich eine solche Unrichtigkeit des Registers der Zweigniederlassung nur bei filialübergreifenden Geschäften auswirken kann, spricht auch diese Gefahr für die Verläßlichkeit des Handelsregisters gegen eine Eintragung des nach der gesetzlichen Systematik überflüssigen Beschränkungszusatzes im Register der Zweigniederlassung (wie hier LG Mannheim aaO; *Groß*, aaO S. 156; *Keidel/Schmatz-Stöber*, RegR 4. Aufl. Rdnr. 47 a).

---

16. GmbHG §§ 46, 47 *(Unzulässigkeit einer vierwöchigen Anfechtungsfrist für Gesellschafterbeschlüsse in der Satzung einer GmbH)*

a) Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluß mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich; formelle oder materielle Mängel, die seine Anfechtbarkeit begründen, können nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden (Ergänzung zu BGHZ 97, 28).

b) Eine Satzungsbestimmung, die für die Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses in einer GmbH eine Frist von weniger als einem Moant vorsieht, ist unwirksam.

BGH, Urteil vom 21.3.1988 — II ZR 308/87 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Einziehung seiner Geschäftsanteile an der beklagten GmbH.

Die Beklagte stellt Tonträger her, die sie durch Dritte vertreiben läßt. Ihr Repertoire besteht vornehmlich aus Aufnahmen des Musikers H. Gesellschafter und zugleich Geschäftsführer der Beklagten waren der Kläger mit zwei Geschäftsanteilen zu je 10.000 DM und 7.000 DM sowie R. Z. mit zwei Geschäftsanteilen von 10.000 DM und 24.000 DM, die er zur Hälfte treuhänderisch für H. hielt. § 10 Nr. 2 d der Satzung der Beklagten sieht die Möglichkeit der Einziehung von Geschäftsanteilen durch Beschluß der Gesellschafterversammlung auch ohne Zustimmung des betreffenden Gesellschafters vor, wenn ein den Ausschluß des betroffenen Gesellschafters rechtfertigender wichtiger Grund vorliegt. Nach § 8 Nr. 3 der Satzung werden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der vertretenen Stimmen gefaßt, wobei jeweils 1.000 DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren. Nach § 8 Nr. 4 ist über Gesellschafterbeschlüsse eine vom Versammlungsleiter zu unterzeichnende Niederschrift aufzunehmen, die jedem Gesellschafter in Ausfertigung zuzustellen ist. Gemäß Nr. 5 der bezeichneten Bestimmung können Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nur binnen einer Frist von vier Wochen ab Beschlußfassung durch Klage angefochten werden.

Im Sommer 1986 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Z. und H. sowie dem Kläger wegen dessen anderweitiger Geschäftstätigkeit in der von ihm betriebenen F. GmbH und der WAM-Gesellschaft mbH. In einer von Z. auf den 15. Dezember 1986 einberufenen Gesellschafterversammlung, der der Kläger fernblieb, wurde mit den Stimmen Z. und H., der sich durch Rechtsanwalt B. vertreten ließ, die Einziehung der Geschäftsanteile des Klägers gemäß § 10 Nr. 2 d der Satzung wegen der angeblichen Konkurrenztätigkeit des Klägers beschlossen. Das Abstimmungsergebnis wurde von dem als Versammlungsleiter amtierenden Z. in einer von ihm unterzeichneten Niederschrift festgestellt. Der Einziehungsbeschluß wurde dem Kläger am 18. Dezember 1986 per Einschreiben/Rückschein mitgeteilt. Ein seinem Prozeßbevollmächtigten am 6. Januar 1987 telefonisch übermitteltes Abfindungsangebot über 30.000 DM lehnte er ab; der Wert seines Anteils sei wesentlich höher.

Der Kläger, der eine unerlaubte Konkurrenztätigkeit in Abrede stellt, ist der Ansicht, der Einziehungsbeschluß sei nichtig oder unwirksam, weil weder ein wichtiger Grund vorgelegen noch der Beschlußantrag die erforderliche Mehrheit erhalten habe. Mit der gegen den Einziehungsbeschluß gerichteten, am 19. Januar 1987, einem Montag, bei Gericht eingegangenen Klage hat er beantragt, die Einziehung seines Geschäftsanteils für nichtig zu erklären, hilfsweise festzustellen, daß er durch den Einziehungsbeschluß vom 15. Dezember 1986 nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden sei. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann die Unrichtigkeit einer Beschlußfeststellung auch im Recht der GmbH nur in Verbindung mit der Erhebung einer Anfechtungsklage geltend gemacht werden, wenn — wie im vorliegenden Fall — die Satzung der Gesellschaft die förmliche Feststellung des Abstimmungsergebnisses durch den Versammlungsleiter vorschreibe und dieser entsprechend gehandelt habe. Danach müsse die Klage ohne Erfolg bleiben. Der gegen den Kläger gerichtete Einziehungsantrag sei mit allen in der Gesellschafterversammlung abgegebenen Stimmen gefaßt worden, weil die irrtümliche Annahme des Gesellschafters Z., sein Treugeber H. sei für die treuhänderisch für ihn gehaltene Beteiligung abstimmungsberechtigt, unbeachtlich sei, so daß Z.'s Stimmabgabe mit allen Stimmen dieses Gesellschafters zu zählen sei. Mit der Geltendmachung von Anfechtungsgründen sei der Kläger ausgeschlossen, weil er die in § 8 Nr. 5 der Satzung festgelegte vierwöchige Anfechtungsfrist habe verstreichen lassen. Das Vorliegen eines die Einziehung rechtfertigenden wichtigen Grundes sei deshalb nicht zu prüfen. Dies hält rechtlicher Prüfung nur teilweise stand.

1. Nach der ursprünglichen Rechtsprechung des Senats ist (vom Fall der Nichtigkeit abgesehen) ein Beschluß durch Anfechtungsklage zu beseitigen, wenn der Beschlußinhalt, wie namentlich im Aktienrecht (§ 130 AktG) oder bei Satzungsänderungen in der GmbH (§ 63 Abs. 2 GmbHG), beurkundet werden muß und vom Vorsitzenden festgestellt worden ist. Ist dagegen, wie bei gewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen in der GmbH, eine Protokollierung ebenso entbehrlich wie die Leitung der Versammlung durch einen Vorsitzenden, so komme es, auch wenn ein Versammlungsleiter einen bestimmten Beschluß verkündet habe, auf das rechtlich zutreffende Ergebnis an. In diesem Fall sei die Anfechtungsklage nicht gegeben, das richtige Ergebnis vielmehr allein durch Feststellungsklage zu klären (BGHZ 14, 25, 36; 51, 209, 211 ff.). Der Senat ist von dieser Rechtsprechung, die in der Literatur ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen war (vgl. *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG 6. Aufl. § 47 Rdnr. 151 und § 48 Rdnr. 53; *Schilling/Zutt* in *Hachenburg*, GmbHG 7. Aufl. Anh. § 47 Rdnr. 37; *Schilling* ebenda § 48 Rdnr. 15, 16; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 14. Aufl. Anh. zu § 47 Rdnr. 64), jedoch in der Folge bereits insoweit abgerückt, als er inzwischen davon ausgeht, auch die formal einwandfrei zustande gekommene Ablehnung eines Beschlußantrages mit Mehrheit oder infolge Stimmengleichheit sei ein Beschluß, der aus sachlichen Gründen nichtig oder anfechtbar sein könne, weil nur so für den antragstellenden Gesellschafter ein in allen Fällen ausreichender Rechtsschutz gewährleistet sei (BGHZ 88, 320, 328 [= DNotZ 1985, 89]; 97, 28, 30). Darüber hinaus muß aber auch ein positiver Beschluß (also die Annahme eines Antrags) ungeachtet möglicher formeller oder materieller Mängel, wenn ein bestimmtes Beschlußergebnis vom Versammlungsleiter festgestellt worden ist, mit diesem Beschlußergebnis als vorläufig verbindlich gelten, so daß er nur durch Anfechtungsklage beseitigt werden kann.

Nach ganz herrschender Meinung ist die unrichtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses, insbesondere auch wegen Mitzählens der Stimmen in Wahrheit nicht stimmberechtigter Personen, kein Nichtigkeits-, sondern lediglich ein Anfechtungsgrund (vgl. *Schilling/Zutt* aaO Anh. § 47 Rdnr. 89; *Zöllner* aaO Anh. § 47 Rdnr. 62, 63; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 12. Aufl. Anh. § 47 Rdnr. 35; *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 48 Anm. 3.3; *Scholz/K. Schmidt* aaO § 48 Rdnr. 53). Auf die vom Berufungsgericht zu Ungunsten des Klägers entschiedene Frage, ob der Beschluß trotz des Irrtums des Gesellschafters Z. über die Tragweite seiner Stimmabgabe im Hinblick auf die Mitwirkung eines Bevollmächtigten seines Treugebers mit der erforderlichen Stimmenmehrheit zustande gekommen ist, und die dagegen erhobenen Rügen der Revision ist deshalb nur dann einzugehen, wenn entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Frist zur Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses bei Klageerhebung noch nicht verstrichen war. Die Ansicht des Berufungsgerichts beruht auf der Annahme, die in § 8 Nr. 5 der Satzung vorgeschriebene vierwöchige Anfechtungsfrist sei wirksam, weil diese Frist das Anfechtungsrecht in seinem Kern unberührt lasse; der Unterschied von drei Tagen zu der unstreitig zulässigen Vereinbarung der Einmonatsfrist aus § 246 Abs. 1 AktG sei unerheblich. Dem kann nicht gefolgt werden.

Die erst nachträglich durch die Novelle von 1884 in das deutsche Aktienrecht eingefügte Regelung des § 246 Abs. 1 AktG, die dem Aktionär das Recht zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen nur innerhalb einer zeitlichen Beschränkung beläßt, wie sie in der sonstigen Rechtsordnung vor allem bei der Anfechtung staatlicher Hoheitsakte und Gerichtsurteile anzutreffen ist, ist eine besonders strenge Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften jederzeit geltend gemacht werden kann. Sie läßt dem Aktionär wenig Überlegungszeit für seine Entscheidung zur Klageerhebung, bei der es vielfach um die Beurteilung höchst komplexer und schwieriger Fragen geht, und versagt ihm den Rechtsschutz selbst für erst nach Fristablauf entdeckte Mängel. Sie muß daher als bewußte Bevorzugung der Interessen der Gesellschaft vor denjenigen des Gesellschafters gelten (ähnlich *Zöllner* aaO Anh. § 47 Rdnr. 4). Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist bei der Aktiengesellschaft wegen der Breitenwirkung von Hauptversammlungsbeschlüssen und des besonderen Angewiesenseins der Aktiengesellschaft auf Rechtssicherheit tragbar. Die Möglichkeit erst nach längerer Zeit anhängig werdender Anfechtungsklagen könnte ihre Investitionsentscheidungen, ihre Stellung am Kapitalmarkt und die Bewertung ihrer Aktien erheblich beeinträchtigen. Dagegen fordert der Gedanke der Rechtssicherheit bei der

GmbH nicht in gleichem Maße eine enge zeitliche Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit. Die GmbH ist ihrer Struktur nach in aller Regel auf einen kleineren, leicht überschaubaren Kreis von Gesellschaftern beschränkt, die sich kennen und durch persönliche Beziehungen untereinander verbunden sind. Die Breitenwirkung von Gesellschafterbeschlüssen ist deshalb bei ihnen regelmäßig geringer und das Gewicht individueller Interessen entsprechend größer als bei der Aktiengesellschaft. Zudem werden die Auswirkungen einer Anfechtungsklage auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander häufig sehr erheblich sein und die Vertrauensgrundlage zwischen den Gesellschaftern, die für die Aktiengesellschaft typischerweise keine Rolle spielt, auf der die GmbH aber in der Regel beruht, nachhaltig in Mitleidenschaft ziehen. Aus diesem Grunde wird der Gesellschafter nicht selten bestrebt sein, eine Anfechtungsklage nicht eher zu erheben, als nicht ihre Aussichten und voraussichtlichen Folgen umfassend geklärt und alle Möglichkeiten zu außergerichtlicher Verständigung mit seinen Mitgesellschaftern erschöpft sind (vgl. zur unterschiedlichen Interessenlage in der Aktiengesellschaft und der GmbH bereits ausführlich BGHZ 11, 243, 244 — im Zusammenhang mit einer Nichtigkeitsklage — sowie *Zöllner* aaO Anh. § 47 Rdnr. 1 und 4; *Immenga*, GmbHRdsch. 1973, 5 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht S. 153 und 466 f.). Nicht selten wird die Interessenlage sowohl der Gesellschaft als auch der Gesellschafter bei der GmbH mehr derjenigen in einer handelsrechtlichen Personengesellschaft ähneln als derjenigen in der typischerweise durch Anonymität gekennzeichneten Aktiengesellschaft. Diese Verschiedenheiten beider Gesellschaftsformen haben dazu geführt, daß die herrschende Meinung im rechtlichen Schrifttum inzwischen einer Lösung den Vorzug gibt, die den Gesellschafter der GmbH nicht an eine starre Frist bindet, sondern ihm das Recht zubilligt, die Anfechtungsklage innerhalb einer nach den konkreten Umständen des jeweiligen Falles angemessenen Zeitspanne zu erheben, wobei die Frist des § 246 Abs. 1 AktG nach oben hin lediglich als Leitbild für die dem Gesellschafter zumutbare Beschleunigung angesehen wird, und weitgehend Einigkeit besteht, daß die dem Aktionär zugebilligte Zeitspanne von einem Monat nach unten hin das absolute Minimum dessen ist, was auch dem Gesellschafter der GmbH zur Verfügung stehen muß, so daß eine kürzere Frist keinesfalls mehr als angemessen gelten könnte (vgl. *Schilling/Zutt* aaO Anh. § 47 Rdnr. 140, 141; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG § 47 Rdnr. 112; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* aaO Anh. § 47 Rdnr. 45; *Roth* aaO § 47 Anm. 6.5.1. unter „Anfechtungsfrist"; *Zöllner* aaO Anh. § 47 Rdnr. 79; OLG Stuttgart NJW 1973, 2028). Aus ähnlichen Erwägungen hat der Senat die Frage der analogen Anwendbarkeit des § 246 Abs. 1 AktG auf die GmbH bisher offengelassen (so ausdrücklich BGHZ 80, 212, 217 [= DNotZ 1982, 171] und zuletzt Urt. v. 1. Juni 1987 — II ZR 128/86, BGHR GmbHG § 47 Abs. 1 „Anfechtungsfrist 1" = WM 1987, 1071, 1072). Sie bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Es genügt vielmehr festzustellen, daß die typischen Unterschiede beider Gesellschaftsformen jedenfalls eher in die Richtung weisen, dem Interesse des Gesellschafters einer GmbH an einer ausreichend bemessenen Überlegungs- und Verhandlungsfrist mehr Raum zu geben als demjenigen des Aktionärs. Die sich aus der oben beschriebenen Interessenlage aufdrängende Interessenbewertung würde in ihr Gegenteil verkehrt, wollte man es für zulässig ansehen, daß der GmbH-Gesellschafter strenger behandelt würde als der Aktionär und an eine Frist gebunden werden könnte, die noch unter derjenigen liegt, die das Gesetz dem Aktionär für die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen zubilligt. Es ist deshalb der herrschenden Meinung zuzustimmen, wenn sie Anfechtungsfristen von weniger als einem Monat für schlechterdings unangemessen erachtet. Für Regelungen in der Satzung kann in diesem Punkte nichts anderes gelten. Eine unangemessen kurze Frist wird nicht dadurch zu einer angemessenen, daß sie bereits in der Satzung der Gesellschaft vorgesehen ist. Eine Satzungsbestimmung, die eine solche Frist vorsieht, ist unwirksam, weil sie das Recht des Gesellschafters zur Geltendmachung der Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen, das zu den unverzichtbaren, absolut unentziehbaren Gesellschafterrechten gehört und deshalb nicht im voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden kann (herrschende Meinung, vgl. *Schilling/Zutt* aaO Anh. § 47 Rdnr. 106; *Rowedder/Koppensteiner* aaO § 47 Rdnr. 97; *Roth* aaO § 47 Anm. 6.6), in unzulässiger Weise verkürzen würde. Eine Regelung der Anfechtungsfrist in der Satzung dient zwar der Rechtssicherheit und müßte aus diesem Grunde selbst dann als zulässig gelten, wenn man mit der herrschenden Meinung eine entsprechende Anwendung des § 246 Abs. 1 AktG ablehnt und stattdessen allgemein die Geltung einer flexiblen, den Umständen nach angemessenen Frist für richtig hält. Der dabei denkbare Verlust an einzelfallorientierter Angemessenheit wird durch den Gewinn an Rechtssicherheit aufgehoben, der auch für den Gesellschafter mit einer typisierenden Regelung im Hinblick auf eine sichere Vorausberechenbarkeit der zur Verfügung stehenden Frist verbunden ist, so daß es insgesamt nicht berechtigt wäre, von einer Einschränkung des Anfechtungsrechts zu sprechen. Dies kann jedoch nicht für die Festsetzung einer bei wertender Betrachtung unter allen Umständen als unangemessen anzusehenden Frist gelten. Eine solche Fristbestimmung ist als unzulässiger Eingriff in ein nicht einschränkbares unverzichtbares Gesellschafterrecht von der Satzungsautonomie nicht mehr gedeckt (wie hier ausdrücklich *Schilling/Zutt* aaO Anh. § 47 Rdnr. 108; *Rowedder/Koppensteiner* aaO Rdnr. 97; *Zöllner* aaO Anh. § 47 Rdnr. 17). § 8 Nr. 5 der Satzung der Beklagten ist deshalb unwirksam. Es gilt stattdessen eine angemessene Frist. Da diese Frist in jedem Falle eingehalten ist, ist die Klage rechtzeitig erhoben.

3. Allerdings kann die Revision gleichwohl im Ergebnis keinen Erfolg haben, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts wendet, der Antrag auf Einziehung der Geschäftsanteile des Klägers habe die nach der Satzung erforderliche Stimmenmehrheit erhalten. *(Wird ausgeführt).*

4. Das Berufungsurteil muß jedoch aufgehoben werden, weil das Berufungsgericht aufgrund seiner rechtsfehlerhaften Annahme, der Kläger könne wegen Fristversäumnis keine Anfechtungsgründe mehr geltend machen, das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers nicht untersucht hat. Damit das Berufungsgericht sich mit dieser Frage auseinandersetzen und die für die Nachholung der bisher fehlenden Prüfung nötigen Feststellungen treffen kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

---

17. HGB § 18 Abs. 2, §§ 29, 37 Abs. 1; FGG § 140 *(Anmeldung einer firmenrechtlich unzulässigen Firma zum Handelsregister)*

Wird eine firmenrechtlich unzulässige Firma zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so ist grundsätzlich die Aussetzung des Anmeldeverfahrens bis zur Erledigung des Firmenmißbrauchsverfahrens geboten.

BayObLG, Beschluß vom 28.4.1988 — BReg. 3 Z 10/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter,* Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte meldete die Firma Spielgalerie A. zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Industrie- und Handelskammer (nachfolgend: IHK) führte aus, es sei ein vollkaufmännisches Unternehmen nach § 1 HGB gegeben, der Firmenzusatz „-galerie" sei aber bedenklich. Dieser Begriff bringe zum Ausdruck, daß die Tätigkeit des Unternehmens überwiegend von Ausstellungen geprägt sei. Ein Handelsunternehmen könne sich üblicherweise nicht als „Galerie" bezeichnen.

2. Mit Zwischenverfügung vom 14.8.1987 beanstandete das Registergericht (Rechtspfleger) diese Anmeldung unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der IHK. Hiergegen wandte sich der verfahrensbevollmächtigte Notar mit der Erinnerung. Rechtspfleger und Registerrichter halfen der Erinnerung nicht ab.

Das Landgericht wies die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung als unbegründet zurück.

3. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich die vom Notar namens der Anmelderin eingelegte weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. Die weitere, an keine Frist gebundene Beschwerde der Anmelderin ist statthaft und in rechter Form eingelegt (§§ 27, 29 FGG). Der Notar ist postulationsfähig, weil er in dieser Sache in erster Instanz durch Einlegung der Erinnerung (§ 11 Abs. 1 RPflG) einen Antrag gestellt hat.

2. Das zulässige Rechtsmittel hat im Ergebnis keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht die Auffassung des Amtsgerichts bestätigt, daß derzeit ein Hindernis besteht, die angemeldete Firma in das Handelsregister einzutragen, weil sie wegen des Wortes „-galerie" zur Täuschung geeignet sein kann (§ 18 Abs. 2 HGB). Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist das Registergericht nicht berechtigt, eine firmenrechtlich unzulässige Firma einzutragen. Die Anmeldung einer solchen Firma gibt regelmäßig Veranlassung, ein Firmenmißbrauchsverfahren durchzuführen und bis zu dessen Abschluß das Anmeldeverfahren auszusetzen.

a) Jeder Vollkaufmann kraft Grundhandelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB) ist verpflichtet, sich unter seiner Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 29 HGB; vgl. *Staub/Hüffer* HGB Großkomm. 4. Aufl. § 29 Rdnrn. 2, 4). Wird eine solche formell nicht zu beanstandende Anmeldung vorgenommen, so hat das Registergericht in materieller Hinsicht zu prüfen, ob der Anmelder firmenfähig ist und ob die Firmenbildung den §§ 17 ff., 30 HGB entspricht (*Staub/Hüffer* aaO Rdnrn. 4, 8). Das Registergericht muß die Eintragung einer Anmeldung dann ablehnen, wenn gegen die Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der angemeldeten Tatsachen oder Rechtsverhältnisse oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung begründete Bedenken bestehen (BGH NJW 1977, 1879/1880 [= MittBayNot 1977, 193 = DNotZ 1977, 675]). Ist eine angemeldete Firma unter Verstoß gegen Grundsätze des Firmenbildungsrechts gebildet worden, so kann sie nicht eingetragen werden (KG OLGZ 1965, 124/131).

b) Der Auffassung der Rechtsbeschwerde, aus § 29 HGB ergebe sich, daß die Firma bei einer im übrigen ordnungsgemäßen Anmeldung auch dann eingetragen werden müsse, wenn sie gegen § 18 Abs. 2 HGB verstoße, kann nicht gefolgt werden. Nur in besonderen, hier nicht vergleichbaren Fällen kann das Registergericht verpflichtet sein, Tatsachen oder Rechtsverhältnisse einzutragen, obwohl diese dazu führen, daß eine bereits eingetragene Firma nunmehr gegen § 18 Abs. 2 HGB verstößt. Scheidet z. B. aus einer GmbH & Co. KG die Komplementär-GmbH aus und übernimmt deren Gesellschafterstellung eine natürliche Person, so darf die Anmeldung des Gesellschafterwechsels nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, die Weiterführung des Firmenbestandteils „GmbH" sei nach § 18 Abs. 2 HGB zur Täuschung geeignet (BGH NJW 1977, 1879 und 1985, 736 [= MittBayNot 1985, 39 = DNotZ 1986, 38]; BayObLGZ 1988 Nr. 9 [= MittBayNot 1988, 135]; *Staub/Hüffer* § 14 HGB Rdnr. 11). Die rechtliche Wirksamkeit des Gesellschafterwechsels ist nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Gesellschaftsfirma unzulässig wird. Eine mögliche Unzulässigkeit der Firma ist bereits vor der Anmeldung des Gesellschafterwechsels durch das Ausscheiden der Komplementär-GmbH eingetreten. Die Ablehnung der Eintragung dieser anmeldepflichtigen Verhältnisse kann in einem solchen Fall an einer Unzulässigkeit der Firmenführung nichts ändern. Es kommt hinzu, daß das Registergericht durch die Ablehnung der Eintragung des Gesellschafterwechsels dazu beiträgt, daß die von § 15 HGB vorausgesetzte, an sich unerwünschte Unrichtigkeit des Handelsregisters weiter besteht (BGH und BayObLG aaO.)

Hier ist eine andere Fallgestaltung gegeben. Trifft die Auffassung der Vorinstanzen zu, daß die Firma wegen des Bestandteils „-galerie" nach § 18 Abs. 2 HGB zur Täuschung geeignet und deshalb unzulässig ist, so hindert allerdings die Ablehnung der Eintragung die unzulässige Firmenführung im Sinne des § 37 Abs. 1 HGB nicht, die bereits darin zu sehen ist, daß die Firma zur Eintragung beim Registergericht angemeldet worden ist (*Staub/Hüffer* § 37 HGB Rdnr. 12). Wird aber die Firma eingetragen, obwohl sie gegen § 18 Abs. 2 HGB verstößt, so wird hierdurch und durch die Veröffentlichung nach § 10 HGB kundgemacht, daß gegen eine neu gebildete und zur Eintragung angemeldete Firma Bedenken des Registergerichts nicht bestehen.

c) Die Vorinstanzen sind mit der IHK der Auffassung, daß die angemeldete Firma zur Täuschung geeignet sei, weil in ihr das Wort „-galerie" enthalten sei (§ 18 Abs. 2 HGB). Trifft dies zu, so verwirklicht die Inhaberin des Handelsunternehmens den Tatbestand des unzulässigen Firmengebrauchs nach § 37 Abs. 1 HGB. Diese Vorschrift setzt nicht voraus, daß die Firma im Handelsregister eingetragen ist (RG JW 1933, 2897); als Firmengebrauch ist bereits das Anmelden dieser Firma zum Handelsregister anzusehen, wie bereits ausgeführt worden ist. Ergibt sich im Firmenanmeldeverfahren, daß die Möglichkeit eines unzulässigen Firmengebrauchs gegeben ist, so ist über die Zulässigkeit der Firmenführung nicht im Anmeldeverfahren, sondern regelmäßig im Firmenmißbrauchsverfahren (§ 37 Abs. 1 HGB, § 140 FGG) zu entscheiden. Dieses Verfahren ist im Regelfall einzuleiten und durchzuführen, um eine weitere unzulässige Firmenführung zu unterbinden, die auch ohne Eintragung im Handelsregister darin liegen kann, daß die Firma laufend im Geschäftsverkehr gebraucht wird. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über dieses Verfahren ist grundsätzlich die Aussetzung des Ameldeverfahrens angezeigt. Die Tatgerichte

haben hier eine dahingehende pflichtgemäße Prüfung (vgl. BayObLG Rpfleger 1983, 74) unterlassen; diese kann deshalb der Senat vornehmen. Er bejaht die Notwendigkeit der Aussetzung des Anmeldeverfahrens, da die Anmelderin die Zulässigkeit der angemeldeten Firma voraussichtlich auch im Firmenmißbrauchsverfahren bis zum Rechtsbeschwerdeverfahren geltend machen wird. Die Aussetzung kann hier allerdings nicht auf den speziell für Handelsregisterangelegenheiten geltenden § 127 FGG gestützt werden. Diese Vorschrift verlangt nämlich mehrere Beteiligte eines Verfahrens. Dieser Tatbestand ist hier aber nicht gegeben, da es nicht ausreicht, daß ein Anmelder eine von der IHK abweichende Auffassung vertritt (*Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 12. Aufl. § 127 Rdnr. 32). Das Registergericht kann jedoch sein Verfahren auch nach den allgemeinen Grundsätzen aussetzen, die für alle Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten (KG RJA 9, 90; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 127 Rdnr. 2). Es genügt, daß das streitige Rechtsverhältnis in einem anderen Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit geklärt werden kann (KG und *Jansen* aaO; *Keidel/Kuntze/Winkler* § 127 FGG Rdnr. 38). Diese Klärung ist im Verfahren nach § 37 Abs. 1 HGB, § 140 FGG möglich.

d) Eine Entscheidung über die Zulässigkeit der Firma im Eintragungsverfahren statt im Firmenmißbrauchsverfahren (vgl. BGHZ 46, 7 mit Anmerkung *Jansen* NJW 1966, 1813) kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Feststellung der Unzulässigkeit der Firma dann nur die Eintragung, nicht aber den weiteren Gebrauch der unzulässigen Firma hindern würde.

e) Das Landgericht hätte nach alledem die Zwischenverfügung des Amtsgerichts dahin abändern müssen, daß das Verfahren auf Eintragung der angemeldeten Firma bis zum rechtskräftigen Abschluß eines Firmenmißbrauchsverfahrens ausgesetzt wird. Der Senat hat diese Abänderung der Zwischenverfügung nachzuholen.

C.
Kostenrecht

18. BauGB §§ 45 ff.; KostO § 39 *(Bewertung einer privatrechtlichen Umlegung von Grundstücken)*

1. Bei einer von mehreren Eigentümern getroffenen privatrechtlichen Vereinbarung über die Umlegung von Grundstücken handelt es sich um einen Tauschvertrag (ähnlich einem Ringtausch) und nicht um einen Gesellschaftsvertrag.

2. Da wie bei einem Ringtausch ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt, ist der Wert für die Beurkundung gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem Wert des höchstwertigen Tauschgegenstandes anzusetzen.

BayObLG, Beschluß vom 5.5.1988 — BReg. 3 Z 31/88 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 8.7.1986 eine „Vereinbarung über die Bodenordnung", die Regelungen zur Durchführung einer freiwilligen Umlegung von Grundstücken auf dem Gebiet der Gemeinde P. durch die Beteiligten zu 1) bis 11) enthält. Zur Durchführung der Umlegung soll ein Umlegungsausschuß gebildet werden, der für eine möglichst zügige Durchführung einer Bodenordnung mit dem Ziel, den Beteiligten im Umlegungsgebiet bebaubares Land zuzuteilen, sorgen soll. Die Vertragspartner verpflichten sich, ihren im Umlegungsgebiet befindlichen Grundbesitz einzubringen und entsprechend den Zuteilungsanordnungen des Umlegungsausschusses Grundflächen oder Anteile an Grundflächen an andere Vertragspartner aufzulassen oder Auflassungen durch andere Vertragspartner anzunehmen, wobei Grundflächen oder Miteigentumsanteile wertgleich eingebracht werden sollen. Die Zuteilung soll im Verhältnis der eingebrachten wertgleichen Grundstücke zueinander unter Berücksichtigung der zulässigen baulichen Nutzung, der Lage und der Art der Bebauung vorgenommen werden. Für nicht durch Zuteilung ausgleichbare Flächeneinbringungen kann der Umlegungsausschuß Entschädigungszahlungen festsetzen. Die Flächen für Gemeinbedarf werden im Umlegungsverfahren ausgeschieden und der Gemeinde P. zugeteilt. Außerdem wurde eine Ausgleichsregelung unter verschiedenen Grundstückseigentümern vereinbart.

2. Für die Beurkundung vom 8.7.1986 forderte der Notar mit berichtigter Kostenberechnung vom 5.8.1987 Kosten in Höhe von insgesamt 89.427,30 DM. Diese gingen auf einen Geschäftswert von 61.793.640 DM zurück, der durch Addition der Werte der Einlageflächen, ausgehend von einem Quadratmeterpreis von 120 DM, erreicht wurde. Die den Beteiligten zu 1) bis 3) entsprechend den von ihnen eingebrachten Flächen anteilmäßig zustehende Gebührenbegünstigung nach § 144 Abs. 3 KostO war in Abzug gebracht.

Die Beteiligten zu 1) und 6) erhoben Beschwerde zum Landgericht; die Beteiligte zu 7) schloß sich der Beschwerde der Beteiligten zu 6) an.

3. Mit Beschluß vom 14.12.1987 änderte das Landgericht die Kostenberechnung vom 5.8.1987 dahin ab, daß der Gesamtbetrag auf 43.470,48 DM ermäßigt wird; die weitere Beschwerde ließ es zu.

Aus den Gründen:

Die landgerichtliche Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Gegenstand des vorliegenden Rechtsbeschwerdeverfahrens ist die Frage, ob der notarielle Vertrag vom 8.7.1986 richtig bewertet wurde, d. h., ob es sich bei ihm um die Beurkundung eines Austauschvertrages (Ringtausch) handelt, bei dessen Bewertung nach § 39 Abs. 2 KostO der Wert der größten eingebrachten Fläche zugrundezulegen ist, oder um die eines Gesellschaftsvertrages, dessen Wert sich gemäß § 39 Abs. 1 KostO nach dem zusammengerechneten Wert aller Leistungen bemißt (vgl. BayObLGZ 1982, 96/103 [= MittBayNot 1982, 85 = DNotZ 1982, 765]). Die Höhe der vom Landgericht auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung errechneten Notarkosten wurde vom Beschwerdeführer nicht beanstandet. Das Rechtsbeschwerdegericht ist insoweit an die Anträge der Beteiligten im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden (BayObLGZ 1987, 186/190 [= MittBayNot 1987, 270]; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 11. Aufl. § 156 Rdnrn. 58 ff. und 88; *Schneider* Die Notarkosten-Beschwerde S. 38, 40 und 122).

b) Das Landgericht hat den Vertrag vom 8.7.1986 zutreffend wie einen Ringtausch bewertet.

(1) Durch die „Vereinbraung über die Bodenordnung" soll auf freiwilliger Basis das erreicht werden, was ansonsten Zweck eines amtlichen Umlegungsverfahrens (§§ 45 ff. BBauG, jetzt BauGB) ist: die zur Erschließung oder Neugestaltung bestimmter Gebiete erforderliche Neuordnung von Grundstücken in der Weise, daß nach Lage, Form und Größe für die bauliche Nutzung zweckmäßig gestaltete Grundstücke entstehen.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die gesetzliche Umlegung ein rechtlich geregeltes Grundstückstauschverfahren (BT-Drucks. 3/336 S. 73; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* BauGB § 45 Rdnr. 3; *Brügelmann* BauGB vor § 45 Rdnr. 24; *Schrödter* BBauG 4. Aufl. § 45 Rdnr. 3; *Oestreicher* BBauG 7. Aufl. vor

§ 45 Anm. 2 a), bei dem ein Grundstück eingebracht und nach Umgestaltung des Umlegungsgebiets ein neues Grundstück zugeteilt wird. Das Umlegungsverfahren nach dem BauGB (wie auch nach dem BBauG) ist rechtlich allerdings so konstruiert, daß die Rechtsänderung nicht in der Person des Eigentümers, sondern im Gegenstand des Eigentumsrechts eintritt. Das Eigentum an dem alten Grundstück geht nicht unter und es wird dafür nicht neues Eigentum begründet; vielmehr wird dem Eigentumsrecht an einem Grundstück ein anderes Objekt unterschoben. Die Umlegung bedeutet ihrem Wesen nach also eine ununterbrochene Fortsetzung des Eigentums an einem verwandelten Grundstück (BGHZ 27, 15/24; 49, 317/318 f.; 51, 341/342; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* § 45 Rdnr. 7). Entsprechend diesem Sinn der Umlegung, das Eigentum an dem einbezogenen Grundstück nicht zu nehmen, sondern in veränderter Gestalt fortsetzen zu lassen, setzt die Rechtsprechung den Streitwert eines Verfahrens, in dem der Grundstückseigentümer die in einem Umlegungsbeschluß angeordnete Einbeziehung seines Grundstücks in das Umlegungsverfahren anficht, nur auf 20% des Wertes von Grund und Boden an (z. B. BGHZ 51, 341; vgl. auch BGH Rpfleger 1978, 95).

Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein amtliches Umlegungsverfahren. Die Rechtsänderung in der Umlegung tritt nicht in Form der Surrogation nach § 72 BauGB ein, sondern entsprechend § 5 Abs. 1 Satz 3 des Vertrages vom 8.7.1986 durch zivilrechtliche Verfügungen der Grundstückseigentümer. Deshalb kann die Rechtsprechung zur Höhe des Streitwerts eines amtlichen Umlegungsverfahrens selbst dann nicht übernommen werden, wenn — was hier nicht festgestellt ist — das amtliche Umlegungsverfahren durch eine den Festsetzungen eines Bebauungsplans entsprechende Vereinbarung ersetzt werden sollte (vgl. *Dieterich* Baulandumlegung Recht und Praxis Rdnr. 435). Es liegt hier ein Tauschvertrag vor, der ebenso wie ein Ringtausch zu beurteilen ist (vgl. *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* § 45 Rdnr. 8; *Schalhorn* JurBüro 1972, 859/860), bei dem jeder Beteiligte etwas gibt und — von einem Dritten — etwas erhält. An dieser rechtlichen Einordnung vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß die Flächen für Gemeinbedarf der Gemeinde P. im Umlegungsverfahren zum Teil ohne besondere Gegenleistung zugeteilt werden sollen, und mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Werte der zu tauschenden Grundstücke an diejenigen, die auf diese Weise mehr in die Tauschmasse einbringen, zum Ausgleich Leistungen in Geld erbracht werden (vgl. *Schalhorn* aaO).

(2) In der Vereinbarung über die Bodenordnung kann kein Gesellschaftsvertrag gesehen werden. Im Gegensatz zum Bauherrenmodell (vgl. BayObLGZ 1982, 96/101 f.), bei dem sich die Bauherren in einem Gesellschaftsvertrag verpflichten, das Bauwerk gemeinsam zu errichten, liegt hier kein Vertrag über die Vereinigung von Leistungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks (Gesamtleistung) vor. Die eigene Leistung wird vielmehr lediglich zu dem Zweck erbracht, die Gegenleistung der Vertragspartner in Form eines baulich besser nutzbaren Grundstücks zu erhalten. Es liegen somit, worauf das Landgericht zu Recht hinweist, lediglich gleichlaufende Einzelinteressen vor, die durch eine gemeinsame Maßnahme, die Durchführung des Umlegungsverfahrens, verwirklicht werden sollen. Die Vereinbarung vom 8.7.1986 ist deshalb als Austauschvertrag zu werten.

(3) Bei einem Ringtausch von Grundstücken handelt es sich wegen der Verknüpfung der Tauschleistungen nach § 328 BGB um ein einheitliches Rechtsverhältnis (*Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. Rdnr. 9, *Korintenberg* Rdnr. 15, je zu § 39; *Beushausen* DNotZ 1939, 312/318; *Ackermann* Rpfleger 1955, 218/221; *Schalhorn* aaO; a. A. *Schmidt* JurBüro 1962, 305). Für die hier zu beurteilende privatrechtlich vereinbarte Umlegung gilt nichts anderes. Der Wert für die Beurkundung ist deshalb gemäß § 39 Abs. 2 KostO nach dem Wert des Grundstücks eines Beteiligten anzusetzen, das den höchsten Wert hat, wobei die Werte nach den allgemeinen Vorschriften, bei Grundstücken nach § 19 KostO, zu bestimmen sind. Die vom Landgericht vorgenommene Wertberechnung ist insoweit nicht zu beanstanden.

Die weitere Beschwerde des beteiligten Notars erwies sich somit als unbegründet.

D.

Steuerrecht

19. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 6 und 7 *(Grunderwerbsteuer bei Ausübung eines in einem Kaufangebot enthaltenen Benennungsrechts)*

Hat im Rahmen eines Bauherrenmodells der Grundstückseigentümer den Abschluß eines Kaufvertrages mit den Personen angeboten, die von einem Steuerbevollmächtigten als Berechtigte benannt werden, unterliegt die Ausübung des Benennungsrechts als „Handel mit Grundstücksangeboten" der Grunderwerbsteuer, wenn der Benennungsberechtigte wirtschaftliche Interessen verfolgt, die über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages hinausgehen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 17.9.1987 — III 429/83 —

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Steuerbevollmächtigter. Als solcher war er u. a. im Rahmen verschiedener Bauherrenmodelle, die von der Firma P. GmbH (im folgenden: GmbH) konzipiert wurden, tätig. Zu diesen Modellen gehörte der Neubau von fünf Einfamilienstadthäusern durch die „Bauherrengemeinschaft M." auf dem Flurstück 46/8. Am 22. Dezember 1981 machten die Eigentümer dieses Grundstücks einem oder mehreren vom Kläger zu benennenden Dritten ein Angebot zum Erwerb dieses Grundstücks zu einem Kaufpreis von 350.000 DM. Das Angebot durfte vom Kläger selbst nicht angenommen werden.

Am 24. April 1982 nahmen fünf Personen, die sich durch Beitrittserklärungen zur „Bauherrengemeinschaft M." zusammengeschlossen hatten, das vorgenannte Angebot jeweils zu ideellen Anteilen an. Bei den Annahmeerklärungen wurden sämtliche Erwerber vom Kläger kraft der ihm mit den Beitrittserklärungen gleichzeitig erteilten Vollmachten vertreten. Mit diesen Vollmachten hatten die Erwerber dem Kläger gleichzeitig den Auftrag erteilt, deren steuerliche Interessen im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben wahrzunehmen.

Das beklagte Finanzamt (FA) wertete die Annahmen des Kaufangebots als Abtretung der Rechte aus diesem Kaufangebot durch den Kläger. Es setzte daher gegen den Kläger gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 7 GrEStG Grunderwerbsteuer fest. Bemessungsgrundlage für die Steuer war der auf 140 v. H. erhöhte Einheitswert des Grundstücks von 17.300 DM auf 24.220 DM. Der Einspruch blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet, weil die in den Annahmeerklärungen vom 24. April 1982 enthaltene Benennung der Erwerber durch den Kläger ein grunderwerbsteuerpflichtiges Zwischengeschäft darstellt.

Der Grunderwerbsteuer unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 GrEStG ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung der Rechte aus einem Kaufangebot begründet und nach § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG die Abtretung selbst, wenn ihr kein solches Rechtsgeschäft vorangegangen ist. Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist es, auch die den Grundstücksveräußerer bindenden Zwischengeschäfte zu erfassen. Zu solchen Zwischengeschäften gehören grundsätzlich solche Vorgänge, bei denen einer Person im Zusammenhang mit einem bindenden Kaufangebot lediglich das Benennungsrecht bezüglich des Annehmenden gewährt wird, wenn das Angebot von dem Benannten angenommen worden ist. Da beide Vorschriften geschaffen worden sind, um besteuerungswürdige Fälle zu erfassen, in denen rechtlich ein Grundstücksumsatz vermieden wird, wirtschaftlich aber ein der Grundstücksveräußerung vergleichbarer Vorgang vorliegt, kommt eine Steuerpflicht durch Ausübung des Benennungsrechts nur in Betracht, wenn es dem Berechtigten ermöglicht, mit Grundstücksangeboten im weitesten Sinne zu „handeln". Die entscheidende Frage für die Annahme der Möglichkeit des Handels mit Kaufangeboten ist, ob der Benennungsberechtigte ein wirtschaftliches Interesse hat, das über den Abschluß des Grundstückskaufvertrages hinausgeht. Erschöpft sich die Möglichkeit des Benennungsberechtigten in einer reinen Vermittlung des Grundstücks oder in einer reinen Stellvertretung, so ist ein Handel mit Kaufangeboten i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 6 und 7 GrEStG zu verneinen. Demgegenüber kommt es zur Beantwortung der Frage, ob die Möglichkeit des Handels mit Kaufangeboten besteht, nicht darauf an, ob der Benennungsberechtigte persönlich um die Erwerber geworben hat. Ebensowenig ist ein solcher Handel schon deshalb zu verneinen, weil die Annehmenden des Kaufangebots bereits im Zeitpunkt der Erteilung des Benennungsrechts ganz oder teilweise festgestanden haben. Der Besteuerungszweck des § 1 Abs. 1 Nr. 6 und 7 GrEStG, der darauf abstellt, ob wirtschaftlich ein steuerwürdiges Zwischengeschäft vermieden worden ist, läßt eine solche formale Betrachtungsweise, die nur auf die zeitliche Reihenfolge des Geschehens fußt, nicht zu. Ausschlaggebend sind vielmehr die Gesamtumstände und das zum Ausdruck gekommene Interesse des Benennungsberechtigten.

Die Anwendung dieser Grundsätze im Streitfall ergibt, daß das FA den Kläger zu Recht zur Grunderwerbsteuer herangezogen hat. Die Steuerpflicht folgt aus § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG mit den Annahmeerklärungen vom 24. April 1982 durch die Erwerber. Der Kläger hat dort i. S. dieser Vorschrift seine Rechte aus dem Kaufangebot vom 22. Dezember 1981 an die Kaufinteressenten abgetreten, indem er sie — entsprechend dem Benennungsrecht — als Käufer benannte und diese das Angebot annahmen. Der Kläger hatte auch die Möglichkeit, mit dem Kaufangebot „zu handeln", selbst wenn man zu seinen Gunsten unterstellt, daß im Zeitpunkt seiner Bestellung zum Benennungsberechtigten sämtliche künftigen Erwerber bereits festgestanden haben. Es kann unterstellt werden, daß ein Handel mit der Kaufmöglichkeit des Grundstücks bereits vor Abgabe des Kaufangebots durch die Grundstückseigentümer stattgefunden hat. Dafür spricht, daß ein Bauherrenmodell erfolgreich nur durch eine planvolle Konzeption, zu der insbesondere das Werben um Interessenten gehört, durchgeführt werden kann. Ebenso kann unterstellt werden, daß die Konzeption im Einvernehmen mit dem Kläger erstellt worden ist. Dafür spricht, daß die GmbH und der Kläger bereits in anderen Bauherrenmodellen erfolgreich zusammengearbeitet haben. Schließlich ist das Kaufangebot auch zum Nutzen der eigenen wirtschaftlichen Interessen des Klägers verwertet worden, indem er sich mit seiner Verpflichtung gegenüber den Annehmenden, diese als Käufer zu benennen, von diesen Steuerberatungsaufträge erteilen ließ.

Da das FA die festgesetzte Steuer auch zutreffend vom erhöhten Einheitswert des Grundstücks berechnet hat, war die Klage abzuweisen.

V.
Hinweise für die Praxis

1. Löschung von Grundpfandrechten jüdischer Gläubiger u. a.
hier: Zuständigkeit der Wiedergutmachungsbehörde Bayern

Im Grundbuch tauchen immer noch jüdische Gläubiger dinglicher Rechte, deren Schicksal oder Erben nicht festzustellen sind, oder Sperrvermerke und Rückerstattungsvermerke nach den MRG Nr. 52 und 59, auf. In MittBayNot 1973, 191 ff. ist in einem Aufsatz unter der Überschrift „Notarielle Bewältigung der Vergangenheit" dargelegt, welche Dienststellen zuständig sind, Löschungsbewilligungen und andere Erklärungen bezüglich solcher Eintragungen abzugeben.

Die dort angegebenen Zuständigkeiten haben sich inzwischen geändert. Für ganz Bayern zuständig ist nun die

„Wiedergutmachungsbehörde Bayern"
Brauhausstr. 18 in 8800 Ansbach.

Von der Zuständigkeit abgesehen sind die rechtlichen Ausführungen in dem Aufsatz auch heute noch zutreffend.

2. Gesetzliche Regelung zur Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)

Mit dem Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14.4.1988 (BGBl. I, S. 514) hat der Bundestag die Grundlagen zur innerstaatlichen Behandlung der nach dem EG-Recht (Verordnung — EWG — Nr. 2137/85 des Rates vom 25.7.1985, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 199/1) vorgesehenen Rechtsform der „Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)" geschaffen. Mit der EWIV (allgemein hierzu *Ganske* DB-Beilage Nr. 20/1985) soll insbesondere den Unternehmen und den Angehörigen der freien Berufe ein rechtlicher Rahmen für die Anpassung ihrer Tätigkeit an die wirtschaftlichen Gegebenheiten der Gemeinschaft zur Verfügung gestellt werden. Eine EWIV, deren Zweck ausschließlich in der Förderung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder besteht, kann nur gegründet werden, wenn wenigstens zwei Mitglieder aus verschiedenen EG-Staaten kommen. Sie darf nicht den Zweck verfolgen, Gewinn für sich selbst zu erzielen (vgl. auch GmbHRdsch. 1988, R 33). Die Struktur einer EWIV ist der deutschen OHG verwandt; nach § 1 des EWIV-Ausführungsgesetzes sind subsidiär die für eine offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften anzuwenden. Die Vereinigung gilt als Handelsgesellschaft i. S. des HGB. Organe der EWIV sind die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder sowie der/die Geschäftsführer. Dritten gegenüber wird die Vereinigung ausschließlich durch den/die Geschäftsführer vertreten.

In dem EWIV-Ausführungsgesetz, das am 1.1.1989 in Kraft tritt, sind auch einige Regelungen enthalten, die für die notarielle Praxis von Bedeutung sein können. Eine EWIV ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren im Gründungsvertrag genannten Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 2 Abs. 1). Die Anmeldung, die grundsätzlich durch die Geschäftsführer zu erfolgen hat (§ 3 Abs. 1 und 2), muß bestimmte Mindestangaben enthalten (§ 2 Abs. 2). Ähnlich wie bei der GmbH haben die Geschäftsführer zu versichern, daß keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung entgegenstehen und daß sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind (§ 3 Abs. 3). Die Geschäftsführer haben die Firma nebst ihrer Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen. Darüber hinaus sind nach Art. 7 der EWG-Verordnung der Gründungsvertrag sowie alle Urkunden und Angaben zu hinterlegen, die nachträgliche Veränderungen bei der EWIV betreffen (z. B. Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Errichtung von Niederlassungen, Geschäftsführerbestellung, Abtretung der Beteiligung).