

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 10

MittRhNotK

Oktober 1989

Das Kostenänderungsgesetz zum 1. 7. 1989

Eine kritische Betrachtung zu den Änderungen der §§ 143 und 144 KostO¹

– Fortsetzung aus MittRhNotK 1989, 187 –
(von Notar Dr. Holger Schmidt, Viersen)

- I. Einleitung
- II. Änderung des § 143 KostO
 - 1. Allgemeine Hinweise
 - 2. Gebührenfreiheit
- III. Gebührenermäßigung nach § 144 KostO
 - 1. Persönliche Gebührenermäßigung
- 2. Sachliche Einschränkungen der persönlichen Gebührenermäßigung
- 3. Privilegierte Gebührentatbestände
- 4. Mehrere Erklärungen und mehrere Kostenschuldner
- IV. Übergangsvorschrift

I. Einleitung

Das BVerfG² hat im Jahre 1978 § 144 Abs. 3 KostO insoweit nichtig erklärt, als dort der nicht kostendeckende Gebührensatz von 20 % bestimmt war. Des weiteren entschied das BVerfG, daß alle landesrechtlichen Befreiungsvorschriften, die erst nach der Verkündung der Neufassung des § 144 Abs. 3 KostO am 28. 8. 1969 in Kraft getreten waren, verfassungswidrig sind. Damit fiel vor allem die persönliche Befreiung der Gemeinden weg. Der Gesetzgeber hat nunmehr die Novellierung der §§ 143, 144 KostO vorgenommen, indem er den Umfang der notariellen Gebührenermäßigung abschließend geregelt hat. Damit entfällt jede Verweisung auf Bundes- und/oder Landesrecht. Des weiteren ist der Ermäßigungssatz nunmehr geschäftswertabhängig zwischen 0 und 60 % bestimmt. Bis zu einem Geschäftswert von 50.000,- DM bestehen in Zukunft keine Unterschiede mehr zwischen ermäßigten und nicht ermäßigten Geschäften.

II. Änderung des § 143 KostO

1. Allgemeine Hinweise

Nach § 141 KostO gelten für die Kosten der Notare die Vorschriften des Ersten Teils der KostO entsprechend, soweit in den nachstehenden Vorschriften der KostO nichts anderes bestimmt ist. Nach dieser Bestimmung würde die Kostenbefreiungsvorschrift des § 11 KostO mit der Verweisung auf bundes- und landesrechtliche Befreiungsvorschriften auch für die Notare gelten. Aus diesem Grunde ist in § 143 Abs. 1 KostO eingefügt worden, daß diese Bestimmung auf die Gebührennotare keine Anwendung findet. Gleiches gilt für § 13 KostO.

Da § 143 Abs. 2 S. 1 KostO ausdrücklich festlegt, daß die Bundesvorschriften, die Gebührenbefreiung gewähren, keine Anwendung mehr auf den sog. Gebührennotar finden, gilt auch

die bisher unter § 144 Abs. 3 KostO fallende Gebührenfreiheit für Kindschafts- und Unterhaltssachen nach §§ 49 JWG; 55a KostO nicht mehr. Nach § 29 Abs. 1 Reichssiedlungsgesetz (RSG) waren alle Geschäfte und Verhandlungen, die zur Durchführung von Siedlungsverfahren dienten, von allen Gebühren befreit. Da nach § 143 Abs. 2 KostO alle gesondert erwähnten Befreiungen aufgehoben sind und § 29 RSG als Ausnahme nicht mit aufgeführt ist, kommt eine Gebührenermäßigung auch auf diesem Gebiet nicht mehr in Betracht.

2. Gebührenfreiheit

Nach § 144 Abs. 2 KostO a. F. hatte der Gebührennotar die volle sachliche Gebührenfreiheit nach § 64 Abs. 2 S. 3 Ziff. 2 SGB X zu gewähren. Der Notar erhält danach bei Beurkundung von Erklärungen oder Beglaubigung von Unterschriften zu Urkunden, die im Sozialhilferecht aus Anlaß der Beantragung, Erbringung oder Erstattung einer Sozialleistung nach dem BSHG erforderlich sind, keine Gebühren. Diese volle Gebührenbefreiung ist durch die Gesetzesänderung nicht berührt worden (vgl. § 143 Abs. 2 S. 2 KostO n. F.). Der Gesetzgeber hat jedoch nicht mehr aufgeführt, welche Gebührentatbestände der Befreiung unterliegen. Es sind deshalb die Grundsätze des § 144 KostO n. F. heranzuziehen. Danach unterfallen die Gebühren nach §§ 36 bis 59, 71, 133, 145 und 148 KostO der vollen Gebührenbefreiung. Nicht von der Befreiung berührt werden hingegen die Gebühren nach §§ 146, 149 und 150 KostO.

Ein gesetzestechnischer Fehler ist bei der Neufassung der Schreibaufgabenregelung unterlaufen. Nach § 136 Abs. 2 KostO sind bei Beurkundungen von Verträgen zwei Ausfertigungen oder Abschriften frei von Schreibaufgaben, bei sonstigen Beurkundungen eine Ausfertigung oder Abschrift. Nach § 144 Abs. 4 KostO a. F. entfielen in Fällen der Gebührenermäßigung diese Freie Exemplare. Nachdem bis zu einem Betrag von 50.000,- DM zwischen gebührenermäßigtem und nicht ermäßigtem Geschäft kein Gebührenunterschied mehr besteht, war es auch gerechtfertigt, die Unterschiede bei der Schreibaufgabenfreiheit aufzuheben. Der Gesetzgeber hat deshalb auch mit

¹ Literatur zu § 144 n. F.: Mümmier, Zur Neufassung der §§ 19 IV, V und 144 KostO, JurBüro 1989, 1329 ff.; ders., Zweifelsfragen zur Neufassung der §§ 143, 144 KostO, JurBüro 1989, 1367 f.; Otto/Schnigula, Am 1. 7. 1989 in

Kraft getretene Änderungen des Kostenrechts, JurBüro 1989, 889 ff.
² BVerfGE 47, 285 = DNotZ 1978, 412.

Recht § 144 Abs. 4 KostO ersatzlos gestrichen. Er hat dabei aber übersehen, daß diese Grundsätze jedoch weitergelten müssen für die Fälle der vollen Gebührenbefreiung. Es geht nämlich nicht an, daß der Notar in Sozialhilfeangelegenheiten keine Gebühren erhält, trotzdem aber bei Verträgen zwei und bei sonstigen Beurkundungen eine Ausfertigung oder Abschrift nach § 136 Abs. 2 KostO unentgeltlich zur Verfügung stellen muß. Mit anderen Worten: Der Notar erhält für seine Tätigkeit kein Entgelt. Er muß aber trotzdem unentgeltlich Sachleistungen zur Verfügung stellen. Dieses Ergebnis dürfte verfassungsrechtlich kaum haltbar sein.

III.

Gebührenermäßigung nach § 144 KostO

1. Persönliche Gebührenermäßigung

Die privilegierten Kostenschuldner sind in § 144 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 und in § 144 Abs. 2 KostO abschließend aufgeführt. Danach sind begünstigt

a) nach § 144 Abs. 1 Ziff. 1 KostO der Bund und die Länder sowie die nach dem Haushaltsplan und Rechnung des Bundes oder eines Landes verwalteten öffentlichen Körperschaften und Anstalten. Die Vorschrift entspricht dem bisherigen Recht. Sie ist praktisch wortgleich mit § 11 Abs. 1 S. 1 KostO a. F. Dabei kommt es bei den Körperschaften und Anstalten nicht auf ihre Rechtsfähigkeit an. Maßgebender Gesichtspunkt für die Privilegierung ist die Aufnahme der Einnahmen und Ausgaben in den Haushalt des Bundes bzw. Landes. Erwähnt seien beispielhaft die Bundesstraßenverwaltung, die Bundeswasserstraßenverwaltung und das Bundesoberseeamt. Nicht befreit sind demnach beispielsweise die Deutsche Bundesbank, die Landesbanken, die Bundesanstalt für Arbeit und ihre Landesarbeitsämter. Im Zweifelsfall können die bisherige Rspr. und das Schrifttum weiter herangezogen werden³,

b) nach § 144 Abs. 1 Ziff. 2 KostO die Gemeinden, Gemeindeverbände, sonstigen Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, Regionalverbände und Zweckverbände. Auch diese nehmen auf ihrer Ebene öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr und sind deshalb dem Bund und den Ländern gleichzustellen. Privilegiert sind somit beispielsweise die Landkreise und die Landschaftsverbände,

c) nach § 144 Abs. 1 Ziff. 3 KostO die Kirchen sowie sonstige Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Die Vorschrift entspricht dem Text der Landesbefreiungsgesetze, so daß die dortigen Erläuterungen auch hier herangezogen werden können. Die Formulierung „jeweils soweit sie die Rechtsstellung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts hat“ berücksichtigt, daß nicht die Kirchen an sich, sondern die verschiedenen Gliederungen der Kirche (Bistümer, Landeskirchen, Kirchengemeinden usw.) diese Rechtsstellung innehaben,

d) nach § 144 Abs. 2 KostO solche Körperschaften, Vereinigungen und Stiftungen, die ausschließlich und unmittelbar mildtätige oder kirchliche Zwecke i. S. d. AO verfolgen. Diese Voraussetzung muß durch einen Freistellung- oder Körperschaftsteuerbescheid oder durch eine vorläufige Bescheinigung des FA nachgewiesen werden. Auch diese Regelung folgt dem LGebBefrG, jedoch fehlt die gemeinnützige Stiftung, während die kirchlichen Stellen zusätzlich genannt werden. Die steuerlichen Definitionen finden sich in §§ 51 ff. AO. Voraussetzung ist dabei u. a., daß die Unterstützung selbstos gewährt wird und der Begünstigte „ausschließlich“ seine steuerbegün-

stigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt (§ 56 AO). Die satzungsmäßigen Zwecke müssen schließlich unmittelbar selbst verwirklicht werden (§ 57 AO). Die Entscheidung der Privilegierung liegt also allein beim FA. Dem Notar steht ein Recht zur Nachprüfung nicht zu. Problematisch ist der Fall, wenn die Vereinigung gemeinnützige und mildtätige Zwecke verfolgt. Zu denken ist an die Unfallrettungsdienste, die überwiegend mit Mitteln aus öffentlichen Haushalten gefördert werden. Diese Tätigkeit ist zweifelsohne gemeinnützig, aber nicht ausschließlich mildtätig. Aus diesem Grunde dürfte wohl auch das Rote Kreuz nicht mehr kostenprivilegiert sein. Die als gemeinnützig anerkannten Wohnungsunternehmen können keine Gebührenermäßigung mehr verlangen, da sie im neuen § 144 KostO nicht mehr aufgeführt sind.

2. Sachliche Einschränkungen der persönlichen Gebührenermäßigung

Das Gesetz hält die *persönliche* Gebührenermäßigung nicht durch, sondern schränkt sie sachlich ein.

a) Die Begünstigung gilt nicht, wenn die konkrete Angelegenheit „die wirtschaftlichen Unternehmen des Begünstigten“ betreffen. Als wirtschaftliche Unternehmen sind solche anzusehen, die auch von privaten Unternehmen mit der Absicht, Einnahmen zu erzielen, betrieben werden könnten, nicht aber solche, zu deren Einrichtung und Unterhaltung die öffentliche Hand gesetzlich verpflichtet ist oder bei denen die gemeinnützige Zielsetzung oder die Daseinsvorsorge im Vordergrund steht⁴. Keine wirtschaftlichen Unternehmungen sind die Einrichtungen

- des Gesundheitswesens. Die kommunalen Krankenhäuser zählen selbst dann nicht zu den wirtschaftlichen Unternehmen, wenn sie wie Eigenbetriebe nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt werden⁵,
- der Wohlfahrtspflege und Fürsorge wie Kindergärten, Altenheime und Jugendheime oder vergleichbare Einrichtungen,
- des Sports wie Schwimmhallen, Sportplätze und Turnhallen,
- des Bildungs- und Erziehungswesens wie Schulen, Museen und Theater,
- der Daseinsvorsorge wie Friedhöfe, Markteinrichtungen.

Wirtschaftliche Unternehmen sind hingegen alle Unternehmen, die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt werden, d. h. mit Gewinnerzielungsabsicht, auch wenn sie im ursprünglichen Sinne Funktionen der Daseinsvorsorge für die öffentliche Hand wahrnehmen. Damit scheiden z. B. die Bundesbahn und die Bundespost aus der Privilegierung aus, da diese nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt werden. Auch die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe (z. B. Stadtwerke AG) unterfallen nicht dem § 144 KostO.

b) Beim Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sind alle damit zusammenhängenden Gebühren nur zu ermäßigen, wenn eine auch nur teilweise Weiterveräußerung nicht beabsichtigt ist. Nach dem Wortlaut des Gesetzestextes ist zunächst davon auszugehen, daß eine Gebührenermäßigung in diesen Fällen nicht in Betracht kommt. Nur dann, wenn ausdrücklich dargelegt wird, daß eine auch teilweise Veräußerung nicht in Betracht kommt, kann die Gebühr ermäßigt werden.

Diese Regelung erscheint auf den ersten Blick logisch und in sich schlüssig. Gemeint ist z. B. der Erwerb zum Zwecke der Weiterveräußerung an Bauwillige oder an Unternehmen für die Industrieansiedlung. In diesen Fällen ist eine Kostenermäßi-

3 Vgl. z. B. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., Anh. I.

4 Vgl. hierzu Höver, Zu den Landesgesetzen über Gebührenbefreiung, Stundung und Erlaß von Kosten im Bereich der Gerichtsbarkeiten, JVBf. 1970, 121; Haecker, SchIHA 1970, 45; vgl. im einzelnen z. B. für NW § 88 Abs. 2 GO.

5 AG Solingen JurBüro 1979, 1696.

gung nicht erforderlich, da die Kosten auf den Dritten abgewälzt werden können⁶. Bei näherem Hinsehen enthält diese Regelung jedoch viele Zweifelsfragen. Welches sind Tätigkeiten, die mit dem Grundstückserwerb „zusammenhängen“? Was ist überhaupt eine Weiterveräußerung, wenn man bedenkt, daß der Gesetzgeber unter Veräußerung auch die Belastung mit dinglichen Rechten versteht⁷? Nach dieser Auslegung würde auch die Bestellung eines Erbbaurechts und die Begründung von Wohnungseigentum eine Veräußerung darstellen und damit für die Privilegierung schädlich sein. Fraglich ist auch, ob es sich wirklich vertreten läßt, bereits bei der Weiterveräußerung eines geringen Teils an einen nichtprivilegierten Dritten die gesamte Ermäßigung wegfällen zu lassen. Andererseits entfällt die Ermäßigung auch dann, wenn nur ein Teil der erworbenen Fläche für öffentliche Zwecke, z. B. für den Bau von Straßen, benötigt wird⁸. Sollte sich im nachhinein herausstellen, daß der Grundbesitz entgegen der ursprünglichen Planung doch für privilegierte Zwecke verwandt werden soll, können die bereits gezahlten Gebühren nicht zurückgefordert werden. Ändert hingegen der Gebührenbegünstigte seine Absicht, den erworbenen Grundbesitz innerhalb von drei Jahren nicht weiter zu veräußern, entfällt eine bereits gewährte Ermäßigung. Der Differenzbetrag ist nachzuerheben. Maßgebend ist die Willensänderung, nicht die tatsächliche Ausführung. Wie will man aber die Willensänderung feststellen? Kann z. B. bereits aus der Änderung eines Flächennutzungsplanes die „Absicht“ der Weiterveräußerung hergeleitet werden⁹? Was passiert, wenn der Begünstigte gegen die Mitteilungspflicht verstößt, so daß der Notar erst nach Ablauf der Dreijahresfrist von der Weiterveräußerung erfährt? Beginnt die Verjährung erst von der Mitteilung oder erhält der Notar einen Schadenersatzanspruch wegen der entzogenen Gebühren¹⁰? Eine befriedigende Antwort auf all diese Fragen wird man nicht geben können. Die Rspr. ist aufgefordert, die Zweifelsfragen zu klären.

3. Privilegierte Gebührentatbestände

Gem. § 144 Abs. 1 KostO werden die in den §§ 36 bis 79, 71, 145 und 148 KostO bestimmten Gebühren ermäßigt. Von der Ermäßigung ausgenommen sind somit die Gebühren nach § 146 KostO (Vollzugsgebühr), § 147 KostO (betreuende Tätigkeit wie Fälligkeitmitteilung), § 149 KostO (Hinterlegungsgebühr) und § 150 KostO (Vertretungsbescheinigung).

Ermäßigt wird die vor Anwendung des § 144 KostO berechnete Gebühr, wobei der Ermäßigungssatz vom Geschäftswert abhängt. Beträgt der Geschäftswert nicht mehr als 50.000,- DM, findet eine Ermäßigung nicht statt. Es gibt also bis zu diesem Wert keinen Unterschied mehr zwischen ermäßigten und nicht ermäßigten Geschäften. Bei höheren Geschäftswerten sind folgende Ermäßigungen vorzunehmen:

über 50.000,- DM bis 200.000,- DM	um 30 %
über 200.000,- DM bis 500.000,- DM	um 40 %
über 500.000,- DM bis 2.000.000,- DM	um 50 %
über 2.000.000,- DM	um 60 %

Eine ermäßigte Gebühr darf jedoch die bei einem niedrigeren Geschäftswert zu erhebende Gebühr nicht unterschreiten (§ 144 Abs. 1 S. 2 KostO). Mit anderen Worten: bei einem Geschäftswert von 60.000,- DM müßte eigentlich eine Ermäßigung um 30 % vorgenommen werden. Da aber die nach einem niedrigeren Geschäftswert zu erhebende Gebühr nicht unterschritten werden darf, kann also eine Ermäßigung nicht erfolgen. Bei einer 10%-Gebührentstufe tritt die Ermäßigung somit erst bei einem Geschäftswert von 85.000,- DM ein¹¹.

Höchstwerte bestimmen den Ermäßigungssatz und nicht den höheren wirklichen Wert. Bei einer Vollmacht beträgt der Geschäftswert nach § 41 Abs. 4 KostO 1 Mio. DM. Die Ermäßigung beläuft sich folglich auf 50 % unabhängig davon, ob der Geschäftswert so hoch wäre, daß an sich eine Ermäßigung um 60 % in Frage käme. Die Gebühr beträgt damit 50 % von 805,- DM (10%-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO) = 402,50 DM.

Eine *Höchstgebühr* ist nach „ihrem“ Wert zu ermäßigen¹². Der Höchstbetrag für Unterschriftsbeglaubigungen beträgt gem. § 45 Abs. 2 KostO 250,- DM. Der Geschäftswert für die Gebühr von 250,- DM beträgt 580.000,- DM. Bei diesem Geschäftswert beträgt der Ermäßigungssatz an sich 50 %. Da nach § 144 Abs. 1 S. 2 KostO die ermäßigte Gebühr nicht die bei einem niedrigeren Geschäftswert zu erhebende Gebühr unterschreiten darf, verbleibt es bei dem Ermäßigungssatz von 40 %. Der Höchstbetrag für Unterschriftsbeglaubigungen beträgt somit 129,- DM. Für die *Betragsgebühren* (z. B. § 89 Abs. 2 KostO) kommt eine Ermäßigung nicht in Betracht, da alle zur Zeit im Bereich einer vollen Gebühr bis zum Wert von 50.000,- DM liegen. Die *Mindestgebühr* von 15,- DM kann auch bei einer Gebührenermäßigung nicht unterschritten werden. Auf die *Zusatzgebühr* nach § 58 KostO findet § 144 Abs. 1 KostO Anwendung. Die Ermäßigungsvorschrift wirkt sich jedoch beim Ansatz einer 5/10-Gebühr nicht aus, da ein Geschäftswert von 50.000,- DM nicht überschritten werden kann und damit eine Ermäßigung nicht in Frage kommt¹³.

Nur wenn die Zusatzgebühr in Höhe einer 1/4-Gebühr anfällt, ist das Eingreifen der Ermäßigungsregelung denkbar.

4. Mehrere Erklärungen und mehrere Kostenschuldner

a) Enthält die Urkunde mehrere Erklärungen, so sind die begünstigten Geschäfte bei verschiedenen Gegenständen zusammenzuzählen. Die Gesamtgebühr unterliegt der Ermäßigung des § 144 KostO. Besteht Gegenstandsgleichheit, so muß geprüft werden, ob bei Geschäften mit verschiedenen Gebührensätzen die getrennte Berechnung mit der Ermäßigung günstiger ist oder die Berechnung von dem höchsten in Frage kommenden Wert mit dem höchsten Gebührensatz.

b) Sind mehrere Kostenschuldner vorhanden, wobei nur einer gebührenbegünstigt ist, gilt der Grundsatz, daß der Begünstigte die ermäßigte Gebühr und der Nichtbegünstigte die nicht ermäßigte Gebühr schuldet. Es gelten insoweit die Grundsätze des § 144 Abs. 3 S. 2 KostO a. F. Sie werden aber dadurch komplizierter, daß die Ermäßigungssätze je nach Höhe des Geschäftswertes unterschiedlich sein können.

Im einzelnen gilt folgendes:

aa) Die Begünstigung erstreckt sich auf den Nichtbegünstigten nur insoweit, als dieser vom Begünstigten *aufgrund gesetzlicher* Vorschrift Erstattung verlangen könnte (§ 144 Abs. 3 KostO). Die Ermäßigung soll über die Inanspruchnahme des Nichtbegünstigten als Kostenschuldner und die Kostenerhebung durch den Begünstigten nicht verloren gehen. Es muß deshalb immer erst geprüft werden, ob im Innenverhältnis ein gesetzlicher Erstattungsanspruch besteht¹⁴. Übernimmt ein Begünstigter die Kostenschuld eines Nichtbegünstigten, kann somit eine Gebührenermäßigung nicht erfolgen.

Beispiel:

Der Bund verkauft an einen Landwirt ein Grundstück. Selbst, wenn der Bund die Beurkundungsgebühr übernimmt, erfolgt keine Ermäßigung. Verkauft hingegen der Landwirt an den Bund und übernimmt ersterer die Beurkundungskosten, so darf

6 BT-Drucks. 11/4394, 10.

7 Vgl. z. B. § 1 Abs. 2 WohnGebBefrG.

8 Otto/Schnigula, JurBüro 1989, 896.

9 Otto/Schnigula, JurBüro 1989, 896.

10 Für die Nacherhebung wird auf den Wert und die Gebührentabelle zum Zeitpunkt des ursprünglichen Erwerbs abzustellen sein. Vgl. jedoch die teilweise gegenteilige Rspr. zum WohnGebBefrG.

11 Vgl. im einzelnen die am Ende abgedruckte Tabelle.

12 Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 144 KostO, Rd.-Nr. 27.

13 Die Höchstgebühr von 60,- DM wird bereits bei einem Geschäftswert von 30.000,- DM erreicht.

14 Gesetzliche Bestimmung über Kostentransportpflichten sind z. B. §§ 449, 448 Abs. 2, 515, 426 Abs. 1 BGB.

er nach dem Wortlaut des § 144 Abs. 3 KostO nicht voll in Anspruch genommen werden, weil er gegen den Bund einen Kostenerstattungsanspruch hat.

bb) Bei einem teilweisen Kostenerstattungsanspruch ist wie folgt zu verfahren:

Liegt der gesetzliche Erstattungsanspruch des Nichtbegünstigten unter der unmittelbaren Schuld des Begünstigten, wird die Gebühr von ihm voll erhoben. Übersteigt er hingegen die genannte Schuld, ist die Gebühr entsprechend herabzusetzen. Bei einem vollen Erstattungsanspruch entspricht die Schuld des Nichtbegünstigten der des Begünstigten.

Beispiel¹⁶:

Ein Nichtbegünstigter und eine begünstigte Gemeinde gründen eine gemeinnützige GmbH. Jeder übernimmt eine Einlage von 150.000,- DM. Die Gebühr von 1120,- DM trifft beide Gesellschafter zu je 1/2.

Zahlt der Nichtbegünstigte den vollen Betrag, kann er 560,- DM von der Gemeinde gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB erstattet verlangen. Dieser Betrag liegt unter den 672,- DM, die die Gemeinde dem Notar schuldet. Mithin bleibt die Schuld des Nichtbegünstigten unberührt, weil ihr Erstattungsanspruch die ermäßigte Schuld der Gemeinde nicht beeinträchtigt. Beträge die Einlage des Nichtbegünstigten hingegen nur 30.000,- DM, während die der Gemeinde 270.000,- DM, so träfe ersteren nur eine Gebühr von 112,- DM (10 % von 1120,- DM), die Gemeinde 1008,- DM (90 % von 1120,- DM). Müßte der Nichtbegünstigte an den Notar den vollen Betrag von 1120,- DM zahlen, könnte er 1008,- DM von der Gemeinde erstattet verlangen. Dieser Betrag liegt über der Gebühr, die die Gemeinde dem Notar schuldet. Folglich ist die Ermäßigung auf den Nichtbegünstigten insoweit zu erstrecken, daß sich nur ein Erstattungsanspruch von 672,- DM ergibt, also auf 764,60 DM¹⁷.

Fallen begünstigte mit nichtbegünstigten Geschäften zusammen, so gilt wegen des variablen Ermäßigungssatzes folgendes: Die Mehrgebühr wird nach dem konkreten Gebührensatz ihrem Tabellenwert zugeordnet. Er bemißt die Ermäßigung.

Beispiel:

Die Gemeinde tauscht ein Grundstück im Werte von 300.000,- DM an einen Landwirt gegen ein Grundstück im Werte von 150.000,- DM. Der Landwirt erhält eine Barauszahlung in Höhe von 150.000,- DM. Kosten soll der Landwirt tragen.

Geschäftswert: 300.000,- DM
 Gebühr beträgt hierfür nach § 36 Abs. 2 KostO 1120,- DM
 hiervon Anteil Gemeinde 1/3 = 373,33 DM
 ermäßigt um 40 % auf 224,- DM
 Anteil Landwirt (2/3 nicht ermäßigt) 746,66 DM
 990,70 DM¹⁸

Ein letztes Beispiel soll die Kompliziertheit der Berechnungsweise verdeutlichen.

A verkauft in einer Urkunde ein Grundstück zum Preis von 1,5 Mio. DM an den Landwirt B, der es anschließend zum gleichen Preis an die Gemeinde weiterverkauft, damit diese eine Straße anlegen kann. Weil es sich um verschiedene Gegenstände i. S. v. § 44 Abs. 2 KostO handelt, sind die Werte zusammenzurechnen. Die 20/10-Gebühr beträgt von 3 Mio. DM 9220,- DM. Bei alleiniger Beurkundung des Kaufes durch die Gemeinde wäre eine 20/10-Gebühr von 1,5 Mio. DM = 4720,- DM angefallen. Die Mehrgebühr der Zusammenbeurkundung beträgt somit 4500,- DM. Entsprechend dem Gebührensatz beträgt der zugehörige Tabellenwert mithin 1.440.000,- DM. Der Ermäßigungssatz nach § 144 KostO ist 50 %, womit sich eine er-

mäßigte Gebühr von 2250,- DM ergibt. Mit der Grundgebühr von 4720,- DM für den nicht ermäßigten Kaufvertrag kommt man auf eine Gesamtgebühr von 6970,- DM. Der Verkäufer A schuldet sie in dieser Höhe, weil sich die Begünstigung der Gemeinde auf ihn nach § 144 Abs. 3 KostO erstreckt. Der Landwirt B schuldet sie in Höhe von 4720,- DM. Die Gemeinde schuldet an sich ebenfalls 4720,- DM, jedoch wird ihre Schuld um 50 % ermäßigt, so daß 2360,- DM verbleiben.

IV. Übergangsvorschrift

Das neue Recht ist mangels einer ausdrücklichen Übergangsvorschrift auf alle nach dem 1. 7. 1989 fällig werdenden Gebühren anzuwenden. Es findet insoweit die „ewige“ Bestimmung des § 161 KostO Anwendung. Danach richtet sich die Frage, ob altes oder neues Recht gilt, nach der Fälligkeit der jeweiligen Gebühr. Wurde also ein Kaufvertrag über eine Grundstücksteilfläche vor dem 1. 7. 1989 beurkundet und wird die Auflassung nach dem 1. 7. 1989 erklärt, wird der Kaufvertrag noch nach dem alten Recht, die Auflassung hingegen nach dem neuen Recht abgerechnet. Besonders aufmerksam gemacht werden muß auf die Besonderheit, daß die gemeinnützigen Wohnungsbaunternehmen, obwohl die Aufhebung des WohnGebBefrG erst zum 1. 1. 1990 erfolgen soll¹⁹, bereits ab 1. 7. 1989 die vollen Notargebühren zu entrichten haben.

Tabelle

für die nach § 144 KostO ermäßigten Gebühren

Wert	5/10	10/10	20/10	15/10	1/4
500	15,00	15,00	30,00	22,50	15,00
1.000	15,00	18,00	36,00	27,00	15,00
1.500	15,00	21,00	42,00	31,50	15,00
2.000	15,00	24,00	48,00	36,00	15,00
4.000	19,00	38,00	76,00	57,00	15,00
6.000	26,00	52,00	104,00	78,00	15,00
8.000	33,00	66,00	132,00	99,00	16,50
10.000	40,00	80,00	160,00	120,00	20,00
15.000	45,00	90,00	180,00	135,00	22,50
20.000	50,00	100,00	200,00	150,00	25,00
25.000	55,00	110,00	220,00	165,00	27,50
30.000	60,00	120,00	240,00	180,00	30,00
35.000	65,00	130,00	260,00	195,00	32,50
40.000	70,00	140,00	280,00	210,00	35,00
45.000	75,00	150,00	300,00	225,00	37,50
50.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
	ermäßigt um 30 %				
55.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
60.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
65.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
70.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
75.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
80.000	80,00	160,00	320,00	240,00	40,00
85.000	80,50	161,00	322,00	241,50	40,30
90.000	84,00	168,00	336,00	252,00	42,00

15 OLG Köln JurBüro 1987, 1208; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 144 KostO, Rd.-Nr. 58.

16 Beispiel gebildet nach Lappe.

17 2/10 kann der Nichtbegünstigte von der Gemeinde erstattet verlangen, also 672,- DM – den Betrag, den die Gemeinde selbst dem Notar unter Berücksichtigung der Ermäßigung schuldet.

18 Die Gemeinde ist mit 1/3 = 1/3 beteiligt, errechnet aus dem Gesamtwert von 450.000,- DM (300.000,- DM und 150.000,- DM). Oeshalb ist der Anteil von 373,33 (= 1120,-/3).

19 Art. 22 Abs. 3 Nr. 2 Steuerreformgesetz 1990, BGBl. I 1988, 1139.

Wert	5/10	10/10	20/10	15/10	1/4
95.000	87,50	175,00	350,00	262,50	43,80
100.000	91,00	182,00	364,00	273,00	45,50
120.000	101,50	203,00	406,00	304,50	50,80
140.000	112,00	224,00	448,00	336,00	56,00
160.000	122,50	245,00	490,00	367,50	61,30
180.000	133,00	266,00	532,00	399,00	66,50
200.000	143,50	287,00	574,00	430,50	71,80
ermäßigt um 40 %					
220.000	143,50	287,00	574,00	430,50	71,80
240.000	143,50	287,00	574,00	430,50	71,80
260.000	150,00	300,00	600,00	450,00	75,00

Wert	5/10	10/10	20/10	15/10	1/4
280.000	159,00	318,00	636,00	477,00	79,50
300.000	168,00	336,00	672,00	504,00	84,00
320.000	177,00	354,00	708,00	531,00	88,50
340.000	186,00	372,00	744,00	558,00	93,00
360.000	195,00	390,00	780,00	585,00	97,50
380.000	204,00	408,00	816,00	612,00	102,00
400.000	213,00	426,00	852,00	639,00	106,50
420.000	222,00	444,00	888,00	666,00	111,00
440.000	231,00	462,00	924,00	693,00	115,50
460.000	240,00	480,00	960,00	720,00	120,00
480.000	249,00	498,00	996,00	747,00	124,50
500.000	258,00	516,00	1.032,00	774,00	129,00

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Erschließungskostenregelung im Grundstückskaufvertrag

(OLG Hamm, Urteil vom 5. 5. 1988 – 22 U 297/87)

BGB §§ 436; 446; 459

Zur Auslegung einer Erklärung des Grundstücksverkäufers im notariellen Kaufvertrag, Kosten für Erschließung und Entwässerung seinen im Kaufpreis enthalten und bereits an die Gemeinde bezahlt.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. erwarb durch notariellen Vertrag von der Bekl. ein Grundstück. In § 4 ist geregelt:

In dem Kaufpreis sind die Kosten der Erschließung und Entwässerung enthalten. Die Verkäuferin erklärt, daß diese Beträge bereits an die Gemeinde gezahlt sind.

Die Übergabe des Grundstücks erfolgte zum 1.11.1980.

Mit Heranziehungsbekleid der Gemeinde vom 25.11.1986 wurde die Kl. in Höhe von 7000,- DM mit Erschließungskosten in Anspruch genommen. Diesen Betrag hat sie inzwischen gezahlt.

Mit der Klage verlangt die Kl. Erstattung der Kosten. Die Bekl. hat sich auf Verjährung berufen und die Ansicht vertreten, § 4 des notariellen Vertrages enthalte die Zusicherung einer Eigenschaft i. S. d. § 459 Abs. 2 BGB.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Bekl. mit der Berufung.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist unbegründet.

Die Kl. kann nach § 4 Abs. 4 des notariellen Kaufvertrages Erstattung der von ihr an die Gemeinde entrichteten Erschließungskosten verlangen. Entgegen der Ansicht der Bekl. beinhaltet § 4 des Vertrages keine Eigenschaftszusicherung i. S. d. § 459 Abs. 2 BGB, sondern eine von der gesetzlichen Regelung der §§ 446, 436, 103 BGB abweichende Bestimmung, wonach die Bekl. als Verkäuferin auch die nach der Übergabe des Grundstücks fällig werdenden Erschließungskosten zu tragen hat. Nach § 436 BGB haftet der Grundstücksverkäufer nicht für die Freiheit von öffentlichen Lasten, wozu auch die Erschließungskosten gehören. Gem. § 446 i. V. m. § 103 BGB hat der Grundstückserwerber vom Übergabetag an die danach zu entrichtenden Lasten zu tragen, wobei es sich nach einhelliger Meinung um die „fälligen“ Lasten handelt. Den Parteien ist es jedoch unbenommen, eine von der gesetzlichen Regelung abweichende und ihren Interessen gerecht werdende Vereinbarung zu treffen (vgl. BGH NJW 1982, 1278 = DNotZ 1982, 555). Dies haben die Parteien mit der Vereinbarung in § 4 des notariellen Vertrages getan. Nur eine solche Auslegung wird dem übereinstimmenden Parteiwillen und dem Sinn und Zweck der getroffenen Vereinbarung gerecht. Dagegen spricht nicht der Wortlaut der Vereinbarung, der nur deshalb so gewählt wurde,

weil die Parteien übereinstimmend davon ausgingen, daß die Erschließungskosten bereits gezahlt seien. Den Parteien ging es jedoch erkennbar darum, im Innenverhältnis den Verkäufer mit den anfallenden Erschließungskosten zu belasten. Der Preis des Grundstückes war danach bemessen worden, daß es sich um erschlossenes Bauland handelte. Danach hat sich aber der Verkäufer den Erschließungsvorteil zunutze gemacht und in die Preisbemessung einbezogen. Von daher entspricht es der Gerechtigkeit, wenn er dann auch für später anfallende Erschließungskosten aufzukommen hat, zumal diese auch Grundlage der Preisvorstellung des Käufers waren. Schließlich spricht auch die Stellung der Bestimmung im Rahmen der vertraglichen Ausgestaltung für die vorgenommene Auslegung. § 4 des notariellen Vertrages betrifft die Zahlung des Kaufpreises, während die Gewährleistungsrechte in § 3 des Vertrages aufgeführt sind. Die Annahme einer Zusicherung i. S. d. § 459 Abs. 2 BGB würde der Interessenlage der Parteien schon deshalb nicht gerecht, weil, schon wegen der kurzen Verjährungsfrist, die denkbaren Fallgestaltungen damit nicht hinreichend abgedeckt werden konnten. Es liegt auf der Hand, daß es sonst dem Zufall überlassen bliebe, ob die Erschließungskosten gerade noch im Rahmen der kurzen Verjährungsfrist anfallen würden oder nicht. Hier wird die vorgenommene Auslegung mit der Verjährungsfrist von 30 Jahren dem Sinn der getroffenen Vereinbarung, daß Erschließungskosten in den Risikobereich des Verkäufers fallen sollen, besser gerecht. Aus alledem folgt, daß der Anspruch der Kl. nicht verjährt ist.

2. Liegenschaftsrecht/WEG – Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Verwalter nach dem WEG

(BGH, Beschluß vom 18. 5. 1989 – V ZB 4/89)

WEG §§ 23 Abs. 1, 4; 26 Abs. 1; 43 Abs. 1

1. Ein Eigentümerbeschuß, der zwingende Vorschriften des WEG verletzt, ist nichtig.
2. Eine GbR kann nicht Verwalter nach dem WEG sein.
3. Die Nichtigkeit eines Eigentümerbeschlusses ist in einem gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen, auch wenn sie von dem Wohnungseigentumsrecht nicht festgestellt worden ist.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) ist Wohnungseigentümerin. Als Inhalt des Sondereigentums ist im Grundbuch eingetragen, daß zur Übertragung des Wohnungseigentums die schriftliche Zustimmung des Verwalters erforderlich ist. Die Bet. zu 1) ließ das Wohnungseigentum an den Bet. zu 2) auf. Die von den Wohnungseigentümern zu Verwaltern in der Rechtsform einer GbR bestellten Eheleute L. stimmten der Auffassung zu.

Das GBA hat den Antrag der Bet. auf Eintragung der Auffassung in das Grundbuch mit der Begründung beanstandet, die Zustimmung der

Verwalter sei unwirksam, weil eine BGB-Gesellschaft nicht zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden könne. Die Beschwerde des Bet. zu 2) hat das LG zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Bet. ihren Eintragungsantrag weiter.

Das BayObLG hält die Bestellung der Eheleute L. zu Verwaltern für nichtig und möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich hieran durch den Beschluß des OLG Frankfurt (DNotZ 1988, 707) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, daß die Nichtigkeit eines Eigentümerbeschlusses über die Bestellung von Eheleuten zu Verwaltern in der Rechtsform einer GbR auch von dem GBA zu beachten sei. Es will damit in der Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden Vorschrift von der Entscheidung des OLG Frankfurt abweichen, nach der das GBA so lange an einen Eigentümerbeschluß gebunden sei, als dessen Nichtigkeit nicht in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 43 WEG festgestellt worden ist.

Die weitere Beschwerde ist in der Sache nicht begründet. Der Senat teilt die Auffassung des vorlegenden Gerichts. Die Nichtigkeit eines Eigentümerbeschlusses ist in einem gerichtlichen Verfahren auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht vorher ausdrücklich auf einen Antrag nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG hin festgestellt worden ist.

Ein nichtiges Rechtsgeschäft läßt die gewollten Rechtswirkungen von Anfang an nicht eintreten. Die Nichtigkeit wirkt grundsätzlich für und gegen alle, bedarf keiner Geltendmachung und ist im gerichtlichen Verfahren von Amts wegen zu berücksichtigen (Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 15. Aufl., § 202, 15; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Aufl., § 30, Abschn. 3; Lorenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., § 23, Abschn. I; MünchKomm/Mayer-Maly, 2. Aufl., § 134 BGB, Rd.-Nr. 93; Soergel/Hefermehl, 12. Aufl., § 134 BGB, Rd.-Nr. 30; Palandt/Heinrichs, 48. Aufl., Überblick vor § 104 BGB, Anm. 4a). Sie kann zwar in einem gerichtlichen Verfahren nach Maßgabe der bestehenden Vorschriften (z. B. § 256 ZPO) ausdrücklich festgestellt werden; eine solche Entscheidung hat aber nur deklaratorische Bedeutung.

Hiervon macht § 23 Abs. 4 WEG keine Ausnahme. Vom Wortlaut her könnte allerdings angenommen werden, auch ein nichtiger Eigentümerbeschluß sei nur ungültig, wenn er im Verfahren gem. § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG für ungültig erklärt wird. Eine solche Auslegung wäre jedoch mit Sinn und Zweck der genannten Vorschrift nicht zu vereinbaren. Sie würde dazu führen, daß die Bet. – auch mit Außenwirkung gegenüber Dritten – durch Unterlassen eines Feststellungsantrages mit rechtlicher Wirkung auf die Einhaltung unverzichtbarer Rechtsvorschriften verzichten könnten. Genau dies wird aber in § 23 Abs. 4 S. 2 WEG als nicht zulässig vorausgesetzt (Bassenge, DNotZ 1988, 708, 710). § 23 Abs. 4 WEG regelt daher nur die Anfechtbarkeit von Beschlüssen; er soll die Anfechtungsklage ersetzen (Begründung zu § 23 des Regierungsentwurfs, abgedruckt bei Weitnauer, WEG, 6. Aufl., Anh. IV). Die Vorschrift befaßt sich dagegen nicht mit der Nichtigkeit von Beschlüssen und regelt auch nicht deren Wirkungen. Die Nichtigkeit kann zwar in einem Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG festgestellt werden. Allein aus der Tatsache, daß eine solche Feststellung möglich ist, folgt aber noch nicht, daß die Nichtigkeit erst mit einer solchen Entscheidung eintritt oder geltend gemacht werden darf. Dementsprechend hat der VII. Zivilsenat des BGH in BGHZ 54, 65, 69 entschieden, daß die Nichtigkeit eines Eigentümerbeschlusses, der seinem Inhalt nach gegen die guten Sitten oder gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot verstößt, von jedermann jederzeit und in jedem Verfahren, in dem es auf die Wirksamkeit des Beschlusses als Vorfrage ankommt, geltend gemacht werden kann, auch wenn ein Feststellungsantrag nach §§ 23 Abs. 4, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG nicht gestellt worden ist. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung (OLG Stuttgart OLGZ 1980, 70; MünchKomm/Röll, 2. Aufl., § 23 WEG, Rd.-Nr. 18; RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 23 WEG, Rd.-Nr. 12; Erman/Ganten, 7. Aufl., § 23 WEG, Rd.-Nr. 4; Weitnauer, 7. Aufl., § 23

WEG, Rd.-Nr. 5; Bärnmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 23 WEG, Rd. Nr. 32; Bärnmann/Pick, 11. Aufl., § 23 WEG, Anm. III 2; AK/Finger, §§ 20–29 WEG, Rd.-Nr. 12; Demharter, Rpfleger 1988, 184; Bassenge, DNotZ 1988, 708; Klumpp, DWE 1988, 118; a. A. Derleder, FS Seuss, 1987, 115, 129 f.).

Etwas anderes ergibt sich wohl auch nicht aus BGHZ 81, 35, 39. Dort hat der VII. Zivilsenat lediglich ausgeführt, daß die Nichtigkeit eines Wohnungseigentümerbeschlusses nicht vom Prozeßgericht, sondern im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom Wohnungseigentumsgericht festgestellt werden kann. Die zur Begründung in Bezug genommene Kommentierung von Bärnmann/Pick/Merle (4. Aufl., § 23 WEG, Rd.-Nr. 32) verdeutlicht, daß damit lediglich die Frage der Zuständigkeit für eine Feststellung der Nichtigkeit angesprochen wurde. Soweit die Entscheidung BGHZ 81, 35, 39 anders zu verstehen sein sollte, würde der – nunmehr zuständige – beschließende Senat an ihr nicht mehr festhalten.

Die zur Auflassung des Wohnungseigentums erforderliche Zustimmung des Verwalters ist unwirksam, weil die Bestellung der Eheleute L. zu Verwaltern in der Rechtsform einer GbR nichtig war. Ein Eigentümerbeschluß als Rechtsgeschäft ist insbesondere dann nichtig, wenn er gegen ein zwingendes gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt oder zwingende Vorschriften des WEG verletzt (BayObLGZ 1984, 198, 203 = DNotZ 1985, 416; MünchKomm/Röll, a. a. O., § 23 WEG, Rd.-Nr. 18; RGRK/Augustin, a. a. O., § 23 WEG, Rd.-Nr. 12; Weitnauer, a. a. O., § 23 WEG, Rd.-Nr. 5; Bärnmann/Pick/Merle, a. a. O., § 23 WEG, Rd.-Nrn. 25, 26; Bärnmann/Pick, a. a. O., § 23 WEG, Anm. III 2; Palandt/Bassenge, 48. Aufl., § 23 WEG, Anm. 4b ee).

Die Bestellung eines Verwalters ist unverzichtbar (§ 20 Abs. 2 WEG). Die Aufgaben und Befugnisse des Verwalters kann nur übernehmen, wer im Rechtsverkehr als natürliche oder juristische Person handlungsfähig ist (Merle, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, 1977, 72; Bader, FS Seuss, 1987, 1, 2; MünchKomm/Röll, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 2; Weitnauer, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 5). Dabei geht das Gesetz davon aus, daß die Verwaltung aus Gründen der erforderlichen Klarheit der Verantwortlichkeit nur einer einzelnen Person übertragen werden kann (MünchKomm/Röll, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 2; Weitnauer, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 1a). Eine Mehrheit von Personen darf daher nur dann zum Verwalter bestellt werden, wenn sie als rechtlich selbständige Einheit handlungsfähig ist. Das ist bei der GbR nicht der Fall. Sie ist im Unterschied zu den juristischen Personen und den Personengesellschaften des Handelsrechts (oHG, KG) ein Personenverband (MünchKomm/Ulmer, 2. Aufl., § 705 BGB, Rd.-Nr. 130), der rechtlich nicht als Gesellschaft, sondern nur durch die Gesamtheit der Mitglieder handlungsfähig ist. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht in dem Gesellschaftsvertrag abweichend von dem Gesetz regeln und einer Person übertragen können. Abgesehen davon, daß einer solchen Bestimmung mangels Eintragungsfähigkeit keine Publizitätswirkung zukommt, wird auch in diesem Fall die Verantwortlichkeit nicht – wie das WEG es vorsieht – auf eine Person konzentriert, sondern es bleiben sämtliche Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit berechtigt und verpflichtet. Aus diesem Grund kann eine GbR nicht Verwalter nach dem WEG sein. Dies entspricht einhelliger Meinung (OLG Köln, Beschl. v. 12. 7. 1988 – 16 Wx 58/88; LG Freiburg DNotZ 1985, 452; MünchKomm/Röll, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 2; BGB-RGRK/Augustin, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 4; Soergel/Baur, 11. Aufl., § 26 WEG, Rd.-Nr. 3; Erman/Ganten, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 1; Soergel/Stürner, 11. Aufl., Nachträge, § 26 WEG, Rd.-Nr. 3; Weitnauer, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 5; Bärnmann/Pick/Merle, a. a. O., § 26 WEG, Rd.-Nr. 9; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 26 WEG, Anm. 1; Bader, FS Seuss, 1987, 1, 2; Klumpp, DWE 1988, 118; a. A.: OLG Frankfurt, Beschl. v. 3. 2. 1989 – 20 W 259/88 – für die Anwaltssozietät; Merle, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, 1977, 73, 74).

Die Bestellung der Eheleute L. zu Verwaltern in der Rechtsform der GbR verstößt daher gegen zwingendes Recht und ist nichtig. Die daraus herrührende Unwirksamkeit der von ihnen erteilten Zustimmung zur Auflassung mußte das GBA von Amts wegen berücksichtigen.

Anmerkung (von Notarassessor Dr. Thomas Knoche LL.M.)

Die Entscheidung des BGH kommt nicht überraschend. Sie bestätigt die schon vorher h. M., nach der es rechtlich nicht möglich ist, Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu Verwaltern nach dem WEG zu bestellen. Eine abweichende Auffassung wurde vereinzelt im Schrifttum vertreten (vgl. etwa Merle, Bestellung und Abberufung des Verwalters nach § 26 des Wohnungseigentumsgesetzes, 1977, 73 f.), hat sich aber nicht durchsetzen können.

Der Beschluß der Wohnungseigentümer, der die Bestellung einer GbR zum Verwalter nach dem WEG vorsieht, ist nach der Entscheidung des BGH wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig. Aus diesem Grunde kann die Bestandskraft des Beschlusses nach Meinung des Gerichts auch nicht aus § 23 Abs. 4 WEG abgeleitet werden. Diese rechtliche Beurteilung ist jedenfalls in der Praxis zugrunde zu legen.

Die Entscheidung wirft die Frage auf, wie sich die vom BGH vertretene Auffassung auf sog. „Altgeschäfte“ auswirkt, in denen die Umschreibung des Wohnungs- oder Teileigentums bereits erfolgt ist. Haben im Zusammenhang mit bereits vollzogenen Kaufverträgen über Wohnungs- oder Teileigentum Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Verwalter nach dem WEG Zustimmungserklärungen gem. § 12 Abs. 1 WEG abgegeben, sind diese nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen nichtig, da es an einer wirksamen Verwalterbestellung fehlt. Da § 12 WEG – abweichend von § 137 BGB – eine allgemeine Veräußerungsbeschränkung mit der Wirkung einer Grundbuchsperrung enthält (vgl. dazu statt aller MünchKomm/Röll, 2. Aufl., § 12 WEG, Rd.-Nr. 7), hat dieser Umstand die (schwebende) Unwirksamkeit sowohl des Kaufvertrages als auch der Auflassung zur Folge. Die zwischenzeitlich erfolgte Umschreibung macht die Geschäfte nicht wirksam, da die Umschreibung keine Heilungswirkung entfalten kann. Der Vollzug im Grundbuch hat vielmehr dessen Unrichtigkeit zur Folge und löst einen Berichtigungsanspruch aus (vgl. dazu Bärman/Pick/Merle, 6. Aufl. 1987, § 12 WEG, Rd.-Nr. 46).

Bei der Frage, ob sich diese nachteiligen Rechtsfolgen vermeiden lassen, sind unterschiedliche Fallgestaltungen zu berücksichtigen. Ist die GbR durch eine Erklärung des teilenden (Allein-)Eigentümers oder durch einen einstimmigen Beschluß aller Wohnungseigentümer zum Verwalter bestellt worden, kommt gem. § 140 BGB eine Umdeutung dieser unwirksamen Verwalterbestellung in eine wirksame Vollmacht, die Zustimmungserklärungen gem. § 12 Abs. 1 WEG zu erteilen, in Betracht. Die Zustimmungserklärungen sind bei Zugrundelegung dieser Annahme nicht von den Verwaltern i. S. d. § 27 WEG mit gesetzlicher Vertretungsmacht, sondern von rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten abgegeben worden.

Durchgreifende Bedenken gegen eine Umdeutung gem. § 140 BGB sind nicht ersichtlich. Das nichtige Rechtsgeschäft – Verwalterbestellung – und das andere Rechtsgeschäft – Bevollmächtigung – sind im wesentlichen gleichartig. Auch der Verwalter, der rechtswirksam bestellt ist und in dieser Eigenschaft Zustimmungserklärungen gem. § 12 Abs. 1 WEG abgibt, handelt als mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer (vgl. dazu OLG Düsseldorf MittRhNotK 1984, 216). Der Verwalter, dem durch die Teilungserklärung die Aufgabe der Zustimmung zur Veräußerung zugewiesen ist, nimmt deshalb keine eigenen Rechte, sondern Rechte der Wohnungseigentümer wahr. Aus diesem Grunde kann die Zustimmung der Wohnungseigentümer zu der Veräußerung eines Wohnungseigentums die gem. § 12 WEG erforderliche Zustimmung des Verwalters ersetzen (vgl. dazu OLG Saarbrücken MittRhNotK 1989, 58). Einer besonderen Beschlußfassung bedarf es dazu nicht. Die Wohnungseigentümer können auch eine oder mehrere

Personen bevollmächtigen, diese Zustimmungserklärungen mit Wirkung für und gegen sie abzugeben.

Das „andere Rechtsgeschäft“ i. S. d. § 140 BGB ist auch wirksam. Die Unzulässigkeit der Bestellung einer GbR zum Verwalter nach den Vorschriften des WEG schließt es nicht aus, die Gesellschafter einer GbR in begrenztem Umfang z. B. zur Abgabe von Willenserklärungen zu bevollmächtigen.

Hält man die Umdeutung der wirksamen Verwalterbestellung in eine wirksame rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung deshalb für unmöglich, weil der Verwalter nach dem WEG, anders als der gem. §§ 164 ff. BGB Bevollmächtigte, mittelbarer Stellvertreter ist, käme auch die Umdeutung in eine Ermächtigung in Betracht.

Die Umdeutung gem. § 140 BGB scheidet freilich dann, wenn die GbR durch einen Mehrheitsbeschluß der Wohnungseigentümer oder durch einen einstimmigen Beschluß, an dem nicht alle Wohnungseigentümer mitgewirkt haben, bestellt worden ist. Dies ist die rechtlich schwierigste Fallgestaltung. Die Wohnungseigentümer, die gegen die Bestellung gestimmt haben oder an der Beschlußfassung nicht teilgenommen haben, haben keine Erklärung abgegeben, die sich in eine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung oder Ermächtigung umdeuten ließen. Nach m. A. müßte sich dieser Personenkreis die von den Verwaltern abgegebenen Zustimmungserklärungen nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zurechnen lassen. Auch die Wohnungs- und Teileigentümer, die an der Beschlußfassung entweder nicht teilgenommen oder gegen die Bestellung der Verwalter gestimmt haben, haben diese letztlich „gewähren lassen“. Sie haben die Nichtigkeit der Verwalterbestellung nicht geltend gemacht, obwohl sie dazu die rechtliche Möglichkeit gehabt hätten. Dadurch haben sie in zurechenbarer Weise einen Rechtsschein erzeugt, der bei Dritten, etwa Erwerbern, ein Vertrauen geschaffen hat, das nicht später unter Hinweis auf Bestimmungsmängel enttäuscht werden darf. Die Anwendung der Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht in den Fällen der rechtsfehlerhaften Verwalterbestellung wird auch im Schrifttum befürwortet (vgl. etwa Weitnauer, 7. Aufl. 1988, § 26 WEG, Rd.-Nr. 15; Merle, a. a. O., 107).

Folgt man diesen Ausführungen, sind die Zustimmungserklärungen und damit auch die betroffenen Kaufverträge und Auflassungen wirksam, die Umschreibungen entsprechen dem materiellen Recht und die Grundbücher sind richtig. Bei Zugrundelegung dieser Auffassung erscheint es auch vertretbar, bereits abgeschlossene Vorgänge nicht wieder aufzugreifen. Da andererseits aber nicht sicher ist, ob sich ein Gericht im Streitfall dieser Auffassung anschließt, können allgemein gültige Empfehlungen nicht gegeben werden. Die verbleibende Unsicherheit beruht letztlich darauf, daß die Entscheidung selbst die Rechtsfolgen dieser „Rückwirkung“ nicht bedacht hat.

3. Liegenschaftsrecht/WEG – Nachträgliche Begründung von Sondernutzungsrechten

(BayObLG, Beschluß vom 30. 6. 1989 – BReg. 2 Z 47/89 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 892; 893

GBO §§ 19; 53 Abs. 1 S. 2; 71 Abs. 2

WEG §§ 5 Abs. 4; 10 Abs. 2; 15 Abs. 1

- 1. Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb eines Wohnungseigentums erstreckt sich auch auf Bestand und Umfang eines Sondernutzungsrechts.**
- 2. Bei der nachträglichen Begründung eines Sondernutzungsrechts müssen alle Wohnungseigentümer gem. § 19 GBO die Eintragung in das Grundbuch bewilligen. Bewilligen müssen die Eintragung aber auch diejenigen, denen an einem Wohnungseigentum ein dingliches Recht zusteht, somit auch diejenigen, zu deren Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist.**

3. Ist eine Vollmacht nicht ausschließlich zur Bewilligung einer Eintragung im Grundbuch, sondern in erster Linie zur Vornahme eines materiell-rechtlichen Geschäfts erteilt worden, so kann im Grundbuchverfahren vom Rechtsbeschwerdegericht die Auslegung des LG zum Vollmachtsumfang nur auf Rechtsfehler überprüft werden.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. sind Wohnungseigentümer in einer aus 20 Eigentumswohnungen und einem Teileigentum bestehenden Wohnanlage. Das Wohnungs- und Teileigentum wurde mit Teilungserklärung vom 7. 5. 1982 begründet. Über den Dachraumwohnungen der Anlage befindet sich jeweils ein Spitzboden. Die Spitzböden werden in der Teilungserklärung nicht erwähnt und im Aufteilungsplan nicht dargestellt. Der vom teilenden Grundstückseigentümer mit den Bet. zu 1) am 22. 6. 1982 geschlossene Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung enthält folgende Bestimmungen:

III. ...

Klargestellt wird, daß der Spitzbodendachraum zu den darunter liegenden Dachraumwohnungen gehört und nur von diesen aus genutzt werden darf, nachdem er nur von diesen Wohnungen aus zugänglich ist. Der Käufer erkennt dieses Nutzungsrecht für sich und seine Rechtsnachfolger an.

XV. Der Käufer bevollmächtigt den Verkäufer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB

1. für ihn alle zum grundbuchamtlichen Vollzug erforderlichen Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen,

2. alle Rechtsgeschäfte i. S. d. Abschn. III zu betätigen und entsprechende Nachträge zur Teilungserklärung, auch nach grundbuchamtlichem Vollzug, und zum Kaufvertrag zu errichten, ...

Die Kaufverträge mit den übrigen Erwerbern der Eigentumswohnanlage enthalten gleichlautende Bestimmungen. Sämtliche Wohnungen sind im Herbst 1983 fertiggestellt und an die Käufer übergeben worden. Die Käufer der Wohnungen, mit Ausnahme der Bet. zu 1), sind 1987 im Grundbuch eingetragen worden. Für die Bet. zu 1) war am 30. 7. 1982 eine Auflassungsvormerkung gebucht worden. Als Eigentümer sind sie 1988 im Grundbuch eingetragen worden.

Der ursprüngliche Grundstückseigentümer, der zunächst Eigentümer aller Einheiten geblieben war, bestellte mit notarieller Urkunde vom 3. 6. 1985 aufgrund der in den Kaufverträgen mit den künftigen Wohnungseigentümern getroffenen Vereinbarungen den Bet. zu 2) bis 7) ein Sondernutzungsrecht an den jeweils oberhalb ihrer Dachraumwohnung befindlichen Spitzböden. Dieses Sondernutzungsrecht hat folgenden Inhalt:

Der Spitzboden kann vom Wohnungseigentümer nach Maßgabe des § 2 der Gemeinschaftsordnung genutzt werden. Hierzu gehört auch die Nutzung zu Wohnzwecken. Eine bauliche Veränderung ist nur insoweit gestattet, als eine hierzu erforderliche baurechtliche Genehmigung erteilt wird. Der Ausbau ist alleinige Angelegenheit des betreffenden Wohnungseigentümers.

Der ursprüngliche Grundstückseigentümer bewilligte und beantragte ferner die Eintragung der bestellten Sondernutzungsrechte im Grundbuch. Die eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger stimmten der Bestellung der Sondernutzungsrechte zu.

Die Eigentumsanwärter, mit Ausnahme der Bet. zu 1), erörterten in der Wohnungseigentümersammlung vom 9. 10. 1985 die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Nachtrag in das Grundbuch bezüglich des Sondernutzungsrechts für die Spitzböden über den Dachwohnungen eingetragen werden solle. Einstimmig beschlossen sie sodann „die Vorlage der Zustimmungserklärung zum Eintrag des Sondernutzungsrechts beim GBA“. Die Bet. zu 1) haben beim Wohnungseigentumsgericht beantragt, diesen Beschluß für ungültig zu erklären. Hierüber ist noch nicht entschieden. Im Grundbuch wurden die Sondernutzungsrechte für die Bet. zu 2) bis 7) eingetragen.

Das AG hat das Verlangen der Bet. zu 1) abgelehnt, gegen die Eintragung der Sondernutzungsrechte einen Amtswiderspruch einzutragen oder die Eintragung zu löschen. Das LG hat die Beschwerde der Bet. zu 1) zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde hat insoweit Erfolg, als ein Widerspruch dagegen einzutragen ist, daß das Sondernutzungsrecht zur Nutzung zu Wohnzwecken und zu baulichen Veränderungen berechtigt. Im übrigen ist die weitere Beschwerde unbegründet.

1. Die Bet. zu 1) begehren in erster Linie die Löschung der eingetragenen Sondernutzungsrechte. Dieses Ziel können sie jedoch im Hinblick auf § 71 Abs. 2 S. 1 GBO nicht erreichen, denn nach dieser Vorschrift kann eine Eintragung, an die sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, nicht gelöscht werden (Horber/Demharter, 17. Aufl., § 71 GBO, Anm. 12b). Das im Grundbuch eingetragene Sondernutzungsrecht ist Inhalt des jeweiligen Sondereigentums (§§ 5 Abs. 4; 8 Abs. 2 S. 1; 10 Abs. 2 WEG). Das Sondereigentum wiederum ist wesentlicher Bestandteil des Wohnungseigentumsrechts. Der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb eines Wohnungseigentums erstreckt sich daher auch auf Bestand und Umfang eines Sondernutzungsrechts (OLG Stuttgart OLGZ 1986, 35; vgl. Ertl, FS Seuss, 151, 160 f., aber auch Weitnauer, 7. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 34).

Eine Löschung der eingetragenen Sondernutzungsrechte kommt daher nicht in Betracht. Auch als inhaltlich unzulässig können die Sondernutzungsrechte nicht gelöscht werden (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO). Dies wäre nur möglich, wenn die Begründung eines Sondernutzungsrechts, das auch zur Vornahme baulicher Veränderungen berechtigt, schlechterdings unzulässig wäre (vgl. KG Rpfleger 1983, 20 f.).

Die Auffassung, Sondernutzungsrechte müßten sich auf bestimmte einzelne Nutzungsarten beschränken, findet im Gesetz keine Stütze. Teile des gemeinschaftlichen Eigentums können einzelnen Wohnungseigentümern vielmehr nicht nur in einzelnen Beziehungen, sondern auch ausschließlich zur Nutzung, einschließlich der Befugnis zu baulichen Veränderungen i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG, zugewiesen werden (BayObLGZ 1981, 56, 60 f.; BayObLG, Beschluß vom 10. 5. 1989 – BReg. 2 Z 121/88). Die zitierte Entscheidung des KG beruht nicht auf dessen abweichender Ansicht, so daß eine Vorlage an den BGH zur Klärung dieser Rechtsfrage nicht erforderlich ist.

2. Es ist jedoch ein Amtswiderspruch einzutragen. Dies setzt nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO voraus, daß das GBA eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dabei muß die Gesetzesverletzung durch das GBA feststehen; die Unrichtigkeit des Grundbuchs muß glaubhaft sein (BayObLGZ 1986, 513, 515 = DNotZ 1987, 621). Beide Voraussetzungen liegen vor, soweit die Sondernutzungsrechte nach dem Grundbucheintrag zur Nutzung zu Wohnzwecken und zu baulichen Veränderungen berechtigen.

a) Das GBA hat bei der Eintragung der Sondernutzungsrechte gesetzliche Vorschriften verletzt.

Die Begründung von Sondernutzungsrechten führt zu einer Änderung des Inhalts des Sondereigentums bei allen Wohnungseigentumsrechten. Sie bedarf daher nach §§ 873, 877 BGB der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer (BGHZ 91, 343, 345 f. = DNotZ 1984, 659; BayObLGZ 1985, 124, 127 = DNotZ 1986, 87; OLG Frankfurt OLGZ 1986, 38). Deshalb müssen alle Wohnungseigentümer die Eintragung eines Sondernutzungsrechts im Grundbuch auch gem. § 19 GBO bewilligen. Bewilligen müssen die Eintragung aber auch diejenigen, denen an einem Wohnungseigentum ein dingliches Recht zusteht, denn nach §§ 877, 876 S. 1 BGB ist materiell-rechtlich ihre Zustimmung erforderlich (BGHZ 91, 343, 346 = DNotZ 1984, 659). Zu den dinglich Berechtigten gehört hier auch derjenige, zu dessen Gunsten eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist (BayObLGZ 1974, 217 = DNotZ 1975, 31; 1985, 124, 127 = DNotZ 1986, 87).

Hier waren die Bet. zu 1) zum Zeitpunkt der Eintragung der Sondernutzungsrechte für die Bet. zu 2) bis 7) (7. 4. 1988) noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen; dies ist erst am 17. 5. 1988 geschehen. Für sie war jedoch am 30. 7. 1982 eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden. Unter Heranziehung der oben genannten Grundsätze war zur Eintragung der Sondernutzungsrechte somit ihre Bewilligung erforderlich.

(1) Die Eintragungsbewilligung kann auch durch einen Vertre-

ter abgegeben werden (Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 16a). Das GBA hat in diesem Fall nicht nur die Wirksamkeit der Vollmacht, sondern insbesondere auch ihren Umfang selbständig zu prüfen (BayObLGZ 1974, 294, 298 = DNotZ 1975, 308; BayObLG Rpfleger 1986, 216). Bei Zweifeln ist der Umfang der Vollmacht durch Auslegung zu ermitteln; dabei gelten die für Grundbucheintragungen aufgestellten Grundsätze (BayObLGZ 1984, 155, 157 f.). Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BayObLGZ 1984, 122 ff. = DNotZ 1984, 562). Bestehen Zweifel an dem in Anspruch genommenen Vollmachtsumfang, so ist, wenn der behauptete Vollmachtsumfang nicht in grundbuchmäßiger Form (vgl. § 29 GBO) nachgewiesen ist, nur von dem geringeren Umfang auszugehen (BayObLG NJW-RR 1987, 792 f.). Hat das LG die Erklärung ausgelegt, so kann diese Auslegung, im Rechtsbeschwerdeverfahren nur beschränkt, nämlich auf Rechtsfehler überprüft werden. Dies gilt, weil die Vollmacht hier nicht ausschließlich zur Bewilligung der Eintragung, sondern in erster Linie zur Vornahme des materiell-rechtlichen Geschäfts erteilt ist und daher nicht nach rein verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt werden kann. Ein Rechtsfehler liegt u. a. dann vor, wenn der Tatrichter nicht alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt hat. Leidet die Auslegung des LG an einem solchen Fehler, so kann das Rechtsbeschwerdegericht die Erklärung anstelle der Tatsacheninstanzen selbst auslegen (BayObLG MittBayNot 1987, 140).

Das LG hat den Umfang der Vollmacht nicht im einzelnen geprüft. Der Senat holt dies nach:

Im Kaufvertrag wurde „klargestellt“, daß der Spitzbodendachraum zu den darunter liegenden Dachraumwohnungen gehört und nur von diesen aus genutzt werden darf, nachdem er nur von diesen Wohnungen aus zugänglich ist. Der Käufer erkannte ferner dieses Nutzungsrecht für sich und seine Rechtsnachfolger an. Allein die Zuordnung eines nicht ausgebauten Spitzbodendachraumes zu der darunter liegenden Wohnung rechtfertigt nicht den Schluß, daß damit auch der Ausbau und eine Nutzung des Spitzbodendachraumes zu Wohnzwecken gestattet ist. Vielmehr kommt nur eine Nutzung als „Spitzbodendachraum“ in Betracht. Der Senat, dem insoweit die obergerichtliche Rspr. gefolgt ist (vgl. KG ZMR 1986, 296; OLG Stuttgart NJW 1987, 385; OLG Zweibrücken ZMR 1987, 228), hat wiederholt entschieden (vgl. BayObLG WuM 1989, 262; BayObLG NJW-RR 1989, 719), daß die Bezeichnung eines Raums in der Teilungserklärung oder der Gemeinschaftsordnung zum Beispiel als „Laden“ oder „Speicher“ eine Zweckbestimmung enthält mit der Folge, daß dieser Raum nur als Laden oder Speicher und nicht zu einem anderen Zweck genutzt werden darf. Diese Grundsätze gelten auch hier. Dies schließt die Begründung von Sondernutzungsrechten zu Wohnzwecken mit der Befugnis, bauliche Veränderungen vorzunehmen, aufgrund der erteilten Vollmachten aus.

(2) Soweit als Inhalt der Sondernutzungsrechte im Grundbuch die Berechtigung zum Ausbau der Spitzböden und zu deren Nutzung zu Wohnzwecken eingetragen ist, war dies durch die Vollmacht nicht gedeckt. Bezüglich der Eintragung der Sondernutzungsrechte als solchen lag aber eine wirksame Eintragungsbewilligung vor. Die insoweit auch von den Bet. zu 1) erteilte Vollmacht konnte von diesen nicht widerrufen werden. Ob eine Vollmacht unwiderruflich ist, beurteilt sich gem. § 168 Abs. 2 BGB nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Daraus kann sich ein stillschweigender Ausschluß des Widerrufsrechts ergeben, insbesondere dann, wenn die Bevollmächtigung nach Grund und Zweck einem besonderen Interesse des Bevollmächtigten dient (BGH WM 1985, 646 f.; Palandt/Heinrichs, 48. Aufl., § 168 BGB, Anm. 3b). Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Veräußerer der Wohnanlage hatte, nachdem eine entsprechende Regelung in der Teilungserklärung versehentlich unterblieben war, wegen des beabsichtigten Verkaufs der Dachraumwohnungen ein erhebliches Interesse an den in allen Kaufverträgen mit den Erwerbenden enthaltenen Klarstellungen, daß der Spitzbodendachraum zu den jeweils

darunter liegenden Dachraumwohnungen gehört und daß den jeweiligen Eigentümern dieser Wohnungen ein Sondernutzungsrecht daran eingeräumt wird. Auch die Zustimmung der Bet. zu 1) zu einer solchen nachträglichen Änderung der Teilungserklärung sollte durch die im Kaufvertrag vom 22. 6. 1982 enthaltene Vollmacht der Bet. zu 1) abgesichert werden.

b) Durch die Eintragung der Sondernutzungsrechte ist das Grundbuch in dem eingangs dargelegten Umfang unrichtig geworden.

(1) Eine materiell-rechtlich wirksame Vereinbarung der Wohnungseigentümer mit dem Inhalt, daß sich das Sondernutzungsrecht an den Spitzböden auch auf deren Ausbau und die Nutzung zu Wohnzwecken bezieht, wurde nicht getroffen. Es fehlt an der nach §§ 876 S. 1; 877 BGB erforderlichen Zustimmung der Bet. zu 1). Der für sie handelnde Vertreter hatte nicht die erforderliche Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1 BGB), denn die Vollmacht reichte nicht dafür aus, die Sondernutzungsrechte mit dem im Grundbuch eingetragenen Umfang zu begründen. Insoweit gilt, was für die Vollmacht zur Abgabe der Eintragungsbewilligung ausgeführt wurde, weil es sich um ein und dieselbe Vollmacht handelt.

(2) Eine Gebrauchsregelung mit dem Inhalt, daß einem Wohnungseigentümer der Gebrauch eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums allein, d. h. unter Ausschluß aller anderen Wohnungseigentümer, zustehen soll, kann nicht nur durch Vereinbarung aller Wohnungseigentümer (§ 15 Abs. 1 WEG) getroffen werden, sondern gem. § 15 Abs. 2 WEG auch durch Eigentümerbeschluß (BayObLG WuM 1987, 328). Dieser bindet, auch wenn er angefochten ist, die Wohnungseigentümer und deren Rechtsnachfolger, solange er nicht gem. § 23 Abs. 4 WEG im Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG für ungültig erklärt wird (BGHZ 54, 65, 69 f.). In das Grundbuch kann ein solcher Beschluß allerdings nicht eingetragen werden (BayObLG DNotZ 1984, 101, 103).

Ein solcher Eigentümerbeschluß könnte am 9. 10. 1985 gefaßt worden sein. Damals wurde in Abwesenheit der Bet. zu 1) die Frage erörtert, ob und mit welchem Inhalt ein Nachtrag in das Grundbuch bezüglich des Sondernutzungsrechts für die Spitzböden eingetragen werden soll. Anschließend beschlossen die Wohnungseigentümer einstimmig „die Vorlage der Zustimmungserklärung zu der notariellen Nachtragsurkunde vom 3. 6. 1985 beim GBA“. Das LG hätte die rechtliche Bedeutung dieser Beschlußfassung würdigen müssen. Da dies nicht geschehen ist, kann es der Senat nachholen, weil eine weitere Sachaufklärung nicht erforderlich ist (BayObLGZ 1985, 244, 247; Horber/Demharter, § 78 GBO Anm. 4c).

Beschlüsse der Wohnungseigentümer müssen in erster Linie nach objektiven Maßstäben ausgelegt werden; dies gilt insbesondere dann, wenn sie eine für Dauer bestimmte Regelung treffen sollen, weil solche Beschlüsse nach § 10 Abs. 3 WEG Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers binden (vgl. KG OLGZ 1981, 307, 309; Weitnauer, § 23 WEG, Rd.-Nr. 3n). Hier beinhalten Sinn und Wortlaut des Beschlusses, daß nicht eine bestimmte Gebrauchsregelung getroffen werden sollte. Die Wohnungseigentümer sind vielmehr von der bereits vorgenommenen Begründung von Sondernutzungsrechten ausgegangen; sie stimmten nur noch darüber ab, ob die für erforderlich gehaltenen Zustimmungserklärungen der einzelnen Wohnungseigentümer dem GBA vorgelegt werden sollten. Der Beschluß hatte damit rein formellen und keinen materiellen Regelungsgehalt.

4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Rückwirkende Abtretung von Zinsen einer Eigentümergrundschuld

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14. 8. 1989 – 3 Wx 279/89 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Wolfgang Gottschalg, Düsseldorf)

BGB § 1197 Abs. 2

Die Vorschrift des § 1197 Abs. 2 BGB steht einer Abtretung

der Eigentümergrundschuld mit Zinsen seit dem Tag der Eintragung der Grundschuld nicht entgegen.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 2) sind die im Grundbuch eingetragenen Eigentümer in Erbengemeinschaft. In Abt. III sind Eigentümergrundschulden in Höhe von 25.000,- DM und 60.000,- DM mit jeweils 15 % Jahreszinsen seit dem 2. 7. 1981 als Briefrechte eingetragen.

Die Bet. zu 1) und 2) haben am 21. 3. 1989 für jede dieser Eigentümergrundschulden eine notariell beglaubigte Abtretungserklärung beim GBA eingereicht, mit welcher sie die jeweilige Eigentümergrundschuld mit Zinsen und Nebenleistungen an dem Tage der Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch an die Bet. zu 3) abgetreten und gleichzeitig die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch beantragt und bewilligt haben.

Das AG hat den Ast. mitgeteilt, der Erledigung des Antrages stehe entgegen, daß dem Eigentümer gem. § 1197 Abs. 2 BGB grundsätzlich keine Zinsen zustünden, so daß die Zinsen frühestens ab Wirksamwerden der Abtretung der Eigentümergrundschuld entstehen und abgetreten werden könnten. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Bet. zu 1) und 2) ist vom LG zurückgewiesen worden. Gegen die Entscheidung des LG wenden sich die Bet. zu 1) und 2) mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig und auch begründet. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kann eine Eigentümergrundschuld mit rückwirkendem Zinsbeginn abgetreten werden. Die Vorschrift des § 1197 Abs. 2 BGB steht einer Abtretung der Eigentümergrundschuld mit Zinsen seit dem Tag der Eintragung der Grundschuld nicht entgegen.

Der erkennende Senat schließt sich insofern der jüngsten Rspr. des BayObLG (BayObLGZ 1987, 241 = DNotZ 1988, 116 = MittRhNotK 1987, 227 unter Aufgabe der früheren Rspr.: BayObLGZ 1976, 44 = DNotZ 1976, 494 und DNotZ 1979, 221) und des OLG Köln (WM 1984, 1475) an. Diese Rspr. überzeugt aus folgenden Gründen:

Eine Eigentümergrundschuld kann – wie jede sonstige Grundschuld – als verzinsliches Recht bestellt werden (BGH NJW 1975, 1356 m. w. N. = DNotZ 1975, 617). Die Eigentümergrundschuld gewährt grundsätzlich die gleichen Rechte wie eine Fremdgrundschuld. § 1197 BGB ordnet lediglich Beschränkungen des Eigentümers hinsichtlich des Anspruchs aus § 1147 BGB und hinsichtlich des Zinsrechts an. Dies bedeutet jedoch nicht, daß diese Ansprüche nicht mehr Inhalt des Rechts wären, sondern nur, daß sie, solange das Recht dem Eigentümer zusteht, von diesem nicht geltend gemacht werden können. Die Regelung beinhaltet also lediglich eine persönliche Beschränkung des Eigentümers, sie bedeutet eine „temporäre Suspendierung von Einzelbefugnissen aus dem Recht für die Zeit der Rechtsinhaberschaft des Eigentümers“ (MünchKomm/Eickmann, 2. Aufl., § 1197 BGB, Rd.-Nr. 1). Für die Dauer der Vereinigung von Grundstückseigentum und Grundschuld in einer Person ruht die Verzinslichkeit der Grundschuld nur (so auch BayObLGZ 1978, 136, 138 = DNotZ 1978, 550). Da das Zinsrecht von Anfang an bestanden hat und existent geblieben ist – es war lediglich in der Hand des Eigentümers gehemmt – können Grundschuldzinsen bei Abtretung einer Eigentümergrundschuld rückwirkend auf den Zeitpunkt der Zinsbewilligung abgetreten werden.

§ 1197 Abs. 2 BGB dient dem Schutz der übrigen Realgläubiger vor den Interessen des Eigentümers und will verhindern, daß diesem die Nutzung des Grundstücks und die Zinsen aus der Grundschuld zufließen. Dem Eigentümer sollen die Zinsen als eine Belastung der Einkünfte aus dem Grundstück solange nicht zustehen, wie ihm die Einkünfte zufließen (Motive zum BGB, Bd. III, 734). Tritt der Eigentümer das – bestehen gebliebene – Zinsrecht ab, so entfällt für den Zeitraum, der von der Abtretung erfaßt wird, das Nebeneinander von Nutzung und Zinsgenuß des Eigentümers, weil dann Nutzungen und Zinsen verschiedenen Berechtigten zustehen. Der Gesetzeszweck greift dann nicht mehr ein (MünchKomm/Eickmann, § 1197 BGB, Rd.-Nr. 9).

Der Umstand, daß nach § 1197 Abs. 2 BGB dem Eigentümer die Zinsen nicht „gebühren“, steht einer Verfügung durch Abtretung der Zinsen nicht entgegen. Denn der Ausschluß der Verfügbarkeit der Zinsen aufgrund § 1197 Abs. 2 BGB reicht, wie das OLG Köln (WM 1984, 1476) zutreffend hervorgehoben hat, nicht weiter als der Schutzzweck dieser Norm. Die rückwirkende Zinsabtretung führt weder zu einer Kumulation von Eigentumsnutzung und Zinsgewinn beim Grundschuldinhaber noch zu einer Benachteiligung nachrangiger Grundpfandgläubiger. Diese können aus dem Grundbucheintrag ohne weiteres erkennen, welchen Inhalt die ihnen vorgehende Eigentümergrundschuld hat und insbesondere welches Zinsvolumen damit verbunden ist. Derjenige, der sich nachrangig ein Recht einräumen läßt, muß von vornherein mit der Geltendmachung des Zinsanspruchs des ihm im Rang vorgehenden, als Eigentümergrundschuld eingetragenen Rechts durch einen Zessionar rechnen.

Die hier vertretene Auffassung wird schließlich auch den praktischen Bedürfnissen im vorliegenden Falle der Abtretung einer Eigentümerbriefgrundschuld eher gerecht. Da die Briefgrundschuld gem. §§ 1192, 1154 Abs. 1 BGB außerhalb des Grundbuchs, nämlich durch Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Briefübergabe abgetreten werden kann, wird der genaue Zeitpunkt der Abtretung häufig nicht durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden belegt sein. Käme es für die Entstehung des Zinsanspruchs auf diesen Zeitpunkt an, so kann dies zu Beweisschwierigkeiten führen (so BayObLGZ 1987, 241, 243 = DNotZ 1988, 116 = MittRhNotK 1987, 227). Diese Schwierigkeiten werden vermieden, wenn § 1197 Abs. 2 BGB so ausgelegt wird, daß er der Abtretung der Eigentümergrundschuld mit Zinsen auch für die vor der Abtretung liegende Zeit nicht entgegensteht.

Mit dieser rechtlichen Beurteilung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zur Rspr. des BGH. Der 5. Senat des BGH hat vielmehr in seinem auf Vorlage des OLG Köln ergangenen Beschluß vom 3. 10. 1985 (NJW 1986, 314 = DNotZ 1986, 227 = MittRhNotK 1985, 233) die Rechtsfrage, ob Zinsen einer Eigentümergrundschuld rückwirkend abgetreten werden können, ausdrücklich offengelassen. In seinem Urteil vom 16. 5. 1975 (NJW 1975, 1356 = DNotZ 1975, 617) hat der 5. Senat u. a. ausgeführt, die Zinsbeschränkung gelte nur während der Dauer der Vereinigung von Eigentum und Grundschuld in einer Person, hinsichtlich der Zinsen entstehe die Belastung ebenfalls bereits mit Bestellung der Eigentümergrundschuld. Dies deutet darauf hin, daß der BGH ebenfalls die rückwirkende Abtretung von Zinsen einer Eigentümergrundschuld für zulässig hält.

5. Liegenschaftsrecht/Erbaurecht · Bestimmtheit des Heimfallanspruchs

(LG Düsseldorf, Beschluß vom 8. 6. 1989 – 25 T 366/89 – mitgeteilt von Notar Dr. Siegm. Rothstein, Düsseldorf-Benrath)

ErbbauVO § 2 Ziff. 4

Es reicht aus, die den Heimfallanspruch begründenden „bestimmten Voraussetzungen“ i. S. d. § 2 Ziff. 4 ErbbauVO mit Rechtsbegriffen wie „wichtiger Grund“ oder „unbillige Härte“ zu umschreiben.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Durch notariellen Vertrag hat die Bet. zu 1) von der Bet. zu 2) ein Erbbaurecht erworben.

Unter § 9 Abs. 1 f. des notariellen Vertrages haben die Parteien folgendes vereinbart:

„1. Die Grundstückseigentümerin ist berechtigt, von der Erbbauberechtigten die Übertragung des Erbaurechtes zu verlangen, wenn ...

f) oder sonst ein wichtiger Grund gegeben ist, der in der Person des Erbbauberechtigten liegt, der die Fortsetzung des Erbbaurechts für den Grundstückseigentümer unzumutbar macht.“

Durch den angefochtenen Beschluß hat das GBA den Antrag der Bet. zu 1) und 2) auf Eintragung der vorstehenden Vereinbarung mit dinglicher Wirkung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die dagegen eingelegte Erinnerung gilt nunmehr als Beschwerde, die zulässig und in der Sache auch begründet ist.

Nach § 2 Ziff. 4 ErbbauVO gehören zum Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall). Grund dafür, daß die Voraussetzungen für die Ausübung des Heimfallanspruches von den Bet. vertraglich zu vereinbaren sind, ist der Umstand, daß eine gesetzliche Regelung fehlt. Dies hat aber auch zur Folge, daß die Praxis den Vereinbarungen über das Heimfallrecht einen sehr weiten Spielraum läßt, sofern nur ein Zusammenhang zwischen dem Erbbaurecht und dem Anspruch auf Heimfall besteht und nicht einer der Ausnahmetatbestände i. S. d. §§ 6 Abs. 2 und 9 Abs. 3 ErbbauVO vorliegt (LG Oldenburg Rpfleger 1979, 383; Haegele/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr.1761; Ingenstau, 5. Aufl., § 2 ErbbauVO, Rd.-Nr. 44; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Kapitel, Rd.-Nr. 78; Palandt/Bassenge, 47. Aufl., § 2 ErbbauVO, Anm. 2d; Räfle, § 2 ErbbauVO, Rd.-Nr. 23).

Mit dem Begriff „bestimmte Voraussetzung“ kann jede denkbare Vereinbarung zum Heimfallanspruch ausgestaltet werden. Es genügt dabei, daß die den Heimfallanspruch begründenden „bestimmten Voraussetzungen“ mit einem unbestimmten Rechtsbegriff umschrieben sind, z. B. den Begriff „wichtiger Grund“, oder „unbillige Härte“; im Streitfall kann das Vorliegen der „bestimmten Voraussetzungen“ für den Heimfallanspruch genauso festgestellt werden wie etwa der Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die Unzumutbarkeit als Kündigungsgrund bei Dauerschuldverhältnissen. Aus diesem Grund ist nicht noch zusätzlich auf das grundbuchrechtliche Bestimmtheitsprinzip abzustellen, vielmehr muß zwischen den Grundbucheintragungen und Grundbucheintragungen einerseits und dem Inhalt eines Rechts andererseits unterschieden werden. Entscheidend ist allein, daß die Voraussetzungen des Heimfalls unzweideutig festgestellt werden können und keinen Anlaß zu Zweifeln und Auslegungsschwierigkeiten geben (vgl. LG Oldenburg Rpfleger 1979, 383; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 1761; v. Oefele/Winkler, a.a.O., 4. Kapitel, Rd.-Nr. 79; Räfle, § 2 ErbbauVO, Rd.-Nr. 24).

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Grundsätze vermag die Kammer der Auffassung des AG nicht zu folgen, daß die von den Bet. zu 1) und 2) unter § 9 Abs. 1 f des notariellen Vertrages getroffene Vereinbarung nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz entspricht. Bei diesem vereinbarten Heimfallanspruch handelt es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch, der im Erbbaurecht dinglich zu sichern ist. Daraus folgt jedoch nicht, daß dieser schuldrechtliche Anspruch genauso klar, bestimmt und eindeutig sein muß, wie ein dingliches Recht, dessen Grenzen deshalb für jedermann deutlich sein müssen, weil jede Überschreitung rechtswidrig ist. Entscheidend ist, daß der Heimfallanspruch selbst kein dingliches Recht ist, weil sich durch den Eintritt seiner Voraussetzungen die dingliche Rechtslage nicht ändert. Vielmehr hat der Grundstückseigentümer nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts, den er geltend machen kann, aber nicht geltend machen muß. Entschließt er sich zur Geltendmachung, muß im Streitfall das Gericht entscheiden, ob der Erbbauberechtigte zur Rückübertragung des Erbbaurechts verpflichtet ist; d. h. im vorliegenden Fall ist zu entscheiden, ob ein in der Person des Erbbauberechtigten liegender wichtiger Grund gegeben ist, der die Fortsetzung des Erbbaurechts für den Grundstückseigentümer unzumutbar macht. Die möglichen Unklarheiten, die

sich aus der Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „wichtiger Grund“ und „unzumutbar“ ergeben können, belasten weder den Grundstücksverkehr noch das Grundbuchwesen. Zu Recht weisen die Bet. zu 1) und 2) darauf hin, daß die Zweifel, die sich bei der Feststellung ergeben können, ob aus einem in der Person des Erbbauberechtigten liegenden wichtigen Grund die Fortsetzung des Erbbaurechtsverhältnisses für den Grundstückseigentümer unzumutbar ist, grundsätzlich nicht anderer Art als etwa Unklarheiten darüber sind, unter welchen Voraussetzungen von einer Verwahrlosung der Bauwerke und Anlagen auszugehen ist (vgl. § 9 Abs. 1b des notariellen Vertrages).

6. Gesellschaftsrecht/KG – Testamentsvollstreckung für Kommanditanteile

(BGH, Urteil vom 3. 7. 1989 – II ZB 1/89)

BGB § 2205

HGB §§ 161; 107

- 1. Ist für einen Kommanditteil Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, dann kann der Testamentsvollstrecker grundsätzlich die mit der Beteiligung verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausüben. Einschränkungen können sich insbesondere daraus ergeben, daß der Testamentsvollstrecker nicht befristet, den Erben persönlich zu verpflichten.**
- 2. Den durch die Vererbung eines Kommanditanteils eintretenden Gesellschafterwechsel hat, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist, der Testamentsvollstrecker zum Handelsregister anzumelden.**

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) und 2) sind je zur Hälfte die alleinigen Erben ihres verstorbenen Vaters V. Dieser war Kommanditist der betroffenen KG. Weitere Kommanditisten sind A und B; persönlich haftende Gesellschafterin ist die L.-GmbH. Im Testament des Erblassers ist Testamentsvollstreckung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres der Bet. zu 2) angeordnet. Die Testamentsvollstreckung endet danach am 1. 7. 1992. Testamentsvollstrecker ist der Bruder des verstorbenen T.; dieser ist gleichzeitig Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Nach dem Tode des Erblassers ist über das Vermögen der KG das Konkursverfahren eröffnet worden, das bislang nicht abgeschlossen ist. Auch die GmbH befindet sich im Konkurs.

Die persönlich haftende Gesellschafterin, die beiden anderen Kommanditisten und der Testamentsvollstrecker haben das Ausscheiden des Erblassers und den Eintritt der Bet. zu 1) und 2) zum Handelsregister angemeldet. Das Registergericht hat die Bet. zu 1) und 2) aufgefördert, den Gesellschafterwechsel ebenfalls anzumelden. Den hiergegen erhobenen Einspruch hat das AG zurückgewiesen. Das LG hat durch den angefochtenen Beschluß die sofortige Beschwerde der Bet. zurückgewiesen. Das OLG Hamm hält die weitere Beschwerde für begründet und möchte die Sache zur Durchführung weiterer Ermittlungen an das LG zurückverweisen. Es sieht sich daran jedoch durch Beschlüsse des BayObLG (Rpfleger 1977, 321) und des OLG Frankfurt (OLGZ 1983, 189 = DNotZ 1983, 384) gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

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

Das BayObLG hat in seinem auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß die Beschwerde eines Testamentsvollstreckers gegen die Zurückweisung einer Anmeldung zum Handelsregister mit der Begründung als unzulässig angesehen, die Rechte und Pflichten aus einem ererbten Kommanditteil träfen ausschließlich die Erben, nicht aber den Testamentsvollstrecker. Das OLG Frankfurt hat in seinem ebenfalls auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks mit der Begründung für unzulässig gehalten, ein Kommanditteil unterliege nicht der Testamentsvollstreckung. Das vorliegende Gericht ist demgegenüber der Auffassung, daß sich eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung auf einen diesem gehörenden Ko-

manditanteil erstrecke und damit nicht die Erben, sondern der Testamentsvollstrecker den durch den Erbfall bewirkten Gesellschaftswechsel zum Handelsregister anzumelden habe, wenn nur die übrigen Gesellschafter der Testamentsvollstreckung zustimmten. Da das OLG es bislang nicht für ausgeschlossen hält, daß diese letztere Voraussetzung hier vorliegt, müßte es der sofortigen weiteren Beschwerde von seinem Standpunkt aus stattgeben. Das könnte es nur unter Abweichung von den beiden genannten Entscheidungen des BayObLG und des OLG Frankfurt tun.

II. Die – zulässige – weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das LG.

1. Das LG hat die von ihm angenommene Pflicht der Bet., die Veränderung im Gesellschafterbestand zum Handelsregister anzumelden, unter anderem damit begründet, daß unabhängig von der sonstigen Reichweite der Aufgaben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers die Anmeldepflicht immer den Erben persönlich treffe; der Testamentsvollstrecker sei weder Gesellschafter noch Rechtsnachfolger. Diese Ansicht ist nicht richtig. Der Testamentsvollstrecker hat nach § 2205 BGB anstelle und unter Ausschluß des Erben den Nachlaß zu verwalten. Wenn und soweit sich seine Verwaltungsbefugnis auf den Anteil an einer KG erstreckt, können davon die dem Registergericht gegenüber zu erfüllenden Anmeldepflichten nicht ausgenommen werden. Das ist im Grundsatz nicht anders als beim Konkursverwalter. Zu den Verwaltungsrechten, die dieser nach § 6 Abs. 2 KO anstelle des Gemeinschuldners wahrnimmt, gehören auch die Registeranmeldungen, soweit sie mit innergesellschaftlichen Verwaltungsrechten zusammenhängen, die auf den Konkursverwalter übergehen (BGH WM 1981, 174 f. = DNotZ 1981, 453). Aus § 2213 BGB ergibt sich für die Testamentsvollstreckung nichts anderes. Diese Vorschrift, nach der dem Erben das Prozeßführungsrecht für Passivprozesse neben dem Testamentsvollstrecker verbleibt, beruht darauf, daß der Erbe für Nachlaßverbindlichkeiten grundsätzlich auch persönlich haftet; um in sein Privatvermögen vollstrecken zu können, benötigt der Gläubiger einen Vollstreckungstitel gegen ihn. Auf die Pflicht zur Handelsregisteranmeldung läßt sich jene für vermögensrechtliche Ansprüche geltende Bestimmung nicht (entsprechend) anwenden (zweifelnd Marotzke in seiner Anmerkung zum Vorlagebeschluß, EWiR, § 2205 BGB, 1/89, 471). Soweit die Befugnisse des Testamentsvollstreckers reichen, ist danach dieser zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet (ebenso Schlegelberger/K. Schmidt, 5. Aufl., § 177 HGB, Rd.-Nr. 31, 33). Ob daneben der Erbe für seinem Schutz dienende Eintragungen ein Anmelde*recht* hat (so wohl Staub/Schilling, 4. Aufl. § 177 HGB, Rd.-Nr. 20), ist hier ebensowenig zu entscheiden wie die Frage, in welchen Fällen das Registergericht den Erben im Eintragungsverfahren zu hören hat. Auch die Frage, ob die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister zulässig und geboten ist (bejahend Schlegelberger/K. Schmidt, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 34 und Heymann/Horn, § 177 HGB, Rd.-Nr. 14; verneinend Staub/Schilling, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 20), spielt in diesem Verfahren keine Rolle.

2. Nach h. M. erstrecken sich die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers ohne weiteres auf die Beteiligung des Erblassers an einer Liquidationsgesellschaft (vgl. BGH WM 1981, 140 f. = NJW 1981, 749 f.). Ein solcher Fall liegt hier indessen nicht vor. Das Konkursverfahren über das Vermögen der KG ist erst nach Eintritt des Erbfalls eröffnet worden. Dadurch sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers, soweit sie nicht schon vorher bestanden, nicht erweitert worden (BGH a.a.O.). Wann das Konkursverfahren über das Vermögen der Komplementär-GmbH eröffnet worden ist – auch dadurch wäre die KG nach den §§ 161 Abs. 2; 131 Nr. 5 HGB aufgelöst worden –, ist den Akten nicht zu entnehmen. Es bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, daß dies vor der Konkurseröffnung für die KG geschehen ist.

3. Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung läßt sich im vorliegenden Fall nicht deswegen verneinen, weil die übrigen Gesellschafter ihr nicht zugestimmt hätten. Eine solche Zustim-

mung ist allerdings jedenfalls erforderlich; sie kann im Gesellschaftsvertrag oder auch später erteilt werden (BGHZ 68, 225, 241 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104; BGH WM 1985, 656 f. = NJW 1985, 1953 f. = DNotZ 1985, 561). Sie kann aber hier nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand nicht ausgeschlossen werden. Für das Rechtsmittelverfahren ist davon auszugehen, daß die übrigen Gesellschafter mit der Testamentsvollstreckung einverstanden sind.

4. Die Entscheidung hängt danach davon ab, ob bei Zustimmung der Gesellschafter ein Kommanditanteil in eine Dauertestamentsvollstreckung einbezogen werden kann. Der Senat hat diese vom RG (RGZ 172, 199, 203 f.) verneinte Frage bisher offengelassen (vgl. BGHZ 91, 132, 137 f. = DNotZ 1984, 630; BGH WM 1985, 656 = NJW 1985, 1953 = DNotZ 1985, 561). In dem dazu entstandenen umfangreichen Schrifttum wird sie kontrovers erörtert (vgl. zum Meinungsstand Staub/Schilling, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 11 m. w. N. vor Rd.-Nr. 10; Schlegelberger/K. Schmidt, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 20 m. w. N.; fernher Flume, FS Müller-Freienfels, 1986, 113, 125; Rowedder, FS Goerdeler, 1987, 445; D. Weber, FS Stiefel, 1987, 829; Schmitz, ZGR 1988, 140 ff.; allgemein zur Testamentsvollstreckung bei Personengesellschaftsanteilen vgl. die Nachw. bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, 988). Sie ist mit dem vorliegenden Gericht dem Grundsatz nach zu bejahen.

Ohne daß hier auf alle Einzelheiten der in der Literatur geführten Diskussion eingegangen werden kann, sind zwei Gesichtspunkte von entscheidender Bedeutung: Die Frage, ob nach erbrechtlichen Grundsätzen der Anteil an einer Personengesellschaft, insbesondere bei Vorhandensein mehrerer Erben, in den Machtbereich des Testamentsvollstreckers fallen kann, sowie die weitere Frage, ob sich die Testamentsvollstreckung mit den gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten bei einer Personengesellschaft vereinbaren läßt und ob insoweit Unterschiede zwischen einem Kommanditanteil und dem Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters bestehen.

a) Der Testamentsvollstrecker hat nach § 2205 BGB den Nachlaß zu verwalten. Die Beteiligung an einer Personengesellschaft gehört insofern zum Nachlaß, als sie Teil des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens ist (BGHZ 91, 132, 135 f. = DNotZ 1984, 630; BGHZ 98, 48, 51 = DNotZ 1987, 116 = MittRhNotK 1986, 230; Großkomm/Fischer, 3. Aufl., § 105 HGB, Rd.-Nr. 28 c). Eine Besonderheit bei der Vererbung einer solchen Beteiligung (einschl. derjenigen eines Kommanditisten) besteht aber darin, daß sie bei Vorhandensein mehrerer Erben im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den oder – entsprechend geteilt – die Erben übergeht, die nach letztwilliger Verfügung und Gesellschaftsvertrag zum Nachfolger bestimmt und geeignet sind; das entspricht gefestigter Rspr. des erkennenden wie auch des für das Erbrecht zuständigen Senats des BGH (BGHZ 22, 186, 191 ff. = DNotZ 1957, 406; BGHZ 68, 225, 237 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104; BGHZ 91, 132, 135 = DNotZ 1984, 630; BGHZ 98, 48, 50 f. = DNotZ 1987, 116 = MittRhNotK 1986, 230). Damit ist die Beteiligung – nach der Rspr. des Senats allerdings mit Ausnahme der aus ihr abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte, insbesondere des Anspruchs auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben (BGHZ 91, 132, 136 f. = DNotZ 1984, 630) – aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlaß ausgliedert. Ob sich in einem solchen Fall die Testamentsvollstreckung auf den nicht auf die Erbengemeinschaft, sondern auf einen oder mehrere Erben je für sich allein übergebenen Gesellschaftsanteil erstrecken kann, ist im Gesetz nicht geregelt. Das ist damit zu erklären, daß die Problematik dem Gesetzgeber des BGB trotz der grundlegenden Entscheidung des RG (RGZ 16, 40) offenbar nicht bewußt war.

Ähnliche Regelungszusammenhänge, in denen jenes Problem eine Rolle spielen könnte, sind nur vereinzelt vorhanden. Am ehesten vergleichbar ist insoweit die Lage im Höferecht; nach den Bestimmungen der HöfeO geht der Hof als Ganzes unmittelbar auf den Hoferben über. Ob mit der Formulierung in § 4 HöfeO, wonach der Hof „als Teil der Erbschaft“ dem Hoferben zufällt, etwas über die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung

für den Hof gesagt ist (so Damrau, NJW 1984, 2785, 2787; Brox, JZ 1984, 892; Marotzke, JZ 1986, 457, 460; a. A. Koch, BB 1987, 2106, 2110 f.), ist zweifelhaft. Immerhin wird eine solche Testamentsvollstreckung im Schrifttum allgemein für zulässig gehalten, wenngleich es Rspr. dazu, soweit ersichtlich, bisher nicht gibt (vgl. dazu Ulmer, NJW 1984, 1496, 1498). Die Frage stellt sich ferner, wenn einzelne Nachlaßgegenstände nicht sofort beim Erbfall, sondern erst später aus dem der Erbgemeinschaft als solcher gehörenden Nachlaßvermögen ausgegliedert werden. Ist Verwaltungsvollstreckung nur für einen einzelnen Erben angeordnet, dann dürfte sie sich auf die Gegenstände erstrecken, die diesem bei der Auseinandersetzung zugeteilt werden (vgl. MünchKomm/Brandner, § 2209 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, 48. Aufl., § 2209 BGB, Anm. 3). Auch bei allgemein angeordneter Testamentsvollstreckung kann sich die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach der Nachlaßteilung an den den einzelnen Miterben zugeleiteten Vermögensgegenständen fortsetzen (MünchKomm/Brandner, § 2208 BGB, Rd.-Nr. 11 m. w. N.); § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB, wonach das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers erlischt, soweit er die Nachlaßgegenstände dem Erben zur freien Verfügung überläßt, gilt in diesen Fällen nicht (RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2210 BGB, Rd.-Nr. 9). Ebenso kann der Erblasser die Testamentsvollstreckung über einen Vermächtnisgegenstand auch für die Zeit nach der Übertragung dieses Gegenstandes auf den Vermächtnisnehmer anordnen (BGHZ 13, 203, 205 f. = DNotZ 1954, 399; MünchKomm/Brandner, § 2223 BGB, Rd.-Nr. 6).

Wird ein Nachlaßgegenstand einem oder mehreren Erben unter Ausschluß der restlichen Miterben allein zugewiesen, so besagt dies zunächst nur etwas über seine dingliche Zuordnung, nicht aber darüber, ob er damit den erbrechtlichen Sonderregelungen entzogen ist. Deren Anwendung ist nicht davon abhängig, ob nur ein oder ob mehrere Erben vorhanden sind. Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs bewirken in bestimmten Regelungszusammenhängen, insbesondere im Hinblick auf die Zugriffsmöglichkeit der Nachlaßgläubiger einerseits und der Privatgläubiger andererseits, eine Absonderung der Nachlaßgegenstände vom sonstigen Vermögen des Rechtsinhabers, ohne daß dieser seine Eigentums- oder sonstigen Herrschaftsrechte verliert (auf die Funktion jener erbrechtlichen Institute stellt auch Ulmer, NJW 1984, 1496, 1498 ab). Ist das Nachlaßvermögen auf verschiedene Rechtsträger (Erbgemeinschaft und Sondernachfolger) verteilt, dann können sich die jeweils anzuwendenden erbrechtlichen Regelungen auf alle diese Vermögensmassen beziehen. Der Testamentsvollstreckter jedenfalls kann dadurch in die Lage kommen, sowohl Gesamthandsvermögen der Erbengesamtheit als auch Sondervermögen eines oder mehrerer Erben verwalten zu müssen. Daß das zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führen könnte, ist indessen nicht zu erkennen. Ist Verwaltungstestamentsvollstreckung nur für den aus dem Gesamthandsvermögen ausgesonderten Gegenstand angeordnet, besteht ohnehin insoweit kein Unterschied zum Alleinerben.

Zur Beteiligung an Personengesellschaften wird allerdings die Auffassung vertreten, für den Alleinerben gelte ebenso wie für den oder die Miterben-Gesellschafter, daß der Anteil den erbrechtlichen Instituten Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs entzogen sei (Ulmer, FS Schilling, 1973, 79, 91; ders., NJW 1984, 1496, 1499). Das wird aber in der Sache ausschließlich mit den Besonderheiten der von den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft (vgl. dazu BGHZ 22, 186, 192 = DNotZ 1957, 406) begründet (insoweit zutreffend Flume, a.a.O., 120 f.). Dies hat nichts mehr damit zu tun, ob sich jene erbrechtlichen Sondervorschriften auf aus dem Gesamthandsvermögen der Miterben ausgegliederte Gegenstände erstrecken können, sondern betrifft – jedenfalls, soweit es um die Testamentsvollstreckung geht – die weitere Frage, ob es sich wegen der gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten verbietet, den Anteil durch einen fremdnützigen, grundsätzlich nicht persönlich haftenden Sachwalter verwalten zu lassen. Sie muß aufgrund der Gegebenheiten der jeweiligen Gesellschaftsform beantwortet wer-

den. Soweit sich aus dem Senatsurteil vom 24.11.1980 (NJW 1981, 749) etwas anderes ergibt, wird daran nicht festgehalten.

b) Entscheidend ist danach, ob die Testamentsvollstreckung über einen Kommanditanteil mit der Ausgestaltung der Rechtsstellung eines Kommanditisten vereinbar ist.

aa) Nach der st., auf das RG zurückgehenden Rspr. des Senats, der die überwiegende Auffassung im Schrifttum gefolgt ist, kann ein Testamentsvollstreckter den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht verwalten (RGZ 170, 392, 394 f.; BGHZ 24, 106, 112 f. = DNotZ 1957, 413; BGHZ 68, 225, 239 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104; für die GbR: BGH WM 1981, 140; ebenso für die Nachlaßverwaltung bezüglich eines Anteils an einer OHG: BGHZ 47, 293, 295 = DNotZ 1968, 100; vgl. ferner die Nachweise bei Schmitz, ZGR 1988, 140, 144 f.). Der tragende Grund dafür ist – abgesehen von den zu berücksichtigenden Belangen der übrigen Gesellschafter –, daß der Testamentsvollstreckter den Erben ohne dessen Einverständnis nur im Rahmen des Nachlaßvermögens verpflichtet kann, ein persönlich haftender Gesellschafter aber notwendigerweise unbeschränkt haftet. Für den Kommanditisten gilt dies nicht. Dieser haftet nach § 171 Abs. 1 HGB beschränkt auf seine Einlage; soweit er sie geleistet hat, kann er für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht persönlich in Anspruch genommen werden. Betrachtet man nur diese grundsätzliche Lage, bestehen gegen die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil keine Bedenken. Das gilt jedenfalls für einen Kommanditisten, der entsprechend der gesetzlichen Regelung (§§ 164, 170 HGB) nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugt ist; dafür, daß im vorliegenden Fall für den Erblasser eine abweichende Regelung bestanden hätte, ist nichts ersichtlich. Es ist auch nicht gerechtfertigt, den Grundsatz der Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung über den Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters nur deswegen auf die Kommanditbeteiligung zu übertragen, weil damit insoweit eine einheitliche Behandlung aller Personengesellschaften erreicht wäre (vgl. zu diesem Gesichtspunkt das mehrfach erwähnte eine GbR betreffende Urteil BGH NJW 1981, 749). Denn damit würde man dem weitgehend anerkannten praktischen Bedürfnis dafür, den Kommanditanteil der Testamentsvollstreckung zugänglich zu machen (vgl. Ulmer, ZHR 146 [1982], 555 und NJW 1984, 1496; Esch, NJW 1981, 2222, 2225 f.; Bommer, BB 1984, 178; Rowedder, a.a.O., 447 f., 456; zweifelnd allerdings D. Weber, a.a.O., 860), ein zu geringes Gewicht beimessen. Wie groß dieses Bedürfnis tatsächlich ist, zeigen die Versuche, durch „Ersatzlösungen“ wie postmortale oder dem Erben durch letztwillige Verfügung auferlegte Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers oder durch dessen Bestellung zum Treuhänder möglichst der Testamentsvollstreckung nahekommende Ergebnisse zu erzielen (dazu Ulmer, ZHR 146 [1982], 555, 569 ff.).

bb) Von der oben dargestellten grundsätzlichen Rechtslage gibt es allerdings Ausnahmen, in denen es zu einer persönlichen Haftung des Kommanditisten kommen kann. An ihnen braucht die Zulassung der Testamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil jedoch nicht zu scheitern. Es ist nicht Aufgabe der hier zu treffenden Entscheidung, allen Problemen, die insoweit auftreten können, bis ins einzelne nachzugehen. Es genügt die Feststellung, daß dabei keine unüberwindlichen Schwierigkeiten zu erwarten sind.

(1) Hat der Erblasser die übernommene Kommanditeinlage nicht voll eingezahlt, haftet er nach § 171 Abs. 1 HGB bis zur Höhe der Einlage persönlich; das gleiche gilt nach § 172 Abs. 4 HGB, soweit die Einlage an ihn zurückgezahlt worden ist. Diese Haftung geht auf den Erben über, ohne daß er sich insoweit auf die beschränkte Erbenhaftung berufen könnte. Mit einer angeordneten Testamentsvollstreckung hat das jedoch im Grundsatz nichts zu tun; jene Haftung trifft den Erben auch, wenn keine Testamentsvollstreckung besteht (vgl. dazu Ulmer, ZHR 146 [1982], 555, 567). Die laufenden Geschäfte, durch die sich die Haftung verwirklichen kann, führt nicht der Testamentsvollstreckter, sondern der persönlich haftende Gesellschafter. Es besteht daher kein Anlaß, die Testamentsvollstreckung nur bei voll eingezahlter Einlage zuzulassen (ebenso Schlegelberger/

K. Schmidt, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 31; Staub/Schilling, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 14; a. A. Rowedder, a.a.O., 466).

(2) Nach § 176 Abs. 2 HGB haftet ein Kommanditist, der in eine bestehende Gesellschaft eintritt, bis zur Eintragung in das Handelsregister für die in dieser Zeit begründeten Gesellschaftsschulden persönlich. Für den in die Gesellschaft eintretenden Erben dürfte dies indessen nicht gelten (Schlegelberger/K. Schmidt, a.a.O., § 176 HGB, Rd.-Nr. 22; Staub/Schilling, a.a.O., § 176 HGB, Rd.-Nr. 17; a. A. wohl Ulmer, ZHR 146 [1982], 555, 567). Anders ist es freilich, wenn die KG als solche oder der – rechtsgeschäftliche – Eintritt des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht eingetragen war (§ 176 Abs. 1 und 2 HGB). Die in diesem Fall bereits den Erblasser treffende Haftung geht auf den Erben über und besteht bis zur Eintragung weiter. Auch sie beruht aber nicht auf einer Handlung des Testamentsvollstreckers. Allerdings wird dieser dafür sorgen müssen, daß die Eintragung alsbald nachgeholt wird. Ob in einem solchen Fall auch der Erbe ein eigenes Anmelde-recht hat, ist, wie bereits dargelegt (oben II. 1.), hier nicht zu entscheiden. Im übrigen kann der Erbe den Testamentsvollstrecker zur Registeranmeldung anhalten. Er ist ohnehin auf die Mitwirkung seiner Mitgesellschafter angewiesen; allein kann er die Eintragung in keinem Fall erreichen.

(3) Läßt sich der Testamentsvollstrecker die Einlage ganz oder teilweise ohne Zustimmung des Erben zurückzahlen, wird sich dessen persönliche – nicht auf das Nachlaßvermögen beschränkte – Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wegen des nötigen Schutzes der Gläubiger nicht vermeiden lassen (Staub/Schilling, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 14; a. A. Heymann/Horn, § 177 HGB, Rd.-Nr. 15). Die damit für ihn verbundenen Gefahren dürfen aber dadurch gemildert sein, daß man Maßnahmen, die zur persönlichen Haftung des Erben führen, nicht mehr als ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 Abs. 1 BGB) wird ansehen können. Das hat dann zur Folge, daß sie entweder durch die Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht gedeckt sind (so Schlegelberger/K. Schmidt, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 34) oder daß die Rückzahlung der Einlage ohne Zustimmung des Erben den Testamentsvollstrecker zumindest i. d. R. unter dem Gesichtspunkt des dem Geschäftsgegner erkennbaren Mißbrauchs der Verwaltungsbefugnis (vgl. BGHZ 30, 67, 71 = DNotZ 1959, 480) zur Rückgewähr verpflichtet. Auch eine Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters, der die Auszahlung veranlaßt hat, kommt in Betracht (vgl. Ulmer, ZHR 146 [1982], 555, 567).

(4) Auch zur Mitwirkung an einer Einlageerhöhung wird der Testamentsvollstrecker ohne Zustimmung des Erben nicht befugt sein. Der Erbe könnte das zwar grundsätzlich nur seinen Mitgesellschaftern entgegenhalten. Er wird aber trotzdem nicht zu befürchten haben, aus einer mit einer derartigen Maßnahme verbundenen Erhöhung der Hafteinlage in Anspruch genommen zu werden. Nach § 172 Abs. 2 HGB können sich die Gläubiger auf eine nicht im Handelsregister eingetragene Erhöhung der Einlage nur bei besonderer Kundmachung berufen; diese bedarf nach der im Schrifttum überwiegend und mit guten Gründen vertretenen Auffassung der Zustimmung des Kommanditisten (Staub/Schilling, a.a.O., § 172 HGB, Rd.-Nr. 5 m. w. N.). Meldet der Testamentsvollstrecker die ohne Zustimmung des Erben beschlossene Erhöhung seiner Einlage zum Handelsregister an, wird das Registergericht den Antrag mangels Wirksamkeit des Erhöhungsbeschlusses zurückweisen müssen. Im übrigen wird es in einem solchen Eintragungsverfahren den Erben zu hören haben (siehe oben II. 1.).

cc) Ob der Testamentsvollstrecker bei der Mitwirkung an solchen Gesellschafterbeschlüssen in seinem Stimmrecht beschränkt ist, die zwar keine persönliche Haftung des Erben zur Folge haben, dafür aber in sonstiger Weise in die Rechtsstellung des Kommanditisten eingreifen (z. B. Änderung der Gewinnbeteiligung oder Beschneidung des Auseinandersetzungsguthabens; sog. Kernbereich; vgl. dazu BGHZ 20, 363, 368 ff. = DNotZ 1956, 495 = LM, § 161 HGB, Nr. 7 m. Anm. Fischer; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, 360), ist hier nicht weiter zu erörtern. Das würde, soweit es zu bejahen

sein sollte, jedenfalls kein Hinderungsgrund sein, die Testamentsvollstreckung als solche zuzulassen.

Das Verbot einer Stimmrechtsabspaltung (BGHZ 20, 363, 365 = DNotZ 1959, 480) steht der Zulassung der Dauertestamentsvollstreckung für Kommanditanteile ebenfalls nicht entgegen. Diese geht, was die Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen betrifft, nicht wesentlich weiter als eine im Gesellschaftsvertrag einer KG enthaltene Vertreterklausel, die der Senat zugelassen hat (BGHZ 46, 291, 293 = DNotZ 1967, 762). Die Testamentsvollstreckung bewirkt außerdem ebenso wie die Einsetzung eines Treuhänders oder die Bestellung eines Nießbrauchs keine Abspaltung einzelner Rechte; die Mitgliedschaftsrechte werden vielmehr – jedenfalls grundsätzlich – insgesamt von einem Dritten ausgeübt (vgl. Weipert, JR 1954, 60; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 416).

dd) Die Frage, wie sich die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung auswirkt, wenn der Erbe bereits vor dem Erbfall Gesellschafter war, ist hier ebenfalls nicht zu entscheiden. Der Senat hat für einen solchen Fall ausgesprochen, daß sich die Testamentsvollstreckung jedenfalls nicht auf einen Teil einer Kommanditbeteiligung erstrecken könne, weil die damit zwangsläufig verbundene Aufspaltung des einheitlichen Gesellschaftsanteils aus Rechtsgründen nicht möglich sei (BGHZ 24, 106, 113 = DNotZ 1957, 413; zustimmend Staub/Schilling, a.a.O., § 177 HGB, Rd.-Nr. 21). Bleibt es dabei, dann läßt sich in einem solchen Fall die Testamentsvollstreckung nicht verwirklichen. Das würde es aber nicht rechtfertigen, sie insgesamt für eine Kommanditbeteiligung als unzulässig zu erachten.

5. Die Sache ist danach an das LG zurückzuverweisen, damit es der Frage nachgehen kann, ob die anderen Gesellschafter mit der Testamentsvollstreckung einverstanden sind.

7. Gesellschaftsrecht/Handelsregisterrecht – Antragsberechtigung des GmbH-Geschäftsführers bei eigener Abberufung

(LG Frankfurt/Main, Beschluß vom 24. 5. 1989 – 3/11 T 27/89 – mitgeteilt von Notar Dr. Klaus Piehler, Köln)

GmbHG §§ 39; 38

Ist der Geschäftsführer einer GmbH durch Gesellschafterbeschuß abberufen worden, kann er selbst diesen Umstand zum Handelsregister anmelden. Dies gilt auch dann, wenn noch weitere Geschäftsführer vorhanden sind.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Bankkaufmann S. hat in notariell beglaubigter Erklärung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„S. ist nicht mehr Geschäftsführer der GmbH.“

In der Gesellschafterversammlung vom selben Tag ist beschlossen worden:

„Mit Wirkung ab Eintragung im Handelsregister wird Herr S. als Geschäftsführer der GmbH abberufen.“

Das AG hat die Anmeldung zurückgewiesen, da es den Eintragungsantrag für unzulässig hält. Dies wird u. a. damit begründet, daß noch ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist.

Aus den Gründen:

Auf die Beschwerde des Kaufmanns S. war der Beschluß des AG aufzuheben. Die vom AG erhobenen Bedenken sind nicht begründet. Der anmeldende Geschäftsführer S. ist anmeldebefugt, da seine Bestellung erst mit der Eintragung erlischt. An dieser Tatsache ändert der Umstand nichts, daß noch ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist. Mag auch die rechtliche Konstruktion, einen Geschäftsführer mit Wirkung von der Eintragung seiner Abberufung an abzuberufen, üblicherweise dann gewählt werden, wenn nur ein Geschäftsführer vorhanden ist, so ist doch die dadurch erzielte Verlängerung seiner

Amtszeit unabhängig davon, ob noch weitere Geschäftsführer vorhanden sind oder nicht. Auch der Wortlaut der Anmeldung ist nicht zu beanstanden. Er bringt zusammen mit dem Abberufungsbeschluß hinreichend deutlich zum Ausdruck, daß die Folge dieses Abberufungsbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wird. Außerdem entspricht der Text der Anmeldung der im Handelsregister vorzunehmenden Eintragung.

8. Erbrecht – Wirksamkeit von „Behindertentestamenten“
(OLG Hamburg, Urteil vom 8. 6. 1989 – 10 U 13/89 – nicht rechtskräftig)

GG Art. 14
BGB §§ 1937; 138
BSHG § 90

Beruft ein Erblasser sein schwerbehindertes Kind durch Verfügung von Todes wegen zum befreiten Vorerben und die das Kind betreuende Organisation zur Nacherbin und Dauertestamentsvollstreckerin mit der Aufgabe, den Nachlaß in seiner Substanz zu erhalten, so folgt daraus auch dann nicht die Sittenwidrigkeit des Testaments, wenn das behinderte Kind Sozialhilfe erhält.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob das Testament des am 6. 3. 1981 gestorbenen Erblassers für dessen schwerbehinderte Tochter T. die Kl. Sozialhilfe in Höhe von zur Zeit über 4000,- DM monatlich erbringt, gegen die guten Sitten verstößt und gem. § 138 BGB nichtig ist.

Der Erblasser hatte seine 1943 geborene spastisch gelähmte und schwer geistig behinderte Tochter T. bis Anfang März 1981 in seiner Wohnung gepflegt. Als er sein Ende nahen fühlte, informierte er sich bei dem Verein zur Förderung und Betreuung spastisch gelähmter Kinder e. V., wem er das Schicksal seiner Tochter anvertrauen könnte. Sie wurde sodann Anfang März 1981 in eine von der Bekl. betreute Wohngruppe aufgenommen. Hauptgesellschafter der Bekl. ist der Verein zur Förderung und Betreuung spastisch gelähmter Kinder e. V. Die Bekl. ist Trägerin des Wohnheimes. Vor allem aber betreut sie Behinderte in sog. Wohngruppen. Die von der Bekl. betreuten Wohngruppen werden in dem Rehabilitationsbericht der Kl. für 1986 als beispielhaft hervorgehoben.

Am 5. 3. 1981 errichtete der Erblasser, der in diesem Zeitpunkt im Krankenhaus lag, ein notarielles Testament, in dem er seine Tochter als befreite Vorerbin und die Bekl. als Nacherbin einsetzte. Der Nacherbfall sollte mit dem Tode der Vorerbin eintreten. Er ordnete Testamentsvollstreckung an und bestimmte die Bekl. zugleich zum Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe, sich um eine angemessene Unterbringung seiner Tochter unter Heranziehung des Sozialhilfeträgers zu kümmern. Außerdem sollte die Bekl. dafür Sorge tragen, daß der Nachlaß möglichst erhalten bleibe und seine Tochter in den Genuß der Nachlaßfrüchte komme, ohne daß ihr – z. B. öffentlich-rechtliche – Zuwendungen verloren gingen. Der Erblasser schloß einen Anspruch seiner Tochter auf Auskehrung des Nachlasses, einzelner Nachlaßgegenstände und -früchte aus. Vielmehr sollte die Bekl. als Testamentsvollstrecker die Nachlaßfrüchte nach ihrem freien Ermessen für seine Tochter, aber auch zugunsten anderer Behinderter verwenden.

Nach Eröffnung des Testaments nahm die Bekl. den Nachlaß in Besitz und verwaltete ihn seither. Per 31. 12. 1987 belief sich der Nachlaß auf 30.000,- DM.

Die Kl. meint, das Testament sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Frau T. sei daher nach gesetzlicher Erbfolge unbeschränkte Alleinerbin des Erblassers.

Durch Bescheid leitete die Kl. den angeblichen Anspruch von Frau T. gegen die Bekl. auf Herausgabe „des durch das Testament Erlangten“ gem. § 90 BSHG bis zur Höhe ihrer Aufwendungen auf sich über. Die bisherigen Aufwendungen der Kl. für Frau T. belaufen sich auf weit mehr als 100.000,- DM. Die Kl. hat die Ansicht vertreten, die Sittenwidrigkeit des Testaments folge aus der darin zum Ausdruck kommenden unredlichen Gesinnung des Erblassers. Dem Testament liege erkennbar die Absicht zugrunde, einen Dritten – den Träger der Sozialhilfe – zu schädigen. Die Kl. begehrt Auskunft über die Zusammensetzung des Nachlasses und Rechnungslegung.

Die Bekl. ist der Bewertung des Testaments als sittenwidrig entgegengetreten. Die von dem Erblasser getroffene letztwillige Regelung sei insbesondere im Hinblick auf die durch Art. 14 GG garantierte Testierfreiheit nicht zu beanstanden. Der Erblasser sei als Vater einer behinderten Tochter nicht verpflichtet gewesen, in bestimmter Weise zu testieren, um der Kl. als Sozialhilfeträgerin den Zugriff auf den Nachlaß zu ermöglichen.

Das LG hat der Klage stattgegeben.

Zur Begründung hat das LG u. a. ausgeführt, die Kl. könne von der Bekl. nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Auskunft und Rechnungslegung fordern, weil sie aus übergeleitetem Recht der Frau T., die wegen der zu bejahenden Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit des Testaments Alleinerbin ihres Vaters geworden sei, gem. § 2018 BGB Herausgabe des Nachlasses verlangen könne, dessen Umfang aber ohne eigenes Verschulden nicht kenne. Die Sittenwidrigkeit des Testaments ergebe sich aus der von dem Erblasser verfolgten Absicht, mit seiner letztwilligen Verfügung eine gesetzliche Regelung, nämlich das Nachrangprinzip des Sozialhilferechtes, zu umgehen. Das Nachrangprinzip stelle eines der auch dem Schutz der Allgemeinheit dienenden tragenden Prinzipien der Rechtsordnung dar. Ziel der letztwilligen Verfügung sei nicht etwa eine Zuwendung des Nachlasses an die Bekl. gewesen. Vielmehr habe der Erblasser allein bezweckt, seiner Tochter sowohl den Nachlaß als auch staatliche Leistungen zukommen zu lassen, obwohl sie auf letztere nach dem Ergebnis der wirtschaftlich gewollten Verteilung des Nachlasses keinen Anspruch gehabt habe. Einer Nichtigkeit des Testaments wegen Sittenwidrigkeit stehe nicht der Grundsatz der Testierfreiheit entgegen. Denn der grundsätzlich zu respektierende freie Wille des Erblassers sei nicht schrankenlos, sondern letztlich auch an die Rechts- und Sittenordnung gebunden. Im vorliegenden Fall ergebe sich die Sittenwidrigkeit allein daraus, daß für die in der Sache gewollte Regelung, nämlich Zuwendung des Vermögens an Frau T., eine rechtliche Konstruktion gewählt worden sei, die dieses Ziel einseitig zu Lasten des Trägers der Sozialhilfe anstrebe.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat in der Sache Erfolg. Die Klage ist unbegründet.

1. Ob der von der Kl. geltend gemachte Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch aus § 2027 BGB analog oder aus § 242 BGB herzuleiten wäre, bedarf keiner abschließenden Klärung, denn die Kl. hat nicht dargetan, daß ihr aus übergeleitetem Recht der Frau T. wegen Nichtigkeit des Testaments gegen die Bekl. ein Herausgabeanspruch „auf das durch das Testament Erlangte“ zusteht, der durch die Klage auf Auskunft und Rechnungslegung vorbereitet werden sollte.

2. Das Testament ist aus keinem denkbaren Gesichtspunkt wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Dabei weist der Senat darauf hin, daß er sich nicht abstrakt mit dem von dem Geschäftsführer der Bekl. entworfenen Mustertestament, sondern ausschließlich mit der konkreten Fallkonstellation auseinanderzusetzen hat.

Zutreffend geht das LG zunächst davon aus, daß das Erbrecht des BGB von dem durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht wird (vgl. BGHZ 59, 369, 374). Danach war der Erblasser frei in seiner Entscheidung, wem er sein Vermögen für den Todesfall zuwenden wollte. Mit seiner letztwilligen Verfügung hat er die der Testierfreiheit u. a. durch § 138 BGB gesetzten Grenzen nicht überschritten. Das Testament verstößt nach seinem Inhalt, Beweggrund und Zweck nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (vgl. BGHZ 20, 71, 74).

3. Unter dem Gesichtspunkt der in diesem Zusammenhang wiederholt höchstrichterlich beurteilten Frage, ob eine letztwillige Begünstigung Dritter unter gleichzeitiger Zurücksetzung nächster Angehöriger einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen kann (vgl. BGH FamRZ 1983, 53 m. w. N. = DNotZ 1984, 42), ist im vorliegenden Fall nicht von einer Sittenwidrigkeit des Testaments auszugehen. Zwar hat der Erblasser durch die verschiedenen Anordnungen des Testaments insgesamt wirtschaftlich gesehen die Bekl. begünstigt, seiner Tochter dagegen effektiv keine Rechte, sondern nur von dem Belieben der Bekl. abhängige Vergünstigungen eingeräumt. Wenn er seine Tochter auch als befreite Vorerbin eingesetzt hat, so hat er sie doch durch die Bestimmung, sie solle weder den Nachlaß insgesamt noch einzelne Nachlaßgegenstände oder -früchte herausverlangen können, praktisch von allen sonst einem Erben

gebührenden Vorteilen abgeschnitten. Die sich bei dieser Konstellation aufdrängende Frage, ob der Anspruch eines Erben selbst auf die Nachlaßfrüchte wirksam ausgeschlossen werden kann (vgl. Palandt/Edenhofer, 48. Aufl., § 2209 BGB, Anm. 2; Lange, JuS 1970, 107), braucht hier nicht geklärt zu werden. Selbst wenn für diese Einzelbestimmung Sittenwidrigkeit zu bejahen wäre, würde das die Wirksamkeit des Testaments in seiner Gesamtheit nicht berühren (§ 139 BGB). Im übrigen stehen hier nur übergeleitete Ansprüche auf Herausgabe „des durch das Testament Erlangten“ und nicht Ansprüche auf etwaige Nachlaßerträge zur Entscheidung an.

Indessen führt nach der Rspr. des BGH die Zurücksetzung nächster Angehöriger nur in besonders hervorstechenden Ausnahmefällen zur Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB, weil der Gesetzgeber grundsätzlich etwaige Benachteiligungen nächster Angehöriger durch das Pflichtteilsrecht ausgeglichen hat (vgl. BGH FamRZ 1983, 53 = DNotZ 1984, 42; Johansen, WM 1971, 918, 921). Für die Annahme eines die Sittenwidrigkeit begründenden besonders hervorstechenden Ausnahmefalles gibt der vorliegende Sachverhalt nicht genügend her. Es fehlt hier insbesondere an der von dem BGH für eine derartige Konstellation geforderten, sich in dem Testament manifestierenden unredlichen (verwerflichen) Gesinnung des Erblassers. Daß der Erblasser letztlich sein Vermögen der Bekl. zugewandt hat, deren Gesellschaftszweck unstreitig in der Unterstützung behinderter Menschen besteht, ist sittlich anerkennenswert. Bei der Würdigung der rechtlich eingeschränkten Position der Vorerbin ist zu berücksichtigen, daß der Erblasser die Bekl. als Testamentsvollstrecker verpflichtet hat, nach ihrem Ermessen seiner Tochter und anderen Behinderten aus den Nachlaßerträgen kleine Annehmlichkeiten zu finanzieren. Damit hat der Erblasser der besonderen Situation seiner behinderten Tochter in weit fürsorglicherer Weise Rechnung getragen, als wenn er ihr Geldbeträge zugewandt hätte.

4. Dem Erblasser ist auch nicht deshalb eine die Sittenwidrigkeit auslösende unredliche Gesinnung vorzuwerfen, weil er die in seinem Testament geregelten Zuwendungen zu Lasten eines Dritten, des Sozialhilfeträgers, vorgenommen habe. Die Entscheidung des BGH NJW 1983, 1851 ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Daß, wie im dort entschiedenen Fall, ein Unterhaltsverzicht unter Ehegatten gegen die guten Sitten verstoßen kann, wenn dadurch die Bedürftigkeit des einen Ehegatten herbeigeführt wird und der Verzicht praktisch auf Kosten des Sozialhilfeträgers erfolgt, auf den der Unterhaltspflichtige bewußt seine eigene Verpflichtung abwälzt, steht außer Zweifel. Die Regelungen des Testaments sind jedoch – abgesehen davon, daß es sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt – dem der vorstehend zitierten BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht vergleichbar. Durch das Testament wurde nicht eine bestehende Unterhaltslast auf den Sozialhilfeträger verlagert. Auch wurde durch das Testament nicht die Bedürftigkeit der Tochter des Erblassers zu Lasten des Sozialhilfeträgers herbeigeführt, sondern lediglich eine bereits bestehende Bedürftigkeit nicht behoben. Dazu war der Erblasser, der zu Lebzeiten gem. § 91 Abs. 3 BSHG kein vorrangiger Schuldner für die von dem Sozialhilfeträger erbrachten Leistungen war, auch nach seinem Tode nicht verpflichtet. Vielmehr konnte er – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich frei testieren und mußte seiner Tochter nicht den unbeschränkten Nachlaß zuwenden, um ihre Bedürftigkeit abzuwenden oder dem Sozialhilfeträger Rückgriffsmöglichkeiten zu eröffnen.

5. Schließlich vermag der Senat die Ansicht des LG nicht zu teilen, das Testament sei nichtig, weil der Erblasser mit seinen letztwilligen Anordnungen das im Sozialrecht geltende Nachrangprinzip habe umgehen wollen.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob das Testament letztlich überhaupt zu einer Umgehung des Nachrangprinzips geführt hat. Davon könnte allenfalls die Rede sein, wenn der Erblasser seiner Tochter sein Vermögen nicht nur formell, sondern auch wirtschaftlich für sie verfügbar zugewandt und durch weitere

Anordnungen eine Situation geschaffen hätte, in der sie – ohne diese Zuwendungen vorrangig angreifen zu müssen – ihren Anspruch auf Sozialhilfe gegen die Kl. behalten hätte. Eine derartige Regelung sieht das Testament jedoch nicht vor. Vielmehr hat Frau T. aufgrund des Testaments allein die formelle Stellung als Vorerbin und die unverbindliche Erwartung erworben, daß die Bekl. als Testamentsvollstrecker ihr gelegentlich Annehmlichkeiten finanziert. Auf der anderen Seite ist die Bekl. zwar nur als Nacherbin eingesetzt worden. Aber dadurch, daß sie zugleich zur Testamentsvollstreckerin, und zwar mit der Auflage bestellt worden ist, den Nachlaß möglichst zu erhalten, spricht viel dafür, daß ihr bereits jetzt das Nachlaßvermögen wirtschaftlich zuzuordnen ist. In seinen tatsächlichen Auswirkungen unterscheidet sich das Testament von einer zweifellos rechtlich zulässigen Bestimmung der Bekl. zur Alleinerbin verbunden mit Auflagen zugunsten der Tochter des Erblassers im wesentlichen nur darin, daß im Streitfall die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen für Frau T. nicht selbstverständlich war.

Aber auch im übrigen sind die Voraussetzungen für die Annahme einer Nichtigkeit des Testaments wegen Gesetzesumgehung nicht erfüllt.

Eine Unwirksamkeit gem. § 134 BGB liegt nicht vor, denn bei dem Nachrangprinzip handelt es sich zwar um einen tragenden Grundsatz des Sozialrechts, nicht aber um ein gesetzliches Verbot.

Im Rahmen von § 138 BGB wird ein Verstoß gegen die guten Sitten bei einem auf eine Gesetzesumgehung gerichteten Rechtsgeschäft angenommen, wenn dadurch aus eigennützigem Interesse entweder soziale Schutznormen oder gesamtwirtschaftlich bzw. gesamtstaatlich besonders wichtige Gesetze zur Wahrung lebenswichtiger Belange der Gemeinschaft ausgehebelt werden sollen (vgl. BGHZ 34, 169, 177; 59, 82; MünchKomm/Mayer-Maly, 2. Aufl., § 138 BGB, Rd.-Nr. 46).

Die Umgehung sozialer Schutznormen steht hier nicht in Rede. Diese betreffen Individualrechte insbesondere aus dem Bereich des Miet-, Arbeits- und Abzahlungsrechts (vgl. MünchKomm/Mayer-Maly, a.a.O.).

Der Bekl. ist beizupflichten, daß eine Diskrepanz zwischen der Bedeutung und Wichtigkeit des im Sozialrecht geltenden Nachrangprinzips einerseits und der Gesetze andererseits, deren Umgehung nach höchstrichterlicher Rspr. dem Verdikt des § 138 BGB unterliegt. Bei der in dem angefochtenen Urteil zitierten RG-Entscheidung (RGZ 123, 208, 211) handelte es sich um ein „in der Not des Vaterlandes und zu ihrer Bekämpfung“ erlassenes Gesetz. Die Entscheidung BGHZ 34, 169, 177 spricht von „lebenswichtigen Belangen der Allgemeinheit“ und den „dem Kampf für Freiheit und Frieden dienenden Anforderungen der Gemeinschaft“. Aus den vorstehenden Beispielen folgt, daß die Abwägung, ob ein im Hinblick auf die Vertragsfreiheit (im vorliegenden Fall: Testierfreiheit) grundsätzlich zulässiges Rechtsgeschäft deshalb gegen die guten Sitten verstößt und nichtig ist, weil es auf eine Gesetzesumgehung gerichtet ist, von der politischen Bedeutung und Tragweite dieses Gesetzes abhängt. Nur bei Rechtsnormen von erheblicher politischer Bedeutung ist die Vorstellung, der einzelne könne aus Eigennutz die von dem Gesetzgeber vorgenommene Weichenstellung durch rechtsgeschäftliche Tricks umgehen, mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unvereinbar. Eine solche Bedeutung ist dem Nachrangprinzip des Sozialrechts nicht beizumessen. Zwar handelt es sich auch um eine politische Grundentscheidung, daß zunächst eigene Ressourcen auszuschöpfen sind, bevor Sozialhilfe in Anspruch genommen werden kann. Indessen sind bereits im BSHG zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen. Zudem dient er im wesentlichen nur fiskalischen Interessen.

Die Annahme einer unredlichen Gesinnung des Erblassers im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Gesetzesumgehung scheidet indessen vor allem daran, daß das Testament keineswegs, wie das LG annimmt, ausschließlich darauf abzielt, das Nachrangprinzip zu unterlaufen, sondern daß der Erblasser in

erster Linie höchst aner kennenswerte Ziele verwirklichen wollte.

Der Wunsch des Erblassers ging dahin, mit seinem Nachlaß behinderten Menschen dauerhaft zu helfen. Dazu sollte der Nachlaß erhalten werden. Aus seinen Erträgen sollten Behinderten – insbesondere seiner Tochter – Zuwendungen für Dinge gemacht werden, die die Sozialhilfe nicht deckt (z. B. Urlaubsreisen, kulturelle Veranstaltungen usw.). Nach der Vorstellung und dem Willen des Erblassers sollten sein Nachlaß und die aus ihm finanzierten Zuwendungen ergänzend neben die Sozialhilfe treten und die Lebenssituation zahlreicher behinderter Menschen – nicht nur seiner Tochter – über kleinere Zuwendungen verbessern. Dabei dürfte unstrittig sein, daß insbesondere bei behinderten Menschen für derartige Zuwendungen trotz der Leistungen des Sozialhilfeträgers ein aner kennenswertes Bedürfnis besteht.

Danach kann nicht davon gesprochen werden, der Erblasser habe seine Tochter allein deshalb nicht als Alleinerbin eingesetzt, um das Nachrangprinzip der Sozialhilfe zu unterlaufen und sie auf Kosten des Sozialhilfeträgers und damit der Allgemeinheit zu begünstigen. Vielmehr war die konkrete Gestaltung des Testaments gewählt und die Tochter deshalb nicht als Alleinerbin eingesetzt worden, weil der Nachlaß nicht ausschließlich ihr zugute kommen und für sie verbraucht werden sollte, sondern auf Dauer erhalten und auch für andere Behinderte verwendet werden sollte.

Bei der im Rahmen von § 138 BGB vorzunehmenden Gesamtschau treten die in dem Testament zum Ausdruck gekommenen billigen Motive des Erblassers derart in den Vordergrund, daß bereits aus diesem Grund der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht erhoben werden kann.

Anmerkung (von Notarassessor Dr. Oswald van de Loo, Düsseldorf)

1. Das vorstehende Urteil des OLG Hamburg ist zu begrüßen. Es korrigiert das erstinstanzliche Urteil des LG, das überraschend schnell die Sittenwidrigkeit des hier streitigen Testaments und die uneingeschränkte Anwendbarkeit des gesetzlichen Erbrechts bejaht hatte. Die Berufungsentscheidung, auf die hier allein eingegangen werden soll, markiert – wie der Schluß der Entscheidungsgründe erkennen läßt – wohl nur den Anfang einer Reihe von Urteilen, die in diesem für den Notar besonders schwierigen Beratungsbereich zu erwarten sein werden. Dabei dürften den Gerichten auch Fallkonstellationen unterbreitet werden, die nicht derart auffallende und gegen die Sittenwidrigkeit streitende Besonderheiten aufweisen wie der vorliegende Sachverhalt.

2. Der Vater einer spastisch gelähmten und geistig behinderten Tochter hatte danach diese zur befreiten Vorerbin und eine als GmbH geführte Betreuungseinrichtung für Wohngruppen schwerbehinderter Personen, deren Alleingesellschafter ein Lebenshilfeverein ist, zur Nacherbin eingesetzt. Hierbei bestimmte er die Nacherbin zugleich als Testamentsvollstreckerin über das der Vorerbin angefallene Nachlaßvermögen; Ansprüche der Vorerbin gegen die Testamentsvollstreckerin auf Auskehrung des gesamten Nachlasses, einzelner Nachlaßgegenstände und -früchte, schloß der Erblasser aus. Die Testamentsvollstreckerin wurde vielmehr angewiesen, die Nachlaßfrüchte nach eigenem Ermessen für die Vorerbin und auch zugunsten anderer Behinderter zu verwenden.

Zwei Besonderheiten springen bei dieser Sachlage ins Auge. Erstens betreibt die eingesetzte Nacherbin eine von dem klagenden Sozialamt selbst in einem Rehabilitationsbericht als beispielhaft hervorgehobene Wohngruppe für Behinderte; da der Vorerbin nur die Nachlaßfrüchte zukommen sollen, heißt dies, daß der Nachlaßstamm ausschließlich für allgemein behindertengerechte Zwecke zu verwenden sein wird. Zum anderen hatte der Erblasser seine 1943 geborene Tochter bis kurz vor seinem Tod im Jahre 1981 in seiner Wohnung gepflegt.

Angesichts dieser Umstände kann man dem Urteil – und dies

wird auch für die Revisionsentscheidung zu gelten haben – nur bedingt Grundsatzcharakter zumessen. Wohl nicht ohne Absicht weist das OLG am Anfang seiner Entscheidungsgründe ausdrücklich darauf hin, daß es nicht über ein bestimmtes Mustertestament, sondern nur über die konkrete Fallkonstellation zu entscheiden habe. Dies alles schmälert jedoch nicht den Gehalt der Entscheidungsgründe, die hier kritisch beleuchtet werden sollen.

3. Der Grundsatz der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) – so führt das Gericht aus – sei hier durch § 138 BGB nicht eingeschränkt, da seine Anwendung neben dem gesetzlich angeordneten Schutz naher Angehöriger vor Benachteiligungen durch das ihnen gewährte Pflichtteilsrecht nach der Rspr. des BGH (NJW 1983, 674 f. unter II = DNotZ 1984, 42 f.) nur in besonders hervorstechenden Ausnahmefällen möglich sei. Ein solcher könne hier im Hinblick auf den Gesellschaftszweck der zur Nacherbin eingesetzten GmbH nicht angenommen werden. Ob der Erblasser die Ansprüche seiner Tochter auf die Nachlaßfrüchte angesichts der Tatsache, daß er ihr lediglich eine ins Belieben der Nacherbin und Testamentsvollstreckerin gestellten wirtschaftlichen Vorteil eingeräumt habe, wirksam habe ausschließen können, sei zwar eine sich aufdrängende Frage, jedoch nicht streitgegenständlich, da das Sozialamt die Herausgabe des gesamten Nachlasses verlange und bei Bejahung der Frage § 139 BGB eingriffe.

Diese offengelassene Frage ist für den Kautelarjuristen allerdings von erheblicher Bedeutung. Deutlich scheint mir die Neigung des Gerichts, den vollständigen Ausschluß des Anspruchs des Erben auf Auskehrung des Nachlasses und der Nachlaßfrüchte für unwirksam zu halten, jedenfalls dann, wenn der Testamentsvollstreckter zugleich Nacherbe ist (Gefahr der Interessenkollision). Das RG hält in einer älteren Entscheidung (WarnRspr. 1919, 107 ff.) den Erblasser zwar für befugt, gem. § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB anzuordnen, daß Reinerträge vom Testamentsvollstreckter nur in Form von Naturalverpflichtungen herauszugeben sind, und zwar selbst dann, wenn dadurch Gläubigeransprüche verkümmern würden. Das RG hat seine Ausführungen allerdings dahingehend präzisiert, daß das Interesse des Bedachten zumindest in irgendeiner Weise gewahrt werden müsse. Die Auskehrung der Nachlaßfrüchte naturaliter reichte dem RG offenbar hierfür aus. Eine vollständige Reallosstellung des Bedachten gegenüber dem Testamentsvollstreckter wäre aber wohl schon nach der Rspr. des RG unwirksam gewesen (vgl. zum Ganzen noch Lange, JuS 1970, 101, 107 f.). Auch die neuere Rspr. des BGH (WM 1986, 1095 f.; 1988, 125 f. = DNotZ 1988, 440) dürfte dem entsprechen.

4. Das Testament sei auch nicht deshalb sittenwidrig, weil die Zuwendung von Todes wegen zu Lasten eines Dritten, des Sozialhilfeträgers, ginge. Die Rspr. des BGH zur Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts (BGH NJW 1983, 1852 f.; FamRZ 1987, 152, 154) sei nicht einschlägig. Durch das Testament werde die Bedürftigkeit des übergebenen Behinderten nicht erst herbeigeführt, sondern lediglich eine bereits bestehende Bedürftigkeit nicht beseitigt. Ob dieser Gesichtspunkt so überzeugend ist wie er zunächst klingt, hängt wesentlich davon ab, wie schutzwürdig die vermögensmäßige Aussicht des behinderten Kindes auf das gesetzliche Erbe ist und ob gegebenenfalls die Regelungen des BSHG eine Verstärkung dieses Schutzes im Hinblick auf die dem Behinderten gewährten öffentlichen Hilfeleistungen rechtfertigen.

Die Stellung des gesetzlichen Erben ist keine zivilrechtlich sichere Rechtsposition i. S. eines Anwartschaftsrechts. Dies kann man nicht einmal von dem Pflichtteilsrecht vor Eintritt des Erbfalls sagen (vgl. Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., Einl. zu §§ 2305 ff. BGB, Rd.-Nr. 67; v. Lübtow, Erbrecht II, 618 ff.). Auch das BSHG schränkt die Testierfreiheit der Eltern behinderter Kinder an keiner Stelle ein. Dies obwohl es die Bedarfsgemeinschaft kennt, also zu Lebzeiten das Vermögen der Eltern zur Feststellung der Bedürftigkeit des behinderten Kindes vollumfänglich miteinbezieht. Der Gesetzgeber, der an anderer Stelle mit dem Erbfall zusammenhängende Fragen geregelt hat (§ 92c BSHG), hat offenbar bewußt die vermögensmäßige Haftung innerhalb der Bedarfsgemeinschaft, die ja schon mit der

Voilljährigkeit des Bedürftigen gelockert wird (vgl. § 28 BSHG), nicht über den Tod der Eltern hinaus aufrechterhalten wollen. Vielmehr muß sich der Sozialhilfeträger damit begnügen, nur in diejenige vermögensmäßige Stellung für Zwecke des Ausgleichs seiner Ansprüche einrücken zu können, die dem unterstützten Bedürftigen selbst zukommt.

Es sei an dieser Stelle betont, daß der Pflichtteilsanspruch des behinderten Kindes vom Erblasser nicht ausgeschlossen und dieser Anspruch von dem Sozialhilfeträger gem. § 90 Abs. 1 BSHG übergeleitet werden kann. Die Überleitung ist selbst dann möglich, wenn die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs von der vorherigen Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses (§§ 2306 Abs. 1 S. 2; 2307 Abs. 1 S. 1 BGB) abhängt. Zwar ist das Ausschlagungsrecht kein Anspruch i. S. d. §§ 90 Abs. 1 S. 1 BSHG; 194 Abs. 1 BGB, sondern ein Gestaltungsrecht und kann deshalb als solches nicht übergeleitet werden. Das Recht geht jedoch als unselbständiges Nebenrecht zur Durchsetzung des einzelnen, also nicht im gegenseitigen Schuldverhältnis stehenden, Pflichtteilsanspruch analog § 401 BGB mit diesem über (vgl. BGH NJW 1973, 1793 f. = DNotZ 1974, 161; BVerwGE 41, 115 ff.). Entgegen einiger Äußerungen in der Literatur entsteht nämlich der Pflichtteilsanspruch nicht erst nach Ausschlagung, sondern schon mit dem Erbfall (§§ 2317 Abs. 1; 2332 Abs. 3 BGB; RG JW 1931, 1354 ff.; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., § 2317 BGB, Rd.-Nr. 4; wohl auch MünchKomm/Frank, 2. Aufl., § 2317 BGB, Anm. 2; a. M.: Staudinger/Ferid/Cieslar, a.a.O., § 2317 BGB, Rd.-Nr. 6).

Da der Sozialhilfeträger in jedem Fall den Pflichtteilsanspruch überleiten kann, besteht auch aus der Sicht des BSHG kein rechtlich anerkannter Grund, noch darüber hinaus die vermögensmäßigen Interessen des Sozialhilfeträgers zu schützen. Macht der Sozialhilfeträger von seinem Recht zur Überleitung keinen Gebrauch, so rechtfertigt dies die Sittenwidrigkeit des Behindertentestaments sicherlich nicht. Dennoch scheint mir fraglich, ob eine testamentarische Gestaltung Bestand hätte, die das behinderte Kind wirtschaftlich schlechter stellte als es bei Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs stünde. Wird eine Testamentsgestaltung gewählt, die der dem Urteil zugrundeliegenden entspricht, sollte der Testamentsvollstrecker angewiesen werden, Vermögenswerte an den behinderten Vorerben auszukehren, die wirtschaftlich zumindest seinem Pflichtteilsanspruch entsprechen. Dabei mag es sich ruhig um sozialhilferechtlich zu schonendes Vermögen handeln: Die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs durch den Sozialhilfeträger nur mit dem Ziel, nach dem BSHG zugriffsfähiges Vermögen zu erhalten, wäre nämlich ermessensfehlerhaft.

5. Schließlich – so das Gericht weiter – sei der Erblasser gem. § 91 Abs. 3 BSHG zu Lebzeiten vor der Überleitung von gegen ihn gerichteten Unterhaltsansprüchen seiner Tochter auf den Sozialhilfeträger weitgehend geschützt gewesen. Letzterer Gesichtspunkt wirft die allgemeine Frage auf, ob die Eltern über Vermögen, das bei ihrem Fortleben zugriffsfähig gewesen wäre, auch im Wege der Verfügung von Todes wegen nicht frei verfügen können. M. E. ist diese Frage zu verneinen: Der Gesetzgeber hat im BSHG ausdrücklich Regelungen für den Erbfall getroffen (§ 92c BSHG). Eine Einschränkung der Testierfreiheit aus Gründen der Aufrechterhaltung des Nachrangprinzips hat er hingegen nicht vorgesehen. Eine Gesetzeslücke, die durch eine ausdehnende Interpretation des § 138 BGB geschlossen werden müßte, ist nicht zu erkennen. Dies gilt um so mehr, als im Bereich der Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen, hier insbesondere bei der Eingliederungshilfe für Behinderte, das Nachrangprinzip – anders als bei der Hilfe zum Lebensunterhalt – weit zurückgedrängt ist. So braucht der Behinderte beispielsweise seine eigene Arbeitskraft überhaupt nicht und eigenes Einkommen und Vermögen nur anzugreifen, wenn ihm dies zuzumuten ist, wobei die Einkommensfreigrenzen je nach Bedürftigkeit recht hoch bemessen sind. Wichtiger noch ist die Tatsache, daß Behinderte, die Eingliederungshilfe erhalten und das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, in den § 43 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 BSHG genannten Fällen nur in Höhe der häuslich ersparten Lebenshaltungskosten zu den voraus-

lagten Kosten beitragen müssen. Dieser Personenkreis wird also, da jedermann für seine Lebenshaltungskosten aufkommen muß, faktisch gar nicht belastet. Wenn man weiß, daß von den Empfängern der Behindertenhilfe 52 % entweder unter die Privilegierung des § 43 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 oder des § 91 Abs. 3 BSHG fallen, dann wird die Bedeutung dieser Regelungen für das Subsidiaritätsprinzip deutlich.

6. Als Fazit läßt sich festhalten: Die Interessen des Sozialhilfeträgers am Ausgleich seiner Auslagen haben keinen aus einzelnen Gesetzesvorschriften des BSHG oder einer seiner Prinzipien zu entnehmenden und über § 138 BGB Geltung zu verschaffenden Vorrang vor der Testierfreiheit der Eltern des behinderten Kindes. Im Hinblick auf die in jedem Fall mögliche Überleitung des Pflichtteilsanspruchs sollte die testamentarische Stellung des behinderten Kindes wirtschaftlich gesehen diese gesetzlich markierte Grenze jedoch nicht unterschreiten.

9. Erbrecht – Nachlaßpflegschaft für unbekanntes Erben (OLG Köln, Beschluß vom 2.1.1989 – 2 Wx 57/88)

BGB § 1960 FGG § 12

1. Ein Erbe kann i. S. d. § 1960 Abs. 1 S. 2 BGB auch dann unbekannt sein, wenn ein oder mehrere Erbprätendenten durch letztwillige Verfügung des Erblassers zu Erben eingesetzt sind und erhebliche, nicht sogleich zu entkräftende Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers und damit an der Wirksamkeit der Erbeinsetzung bestehen.
2. Art und Umfang der gem. § 12 FGG erforderlichen Ermittlungen des Nachlaßgerichts bestimmen sich nach den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden materiellrechtlichen Vorschriften.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) ist eine Stieftochter der Erblasserin. Die Erblasserin errichtete am 13. 5. 1987 ein notarielles Testament, durch das sie unter Widerruf aller früheren Verfügungen von Todes wegen als Erben zu je $\frac{1}{2}$ das evangelische Kinderheim und den Tierschutzverein einsetzte.

Am 12. 4. 1988 errichtete die Erblasserin vor Notar Dr. N. ein Testament, in dem sie unter Widerruf sämtlicher von ihr etwa errichteten Verfügungen von Todes wegen die Bet. zu 1) zur alleinigen Erbin einsetzte. Unter dem 20. 4. 1988 errichtete die Erblasserin vor demselben Notar ein Widerrufstestament, durch das sie sämtliche von ihr bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen, insbesondere das Testament vom 12. 4. 1988 aufhob. In den beiden Urkunden vom 12. und 20. 4. 1988 vermerkte der Notar jeweils, daß die Erblasserin nach seiner Überzeugung voll geschäfts- und testierfähig sei.

Am 16. 5. 1988 schlossen die Erblasserin und die Bet. zu 1) einen von dem Notar X. beurkundeten Erbvertrag, durch den die Erblasserin alle etwa von ihr errichteten früheren Verfügungen von Todes wegen aufhob und die Bet. zu 1) zu ihrer alleinigen Erbin berief. In der Urkunde vom 16. 5. 1988 ist ausgeführt, daß sich der Notar durch die Verhandlung von der Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erschienenen überzeugt habe.

Die Bet. zu 1) beantragte am 26. 9. 1988 bei dem Vormundschaftsgericht, für die Erblasserin einen Pfleger mit dem Aufgabengebiet der Vermögenssorge zu bestellen. Bei einer Anhörung durch den Vormundschaftsrichter, bei der die Erblasserin nicht ansprechbar war, gab der vom Gericht zugezogene medizinische Sachverständige Dr. D. an, daß die Erblasserin nach dem, was er von ihren Angehörigen erfahren habe, schon seit langem nicht mehr geschäftsfähig sei. Sie leide an einem hirnganischen Psychosyndrom. Durch Beschluß des AG wurde für die Erblasserin die Gebrechlichkeitspflegschaft wegen geistiger und körperlicher Gebrechen mit dem Wirkungskreis der Vermögens- und Personensorge eingeleitet.

Die Erblasserin verstarb am 12. 10. 1988. Im Anschluß hat das AG die Nachlaßpflegschaft für ihre unbekanntes Erben angeordnet und Rechtsanwalt R. zum Nachlaßpfleger mit dem Wirkungskreis der Nachlaßsicherung und Erbenermittlung bestellt. Gegen die Anordnung der Nachlaßpflegschaft hat die Bet. zu 1) mit der Begründung Erinnerung eingelegt, daß die Erben nicht unbekannt seien, weil sie, die Bet. zu 1),

aufgrund des Erbvertrages vom 16. 5. 1988 Alleinerbin geworden sei und die Erbschaft angenommen habe. Die Erblasserin sei bei Abschluß dieses Erbvertrages testierfähig gewesen.

Das LG hat die als Beschwerde geltende Erinnerung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde der Bet. zu 1) bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der angefochtene Beschluß des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 FGG, 550 ZPO).

Wenn die Erben unbekannt sind, kann das Nachlaßgericht gem. § 1960 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB für denjenigen, der Erbe wird, einen Pfleger (Nachlaßpfleger) bestellen, soweit hierfür ein Bedürfnis besteht. Diese Voraussetzungen hat das LG ohne Rechtsfehler bejaht.

Wenn die Voraussetzungen des § 1960 BGB erfüllt sind, hat das Nachlaßgericht von Amts wegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen (vgl. KGJ 45, A 105 f.; Staudinger/Otte/Marotzke, 12. Aufl. 1979, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 4). Deshalb muß die Frage, ob der Erbe „unbekannt“ ist, vom Standpunkt des Nachlaßgerichts aus bei der Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsmaßnahme geprüft werden (vgl. KG, a.a.O.; KGJ 52, A 57, 59; Staudinger/Otte/Marotzke, a.a.O., § 1960 BGB, Rd.-Nr. 8). Wenn gegen seine Entscheidung Beschwerde erhoben wird, tritt an die Stelle der Beurteilung des Nachlaßgerichts die tatrichterliche Prüfung der Beschwerdekammer. Dem Nachlaß- bzw. dem Beschwerdegericht ist der Erbe unbekannt, wenn mehrere Personen als Erbe in Betracht kommen und sich der Tatrichter nicht ohne umfängliche Ermittlungen davon überzeugen kann, wer von ihnen Erbe geworden ist. So liegt es auch, wenn ein oder mehrere Erbprätendenten durch letztwillige Verfügung des Erblassers zu Erben eingesetzt sind und erhebliche, nicht sogleich zu entkräftende Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung der letztwilligen Verfügung und damit an der Wirksamkeit der Erbeinsetzung bestehen (vgl. MünchKomm/Leipold, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 14; Palandt/Edenhofer, 48. Aufl. 1989, § 1960 BGB, Anm. 26; Soergel/Stein, 11. Aufl. 1983, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 7; Staudinger/Otte/Marotzke, a.a.O., § 1960 BGB, Rd.-Nr. 7). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nach den für den Senat als Rechtsbeschwerdegericht bindenden (§§ 27 FGG, 561 ZPO) tatsächlichen Feststellungen des LG gegeben.

Die Erblasserin hat die Bet. zu 1) durch Erbvertrag vom 16. 5. 1988 zur Erbin berufen. Diese Erbeinsetzung ist unwirksam, wenn die Erblasserin bei Vertragsschluß nicht geschäftsfähig war, § 2275 Abs. 1 BGB. Wenn die Erblasserin im April und Mai 1988 geschäfts- und testierunfähig, bei Errichtung des notariellen Testaments vom 13. 5. 1987 dagegen – noch – testierfähig (§ 2229 BGB) war, ist sie nicht von der Bet. zu 1), sondern von den beiden in diesem Testament bedachten Vereinigungen – zu je $\frac{1}{2}$ – beerbt worden. Das LG hat sich von der Geschäftsfähigkeit der Erblasserin bei Abschluß des Vertrages vom 16. 5. 1988 – und damit von der Wirksamkeit dieses Erbvertrages – nicht überzeugen können. Es hat vielmehr festgestellt, daß erhebliche Zweifel an der Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasserin im April/Mai 1988 bestehen. Der Senat kann die Tatsachenfeststellung und -würdigung des LG nur auf Rechtsfehler überprüfen (§§ 27 FGG, 550, 561 ZPO), d. h. nur darauf, ob der Tatrichter den entscheidungserheblichen Sachverhalt ausreichend erforscht, bei der Erörterung des Tatsachenstoffs alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei weder gegen gesetzliche Beweisregeln oder Verfahrensvorschriften noch gegen die Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Teil A, 12. Aufl. 1987, § 27 FGG, Rd.-Nr. 42 m. w. N.). Die angefochtene Entscheidung hält der Überprüfung nach diesen Grundsätzen stand.

Das LG hat die Indizien, die für und gegen die Geschäfts- und Testierfähigkeit der Erblasserin im maßgeblichen Zeitraum sprechen, gegeneinander abgewogen. Dabei hat es zutreffend berücksichtigt, daß für die Bejahung der Geschäfts- und Testierfähigkeit die von den beiden Notaren Dr. N. und X. in den

Urkunden vom 12. und 20. 4. 1988 sowie vom 16. 5. 1988 niedergelegten Feststellungen zu dieser Frage ebenso sprechen wie der von der Bet. zu 1) in Kopie vorgelegte Vermerk des Notars X. vom 16. 5. 1988 und die von Dr. D. erstellte ärztliche Bescheinigung vom 28. 11. 1988. Indes spricht gegen die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin im maßgeblichen Zeitraum der Inhalt der beiden in der landgerichtlichen Entscheidung wiedergegebenen Vermerke des Rechtspflegers beim Nachlaßgericht über zwei Unterredungen mit der Erblasserin am 13. 1. 1988 und 20. 4. 1988. Zudem hat der Sachverständige Dr. D. bei der Anhörung durch das Vormundschaftsgericht am 28. 9. 1988 erklärt, daß die Erblasserin nach den ihm von ihren Angehörigen gemachten Angaben „schon sehr lange“ nicht mehr geschäftsfähig sei. Der vom Tatrichter aufgrund einer Gesamtschau aller dieser Umstände gezogene Schluß, daß erhebliche Bedenken gegen die Bejahung der Testier- und Geschäftsfähigkeit der Erblasserin noch im April und Mai 1988 bestehen, ist auch nach der Ansicht des Senats naheliegend, jedenfalls aber möglich und damit für die Beurteilung des Streitfalls durch das Rechtsbeschwerdegericht bindend.

Entgegen der Auffassung der Bet. zu 1) hat das LG nicht unter Verletzung der Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) entschieden. Die Bet. zu 1) meint, die Beschwerdekammer hätte – durch Vernehmung des Arztes Dr. D. sowie der Notare Dr. N. und X. als Zeugen – Beweis erheben müssen, wenn sie sich nicht anders von der Testierfähigkeit der Erblasserin überzeugen konnte. Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt. Nach § 12 FGG hat zwar der Tatrichter – und zwar auch das LG als Beschwerdegericht (vgl. Keidel/Amelung, § 12 FGG, Rd.-Nr. 30) – im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Richtung und Umfang der erforderlichen Ermittlungen bestimmen sich indes nach den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden materiell-rechtlichen Vorschriften (vgl. Bumiller/Winkler, 4. Aufl. 1987, § 12 FGG, Anm. 7a; Keidel/Amelung, § 12 FGG, Rd.-Nr. 85 m. w. N.). Die Amtsermittlungspflicht nach § 12 FGG wird mit anderen Worten durch die Voraussetzungen des materiellen Rechts begrenzt. Deshalb bedurfte es im Ausgangsfall vor der Entscheidung über die Erstbeschwerde der Bet. zu 1) keiner weiteren, über die Auswertung der aktenkundigen Umstände hinausgehenden Ermittlungen des LG.

Die weitere Beschwerde übersieht, daß es sich bei der Bestellung eines Nachlaßpflegers ebenso wie bei den übrigen in § 1960 BGB vorgesehenen Anordnungen um eine vorläufige Maßnahme handelt, die sich gerade durch die derzeit bestehende Ungewißheit über die Person des wahren Erben rechtfertigt und die im Interesse der Erhaltung des Nachlasses die Vertretung des Erben nur bis zu demjenigen Zeitpunkt regeln soll, in dem die Person des wahren Erben feststeht (vgl. KG OLGE 32, 45 f.). Nach dem Zweck des § 1960 BGB, dem Erben den Nachlaß durch alsbald zu treffende Maßnahmen des Nachlaßgerichts zu sichern, sofern ein Bedürfnis für sie besteht, sind deshalb die Ermittlungen des Tatrichters nur soweit zu erstrecken, daß sich beurteilen läßt, ob der Erbe derzeit unbekannt ist (vgl. KGJ 52, A 57, 59). Von der Durchführung umfangreicher und zeitraubender Untersuchungen zur Ermittlung des wahren Erben darf die Anordnung fürsorglicher Maßnahmen gem. § 1960 BGB nach diesem Sicherungszweck der Vorschrift dagegen nicht abhängig gemacht werden (vgl. KG OLGE 32, 45 f.; KGJ 52, A 57, 59; MünchKomm/Leipold, § 1960 BGB, Rd.-Nr. 71; Soergel/Stein, a.a.O., § 1960 BGB, Rd.-Nr. 4; Staudinger/Otte/Marotzke, a.a.O., § 1960 BGB, Rd.-Nr. 8).

Im vorliegenden Fall hätte die Klärung der – für die Feststellung des wahren Erben erheblichen – Frage, ob die Erblasserin im maßgeblichen Zeitpunkt geschäfts- und testierfähig war, eine umfangreiche, nicht sogleich abzuschließende Untersuchung des Tatrichters erfordert. Zur Klärung dieser Frage hätte er sich nicht auf die Vernehmung der drei Zeugen beschränken können, in deren Wissen die Bet. zu 1) für die Bejahung der Testierfähigkeit der Erblasserin sprechende Umstände gestellt hat. Vielmehr hätte der Tatrichter zur abschließenden Beurteilung

der Frage, wer Erbe geworden ist, seine Ermittlungen auch auf die gegen die Testierfähigkeit sprechenden Umstände erstrecken und jedenfalls den Sachverständigen Dr. D. zu den ihm von den Angehörigen der Erblasserin mitgeteilten Indizien sowie den Rechtspflegern des Nachlaßgerichts zu den Vorgängen vom 13.1.1988 und 20.4.1988 vernehmen und sich erforderlichenfalls auch sachkundig beraten lassen müssen. Eine solche umfassende Klärung ist – wie das LG zutreffend ausgeführt hat – dem gegebenenfalls auf Antrag eines Erbprätendenten einzuleitenden Erbscheinsverfahrens vorbehalten. Die Anordnung (vorläufiger) Sicherungsmaßnahmen nach § 1960 BGB kann von ihrer vorherigen Durchführung nicht abhängig gemacht werden.

10. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer – Projektanbieter im Rahmen eines Bauherrenmodells als (weiterer) Veräußerer i. S. d. GrEStG
(BFH, Beschluß vom 21.12.1988 – II B 47/88)

GrEStG 1983 §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; 8 Abs. 1; 9 Abs. 1 Nr. 1

1. Ist einem Projektanbieter im Bauherrenmodell ein unbebautes Grundstück an die Hand gegeben und führt er in Ausnutzung der ihm eingeräumten Möglichkeiten durch Bebauung eine Veränderung des Grundstücks herbei, steht der solcherart Verwertungsbefugte dem Erwerber neben dem – an der Bebauung nicht beteiligten – Veräußerer des unbebauten Grundstücks als weiterer Veräußerer gegenüber. Denn der Verwertungsbefugte bewirkt, daß das Grundstück dem Erwerber als bebautes Grundstück verschafft und als solches Gegenstand des Erwerbsvorgangs sein kann.
2. Zum Umfang der Gegenleistung beim Erwerb im Bauherrenmodell.

Zum Sachverhalt:

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 28.10.1983 verkaufte die Stadt ein Grundstück im Ausmaß von 687 qm an verschiedene Personen als Bruchteilserwerber zum Kaufpreis von insgesamt 182.750,- DM. Die Auffassung wurde erklärt und deren Eintragung bewilligt und beantragt. Auf den Kl. entfiel ein hälftiger Miteigentumsanteil von $\frac{33,72}{1000}$ sowie von $\frac{3,27}{1000}$. Die Käufer untereinander vereinbarten, an den Architekten X. einen Betrag von insgesamt 59.310,- DM (anteilig entsprechend den erworbenen Bruchteilsanteilen) für die mit der Baureifmachung des Kaufgrundstücks entstandenen Aufwendungen zu zahlen. Die Zahlungsverpflichtung des Kl. betrug daher insgesamt $\frac{1}{2}$ von 8710,- DM.

Bereits am 2.8.1983 hatte die A-Beratungs- und Treuhandgesellschaft mbH (A) zu notarieller Urkunde gegenüber den Bauherren des Bauvorhabens ein Angebot zum Abschluß eines Treuhandvertrages gemacht. In der Vorbemerkung heißt es, der Treugeber wolle zusammen mit weiteren Bauherren jeweils im eigenen Namen und für eigene Rechnung den oben bezeichneten Grundbesitz erwerben und darauf ein Bauvorhaben bestehend aus 23 Wohnungseigentumseinheiten und 19 Tiefgaragenstellplätzen schlüsselfertig errichten lassen. Zu diesem Zweck würden sich die Bauherren zu einer Bauherrengemeinschaft zusammenschließen. Zur Erleichterung der rechtlichen und wirtschaftlichen Abwicklung des Vorhabens und der Durchführung der Baumaßnahme solle die A als Treuhänder eingeschaltet werden.

Der Treuhänder wurde beauftragt, die Rechte und Interessen des Treugebers beim Erwerb der Miteigentumsanteile und bei der Errichtung und Finanzierung der Einheiten in umfassender Weise wahrzunehmen und Pflichten und Kosten für den Treugeber zu begründen. Zu den Aufgaben des Treuhänders sollten insbesondere u. a. zählen:

- a) Gründung der Bauherrengemeinschaft durch Abschluß des Gesellschaftsvertrags und Vertretung der Bauherren in ihr,
- b) Abschluß von Kaufverträgen mit Auflassung,
- c) Abgabe der Erklärung nach § 3 WEG einschließlich Gemeinschaftsordnung mit Gebrauchsregelung, Verwaltervertrag und Verwaltervollmacht,
- d) Aufnahme von Darlehen zu marktüblichen Konditionen für die Zwischen- und Endfinanzierung in Höhe von 85 v.H. des voraussichtlich auf den Treugeber entfallenden Gesamtaufwandes zuzüglich Damnum,

- e) Abschluß von Werkverträgen bezüglich des Bauvorhabens sowie von Verträgen über Architekten- und Ingenieurleistungen,
- f) Abschluß eines Vertrags über die wirtschaftliche und finanzielle Betreuung, eines Bürgschaftsvertrags, eines Zinsgarantievertrags, eines Finanzierungsvermittlungsvertrags sowie mit der Vermietung zusammenhängende Verträge.

Dabei verpflichtete sich der Treuhänder, vor Schließung der Bauherrengemeinschaft sowie Planungs- und Finanzierungssicherheit weder Gesellschaftsvertrag noch Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag abzuschließen. Vorgesehen sei, daß die Stadt selbst das Grundstück verkaufe. Der als Anlage beigefügte Entwurf des Gesellschaftsvertrags, zu dessen Abschluß sich die A verpflichtete, sieht u. a. den Ausschluß eines Bauherren vor für den Fall, daß dieser seinen finanziellen Verpflichtungen nicht rechtzeitig nachkommt, und zwar nach Ermessen der A. Der Ausschluß hat die Verpflichtung zur Übertragung des Miteigentumsanteils auf einen anderen zur Folge, wobei A unter Befreiung von § 181 BGB zu handeln berechtigt ist. In dem Angebot heißt es weiter, der Treuhänder sei erst dann zur Annahme eines eventuell bindenden Angebots zum Abschluß eines Vertrags mit dem Baubetreuer, dem Generalübernehmer und dem Generalunternehmer berechtigt, wenn er hierzu nach Erwerb des Grundstücks durch entsprechenden Beschluß der vorher geschlossenen Bauherrengemeinschaft beauftragt wurde.

Der Treugeber seinerseits verpflichtete sich u. a.

- a) zur Erteilung umfassender Vollmacht und zur rechtzeitigen Einzahlung des Eigenkapitals in Höhe von 15 v.H. des anteiligen Gesamtaufwands auf Aufforderung der A,
- b) ohne Zustimmung des Treuhänders keine Verfügung über den Grundbesitz während der Dauer des Treuhandverhältnisses zu treffen sowie
- c) den Treuhänder von vorher persönlich eingegangenen Verpflichtungen zu befreien, wobei der Treugeber gleichzeitig vom Treuhänder bereits vor Annahme des Treuhandangebots vorgenommene Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte genehmigte.

Nach dem Inhalt des Angebots ist der Treuhänder nach erfolgtem Ausschluß des Treugebers entsprechend dem Gesellschaftsvertrag ermächtigt, alle Handlungen im Namen des Treugebers vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Bauvorhaben ohne den Treugeber zu vollenden und die Einheit bestmöglichst zu veräußern.

Im Treuhandangebot wurde der voraussichtliche Gesamtaufwand für Grundstück, Gebäude und Außenanlagen auf 6.066.510,- DM fixiert. Davon sollten auf die Gesamtfläche der Wohnungen 5.781.510,- DM und auf die 19 Tiefgaragenplätze je 15.000,- DM (= 285.000,- DM) entfallen. Die Berechnung des Gesamtaufwands für die einzelne Wohnungseigentumseinheit erfolgte dabei über einen Preis je Quadratmeter Wohnfläche nach folgendem Schema:

„1. Grundstückskosten	130,- DM
2. Herstellungskosten	2310,50 DM
3. Werbungskosten	
3.1 Gebühren für die Vermittlung und die damit verbundene Bearbeitung der Zwischenfinanzierung	54,- DM
Endfinanzierung	54,- DM
3.2 Kosten der Darlehenssicherung	
anteilige Notariats- und Grundbuchkosten	60,- DM
3.3 Bauzeitinsen	180,- DM
3.4 Mietvermittlung	22,50 DM
3.5 Beschaffung der steuerlichen Unterlagen	15,- DM
3.6 Baubetreuungskosten	120,- DM
3.7 Bauwesenversicherung	15,- DM
3.8 Bürgschaft Zwischenfinanzierung	54,- DM
3.9 Treuhänder	90,- DM
	<u>3105,- DM</u> “

Nicht enthalten im Gesamtaufwand waren nach dem Inhalt des Treuhandangebots u. a. die Kosten etwaiger Sonderwünsche bzw. -ausstattungen, Zinsen und Damnum der Endfinanzierung sowie Mehrkosten für Erfüllung zur Zeit nicht bestehender behördlicher Auflagen, aufgrund höherer Gewalt oder etwa erforderlicher höherer Gründungskosten.

Am 17.11.1983 hat eine Bauherrenversammlung stattgefunden. Dabei wurde einstimmig beschlossen, das Bauvorhaben grundsätzlich wie geplant durchzuführen, und weiter Architekt X. die Bauplanung und Bauleitung zu übertragen.

Das FA war der Auffassung, es liege ein auf den Erwerb von fertigem Wohnraum gerichtetes einheitliches Vertragswerk vor. Es ging von einer Gegenleistung von 3.020,50 DM je qm aus. Dabei rechnete das FA von dem nach dem Gesamtaufwand ermittelten Quadratmeterpreis von 3105,- DM die Kosten der Endfinanzierung (3.1), die Kosten der Darlehenssicherung in Höhe von 15,50 DM und die Kosten für Beschaffung der steuerlichen Unterlagen (3.5) nicht zur Gegenleistung.

Dementsprechend setzte es gegen den Kl. unter Einbeziehung des anteiligen Aufwands für den Tiefgaragenstellplatz Grunderwerbsteuer in Höhe von 2173,- DM fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Der dagegen gerichteten Klage hat das FG entsprochen. Es hat dazu ausgeführt, zwar sei im Streitfall die Einheitlichkeit der Verträge i. S. d. Rspr. des BFH schon deshalb anzunehmen, weil die gesamten Vorgänge ausweislich der Bestimmungen des Treuhandvertrags allein auf die Errichtung einer bestimmten Eigentumswohnung gerichtet seien, doch habe der Erwerber nur gegen die Stadt einen Anspruch auf Grundstücksübergabe i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 erworben, weshalb nur der anteilige, sich aus dem Grundstückskaufvertrag ergebende Kaufpreis der Grunderwerbsteuer unterliege. Es könne nicht festgestellt werden, ob ein Projektanbieter die Verwertungsbefugnis an dem Grundstück i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG 1983 erlangt habe.

Aus den Gründen:

Das vom FA eingelegte Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidung des FG. Es ist nicht ernstlich zweifelhaft, daß Gegenstand des nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 der Grunderwerbsteuer unterliegenden Erwerbsvorgangs bezugsfertige Sondereigentumseinheiten darstellen. Dies ergibt sich aus dem Inhalt des Treuhandvertrags, der einerseits die Grundlage für alle das Projekt betreffenden Rechtshandlungen, die dort auch beschrieben werden, bildet und andererseits die rechtliche Verflechtung aller dieser Rechtshandlungen bewirkt. Denn dem einzelnen Erwerber war es durch den Zwang zum Abschluß des Treuhandvertrags als Zugangsvoraussetzung zum Grundstückskaufvertrag nur möglich, ein weitgehend vorformuliertes komplettes Vertragswerk anzunehmen, das ihn nur bei absoluter Vertragstreue letztendlich in den Genuß der fertiggestellten Sondereigentumseinheit bringen sollte.

1. Entgegen der Annahme des FG kann im Rahmen der Grunderwerbsteuerrechtlichen Würdigung die Frage nach dem Gegenstand des Erwerbsvorgangs nicht damit beantwortet werden, daß der Grundstücksübergabensanspruch sich nur gegen die Stadt als Veräußerin richtete, nicht aber gegen andere Vertragsparteien. Entscheidend ist vielmehr, ob die Vereinbarungen, die der Erwerber eingegangen ist und die unter sich verflochten sind, sich schon dem Gegenstand nach unter Berücksichtigung aller Umstände der durch sie erstrebten Rechtswirkung darauf richten, ihm einen einheitlichen Leistungsgegenstand, nämlich ein bebautes Grundstück (Grundstück mit fertiggestellten Sondereigentumseinheiten) zu verschaffen. Im Hinblick darauf, daß der Miteigentumsanteil am Grundstück bei mangelnder Erfüllung der Verpflichtungen des Erwerbers herauszugeben und die A als Treuhänderin zur Durchführung der Herausgabe ermächtigt und bevollmächtigt war, bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß die Vereinbarungen der Sache nach auf diesen einheitlichen Leistungsgegenstand bezogen waren (vgl. zur rechtlichen Verknüpfung von Treuhandvertrag mit Grundstückskaufvertrag auch BGHZ 101, 393, 397 = DNotZ 1988, 547).

2. Wie der Senat bereits ausgeführt hat (BFHE 144, 280 = BStBl. II 1985, 627) muß demjenigen, der die Rechtsmacht innehat, ein Projekt dieser Art anzubieten, das Grundstück notwendigerweise vom Eigentümer „an die Hand“ gegeben worden sein. Entgegen der Ansicht des FG kommt es nicht darauf an, wie diese Bindung im Ergebnis erreicht worden ist. Denn der tatsächliche Ablauf, daß der Anbieter bestimmen kann, wer dem Grundstückseigentümer gegenüber als Käufer auftritt, beweist, daß diese Bindung besteht. Ein Treuhänder, der diese Bindung des Grundstückseigentümers nicht irgendwie sichergestellt hat, ist nicht in der Lage, den geworbenen Treugebern gegenüber die Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufvertrages über ein bestimmtes Grundstück einzugehen. Außerdem liegt es in der Natur der Sache, daß die bis zur Projektreife erforderlichen Aufwendungen nur gemacht werden, wenn der Grundstückseigentümer sich einverstanden erklärt hat, keine anderen als die vom Anbieter präsentierten Käufer anzunehmen. Daß dem Anbieter im Streitfall das Grundstück i. d. S. „an die Hand gegeben“ war, ergibt sich besonders daraus, daß die Käufer die vom Anbieter aufgewendeten Kosten für die Bau-

reifmachung des Grundstücks zusammen mit dem Kaufpreis zu entrichten hatten.

3. Ist einem Projektanbieter ein unbebautes Grundstück in einer Weise an die Hand gegeben, daß es als bebautes Grundstück beim Erwerber ankommt und damit auch als bebautes Grundstück zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht werden kann, so bewirkt die derart verschaffte Verwertungsmöglichkeit die Veränderung des Grundstückszustandes.

Die Verwertungsmöglichkeit i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG 1983, die nicht ein neben das Eigentum am Grundstück tretendes eigenes Recht an diesem ist, sondern nur die Stellung des Eigentümers in dem durch das sie begründende Rechtsgeschäft abgesteckten Ausmaß überlagert, erschöpft sich zwar regelmäßig darin, daß der Verwertungsbefugte nicht seine Stellung weiterleitet, sondern sie durch Beteiligung an der beim Veräußerer vorhandenen Substanz nutzt. In den Fällen der durch Ermächtigung zum Verkauf eines Grundstücks auf eigene Rechnung einem Dritten eingeräumte Verwertungsmöglichkeit entstehen durch den Verkauf des Grundstücks in Ausnützung der erlangten Position keine Grunderwerbsteuerrechtlich erheblichen Beziehungen zwischen dem Verwertungsbefugten und dem Käufer. Dieser erwirbt die aufgrund des Erwerbsvorgangs ihm zuwachsenden Befugnisse vielmehr allein vom Eigentümer, während die dem Dritten eingeräumte Verwertungsmöglichkeit dadurch untergeht, daß von ihr Gebrauch gemacht wird. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Verwertungsbefugte in Ausnützung der ihm eingeräumten Möglichkeiten eine Veränderung des Zustands des Grundstücks herbeiführt und dadurch bewirkt, daß das Grundstück beim Erwerber in einem anderen Zustand ankommt, als es beim Veräußerer vorhanden ist. In diesem Fall steht dem Erwerber neben dem Veräußerer des unbebauten Grundstücks, der an der durch die Bebauung eintretenden Veränderung des Grundstückszustandes nicht beteiligt ist, der Verwertungsbefugte als weiterer Veräußerer gegenüber. Denn der Verwertungsbefugte und nicht der Veräußerer bewirkt aufgrund seiner die Eigentümerstellung des Veräußerers überlagernde Verwertungsmöglichkeit, daß das Grundstück dem Erwerber als bebautes Grundstück verschafft und damit auch als bebautes Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs wird.

Für den Umfang der Grunderwerbsteuerpflicht des Erwerbers ist es dabei belanglos, ob der Zwischenerwerb durch den Verwertungsbefugten vom FA Grunderwerbsteuerrechtlich erfaßt wird oder nicht. Ebenso ist es im Hinblick auf den einheitlichen Erwerbgegenstand der Sache nach für die Besteuerung des Erwerbers bedeutungslos, wer ihm neben dem Grundstücksverkäufer dieses Grundstück verschafft.

4. Ernstliche Zweifel, die eine teilweise Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheides rechtfertigen könnten, bestehen auch nicht im Hinblick auf die in diesem angesetzte Bemessungsgrundlage. Bemessungsgrundlage ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG 1983 der Wert der Gegenleistung. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 gilt bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen als Gegenleistung. Zur Gegenleistung rechnet demgemäß jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks in dem Zustand, in dem es zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht ist, gewährt (vgl. auch BFHE 154, 149 = BStBl. II 1988, 898 m. w. N.). Andererseits haben Leistungen des Erwerbers, die nicht den Gegenstand des der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsworgangs betreffen, begrifflich aus der Bemessungsgrundlage auszuscheiden. Eine etwa im Vertragswerk vorgenommene Zuordnung von Teilbeträgen aus einer Gesamtleistungsverpflichtung des Erwerbers zu bestimmten „Leistungs- teilen“ kann in diesem Zusammenhang aber regelmäßig nicht ohne weiteres übernommen werden (vgl. BFHE 144, 280 = BStBl. II 1985, 627).

Im Streitfall besteht kein Anlaß, die kausale Verknüpfung der im angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheid angesetzten Gegenleistung mit dem Erwerb des zum Gegenstand des

Erwerbsvorgangs gemachten bebauten Grundstücks zu bezweifeln. Denn der Gesamtaufwand je Quadratmeter Wohnfläche, den zu erbringen sich der einzelne Erwerber verpflichtet hat und der in der Anlage zum Treuhandvertragsangebot aufgeschlüsselt ist, setzt sich nur aus kalkulatorischen Posten zusammen. Das wird bereits bei den „Grundstückskosten“ deutlich: Die Gesamtverpflichtung aus dem Grundstückskaufvertrag gegenüber der Stadt und gegenüber dem Architekten X. in Höhe von zusammen 242.060,- DM beinhaltet bei Aufschlüsselung nur den auf die Wohnflächen treffenden Gesamtpreis

von 130,- DM \times 1862 qm (= 242.060,- DM). Die 19 Tiefgaragenstellplätze, für die je $\frac{3,31}{1000}$ Miteigentumsbruchteile am Grundstück erworben wurden, finden keine zuordnungsfähige Gegenleistung. Daraus folgt, daß die Aufschlüsselung der Gesamtkosten keine ernstliche Vereinbarung über einzelne Kostenfaktoren beinhaltet, sondern Inhalt der Vereinbarung war, daß der Erwerber für jeden Quadratmeter Wohnfläche einen bestimmten (Fest-)Betrag und für jeden Stellplatz 15.000,- DM pauschal zu entrichten hatte.

Mitteilung

Kostenrecht – Gebührenbefreiung beim Wohnungsbau (JM NW, Schreiben vom 12. 7. 1989 – 5603 – I B. 89)

Durch Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Steuerreformgesetzes 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaus und von Arbeitsplätzen in Privathaushalten vom 30. 6. 1989 (BGBl. I, 1267) ist die Überleitungsvorschrift in Art. 22 Abs. 3 des Steuerreformgesetzes 1990 wie folgt geändert worden:

„Änderung des Steuerreformgesetzes 1990

In Art. 22 Abs. 3 S. 2 des Steuerreformgesetzes 1990 vom 25. 7. 1988 (BGBl. I, 1093) werden die Worte ‚bis zum 31. 12. 1989 bei Gericht eingegangen ist.‘ durch die Worte ‚bis zum 31. 12. 1990 bei Gericht eingegangen ist und das diesem

Antrag zugrundeliegende notarielle Geschäft vor dem 1. 1. 1990 vorgenommen worden ist.‘ ersetzt.“

Durch diese Änderung soll verhindert werden, daß zum Jahresende 1989 eine große Zahl unvollständiger Anträge lediglich zur Fristwahrung eingereicht wird, was die Gerichte zusätzlich belasten würde und zu einer uneinheitlichen Praxis in der Frage führen könnte, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein fristgerecht eingereicherter, jedoch nicht vollzugsreifer Antrag den Anspruch auf Gebührenfreiheit wahrt, wenn fehlende Unterlagen nach einer Zwischenverfügung oder nach Zurückweisung des Antrags nach Fristablauf nachgereicht werden. Voraussetzung der Gebührenfreiheit ist aber auch nach Änderung des Gesetzes, daß die Voraussetzungen des steuerbegünstigten Wohnungsbaus, insbesondere die Bezugsfertigkeit, vor dem 1. 1. 1990 bereits vorgelegen haben.