

# Mitteilungen

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

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 11—12/III, 8000 München 2  
Druck: E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Dachauer Straße 15, 8000 München 2

Heft 1

MittBayNot

Januar/Februar 1983

### I. Abhandlungen

#### Das Elend mit dem Kostenrecht<sup>1</sup>

— Zugleich Besprechung von BayObLG MittBayNot 1979, 249<sup>2</sup> —

Von Notar *Dr. Wolfram Eckhardt*, Fürth/Bayern

#### I.

Das Kostenrecht führt in der wissenschaftlichen Diskussion ein Kümmerdasein. Dissertationen oder Habilitationsschriften im Kostenrecht dürften Seltenheitswert haben, ja sogar Lehrbücher auf diesem Gebiet sind nur spärlich vorhanden<sup>3</sup>.

Für die Praxis gilt ähnliches. Bei Richtern ist Kostenrecht im allgemeinen unbeliebt. Auch bei Notaren wird dieses Rechtsgebiet oft mehr am Rande behandelt. Notare verlassen sich in schwierigen Fällen nur zu oft und nur zu gern auf die Prüfungsabteilung der Notarkasse, wie zahlreiche dort hin gerichtete Anfragen in Kostensachen beweisen<sup>4</sup>.

Worauf ist diese oft stiefmütterliche Behandlung des Kostenrechts zurückzuführen? Scheut vielleicht der dogmatisch geschulte Jurist eine Beschäftigung mit den scheinbaren Trivialitäten dieses Gegenstands?<sup>5</sup> Liegt hier eine

Parallele zum Steuerrecht vor, das überwiegend von Nichtjuristen bearbeitet wird, wobei dann oft vergessen wird, daß **Steuerrecht eben vor allem auch Recht ist?**<sup>6</sup>

Es scheint, daß sowohl im Kostenrecht als auch im Steuerrecht häufig zu sehr vom Ergebnis her argumentiert wird: Ist dem Steuerpflichtigen diese Belastung zumutbar? Kann der Kostenschuldner diese Gebühr zahlen oder — juristisch verbrämt — entspricht dieses Ergebnis der Kostengerechtigkeit? Juristische Methodenlehre und Dogmatik bleiben bei einem solchen Vorgehen nur allzuleicht auf der Strecke.

#### II.

1. Als Beweis für die vorstehenden Behauptungen mag die oben genannte Entscheidung des BayObLG vom 26. 11. 1979 dienen, deren Leitsatz lautet:

„Die Einholung einer Genehmigung der Landeszentralbank zur Währungssicherungsklausel ist in einem Leibrentenvertrag mit Bestellung einer Reallast ein Nebengeschäft, für das der Notar keine Gebühr erhält“.

Vor dieser Entscheidung wurde Jahrzehntlang unstrittig die Erholung derartiger Genehmigungen durch den Notar mit einer Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO belegt. Der Praktiker ist indessen an die Entscheidungen der Obergerichte faktisch gebunden. Konsequenterweise heißt es denn auch in der 2. Auflage des „Streifzug durch die Kostenordnung“:

<sup>1</sup> Neuhaus und Kropholler haben in FamRZ 1980, 753 eine Abhandlung „Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht“ veröffentlicht. Bürgle weist in seinem Aufsatz „Wieder einmal: Das Elend mit dem (diesmal thailändischen) Internationalen Privatrecht“, IPRax 1982, 12, darauf hin, daß der Titel der Abhandlung von Neuhaus/Kropholler Pate gestanden habe bei der Überschrift zu seinen eigenen Ausführungen.  
Der Titel beider Abhandlungen stand wiederum Pate bei der Überschrift zu meinen Ausführungen.

<sup>2</sup> BayObLG vom 26.11.1979 — BReg. 3 Z 48/79 — = BayObLGZ 1979, 383 = BayObLG RPfeger 1980, 122.

<sup>3</sup> Zu den Ausnahmen gehört hier das Werk von Berthold C. Haferland: „Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. KOSTENORDNUNG. Ein Studienbuch“, 5. Auflage 1981; vgl. hierzu die Buchbesprechung von Helßenberg in DNotZ 1982, 583. Bezeichnenderweise ist dieses Werk nur als Schreibmaschinenmanuskript gedruckt!

<sup>4</sup> Vgl. die Hinweise der Notarkasse in MittBayNot 1973, 329 und 1981, 161.

<sup>5</sup> Diese Geisteshaltung wird illustriert durch das alte Wort „Iudex non calculat“, das endgültig aus dem Sprachgebrauch der Juristen verschwinden muß; vgl. hierzu Eckhardt JuS 1971, 56.

<sup>6</sup> Hiermit mögen Klagen zusammenhängen, das Steuersystem der Bundesrepublik Deutschland trage streckenweise den „Charakter des gesetzlich dekretierten Unfugs“ (Tipke). Als „Stiefkind der Rechtswissenschaft“ bezeichnet Tipke (Steuerrecht, 8. Auflage, Köln 1981, § 1, 2) die Steuerrechtswissenschaft, weil dieser Zweig der Rechtswissenschaft — ganz im Gegensatz zu seiner praktischen Relevanz — in Forschung und Lehre nur einen minderen Rang einnimmt. Das Gros der Ziviljuristen, die Notare eingeschlossen, ist nach dem Urteil Tipkes „zu steuerlich optimaler Vertragsplanung und -gestaltung nicht imstande“.

<sup>7</sup> Streifzug durch die Kostenordnung, 2. Auflage 1980, Stand: 1.1.1980, Herausgeber: Notarkasse, Anstalt des öffentlichen Rechts, München, S. 174.

„Die auftragsgemäße Erholung von gerichtlichen und behördlichen Genehmigungen (Landeszentralbank nach dem Währungsgesetz, Vormundschaftsgericht, Nachlaßgericht, Kirchenoberbehörde u. a.) zu einer vom Notar aufgenommen oder entworfenen Urkunde ist Nebengeschäft zur Beurkundung bzw. Entwurffertigung im Sinne von § 35 und damit nicht zusätzlich mit einer Gebühr nach § 147 Abs. 1 zu belegen (BayObLG MittBayNot 1979, 249).“

2. Das BayObLG hat keine dogmatisch grundlegende Entscheidung gefällt. Es hätte an sich entscheiden sollen, ob der Geschäftswert für die Erholung der Genehmigung der Landeszentralbank aus dem vollen Wert der vereinbarten Leibrente einschließlich eines Zuschlags von 10% für die Wertsicherung zu berechnen ist oder ob dieser Wert nur Beziehungswert im Sinne von § 30 Abs. 1 KostO ist. Hierbei wäre auf die Ausführungen des Notars einzugehen gewesen, die immerhin durch ein Rechtsgutachten untermauert wurden, daß der Geschäftswert „sonst feststeht“ im Sinne von § 30 Abs. 1 KostO, daß aber eine reine Ermessensentscheidung dem System fester Notarkosten widerspreche und damit den Weg zu unzulässigen Gebührenvereinbarungen eröffne<sup>8</sup>, Fragen die zweifellos mitten in die Dogmatik des Kostenrechts geführt hätten.

Statt dessen prüft das BayObLG als Vorfrage, ob überhaupt eine Gebühr anfällt, kommt zu einem negativen Ergebnis und braucht daher die vom Notar aufgeworfenen dogmatisch schwierigen Fragen nicht zu beantworten<sup>9</sup>.

3. Das BayObLG definiert den Begriff des Nebengeschäfts im Sinne der §§ 35, 147 Abs. 2 KostO mit der Rechtsprechung wie folgt:

- a) Es muß sich um ein Geschäft handeln, welches gebührenpflichtig wäre, wenn es für sich allein vorgenommen würde.
- b) Es muß mit einem Hauptgeschäft so zusammenhängen, daß es nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt.
- c) Im Verhältnis zu diesem Hauptgeschäft muß es minder wichtig erscheinen.
- d) Es muß das Hauptgeschäft vorbereiten oder das bereits vorgenommene Hauptgeschäft fördern und so den beabsichtigten Erfolg herbeiführen.

Im Anschluß an diese Definitionen subsumiert das Gericht nicht etwa methodengerecht den Sachverhalt unter die vorstehend a) bis d) genannten Kriterien, sondern wiederholt nur mehr oder weniger diese Definitionen mit der Behauptung, deren Voraussetzungen lägen jeweils im konkreten Fall vor.

<sup>8</sup> Im deutschen Staatsrecht wird das Problem „verfassungswidriger Verfassungsnormen“ erörtert, nämlich die Frage, ob eine geschriebene Verfassungsnorm mit einer anderen geschriebenen Verfassungsnorm oder mit den ungeschriebenen allgemeinen Verfassungsgrundsätzen, mit den „Konstitutionsprinzipien des Verfassungssinns“ (Bachof) in Widerspruch steht und welche rechtliche Folgerungen aus einem solchen Widerspruch abzuleiten sind. Man unterscheidet hier zwischen rangniederen oder ranghöheren Verfassungsnormen bzw. starken und schwachen Normen in der Verfassung (vgl. hierzu Maunz-Zippelius: Deutsches Staatsrecht, 24. Auflage, München 1982, S. 305; Zippelius: Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Auflage 1974, S. 47 f.).

Der gleiche Rechtsgedanke wäre auch innerhalb der KostO präferenzwert: Ist § 140 S. 2 KostO, der Gebührenvereinbarungen verbietet, im Verhältnis zu § 30 KostO, soweit dieser ein freies Ermessen einräumt, die „starke Norm“?

<sup>9</sup> Eine solche Vorgehensweise mag prozeßökonomisch sein. Nur blrgt eine prozeßökonomische Verfahrensweise immer die Gefahr der Vernachlässigung der juristischen Methodenlehre in sich.

Das Gericht übersieht hierbei, daß die obigen Definitionen viel zu unbestimmt sind und daher auch für eine ganze Reihe von Fällen zutreffen würden, in denen zweifellos und unstrittig eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO zu erheben ist, wie zum Beispiel:

- (1) Erholung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen ohne Beifügung eines Entwurfes<sup>10</sup>,
- (2) Vorkaufrechtsregelung nach dem Bayerischen Naturschutzgesetz<sup>11</sup>,
- (3) Auftrag an den Notar zur Anzeige der Verpfändung nach § 1280 BGB<sup>12</sup>.

Treffen nicht auch in allen diesen Fällen die oben unter a) — d) genannten Kriterien ohne weiteres zu?

4. Das Gericht verfällt bei seiner Argumentation in den Fehler, von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze so zu behandeln, als hätten diese Gesetzeskraft, also gerichtliche Leitsätze und Kommentarstellen zu zitieren, ohne diese auch zu interpretieren<sup>13</sup>. Es hat nicht beachtet, daß die genannten Kriterien ihrerseits wieder einer Auslegung bedürfen. Nach dem Wortlaut der einschlägigen Normen und deren Sinnzusammenhang wird, da ja scheinbar eine passende Definition vorliegt, nicht weiter geforscht.

Sedes materiae sind die §§ 35 und 147 KostO.

§ 35 KostO regelt, daß die für ein Geschäft bestimmte Gebühr die gesamte auf das Geschäft verwendete Tätigkeit umfasse, einschließlich der Nebengeschäfte. § 147 Abs. 2 KostO bestimmt, daß der Notar für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit (z. B. Raterteilung, Einsicht des Grundbuchs, öffentlicher Register oder von Akten) die Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO nur erhalte, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft (§ 35) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen (§ 57) zustehende Gebühr abgegolten wird.

Die Bestimmung des § 147 KostO gibt in ihren Absätzen 2 und 3 für die dort aufgeführten Geschäfte die gesetzlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen Nebengeschäften und selbständigen Geschäften, stellt insoweit also eine Sondervorschrift zu § 35 KostO dar<sup>14</sup>. § 35 KostO seinerseits knüpft an den Geschäftsbegriff der KostO an, also an einen gebührenrechtlichen Begriff. Er meint die die einzelne Gebühr auslösende notarielle Tätigkeit. Was „zu diesem Geschäft gehört“, kann nicht wiederum Geschäft im gebührenrechtlichen Sinne sein und eine weitere Gebühr auslösen<sup>15</sup>. Die Bedeutung der Vorschrift liegt also nicht darin, den „Pauschcharakter“ der Gebühren der KostO darzulegen, der auch ohne § 35 offenkundig wäre, sondern die Gebührens-pflichtigkeit von Geschäften nach der KostO für den Fall aufzuheben, daß sie zu einem anderen gebührenpflichtigen Geschäft gehören, und sei es auch nur als Nebengeschäft<sup>16</sup>. Was in diesem Sinne Nebengeschäft ist, bestimmt im allgemeinen die KostO selbst<sup>17</sup>. Für die Auslegung ist vor allem das BeurkG heranzuziehen<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> Streifzug durch die Kostenordnung (Fußnote 7), S. 174.

<sup>11</sup> Streifzug durch die Kostenordnung (Fußnote 7), S. 173 f., 201; Notarkasse MittBayNot 1977, 174; LG Deggendorf MittBayNot 1982, 147.

<sup>12</sup> Streifzug durch die Kostenordnung (Fußnote 7), S. 191.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Auflage 1979, S. 345 ff., insbes. S. 349.

<sup>14</sup> Korintenberg/Ackermann/Lappe, KostO, 9. Aufl. 1978, (im folgenden „KAL“ zitiert), Rz 1 zu § 147.

<sup>15</sup> KAL Rz 1 zu § 35.

<sup>16</sup> KAL Rz 1 zu § 35; aA. Ackermann DNotZ 1936, 700, 920.

<sup>17</sup> Z.B. §§ 47, 62 Abs. 3, 67, 115.

<sup>18</sup> KAL Rz 3 zu § 35.

Die Bestimmung des § 147 Abs. 1 KostO enthält die Generalklausel (Hilfsklausel) für alle in der KostO nicht besonders aufgeführten Nebengeschäfte; sie umfaßt die Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege nach § 24 BNotO<sup>19</sup>.

Nun gibt es in der notariellen Praxis eine Reihe von Tätigkeiten, die zwar das Rechtsverhältnis der Beteiligten fördern, seiner Abwicklung dienen und oft sogar dafür notwendig sind, die aber zur Beurkundung des Geschäfts, seiner Abwicklung und seinem Vollzug nicht notwendig und förderlich sind.

Diese Tätigkeiten, die häufig fälschlicherweise als „Nebengeschäfte“ oder „Nebentätigkeiten“ bezeichnet werden, weil sie zum „Amtsgeschäft des Notars“ nicht erforderlich sind, sind keine „vorbereitenden oder fördernden Tätigkeiten“ im Sinne des § 147 Abs. 2 KostO<sup>20</sup>. Keine Tätigkeiten im Sinne des § 147 Abs. 2 KostO sind daher diejenigen Tätigkeiten des Notars, die zwar aus Anlaß des Geschäfts der Beurkundung vorgenommen werden, die aber nicht der Beurkundung selbst, ihrer Abwicklung, ihrem Vollzug dienen, sondern nur der Abwicklung des Rechtsverhältnisses der Beteiligten; dieses sind Tätigkeiten, die nach § 147 Abs. 1 KostO gebührenpflichtig sind<sup>21</sup>.

§ 35 KostO will also dafür sorgen, daß ein einheitliches Geschäft nicht mutwillig zur Erzielung höherer Gebühren in seine einzelnen Bestandteile zerlegt wird. Der gleiche Gedanke gilt im Rahmen des § 147 Abs. 2 KostO:

Ist ein innerer (kostenrechtlicher) Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen des Geschäfts gegeben, so ist nur das Hauptgeschäft zu bewerten und sind die anderen Teile des Geschäfts gebührenfreie Nebengeschäfte.

5. Die Entscheidung des BayObLG hält einer kritischen Prüfung unter dem Gesichtspunkt der juristischen Methodenlehre nicht stand.

a) § 147 Abs. 2 KostO stellt eine Ausnahmenvorschrift zum Auffangtatbestand des § 147 Abs. 1 KostO dar, der bestimmt, daß jede Notariatstätigkeit gebührenpflichtig ist. Ausnahmenvorschriften sind aber nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen eng auszulegen<sup>22</sup>. Allerdings ist in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmenvorschrift sehr wohl eine Analogie statthaft<sup>23</sup>.

Grundgedanke der §§ 147 Abs. 2 i.V.m. 35 KostO ist indessen, daß ein einheitliches Geschäft im kostenrechtlichen Sinne nicht mutwillig zur Erzielung höherer Gebühren in einzelne Bestandteile zerlegt werden darf.

Weil dem Gesetzgeber die genaue Abgrenzung schwierig erschien, hat er hier zur Technik der Regelbeispiele gegriffen („z.B. Raterteilung, Einsicht des Grundbuchs, öffentlicher Register oder von Akten“). Regelbeispiele sollen nie abschließend sein. Sie zeigen gleichwohl für eine Analogie im Rahmen des Grundgedankens des § 147 Abs. 2 KostO zugleich deren Grenzen auf<sup>24</sup>. Sämtliche Regelbeispiele des § 147 Abs. 2 KostO betreffen Tätigkeiten des Notars, ohne die eine sinnvolle Beurkundung nicht möglich wäre.

<sup>19</sup> KAL Rz 1 zu § 147.

<sup>20</sup> KAL Rz 8 zu § 147.

<sup>21</sup> KAL Rz 9 zu § 147.

<sup>22</sup> Engisch, Einführung in das juristische Denken, 4. Auflage 1968, S. 102 ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 343 f.

<sup>23</sup> Engisch a.a.O., S. 147 ff. (148).

<sup>24</sup> Mit der Technik der Regelbeispiele arbeitet die KostO auch in ihrem § 44 Abs. 1.

Noch deutlicher steckt § 147 Abs. 3 KostO die Grenzen einer Analogie ab. Dort ist von völlig untergeordneten Tätigkeiten die Rede.

Der Notar würde seine Verpflichtungen aus § 17 BeurkG verletzen, unterließe er die in § 147 Abs. 2 KostO als Regelbeispiele aufgeführten Tätigkeiten.

Wie soll der Notar sinnvoll beurkunden, wenn er die Beteiligten nicht im Zusammenhang mit der Beurkundung auch berät? Ist es überhaupt möglich, die Beteiligten ohne jegliche Beratung über die rechtliche Tragweite eines Geschäfts zu belehren und darauf zu achten, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden? Kann ein Grundstücksgeschäft sinnvoll beurkundet werden, ohne daß das Grundbuch eingesehen wird, wozu der Notar nach § 21 BeurkG ohnehin grundsätzlich verpflichtet ist<sup>25</sup>. Kann der Notar seiner nach § 17 BeurkG bestehenden Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung genügen, wenn er öffentliche Register oder Akten nicht einsieht?

b) Ganz anders verhält es sich dagegen bei Genehmigungserfordernissen im Zusammenhang mit einer Urkunde. Nach § 18 BeurkG soll der Notar auf die erforderlichen gerichtlichen oder behördlichen Genehmigungen oder Bestätigungen oder etwa darüber bestehende Zweifel die Beteiligten hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken<sup>26</sup>. Die an sich umfassende Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars nach § 17 BeurkG ist für die Fälle des § 18 BeurkG gerade eingeschränkt. Zwar ist es üblich, daß der Notar die Erholung von Genehmigungen zu Rechtsgeschäften, die er beurkundet hat, übernimmt<sup>27</sup>. Gleichwohl liegt insoweit jeweils ein gesonderter Auftrag vor.

Weiter hat der Notar besonders darauf hinzuweisen, wenn er im einzelnen Fall eine Genehmigung nicht erholen will, sondern dies den Vertragsteilen anheim stellt<sup>28</sup>. Verpflichtet ist der Notar aber zur Erholung der Genehmigung in keinem Falle. Die Erholung von Genehmigungen gehört nach § 24 BNotO zur sogenannten notariischen Rechtsbetreuung, die der Notar auch ablehnen kann. Gleichwohl wäre im Fall des BayObLG eine sinnvolle Beurkundung des Leibrentenvertrages möglich gewesen, wenn der Notar die Beteiligten nur darauf hingewiesen hätte, daß sie die Genehmigung der Landeszentralbank selbst erholen müssen.

Die Erholung der Genehmigung der Landeszentralbank betrifft daher nur das Geschäft der Vertragspartner und dient gerade nicht dem Vollzug des Geschäfts des Notars. Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wie das BayObLG wohl zu meinen scheint, aus § 53 BeurkG. Danach soll der Notar bei der Beurkundung von Willenserklärungen, die beim Grundbuchamt einzureichen sind, dies veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann. § 53 BeurkG begründet aber keine Pflicht des Notars, die Vollzugsreife der Urkunde herbeizuführen. § 53 BeurkG läßt die Bestimmungen der §§ 18 BeurkG, 24 BNotO durchaus unberührt.

<sup>25</sup> Das „soll“ in § 21 BeurkG ist als „muß“ zu lesen. § 21 BeurkG ist Ausfluß der in § 17 BeurkG allgemein festgelegten Aufklärungspflicht hinsichtlich des Sachverhalts, vgl. Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 4. Aufl. 1974, Rz 133 ff. (143 ff.).

<sup>26</sup> § 18 BeurkG bringt im Anschluß an den in § 17 BeurkG niedergelegten Grundsatz der Belehrungspflicht über die rechtliche Tragweite eine Einschränkung des Umfangs der Belehrungspflicht, vgl. Daimer/Reithmann a.a.O., Rz 50.

<sup>27</sup> Daimer/Reithmann a.a.O., Rz 169.

<sup>28</sup> Daimer/Reithmann a.a.O., Rz 358.

Aus dem Rechtsgedanken der Einheit der Rechtsordnung<sup>29</sup> ergibt sich daher, daß die Bestimmungen der §§ 18 BeurkG, 24 BNotO im Rahmen der Auslegung der KostO zu berücksichtigen sind<sup>30</sup>.

- c) Endlich darf nicht außer Acht gelassen werden, daß die Gebühr a u c h ein Pendant zur Haftung des Notars darstellt.

Übernimmt der Notar den Auftrag zur Erholung einer Genehmigung, so haftet er für dessen ordnungsmäßige Erledigung<sup>31</sup>. Dem Notar müßte man im Hinblick auf die Entscheidung des BayObLG empfehlen, derartige Genehmigungen schon aus Haftungsgründen entgegen der bisher üblichen Praxis nie zu erholen. Derjenige Notar, der noch solche Genehmigungen erholt, wäre selbst schlecht beraten.

- d) Hiergegen mag eingewendet werden, die Mandantschaft würde es den Notar schon spüren lassen, wenn er diese übliche und nahezu selbstverständliche Rechtsbetreu-

ung nicht vornähme. Würde das Publikum nicht sehr bald nur noch die Notare aufsuchen, die diese Tätigkeiten vornehmen, und zwar — dem BayObLG folgend — ohne Gebührenerhebung? Hierbei wird aber § 140 S. 2 KostO außer Acht gelassen, der als Grundnorm des Notariatskostenrechts Vereinbarungen über die Höhe der Kosten verbietet und unwirksam sein läßt. Die unentgeltliche Vornahme einer mit einem Haftungsrisiko verbundenen notariischen Rechtsbetreuung würde aber m a t e r i e l l eine verbotene Gebührenvereinbarung darstellen<sup>32</sup>.

- e) Nach dem Ausgeführten wird auch klar, daß die von der Rechtsprechung und auch vom BayObLG<sup>33</sup> verwendeten Unterscheidungsbegriffe „Förderung des Geschäfts der Vertragspartner“ und „Förderung des Vollzugs des Geschäfts des Notars“ ihrerseits einer Auslegung bedürfen. Beide Begriffe würden nämlich ohne nähere Interpretation ihres Inhalts das gleiche meinen:

Die Erledigung von Aufträgen, mit denen die Beteiligten an den Notar herantreten — gleich ob auf Urkundstätigkeit oder notariische Rechtsbetreuung gerichtet — ist für diesen nach Auftragsannahme Amtspflicht, nicht dagegen ganz oder teilweise eine im privatrechtlichen Bereich wurzelnde Tätigkeit<sup>34</sup>.

Insofern würde jede auftragsgemäße Tätigkeit des Notars sowohl das Geschäft der Vertragspartner als auch den Vollzug des Amtsgeschäfts des Notars fördern. Umgekehrt wäre kein Amtsgeschäft sinnvoll, das nicht zugleich auch das Geschäft der Vertragspartner fördert, da der Notar ohne Auftrag (Rogation) nicht tätig werden darf.

Welche Tätigkeiten den Vollzug des Geschäfts des Notars und nicht nur des Geschäfts der Vertragspartner fördern, kann sich nur nach dem Pflichtenkreis des Notars in Bezug auf das betreffende Geschäft bestimmen<sup>35</sup>, und zwar nach dem Pflichtenkreis, wie er in den Bestimmungen der BNotO und des BeurkG zwingend für die Übernahme jedes einzelnen Auftrags festgelegt ist.

Insofern ist den Ausführungen von Ackermann<sup>36</sup>, die Abgrenzung zwischen § 147 Abs. 1 und § 147 Abs. 2 KostO sei — von wenigen Grenzfällen abgesehen — nicht schwierig, durchaus zuzustimmen.

### III.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Die eingangs genannte Entscheidung des BayObLG ist abzulehnen. Sie verallgemeinert die von der Rechtsprechung entwickelten Definitionen für die Abgrenzung der Tatbestände der §§ 147 Abs. 2, 35 und 147 Abs. 1 KostO in unzulässiger Weise und berücksichtigt nicht genügend den Umfang der in der BNotO und im Beurkundungsgesetz geregelten Amtspflichten des Notars.

Für die Erholung von Genehmigungen in Fällen, die nicht schon unter § 146 KostO fallen, hat der Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO zu erheben.

<sup>29</sup> Englsch, Einführung in das juristische Denken, 4. Auflage 1968, S. 156 ff.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu KAL Rz 3 zu § 35: „Für die Auslegung ist vor allem das BeurkG heranzuziehen.“

Ähnliche Probleme entstehen bei der Zusammenstellung des vollständigen Wortlauts des Gesellschaftsvertrages einer GmbH, den der Notar mit der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 GmbHG versieht:

Nach § 47 S. 1, 2. Halbs. KostO gilt als gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35) bei Änderungen einer Satzung oder eines Gesellschaftsvertrages auch die für die Anmeldung zum Handelsregister erforderliche Bescheinigung des neuen vollständigen Wortlauts der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages.

Hierzu wird die Auffassung vertreten, daß dem Notar für die Zusammenstellung des neuen Wortlauts der Satzung aus Einzelurkunden eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO zustehe (Streifzug durch die Kostenordnung, oben Fußnote 7, S. 53; Röhl DNotZ 1970, S. 342; KAL Rz 81 zu § 47; Daimer/Reithmann, oben Fußnote 25, Rz 801).

Das OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 123 f. hat seine ablehnende Auffassung wie folgt begründet:

Sinn des § 47 S. 1 Halbs. 2 KostO sei gewesen, daß die Gesellschaften im Falle von Änderungen der Satzung durch die notarielle Prüfung des zum Register einzureichenden neuen vollständigen Wortlauts der Satzung nicht mit zusätzlichen Kosten belastet würden. Dieser Gesetzeszweck werde unterlaufen, wenn dem Notar für das auftragsgemäße Zusammenstellen des vollständigen Wortlauts eine Gebühr nach § 147 Abs. 1 KostO zuerkannt werde. Die Annahme, die Organe der Gesellschaft würden den vollständigen Wortlaut selbst liefern, sei wirklichkeitsfremd. Daher erscheine die Vorstellung abwegig, der Notar, der die Änderung des Gesellschaftsvertrages beurkundet habe, könne sogar die Zusammenstellung des vollständigen Wortlauts ablehnen. Eine Trennung der Amtstätigkeit in gebührenpflichtiges Zusammenstellen und gebührenfreies Prüfen und Bescheinigen sei nämlich nicht möglich. Die Zusammenstellung sei bereits Teil der der Bescheinigung vorangehenden Prüfung.

Die Argumentation des OLG Frankfurt ist in sich widerspruchsfrei: Einerseits fingiert § 47 S. 1, 2. Halbs. KostO („gilt“) die Bescheinigung als gebührenfreies Nebengeschäft im Sinne des § 35 KostO. Andererseits sieht das Gericht die Zusammenstellung des Wortlauts als untrennbaren Teil des Prüfens und Bescheinigens an. Über letzteren Punkt kann man sicher verschiedener Meinung sein. Das OLG Frankfurt geht aber methodologisch richtig zunächst von den untrennbar mit einer Amtstätigkeit verbundenen Pflichten des Notars nach dem BeurkG und der BNotO aus und zieht erst im Anschluß daran die kostenrechtlichen Konsequenzen, ein Vorgehen, das man beim kritisierten Beschluß des BayObLG vermißt.

<sup>31</sup> Hat der Notar es übernommen, die Genehmigung zu erholen, so hat er sogar darauf zu achten, daß der Antrag nicht allzu lange bei der Genehmigungsbehörde liegenbleibt und dort nicht in Vergessenheit gerät, vgl. Daimer/Reithmann a.a.O., Rz 362.

<sup>32</sup> Insofern ist § 140 S. 2 KostO im Sinne der Ausführungen in Fußnote 8 die „starke Norm“.

<sup>33</sup> MittBayNot 1979, 250; vgl. hierzu auch KAL Rz 7 zu § 147.

<sup>34</sup> Daimer/Reithmann a.a.O., Rz 3; Seybold/Hornig, BNotO, 5. Auflage 1976, Rz 2 ff. zu § 24.

<sup>35</sup> So ausdrücklich KAL Rz 12 zu § 147.

<sup>36</sup> In KAL Rz 17 zu § 147.

# Grenzüberbau, Grunddienstbarkeiten und Wohnungseigentum

von Notar Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

## 1. Vorbemerkung

Wegen der Frage der Eigentumsverhältnisse an Gebäudeteilen, die sich infolge Überbaus auf dem Nachbargrundstück befinden, bestehen kontroverse Ansichten. Während der BGH in dem Bestreben, wirtschaftliche Werte zu erhalten, von der Einheit des Gebäudes ausgeht und daher in einem weiten Bereich das Eigentum an Gebäudeteilen jenseits der Grundstücksgrenze nicht dem Nachbarn, sondern dem Eigentümer des Stammgrundstücks zurechnet, vertritt *Weitnauer* in ZfBR 1982, 97 den entgegengesetzten Standpunkt. Für ihn ist das Akzessionsprinzip oberster Leitsatz. Er setzt sich daher im extremen Ausmaß für eine vertikale Aufspaltung der Eigentumsverhältnisse am Gebäude an der Grundstücksgrenze ein.

Diese Fragen werden heute insbesondere bei Tiefgaragen in Eigentumswohnanlagen problematisch.

Der vorliegende Aufsatz möchte den Ausführungen von *Weitnauer* in manchen Punkten entgegentreten, gleichzeitig aber davor warnen, im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH auf die Absicherung durch Grunddienstbarkeiten zu verzichten.

In einem Punkt bin ich jedoch mit *Weitnauer* völlig einig: Soweit irgend möglich sollten Gebäude nur innerhalb der Grundstücksgrenzen errichtet werden. Auf lange Sicht lassen sich auch bei Absicherung durch Grunddienstbarkeiten Komplikationen nicht ausschließen; ein solches Verfahren ist nur als Notlösung in Situationen ratsam, in denen es sonst keinen Ausweg gibt.

## 2. Die Eigentumsverhältnisse am Überbau auf Grund einer Grunddienstbarkeit

Nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB gehört zu den Bestandteilen eines Grundstücks nicht ein Gebäude, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten dort errichtet wurde. Diese Bestimmung trifft nur eine Aussage im negativen Sinn, nämlich dahingehend, daß der Grundstücksnachbar nicht Eigentümer wird; eine positive Bestimmung über die Eigentumsverhältnisse trifft sie nicht. Diese regeln sich vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen. Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß es einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts nicht gibt, wonach das Gebäude Bestandteil des Rechts wäre, auf Grund dessen es errichtet wurde<sup>1</sup>. Eine solche Regelung ist nur für das Erbbaurecht in § 12 Abs. 1 ErbBRVO vorgesehen.

In den Kommentaren zum BGB ist zu lesen, daß das auf Grund eines Rechts an einem fremden Grundstück dort errichtete Gebäude eine bewegliche Sache darstelle<sup>2</sup>. Dies trifft im Regelfalle, jedoch nicht immer zu. Hierzu ein Beispiel:

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gewährt ihrem Berechtigten die Befugnis, auf einem fremden Grundstück eine Garage zu errichten und zu benutzen. Die Garage steht dann nicht im Eigentum des Grundstückseigentümers. Sie ist auch nicht Bestandteil der Dienstbarkeit, daher auch keine Immobilie. Daraus ergibt sich, daß die Garage eine bewegliche Sache darstellt; insbesondere wird das Eigentum

an ihr nach §§ 929 ff. BGB übertragen. Die Garage könnte auch im Eigentum eines Dritten stehen. Wurde sie z.B. als Fertiggarage von einem Dritten mit Eigentumsvorbehalt bis zur Kaufpreiszahlung geliefert, so bleibt sie im Eigentum des Lieferanten, bis der Kaufpreis bezahlt ist. Ebenso könnte der Eigentümer der Garage diese verkaufen und wie eine bewegliche Sache übereignen, mit der Folge, daß der Erwerber die Garage abmontieren und anderswo aufstellen darf. Diese Grundsätze gelten selbstverständlich nicht nur für Fertiggaragen, sondern auch für solche Gebäude, die nur um den Preis ihrer völligen Zerstörung vom Grundstück entfernt werden können; allerdings besteht dann kaum ein Interesse für den Eigentumserwerb durch einen Dritten.

Nicht in allen Fällen handelt es sich aber bei einem Bauwerk auf dem Grundstück eines Dritten um eine bewegliche Sache. Hierzu ein Beispiel:

Bei Errichtung eines Gebäudes wurde einige Zentimeter über die Grundstücksgrenze gebaut; eine Außenmauer steht daher zum Teil auf dem Nachbargrundstück. Der Nachbar hat eine Grunddienstbarkeit des Inhaltes eingeräumt, daß er für immerwährende Zeiten verpflichtet ist, den Überbau zu dulden. Hier geht *Weitnauer* von einer vertikalen Teilung des Eigentums an dem Gebäude aus: Was diesseits der Grenze aufstehe, sei Bestandteil des Stammgrundstücks, was sich aber auf dem Nachbargrundstück befinde, gehöre zwar auch dem Eigentümer des Stammgrundstücks, sei aber eine bewegliche Sache<sup>3</sup>. Beide Gebäudeteile könnten mithin ein getrenntes rechtliches Schicksal haben. Werde z.B. das Stammgrundstück zwangsversteigert, so erwerbe zwar der Ersteigerer die Grunddienstbarkeit, der Mauerteil auf dem Nachbargrundstück verbleibe aber als bewegliche Sache im Eigentum des bisherigen Eigentümers des Stammgrundstücks<sup>4</sup>. Dieses Ergebnis wird von *Weitnauer* als unstreitig<sup>5</sup> bezeichnet. Dennoch werden wohl die meisten Leser das Gefühl haben, daß hier etwas nicht stimmen könne. Die Lösung bieten die §§ 93, 94 BGB: Durch die feste Verbindung wird der Überbau Bestandteil des Hauptgebäudes (§ 93 BGB). Dieses ist aber seinerseits Bestandteil des Stammgrundstücks (§ 94 Abs. 2 BGB). Daher wird der Überbau Grundstücksbestandteil und ist keine bewegliche Sache. Dieses Ergebnis entspricht nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Zweck des Gesetzes. Die §§ 93, 94 BGB wollen verhindern, daß durch verschiedene Eigentumsverhältnisse die wirtschaftliche Einheit des Gebäudes zerstört wird.

<sup>3</sup> *Weitnauer* ZfBR 1982, 101.

<sup>4</sup> *Weitnauer* ZfBR 1982, 101.

<sup>5</sup> *Weitnauer* beruft sich hierzu auf RGZ 87, 43. Diese Entscheidung hat aber weder einen Bezug zu einem Überbau noch zu einer Grunddienstbarkeit noch zu einer Zwangsversteigerung. Ihr lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Auf einem Grundstück, das mit Hypotheken belastet war, befand sich ein Elektrizitätswerk. Von diesem Grundstück ging ein Leitungsnetz aus, das 14 Ortschaften mit Strom versorgte. Wegen dieses Leitungsnetzes waren Mietverträge mit den Grundstückseigentümern abgeschlossen. Der Eigentümer des Elektrizitätswerks verkaufte das Leitungsnetz ohne das Grundstück, auf dem sich das Kraftwerk befand. Der Hypothekengläubiger klagte auf Feststellung, daß das Leitungsnetz seinen Hypotheken hafte. Das RG verneinte zwar die Bestandteilselgenschaft, gab aber dem Kläger trotzdem recht, weil es sich um Zubehör handele, das der Hypothek hafte. Wäre es in diesem Falle zur Zwangsversteigerung gekommen, so hätte diese entgegen der Ansicht von *Weitnauer* auch das Leitungsnetz erfaßt (§§ 90 Abs. 2, 55, 20 Abs. 2 ZVG; § 1120 BGB).

<sup>1</sup> *Weitnauer* ZfBR 1982, 101.

<sup>2</sup> MünchKomm-Holch § 95 Rdnr. 24; Palandt-Heinrichs BGB 42. Aufl. 1983 § 95 Anm. 1.

*Weitnauer* lehnt dieses Ergebnis mit der Begründung ab, „die Grundstücksgrenze müsse sich durchsetzen“. Aber das wäre nur dann der Fall, wenn das Eigentum am Überbau beim Nachbarn verbliebe. Diese Konsequenz zieht auch *Weitnauer* nicht. Niemand, auch nicht der Eigentümer des Stammgrundstücks, hätte irgendeinen Vorteil davon, daß das Gebäude teils Grundstücksbestandteil, teils bewegliche Sache wäre. Eine solche unpraktische und unnötige Rechtsfolge würde dem gesetzlichen Werturteil der §§ 93 ff. BGB widersprechen. *Weitnauer* führt ferner zur Begründung seiner Ansicht an, sie verhindere, daß der Überbau der räumlich größere Teil des Gebäudes sein könne und daß so gegen den Zweck des Gesetzes verstoßen werde. Diese Ansicht kommt gegen den ganz klaren Wortlaut des Gesetzes nicht an. Schon aus wirtschaftlichen Gründen wird der von *Weitnauer* befürchtete Zustand nur in den seltensten Fällen eintreten. Zudem sollte man eine Regel niemals vom Ausnahmefall herleiten.

Das vorstehend Gesagte gilt selbstverständlich auch dann, wenn nicht nur ein Mauerteil, sondern ein größerer Gebäudeteil auf dem Nachbargrundstück aufsteht. Die hier vertretene Ansicht wird voll von der Rechtsprechung des BGH gedeckt (siehe Abschnitt 6 dieses Aufsatzes).

### 3. Begründung von Wohnungseigentum

Wie vorstehend ausgeführt, erstreckt sich das Eigentum am Stammgrundstück auf den durch Grunddienstbarkeit am Nachbargrundstück abgesicherten Überbau. Dies gilt auch für das Anteilsverhältnis unter mehreren Eigentümern des Stammgrundstücks. Besteht am Stammgrundstück Wohnungseigentum, so erstreckt sich dieses auch auf den Überbau<sup>6</sup>. *Weitnauer* jedoch vertritt den Standpunkt, in einem solchen Falle bestehe nur diesseits der Grenze Wohnungseigentum, am Überbau seien die Wohnungseigentümer als Bruchteilseigentümer nach §§ 741 ff. BGB beteiligt<sup>7</sup>. *Weitnauer* meint, im Hinblick auf § 1 Abs. 4 WEG könne jenseits der Grenze kein Wohnungseigentum bestehen. Diese Bestimmung ist aber schon ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar. Sie schreibt vor, daß Wohnungseigentum nicht in der Weise begründet werden kann, daß Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird. Genau das aber trifft nicht zu. Das Sondereigentum wird nicht mit einem Miteigentumsanteil am Nachbargrundstück verbunden. Aber auch der Gesetzeszweck schließt hier die Anwendung der § 1 Abs. 4 WEG aus. Diese Bestimmung wurde durch Gesetz vom 30. 7. 1973 in das WEG eingefügt. Damals war es streitig, ob man Wohnungseigentum an mehreren Grundstücken begründen könne. In Rechtsprechung und Literatur wurde sowohl eine zustimmende als auch eine ablehnende Meinung vertreten. Hätte der BGH im verneinenden Sinn entschieden, so wäre die Aufteilung zu Wohnungseigentum in den Fällen unwirksam gewesen, in denen das Sondereigentum mit Miteigentumsanteilen an mehreren Grundstücken verbunden gewesen wäre. Um diese Rechtsunsicherheit zu vermeiden, bestimmte der Gesetzgeber, daß Sondereigentum nur mit dem Miteigentumsanteil an einem einzigen Grundstück verbunden werden kann, daß aber gleichzeitig wegen der bereits vor Inkrafttreten der Novelle durchgeführten Aufteilungen an mehreren Grundstücken diese kraft Gesetzes als zu einem Grundstück vereinigt gel-

ten<sup>8</sup>. Der Gesetzeszweck hatte also keinen Bezug auf den Fall des Überbaus<sup>9</sup>. Er will nur verhindern, daß auf zwei Grundstücken derselben Eigentümer eine Eigentumswohnanlage errichtet wird. Wird dies gewünscht, so müssen die Eigentümer ihre Grundstücke nach § 890 BGB vereinigen. Diese Regelung hat ihre guten Gründe. Aber auch nach der Ansicht von *Weitnauer* kommt seiner Auslegung des § 1 Abs. 4 WEG keine absolute Bedeutung zu. Im Fall des Überbaus nach § 912 BGB will er die Begründung von Wohnungseigentum zulassen, auch wenn ein Grundstücksteil auf dem Nachbargrundstück aufsteht<sup>10</sup>.

Geht man davon aus, daß das Wohnungseigentum sich auch beim Überbau durchsetzt, so kommt man zwanglos zur Folge, daß Umfassungswand, Fundamente, Dach usw., auch wenn sie sich über dem Nachbargrundstück befinden, dem gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer zuzurechnen sind (§§ 93, 94 Abs. 2, 95 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 1 Abs. 5 WEG). In die Herrschaftsmacht der Wohnungseigentümer fällt und der Einwirkungsmöglichkeit des Nachbarn entzogen ist der von dem gemeinschaftlichen Eigentum umschlossene Raum im Überbau. Hieran kann Sondereigentum begründet werden.

### 4. Gebäude außerhalb der Eigentumswohnanlage

Ein wirtschaftlich zur Eigentumswohnanlage gehörendes Gebäude, etwa eine Garage, könnte sich auch außerhalb des Grundstücks der Wohnungseigentümer befinden, ohne daß ein Überbau vorliegt oder sonst eine gebäudemäßige Verbindung besteht. Ein solches Gebäude könnte auf Grund einer Grunddienstbarkeit dem Hauptgrundstück zugeordnet werden. Gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB fielen dann dieses Gebäude nicht in das Eigentum des Nachbarn. Es würde sich um eine bewegliche Sache handeln, die nicht Bestandteil, aber doch Zubehör des Hauptgrundstücks (§ 97 Abs. 1 BGB) wäre.

Es erscheint mir zweifelhaft, ob an einem solchen Gebäude Wohnungseigentum begründet werden kann. Hier fehlt auch die Rückendeckung durch die Rechtsprechung des BGH, da dort Leitgedanke immer die Erhaltung des einheitlichen Gebäudes ist. In solchen Fällen wäre es besser, an dem Grundstück ein Erbbaurecht zu begründen und dieses gegebenenfalls als Teilerbbaurecht nach § 30 WEG aufzuteilen; letzteres stellt dann allerdings eine selbständige Eigentumswohnanlage dar.

### 5. Tiefgarage unter mehreren Eigentumswohnanlagen

Platzmangel zwingt manchmal dazu, eine gemeinsame Tiefgarage unter mehreren Eigentumswohnanlagen anzulegen, wobei jede Eigentümergemeinschaft ihre eigenen Stellplätze in der Tiefgarage haben soll. Grundsätzlich ist dies möglich, wenn sich die Stellplätze einer jeden Eigentumswohnanlage auf ihrem Grundstück befinden und die Grundstücksgrenze keinen Stellplatz durchschneidet<sup>11</sup>. Hier bedeutet es kein Hindernis, daß die gemeinschaftlichen Flächen der Tiefgarage hinsichtlich eines jeden Grundstücks nicht abgeschlossen sind. Das Abgeschlossenheitserfordernis des § 3 Abs. 2 WEG bezieht sich nur auf das Sondereigentum, nicht

<sup>6</sup> OLG Stuttgart MittBayNot 1983, 15 (in diesem Heft) = Rpfleger 1982, 375 = BWNZ 1982, 137; Röll MittBayNot 1982, 172.

<sup>7</sup> *Weitnauer* ZfBR 1982, 102.

<sup>8</sup> Art. 3 § 1 des Gesetzes vom 30. 7. 1973, BGBl I S. 910; wegen der Entstehungsgeschichte vgl. die Begründung des Bundesrats zum Gesetzentwurf, abgedruckt bei Bärmann Kommentar z. WEG, 4. Aufl. 1980, Anh. V 2 und *Weitnauer*, Kommentar z. WEG, 6. Aufl. 1982, Anh. III 8.

<sup>9</sup> Röll MittBayNot 1982, 172.

<sup>10</sup> *Weitnauer* ZfBR 1982, 99; Röll MittBayNot 1982, 172.

<sup>11</sup> LG Bonn MittBayNot 1983, 14 (in diesem Heft).

auf das Gemeinschaftseigentum. Letzteres ist auch sonst häufig nicht gegenüber anderen Grundstücken abgeschlossen, z.B. wenn kein Zaun vorhanden ist. Sondereigentum kann auch an einem Gebäude eingeräumt werden, das keinen Zugang zu einem öffentlichen Weg hat. Befindet sich die Zufahrt zur Tiefgarage nur auf einem Grundstück, so ist aus praktischen Gründen durch Dienstbarkeit an erster Rangstelle zu gewährleisten, daß die Zufahrt immer gesichert bleibt.

Grundsätzlich kann Sondereigentum nicht an einem Stellplatz begründet werden, der von der Grundstücksgrenze durchschnitten wird. Jedoch kann durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit am Nachbargrundstück erreicht werden, daß der Stellplatz dem herrschenden Grundstück eigentumsmäßig zugerechnet wird; dann ist Sondereigentum wie auch in anderen Fällen des Überbaus möglich. Das Gleiche gilt auch für Stellplätze, die sich ganz unter dem Nachbargrundstück befinden. Auch sie sind ganz von Gebäudeteilen umschlossen, die dem gemeinschaftlichen Eigentum beim anderen Grundstück zuzurechnen sind; hierbei gelten die „dauerhaften Markierungen“ nach § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG als fiktive Gebäudebestandteile. Solche Stellplätze könnten aber auch im Gemeinschaftseigentum verbleiben, wobei für einzelne Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte gemäß § 15 Abs. 1 WEG eingeräumt werden könnten.

#### 6. Der Überbau nach § 912 BGB und die Rechtsprechung des BGH

Über den Gesetzeswortlaut hinaus wendet der BGH in seinem Urteil vom 22. 2. 1974<sup>12</sup> § 912 BGB auch dann an, wenn zwar vorsätzlich über die Grundstücksgrenze gebaut wurde, hierzu aber die Gestattung des Nachbarn vorlag. Nach BGH kommt es dabei nicht darauf an, daß der Überbau nur unwesentlich ist; selbst wenn der größere Teil des Gebäudes auf dem Nachbargrundstück liegt, wendet der BGH § 912 BGB an. Nach dieser Bestimmung ist der Überbau auch vom Rechtsnachfolger des Nachbarn zu dulden. Durch § 912 BGB wird daher durch die Gestattung ein quasidingliches Recht begründet, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und das auch im Falle der Zwangsversteigerung dem Ersteher gegenüber wirksam bleibt.

Es ist *Weitnauer* zuzustimmen, daß gegen solche quasidinglichen Rechte grundsätzliche Bedenken bestehen. Solche Gesichtspunkte treten jedoch hier aus zwei Erwägungen heraus zurück: Einmal ist das Überbaurecht zwar nicht im Grundbuch verlaubar, aber doch der Überbau in der Natur ersichtlich, und zum anderen wird so die Zerstörung erheblicher wirtschaftlicher Werte verhindert. Letzterer Gedanke, mit dem auch der BGH seine Entscheidung begründet hat, ist ausschlaggebend; hinter ihn treten alle anderen Erwägungen zurück. Es wäre unerträglich, wenn ein Rechtsnachfolger des Nachbarn, der an dessen Gestattung nicht gebunden ist, noch nach Jahren oder Jahrzehnten die Beseitigung des Überbaus und damit die Zerstörung des Gebäudes auch auf dem Stammgrundstück verlangen könnte.

<sup>12</sup> MittBayNot 1974, 140 = NJW 1974, 794 = BGHZ 62, 141.

In seinem Urteil vom 22. 5. 1981<sup>13</sup> hatte der BGH folgenden Fall zu entscheiden: Eine Tiefgarage befand sich unter zwei Grundstücken. Mit Grunddienstbarkeit abgesichert waren ein Teil der Stellplätze auf dem einen Grundstück den Eigentümern des anderen Grundstücks zugeordnet. Die Grunddienstbarkeit erlosch später in einem Zwangsversteigerungsverfahren.

Der BGH entschied, daß auch in diesem Falle die Stellplätze eigentumsmäßig dem anderen Grundstück zuzurechnen seien. Das führt zu dem paradoxen Ergebnis, daß es letztlich auf die Grunddienstbarkeit nicht ankommt. Das Urteil ist jedoch folgerichtig, wenn man davon ausgeht, daß die Gestattung die Rechtsfolge des § 912 BGB auslöst. Eine Gestattung mit Dienstbarkeit kann nicht weniger Wirkung haben als eine Gestattung ohne Dienstbarkeit.

Ist § 912 BGB anwendbar, so führt dies zu den gleichen Ergebnissen, wie sie hier für den Überbau im Rahmen einer Grunddienstbarkeit vertreten wird: Das Eigentum am Stammgrundstück erstreckt sich auf den Überbau, die Begründung von Wohnungseigentum ist möglich.

Jedoch sollte auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH eine Absicherung durch Grunddienstbarkeit nicht unterbleiben. Ein Gebäude hat heute eine Standdauer von 80 bis 100 Jahren. Es ist nicht sicher, ob während eines so langen Zeitraums die vom BGH vertretene Ansicht immer aufrechterhalten bleibt und nicht modifiziert wird. Dies gilt vor allem dann, wenn die Gestattung des Nachbarn nachträglich erfolgt. Wie *Weitnauer* richtig hinweist, würde dann — folgt man der Rechtsprechung des BGH — ein im Gesetz nicht vorgesehener „Eigentumsübergang kraft Gestattung“ eintreten. Die beste Lösung ist es immer, Gebäude nur innerhalb der Grundstücksgrenzen zu errichten. Niemand kann voraussehen, welche Komplikationen insoweit im Laufe der Jahrzehnte auftreten können. Ich denke hierbei an die Gegenleistungen für die Dienstbarkeit (ein schwieriges Problem der Vertragsgestaltung), Lastentragung, Erschließungskosten usw. und noch andere Fragen, an die heute noch niemand denkt.

#### 7. Zusammenfassung

Findet ein Überbau auf ein Nachbargrundstück mit Absicherung durch eine Grunddienstbarkeit statt, so erstreckt sich das Eigentum am Stammgrundstück auf den Überbau. Am ganzen Gebäude kann Wohnungseigentum begründet werden. Letzteres ist jedoch zweifelhaft, wenn sich ein ganzes Gebäude jenseits der Grundstücksgrenze befindet. Eine Tiefgarage kann auch unter mehreren Eigentumswohnanlagen in der Weise errichtet werden, daß die Stellplätze einzelnen Wohnungseigentümern als Teileigentum zugewiesen werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt es für die Anwendung des § 912 BGB, daß der Nachbar den Überbau gestattet hat. Eine Absicherung des Überbaus durch Grunddienstbarkeit sollte aber trotzdem stattfinden.

Aus praktischen Gründen ist jedoch anzuraten, Gebäude nur innerhalb der Grundstücksgrenzen zu errichten.

<sup>13</sup> DNotZ 1982, 43 = NJW 1982, 756.

## II. Kurze Beiträge

### Keine ausschließliche Zuständigkeit des Notars für die Anlegung und die Abnahme von Siegeln im Rahmen des Nachlaßsicherungsverfahrens

Von Notar a.D. Dr. Jürgen Vollhardt, München

#### I.

Gemäß Art. 2 Bayerisches Notariatsgesetz v. 9. 6. 1899 (BayBS III, S. 41) waren die Notare u.a. zuständig:

1. für die Aufnahme von Vermögens- und Nachlaßverzeichnissen,
2. für die Anlegung und die Abnahme von Siegeln.

Diese landesrechtliche Bestimmung galt gemäß § 20 Abs. 4 BNotO — beschränkt auf Nachlaßverzeichnisse und Nachlaßinventare und das Anlegen und Abnehmen von Siegeln im Rahmen eines Nachlaßsicherungsverfahrens — bis zum 1. 8. 1981 weiter. Neben den Notaren waren gemäß Art. 33 Abs. 1 AGGVG v. 7. 11. 1974 (GVBl 1974, 652) für Siegelungen, Entsiegelungen und Aufnahme eines Nachlaßinventars auch die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und gemäß Art. 105 AGBGB für Siegelungen und Entsiegelungen auch die Gemeindebürgermeister zuständig.

Mit Wirkung vom 1. 8. 1981 wurde das Bayerische Notariatsgesetz vom 9. 6. 1899 aufgehoben. Dessen Art. 2 wurde — gemäß § 20 Abs. 4 BNotO beschränkt auf Nachlaßangelegenheiten — als Art. 36 Abs. 2 in das neugefaßte AGGVG v. 23. 6. 1981 (GVBl 1981, 188) übernommen.

#### II.

Die Zuständigkeitsbestimmung in Art. 36 Abs. 2 AGGVG wurde von Nachlaßgerichten verschiedentlich dahingehend ausgelegt, daß nur noch die Notare für die Aufnahme von Nachlaßverzeichnissen und die Anlegung und die Abnahme von Siegeln zuständig sind. In einem Beschwerdeverfahren wurde die Landesnotarkammer Bayern gemäß § 67 Abs. 4 BNotO vom Amtsgericht Traunstein gutachtlich zu dieser Frage um Stellungnahme gebeten. Die Landesnotarkammer Bayern hat in ihrer Stellungnahme u.a. folgendes ausgeführt:

1. Aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt sich, daß durch Art. 36 Abs. 2 AGGVG hinsichtlich der Nachlaßsiegelung keine ausschließliche Zuständigkeit der Notare begründet werden sollte. Die dem Bayerischen Landtag zum Entwurf des AGGVG vorgelegte Gesetzesbegründung (Drucksache 9/6874 v. 28. 11. 1980) zeigt, daß Art. 2 BayNotG im AGGVG nur eine neue Heimat finden sollte. Es war beabsichtigt, durch eine Übernahme des Art. 2 BayNotG ins AGGVG das Bayerische Notariatsgesetz von 1899 insgesamt aufheben zu können und damit zu einer Rechtsbereinigung beizutragen. Eine Änderung der Rechtslage war vom Gesetzgeber nicht gewollt. In der Entwurfsbegründung zu Art. 41 Abs. 2 des Entwurfs (= Art. 36 Abs. 2 AGGVG) heißt es ausdrücklich:

„Absatz 2 übernimmt Art. 2 des Bayerischen Notariatsgesetzes, soweit diese Bestimmung jetzt noch einen Anwendungsbereich hat.“

Eine ausschließliche Zuständigkeit der Notare besteht nach dem Willen des Gesetzgebers künftig für die Errich-

tung von Nachlaßverzeichnissen. Das ergibt sich jedoch nicht aus Art. 36 Abs. 2 AGGVG, sondern aus der Neufassung des Art. 16 Abs. 2 AGGVG. Während nach dem bisherigen Art. 33 Abs. 2 und 3 AGGVG v. 7. 11. 1974 die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei einem Nachlaßwert bis 5.000,— DM zur Errichtung des Nachlaßinventars neben den Notaren zuständig waren, ist diese Bestimmung in der Neufassung des AGGVG v. 23. 6. 1981 ersatzlos weggefallen. (Vgl. Drucksache 9/6874, Begründung zu Art. 16 Abs. 2 des Entwurfs).

Während in der Entwurfsbegründung des AGGVG ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß die Nachlaßinventare künftig auch nicht mehr in dem Bereich bis 5.000,— DM von Urkundsbeamten der Geschäftsstelle errichtet werden können, findet sich nirgends ein Hinweis darauf, daß sich bei den Siegelungen an den bisherigen Zuständigkeiten etwas ändern soll.

2. Daß durch Art. 36 Abs. 2 AGGVG keine ausschließliche Zuständigkeit der Notare für Nachlaßsiegelungen begründet wird, zeigt zweifelsfrei Art. 16 Abs. 2 AGGVG. Art. 16 Abs. 2 AGGVG erklärt die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle auch für zuständig: „Siegelungen und Entsiegelungen ... vorzunehmen.“

Hätte durch Art. 36 Abs. 2 Nr. 2 AGGVG dem Notar die ausschließliche Zuständigkeit für Nachlaßsiegelungen übertragen werden sollen, so hätte gleichzeitig Art. 16 Abs. 2 AGGVG aufgehoben werden müssen, da andere Siegelungen als im Nachlaßsicherungsverfahren von den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle nicht vorgenommen werden.

3. Das durch die historische und systematische Auslegung gefundene Ergebnis wird durch die am Sinn und Zweck der genannten Vorschriften orientierte Auslegung bestätigt.

Zwischen den einzelnen Maßnahmen der Nachlaßsicherung besteht ein enger tatsächlicher Zusammenhang. Insbesondere die Durchsuchung der Räumlichkeiten nach einer letztwilligen Verfügung, die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten und die Anlegung von Siegeln stellt sich in der Praxis als ein Vorgang dar. Es wäre wenig sinnvoll, wenn die beiden ersteren Maßnahmen durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden müßten, die anschließende Siegelung aber nur noch durch den Notar erfolgen könnte.

Die Landesnotarkammer Bayern kam deshalb in ihrem Gutachten zu dem Ergebnis, daß nur die Aufnahme des Nachlaßinventars, das selten erforderlich ist, den Notaren zur ausschließlichen Zuständigkeit übertragen ist. Für die Anlegung und die Abnahme von Siegeln sind neben den Notaren — wie bisher auch — die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und die Gemeinde zuständig.

Das Amtsgericht Traunstein hat sich in seiner Entscheidung der Auffassung der Landesnotarkammer Bayern angeschlossen.

### III. Rechtsprechung

#### A. Bürgerliches Recht

1. BGB § 157; AGB-Gesetz § 5; BBauG §§ 127, 128, 122 (Zur Auslegung einer Erschließungskostenregelung)

**Zur Auslegung eines Nachforderungsvorbehalts in der kaufvertraglichen Vereinbarung über die Erschließungskosten.**

(Leitsatz nicht amtlich)

BGH, Urteil vom 26. 3. 1982 — V ZR 149/81 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, ein als gemeinnützig anerkanntes Wohnungsbauunternehmen, baute auf ihr gehörendem Grundbesitz 21 Reihenhäuser. Sie verkaufte den Beklagten durch notariellen Vertrag vom 4. Dezember 1975 eines der Grundstücke mit dem darauf zu errichtenden Einfamilienhaus. In § 2 des Vertrages wurde — ebenso wie in den Verträgen mit den anderen Erwerbern — u.a. folgendes vereinbart:

„(1) Der Kaufpreis für die gemäß § 1 Abs. 2 verkauften Grundstücke und Miteigentumsanteile beträgt

DM 195 366,—

zuzügl. DM 5 745,— Geldbeschaffungskosten

insgesamt DM 201 111,—

Hievon entfallen auf

a) Grundstück einschl. Erschließung	DM 26 582,—
b) Gebäude (Festpreis)	DM 168 784,—
c) Geldbeschaffungskosten	DM 5 745,—

(2) ...

(3) ...

(4) Der Kaufpreis enthält anteilige Erschließungskosten einschließlich Kosten für Entwässerung und Hauptversorgungsleitungen. In diesen Kosten ist eine Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag gem. § 133 Abs. 3 BBauG in Höhe von 7 619,— DM enthalten. Sollten die endgültigen Erschließungskosten höher liegen, so sind die anteiligen Mehrkosten von den Erwerbern zu zahlen. ...“

Mit Schreiben vom 16. November 1979 verlangte die Klägerin von den Beklagten unter Hinweis auf die zwischenzeitlich amtlich geprüfte Höhe der Erschließungskosten Nachzahlung eines anteiligen Betrages von 6 685 DM. Hierauf zahlten die Beklagten nur 987,90 DM.

Den Klageanspruch auf Zahlung restlicher 5 697,20 DM haben Landesgericht und Oberlandesgericht abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht hält die Regelung in § 2 des Vertrages über eine Nachforderung von Erschließungskosten für „unklar oder mehrdeutig“, weil sich durch Auslegung nicht feststellen lasse, ob sich die Nachzahlungspflicht nur auf die verkehrsmäßige Erschließung des Grundstücks oder auch — wie von der Klägerin geltend gemacht — auf Erschließungsanlagen anderer Art beziehe. Diese Unklarheit gehe bei dem hier von der Klägerin verwendeten Formularvertrag zu deren Lasten.

In der Sache hat die Revision keinen Erfolg.

1. Der zwischen den Parteien abgeschlossene notarielle Vertrag vom 4. Dezember 1975 ist ein Formularvertrag; denn die Klägerin hat ihn inhaltlich gleichlautend für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften, nämlich für die mit allen 21 Reihenhäuserwerbenden geschlossenen Verträge verwendet. Dennoch ist die Auslegung, die das Berufungsgericht zu der hier fraglichen Vertragsklausel des § 2 vorgenommen hat, revi-

sionsrechtlich nicht uneingeschränkt nachprüfbar, weil nicht ersichtlich ist, daß diese Klausel über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus (§ 549 Abs. 1 ZPO) Verwendung findet (vgl. BGHZ 62, 251, 254 m.w.N.). Die Prüfung der tatrichterlichen Auslegung beschränkt sich deshalb in gleicher Weise wie bei Individualverträgen nur darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind. Dieser Prüfung hält das Berufungsurteil stand.

Die Auslegung, daß sich der in § 2 (4) Abs. 2 Satz 1 des Vertrages geregelte Vorbehalt einer Nachforderung von Erschließungskosten lediglich auf den Erschließungsbeitrag im Sinne des Bundesbaugesetzes bezieht, also auf den beitragsfähigen Aufwand für die verkehrsmäßige Erschließung des Grundstücks gemäß §§ 127, 128 BBauG (in der bei Vertragsabschluß geltenden Fassung vom 23. Juni 1960), ist möglich. Diese Auslegung kann sich darauf stützen, daß § 2 (4) Abs. 1 als im Kaufpreis enthaltene Aufwendungen zum einen „anteilige Erschließungskosten einschließlich Kosten für Entwässerung und Hauptversorgungsleitungen“ und zum anderen die „Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag gemäß § 133 Abs. 3 BBauG in Höhe von DM 7 619,—“ anführt. Dem Wortlaut nach ist damit allein der Erschließungsbeitrag — nicht die Höhe der sonstigen Erschließungskosten — als ein noch nicht endgültig feststehender Teil des Kaufpreises gekennzeichnet. Wenn deshalb im folgenden Absatz (Satz 1) eine Nachforderung bis zur Höhe der „endgültigen Erschließungskosten“ vorbehalten ist, so kann aus dem Erklärungszusammenhang gefolgert werden, daß sich der Vorbehalt nur auf den endgültigen Erschließungsbeitrag erstreckt. Gerade weil die Klägerin in dem von ihr verwendeten Vertragsformular durch die Hervorhebung der gemäß § 133 Abs. 3 BBauG entrichteten Vorausleistung nur den Erschließungsbeitrag als einen der Höhe nach noch offenen und veränderlichen Kostenfaktor genannt hat, ist die Auslegung nicht zu beanstanden, daß der Nachforderungsvorbehalt allein den Erschließungsbeitrag erfaßt. Wenn die Revision meint, eine solche Deutung hätte eine bei den Beklagten nicht vorauszusetzende Kenntnis der Bestimmungen des Bundesbaugesetzes erfordert, so verkennt sie, daß die fragliche Vertragsklausel in ihrem objektiven Sinngehalt gerade auf ein dieser Kenntnis entsprechendes Verständnis hinzielt. Es verstößt daher nicht gegen Treu und Glauben, daß der Tatrichter die Klausel so auch ausgelegt hat. Die Notwendigkeit einer anderen Auslegung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, daß die Klägerin als ein gemeinnütziges und deshalb nur mit einer begrenzten Gewinnspanne arbeitendes Wohnungsbauunternehmen darauf bedacht hätte sein müssen, sämtliche Erschließungskosten — nicht nur den Erschließungsbeitrag — in voller Höhe auf die Erwerber umzulegen. Auch bei einer derartigen Interessenlage muß die Klägerin den Vertrag so gegen sich gelten lassen, wie er nach Wortlaut und objektivem Erklärungssinn geschlossen worden ist. Sie hatte es in der Hand, die von ihr vorformulierten und verwendeten Vertragsbedingungen eindeutig in dem tatsächlich gewollten Sinne zu fassen. Unklarheiten und Zweifel gehen daher zu ihren Lasten (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 47, 207, 216; 62, 83, 89; so jetzt auch § 5 des AGB-Gesetzes vom 9. Dezember 1976).

2. BGB §§ 335, 883 (Zur Zulässigkeit einer Vormerkung beim Angebot an zu benennenden Dritten)

**Verpflichtet sich jemand in einem echten Vertrag zugunsten Dritter zur Übereignung eines Grundstücks an einen vom Versprechensempfänger noch zu benennenden Dritten, dann ist nur der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB) auf Übereignung an den Dritten (nicht jedoch der Anspruch des noch unbestimmten Dritten) vormerkungsfähig.**

BGH, Urteil vom 22.12. 1982 — V ZR 8/81 — mitgeteilt von D. *Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Firma Peter L. (im folgenden: Gemeinschuldnerin) als frühere Eigentümerin von Grundbesitz in W. machte darüber in notarieller Urkunde vom 7. Juli 1978 der Firma C. ein bis 6. August 1978 befristetes Angebot zum Abschluß eines Kaufvertrages, mit der Maßgabe, daß C. kein eigenes Recht zur Vertragsannahme haben, sondern nur „als Treuhänder“ berechtigt sein sollte, einen oder mehrere von ihr zu benennende Dritte als Käufer zu bestimmen. Gleichzeitig bewilligte die Gemeinschuldnerin „zu Lasten des Kaufobjekts die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Grundbesitzes auf den/die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) für den Treuhänder“. In der Urkunde bevollmächtigte sie u. a. den Bürovorsteher des Notars, „nach erfolgter Annahme des Kaufangebots die Auflassung bezüglich des Grundbesitzes zu erklären“. Der Käufer sollte verpflichtet sein, über die Grundstücke gemäß einem gesondert abgegebenen Angebot einen Mietvertrag mit der veräußernden Firma abzuschließen.

In notarieller Urkunde vom 2. August 1978 benannte die C. „den zu 2 erschienenen Herrn R. als Vertreter der in Gründung befindlichen B. (Niederlande)“ als Käufer. Herr R. nahm „Vollmacht nachzureichen versprechend“ das Kaufangebot vom 7. Juli 1978 als Vertreter der B. (jetzige Klägerin) an. Gleichzeitig erklärten die Beteiligten (die Gemeinschuldnerin vertreten durch den Bürovorsteher des Notars) die Auflassung der Grundstücke zugunsten der Klägerin und bewilligten die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch sowie die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch „zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung“.

Nachdem das Grundbuchamt einen Antrag des Notars auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der in Gründung befindlichen Klägerin abgelehnt hatte, wurde am 6. September 1978 folgende Vormerkung im Grundbuch eingetragen:

„Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums. Mit Bezug auf die Bewilligung vom 7. Juli 1978 für C. ...“

Am 7. September 1978 leitete der Notar den inzwischen bei ihm hinterlegten Kaufpreis in Höhe von 3 Millionen DM an die Gemeinschuldnerin weiter. Nachdem die Klägerin am 7. Februar 1979 im niederländischen Handelsregister eingetragen worden war, beantragte sie am 11. Mai 1979 die Eigentumsbeschreibung im Grundbuch, u. a. unter Beifügung einer vom Vorstand der Klägerin unterzeichneten Vollmacht vom 12. Februar 1979.

Am 11. April 1979 war, nachdem die Gemeinschuldnerin Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens gestellt hatte, ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen worden. Später nahm sie diesen Antrag, bevor darüber entschieden worden war, zurück und stellte Konkursantrag. Am 15. Juni 1979 eröffnete das Amtsgericht S. den Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin. Der Beklagte ist Konkursverwalter.

Die Klägerin wurde am 14. Januar 1980 als Eigentümerin der Grundstücke im Grundbuch eingetragen.

Sie verlangt vom Beklagten Herausgabe der Grundstücke. Dieser hat den Eigentumswerb der Klägerin nach der Konkursordnung angefochten und verlangt widerklagend Rückauflassung der Grundstücke.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Herausgabe der Grundstücke verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

A

Herausgabeklage

Das Berufungsgericht bejaht einen Herausgabeanspruch der Klägerin nach § 985 BGB.

I. Ohne Erfolg bezweifelt die Revision nach dem bisherigen Streitstand einen rechtswirksamen Eigentumswerb der Klägerin. Für sie streitet infolge ihrer Eintragung im Grundbuch die Rechtsvermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die der Beklagte nicht widerlegt hat.

a) Zwar geht das Berufungsgericht selbst vom Eigentum der Klägerin aus, meint aber dann, die „endgültige Eigentumszuordnung“ sei von der Wirksamkeit der am 6. September 1978 eingetragenen Vormerkung abhängig. Das trifft nicht zu, weil die Eigentumslage mit der Vormerkung nichts zu tun hat. Daß die Klägerin erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens im Grundbuch eingetragen wurde, stellt die Vermutungswirkung des § 891 BGB nicht in Frage. Die Klägerin kann nach § 15 Satz 2 KO in Verbindung mit § 878 BGB auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam Eigentum erworben haben. Sie hatte unter Vorlage der notariell beurkundeten Auflassung (§ 873 Abs. 2 BGB) vor Konkurseröffnung am 11. Mai 1979 den entsprechenden Umschreibungsantrag gestellt. Der Beklagte hat nicht einmal dargelegt, daß die Voraussetzungen des § 878 BGB fehlten.

b) Ohne Bedeutung ist, daß die Klägerin die Eigentumsbeschreibung erst beantragte, nachdem seit 11. April 1979 aufgrund des Vergleichsverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin ein Veräußerungsverbot im Grundbuch eingetragen war. Der Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens wurde noch vor einer Entscheidung hierüber zurückgenommen; dadurch wurde das Verfahren beendet (*Bley/Mohrbutter*, VergIO 4. Aufl. § 102 Rdnr. 4; § 99 Rdnr. 1; § 15 Rdnr. 3). Das Veräußerungsverbot verlor damit seine Wirksamkeit (vgl. *Böhle-Stamschräder/Kilger*, VergIO 10. Aufl. § 103 Anm. 1; *Jaeger/Weber*, KO 8. Aufl. § 106 Rdnr. 15). Ein neues Veräußerungsverbot nach § 106 Abs. 1 Satz 3 KO wurde erst erlassen, nachdem die Klägerin den Umschreibungsantrag gestellt hatte. Die im Vergleichsverfahren angeordnete Verfügungsbeschränkung der Gemeinschuldnerin wirkte nicht weiter. § 103 VergIO ist hier nicht anwendbar, weil der nach Beendigung des Vergleichsverfahrens angeordnete Konkurs kein Anschlußkonkurs ist. § 102 VergIO zählt die Fälle des Anschlußkonkurses erschöpfend auf (vgl. BGHZ 59, 356, 358 m.w.N.); eine entsprechende Anwendung von § 103 VergIO scheidet aus (*Jaeger/Weber*, KO aaO; vgl. auch BGHZ 59, 356, 358, 361 für den Fall von § 106 VergIO).

II. Der Beklagte könnte dem Herausgabeverlangen der Klägerin grundsätzlich allerdings einen Rückgewähranspruch nach § 37 Abs. 1 KO entgegensetzen, wenn er deren Eigentumswerb wirksam nach §§ 42, 30 KO angefochten hätte. Ein solches Anfechtungsrecht kommt nach § 42 KO auch für die Fälle des Rechtserwerbs nach § 15 Satz 2 KO i.V. mit § 878 BGB in Betracht (RGZ 81, 424, 427; *Böhle-Stamschräder/Kilger*, KO 13. Aufl. § 42 Anm. 2; *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck*, KO 9. Aufl. § 42 Rdnr. 1). Beim Eigentumswerb an einem Grundstück, der die Eintragung im Grundbuch voraussetzt, bestimmt diese Eintragung den Zeitpunkt, in dem das Rechtsgeschäft im Sinne des Anfechtungsrechts als vorgenommen gilt (BGHZ 41, 17, 18 ff.). Das Berufungsgericht hat zum Anfechtungsrecht des Beklagten — von seinem Standpunkt aus folgerichtig — keine tatsächlichen Feststellungen getroffen (von wirksamer Anfechtung ist da-

her auszugehen), weil es annimmt, daß die — nicht angefochtene — am 6. September 1978 eingetragene Vormerkung den Übereignungsanspruch der Klägerin konkursfest sichert (§ 24 KO).

1. Unstreitig hat der Beklagte weder die Vormerkung als solche noch den etwaigen durch sie gesicherten Anspruch wirksam angefochten. Wäre die Klägerin durch die Vormerkung gesichert, dann könnte sie damit die Anfechtung des Eigentumserwerbs abwehren; denn der Beklagte könnte nicht Rückgewähr des Eigentums nach § 37 KO verlangen, wenn er nach §§ 39, 24 KO gleichzeitig verpflichtet wäre, das Grundstück der Klägerin zu übereignen (vgl. § 242 BGB).

2. a) Das Berufungsgericht führt aus, die Vormerkung sei nach ihrem Wortlaut zwar nicht für die Klägerin, sondern für die C. eingetragen, die Klägerin sei aber vormerkungsbegünstigt und habe auf der Grundlage eines echten Vertrages zugunsten Dritter ein eigenes Forderungsrecht (§ 328 Abs. 1 BGB). In einem solchen Falle könne nicht nur der Anspruch des Versprechensempfängers (§ 335 BGB), sondern auch der für den Dritten unmittelbar begründete Anspruch auf Einräumung des Rechts durch Vormerkung gesichert werden. Da die C. kein eigenes Recht zur Annahme des Vertragsangebots gehabt habe, sie die Vormerkungsbewilligung im Angebot so zu verstehen, daß der spätere Käufer — vor Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — unmittelbar eine Sicherung erhalten sollte. Zum gleichen Ergebnis führe auch ein durch die Vormerkung gesicherter Anspruch der C. gegenüber der Gemeinschuldnerin auf Verschaffung des Grundeigentums an einen noch zu benennenden Dritten, den das Berufungsgericht durch Auslegung bejaht.

b) Gegen diese Ausführungen bestehen durchgreifende Bedenken.

Soweit das Berufungsgericht versucht, die Sicherungswirkung der eingetragenen Vormerkung generell auf die Klägerin auszudehnen, unterscheidet es nicht genügend nach Gläubiger und Anspruchsinhalt. Vormerkung ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen Bewilligung ein „Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes auf den/die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) für den Treuhänder“. Vormerkungsinhaber ist mithin die C. als Treuhänderin, gesichert ihr Anspruch auf Eigentumsübertragung an die Klägerin. Die Überlegungen des Berufungsgerichts von einer gewollten „unmittelbaren Sicherung der Klägerin“ übersehen, daß die Klägerin nicht Vormerkungsgläubigerin ist und auch ihr eigener Anspruch nach dem Grundbuchwortlaut nicht gesichert ist. Demgemäß wurde schon im Vertragsangebot in § 4 Ziff. 2 die Eintragung einer gesonderten Vormerkung „für den bzw. die von dem Treuhänder zu benennenden Dritten (Dritte) nach dessen (deren) Annahme des Kaufangebotes“ bewilligt. Diese Vormerkung wurde jedoch nicht eingetragen. Ein eigener Anspruch der Klägerin wäre im Zeitpunkt der Bewilligung auch nicht vormerkbar gewesen, weil die Vormerkung für einen erst noch zu bestimmenden Dritten am Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchs hätte scheitern müssen. Vormerkbar ist in einem solchen Fall immer nur der Anspruch des Versprechensempfängers auf Leistung an den von ihm zu bestimmenden Dritten (BGB-RGRK 12. Aufl. § 883 Rdnr. 41 und 42; *Erman/Hagen*, BGB 7. Aufl. § 883 Rdnr. 15; MünchKomm/Wacke, § 883 Rdnr. 20; *Palandt/Bassenge*, BGB 41. Aufl. § 883 Anm. 2 c; *Soergel/Baur*, BGB 11. Aufl. § 883 Rdnr. 14; *Staudinger/Seufert*, BGB 11. Aufl. § 883 Rdnr. 16 und 28; *Holch*, JZ 1958, 724, 725; OLG Schleswig, DNotZ 1957, 661 mit Anm. von *Hieber* ebenda

S. 662, 663; OLG Hamm, MDR 1953, 41). Nichts anderes folgt aus den Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 128, 246, 250) und des Senats (BGHZ 28, 99, 103/104). Es kommt deshalb hier nicht mehr darauf an, ob die Klägerin gegen die Gemeinschuldnerin einen eigenen Anspruch auf Übereignung des streitigen Grundbesitzes erwarb; denn ein solcher Anspruch ist jedenfalls nicht vorgemerkt.

c) Das Berufungsgericht entnimmt allerdings den notariellen Urkunden vom 7. Juli 1978 und vom 2. August 1978 und der „nachträglichen Genehmigung bzw. Neuvernahme“ durch Auslegung einen echten Vertrag zugunsten Dritter und folgert daraus auch auf einen Anspruch der C. gegenüber der Gemeinschuldnerin auf Übereignung der Grundstücke an die Klägerin (§ 335 BGB). Diese trichterlichen Feststellungen greift die Revision nicht an.

Dieser Vertrag bedurfte aber der Form des § 313 BGB. Das Berufungsgericht verneint dies, stellt dabei aber fehlerhaft nur darauf ab, daß sich die C. weder zur Veräußerung noch zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet habe. Übersehen ist dabei jedoch, daß sich nach der Auslegung des Berufungsgerichts die Gemeinschuldnerin vertraglich zur Veräußerung von Grundeigentum an einen noch zu bestimmenden Dritten verpflichtete und die entsprechende Vereinbarung deshalb notarieller Beurkundung bedurfte (allgemeine Meinung vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 313 Rdnr. 20; *Erman/Battes*, BGB 7. Aufl. § 313 Rdnr. 4; MünchKomm/Kanzleiter, BGB § 313 Rdnr. 31 m.w.N.; vgl. auch BGH Urteil vom 1. Juli 1970, IV ZR 1178/68, NJW 1970, 1915, 1916 [= DNotZ 1971, 39]). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß ein etwaiges Angebot der Gemeinschuldnerin auf Abschluß eines Vertrages mit der C. formgültig (etwa am 2. August 1978) angenommen wurde.

Die vom Berufungsgericht hilfsweise erwogene Heilung des Formmangels „durch Eintragung der Klägerin im Grundbuch kann aus den nachfolgend unter 3 b) erörterten Gründen nicht zur Entstehung einer Vormerkung vor Konkursöffnung geführt haben.

3. Nach zutreffender Auffassung des Berufungsgerichts setzt die Entstehung einer Vormerkung auch einen rechtswirksamen Kaufvertrag über die streitigen Grundstücke zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin voraus, insbesondere eine fristgerechte Annahme des Vertragsangebots.

a) Das Berufungsgericht unterstellt offenbar, daß R. für die in Gründung befindliche Klägerin am 2. August 1978 ohne wirksame Vollmacht handelte. Es betrachtet die nachgereichte Vollmacht vom 12. Februar 1979 als Genehmigung, die aber im vorliegenden Fall nicht auf den Zeitpunkt der Annahmeerklärung zurückwirke (Hinweis auf das Senatsurteil vom 13. Juli 1973, V ZR 16/73, NJW 1973, 1789 [= DNotZ 1974, 159]). Aus der Tatsache, daß die Gemeinschuldnerin gegen die erst am 6. September 1978 eingetragene Vormerkung keinen Widerspruch erhob und den am 7. September 1978 erhaltenen Kaufpreis entgegennahm und behielt, folgert das Berufungsgericht, die Gemeinschuldnerin sei mit einer stillschweigenden Verlängerung oder Aufhebung der Annahmefrist einverstanden gewesen. Jedenfalls liege in der am 12. Februar 1979 erteilten Vollmacht ein erneutes Vertragsangebot der Klägerin, das die Gemeinschuldnerin stillschweigend angenommen habe. Der sowohl im Hinblick auf die Fristverlängerung als auch im Hinblick auf den Neuabschluß des Kaufvertrages bestehende Formmangel (§ 313 BGB) sei durch die Eintragung der Klägerin am 14. Januar 1980 geheilt worden.

b) Auch das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Das Vertragsangebot der Gemeinschuldnerin erlosch mit Ablauf des 6. August 1978, falls es nicht bis dahin angenommen worden war. Es ist schon nicht ersichtlich, wie das Berufungsgericht aus Tatsachen nach dem 6. August 1978 (widerspruchslose Hinnahme der Vormerkung und Behalten des Kaufpreises) auf eine Fristverlängerung schließen kann. Die erwähnten Umstände können allenfalls auf eine neue Fristvereinbarung und damit auf eine Erneuerung der Verpflichtung zur Grundstücksübereignung hindeuten (vgl. auch Senatsurteil vom 12. Dezember 1962, V ZR 111/61, WM 1963, 407, 408). Daraus folgt — was das Berufungsgericht auch nicht verkennt — ohne weiteres auch die Formbedürftigkeit dieser Vereinbarungen zwischen der Klägerin und der Gemeinschuldnerin.

Rechtsfehlerhaft geht das Berufungsgericht im vorliegenden Fall von einer Heilung des Formmangels aus. Es übersieht, daß es im vorliegenden Fall darum geht, ob vor der Konkurseröffnung wirksam eine Vormerkung entstanden war. Erst nach der Konkurseröffnung wurde die Klägerin im Grundbuch eingetragen. Frühestens damit konnte § 313 Satz 2 BGB eingreifen. Die Heilung des Formmangels wirkt jedoch nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück, vielmehr „wird“ der schuldrechtliche Vertrag mit Auflassung und Eintragung im Grundbuch — d. h. in dem Zeitpunkt, in dem beide Voraussetzungen erfüllt sind — wirksam. Das hat zur Folge, daß auch die Vormerkungswirkung erst im Zeitpunkt der Heilung eintritt, weil der formnichtige Vertrag auch nicht etwa einen künftigen Anspruch im Sinne von § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet (BGHZ 54, 57, 63 ff. [= DNotZ 1970, 596]). An dieser Auffassung hält der Senat gegen die Kritik von *Lüke* (JuS 1971, 341, 343) fest.

§ 313 Satz 2 BGB verlangt auch eine Auflassung. Insoweit hebt das Berufungsgericht — ohne dies allerdings ausdrücklich zu erwähnen — wohl auf die Auflassung vom 2. August 1978 ab. Eine Auflassung heilt zwar auch dann, wenn sie nicht nach den schuldrechtlich getroffenen Vereinbarungen, sondern gleichzeitig mit deren Abschluß erklärt wird (Senatsurteil vom 17. März 1978, V ZR 217/75, NJW 1978, 1577 [= DNotZ 1978, 539]). So kann die vor formunwirksamen Absprachen erklärte Auflassung aber nicht wirken, weil sie nicht in Erfüllung der formnichtigen Vereinbarungen erfolgt sein kann (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1972, V ZR 63/70, NJW 1972, 1364, 1366; *Erman/Battes*, BGB 7. Aufl. § 313 Rdnr. 76; *Staudinger/Wufka*, BGB 12. Aufl. § 313 Rdnr. 221).

III. Eine abschließende Entscheidung kann der Senat nicht treffen, weil weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind (vgl. oben II, 2 c).

## B

### Widerklage

Das Berufungsgericht hält die Widerklage auf Rückübereignung der streitigen Grundstücke für unbegründet. Auf der Grundlage der Ausführungen zur Klage ist dies zwar folgerichtig, hält aber den Revisionsangriffen aus den oben unter A dargelegten Gründen ebenfalls nicht stand. Der auf § 37 KO gestützte Widerklageantrag ist unbegründet, wenn im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine wirksame Vormerkung bestand, die den Beklagten nun daran hindert, den Eigentumserwerb der Klägerin anzufechten (§ 39 KO; § 242 BGB). Dazu sind noch weitere tatrichterliche Feststellungen nach den Ausführungen oben unter A III erforderlich.

3. BGB §§ 883, 885, 1191; GBO § 19 (*Erforderliche Bewilligungen für Grundschuldabtretungsvormerkung*)

**Soll zur Sicherung des (bedingten) Anspruchs eines Dritten auf Abtretung einer im Grundbuch bereits eingetragenen Grundschuld eine Vormerkung eingetragen werden, so bedarf es hierzu (neben der Bewilligung des Grundschuldinhabers) nicht der Bewilligung des Grundstückseigentümers.**

BayObLG, Beschluß vom 20. 1. 1983 — BReg. 2 Z 118/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

### Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligte zu 1) ist Eigentümerin des im Grundbuch des Amtsgerichts A. von K. vorgetragene Grundstücks Flst.Nr. 47. Dieses Grundstück ist in Abteilung III lfd. Nrn. 4 und 5 mit zwei Buchgrundschulden zu 82 500 DM und 30 000 DM zugunsten der Beteiligten zu 3) belastet (Bewilligungen vom 27.10. 1981 und vom 27. 5. 1982).

In der Urkunde vom 27.10. 1981 heißt es u.a.:

„Frau T. M. verpflichtet sich, die gegenwärtige Grundschuld an ihren Sohn B. M. abtreten zu lassen, wobei vereinbart wird, daß die Weiterabtretung ausgeschlossen ist, sobald das Darlehen, das durch die gegenwärtige Grundschuld gesichert ist, getilgt ist. Sie verpflichtet sich weiter, die Grundschuld nicht für andere Zwecke als für das gegenwärtige Darlehen zu valutieren. Zur Sicherung des Übertragungsanspruchs ist von der Grundschuldgläubigerin eine Vormerkung gemäß § 883 BGB zu bewilligen. Der Notar wird beauftragt, die entsprechende Erklärung bei der Gläubigerin einzuholen.“

In der Urkunde vom 27. 5. 1982 ist hierzu ausgeführt:

„Die Abtretungsverpflichtung zugunsten des Herrn B. M. besteht auch für die gegenwärtige Grundschuld.“

2. Mit Erklärung vom 15. 6. 1982 verpflichtete sich die Beteiligte zu 3), die beiden Grundschulden an den Beteiligten zu 2) abzutreten, sobald diese nicht mehr valutiert sind. Zur Sicherung dieser Abtretungsverpflichtung bewilligte die Beteiligte zu 3) die Eintragung (je einer Vormerkung bei den beiden Grundschulden zugunsten des Beteiligten zu 2).

Den vom Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten in deren Namen gemäß § 15 GBO gestellten Antrag auf Eintragung der Vormerkung vom 27. 8. 1982 beanstandete der Rechtspfleger mit Zwischenverfügung vom 8. 9. 1982. In ihr wird die Vorlage der Zustimmung des Grundstückseigentümers in der Form des § 29 Abs. 1 GBO verlangt.

Hiergegen richtete sich die vom Verfahrensbevollmächtigten namens der Beteiligten zu 1) und 2) eingelegte Erinnerung vom 15. 9. 1982.

Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter haben der Erinnerung nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht mit Beschluß vom 8.11. 1982 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Notar im Namen des Beteiligten zu 2) eingelegte weitere Beschwerde vom 20.12. 1982.

### Aus den Gründen:

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

1. ..

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

a) Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch dann, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt für die Eintragung einer Vormerkung die Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird.

Die Vormerkung sichert gemäß § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden (dinglichen) Recht. Da sie selbst kein dingliches Recht, sondern ein mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art für diesen Anspruch darstellt (BGHZ 60, 46/49 f. [= DNotZ 1973, 367]; BayObLGZ 1976, 15/19 [= MittBayNot 1976, 28]; *Palandt* BGB 42. Aufl. § 883 Anm. 1a; je m.

Nachw.), kommt es für die rechtliche Beurteilung entscheidend auf die schuldrechtliche Gestaltung des zu sichernden Anspruchs an (BayObLGZ 1979, 172/174 [= DNotZ 1979, 502]).

b) Im vorliegenden Fall hat sich die Beteiligte zu 3) verpflichtet, die zu ihren Gunsten im Grundbuch (I. d. Nrn. 4 und 5) bereits eingetragenen Grundschulden unter einer bestimmten Voraussetzung („sobald diese nicht mehr valutiert sind“) an den Beteiligten zu 2) abzutreten. Zur Sicherung dieser Abtretungsverpflichtung hat die Beteiligte zu 3) die Eintragung (je einer Vormerkung an den beiden Grundpfandrechten zugunsten des Beteiligten zu 2) bewilligt.

Es geht also ausschließlich um die Sicherung des (bedingten) Anspruchs des Beteiligten zu 2) gegen die Beteiligte zu 3) auf Abtretung der Grundschulden. Dieser Anspruch richtet sich gegen den Inhaber der (im Grundbuch bereits eingetragenen und daher unbelastet entstandenen) Grundpfandrechte, bei denen die Vormerkung einzutragen ist, nicht aber gegen den Grundstückseigentümer. Es ist deshalb heute allgemein anerkannt (vgl. statt vieler OLG Hamm Rpfleger 1957, 379; KG OLGZ 1976, 44/46 [= MittBayNot 1976, 134]; Stöber RpfJahrb 1960, 120/130; jew. m. zahlr. Hinw. auf früh. Rspr.; ferner *Meikel/Imhof/Riedel* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 66, *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnr. 64 Buchst. d, je zu § 19; *Horber* GBO 15. Aufl. Anh. zu § 44 Anm. 10 b; BGB-RGRK 12. Aufl. § 885 Rdnr. 10; MünchKomm BGB § 885 Rdnr. 17 i.V.m. § 883 Rdnr. 17; *Staudinger* BGB 12. Aufl. § 1191 Rdnr. 63; *Serick* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band II § 28 IV 4 S. 445; *Dempewolf* NJW 1958, 673; 1957, 1257/1258 f.), daß die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs nur vom Inhaber der betroffenen Grundschuld, nicht aber zugleich auch vom Grundstückseigentümer zu bewilligen ist. Soweit gelegentlich (vgl. LG Düsseldorf NJW 1958, 673 f.; vgl. ferner die Nachweise bei *Stöber* aaO sowie bei *Haegeler* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 1032 e) eine andere Auffassung vertreten worden ist, betrifft dies andere — hier nicht gegebene — Fallgestaltungen, nämlich die Rechtslage bei gleichzeitiger Bestellung der Grundschuld und Bewilligung der Vormerkung (vgl. *Palandt* BGB 42. Aufl. § 1191 Anm. 3 e bb), das Vorliegen eines Wahlrechts des Berechtigten (Übertragung, Verzicht oder Löschungsbewilligung; vgl. LG Düsseldorf aaO) oder die Sicherung des Anspruchs auf Abtretung des Rückübertragungsanspruchs (vgl. die in Rpfleger 1957, 382 f. abgedruckten Entscheidungen).

c) Die Vorinstanzen sind der Auffassung, es bedürfe gleichwohl auch der Bewilligung der Beteiligten zu 1) als Grundstückseigentümerin deshalb, weil sie im Fall der Ablösung der Grundschuld selbst und der hierdurch bedingten Entstehung einer Eigentümergrundschuld möglicherweise als „betroffen“ im Sinn des § 19 GBO anzusehen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Nur der Ausgangspunkt dieser Überlegung trifft zu. Ist zur Sicherung eines Darlehens eine Grundschuld bestellt, so können Tilgungsleistungen auf die Darlehensforderung, aber auch auf die Grundschuld erbracht werden (vgl. hierzu, insbesondere zum maßgeblichen Willen des Leistenden BGH NJW 1969, 1237 f. [= DNotZ 1970, 106]; 1976, 2340/2341 [= DNotZ 1977, 356] m. Nachw.). Wird auf die Grundschuld selbst geleistet, diese also durch die Zahlung abgelöst, so entsteht nach allgemeiner Auffassung (ungeachtet der hierfür gegebenen, teilweise unterschiedlichen Begründung) eine Eigentümergrundschuld (BGH aaO; MünchKomm Rdnr. 65, *Erman* BGB 7. Aufl. Rdnr. 11, *Palandt* Anm. 3 h bb, je zu § 1191; *Staudinger* Rdnr. 18, *Soergel* BGB 11. Aufl. Rdnr. 33, je zu § 1192; *Haegeler* Rdnr. 1021, 1032 c, 1032 h).

Abgesehen davon aber, daß nach der vertraglichen Vereinbarung (Abschnitt D Absatz 1 Satz 1 der „Weiteren Bedingungen“) an den Gläubiger geleistete Zahlungen nicht auf die Grundschuld selbst, sondern zur Begleichung der durch die gesicherten Forderung erfolgen, führt die Möglichkeit der Ablösung der Grundschulden nicht dazu, die Grundstückseigentümerin als von den einzutragenden Vormerkungen Betroffene anzusehen. In diesem Fall vollzieht sich der Rechtsübergang auf den Eigentümer kraft Gesetzes (außerhalb des Grundbuchs); dieser Rechtsübergang wird durch die Vormerkung nicht gehindert. Irgendein Anspruch des Beteiligten zu 2) gegen die Beteiligte zu 1) als Grundstückseigentümerin (auf Abtretung einer evtl. Eigentümergrundschuld o.ä.) soll durch die Vormerkungen nicht gesichert werden. Diese haben vielmehr ausschließlich die Sicherung des (bedingten) Anspruchs des Beteiligten zu 2) gegen die Beteiligte zu 3) auf Abtretung der Grundschulden zum Inhalt. Hierfür allein bedarf es aber keiner Bewilligung der Beteiligten zu 1), da sie von den einzutragenden Vormerkungen nicht im Sinn des § 19 GBO betroffen wird.

3. Die entgegenstehenden Entscheidungen der Vorinstanzen können daher keinen Bestand haben. Die Sache ist zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung über den Eintragungsantrag an das Grundbuchamt zurückzugeben.

4. BGB § 1093; GBO §§ 23, 24, 78 (*Auslegung eines Wohnungsrechts in Übergabevertrag*)

1. Ein dingliches Wohnungsrecht kann auflösend bedingt bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses bestellt werden.

2. Selbständige Auslegung einer Grundbucheintragung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Grundsätze hierfür.

3. Ein in einem landwirtschaftlichen Übergabevertrag der Schwester des Übernehmers bestelltes Wohnungsrecht „auf die Dauer des ledigen und besitzlosen Standes“ ist (sofern § 23 Abs. 1 GBO nicht entgegensteht) auf den Nachweis des Wegfalls auch nur einer dieser beiden Voraussetzungen (hier der Verheiratung der Berechtigten) zu löschen.

BayObLG, Beschluß vom 27.10. 1982 — BReg. 2 Z 84/82 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Auf Grund Übergabevertrags vom 26. 7. 1974 erwarben die Beteiligten zu 1) eine Reihe von Grundstücken.

In der Urkunde ist hinsichtlich der Schwestern Maria und Therese des Beteiligten zu 1) u. a. bestimmt:

„Außerdem behalten Maria und Therese K. auf die Dauer des ledigen und besitzlosen Standes das unentgeltliche Wohnungs- und Benützungsrecht im gesamten 1. Stock des Nebengebäudes Hs. Nr. 1 in U. ...“

Zur Sicherung dieses Wohnungsrechts wurden beschränkte persönliche Dienstbarkeiten im Grundbuch als „Wohnungsrechte auf die Dauer des ledigen und besitzlosen Standes“ eingetragen.

2. Unter Vorlage einer Heiratsurkunde, in der bezeugt wird, daß die Beteiligte zu 2) am 9.11. 1979 geheiratet hat, beantragten die Beteiligten zu 1) mit notariell beglaubigter Erklärung vom 15. 4. 1982 die Löschung des für die Beteiligten zu 2) eingetragenen Wohnungsrechts wegen Standesveränderung der Berechtigten.

Mit Zwischenverfügung vom 19. 7. 1982 verlangte das Amtsgericht — Grundbuchamt — noch die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 2). Zur Begründung heißt es, als Löschungserleichterung sei „auf die Dauer des ledigen und besitzlosen Standes“ vermerkt; nachgewiesen sei hier nur die Tatsache der Verheiratung der Berechtigten, nicht aber die zweite Voraussetzung für eine Löschung des Wohnungsrechts (Wegfall des „besitzlosen Standes“).

Der hiergegen gerichteten Erinnerung des Notars vom 10. 8. 1982 haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht mit Beschluß vom 25. 8. 1982 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Notar mit der weiteren Beschwerde vom 16. 9. 1982, mit der er den Antrag auf Löschung des Wohnungsrechts weiterverfolgt.

#### Aus den Gründen:

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

1. ...

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

a) Das zugunsten der Beteiligten zu 2) im Grundbuch eingetragene Wohnungsrecht ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1093 Abs. 1 BGB). Es ist danach grundsätzlich auf die Lebensdauer des Berechtigten bestellt (§ 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061 Satz 1 BGB). Dies schließt aber eine — zulässige (vgl. hierzu zum Wohnungsrecht allgemein BayObLGZ 1980, 176/77 f. [= MittBayNot 1980, 154] m. Nachw.) — Vereinbarung nicht aus, wonach ein Wohnungsrecht auch bereits vor dem Ableben des Berechtigten, z. B. bei Erreichen eines bestimmten Lebensalters oder bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses, erlischt (auflösende Bedingung; vgl. *Staudinger* BGB 12. Aufl. § 1093 Rdnr. 18 i.V.m. § 1090 Rdnrn. 22, 24; MünchKomm BGB § 1093 Rdnr. 17 i.V.m. § 1018 Rdnr. 65, 57; *Soergel* BGB 11. Aufl. § 1093 Rdnr. 16 i.V.m. § 1018 Rdnr. 45; vgl. ferner BayObLG KGJ 44, 356/357).

Grundbuchrechtlich gilt für diesen Fall § 24 GBO, der seinerseits wieder auf § 23 GBO verweist. Ob, wovon offensichtlich das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung ausgeht („Löschungserleichterung“), die im Grundbuch eingetragene Bestimmung, das Wohnungsrecht bestehe „auf die Dauer des ledigen und besitzlosen Standes“ der Berechtigten, als Lösungsklausel im Sinn des § 23 Abs. 2 GBO anzusehen ist (Löschung allein auf Grund Nachweises des Eintritts des bestimmten Ereignisses), kann hier dahinstehen. Denn auch nach § 24 i.V.m. § 23 Abs. 1 GBO bedarf es für den Fall, daß Rückstände von Leistungen aus dem zu löschenden Recht nicht ausgeschlossen sind (auch beim Wohnungsrecht möglich; vgl. BayObLGZ 1979, 372/373 ff. [= DNotZ 1980, 157] m. Nachw.), der (Löschungs-)Bewilligung des Berechtigten (der insoweit an die Stelle des in § 23 GBO genannten Rechtsnachfolgers tritt; vgl. *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. Rdnr. 5, *Horber* GBO 15. Aufl. Anm. 3, je zu § 24) nur dann, wenn die Löschung vor Ablauf eines Jahres seit Eintritt des bestimmten Ereignisses oder gegen den Widerspruch des Berechtigten vorgenommen werden soll. Beide Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

b) Der Eintritt des für das Erlöschen des Wohnungsrechts maßgeblichen Ereignisses ist dem Grundbuchamt auch (in der Form des § 29 Abs. 1 GBO) nachgewiesen. Denn die Beteiligten zu 1) haben eine Heiratsurkunde des Standesamts vorgelegt, wonach die Beteiligte zu 2) bereits im Jahre 1979 geheiratet hat (vgl. *Güthe/Triebel* § 24 Rdnr. 7).

Eines weiteren Nachweises bedarf es — entgegen der Auffassung der Vorinstanzen — nicht. Der Eintragungsvermerk im Grundbuch über die Voraussetzungen des Erlöschens des Wohnungsrechts ist dabei der Auslegung fähig und bedürftig. Zu dieser (selbständigen) Auslegung ist das Rechtsbeschwerdegericht uneingeschränkt befugt (BGHZ 37, 147/148 f.; 59, 205/208 f.; BayObLGZ 1977, 226/230; 1978, 214/217 [= MittBayNot 1978, 212]; *Horber* § 78 Anm. 3 A b m. weit. Nachw.).

Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung muß wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte jedem Beteiligten möglichst eindeutig Aufschluß über die dingliche Rechtslage zu geben, zunächst auf deren Wortlaut und Sinn abgestellt werden, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk (und den dort gemäß § 874 BGB zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen) für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände, die außerhalb dessen liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (ständ. Rspr.; z. B. BGHZ, 13, 133/134; 47, 190/196; 59, 205/209; BGH DNotZ 1966, 486/487; 1969, 357; 1974, 294; 1976, 16/17; BayObLGZ 1961, 23/32; 1964, 1/4; 1977, 189/191 und 226/230; 1978, 214/217; BayObLG MittBayNot 1980, 22; Senatsbeschluß vom 12. 8. 1981 BReg. 2 Z 53/81, insoweit in Rpfleger 1981, 479 nicht abgedruckt; *Horber* § 53 Anm. 2; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* Grundbuchrecht 2. Aufl. Einl. C 20 ff.).

Gegen diese Grundsätze verstößt die Auslegung durch das Grundbuchamt und das Landgericht. Schon der Wortlaut des Eintragungsvermerks, das Wohnungsrecht bestehe auf die Dauer des ledigen „und“ besitzlosen Standes, spricht dafür, daß für den (Fort-)Bestand dieses Rechts beide Voraussetzungen gegeben sein müssen, daß das Recht also erlöschen soll, wenn eine der Voraussetzungen nicht mehr gegeben ist (der Notar hat zutreffend darauf hingewiesen, daß sich andernfalls der Gebrauch des Wortes „oder“ angeboten hätte). Dazu kommt, daß aus der Urkunde vom 26. 7. 1974, die im Eintragungsvermerk in Bezug genommen worden ist, hervorgeht, daß die fraglichen Wohnungsrechte anlässlich der Übergabe eines landwirtschaftlichen Anwesens für die Schwestern des Übernehmers bestellt (und zugleich mit der Auflassung der Grundstücke und weiteren, hiermit in Zusammenhang stehenden Rechten — Leibgeding für den Übergeber — im Grundbuch eingetragen worden sind. Ein Wohnungsrecht für weichende weibliche Geschwister des den Hof übernehmenden Sohnes des Bauern hat aber — wie aus der in den Grundbucheintrag übernommenen Formulierung hervorgeht — regelmäßig den Sinn, diesen Geschwistern eine Wohnmöglichkeit im elterlichen landwirtschaftlichen Anwesen so lange zu sichern, als sie nicht „auf eigenen Beinen stehen“. Letzteres ist nach den im Bereich der Beteiligten herrschenden Anschauungen regelmäßig dann der Fall, wenn die Schwester sich verheiratet oder sonst (finanziell) ausreichend in der Lage ist, für ihr Fortkommen (und damit auch für ihre Unterkunft) zu sorgen. In beiden Fällen (alternativ) besteht für einen Fortbestand des Wohnungsrechts regelmäßig kein Bedarf mehr.

Die Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch kann nach alledem nicht dahin ausgelegt werden, es bedürfe auch noch des Nachweises, die Beteiligte zu 2) sie (infolge ihrer Heirat?) nicht mehr „besitzlosen Standes“ (abgesehen von den Schwierigkeiten eines solchen Nachweises in der Form des § 29 Abs. 1 GBO; vgl. *Güthe/Triebel* § 24 Rdnr. 7). Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts, die die Vorlage einer Lösungsbevolligung der Beteiligten zu 2) verlangt hat, kann daher nicht aufrechterhalten bleiben.

5. WEG §§ 1 Abs. 4; 3 Abs. 2 S. 2 (Zur Begründung von Sondereigentum bei Tiefgarage unter zwei Grundstücken)

**An einem Stellplatz in einer Tiefgarage kann auch dann Sondereigentum begründet werden, wenn sich die Tiefgarage unter mehreren Parzellen befindet. Voraussetzung für die**

**Begründung von Sondereigentum ist jedoch in einem solchen Fall, daß die Stellplätze sich unter genauer Einhaltung der Grundstücksgrenze auf dem Grundstück befinden, auf welches sich die Teilungserklärung bezieht.**

*(Leitsätze nicht amtlich)*

LG Bonn, Beschluß vom 15. 6. 1982 — 4 T 247/82 —

*Aus dem Tatbestand:*

Auf dem Grundstück der Gemarkung B. Flur X. Nr. 736 sowie auf dem Nachbargrundstück Nr. 415 sind selbständige Wohnungseigentumsobjekte errichtet worden. Die Tiefgarage ist einheitlich unter den Parzellen 415 und 736 angelegt. Am 5. 1. 1982 beantragte die Antragstellerin die Eintragung des Wohnungseigentums, des Gegenstandes und Inhalts im Grundbuch unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung vom 27. 11. 1981, auf deren Inhalt nebst Anlagen verwiesen wird. Danach ist mit den Wohnungen Nr. 1 bis 29 jeweils das dauernde Sondernutzungsrecht an einem Einstellplatz in der Tiefgarage verbunden, der dieselbe Nummer trägt. An den Einstellplätzen Nr. 30 und 31 soll Sondereigentum begründet werden. Diesbezüglich hat die Rechtspflegerin der Antragstellerin durch die angefochtene Verfügung mitgeteilt, daß die Tiefgarage auf der Parzelle 736 nicht in sich abgeschlossen sei, so daß die Einräumung von Sondereigentum an den Stellplätzen Nr. 30 und 31 nicht möglich sei.

*Aus den Gründen:*

Die hiergegen gerichtete nunmehr als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist gemäß § 11 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO zulässig, sachlich jedoch nicht begründet.

Das Grundbuchamt ist an die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bauordnungsamtes nicht gebunden, sondern hat die Frage der Abgeschlossenheit (§ 3 Abs. 2 WEG) selbständig zu überprüfen (OLG Frankfurt Rpfleger 1977, 312 = DNotZ 1977, 635).

Die Einräumung von Sondereigentum an den Stellplätzen Nr. 30 und 31 ist grundsätzlich möglich. Dies folgt aus der Vorschrift des § 3 Abs. 2 WEG, wonach Sondereigentum nur eingeräumt werden soll, wenn die Wohnungen oder sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind, Garagenstellplätze aber dann als abgeschlossene Räume gelten, wenn ihre Flächen durch dauerhafte Markierungen ersichtlich sind. Allerdings sind mit dem Begriff „Garagenstellplatz“ in § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG nur Stellplätze in geschlossenen Garagen gemeint, die ihrerseits insgesamt in sich abgeschlossene Räume darstellen (OLG Hamm Rpfleger 1975, 27 = DNotZ 1975, 108). Die Kammer ist jedoch entgegen der Ansicht der Rechtspflegerin der Auffassung, daß auch in einem Fall, in dem die Tiefgarage sich unter mehreren Parzellen befindet, von der Abgeschlossenheit ausgegangen werden kann. Dies folgt aus § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG, der für Garagenstellplätze vom Erfordernis der Abgeschlossenheit absieht und diese für den Fall einer dauerhaft markierten Abgrenzung der Stellfläche fingiert. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Mißverständnisse über die den Sondereigentümern zustehenden Abstellflächen auszuschließen und eine Abgrenzung zu Gemeinschaftseigentum zu erreichen (*Bärman/Plick*, 4. Aufl. 1980, § 3 WEG, Rdnr. 24). Wenn auch, wie ausgeführt, mit dem Begriff „Garagenstellplatz“ in dieser Regelung nur Stellplätze in in sich abgeschlossenen Garagen gemeint sind, so ist diesem Erfordernis auch dann Genüge getan, wenn die Stellplätze sich in einer abgeschlossenen, jedoch über mehrere Parzellen erstreckenden Tiefgarage befinden.

Voraussetzung für die Begründung von Sondereigentum an Stellplätzen ist jedoch auch in einem solchen Fall, daß die Stellplätze sich unter genauer Einhaltung der Grundstücksgrenze auf dem Grundstück befinden, auf welches sich die Teilungserklärung bezieht. Die Eintragung von Sondereigen-

tum kommt also dann nicht in Betracht, wenn sich die Stellplätze Nr. 30 und 31 auch nur teilweise auf der Parzelle 415 befinden. Den Nachweis darüber, daß vorliegend die Grundstücksgrenzen bei der Anlage der Einstellplätze exakt beachtet worden sind, hat die Antragstellerin bisher nicht erbracht. Den im Beschwerdeverfahren vorgelegten Lageplänen kann nicht mit Sicherheit entnommen werden, daß die Stellplätze Nr. 30 und 31 sich ausschließlich auf der Parzelle Nr. 736 befinden. Eine entsprechende Versicherung des Eigentümers reicht hierzu nicht aus, so daß die Beschwerde zurückzuweisen war. Der Antragstellerin ist es allerdings unbenommen, den entsprechenden Nachweis in Zukunft zu führen.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Röll* in diesem Heft S. 5 sowie den nachfolgend abgedruckten Beschluß des OLG Stuttgart.

6. WEG § 8 (Zur Begründung von Wohnungseigentum bei Eigengrenzüberbau)

**Grundsätzlich kann Wohnungseigentum nicht begründet werden unter Einbeziehung eines Gebäudes, das im Wege des Eigengrenzüberbaus auf das Nachbargrundstück hinübergebaut wurde. Möglich ist die Einbeziehung eines solchen Gebäudes jedoch dann, wenn der Überbau in Ausübung einer Grunddienstbarkeit erfolgt.**

OLG Stuttgart, Beschluß vom 29. 6. 1982 — 8 W 226/82 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Antragstellerin ist Eigentümerin eines Grundstückes, auf dem sie ein Wohngebäude errichtet hat und das sie nach § 8 WEG in Wohnungseigentumsanteile aufteilen will. Im Untergeschoß des Hauses ist neben den Kellerräumen und Einzelgaragen eine Tiefgarage mit 4 Stellplätzen geplant. Der westliche Teil der Tiefgarage, zu dem 2 Stellplätze und 1 Stellplatz mit halber Fläche (im Aufteilungsplan mit Nr. 5 bezeichnet) gehören, liegt auf dem Nachbargrundstück, Flst. Nr. 6049/2, das ebenfalls im Eigentum der Antragstellerin steht. Nach § 2 der Teilungserklärung soll der jeweilige Eigentümer des Wohnungseigentums Aufteilungsplan Nr. 5 das Sondernutzungsrecht an dem mit Nr. 5 bezeichneten Stellplatz, der jeweilige Eigentümer des Wohnungseigentums Aufteilungsplan Nr. 8 das Sondernutzungsrecht an dem mit Nr. 8 bezeichneten Stellplatz haben.

Die Antragstellerin hatte zunächst für den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes Flst. Nr. 6049 und 6049/1 und zu Lasten des Grundstückes Flst. Nr. 6049/2 eine Grunddienstbarkeit mit folgendem Inhalt in das Grundbuch eintragen lassen:

Die Eigentümer des herrschenden Grundstückes sind berechtigt, auf der in dem anliegenden Plan grün angelegten Fläche des belasteten Grundstückes eine Tiefgarage dauernd zu haben und die zusätzlich rot umrandete Stellfläche unter Ausschluß des Eigentümers, die Verkehrsfläche gemeinsam mit dem Eigentümer des belasteten Grundstückes zu nutzen.

Diese Grunddienstbarkeit wurde auf Antrag der Antragstellerin am 31. 3. 1982 wieder gelöscht.

Die Antragstellerin hat außerdem für den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes Flst. Nr. 6049/2 und zu Lasten des Grundstückes Flst. Nr. 6049 und 6049/1 folgende Grunddienstbarkeit in das Grundbuch eintragen lassen:

Die Eigentümer des herrschenden Grundstückes sind berechtigt, den in dem anliegenden Plan gelb angelegten Teil der Tiefgarage und die Zufahrt zu der Tiefgarage auf dem belasteten Grundstück dauernd mitzubedenken, um zu den auf dem berechtigten Grundstück gelegenen Stellplätzen in der Tiefgarage zu gehen und zu fahren.

Diese Grunddienstbarkeit ist nicht wieder gelöscht worden.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Teilung des Grundstückes in Wohnungs- und Teileigentum nach § 8 WEG zurückgewiesen. Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin mit Beschluß vom 28. 4. 1982 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß wendet sich die Antragstellerin mit ihrer weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 78 GBO als Rechtsbeschwerde zulässig. In der Sache hat sie keinen Erfolg, da die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 78 GBO i.V. mit §§ 550, 551 ZPO).

Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, daß die Begründung von Wohnungseigentum nicht möglich ist unter Einbeziehung eines Gebäudes, das im Wege des Eigengrenzüberbaus (s. hierzu und zum gestatteten Überbau insbesondere RGZ 160, 166, 177; BGHZ 62, 141 [= MittBayNot 1974, 140]; MünchKomm-Säcker, zu § 912 BGB, Rdnrn. 45 und 49 mwN.) auf das Nachbargrundstück hinübergebaut wurde. Dies ergibt sich allerdings nicht aus § 1 Abs. 4 WEG, da in den Fällen des gestatteten oder des Eigengrenzüberbaus der Überbau wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird, von dem aus auf das Nachbargrundstück hinübergebaut wurde (BGHZ 62, 141). Das Sondereigentum soll also nicht mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden werden, sondern nur mit dem Miteigentum an einem Grundstück, zu dem als wesentlicher Bestandteil der auf das Nachbargrundstück hinübergebaute Gebäudeteil gehört.

Aus der Regelung von § 7 WEG in Verbindung mit §§ 3—5 und 8 WEG ergibt sich jedoch, daß klar geregelt sein muß, was Gegenstand des Sondereigentums ist und was zum gemeinschaftlichen Eigentum gehört, und daß diese Regelung auch aus dem Grundbuch ersichtlich sein muß. Dies setzt voraus, daß auch grundbuchmäßige Klarheit über die Eigentumsverhältnisse an den Gebäudeteilen besteht, die zum gemeinschaftlichen oder zum Sondereigentum gehören. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt bei Gebäudeteilen, die im Einverständnis mit dem Grundstücksnachbarn oder im Wege des Eigengrenzüberbaus teilweise auf das Nachbargrundstück hinübergebaut wurden. Denn die Frage, von wo aus übergebaut wurde, beantwortet sich in diesen Fällen nach den Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers (BGHZ 62, 141, 146). Die Verpflichtung, den Überbau zu dulden, kann im Grundbuch nicht eingetragen werden (MünchKomm-Säcker, zu § 912 BGB, Rdnr. 27).

Der Senat schließt sich daher grundsätzlich der Entscheidung des OLG Hamm in Rpfleger 1976, 317, 319 an, wonach Wohnungseigentum nicht begründet werden kann, wenn ein Gebäude auf mehreren Grundstücken im Rechtssinne errichtet wird. Der Senat ist allerdings mit *Haegeler*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1537, der Auffassung, daß eine Einschränkung des Grundsatzes für den Fall geboten ist, daß der Überbau in Ausübung einer Grunddienstbarkeit erfolgt. In diesem Fall wird der auf Grund der Dienstbarkeit übergebauete Teil der Tiefgarage nach §§ 95 Abs. 1 und 96 BGB wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstückes. Dies ist aus dem Grundbuch auch ersichtlich. Wenn und soweit der Überbau daher auf Grund einer Dienstbarkeit erfolgt, wie sie im vorliegenden Falle für den jeweiligen Eigentümer des Grundstückes Flst. Nr. 6049 und 6049/1 und zu Lasten des Grundstückes Flst. Nr. 6049/2 bestanden hatte, würde die Tatsache des Überbaus der Eintragung der Teilung nach § 8 WEG nicht entgegenstehen

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Röll* in diesem Heft S. 5 sowie den vorstehend auf S. 14 abgedruckten Beschluß des LG Bonn.

#### 7. GBO § 35 (Zum „Beruhen“ i.S. v. § 35 GBO)

**Zur Frage, wann bei Vorhandensein eines privatschriftlichen Testaments und einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen zur Umschreibung des Grundbuchs auf den Erben die Vorlage eines Erbscheins verlangt werden kann (hier: bei Verweisung auf das Testament und dessen Klarstellung in einem Punkt).**

BayObLG, Beschluß vom 29. 9. 1982 — BReg. 2 Z 72/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Der Onkel des Beteiligten, Dr. W., ist verstorben. Er war Allein- oder Miteigentümer verschiedener Grundstücke sowie (Mit-)Inhaber von Erbbaurechten.

Dr. W. hinterließ eine Reihe von Verfügungen von Todes wegen. Insbesondere heißt es in einem vom Erblasser ab 31. 5. 1967 unterzeichneten privatschriftlichen Testament:

„Zu meinem Erben setze ich X. und nach seinem Ableben seine leiblichen Nachkommen ein.“

(X. ist der Vater des Beteiligten). In einem Erbvertrag vom 5. 4. 1968 [den Dr. W. mit einem Vermächtnisnehmer abschloß] ist vermerkt:

„Nicht aufgehoben sind alle sonstigen Verfügungen von Todes wegen des Herrn Dr. W., soweit sie mit diesem Erbvertrag nicht in Widerspruch stehen. Insbesondere bleiben aufrechterhalten:

a) Verfügungen von Todes wegen, durch welche Herr Dr. W. seine Erben bestimmt; ...“

In einem Erbvertragsnachtrag ist u. a. vermerkt:

„Ferner bleiben bestehen die privatschriftlichen Testamente von Herrn Dr. W. vom 31. Mai 1967 (Erbeinsetzung) und vom 13. März 1971 (Vermächtnis zugunsten von Frau Z.). Das Testament des Herrn Dr. W. vom 31. Mai 1967 ist dahin auszulegen, daß Herr X. unbeschränkter Vollerbe von Herrn Dr. W. ist, während die leiblichen Abkömmlinge des Herrn X. nur als Ersatzerben eingesetzt sind, d. h. nur für den Fall, daß Herr X. nicht Erbe wird. Es ist also keine Vor- und Nacherbfolge angeordnet.“

X. schlug die Erbschaft nach Dr. W. aus. Zur Niederschrift des Nachlaßgerichts vom 23. 3. 1982 erklärte der Beteiligte, er sei der einzige Abkömmling seines Vaters X. Infolge der Ausschlagung der Erbschaft durch seinen Vater sei Ersatzerbfolge eingetreten; er, der Beteiligte, sei Alleinerbe nach Dr. W. Entsprechende Grundbuchberichtigung werde beantragt.

2. Den Antrag auf Grundbuchberichtigung beanstandete der Rechtspfleger beim Amtsgericht — Grundbuchamt — mit Zwischenverfügung vom 14. 4. 1982. In ihr wird die Vorlage eines Erbscheins nach Dr. W. gefordert.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Beteiligten vom 19. 5. 1982.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht die Beschwerde mit Beschluß vom 24. 6. 1982 als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die von den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten eingelegte weitere Beschwerde vom 11. 8. 1982, mit der der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs weiterverfolgt wird.

#### Aus den Gründen:

#### II.

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80 Abs. 1 Satz 2 GBO) ist nicht begründet.

1. ...

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand.

a) Wird nach dem Tod des im Grundbuch eingetragenen Grundstückseigentümers die Berichtigung des Grundbuchs (Umschreibung auf den Erben) beantragt (§ 22 Abs. 1 GBO), so kann der Nachweis der Erbfolge — von dem hier nicht gegebenen Sonderfall des § 35 Abs. 3 GBO abgesehen — grundsätzlich nur durch einen Erbschein geführt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO; vgl. hierzu BGH Rpfleger 1982, 333/334 [= MittBayNot 1983, 17, in diesem Heft]). Beruht die

Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlage dieser Urkunde und der Niederschrift über ihre Eröffnung (bzw. die Übersendung der beim gleichen Gericht geführten Nachlaßakten, in denen sich diese Urkunden befinden; vgl. BGH NJW 1982, 170/172 [= MittBayNot 1981, 237]; BayObLGZ 1974, 1/3 f. [= MittBayNot 1974, 22]; dazu Anmerkung von *Bokelmann* Rpfleger 1974, 435); das Grundbuchamt kann hier die Vorlage eines Erbscheins nur dann verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO; zum Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchamts in diesem Fall vgl. BayObLG aaO m. Nachw.).

b) Als derartige öffentliche Urkunden kommen hier der Erbvertrag des Erblassers vom 5. 4. 1968 sowie der Erbvertragsnachtrag vom 9. 7. 1979 in Betracht.

Für die Auffassung des Landgerichts, die Erbfolge nach Dr. W. beruhe ausschließlich auf dessen privatschriftlichem Testament vom 31. 5. 1967, nicht aber auf einer öffentlichen Urkunde (Erbvertragsnachtrag), spricht, daß sowohl der Erbvertrag vom 5. 4. 1968 als auch der Erbvertragsnachtrag vom 9. 7. 1979, die ausschließlich Vermächtnisse zum Inhalt haben, nicht aber eine Erbeinsetzung regeln, das zuvor errichtete privatschriftliche Testament vom 31. 5. 1967 lediglich „aufrechterhalten“ bzw. „bestehen bleiben“ lassen. Auch wenn der Erblasser in den Erbvertragsnachtrag zur Auslegung seines Testaments vom 31. 5. 1967 einen klarstellenden Hinweis (Ersatzerbfolge, nicht Vor- und Nacherbeinsetzung) hat aufnehmen lassen, könnte es deshalb an einem ausreichenden Nachweis dafür fehlen, der Erblasser habe sich in den öffentlichen Urkunden nicht nur hinsichtlich der angeordneten Vermächtnisse, sondern auch in Bezug auf die Erbeinsetzung vertraglich binden wollen, so daß er nicht mehr in der Lage gewesen wäre, die Erbfolge einseitig abweichend von seiner letztwilligen Verfügung vom 31. 5. 1967 zu bestimmen. Doch kann dies letztlich auf sich beruhen.

c) Liegen nämlich — wie hier — eine privatschriftliche und eine in einer öffentlichen Urkunde (Erbvertragsnachtrag) enthaltene Verfügung von Todes wegen vor, so kann nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO von der Vorlage eines Erbscheins nur dann abgesehen werden, wenn allein die in der öffentlichen Urkunde enthaltene letztwillige Verfügung Grundlage der Eintragung ist. Denn das privatschriftliche Testament kann niemals, auch wenn es inhaltlich völlig klar ist, Grundlage der Berichtigung des Grundbuchs auf den Erben sein (*Meyer-Stolte* Rpfleger 1975, 313/314 in Anm. zu OLG Oldenburg Rpfleger 1974, 434). Liegen deshalb sowohl eine Verfügung von Todes wegen in einer öffentlichen Urkunde als auch ein privatschriftliches Testament vor, so kann nach dem Grundsatz des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO auf die Vorlage eines Erbscheins nur dann verzichtet werden, wenn die Erbfolge — auch oder ausschließlich — auf der öffentlichen Verfügung von Todes wegen beruht, sei es, daß durch diese das Testament aufgehoben oder wiederholt worden ist oder das Testament unwirksam ist oder die Erbfolge aus anderen Gründen nicht auf dem privatschriftlichen Testament beruht (*Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* — KEHE — Grundbuchrecht 2. Aufl. Rdnr. 65, *Horber* GBO 15. Aufl. Anm. 4 A b, *Güthe/Triebel* Rdnr. 49, je zu § 35; *Haegele* Grundbuchrecht 6. Aufl. Rdnr. 296; *Bokelmann* Rpfleger 1971, 337/338; vgl. ferner für den Fall eines der öffentlichen Verfügung nachfolgenden privatschriftlichen Testaments KG JFG 18, 332/334 f.; OLG Oldenburg aaO).

Im vorliegenden Fall ist das privatschriftliche Testament des Erblassers vom 31. 5. 1967 in der späteren öffentlichen Urkunde nicht aufgehoben worden. Auch ist es nicht rechtsunwirksam oder für die Erbfolge völlig unerheblich. Vielmehr enthält das privatschriftliche Testament die maßgebliche Erbeinsetzung. In den späteren öffentlichen Urkunden heißt es insoweit lediglich, dieses Testament bleibe aufrechterhalten oder bestehen. Der Inhalt dieses Testaments ist aber in den öffentlichen Urkunden nicht wiedergegeben, so daß — angesichts der von einem Notar gewählten Formulierung — nicht davon ausgegangen werden kann, es sei hiermit eine (erneute) Erbeinsetzung gewollt gewesen. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, inwieweit private Urkunden, die in einer öffentlichen Urkunde lediglich in Bezug genommen worden sind, damit Teil dieser öffentlichen Urkunde werden (vgl. hierzu § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG; *Palandt* BGB 41. Aufl. Anm. 3 a, b, *Jansen* FGG 2. Aufl. Rdnrn. 19, 21, *Keidel/Kuntze/Winkler* FGG 11. Aufl. Rdnrn. 29 bis 32, 43, 48, 62, je zu § 9 BeurkG m. Nachw.). Die in den Erbvertragsnachtrag vom 9. 7. 1979 weiter aufgenommene Bestimmung über das Verhältnis zwischen dem in erster Linie eingesetzten Bruder X. und den bei dessen Wegfall berufenen leiblichen Abkömmlingen ändert hieran nichts, da auch diese Klausel ausdrücklich nur der Auslegung des privatschriftlichen Testaments des Erblassers vom 31. 5. 1967 dienen soll.

Schließlich kann auch nicht der in der weiteren Beschwerde herausgestellte rechtliche Gesichtspunkt durchgreifen, die öffentliche Urkunde vom 9. 7. 1979 würde jedenfalls dann als Nachweis für die Erbfolge ausreichen, wenn das privatschriftliche Testament vom 30. 5. 1967 aus irgendwelchen Gründen unwirksam (oder verloren gegangen) sei; denn ein solcher Fall liegt hier gerade nicht vor. An der Wirksamkeit des privatschriftlichen Testaments sind Zweifel nicht geäußert worden; sie sind auch nicht ersichtlich. Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Erbfolge im vorliegenden Fall nicht auf diesem Testament beruht.

d) Nach alledem kann die Zwischenverfügung des Grundbuchamts, mit der zur Vornahme der beantragten Grundbuchberichtigung die Vorlage eines Erbscheins verlangt worden ist, nicht beanstandet werden. Es kommt daher nicht auf die von den Beteiligten angeführte, eine andere Fallgestaltung betreffende Entscheidung des Senats BayObLGZ 1974, 1 ff. [= MittBayNot 1974, 22] sowie auch nicht darauf an, ob der Nachweis — hier z. B. zu der Frage, wer als „leibliche Nachkommen“ in Betracht kommt (bei derartiger Unbestimmtheit des Erben wird zum Teil stets die Vorlage eines Erbscheins verlangt; vgl. z. B. *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. § 35 Rdnr. 56; *Bokelmann* Rpfleger 1971, 337/340 m. Nachw.) — auch durch andere öffentliche Urkunden, z. B. durch eine formgerechte eidesstattliche Versicherung, erbracht werden könnte (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434 m. abl. Anm. von *Meyer-Stolte*; vgl. hierzu ferner BGH, Beschluß vom 9. 7. 1980 — V ZB 3/80 —, wiedergegeben bei *Otto* Rpfleger 1980, 415/417; BayObLG aaO S. 5 ff.).

8. GBO § 35 Abs. 1 Satz 1, § 51 (*Zum Nachweis der Nacherbfolge*)

**Die Nacherbfolge bedarf gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO des Nachweises durch Erbschein auch dann, wenn das Recht des Nacherben gemäß § 51 GBO im Grundbuch eingetragen ist und eine Sterbeurkunde des Vorerben vorgelegt wird.**

BGH, Beschluß vom 26. 5. 1982 — V ZB 8/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

### Aus dem Tatbestand:

Als Eigentümer des im Grundbuch von H. Blatt 186 eingetragenen Grundbesitzes ist auf Grund Erbscheins vom 9.1.1968 nach dem Kaufmann O. E. dessen Witwe E. E. eingetragen. Der Erbschein beruht auf einem privatschriftlichen Testament des Erblassers vom 1. 8.1960. In Abteilung II des Grundbuchs ist in Übereinstimmung mit dem Erbschein ein Nacherbenvermerk für den Beschwerdeführer eingetragen mit der Angabe, daß der Nacherbfall mit dem Tode der Vorerbin eintrete.

Unter Bezugnahme auf diesen Nacherbenvermerk und Vorlegung einer Sterbeurkunde, wonach die Vorerbin E. E. am 13. 8.1980 verstorben ist, hat der Beschwerdeführer seine Eintragung als Eigentümer beantragt. Durch Zwischenverfügung vom 6.10.1980 hat der Rechtspfleger die Vorlegung eines Erbscheins verlangt, da der Erbschein hinsichtlich des Vorerben zur Grundbuchberichtigung nicht ausreiche.

Rechtspfleger und Richter haben der dagegen eingelegten Erinnerung nicht abgeholfen. Das Landgericht hat den nunmehr als Beschwerde geltenden Rechtsbehelf als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

Das Oberlandesgericht Celle möchte auch die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich daran jedoch gehindert durch die Beschlüsse des Kammergerichts vom 31. 8.1922, JFG 1, 366, und vom 10. 5.1954, DNotZ 1954, 389, woran auch der Beschluß des Kammergerichts vom 1.12.1955, DNotZ 1956, 195, nichts ändere. Das Oberlandesgericht hat deshalb gemäß § 79 Abs. 2 GBO die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das vorlegende Gericht geht zu Recht davon aus, daß es für die vom Beschwerdeführer beantragte Grundbucheintragung der Vorlegung eines auf ihn als (Voll-)Erben ausgestellten Erbscheins bedarf (ebenso OLG Hamm Rpfleger 1980, 347 = DNotZ 1981, 57; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. Rdnr. 1793 unter ausdrücklicher Aufgabe der in den Voraufgaben vertretenen gegenteiligen Ansicht; *Jauernig/Schlechtriem/Stürmer/Teichmann/Vollkommer*, BGB 2. Aufl. § 2363 Anm. 2 unter Berufung auf OLG Hamm DNotZ 1981, 57, fälschlich zitiert als Entscheidung des BayObLG; *Hefelmann*, DNotZ 1937, 111 ff.; *Bokelmann*, Rpfleger 1971, 337, 340; ders., Rpfleger 1974, 1 f.; wohl auch *Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht 2. Aufl. § 35 Anm. 21 und *Horber*, Grundbuchordnung 15. Aufl. § 35 Anm. 2 B b; a.A. dagegen, und zwar unter Berufung auf die Entscheidungen des Kammergerichts, die überwiegende Meinung: *Güthe/Triebel*, GBO 6. Aufl. § 35 Rdnr. 48 und § 51 Rdnr. 20; *Hesse/Saage/Fischer*, GBO 4. Aufl. § 35 Anm. 1 1. a; *Meikel/Imhof/Riedel*, Grundbuchrecht 6. Aufl. § 35 Rdnr. 26 und § 51 Rdnr. 19; *Thieme*, Grundbuchordnung 4. Aufl. § 35 Anm. 2 und § 51 Anm. 4; *Brand/Schnitzler*, Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9. Aufl. S. 535; *Palandt/Keidel*, BGB 41. Aufl. § 2139 Anm. 5; *Ripfel*, BWNotZ 1959, 177, 186; *Haegele*, Rpfleger 1971, 121, 130; ders., Rpfleger 1976, 73, 82; unentschieden OLG Frankfurt NJW 1957, 275 sowie Rpfleger 1977, 171).

1. Abgesehen von den hier nicht einschlägigen Sonderfällen des § 35 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GBO (Erbfolge, die auf einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen beruht, sowie geringer Wert der betroffenen Grundstücke oder Grundstücksteile) kann gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO der Nachweis der Erbfolge nur durch Erbschein geführt werden. Dies gilt auch für Fälle der Grundbuchberichtigung — um eine solche handelt es sich bei der hier beantragten Eigentumsumschreibung nach Eintritt eines Nacherballes —, da § 35 GBO gegenüber § 29 GBO die speziellere Vorschrift ist (Senatsbeschluß vom 20. Mai 1981, V ZB 25/79, LM BGB § 1353 Nr. 21 [= MittBayNot 1981, 237]; vgl. auch OLG Köln MDR 1965, 993). Jedenfalls im Rahmen

des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist daher, wie in dem zitierten Senatsbeschluß ebenfalls ausgeführt, der Nachweis der Erbfolge durch andere öffentliche Urkunden als den Erbschein nicht ausreichend. Hieran hält der Senat fest.

2. Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob gleichwohl auch im Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO die in § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO enthaltene Ausnahmeregelung für *offenkundige* (vgl. dazu OLG Köln MDR 1965, 993) Eintragungsvoraussetzungen angewendet werden kann und es danach hinsichtlich der Erbfolge des Beschwerdeführers eines Nachweises überhaupt nicht bedürfte, wenn diese Erbfolge beim Grundbuchamt offenkundig wäre. Denn es fehlt hier bereits an einer solchen Offenkundigkeit.

Der für einen Vorerben ausgestellte Erbschein weist nur diesen als Erben aus; die in einem solchen Erbschein gemäß § 2363 BGB enthaltenen Angaben, daß Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer Nacherbe ist, sind nur hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Erben (Vorerben) von Bedeutung (BayObLG JFG 6, 135; BGB-RGRK 12. Aufl. § 2365 Anm. 5; *Staudinger/Firsching*, BGB 12. Aufl. § 2353 Rdnr. 80). Vor Eintritt des Nacherballes ist eine angeordnete Nacherbschaft der Bezeugung in einem Erbschein (als einem Zeugnis über ein Erbrecht) nicht fähig (Senatsbeschluß vom 31. Januar 1980, V BLW 29/79, WM 1980, 1042 = Rpfleger 1980, 182). Dementsprechend gilt die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins nach § 2365 BGB (und damit auch dessen öffentlicher Glaube nach § 2366 BGB) positiv nur für das bezeugte Erbrecht sowie negativ dafür, daß andere als die angegebenen Beschränkungen nicht bestehen (so schon die Motive zum BGB, Band V, Erbrecht, Amtl. Ausgabe 1888, S. 566 f.); eine positive Vermutung dafür, wer Nacherbe ist, sieht dagegen das Gesetz nicht vor (BGB-RGRK aaO; *Staudinger/Firsching* aaO § 2363 Rdnr. 10; s. auch *Scholz*, Die Ausweiskfunktion des Erbscheins, Diss. Köln 1967, S. 20 m. w. N.). Zur bindenden Feststellung des Nacherben ist der dem Vorerben erteilte Erbschein ohnehin nicht geeignet, da zur Zeit der Erteilung dieses Erbscheins noch nicht feststeht, ob der darin als Nacherbe Bezeichnete Nacherbe werden wird.

Demgemäß lassen auch weder die angeführten Entscheidungen des Kammergerichts noch die Mehrzahl der Stimmen im Schrifttum, die diese Entscheidungen billigen, bereits den für den Vorerben unter Verlautbarung der angeordneten Nacherbschaft ausgestellten Erbschein in Verbindung mit dem Nachweis des Eintritts des Nacherballes in der Form des § 29 GBO zum Nachweis der Erbenstellung des Nacherben genügen (so allerdings wohl *Ripfel*, BWNotZ 1959, 177, 186), sondern stellen maßgebend darauf ab, ob nach § 51 GBO ein Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen ist.

Vermögen aber die gemäß § 2363 BGB in den Erbschein für den Vorerben aufgenommenen Angaben über eine angeordnete Nacherbschaft nicht das Nacherbenrecht als solches zu bezeugen (sondern nur die Beschränkungen, denen der Vorerbe unterliegt), so kann — angesichts des Fehlens einer solchen Rechtsfolge vorsehenden Gesetzesbestimmung — auch dem auf diesen Angaben im Erbschein des Vorerben beruhenden, gemäß § 51 GBO im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk nicht diese Wirkung beigemessen werden. Allein daraus, daß § 51 GBO von dem „Recht des Nacherben“ spricht, kann dies nicht hergeleitet werden; darunter ist nur das dem Nacherben zwischen Vor- und Nacherbfall zustehende Anwartschaftsrecht zu verstehen. Maßgebend ist der Zweck dieser Gesetzesvorschrift, nämlich Be-

schränkungen, denen der Vorerbe nach materiellem Recht in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück unterliegt, im Grundbuch für Dritte erkennbar zu machen und dadurch den Nacherben gegenüber den aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs sich ergebenden Gefahren zu sichern (vgl. *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Berlin 1897 S. 169; *Horber* aaO § 51 Anm. 4 a). Dem im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk ist daher — in ähnlicher Weise wie den Angaben im Erbschein des Vorerben — keine andere Bedeutung beizumessen als die einer — im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs besonders bedeutsamen Verlautbarung der Beschränkungen, denen der Vorerbe in Bezug auf die für ihn eingetragenen Rechte unterliegt; die Rechtsstellung des Nacherben als solche wird dagegen durch diesen Vermerk nicht ausgewiesen (s. auch hierzu OLG Hamm aaO; weiter BGB-RGRK 12. Aufl. § 891 Rdnr. 8). Danach aber ist trotz des eingetragenen Nacherbenvermerks nicht „beim Grundbuchamt offenkundig“, wer Nacherbe ist; um eben diese Frage jedoch geht es bei der Berichtigung des Grundbuchs aus Anlaß des Nacherbfall.

Schließlich liegt Offenkundigkeit beim Grundbuchamt auch insoweit nicht vor, als es um die Frage geht, ob der Nacherbfall eingetreten ist. Aus dem privatschriftlichen Testament vom 1. 8. 1960 und auf dem darauf beruhenden, im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk ist nur ersichtlich, daß der Nacherbfall mit dem Tod der Vorerbin eintritt. Dementsprechend geht auch der Beschwerdeführer selbst davon aus, daß es für den Eintritt dieser Voraussetzung noch des Nachweises bedarf. Der von ihm — in Übereinstimmung mit dem vom Kammergericht für eine solche Fallgestaltung aufgestellten Erfordernis — dafür gewählte Weg, nämlich die Vorlegung einer Sterbeurkunde der Vorerbin ist, wie oben ausgeführt, durch § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ausgeschlossen. Sowohl im Hinblick auf die Frage nach der Person des Nacherben als auch der Frage des Eintritts des Nacherbfalls bedarf es somit des Nachweises, wofür ein dem Nacherben erteilter Erbschein auf den Nacherbfall erforderlich ist.

9. Rechtsträger-Abwicklungsgesetz § 27 Abs. 3 (*Zur Verfügungsberechtigung über Grundstücke im DDR-Westvermögen*)

**Über ein in der Bundesrepublik belegenes Grundstück, das einer früheren reichsdeutschen Gemeinde gehört hat, deren Gebiet heute in der DDR liegt, ist nur die vom Bundesminister des Innern mit der Verwaltung beauftragte Lastenausgleichsbank verfügungsberechtigt.**

BayObLG, Beschluß vom 13. 10. 1982 — BReg. 2 Z 80/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

*Anmerkung der Schriftleitung:*

Die in MittBayNot 1982, 183 abgedruckte Vorentscheidung des LG Schweinfurt wurde im Ergebnis und im wesentlichen auch hinsichtlich der Gründe mit obigem Beschluß bestätigt.

10. BGB § 1378 Abs. 3 (*Zur Zulässigkeit von Vereinbarungen über Zugewinnausgleich vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens*)

**Ehegatten können auch vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zuge-**

**winns für eine beabsichtigte Scheidung treffen, wenn sie die Form des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB einhalten.**

BGH, Urteil vom 16. 12. 1982 — IX ZR 90/81 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie lebten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

Am 29. September 1978 veräußerte die Klägerin durch notariellen Vertrag ihren Miteigentumsanteil an der damaligen Ehwohnung für 17.580 DM an den Beklagten. Dabei gingen die Parteien vom Anschaffungspreis der Wohnung aus. In einem weiteren notariellen Vertrag vereinbarten sie am gleichen Tag für den Fall der rechtskräftigen Scheidung einen gegenseitigen Unterhaltsverzicht sowie eine Regelung der Benutzung der Ehwohnung und erklärten, über den Hausrat hätten sie sich bereits auseinandergesetzt. Sodann heißt es in der Urkunde:

„4. Wir sind darüber einig, daß Zugewinnausgleichsansprüche nicht bestehen.

Mit dieser Vereinbarung sind sämtliche gegenseitigen Ansprüche für den Fall rechtskräftiger Scheidung abgegolten.“

Im Dezember 1978 wurde der Klägerin der Scheidungsantrag zugestellt. Nach ihrer Auffassung sind die Verträge vom 29. September 1978 unwirksam: Sie sei über den wahren Wert der Wohnung getäuscht worden. Den Kaufvertrag hat sie wegen arglistiger Täuschung angefochten.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Auskunft über den Bestand seines Endvermögens. Das Amtsgericht — Familiengericht — entsprach diesem Antrag. Die Berufung des Beklagten wies das Kammergericht [MittBayNot 1982, 184] zurück. Die Revision des Beklagten hatte Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts [vgl. MittBayNot 1982, 184] folgt der Senat nicht.

Zwar hat jeder Ehegatte grundsätzlich nach Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Auskunft über den Bestand seines Endvermögens ohne Rücksicht darauf, ob er tatsächlich einen Ausgleich fordern kann. Dem Auskunftsanspruch kann aber der Einwand entgegengesetzt werden, es stehe fest, daß eine Ausgleichsforderung des Auskunfts Begehrenden nicht gegeben sei (BGH LM BGB § 1379 Nr. 2). So verhielte es sich, wenn die Klägerin dem Beklagten einen etwaigen Ausgleichsanspruch wirksam erlassen hätte. Das kann der Fall sein. Der Berufungsrichter legt den Vertrag vom 29. September 1978 dahin aus, die Parteien hätten für den ins Auge gefaßten Fall der Beendigung des Güterstandes durch Scheidung etwaige Ausgleichsansprüche gegenseitig aufgegeben, also einen Erlaßvertrag geschlossen. Diese naheliegende Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Der Erlaßvertrag ist entgegen der Auffassung des Tatrichters nicht nach § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB unwirksam.

§ 1378 Abs. 3 BGB ist mit Wirkung ab 1. Juli 1977 durch das erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) geändert worden. Die Vorschrift lautete bis dahin: „Die Ausgleichsforderung entsteht mit der Beendigung des Güterstandes und ist von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar; vorher kann sich kein Ehegatte verpflichten, über die Ausgleichsforderung zu verfügen.“ Welche Auswirkungen diese frühere Fassung auf Rechtsgeschäfte unter Ehegatten hatte, war umstritten. Der frühere IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs wandte die Vorschrift auf Absprachen zwischen Ehegatten über den Ausgleich des Zugewinns für den Fall einer bevorstehenden Beendigung des Güterstandes nicht an; sie solle in erster Linie verhindern, daß die Ausgleichsforderung während Bestehens der Ehe

zum Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gemacht werde, aber nicht die Freiheit der Eheleute einschränken, die wirtschaftlichen Folgen einer Ehescheidung zu regeln. Auseinandersetzungsvereinbarungen seien deshalb — wie vor Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes — formlos gültig (BGHZ 54, 38 [= MittBayNot 1970, 162]). In einer weiteren Entscheidung hat derselbe Senat mündliche Abreden vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens für unwirksam erklärt, ohne dies allerdings zu begründen; derartige Abreden könnten aber dadurch Geltung erlangen, daß später das Scheidungsverfahren auf der Grundlage der getroffenen Abreden durchgeführt werde (NJW 1973, 1367 Nr. 5 = LM BGB § 1379 Nr. 4 [= MittBayNot 1973, 281]; FamRZ 1977, 37). Die Rechtslehre stand dagegen überwiegend auf dem Standpunkt, § 1378 Abs. 3 BGB a.F. erfasse auch alle Geschäfte unter Ehegatten vor Beendigung des Güterstandes, Abreden über den Ausgleich des Zugewinns seien aber in der Form eines Ehevertrages möglich (Lange JZ 1970, 652; Beitzke NJW 1970, 265; derselbe FamRZ 1970, 393; Bosch FamRZ 1965, 237; Gernhuber, FamR 2. Aufl. § 36 V 4; Soergel/Lange, BGB 10. Aufl. § 1378 Rdnr. 11; Erman/Heckelmann, BGB 6. Aufl. § 1372 Rdnr. 4 und § 1378 Rdnr. 7; BGB-RGRK/Finke 12. Aufl. § 1378 Rdnr. 37; im Ergebnis — Regelung nur durch Ehevertrag möglich — auch Reinicke NJW 1970, 1657; a.A. Schön NJW 1969, 1992). Dabei ging die im Schrifttum herrschende Lehre meist stillschweigend davon aus, die in § 1378 Abs. 3 BGB angeordnete Beschränkung der Vertragsfreiheit gelte nicht für Eheverträge (so ausdrücklich: Lange JZ 1970, 652, 654; vgl. auch Tiedtke JZ 1982, 538, 542).

Diese Rechtslage empfand der Gesetzgeber des ersten Eherechtsgesetzes als unbefriedigend. Sein Bestreben war es, formlose Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich zum Schutz des sozial schwächeren Ehegatten auszuschließen, andererseits aber Scheidungsvereinbarungen über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nicht unnötig zu erschweren. Die heutige Fassung der Vorschrift geht auf einen Vorschlag des Bundesrates zurück. Die Begründung dazu lautet (BT-Drucks. 7/650 Seite 258 f.):

„In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob Ehegatten, die sich scheiden lassen wollen, durch die Bestimmung des § 1378 Abs. 3 BGB gehindert sind, vor Auflösung der Ehe eine Vereinbarung darüber zu treffen, in welcher Weise der Zugewinn ausgeglichen werden soll. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird nahezu einhellig die Meinung vertreten, daß sie eine solche Vereinbarung jedenfalls dann nicht treffen können, wenn diese nicht der für einen Ehevertrag vorgeschriebenen Form genügt (vgl. Hoffmann-Stephan 2. Auflage zu § 72 EheG Rdz. 38, Beitzke, NJW 1970, 265; FamRZ 70, 393). Entgegen der herrschenden Auffassung hat neuerdings der Bundesgerichtshof (vgl. NJW 1970, 1183, FamRZ 1970, 391) entschieden, § 1378 Abs. 3 BGB hindere die Ehegatten nicht, in einem anhängigen Ehescheidungsverfahren für den Fall, daß die Ehe auf Klage geschieden werde, eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns zu treffen. Eine solche Vereinbarung sei nicht formbedürftig. Die Entscheidung des BGH ist jedoch auf Widerspruch gestoßen (vgl. Beitzke, FamRZ 70, 393). Eine Klärung der Streitfrage im Zusammenhang mit der Reform des Ehescheidungsrechts ist schon deshalb angezeigt, weil der Entwurf davon ausgeht, daß über Scheidung und Folgesachen (vgl. Artikel 6 Nr. 19, § 627 a ZPO) grundsätzlich einheitlich und gleichzeitig zu entscheiden ist, soweit die Ehegatten nicht schon zuvor eine Vereinbarung über Scheidung und Scheidungsfolgen getroffen haben.

Der Vorschlag zu § 1378 Abs. 3 trägt der Tendenz Rechnung, Scheidungsvereinbarungen über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nicht unnötig zu erschweren. Es soll deshalb vorgesehen werden, daß eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich nicht nur in einem notariellen Vertrag, sondern auch in einem gerichtlich protokollierten Vergleich abgeschlossen werden kann. Dabei wird klargestellt, daß für die Beurkundung auch das Gericht zuständig ist, bei dem die Ehesache anhängig ist. Dagegen besteht kein Bedürfnis, darüber hinaus formlose Vereinbarungen über den Ausgleich des Zu-

gewinns zuzulassen. Die Zulassung formloser Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich wäre im Hinblick auf den Schutz des sozial schwächeren Ehegatten rechtspolitisch bedenklich.“

Den Vorschlag des Bundesrates und die dafür gegebene Begründung übernahm der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages in seinem zweiten Bericht zum 1. EheRG unverändert (BT-Drucks. 7/4361 Seite 27). Die vorgeschlagene Fassung wurde Gesetz.

In der neuen Fassung regelt § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB eindeutig den Fall einer Vereinbarung der Ehegatten über den Ausgleich des Zugewinns während eines anhängigen Ehescheidungsverfahrens: Sie ist zulässig, bedarf aber der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung. Welche Tragweite der anschließende Satz 3 der Vorschrift hat, der „im übrigen“ Verpflichtungen der Ehegatten zur Verfügung über die Ausgleichsforderung vor Beendigung des Güterstandes für unwirksam erklärt, ist in der Rechtslehre umstritten. Gernhuber (Familienrecht 3. Aufl. Seite 519 sowie MünchKomm § 1378 Rdnr. 21), Johannsen (WM 1978, 654, 666) und Thiele (Staudinger, BGB 12. Aufl. § 1378 Rdnr. 18) folgern aus dem Wortlaut des Gesetzes, damit seien Vereinbarungen unter Ehegatten vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens schlechthin unwirksam. Kanzleiter (MünchKomm vor § 1408 Rdnr. 7 Fn. 8) sieht dagegen insoweit eine Gesetzeslücke, die vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigt sei. Schwab (Handbuch des Scheidungsrechts Rdnr. 843 sowie DNotZ 1977 Sonderheft Seite 51, 58) und Gaul (Soergel/Gaul, BGB 11. Aufl. § 1408 Rdnr. 18) halten die Vorschrift für unklar und auslegungsbedürftig, ohne sich allerdings auf eine bestimmte Auslegung festzulegen. Beide weisen indessen darauf hin, Ehegatten könnten vor Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich im Rahmen der §§ 1408 Abs. 1, 1410 BGB treffen. Neuerdings tritt Tiedtke (JZ 1982, 538) dafür ein, ehevertragliche Regelungen, die eine Verfügung über den künftigen Ausgleichsanspruch enthalten, auch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zuzulassen.

Der Senat hält § 1378 Abs. 3 BGB für auslegungsbedürftig. Der Wortlaut faßt den Kreis der für unwirksam erklärten Rechtsgeschäfte weiter, als ihr Sinn und Zweck dies erfordern. Der Senat hält es deshalb für geboten, die Bestimmung einschränkend auszulegen.

Allerdings betrifft die Neufassung des § 1378 Abs. 3 BGB auch Rechtsgeschäfte unter Ehegatten über den künftigen Ausgleichsanspruch, nicht nur Rechtsgeschäfte mit Dritten. Rechtsgeschäfte unter Ehegatten sind in § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB ausdrücklich in die gesetzliche Regelung einbezogen. Das Gesetz will nicht nur die Ausgleichsforderung vor ihrer Entstehung dem Rechtsverkehr mit Dritten entziehen, sondern auch die Ehegatten vor unüberlegten Vereinbarungen untereinander schützen, die sie in ihrer Tragweite noch nicht voll übersehen können.

Nach Auffassung des Senats gelten die Beschränkungen des § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB im Grundsatz für alle Fälle vertraglicher Regelungen, auch für solche in Eheverträgen. Die Vorschrift schränkt die Ehegatten in ihrer inhaltlichen Gestaltungsfreiheit bei Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich ein. Diese Schranken gelten nach dem Gesetz — anders als in Satz 2 — schlechthin, unabhängig von der gewählten Form der Vereinbarung. Die Gesetzesmaterialien ergeben keinen Anhaltspunkt dafür, daß entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes für eine Vereinbarung in der Form eines Ehevertrages die inhaltlichen Schranken des § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB nicht gelten sollen. Ausnahmen vom Verbot derartiger Vereinbarungen vor Beendigung

des Güterstandes können sich deshalb nur aus § 1378 Abs. 3 BGB selbst ergeben. Das wird durch folgende Überlegung bestätigt: Des zweiten Satzes der Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn eine Regelung über den Ausgleich des Zugewinns für den Fall der Scheidung nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ohne weiteres durch Ehevertrag hätte erfolgen können. Denn die Erleichterung, die § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB den Eheleuten durch die Gestattung der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung gegenüber der Form des Ehevertrages bringt, der nach § 1410 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars oder nach § 127 a BGB in einem gerichtlichen Vergleich geschlossen wird, fällt nicht ins Gewicht. Der Senat vermag deshalb *Tiedtke* nicht darin zu folgen, § 1378 Abs. 3 BGB verbiete zwar Vereinbarungen zwischen Ehegatten über den künftigen Ausgleichsanspruch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens, stehe aber einer ehevertraglichen Regelung gleichen Inhalts nicht entgegen. Es bedarf danach keiner Entscheidung der Frage, ob über den künftigen Ausgleichsanspruch durch Ehevertrag verfügt werden kann; die Frage ist streitig, insbesondere ob ein Ehevertrag nur eine allgemeine Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse enthalten (so BGHZ 54, 38, 41 f.; *Beitzke* NJW 1970, 265; MünchKommKanzleiter vor § 1408 Rdnr. 7) und ob er nur die Verhältnisse bis zur Auflösung des Güterstandes ordnen darf (so RGZ 89, 292; RG DJZ 1908, 647; Bay-ObLGZ 11/1911, 265; *Staudinger/Felgentraeger*, BGB 11. Aufl. § 1408 Rdnr. 36) oder ob durch Ehevertrag auch eine Einzelregelung für den Fall der Scheidung getroffen werden kann, wenn der Vertrag nur vor Beendigung des Güterstandes geschlossen wird (so *Lange* JZ 1970, 652; *Reinicke*, NJW 1970, 1657; *Tiedtke* JZ 1982, 538).

Der Senat legt § 1378 Abs. 3 Satz 3 BGB dahin aus, daß Ehegatten auch vor der Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns für eine beabsichtigte Scheidung treffen können, sofern sie die Form des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB einhalten. Daß diese Form auch bei Vereinbarungen vor Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens eingehalten werden muß, ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber sie in bewußter Abkehr von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Vereinbarungen nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens ausdrücklich eingeführt hat. Damit ist aber dem Anliegen des Gesetzgebers des ersten Eherechtsgesetzes, formlose Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns zum Schutz des sozial schwächeren Ehegatten nicht zuzulassen, voll Rechnung getragen. Wenn eine derartige Vereinbarung in jedem Fall der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung bedarf, sind die Ehegatten vor unbedachten Abmachungen ohne Beratung durch einen unparteiischen Rechtskundigen ausreichend geschützt.

Allerdings wird als Grund für die Bestimmung des § 1378 Abs. 3 BGB auch die Unsicherheit angeführt, die bestehe, solange die Ausgleichsforderung nicht entstanden sei (BGHZ 54, 38, 42; *Soergel/Gaul* aaO § 1408 Rdnr. 18). Diesem Grund, der bei der Neufassung der Vorschrift offenbar keine Rolle gespielt hat, kommt nach Auffassung des Senats kein entscheidendes Gewicht zu. Zwar ist bei der Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft durch Scheidung der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags für die Berechnung des Zugewinns maßgebend (§ 1384 BGB). Von diesem Zeitpunkt an können die Ehegatten — unbeschadet der Bestimmung des § 1378 Abs. 2 BGB — regelmäßig in etwa übersehen, ob und in welcher ungefähren Höhe ein Ausgleichsanspruch bestehen wird. Zumin-

dest haben sie eine Grundlage für anzustellende Berechnungen. Auch kurz vor einer beabsichtigten Scheidung sind aber die maßgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse für die Ehegatten meist überschaubar. Es ist andererseits unbestritten, daß Eheleute durch Ehevertrag eine allgemeine Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse treffen können, die in ihren Wirkungen der Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns für den Fall der bevorstehenden Scheidung sehr nahe kommt. Sie können jederzeit den Zugewinnausgleich ganz oder teilweise ausschließen, eine andere Quote als gesetzlich vorgesehen oder eine andere Art der Teilung sowie andere Abweichungen von der gesetzlichen Regelung vereinbaren (*Staudinger/Thiele*, BGB 12. Aufl. § 1378 Rdnr. 36; *Staudinger/Felgentraeger*, BGB 11. Aufl. § 1408 Rdnr. 78 ff.; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts Rdnr. 833). Eine derartige Vereinbarung kann nach einer verbreiteten Auffassung auch für den Fall der Scheidung erfolgen (*Soergel/Gaul* aaO § 1408 Rdnrn. 4 und 18; *Erman/Heckelmann* BGB 7. Aufl. § 1372 Rdnr. 4; *Schwab* aaO Rdnr. 835; *Palandt/Diederichsen*, BGB 40. Aufl. § 1408 Anm. 4; *Johannsen* Anm. zu LM BGB § 1412 Nr. 1; *Lange* JZ 1970, 652, 653). Sie ist unabhängig davon möglich, ob die Vermögensverhältnisse der Eheleute und die vermutliche Entwicklung so überschaubar sind, daß sie mit einiger Sicherheit beurteilt werden können. Sie kann in ihren Auswirkungen für die Eheleute einer Vereinbarung über den Ausgleich des Zugewinns im Hinblick auf eine bevorstehende Ehescheidung so nahe kommen, daß eine unterschiedliche rechtliche Behandlung nicht gerechtfertigt erscheint.

Das Berufungsurteil wird deshalb aufgehoben. Der Rechtsstreit wird an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## B.

### Handelsrecht einschließlich Registerrecht

#### 11. HGB § 2 (Eintragungsfähigkeit einer Personenhandels-gesellschaft)

**Eine Personenhandels-gesellschaft, die Jahreseinnahmen von etwa 11 000 DM erzielt und dabei weder über gesonderte Geschäftsräume noch über angestellte Mitarbeiter verfügt, die bei ihr anfallenden Arbeiten vielmehr in der Anwaltskanzlei eines ihrer Gesellschafter miterledigen läßt, kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluß vom 30.11. 1982 — 20 W 146/82 — mitgeteilt von *Dr. Karlhans Dippel*, Richter am OLG

#### Aus dem Tatbestand:

Die Antragsteller begehren die Eintragung ihrer Gesellschaft, der H. Immobilien KG, in das Handelsregister. Gegenstand des Unternehmens ist der An- und Verkauf sowie die Vermietung von Grundstücken. Das Registergericht hat nach Anhörung der Industrie- und Handelskammer die Eintragung abgelehnt, weil die Gesellschaft der Antragsteller nach Art und Umfang des Unternehmens einen vollkaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordere. Die Beschwerde der Antragsteller ist vom Landgericht zurückgewiesen worden.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Antragsteller.

#### Aus den Gründen:

Das unbefristet statthafte (§ 27 Satz 1 FGG), auch formgerecht angebrachte (§ 29 Abs. 1 FGG) und daher zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

Eine Personengesellschaft ist als Personenhandels-gesellschaft eintragungsfähig und eintragungspflichtig, wenn sie

entweder ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB vollkaufmännisch betreibt, oder sie als handwerkliches oder sonstiges gewerbliches Unternehmen im Sinne von § 2 HGB nach ihrer Art und ihrem Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Ein Grundhandelsgewerbe betreibt die Gesellschaft der Antragsteller nicht. Sie ist aber auch kein Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Die Beantwortung der Frage, ob für den Betrieb eines Unternehmens kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind, hängt von den jeweiligen Gesamtverhältnissen ab. Dabei spielen außer dem Umsatz die Art der Tätigkeit und die Struktur des Betriebes eine wesentliche Rolle, ferner die Vielfalt der erbrachten Leistungen, das Anlage- und Betriebskapital, die Zahl und die Funktion der Beschäftigten, die Größe des Geschäftslokals, der Gewerbeertrag, die Geschäftsbeziehungen und ihre Abwicklung, die Lagerhaltung, die Kalkulation, die Werbung, die Inanspruchnahme von Bankkrediten, die Teilnahme am Wechselverkehr, eine geordnete Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen, die Art der Buchführung, regelmäßige Inventuren sowie die Erstellung von Bilanzen (vgl. *Baumbach/Duden/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 24. Aufl., 1980, § 2 Anm. 2; *Brüggemann* in Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1967, § 2 Anm. 7 ff.; *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., 1973, § 2 Rdnrn. 3 ff., § 4 Rdnrn. 3 ff.; jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Dabei muß nicht jedes dieser Merkmale das Erfordernis kaufmännischer Einrichtungen bedingen; vielmehr ist das sich aus der Würdigung derartiger Merkmale ergebende Gesamtbild maßgebend.

Danach kommt die Eintragung der Gesellschaft der Antragsteller in das Handelsregister nicht in Betracht. Die Tatsachen, die von den Vorinstanzen rechtlich einwandfrei und daher für das Rechtsbeschwerdegericht bindend festgestellt worden sind, ergeben das dafür erforderliche Gesamtbild nicht. Die Gesellschaft der Antragsteller verwaltet siebzehn Miet- oder Pachtverträge, deren monatlicher Durchschnittszins sich auf 8 300 DM beläuft, was zu einer Jahreseinnahme der Gesellschaft von etwa 11 000 DM führt. Es sind weder gesonderte Geschäftsräume noch angestellte Mitarbeiter vorhanden. Anfallende Arbeiten werden in der Anwaltskanzlei des persönlich haftenden Gesellschafters und dessen Sozios erledigt. Hiernach kann keine Rede davon sein, daß der Betrieb der Gesellschaft der Antragsteller auch nur die Nähe der Größenordnung erreicht, bei der nach der Verkehrsauffassung Gewerbetreibende mit den Pflichten belastet werden, die Vollkaufleuten auferlegt sind. Was insbesondere die Höhe der Einnahmen der Gesellschaft betrifft, so liegen sie weit unter denjenigen, die für vergleichbare Gewerbetreibende Eintragungsfähigkeit und Eintragungspflicht zum Handelsregister begründen. Bei Handelsvertretern und Grundstücksmaklern beispielsweise ist dies nach der Verkehrsauffassung, wie sie von allen hessischen Industrie- und Handelskammern erfahren wird, ab Einnahmen von 200 000 DM jährlich der Fall.

12. HGB § 143 Abs. 2, § 161 Abs. 2, § 162 Abs. 3 (Zur Handelsregistereintragung der Übertragung eines Kommanditanteils auf Komplementär)

**Wird einem persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ein Kommanditanteil übertragen, so wird im Handelsregister nur das Ausscheiden des übertra-**

**genden Kommanditisten, nicht jedoch ein Vermerk über eine (Sonder-) Rechtsnachfolge des Komplementärs eingetragen.**

BayObLG, Beschluß vom 10.12. 1982 — BReg. 3 Z 98/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG, und von Notar *Hans Kleider*, Nürnberg

#### Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die Firma S.-Kommanditgesellschaft eingetragen. Einziger persönlich haftender Gesellschafter ist der S. e.V. An der Gesellschaft sind mehr als 50 Kommanditisten beteiligt.

2. Am 14. 5. 1981 schloß O. E. mit dem Verein einen privatschriftlichen Vertrag, wonach er diesem seinen Kommanditanteil übertrug.

Der Vorstand des Komplementärs meldete am 19.10. 1981 für sich und namens und mit Vollmacht aller übrigen Gesellschafter zur Eintragung in das Handelsregister an:

Der unter Nr. 40 mit einer Kommanditeinlage und Haftsumme von 5000 DM eingetragene Kommanditist, Herr O. E., hat seine Beteiligung an der Gesellschaft veräußert und übertragen auf die Mitgesellschafterin, die Komplementärin, S. e.V. und ist damit aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die Beteiligung ist im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf die Erwerberin übergegangen. Der Veräußerer und der vorgenannte Verein versichern, daß von Seiten der Kommanditgesellschaft dem Veräußerer des Anteils keinerlei Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen der KG gewährt oder versprochen worden sind. Die Beteiligung ist derjenigen der persönlich haftenden Gesellschafterin zugewachsen.

Der Notar beglaubigte die Unterschrift des Vereinsvorstands unter der Anmeldung.

3. Mit Zwischenverfügung vom 8. 4. 1982 beanstandete der Rechtspfleger des Registergerichts diese Anmeldung.

Dem trat der Notar mit Schriftsatz vom 26. 4. 1982 entgegen.

Der Rechtspfleger hielt die Zwischenverfügung aufrecht. Die Eintragung könne nur lauten, daß der Kommanditist ausgeschieden sei. Die Anmeldung der Übertragung im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf den Komplementär wäre zurückzuweisen.

4. Gegen die Zwischenverfügung legte der Notar namens der Anmeldender „Beschwerde“ ein.

Rechtspfleger und Registerrichter halfen der Erinnerung nicht ab; sie wurde dem Landgericht als Beschwerde vorgelegt. Das Landgericht wies diese am 11. 6. 1982 als unbegründet zurück.

5. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich der Notar mit der namens der Anmeldender eingelegten weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

1. Die an keine Frist gebundene weitere Beschwerde ist statthaft (§ 27 FGG) und formgerecht erhoben (§ 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 FGG). Das sonach zulässige Rechtsmittel erweist sich als unbegründet.

2. Gegenstand des Verfahrens ist nur das in der Zwischenverfügung bezeichnete Eintragungshindernis, nicht die Entscheidung über die Anmeldung selbst (BayObLGZ 1978, 182/183; 1979, 458/459; BayObLG WPM 1982, 168/169). Zu entscheiden ist also, ob bei der Übertragung eines Kommanditanteils an einen persönlich haftenden Gesellschafter nur das Ausscheiden des Kommanditisten, nicht dagegen auch ein Vermerk über eine Einzel- oder Sonderrechtsnachfolge eintragungsfähig ist.

3. Der Begriff der Sonderrechtsnachfolge im Zusammenhang mit der Übertragung von Kommanditanteilen ist von der Rechtsprechung entwickelt worden.

a) Ein Wechsel von Kommanditisten kann sich in der Weise vollziehen, daß ein Gesellschafter ausscheidet und daß unabhängig von diesem Vorgang ein neuer Kommanditist in die Gesellschaft eintritt. In diesem Fall haftet der Ausgeschiedene den Gläubigern unmittelbar für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden, sofern

er seine Hafteinlage nicht oder nicht vollständig geleistet hat (§ 171 HGB), wobei als Nichtleistung auch die Rückzahlung der Einlage gilt (§ 172 Abs. 4 Satz 1 HGB). Der neu eintretende Kommanditist haftet in gleicher Weise den bisherigen Gesellschaftsgläubigern, wenn der alte Kommanditist seine Einlage noch nicht geleistet hat (§ 173 HGB).

b) Vollzieht sich dagegen ein Gesellschafterwechsel — wie sehr häufig — in der Weise, daß der ausscheidende Kommanditist seinen Gesellschaftsanteil einem Eintretenden überträgt (mitunter als Umbuchung des Kommanditanteils bezeichnet), so war dies nach einer älteren Auffassung als Rückzahlung der Einlage an den ausgeschiedenen Kommanditisten (mit der Folge des Wiederauflebens seiner Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB) und als Neueinzahlung durch den Eintretenden zu werten (RGZ 162, 264/268; KG JW 1934, 2699; *Groschuff* DR 1943, 975; *Dietrich* DR 1943, 1201; vgl. auch *Kornblum* Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften S. 240 sowie *Fischer* LM Nr. 1 zu § 719 BGB). Diese Auffassung hat das Reichsgericht aber später aufgegeben. In einer Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen von 1944 (DNotZ 1944, 195 = WPM 1964, 1130/1131) hat es hervorgehoben, daß bei einem derartigen Kommanditistenwechsel das Gesellschaftsvermögen und damit die Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsgläubiger letztlich unberührt bleibe; eine Vermögensverschiebung finde nur zwischen dem neuen und alten Kommanditisten (durch Zahlung einer Abfindung usw.) statt. Daraus folge: Im Falle eines Kommanditistenwechsels durch eine solche Übertragung sind der alte und neue Kommanditist den bisherigen Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftungsfrei, wenn auch nur einer von ihnen in Höhe der Haftsumme eine Vermögenseinlage bei der Gesellschaft geleistet und keiner von ihnen etwas darauf zurückerhalten hat. Beide haften, wenn weder der eine noch der andere eine solche Einlage erbracht oder auch nur einer von ihnen etwas darauf zurückerhalten hat. War die vom alten Kommanditisten geleistete Einlage schon vor dem Wechsel bei der Gesellschaft verlorengegangen, so braucht der neue nicht noch einmal die gleiche Einlage zu machen, um seine Haftung zu beseitigen. Hatte der alte Kommanditist seine Einlage noch nicht geleistet, hat aber der neue dies nachgeholt, so können die Altgläubiger den Ausgeschiedenen selbst dann nicht in Anspruch nehmen, wenn die Einlage des neuen Kommanditisten später verlorengegangen ist. Den Neugläubigern haftet nur der neu eingetretene Kommanditist. Aber auch ihnen gegenüber ist er haftungsfrei, sofern nur der Ausgeschiedene seine Einlage geleistet und weder dieser noch er selbst darauf etwas zurückerhalten hat. Auch im Verhältnis zu ihnen schadet es ihm nichts, wenn die Einlage bereits vor seinem Eintritt verlorengegangen war. Für einen derartigen Wechsel ist der Begriff „Einzel- oder Sonderrechtsnachfolge“ gebildet worden.

c) Die beiden Arten eines Kommanditistenwechsels unterscheiden sich sonach in ihren Rechtsfolgen, insbesondere hinsichtlich der Haftung für die Gesellschaftsschulden. Diesen Unterschied gäbe die bloße Eintragung des Ausscheidens des alten und des Eintritts des neuen Kommanditisten im Handelsregister nicht ausreichend wieder. Bei einer Übertragung des Kommanditanteils an einen (neuen) Kommanditisten erachtet daher die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ähnlich wie beim Vermerk der Gesamtrechtsnachfolge die Eintragung eines Vermerks in das Handelsregister für erforderlich; aus dem sich für die Gesellschaftsgläubiger ergibt, daß der neue Kommanditist seine Stellung im Wege der Einzel- oder Sonderrechtsnach-

folge erlangt hat (RG DNotZ 1944, 195 = WPM 1964, 1130; BayObLGZ 1977, 76/78 [= MittBayNot 1977, 130]; OLG Köln DNotZ 1953, 435; *Schilling* in Großkomm. HGB 3. Aufl. Anm. 26, *Schlegelberger/Gebler* HGB 4. Aufl. Rdnr. 11, *Bohnenberg* HGB Anm. III a, *Heymann/Kötter* HGB 21. Aufl. Anm. 2, je zu § 173; *Baumbach/Duden* HGB 25. Aufl. § 162 Anm. 3; *Kedel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 3. Aufl. Rdnr. 321 f.; *Drischler* Verfügung über die Führung und Einrichtung des Handelsregisters 4. Aufl. § 40 Anm. 7 d — S. 88 —; *U. Huber* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts S. 401; *Kornblum* aaO. S. 240 f.; *Reinhardt/Schultz* Gesellschaftsrecht 2. Aufl. Rdnr. 291; vgl. auch BGHZ 47, 149/154 f.). Neben diesem Vermerk ist weiter erforderlich eine Versicherung der Gesellschaft als solcher und des ausscheidenden Gesellschafters, daß diesem von der Gesellschaft keinerlei Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen worden sei (RG DNotZ 1944, 199/200). Das Vorliegen dieser Versicherung wird allerdings nicht eingetragen.

Der Registervermerk über einen Kommanditistenwechsel im Wege der Sonderrechtsnachfolge dient also zur Klarstellung der Haftungsverhältnisse und damit zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger.

4. Im vorliegenden Fall ist indes der Kommanditanteil nicht von einem bisherigen auf einen anderen Kommanditisten, sondern auf den persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft übertragen worden. In einem solchen Fall kommt die Eintragung einer Sonderrechtsnachfolge nach dem Sinn und Zweck dieses Vermerks nicht in Betracht.

In einer Personenhandelsgesellschaft kann jeder Gesellschafter nur einen Anteil — wenn auch verschiedener Größe — haben. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, ein persönlich haftender Gesellschafter erwerbe (unter Beibehaltung der Komplementärstellung) die Stellung als Kommanditist hinzu. Ein persönlich haftender Gesellschafter kann der Natur der Sache nach nicht zugleich Kommanditist sein (BGH WPM 1963, 989; KG JW 1936, 2933; OLG Hamm BB 1981, 1849 = Betrieb 1981, 2269 [= MittBayNot 1981, 257]). Das schließt freilich nicht aus, daß ihm ein Kommanditanteil übertragen wird, sofern alle Gesellschafter zustimmen. Mit der Übertragung eines solchen Anteils vereinigt sich dieser aber mit dem bisherigen Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters zu einem Gesellschaftsanteil. Da die Rechtsposition des Komplementärs stärker ist, verbleibt ihm auch nach dem „Hinzuerwerb“ diese Stellung und nur diese Stellung; er wird nicht daneben auch Kommanditist (BGH aaO; *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften S. 72; *Bohnenberg* § 162 Anm. V). Eine Veränderung in den Haftungsverhältnissen des Komplementärs tritt nicht ein.

Somit können aber auch die oben dargelegten Erwägungen, die zur Zulassung des Vermerks im Handelsregister geführt haben, hier nicht Platz greifen (*Schilling* § 173 Anm. 30). Denn Zweck des Registervermerks ist es, den möglichen Eindruck gutgläubiger Gesellschaftsgläubiger zu hindern, daß künftig sowohl eine Haftung des ausscheidenden Kommanditisten als auch des neuen Kommanditisten für die Gesellschaftsschulden in Betracht kommt (vgl. *Huber* aaO S. 401). Für einen solchen Eindruck ist jedoch kaum Raum, wenn der Anteilsübernehmer aus anderen Gründen bereits voll haftet, die vorhandene Haftungsgrundlage also keine

Erweiterung erfährt. In diesen Fällen kommt nur der Eintrag des Ausscheidens des übertragenden Kommanditisten in Betracht.

Mit Rücksicht hierauf braucht nicht entschieden zu werden, ob die Zahlung einer Abfindung aus dem Privatvermögen des persönlich haftenden Gesellschafters ein Wiederaufleben der Haftung des Ausscheidenden nach § 172 Abs. 4 HGB bewirkt (vgl. dazu OLG Frankfurt NJW 1963, 545 sowie Riegger BB 1975, 1282/1284; Westermann Handbuch der Personengesellschaften Bd. I Rdnr. 938; K. Schmidt Einlage und Haftung des Kommanditisten S. 100 ff.).

5. Die weitere Beschwerde war nach allem als unbegründet zurückzuweisen.

13. GmbHG § 9 c; GG Art. 9 Abs. 1; BGB § 138 (Zum Prüfungsrecht des Registergerichts)

**1. Das Registergericht hat bei der Anmeldung einer GmbH die Rechtswirksamkeit des Gesellschaftsvertrages bzw. der Satzung zu prüfen.**

**2. Sieht die Satzung einer GmbH für den Fall des Ausscheidens oder des Ausschlusses eines Gesellschafters ein Abfindungsguthaben nach dem vollen Verkehrswert vor, schiebt sie aber die Fälligkeit auf längstens sechs Jahre ohne Zinsbeilage hinaus, so ist diese Regelung nicht unwirksam.**

**3. Erachtet das Registergericht eine derartige Satzungsbestimmung nur für unangemessen, so darf es deshalb die Eintragung der Gesellschaft nicht ablehnen.**

BayObLG, Beschluß vom 5. 11. 1982 — BReg. 3 Z 92/82 — mitgeteilt von Dr. Martin Pfeuffer, Richter am BayObLG, und von Notar Dr. Wolfgang Reuss, Aschaffenburg

#### Aus dem Tatbestand:

1. Der Gastronom W. und der Kaufmann P. schlossen am 2. 12. 1981 einen notariellen Vertrag über die Errichtung der Firma F.-GmbH mit dem Sitz in A. Zum Geschäftsführer wurde der Gesellschafter W. bestellt. Die Satzung sieht u.a. vor, daß ein Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, wenn er die Interessen der Gesellschaft in grober Weise verletzt hat (§ 14); ferner kann jeder Gesellschafter seinen Austritt erklären. Der Geschäftsanteil des Ausscheidenden ist zu vergüten. Über die Höhe des Entgeltes und die Zahlungsweise bestimmt § 18 der Satzung:

Zum Zwecke der Anteilsbewertung ist von der Geschäftsführung unverzüglich eine Abfindungsbilanz aufzustellen. In diese Bilanz sind alle aktiven und passiven Vermögensgegenstände der Gesellschaft mit ihrem wirklichen Wert einzusetzen, abgestellt auf den Zeitpunkt des Ausscheidens. Der so ermittelte Gesamtwert ist ohne jeden Abzug auf die zu bewertenden Geschäftsanteile umzulegen und zwar anteilig im Verhältnis der Beteiligungsquote. Ein Firmenwert wird berücksichtigt.

Der Abfindungsbetrag ist innerhalb von 6 Jahren seit dem Ausscheiden ohne Zinsbeilage zur Zahlung fällig.

Sicherstellung kann der ausscheidende Gesellschafter nicht verlangen.

2. Am 5. 4. 1982 meldete der Geschäftsführer W. die GmbH zur Eintragung in das Handelsregister an.

Mit Zwischenverfügung vom 6. 4. 1982 beanstandete das Registergericht die Abfindungsregelung in § 18 Abs. 2 der Satzung.

3. Hiergegen legte der Notar Beschwerde ein.

Mit Beschluß vom 17. 5. 1982 hielt das Registergericht die Beanstandung der Abfindungsregelung aufrecht.

Das Landgericht wies die Beschwerde am 1. 6. 1982 als unbegründet zurück.

4. Hiergegen wendet sich der Notar mit der namens des Anmelders eingelegten weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

1. Das zulässige Rechtsmittel erweist sich als begründet.

2. ...

3. Das Landgericht billigt die Auffassung des Registergerichts, daß die fehlende Pflicht zur Verzinsung des Abfindungsguthabens eines ausscheidenden Gesellschafters die Eintragung der GmbH hindere. Das hält der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

a) Das Landgericht ist an sich zutreffend davon ausgegangen, daß das Registergericht nicht nur die formelle Seite der Anmeldung, sondern auch materiell die Wirksamkeit der angemeldeten Rechtsverhältnisse, hier somit die Rechtsverbindlichkeit der Satzung, nachzuprüfen hat. Der gegenteiligen Auffassung der Rechtsbeschwerde kann nicht gefolgt werden.

§ 9 c Satz 1 GmbHG (in Kraft seit 1. 1. 1981) bestimmt in Anlehnung an § 38 Abs. 1 AktG und § 11 a Abs. 1 GenG, daß das Gericht die Eintragung abzulehnen hat, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet und angemeldet worden ist. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften — BT-Drucks. 8/1347 S. 7 — sowie Empfehlung des Rechtsausschusses zur Fassung des § 9 c — BT-Drucks. 8/3908 S. 12 —) ergibt sich mittelbar, daß diese Vorschrift Inhalt und Umfang der Prüfung des Gerichts bei der Anmeldung einer Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister festlegt (vgl. Gersch/Herget/Marsch/Stützle GmbH-Reform 1980 Rdnr. 112 f.). Nach allgemeiner Meinung umfaßt die Prüfung der ordnungsgemäßen Errichtung der Gesellschaft auch die Frage der Rechtswirksamkeit des Gesellschaftsvertrages und der GmbH-Satzung (vgl. z. B. Hachenburg/Ulmer GmbHG 7. Aufl. Rdnr. 12, Scholz/Winter GmbHG 6. Aufl. Rdnr. 3, je zu § 10). Danach ist zu prüfen, ob Bestimmungen wegen Verstoßes gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen allgemeine Grundsätze des Gesellschaftsrechts nichtig sind (Scholz/Winter aaO m.w.N.). Die Ansicht des Rechtsbeschwerdeführers, wonach dem Registergericht jegliches materielles Prüfungsrecht deshalb abzusprechen sei, weil der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung im Handelsregister nicht eingetragen werde (vgl. BayObLGZ 1982, 41/44 [= MittBayNot 1982, 79/80]), läßt sich somit mit der geltenden Rechtslage nicht in Einklang bringen.

b) Hier richtet sich die vom Landgericht gebilligte Beanstandung des Registergerichts gegen einen Satzungsbestandteil, der ein Hinausschieben der Fälligkeit des Abfindungsguthabens ohne zwischenzeitliche Verzinsung vorsieht. Die Ausführungen des Landgerichts lassen dabei aber nicht erkennen, ob es diese Satzungsbestimmung etwa wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) für nichtig hält oder ob es sie nur für unangemessen und damit unzweckmäßig angesehen hat. Die Beanstandung läßt sich jedoch nach keiner der beiden Richtungen hin rechtfertigen.

(1) Das Amtsgericht hat ausgeführt, eine Abfindungsklausel sei grundsätzlich nur dann angemessen, wenn sie so gestaltet sei, daß sie im Kern der gesetzlichen Regelung entspreche und im wesentlichen zur Abgeltung des vollen Wertes des Geschäftsanteils führe. Es hat sich auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. 5. 1978 (BB 1978, 1333 = NJW 1979, 104 [= DNotZ 1979, 41]; vgl. hierzu Ulmer NJW 1979, 81, Flume NJW 1979, 902, Esch NJW 1979, 1390, Schilling ZGR 1979, 419 sowie Huber ZGR 1980, 177) berufen. Der

BGH hatte über einen Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters aus einer Kommanditgesellschaft nach freiem Ermessen der Gesellschaftermehrheit zu befinden. Für einen solchen Fall hat er ausgesprochen, daß an gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln strengere Anforderungen zu stellen sind als etwa bei einem Ausschluß eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Diese zu § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB ergangene Entscheidung kann nicht ohne weiteres auf den Fall übertragen werden, daß ein Gesellschafter aus einer GmbH ausscheidet.

Im GmbH-Gesetz ist — anders als im Recht der Personengesellschaften (vgl. § 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB, §§ 736 ff. BGB) — die Frage der Abfindung eines infolge Ausschlusses oder Austritts ausscheidenden Gesellschafters nicht geregelt. Einigkeit besteht darüber, daß der Geschäftsanteil des Ausscheidenden entweder einzuziehen ist oder daß die Gesellschaft die Abtretung des Anteils an sich oder an einen Dritten verlangen kann (vgl. z. B. *Wiedemann* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften S. 92; *Baumbach/Hueck GmbHG* 13. Aufl. Einf. 3 vor § 34). Die Frage, welche Abfindung einem Ausscheidenden zu welcher Zeit zu gewähren ist, kann Gegenstand der Regelung in der Satzung bzw. einer Vereinbarung des Ausscheidenden mit der GmbH sein. Nach einer Mindermeinung soll es zulässig sein, daß der Ausscheidende nach statutarischer oder vertraglicher Regelung keine Abfindung erhält (vgl. *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 5. Aufl. S. 520); nach weiteren, vereinzelt gebliebenen Ansichten soll der Ausscheidende verlangen können, daß ihm der Geschäftsanteil gegen Ersatz des Verkehrswertes abgenommen wird (*Vogel* in Festschrift für Knur 1972 S. 259/276 f.) bzw. es „sollten Abfindungen ohne Abgeltung des vollen Wertes der Beteiligung nicht anerkannt werden“ (vgl. *Wilke/Berg/Gottschling/Gaul* Handbuch der GmbH 3. Aufl. Teil I Rdnr. 429.1). Die heute überwiegende Auffassung kann wie folgt zusammengefaßt werden (vgl. BGHZ 32, 151/156 [= DNotZ 1960, 331]; 65, 22/27 [= MittBayNot 1975, 265]; BGH WPM 1977, 1276/1277 f. [= DNotZ 1978, 560]; *Baumbach/Hueck* Einf. 3 vor § 34 GmbHG; *Hachenburg/Ulmer* Anhang § 34 GmbHG Rdnr. 55; *Scholz/Winter* § 15 GmbHG Rdnr. 95; *Kuhn* WPM 1978, 598/604 f.; *Priester* GmbH-Rdsch. 1981, 206/210):

Die Satzung kann den Abfindungsanspruch nicht völlig ausschließen. Sie oder eine Vereinbarung mit dem Ausscheidenden kann jedoch vorsehen, daß — vorbehaltlich der Erhaltung des Stammkapitals — eine unter dem vollen Anteilswert liegende Entschädigung gewährt wird. Abfindungsklauseln, die eine Abfindung unter dem Verkehrswert des Geschäftsanteils vorsehen, dienen vor allem der Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens, dessen Bestand bei voller sofortiger Abfindung des ausscheidenden Gesellschafters gefährdet werden könnte. Sie stellen weiter ein Druckmittel zur Erzwingung eines vertragsgerechten Verhaltens dar. Derartige Klauseln sollen die Gesellschaft davor schützen, daß ihr Vermögen zur Unzeit durch hohe Abfindungsansprüche ausgehöhlt wird. Da eine den Abfindungsanspruch begrenzende Regelung für den betroffenen Gesellschafter eine erhebliche Vermögensseinbuße bedeuten kann, müssen freilich ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen so eindeutig erkennbar sein, daß sich jeder Gesellschafter auf sie einstellen kann. Dazu reicht es aus, daß sich die in Frage kommenden Tatbestände, notfalls im Wege der Auslegung, anhand der Satzung einwandfrei bestimmen lassen.

(2) In dem hier zu beurteilenden Fall kann nicht festgestellt werden, daß fehlende Verzinsung des Abfindungsguthabens

auf die Höchstdauer von sechs Jahren die aufgezeigten Grenzen überschreitet und etwa wegen Sittenwidrigkeit, Rechtsmißbrauchs oder unzulässiger Austrittserschwerung (vgl. dazu *Ulmer* NJW 1979, 81/82) unwirksam ist. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß die zu beurteilende Abfindungsregelung sowohl den Fall des Austritts eines von nur zwei Gesellschaftern wie auch den Ausschluß eines Gesellschafters umfaßt; der Ausschluß ist dabei nur möglich, wenn die Interessen der Gesellschaft in grober Weise verletzt sind, den übrigen Gesellschaftern eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten ist und durch ein Verbleiben des Betroffenen in der Gesellschaft deren Bestand ernsthaft gefährdet wäre.

Die Abfindungsregelung ist auch in ihrer Auswirkung für den Ausscheidenden nicht unerträglich. Es ist zu beachten, daß sie der Höhe nach vom vollen Verkehrswert des Geschäftsanteils ausgeht (§ 18 der Satzung). Es kommt hinzu, daß die Fälligkeit stets erst nach Vorliegen einer Abfindungsbilanz eintritt; diese bedarf ihrerseits schon einer gewissen Zeit. Eine fehlende Verzinsung auf die Höchstdauer von sechs Jahren abzüglich dieser Zeit (etwa ein Jahr) ist unter Berücksichtigung des Sinnes und Zweckes solcher Abfindungsregelungen hinnehmbar.

(3) Bei dieser Sach- und Rechtslage braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob eine etwaige Nichtigkeit einzelner Satzungsbestimmungen die sofortige Zurückweisung der Anmeldung rechtfertigen könnte (BayObLG 1, 508 = OLGE 2, 516; OLG Hamburg DNotZ 1950, 427; LG Mannheim BB 1957 448 und 492; *Barz* in GroßKomm. AktG 3. Aufl. Anm. 2, *Kraft* in Kölner Kommentar zum AktG Rdnr. 6, je zu § 38) oder ob es auf die Bedeutung der in Rede stehenden nichtigen Einzelbestimmung für die GmbH und ihre Gesellschafter ankommt (KG HRR 1937 Nr. 1108; *Hachenburg/Ulmer* Rdnr. 12, *Scholz/Winter* Rdnr. 3, je zu § 10 GmbHG; vgl. auch BGH NJW 1977, 1879/1880 [= MittBayNot 1977, 193]).

(4) Verletzt ein Gesellschaftsvertrag oder eine GmbH-Satzung — wie hier — keine zwingenden Rechtsvorschriften, so ist das Registergericht nicht befugt, eine Anmeldung deshalb zurückzuweisen oder zu beanstanden, weil es eine statutarische Bestimmung für unzumutbar oder bedenklich hält (BayObLGZ 1974, 479/483 = Rpfleger 1975, 96 [= MittBayNot 1975, 126]; OLG Stuttgart GmbH-Rdsch. 1967, 232 und Die Justiz 1980, 354/355; OLG Köln Rpfleger 1981, 405 [= MittBayNot 1982, 40]; *Hachenburg/Ulmer* Rdnr. 8, *Scholz/Winter* Rdnr. 3, je zu § 10 GmbHG; *Scholz/Fischer* GmbH-Gesetz 9. Aufl. § 9 c Anm. 1) oder weil die Regelung einen möglichen Konflikt nicht interessengerecht zu lösen imstande sein wird (*Scholz/Winter* aaO). Eine Zweckmäßigkeitkontrolle statutarischer Bestimmungen findet nicht statt (vgl. auch *Schubert/Sieder* Genossenschaftshandbuch Band II § 11 a GenG Rdnr. 2). Eine solche Kontrolle griffe nicht nur in unzulässiger Weise in die Vertragsfreiheit ein (OLG Köln aaO), sondern auch in den grundgesetzlich geschützten Kernbereich der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG). In deren Schutzbereich sind auch Kapitalgesellschaften einbezogen (vgl. *Maunz/Dürig/Scholz* GG Art. 9 Rdnr. 60; siehe auch § 17 VereinsG). Auch ihnen steht Satzungsautonomie zu, das heißt das Recht, ihre Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu gestalten (vgl. BVerfGE 50, 290/354; *Maunz/Dürig/Scholz* Rdnr. 84, v. *Münch* GG 2. Aufl. Rdnr. 19, je zu Art. 9 GG).

Sofern zwingende gesetzliche Bestimmungen beachtet werden, umfaßt die sich aus Art. 9 Abs. 1 GG ergebende Betätigungsgarantie auch das Recht der Mitglieder einer Vereini-

gung, ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen frei von staatlicher Einmischung auszugestalten (*Wiedemann* Gesellschaftsrecht Band I § 12 I 3 b — S. 676 —).

Der Ausschluß der Verzinsung des Abfindungsguthabens mag für den Ausscheidenden und damit auch für seine etwaigen Privatgläubiger wirtschaftlich nachteilig sein. Dies rechtfertigt indes die Beanstandung der Anmeldung nicht.

4. Nach alledem waren der angefochtene Beschluß des Landgerichts und die Zwischenverfügung des Amtsgerichts aufzuheben. Das Registergericht war anzuweisen, von seinen in Buchstabe b der Zwischenverfügung geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

14. GmbHG §§ 15, 34; BGB § 242 (*Anteilsbewertung in Gesellschaftsverträgen*)

**Für die unterschiedliche Bewertung eines Geschäftsanteils einer GmbH bei Auflösung der Gesellschaft und beim Austritt eines Gesellschafters aus wichtigem Grund einerseits und bei den sonstigen Ausscheidensgründen andererseits bestehen sachliche Gründe. Eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag ist nicht unzulässig.**

(*Leitsatz nicht amtlich*)

OLG Hamburg, Beschluß vom 23. 9. 1982 — 2 W 34/81 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beschwerdeführerin meldete mit Schreiben vom 14.1. 1981 die am selben Tage beschlossene Änderung des § 7 des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister an.

§ 7 des Gesellschaftsvertrages bestimmt nunmehr:

„1. Die Bewertung erfolgt auf der Grundlage des letzten vor dem Bewertungsstichtag liegenden oder mit ihm zusammenfallenden Jahresabschlusses.

2. Zum Bewertungsstichtag eintretende Veränderungen sind zeitanteilig angemessen zu berücksichtigen. Der Anteilswert entspricht dem Buchwert des anteiligen Kapitals (Stammkapital/Einzahlungsverpflichtung/offene Rücklagen/Gewinn/Verlust einschließlich Vorträgen). Ein Firmenwert und stille Reserven sind nicht zu berücksichtigen.“

Diese Bewertungsvorschrift findet nach dem Gesellschaftsvertrag Anwendung, wenn bei einer geplanten Abtretung eines Geschäftsanteils die übrigen Gesellschafter von ihrem Ankaufsrecht Gebrauch machen (§ 4 Abs. 2 und 3 des Vertrages) und wenn eine Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils aus wichtigem Grund, insbesondere bei Pfändung eines Geschäftsanteils oder bei Eröffnung eines Konkursverfahrens oder eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters stattfindet (§ 5 Abs. 1 bis 3 des Vertrages).

Der Registerrichter wies mit Verfügung vom 23.1. 1981 darauf hin, daß § 7 der Satzung in der neuen Fassung unzulässig sei, da ein Pfändungspfandgläubiger Beeinträchtigungen hinnehmen müsse, denen sein Schuldner, jedenfalls wenn er Mehrheitsgesellschafter sei, ohne die Pfändung nicht unterworfen sei.

Das Beschwerdegericht ist dem ersten Richter beigetreten und hat die Beschwerde vom 22. 5. 1981 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist nach § 27 FGG zulässig; es hat auch in der Sache selbst Erfolg, da die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des materiellen Rechts beruht (§§ 15 Abs. 5, 34 Abs. 2 GmbHG, § 242 BGB).

Eine mit dem Gesetz oder den guten Sitten unvereinbare Beeinträchtigung von Gläubigerrechten liegt nicht vor, soweit in § 7 Abs. 2 des Vertrages bestimmt ist, daß weder der Firmenwert noch die stillen Reserven bei der Einziehung eines Geschäftsanteils zu berücksichtigen seien.

Grundsätzlich muß ein Gläubiger es hinnehmen, daß ihm die Möglichkeit genommen wird, sich den vollen Verkehrswert des gepfändeten Geschäftsanteils — durch Veräußerung im Wege der öffentlichen Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs — zur Befriedigung seiner Forderung zu verschaffen, wenn die Gesellschaft von ihrem satzungsmäßigen Recht Gebrauch macht und den gepfändeten Geschäftsanteil einzieht. Die Pfändung erfaßt den Pfandgegenstand nämlich nur mit dem Inhalt, den er in der Hand des Schuldners selbst hat; der Geschäftsanteil des verschuldeten Gesellschafters ist aufgrund der für alle Gesellschafter geltenden Vertragsordnung von vornherein mit dieser Belastung entstanden; die Pfändung kann dem Gläubiger nicht eine bessere Rechtsstellung verschaffen als der Gesellschafter sie hat (BGH NJW 75, 1835 = BGHZ 65, 22 [= MittBayNot 1975, 265]; LG Hamburg, DNotZ 64, 110; OLG Karlsruhe, GmbH-Rundschau 1967, 214; OLG Hamburg, GmbH-Rundschau 1970, 202; *Schilling/Zutt* in *Hachenburg*, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 15 Rz 91; *Hohner* in *Hachenburg* a.a.O., § 34 Rz 13 m.w.N.; *Sudhoff*, Gesellschaftsrecht der GmbH, 5. Aufl. S. 427, 429; *Priester*, GmbH-Rundschau 1976, 5; *Sachs*, GmbH-Rundschau 1976, 60; anderer Ansicht: RGZ 142, 373 bis 379 für den Fall einer entschädigungslosen Einziehung).

Nur soweit eine Satzungsbestimmung eigens darauf angelegt ist, das Pfändungspfandrecht eines Vollstreckungsgläubigers zu vereiteln, ist sie unzulässig (BGH NJW 1975, 1835, 1836).

§ 7 des neu gefaßten Gesellschaftsvertrages läßt eine derartige Vereitelungsabsicht nicht erkennen.

Die ungünstige Bewertung ist nicht nur für den Fall der Pfändung des Geschäftsanteils durch den Gläubiger eines Gesellschafters vorgesehen, sie greift auch im vergleichbaren Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde ein; damit entfällt für die Gesellschaft ein Anreiz zu Manipulationen zugunsten ihres Gesellschafters unter Aushöhung der Gläubigerrechte (BGH NJW 1975, 1835, 1837 [= MittBayNot 1975, 265]).

Die Tatsache, daß beim Entziehungsentgelt die stillen Reserven der Beschwerdeführerin unbewertet bleiben sollen, läßt nicht den Schluß zu, daß die Gesellschafter mit dieser Regelung die Rechte eines Pfändungspfandgläubigers beeinträchtigen wollten (vgl. OLG Hamburg, GmbH-Rundschau 1970, 202; OLG Frankfurt, NJW 1978, 328 [= MittBayNot 1978, 164]; BGH NJW 1977, 2315, 2317 [= DNotZ 1978, 560], jedoch ohne nähere Begründung; *Schmidt* in *Hachenburg* GmbHG, 6. Aufl., § 34 Anm. 6 und *Schilling*, ebenda, § 15 Anh. 1 Anm. 17; *Sudhoff*, a.a.O. S. 429; zweifelnd *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 34 Rz 38, *Priester*, a.a.O., S. 5, 8 ff.; *Sachs* a.a.O. S. 60).

Auch der Gesellschafter, der seinen Anteil freiwillig veräußert, muß diese Bewertung gegen sich gelten lassen. Macht nämlich ein Gesellschafter von dem in § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages eingeräumten Ankaufsrecht Gebrauch, so erhält der Abtretende lediglich einen Kaufpreis, der ebenfalls nach § 7 Abs. 2 zu bemessen ist, also den Firmenwert und die stillen Reserven nicht berücksichtigt. Die Anwendung des § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages auch auf diesen Ausscheidungsfall verdeutlicht, daß vor allem das eigene Interesse der Gesellschafter an der Vermeidung schwieriger und zeitraubender Auseinandersetzungen um die Höhe des Kaufpreises bzw. des Entziehungsentgelts sowie das Interesse der Gesellschaft, ihren Bestand nicht durch die Ausschüttung des vollen Beteiligungswertes zu gefährden, für die Neufassung der Satzung maßgebend sind.

In zwei Fällen kann allerdings der Gesellschafter erreichen, daß er den vollen Beteiligungswert erhält: Beim Austritt aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund (dazu *Ulmer* in *Hachenburg* a.a.O., Anh. § 34 Rz 43, 48) oder bei Auflösung der Gesellschaft nach § 61 GmbHG. Für beide Fälle greift § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages nicht ein. Dieser Umstand läßt § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages aber nicht unzulässig werden. Die unterschiedliche Bewertung des Gesellschaftsanteils in diesen Fällen hat sachliche Gründe, die nicht für eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht sprechen. Der Austritt aus der Gesellschaft ist nur möglich, wenn das Verbleiben in der Gesellschaft für den Gesellschafter unzumutbar ist, auch die Auflösungsklage setzt wichtige, in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende Gründe für die Auflösung voraus; in beiden Fällen ist es — anders als bei einer freiwilligen Veräußerung oder bei einer durch den Gesellschafter verursachten oder gar verschuldeten Einziehung des Geschäftsanteils — nicht zu rechtfertigen, den Gesellschafter mit einem Minderwert abzufinden. Das Interesse der übrigen Gesellschafter, schwierige und zeitraubende Auseinandersetzungen bei der Bewertung zu vermeiden und das Interesse der Gesellschaft, ihren Bestand nicht durch die Ausschüttung des vollen Beteiligungswertes zu gefährden, tritt in diesen Fällen des Austritts und der Auflösung gänzlich zurück.

In beiden Fällen partizipiert zudem der Pfändungspfandgläubiger am vollen Beteiligungswert, den der Gesellschafter erhält: Die Pfändung des Geschäftsanteils erfaßt nämlich ohne weiteres die Ansprüche, die als Surrogate des Anteils anzusehen sind, die also nach Pfändung anstelle des Geschäftsanteils treten (BGH BB 1972, 10; RGZ 95, 231, jeweils Personengesellschaften betreffend; *Schilling/Zutt* in *Hachenburg* a.a.O. Anh. § 15 Rz 79).

Nach Aufhebung der beiden vorinstanzlichen Entscheidungen geht die Sache an das Amtsgericht zurück, weil das Registergericht sich mit der beantragten Eintragung zu befassen hat (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FG Teil A, 11. Aufl., § 27 Rz c).

### C.

#### Kostenrecht

15. KostO § 20 Abs. 2, § 21 Abs. 1, § 30 Abs. 1, § 62 Abs. 1 (*Zum Geschäftswert des Erbbaurechts und des daran bestellten Vorkaufsrechts*)

**1. Der Geschäftswert der Eintragung eines Erbbaurechts im Grundbuch richtet sich ausschließlich nach § 21 Abs. 1 KostO. Der Wert eines zugleich dem Grundstückseigentümer am Erbbaurecht bestellten Vorkaufsrechts ist hierbei nicht dem Wert des Erbbauzinses hinzuzurechnen (Abweichung von BayObLGZ 1968, 52).**

**2. Der Geschäftswert der Eintragung eines Vorkaufsrechts am Erbbaurecht (§ 20 Abs. 2 KostO) ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen. Bei der Wertbestimmung ist nicht nur die künftige Bebauung, sondern auch der Wert des Erbbaurechts vor Errichtung des Bauwerks zu berücksichtigen (Ergänzung zu BayObLGZ 1968, 52).**

BayObLG, Beschluß vom 5.10.1982 — BReg. 2 Z 68/82 — mitgeteilt von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 2) bis 8) sind Eigentümer in fortgesetzter Gütergemeinschaft der Grundstücke Flst.Nrn. 1592 und 1593/5. Außerdem ist der Beteiligte zu 5) Alleineigentümer des Grundstücks Flst.Nr. 1591.

Mit notarieller Urkunde vom 1. 4. 1981 bestellten die vorgenannten Grundstückseigentümer den Beteiligten zu 1) bis 13) als Gesellschaftern des bürgerlichen Rechts an den Grundstücken Flst.Nrn. 1591, 1592 und 1593/5 ein Gesamterbbaurecht auf die Dauer von 70 Jahren (zur Errichtung eines Geschäftshauses). Der Erbbauzins beträgt jährlich insgesamt 50 000 DM; eine Wertsicherungsklausel ist vereinbart. Ferner räumten in der Urkunde vom 1.4.1981 die Erbbauberechtigten den jeweiligen Grundstückseigentümern am Erbbaurecht (sowie die Grundstückseigentümer den jeweiligen Erbbauberechtigten an den Grundstücken) das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle ein. Die Erbbauberechtigten bedürfen der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung, Belastung oder inhaltlichen Änderung von Belastungen des Erbbaurechts. Am 22.10.1981 wurden das Erbbaurecht und das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht im Grundbuch eingetragen.

2. Der vom Urkundsnotar namens des als Kostenschuldner herangezogenen Beteiligten zu 1) gegen die Kostenrechnung vom 4.11.1981 eingelegten Erinnerung vom 20.11.1981 half der Kostenbeamte teilweise ab. Sodann setzte der Rechtspfleger beim Grundbuchamt den Geschäftswert für die Eintragung des Erbbaurechts auf 4 528 120 DM und für die Eintragung des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht auf 3 153 120 DM fest. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, der Wert des Erbbaurechts sei hier nicht nach dem Grundstückswert, sondern nach dem höheren Wert des vereinbarten Erbbauzinses zu bemessen. Insoweit ergebe sich ein Wert von (50 000 x 25 =) 1 250 000 DM, zuzüglich 10% hiervon für die Wertsicherungsklausel = 125 000 DM. Hinzu komme der Wert des Vorkaufsrechts am Erbbaurecht (= 3 153 120 DM; s.u.), da dieses eine (zusätzliche) Leistung des Erbbauberechtigten darstelle. Der Wert dieses Vorkaufsrechts betrage seinerseits 10% des bebauten Erbbaurechts (= 80% des Grundstückswerts + angenommene Baukosten = zusammen 31 531 200 DM), mithin 3 153 120 DM.

Der hiergegen vom Urkundsnotar namens des Erbbauberechtigten eingelegten „Beschwerde“ vom 12. 5. 1982 haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das Landgericht mit Beschluß vom 2. 6. 1982 auf die Beschwerde der Kostenschuldner den Geschäftswert für die Eintragung des Erbbaurechts auf 1 531 000 DM festgesetzt, im übrigen die Beschwerde zurückgewiesen und gegen seine Entscheidung die weitere Beschwerde zum Bayerischen Obersten Landesgericht zugelassen.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten und der Staatskasse. Während die Beteiligten die Auffassung vertreten, das Vorkaufsrecht am Erbbaurecht könne nur mit 10% der Baukosten, nicht aber zusätzlich mit dem Wert des unbebauten Erbbaurechts (= 80% des Grundstückswerts) bewertet werden, wendet sich die Staatskasse dagegen, daß das Landgericht bei der Bewertung des Erbbaurechts das vereinbarte Vorkaufsrecht nicht werterhöhend berücksichtigt hat.

#### Aus den Gründen:

1. Die vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerden sind nach § 31 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 14 Abs. 3 Satz 2 KostO statthaft. ...

Sie sind aber nicht begründet.

2. ...

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der allein in rechtlicher Hinsicht möglichen Überprüfung (§ 31 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 14 Abs. 3 Satz 3 KostO und § 550 ZPO) stand. Im Grundbuch sind am 22. 10. 1981 (u.a.) ein Erbbaurecht zugunsten der Beteiligten sowie ein Vorkaufsrecht der Grundstückseigentümer am Erbbaurecht eingetragen worden. Gemäß § 62 Abs. 1 KostO wird für jede dieser Eintragung die volle Gebühr erhoben. Der dieser Gebühr zugrunde liegende Geschäftswert bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 18 ff. KostO.

a) Der Geschäftswert für die Eintragung des Erbbaurechts richtet sich daher nach § 21 Abs. 1 KostO (BayObLGZ 1968, 52/59 [= DNotZ 1968, 760/762]; *Rohs/Wedewer* KostO letzte ErgLfg. März 1982 Anm. I d, *Korintenberg/Ackermann/Lappe*

Kostenordnung 9. Aufl. Rdnr. 10, je zu § 62). Gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 KostO beträgt der Wert der Bestellung eines Erbbaurechts grundsätzlich 80% des nach § 19 Abs. 2 KostO zu ermittelnden Werts des mit dem Erbbaurecht zu belastenden Grundstücks. Ist aber als Entgelt für die Bestellung des Erbbaurechts ein Erbbauzins vereinbart, dessen nach § 24 KostO zu errechnender Wert die genannten 80% des Grundstückswerts übersteigt, so ist der Wert des Erbbauzins maßgebend (§ 21 Abs. 1 Satz 3 KostO; zu dem vom Gesetzgeber mit der Einfügung dieser Vorschrift verfolgten Zweck vgl. BayObLG aaO S. 59 f.).

aa) Im vorliegenden Fall beträgt nach den Feststellungen des Landgerichts der Wert der mit dem (Gesamt-)Erbbaurecht (vgl. BGHZ 65, 345 [= DNotZ 1976, 369]) belasteten Grundstücke insgesamt 1 914 000 DM; 80% hiervon ergeben mithin 1 531 200 DM. Der über den vereinbarten Erbbauzins (jährlich insgesamt 50 000 DM) gemäß § 24 Abs. 1 Buchst. a KostO berechnete Wert würde dagegen 1 250 000 DM (25facher Jahresbetrag) ausmachen; hinzu käme die Bewertung der vereinbarten Wertsicherungsklausel, die — anders als ein bloßer Leistungsvorbehalt (vgl. hierzu BayObLGZ 1973, 325 ff. [= MittBayNot 1974, 47]) — werterhöhend zu berücksichtigten wäre (vgl. i.e. BayObLG JurBüro 1975, 1234 m. Anm. v. Mümmler [= MittBayNot 1975, 185]; gegen die Bewertung der Wertsicherungsklausel mit 10% des vereinbarten Entgeltes bestehen regelmäßig keine Bedenken; vgl. BayObLG aaO m. Nachw.). Der über den Erbbauzins berechnete Wert des Erbbaurechts wäre deshalb mit zusammen 1 375 000 DM geringer als der nach dem Grundsatz des § 21 Abs. 1 Satz 1 KostO berechnete Wert; er ist deshalb nicht maßgebend.

bb) Die Bewertung der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch ist auch nicht deshalb über § 21 Abs. 1 Satz 3 (i.V.m. § 24) KostO vorzunehmen, weil dem Betrag des Erbbauzins (samt Wertsicherungsklausel) der Wert des von den Erbbauberechtigten den Grundstückseigentümern am Erbbaurecht eingeräumten Vorkaufsrechts (zu dessen Berechnung s. unten b) hinzuzurechnen wäre.

(1) In Rechtsprechung und Schrifttum ist weitgehend anerkannt, daß bei der Bewertung des Erbbaurechts über den Erbbauzins nur solche Leistungen des Erbbauberechtigten, die zur gesetzlichen Ausgestaltung des Erbbaurechts (vgl. §§ 2 bis 8, 27, 32 ErbbauVO) gehören, nicht werterhöhend zu berücksichtigen sind. Hieraus wird gefolgert, daß ein vom Erbbauberechtigten dem Grundstückseigentümer bestelltes Vorkaufsrecht nicht zum Inhalt des Erbbaurechts selbst gehört und deshalb gesondert zu bewerten ist (vgl. BayObLG aaO S. 60 f. m. zahlreichen Nachw.; ferner die bei *Tschischgale/Luetgebrune/Lappe* Kostenrechtsprechung zu § 21 KostO unter Ifd. Nrn. 2, 3, 4, 23 und bei *Hodes/Wolter* Kostenrechtsprechung seit 1945 zu § 21 KostO unter Ifd. Nr. 10 aufgeführten Entscheidungen sowie *Rohs/Wedewer* § 21 Anm. A II d S. 290).

Hieraus ist weiter geschlossen worden (vgl. BayObLG, *Rohs/Wedewer* je aaO; OLG Frankfurt JurBüro 1976, 1364/1365 m. Nachw.), der Wert des Vorkaufsrechts als echte zusätzliche Leistung müsse dem Wert des Erbbauzins hinzugerechnet werden. Inwieweit dies für die Bewertung einer diesbezüglichen notariellen Beurkundung richtig ist (hierauf beziehen sich die meisten der genannten Nachweise, insbesondere die zuletzt erwähnte Entscheidung des OLG Frankfurt), kann hier auf sich beruhen; insoweit gelten nämlich besondere Vorschriften über die Zusammenrechnung der Werte mehrerer in einer Urkunde beurkundeten Gegenstände (vgl. insbesondere § 39 Abs. 1, § 44 Abs. 2 KostO).

(2) Für die Bewertung der Eintragung eines Erbbaurechts im Grundbuch kann jedenfalls der Wert eines gleichzeitig hieran bestellten Vorkaufsrechts nicht (werterhöhend) herangezogen werden. Dies hat seinen Grund darin, daß für die Bewertung der Eintragung des Erbbaurechts ausschließlich § 21 KostO maßgebend ist (*Göttlich/Mümmeler* KostO 7. Aufl. Erbbaurecht 2.2 S. 345). Von der danach in erster Linie maßgeblichen Bewertung über den Grundstückswert ist nur dann abzusehen, wenn der Wert des Erbbauzins höher ist. Zum Erbbauzins gehört aber, wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 21 Abs. 1 Satz 3 KostO ergibt, ein vom Erbbauberechtigten dem Grundstückseigentümer eingeräumtes Vorkaufsrecht nicht, mag es auch wirtschaftlich als Leistung des Erbbauberechtigten anzusehen sein. Die Nichtberücksichtigung des Werts des Vorkaufsrechts entspricht ferner auch der mit der Einfügung des § 21 KostO verfolgten Absicht des Gesetzgebers, die bis dahin in der Praxis zu Schwierigkeiten führende Bewertung von Erbbaurechten zu vereinfachen (BayObLGZ 1968, 52/59 [= DNotZ 1968, 760/762]). Der Wert des am Erbbaurecht bestellten Vorkaufsrechts kann daher dem Erbbauzins nicht werterhöhend hinzugerechnet werden (ebenso *Rohs/Wedewer* § 21 Anm. A II b S. 288 b, § 62 Anm. I d: als „selbstverständlich“ bezeichnet; *Mümmeler* JurBüro 1972, 353/358; *Göttlich/Mümmeler* aaO).

Soweit der Senat in der Entscheidung BayObLGZ 1968, 52/59 ff. [= DNotZ aaO.] einen anderen Standpunkt vertreten hat, hält er hieran nicht fest. Dabei kann dahinstehen, ob der Annahme eines durch den Wert des Vorkaufsrechts erhöhten Werts des Erbbaurechts auch entgegenstünde, daß das Vorkaufsrecht bei der Gebührenberechnung dann zweimal (für die Eintragung des Erbbaurechts und des Vorkaufsrechts selbst; vgl. OLG Celle Rpfleger 1967, 81 f. m. Anm. von *Rohs*; *Rohs/Wedewer* Anm. I d. S. 521, *Korintenberg/Ackermann/Lappe* Rdnr. 10, je zu § 62; ferner LG Lübeck JurBüro 1976, 951 m.zust.Anm. v. *Schalhorn*) berücksichtigt würde.

b) aa) Der Geschäftswert für die gemäß § 62 Abs. 1 KostO für die Eintragung des Vorkaufsrechts zugunsten der Grundstückseigentümer am Erbbaurecht erwachsene (volle) Gebühr bemißt sich nach § 20 Abs. 2 KostO (vgl. BayObLGZ 1968, 52/61; BayObLG Rpfleger 1982, 240/241 = JurBüro 1982, 589/590 m. zust. Anm. v. *Mümmeler*). Demnach ist als Wert eines Vorkaufsrechts in der Regel der halbe Wert der Sache anzunehmen. Im Hinblick auf die bei Bestellung des Erbbaurechts getroffene Vereinbarung, das Erbbaurecht könne nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers veräußert werden, haben die Vorinstanzen lediglich 1/5 dieses Regelwerts, also 10% des Werts der Sache angenommen. Dies entspricht gefestigter Rechtsprechung (vgl. BayObLGZ 1968, 52/62 f. m. Nachw. [= DNotZ 1968, 760, 764 f.]; OLG Hamm JVBl 1967, 17; *Rohs/Wedewer* § 21 Anm. A II b S. 288 m. weit. Nachw. in FN 7) und ist auch im vorliegenden Fall nicht bezweifelt worden.

bb) Der „Wert der Sache“ i.S. des § 20 Abs. 2 KostO, also des zu belastenden Erbbaurechts, ist, da die Kostenordnung hierfür eine besondere Vorschrift nicht vorsieht (§ 21 Abs. 1 KostO gilt nur für die Bestellung des Erbbaurechts selbst; vgl. BayObLG JurBüro 1977, 395 f. [= MittBayNot 1976, 230]) gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen. Da ein (bestelltes) Erbbaurecht rechtlich einem Grundstück gleichsteht (§ 11 ErbbauVO), sind für dessen Bewertung maßgeblich die Regelungen in § 19 KostO heranzuziehen (BayObLGZ 1968, 52/61, *Rohs/Wedewer* § 21 Anm. A II b S. 286 b f., je m. Nachw.).

Anerkannt ist, daß bei der Bewertung eines zu belastenden Erbbaurechts die vorgesehene künftige Entwicklung nicht außer acht gelassen werden darf. Hier soll nach

dem Zweck der Erbbaurechtsbestellung auf den in Frage kommenden Grundstücken ein Geschäftshaus mit Nebenanlagen errichtet werden. Dieser Umstand rechtfertigt es, bei der Bewertung auch die hierfür erforderlichen (vorausichtlichen) Baukosten heranzuziehen, da sich das — erst in Zukunft gegebenenfalls auszuübende — Vorkaufsrecht auch auf das Gebäude erstreckt. Dies ist heute weitgehend allgemeine Auffassung (vgl. BayObLG aaO m. Nachw.; *Rohs/Wedewer aaO FN 6, Korintenberg/Ackermann/Lappe § 21 Rdnr. 25, je m. weit. Nachw.*) und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht in Frage gestellt.

Mit der Berücksichtigung der Baukosten ist aber der „Wert der Sache“, d.h. des zu belastenden Erbbaurechts, noch nicht ausgeschöpft. Wenn auch die Bebauung mit einem Gebäude eine wesentliche Werterhöhung des Erbbaurechts mit sich bringt, so hat dieses doch auch ohne die Bebauung einen eigenen Wert, der allein dadurch, daß eine Bebauung vorgesehen ist, nicht entfällt. Hiervon ist auch die Entscheidung BayObLGZ 1968, 52/61 f. ausgegangen; in ihr ist lediglich deshalb kein (nach den Vorschriften über die Bewertung von Grundstücken zu ermittelnder) gesonderter Wert für das Erbbaurecht (ohne Errichtung des Bauwerks) an sich berücksichtigt worden, weil dieser nach den damaligen Vorschriften, wonach der Einheitswert maßgeblich war, gegenüber dem — weitaus überragenden — Wert des auf Grund des Erbbaurechts zu errichtenden Gebäudes nicht ins Gewicht gefallen wäre. Als „Wert der Sache“ ist deshalb die gesamte wirtschaftliche Substanz des Erbbaurechts anzunehmen, d.h. neben dem Wert des zu errichtenden Gebäudes auch der Wert des Erbbaurechts ohne Errichtung des Bauwerks (OLG Frankfurt JurBüro 1976, 1364/1366; *Delp JurBüro 1978, 961/963 f., 967*).

Dieser wird hierdurch auch nicht doppelt herangezogen. Vielmehr haben lediglich die Eintragung des Erbbaurechts selbst und die Eintragung des Vorkaufsrechts an ihm einen unterschiedlichen Wert, wobei sich der Wert des Vorkaufsrechts durch die (vorgesehene) Bebauung um deren (vorausichtliche) Kosten erhöht hat. Etwas anderes besagt auch nicht die von den Beschwerdeführern herangezogene Entscheidung des OLG Hamm JVB 1967, 17/18. Denn dort ist auch nur ausgeführt, daß die Baukosten einen maßgeblichen Anhaltspunkt für die nach § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmende Schätzung darstellen; ferner ist aber betont, daß zugleich auf den (Einheits-)Wert des Erbbaurechts abzustellen ist.

cc) Nach alledem haben die Vorinstanzen zutreffend bei der Bewertung des Vorkaufsrechts neben den voraussichtlichen Baukosten (30 000 000 DM) den Wert des Erbbaurechts ohne Bebauung werterhöhend herangezogen. Wenn sie hierbei — im Rahmen der Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO — von den Bewertungsgrundsätzen des § 21 Abs. 1 KostO (80% des Grundstückswerts; s.o.) ausgegangen sind, so kann dies — mangels zwingender entgegenstehender Anhaltspunkte — aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden (vgl. auch OLG Frankfurt aaO). Ob demgegenüber auch eine andere Ermessensausübung möglich gewesen wäre, muß dahinstehen; insoweit kann die Entscheidung des Landgerichts, wenn sie — wie hier — keinen Fehler bei der Ausübung des Ermessens erkennen läßt, im Verfahren der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet werden (BayObLG JurBüro 1982, 1385 m. Nachw.).

4. Die weiteren Beschwerden der Staatskasse und der Beteiligten können daher keinen Erfolg haben.

16. KostO §§ 36 ff., 47; GmbHG §§ 1, 2, 3 (*Zur Beurkundungsgebühr bei der Einmann-GmbH-Gründung*)

**Für die notarielle Beurkundung der Errichtung einer Einmann-GmbH ist nur eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO zu erheben.**

BayObLG, Beschluß vom 30. 12.1982 — BReg. 3 Z 93/82 — mitgeteilt von Notar *Dr. Hans-Ulrich Jerschke*, Kronach, und von *Dr. Martin Pfeuffer*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 16. 11. 1981 die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Der Beteiligte zu 3) erklärte, die G.-GmbH (Beteiligte zu 2) zu errichten. Er setzte das Stammkapital auf 50 000 DM fest und übernahm allein eine Stammeinlage in dieser Höhe. Die Satzung der GmbH stellte er in einer Anlage zu der Urkunde fest.

Der Beteiligte zu 1) forderte für diese Beurkundung von der Beteiligten zu 2) Kosten von insgesamt 470,30 DM an, darunter eine doppelte Gebühr von 300 DM gemäß § 36 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 50 000 DM.

Auf Grund einer Weisung des Präsidenten des Landgerichts beantragte der Beteiligte zu 1) die Entscheidung des Landgerichts zu dieser Kostenberechnung. Die Weisung ging auf eine Gebührenprüfung durch die Prüfungsabteilung der Notarkasse zurück, welche für die Beurkundung der Errichtung einer Einmann-GmbH nur die Erhebung einer vollen Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO für gerechtfertigt ansah. Der Beteiligte zu 1) hielt unter Bezugnahme auf die Ausführungen von *Willemer (DNotZ 1981, 469)* und *Mümmler (JurBüro 1981, 837)* an seiner Berechnung fest.

Das Landgericht entschied mit Beschluß vom 29. 6. 1982, daß der Notar für die „notariell beurkundete Erklärung des Gesellschaftsvertrags“ nicht eine 20/10 Gebühr, sondern nur eine 10/10 Gebühr verlangen könne. Es ließ die weitere Beschwerde zu.

Gegen diese Entscheidung hat der beteiligte Notar mit Schriftsatz vom 2. 8. 1982 weitere Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, den Beschluß aufzuheben.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die vom Landgericht zugelassene, frist- und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde des Notars ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Über sie hat das Oberste Landesgericht zu entscheiden (§ 199 Abs. 1 FGG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 AGGVG).

2. Die Gründung einer Gesellschaft durch eine Mehrheit von Personen stellt einen Vertrag dar. Durch ihn verpflichten sich die Gesellschafter, einen gemeinsamen Zweck durch Zusammenwirken, insbesondere auch durch Vereinigung ihrer einzubringenden Leistungen zu erreichen (vgl. *Palandt/Thomas BGB 42. Aufl. § 705 Anm. 2*): Er gehört zu den Verträgen im Sinne des § 36 Abs. 2 KostO, da aufeinander abgestimmte Willenserklärungen mehrerer Personen abgegeben werden. Es ist deshalb für die Beurkundung die dort bestimmte doppelte Gebühr zu erheben (*Korintenberg/Ackermann/Lappe KostO 9. Aufl. — KAL — Rdnr. 10, Rohs/Wedewer KostO 2. Aufl. Anm. III b 1, je zu § 36*). Das gilt auch für den Gesellschaftsvertrag, durch den mehrere Personen eine GmbH errichten (KAL aaO).

3. Durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften (im folgenden: GmbH-Novelle) vom 4. 7. 1980 (BGBl I S. 836) ist das GmbHG dahin geändert worden, daß eine GmbH auch durch eine einzige Person errichtet werden kann (§ 1 GmbHG). Der Regierungsentwurf der Novelle hatte die Einfügung eines § 2 Abs. 2 in das GmbHG mit folgendem Wortlaut vorgesehen: „Wird die Gesellschaft nur durch eine Person errichtet, steht dem Gesellschaftsvertrag die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft gleich.“ Der Bundestag hat jedoch diese Vorschrift nicht in das Gesetz übernommen, sondern nur die

bisherige Fassung von § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG („Der Gesellschaftsvertrag bedarf des Abschlusses in notarieller Form“) dahin geändert, daß die Worte „des Abschlusses in“ gestrichen wurden. Nach dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags (BT-Drucks. 8/3908 S. 68) kann zwar eine GmbH durch nur eine Person nicht durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags errichtet werden, da dieser begriffsnötig mindestens zwei Vertragsparteien voraussetzt. Dieser Besonderheit der Einmann-Gründung werde jedoch durch die erwähnte Streichung ausreichend Rechnung getragen. Die Bezeichnung „Gesellschaftsvertrag“ werde auch für die Einmann-Gründung beibehalten, da sie im GmbHG auch sonst für die Urkunde über die Errichtung der GmbH und ihre Grundlagen verwendet werde und der Gesellschaftsvertrag schon nach geltendem Recht ein Vertrag besonderer Art sei.

Ob unter diesen Umständen die Errichtung einer Einmann-GmbH materiellrechtlich überhaupt unter den Begriff des Gesellschaftsvertrags gebracht werden kann oder ob sie ein einseitiges Rechtsgeschäft ist (so *Palandt/Heinrichs* Überbl. vor § 104 Anm. 3 a; vgl. auch OLG Frankfurt JurBüro 1982, 1710/1711 m.w.Nachw.; *Priester* DNotZ 1980, 515/524; *Rohs/Wedewer* § 36 Anm. II), mag zweifelhaft erscheinen. Schon der Rechtsausschuß des Bundestags hat die Errichtung einer Einmann-GmbH begrifflich nicht mit einem Gesellschaftsvertrag völlig gleichgestellt. Wenn in den Vorschriften des GmbHG, welche die Rechtsverhältnisse der GmbH nach der Errichtung regeln, häufig vom Gesellschaftsvertrag die Rede ist, so ist damit nicht die Gesellschaftsgründung gemeint, sondern die körperschaftliche Verfassung der GmbH (Satzung), soweit diese ihr durch die Gründer gegeben wird; eine solche Verfassung wird freilich bei der Errichtung einer Einmann-GmbH ebenso geschaffen wie bei einer Gründung durch mehrere Personen. Die materiellrechtliche Frage braucht aber hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls wird die Einmann-GmbH durch eine einzige Person errichtet. Nur diese gibt auf die Errichtung bezogene Willenserklärungen ab, nur sie bestimmt den Inhalt dessen, was das GmbHG weiterhin „Gesellschaftsvertrag“ nennt (§ 3 GmbHG). Es werden deshalb bei der durch § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vorgeschriebenen notariellen Beurkundung nur die Erklärungen dieses alleinigen Gesellschaftsgründers beurkundet. Dann ist aber für die Bemessung der Beurkundungsgebühr die für die Beurkundung einseitiger Erklärungen maßgebliche Vorschrift des § 36 Abs. 1 und nicht der nur für die Beurkundung von Verträgen geltende § 36 Abs. 2 KostO anzuwenden (ebenso OLG Frankfurt aaO; *Rohs/Wedewer* § 36 Anm. II; *Lappe* NJW 1982, 1736/1740; [Prüfungsabteilung der Notarkasse] MittBayNot 1982, 51/52; *Heidenhain/Meister* in Münchener Vertragsbuch Bd. I, IV. 10 Anm. 7; wohl auch *Bock* MittRhNotk 1981, 1/4 mit Fn. 31; a.A. *Willemer* DNotZ 1981, 469; *Mümmeler* JurBüro 1981, 837). Um einseitige Erklärungen im Sinne des § 36 Abs. 1 KostO handelt es sich nicht nur dann, wenn das Rechtsgeschäft keine Erklärung einer weiteren Person erfordert (z.B. Kündigung, Anfechtung, Auslobung), sondern auch, wenn erst durch aufeinander abgestimmte Erklärungen mehrerer Personen ein Rechtsgeschäft (Vertrag) zustande kommt, aber nur die Erklärung eines der Beteiligten beurkundet wird, was insbesondere dann geschieht, wenn nur sie — z.B. das Schenkungsversprechen nach § 518 Abs. 1 BGB — beurkundungsbedürftig ist (*Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling* KostO 5. Aufl. — BKB — Anm. 2, KAL Rdnrn. 7 f., *Rohs/Wedewer* Anm. II, je zu § 36; *Göttlich/Mümmeler* KostO 7. Aufl. S. 285). Es kommt also nicht darauf

an, welcher Art das Rechtsgeschäft ist, zu dessen Zustandekommen die beurkundete Erklärung einer Person beiträgt. Daher braucht auf Ausführungen, wonach die Rechtsordnung auch in anderen Fällen als bei der Gründung einer Einmann-GmbH Verträge anerkenne, die ohne sich deckende Willenserklärungen mehrerer Personen zustande kommen (vgl. *Willemer* DNotZ 1981, 469), nicht näher eingegangen zu werden.

Ferner kann entgegen der Ansicht von *Willemer* (aaO) das Fehlen einer kostenrechtlichen Regelung für die Errichtung einer Einmann-GmbH in der GmbH-Novelle nicht dahin verstanden werden, daß der Gesetzgeber diese Gründung nicht dem § 36 Abs. 1 KostO habe unterstellen wollen. Es hätte im Gegenteil einer Änderung der Kostenordnung dann bedurft, wenn auf die Beurkundung einer einseitigen Erklärung ausnahmsweise nicht Abs. 1, sondern Abs. 2 des § 36 KostO hätte angewendet werden sollen.

Nach § 47 KostO wird für die Beurkundung von Beschlüssen von Gesellschaftsorganen die doppelte Gebühr erhoben. Es wird zwar angenommen, daß dies auch für die Beurkundung von Beschlüssen einer zu einer Einmann-GmbH gewordenen Gesellschaft gilt (KG JFGerg 18, 95/97 = DNotZ 1938, 107; LG Arnsberg JvBl. 1969, 69; BKB § 47 Anm. 2; *Göttlich/Mümmeler* S. 161, 283; *Lappe/Stöber* Kosten in Handels-sachen S. 150; *Rohs/Wedewer* § 27 Anm. II b). Es können daraus aber keine Rückschlüsse auf die Anwendbarkeit von § 36 Abs. 2 KostO gezogen werden. Gesellschafterbeschlüsse sind Akte der Willensbildung der Gesellschaft, die Errichtung einer GmbH dagegen ist eine Willenserklärung mehrerer Gründer oder eines einzigen Gründers (KAL Rdnrn. 4, 5 zu § 47; *Rohs/Wedewer* Anm. II b zu § 27; *Göttlich* JurBüro 1973, 91/94; *Göttlich/Mümmeler* S. 161; *Lappe* aaO). Beim Abschluß des Gesellschaftsvertrags gibt es noch keine Gesellschaftsorgane, diese werden vielmehr durch die Errichtung der Gesellschaft erst geschaffen. Die Beurkundung von Willenserklärungen ist in den §§ 6 ff. BeurkG geregelt, während die von Gesellschafterbeschlüssen (Versammlungsbeschlüssen) unter die sonstigen Beurkundungen im Sinne der §§ 36 ff. BeurkG fällt (*Keidel/Kuntze/Winkler* Freiwillige Gerichtsbarkeit 11. Aufl. Teil B BeurkG Vorbem. zu §§ 6 bis 35 Rdnr. 3, § 36 Rdnr. 5; *Mecke* BeurkG § 36 Rdnr. 1). Dem folgt die kostenrechtliche Behandlung. Die §§ 36 bis 44 KostO befassen sich mit der Beurkundung von Willenserklärungen, während § 47 KostO die Gebühr für die Beurkundung eines anderen (tatsächlichen) Vorgangs regelt (BKB § 36 Anm. 2; KAL Vorbem. zu §§ 36 bis 59 Rdnr. 2; *Rohs/Wedewer* § 36 Anm. I). § 47 KostO ist auf die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen auch nicht subsidiär anwendbar. Ferner kennt diese Vorschrift keine Differenzierung des Gebührensatzes nach der Zahl der mitwirkenden Personen, die einen Beschluß fassen. Daher kann aus ihr kein Argument dafür gewonnen werden, ob für solche Beurkundungen Abs. 1 oder Abs. 2 des § 36 KostO maßgebend ist.

Ob die Errichtung einer Einmann-GmbH kostenrechtlich der Umwandlung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns durch Übertragung des Geschäftsvermögens auf eine Aktiengesellschaft (§§ 50 ff. UmwG) oder auf eine GmbH (§§ 56 a ff. UmwG) in jeder Hinsicht — etwa auch im Fall einer Sachgründung — gleichgestellt werden kann, braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Die Umwandlung geschieht durch Umwandlungserklärung des Einzelkaufmanns, welche sowohl die Gründung der AG bzw. die Errichtung der GmbH als auch die Übertragung des Geschäftsvermögens auf die Gesellschaft enthält (§ 51 Abs. 1, § 56 b Abs. 2 UmwG). Die Beurkundung einer solchen Um-

wandlungserklärung läßt nach einer vom Kammergericht (DNotZ 1976, 438 = JurBüro 1976, 236 = Rpfleger 1975, 447; ebenso für die Umwandlungserklärung nach § 58 UmwG: OLG Celle DNotZ 1974, 314; LG Freiburg Die Justiz 1973, 434) und auch im Schrifttum (KAL Rdnr. 4, *Rohs/Wedewer* Anm. II, je zu § 36; *Widmann/Mayer* Umwandlungsrecht § 52 Rdnr. 990.1, § 56 c Rdnr. 1159; *Willemer* aaO S. 472) vertretenen Ansicht nur eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO entstehen; eine entsprechende Anwendung des § 47 KostO lehnt das Kammergericht (aaO) ab. Es ist jedenfalls nicht einzusehen, warum die Entstehung einer Einmann-GmbH durch Umwandlung anders bewertet werden sollte als die Errichtung ohne Umwandlung (§§ 1, 2 GmbHG). Die Umwandlung in eine GmbH steht einer Sachgründung gleich (§ 56 d UmwG; *Widmann/Mayer* § 56 b Rdnr. 1102, § 56 d Rdnr. 1222), bei ihr erübrigen sich sogar gesonderte Rechtsgeschäfte zur Erfüllung der Einbringungspflicht, weil die Umwandlungserklärung zusammen mit der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister den Übergang der dem Einzelkaufmann gehörenden Vermögensgegenstände auf die Gesellschaft bewirkt (§ 56 f Abs. 1 Satz 2 UmwG). Auch hinsichtlich des Geschäftswerts besteht kein Unterschied, da sowohl bei der Errichtung der Einmann-GmbH als auch bei der Umwandlung die einzubringenden Vermögenswerte (ohne Schuldenabzug) maßgebend sind.

Auch der Hinweis des Rechtsbeschwerdeführers, bei der Gesellschaftsgründung sei auch die schuldrechtliche Verpflichtung zur Einbringung der Stammeinlage zu beurkunden, vermag dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG muß der Gesellschaftsvertrag den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage enthalten. Die Festlegung der Stammeinlage als einer „zu leistenden“ beinhaltet die Verpflichtung, diese Einlage zu erbringen (*Ulmer* in *Hachenburg* GmbHG 7. Aufl. § 3 Rdnr. 35; *Fischer* GmbHG 9. Aufl. § 3 Anm. 5; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 5. Aufl. S. 134, 159). Hinsichtlich des Geschäftswerts (§ 39 Abs. 4 KostO) ist diese Erklärung wesentlicher Bestandteil der Gesellschaftsgründung und stellt gegenüber dem sonstigen von § 3 GmbHG geforderten Inhalt des Gesellschaftsvertrags keine kostenrechtlich selbständige Erklärung dar (BayObLGZ 1963, 141/150 ff. = DNotZ 1964, 552/555 f.; KG JFGerg 23, 62/65 = DNotZ 1942, 114/116; *Rohs/Wedewer* § 39 Anm. VI a). Ob sich dieser Gesichtspunkt auch auf den Gebührensatz auswirken könnte, kann offengelassen werden. Das gilt auch für die Frage, ob bei der Übernahme der Stammeinlage des Alleingründers ein Empfänger dieser Willenserklärung schon vorhanden sein kann. Denn auch bezüglich der Einbringung ist jedenfalls nur die Erklärung einer einzigen Person beurkundet worden.

Gegen die Entstehung nur einer vollen Gebühr kann schließlich nicht eingewendet werden, die Mühewaltung des Notars werde dadurch im Vergleich zur Beurkundung der Gründung einer GmbH durch mehrere Gesellschafter zu gering entgolten. Abgesehen davon, daß die größere oder geringere Mühewaltung des Notars nicht stets ein Berechnungsmerkmal für seine Gebühren darstellt, ist zu berücksichtigen, daß die Belehrung eines einzigen Urkundsbeteiligten und die Formulierung der Erklärungen dieses einzigen Gründers im allgemeinen weniger Arbeit verursachen dürfte, als wenn die GmbH von einer Mehrheit von Gesellschaftern errichtet wird. Dabei wird nicht außer acht gelassen, daß bei der Einmann-Gründung auch rechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind, die sonst nicht bestehen (vgl. z.B. § 7 Abs. 2 Satz 3, § 35 Abs. 4, § 48 Abs. 4 GmbHG). Für manche

Fälle der Beurkundung von Willenserklärungen sieht zwar die Kostenordnung in Abweichung von § 36 vor, daß ein höherer oder geringerer Gebührensatz maßgeblich ist (§§ 37, 38 KostO). Soweit es um einseitige Erklärungen geht, wird für die Beurkundung eines Vertragsangebots, die an sich unter § 36 Abs. 1 KostO fallen würde, gemäß § 37 KostO das Eineinhalbfache der vollen Gebühr erhoben, weil das Angebot inhaltlich bereits so bestimmt sein muß, daß die Annahme jedenfalls ohne wesentliche Änderungen erfolgen kann (§ 150 Abs. 2 BGB; *Palandt/Heinrichs* § 145 Anm. 1 a; KAL Rdnr. 1, *Rohs/Wedewer* I, je zu § 37). Eine Erhöhung des Gebührensatzes über eine volle Gebühr hinaus hat jedoch der Gesetzgeber in der GmbH-Novelle nicht vorgesehen. Dies ist nicht einmal bezüglich der Beurkundung der Umwandlung durch Umwandlungserklärung nach § 56 b UmwG geschehen, obwohl diese gleichfalls durch die GmbH-Novelle (Art. 5) geschaffene Art der Umwandlung zahlreiche Besonderheiten aufweist (vgl. § 56 c Abs. 3 in Verb. mit § 48 Abs. 3 und § 52 Abs. 4, ferner § 56 d, § 56 e UmwG).

4. Da somit die Entscheidung des Landgerichts keinen Rechtsverstoß enthält, war die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

#### 17. KostO §§ 39, 44 (Zur Bewertung einer Unterbeteiligung an einem Kommanditanteil)

1. Bei der Bestimmung des Geschäftswerts der notariellen Beurkundung eines Vertrages, durch den eine Unterbeteiligung an einem Kommanditanteil eingeräumt wird, ist vom Aktivvermögen der Kommanditgesellschaft auszugehen.
2. Bei der Bewertung des Kommanditanteils ist ein Wertabschlag wegen der nur schuldrechtlichen Beteiligung und je nach der Abfindungsregelung zu machen.
3. Für die Unterbeteiligung ist auf den prozentualen Anteil des Unterbeteiligten am Kommanditanteil abzustellen.
4. Wird im Unterbeteiligungsvertrag als Rechtsgrund Schenkung angegeben, so betreffen Einräumung und Schenkung denselben Gegenstand

BayObLG, Beschluß vom 12. 8. 1982 — BReg. 3 Z 22 /82 —

#### Aus dem Tatbestand:

1. Der Beteiligte zu 3) beurkundete am 22. 8. 1978 einen Unterbeteiligungsvertrag zwischen E. T. und seiner Tochter R. T., den Beteiligten zu 1) und 2). Nach der Vorbemerkung des Vertrages ist E. T. Kommanditist der Firma E. T. Sport-GmbH & Co KG (nachstehend als KG bezeichnet) mit einer Kommanditeinlage von 4 Millionen DM. Zur Verwirklichung seiner Absicht, seine Tochter zur teilweisen Vorwegnahme der Erbfolge angemessen an seinem Kommanditanteil zu beteiligen, wurden die folgenden Vereinbarungen getroffen:

E. T. schenkt seiner Tochter als Unterbeteiligter einen Anteil im Nominalwert von 960 000 DM. Mit diesem Anteil nimmt die Unterbeteiligte an der Substanz und dem Ertrag der KG teil (§ 1 Abs. 1).

Die Unterbeteiligte nimmt im Innenverhältnis gegenüber dem Hauptbeteiligten grundsätzlich an dessen Gewinn oder Verlust aus dem Jahresergebnis der KG teil. Die Gewinnverteilungsregelung des Gesellschaftsvertrags der KG bleibt unberührt. Maßgebend für die Gewinnverteilung zwischen dem Hauptbeteiligten und der Unterbeteiligten ist die Höhe der beiden Kapitalanteile im Zeitpunkt der Einräumung der Unterbeteiligung. Insoweit gelten der Anteil der Unterbeteiligten als Festkonto, stehengelassene Gewinne abzüglich Entnahmen usw. als Darlehen. Der dem Hauptbeteiligten zugewiesene steuerliche Gewinnanteil wird im Verhältnis 76:24 verteilt, nachdem das Guthaben der Unterbeteiligten mit einem bestimmten, nach dem Bundesbankdiskontsatz bemessenen Zinssatz verzinst wurde und dem Hauptbeteiligten die übrigen Zinsen seines Darlehenskontos gutgeschrieben wurden (§ 2 Abs. 1 und 2).

Die gesellschaftlichen Mitgliedschafts- und Verwaltungsrechte in der KG werden nur von dem Hauptbeteiligten ausgeübt; er hat jedoch die Interessen der Unterbeteiligten wahrzunehmen (§ 3 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag der KG gilt als Bestandteil des jetzigen Ver-

Gesellschaftsvertrag der KG gilt als Bestandteil des jetzigen Vertrags; soweit erforderlich stimmt die Unterbeteiligte allen künftigen Änderungen zu (§ 3 Abs. 4).

Der Unterbeteiligungsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Endigungsgründe sind in der Urkunde im einzelnen aufgeführt, jedoch ist das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen. Beim Tode des Hauptbeteiligten oder der Unterbeteiligten wird das Unterbeteiligungsverhältnis mit den Erben bzw. Vermächtnisnehmern fortgesetzt, jedoch nur mit ehelichen Abkömmlingen (§ 4).

Bei Beendigung der Unterbeteiligung wird die Unterbeteiligte mit der Summe aus dem zuletzt für ihre Unterbeteiligung festgestellten betrieblichen Einheitswertanteil und einem etwa vorhandenen Mehrbetrag des Buchwerts der Betriebsgrundstücke abgefunden, soweit diese auf die Unterbeteiligung entfallen (§ 6 Abs. 1). Abweichend davon erhält die Unterbeteiligte bei einer Veräußerung der Hauptbeteiligung neben ihrem Guthaben auf dem Darlehenskonto 24% des Nettokaufpreises (§ 6 Abs. 3).

Der Hauptbeteiligte verpflichtet sich für den Fall einer Erhöhung seines Kommanditanteils, auch die Unterbeteiligung entsprechend zu erhöhen (§ 8).

2. Der Notar berechnete zunächst eine doppelte Gebühr aus einem Geschäftswert von 2 229 929 DM, der wie folgt festgestellt wurde: Vom Betriebseinheitswert der KG wurden die Gesellschafterdarlehen abgezogen und der Wert des Betriebsgrundbesitzes mit dem Buchwert an Stelle des Einheitswerts angenommen. Aus dem sich so ergebenden Wert von 9 385 224 DM ermittelte der Notar den Wert des Anteils des Beteiligten zu 1) als des einzigen Kommanditisten mit 99%, den des Komplementärs mit 1%. Die Unterbeteiligung bewertete er dann mit 24% aus 99%.

Die Notarkasse beanstandete bei einer Kostenprüfung, daß nicht vom Wert der Aktiva der KG ohne Schuldenabzug, sondern vom Betriebseinheitswert ausgegangen worden sei, obwohl die Unterbeteiligte wirtschaftlich am Unternehmen beteiligt werde. Daraufhin erstellte der Notar am 30.12.1980 eine neue Kostenberechnung unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 4 142 765 DM.

3. Der Beteiligte zu 1) bezahlte auch den Erhöhungsbetrag, erhob jedoch Beschwerde mit dem Ziel, die Kostenberechnung insoweit aufzuheben. Er machte geltend, Gegenstand des Geschäfts des Notars sei die Begründung eines von vornherein nur auf den Saldo zwischen Aktiv- und Passivvermögen der Gesellschaft gerichteten schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Hauptbeteiligten gewesen. Es habe sich nicht um eine Unterbeteiligung gehandelt, bei welcher der Unterbeteiligte im Innenverhältnis wie ein Gesellschafter zu behandeln sei; deshalb sei die von der Notarkasse herangezogene Entscheidung des Senats vom 3.4.1980 — BReg. 3 Z 57/79 — (= JurBüro 1980, 1060) nicht einschlägig. Die Beteiligte zu 2) trete in keinerlei Rechtsbeziehung zur Gesellschaft oder zu den übrigen Gesellschaftern. Sie habe keinen Zugriff auf das Aktivvermögen. Es werde auch keine Verpflichtung zur Übertragung des Gesellschaftsanteils begründet; der Hauptbeteiligte sei nicht etwa nur Treuhänder der Unterbeteiligten. Der Anspruch der Unterbeteiligten beschränke sich vielmehr auf laufende Geldzahlungen entsprechend dem Gewinn und im Fall der Beendigung der Unterbeteiligung auf eine einmalige Geldzahlung in Höhe des Saldos aus den Aktiv- und Passivwerten.

Die Notarkasse vertrat die Ansicht, jede atypische Beteiligung schaffe schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten und vermeide direkte Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft und zu den anderen Gesellschaftern. Insoweit seien die hier getroffenen Vereinbarungen über die Stellung in der Gesellschaft und über die Abfindung ohne Bedeutung. Auch ein Hauptgesellschafter erhalte beim Ausscheiden als Abfindung meistens nur einen Geldanspruch. Die Verschiedenheiten des vorliegenden und des vom Senat entschiedenen Falles seien schon dadurch berücksichtigt, daß dort nach dem Anteil des Hauptgesellschafters, hier dagegen nur nach dem Anteil der Unterbeteiligten am Aktivvermögen bewertet worden sei.

Der Notar wies darauf hin, daß zwischen einer atypischen stillen Beteiligung an einer Handelsgesellschaft und einer Unterbeteiligung am Anteil eines Gesellschafters zu unterscheiden sei. Im ersteren Fall entstünden vertragliche Beziehungen auch zwischen dem stillen Gesellschafter und der Gesellschaft, im letzteren Fall dagegen nur zu dem Hauptbeteiligten. Ob einem Unterbeteiligten kostenrechtlich die Aktiva oder nur der Saldo zuzurechnen sei, dürfe von der Gestaltung der Unterbeteiligung abhängen, insbesondere von der Möglichkeit einer Einflußnahme auf das Aktivvermögen über den Hauptbeteiligten.

4. Das Landgericht hob mit Beschluß vom 13.10.1981 die Kostenberechnung vom 30.12.1980 auf, soweit mit ihr ein höherer Betrag als zunächst erhoben gefordert wurde, ordnete die Erstattung des Erhöhungsbetrags sowie der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens durch den Notar an und ließ die weitere Beschwerde zu.

5. Gegen den nur formlos mitgeteilten landgerichtlichen Beschluß hat der Notar mit Schreiben vom 4./8. 2. 1982 weitere Beschwerde eingelegt.

#### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist statthaft, da sie das Landgericht zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie ist auch im übrigen zulässig.

2. Durch den beurkundeten Vertrag vom 22. 8. 1978 soll die Unterbeteiligte an dem Kommanditanteil des Hauptbeteiligten in der Weise beteiligt werden, daß sie am Gewinn und Verlust des Hauptbeteiligten aus dem Geschäftsergebnis der KG sowie — bei Beendigung der Unterbeteiligung — an der Substanz der KG teilnimmt.

Der Geschäftswert ist nach den Grundsätzen zu bestimmen, die für die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags gelten, denn auch die Vereinbarung einer Unterbeteiligung stellt den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags dar (MünchKomm/Ulmer Rdnr. 55 vor § 705 BGB; Staudinger/Keßler BGB 12. Aufl. Vorbem. vor § 705 Rdnrn. 108 f.; Baumbach/Duden HGB 24. Aufl. § 105 Anm. 1 H; Böttcher/Zartmann/Faut Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung 3. Aufl. S. 105; Paulick ZGR 1974, 253/259 und 268 sowie Staudinger/Keßler aaO sprechen ausdrücklich von einer Unterbeteiligungs-gesellschaft). Da die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB weitgehend abdingbar sind, gehört das Bestehen eines Gesamtvermögens (§§ 718, 719 BGB) und einer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter (§§ 709, 714 BGB) nicht zum Wesen einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft (Palandt/Thomas BGB 41. Aufl. § 705 Anm. 8; MünchKomm/Ulmer Rdnr. 7 vor § 705). Es besteht kein Anlaß, in der Unterbeteiligung etwa aus dem Grunde kein Gesellschaftsverhältnis zu sehen, weil die Gesellschafterrechte in der KG ausschließlich vom Hauptbeteiligten ausgeübt werden, die Unterbeteiligte also mit der KG und deren Gesellschaftern (außer dem Hauptbeteiligten) in keine unmittelbare Rechtsbeziehungen tritt (MünchKomm/Ulmer Rdnr. 54 vor § 705, § 705 Rdnr. 46; Paulick ZGR 1974, 253/256 f.; Paulick Handbuch der stillen Gesellschaft 3. Aufl. § 8 IV 2). Die Unterbeteiligung stellt eine sogen. Innengesellschaft dar (BGHZ 50, 315/320; MünchKomm/Ulmer Rdnr. 52 vor § 705; § 705 Rdnrn. 46, 198; Palandt/Thomas und Staudinger/Keßler je aaO; Paulick ZGR 1974, 253/259; Paulick Handbuch aaO; Böttcher/Zartmann/Faut S. 41).

Die Nichterwähnung eines Gesellschaftsbeitrags der beschenkten Tochter im Unterbeteiligungsvertrag ist gleichfalls rechtlich unerheblich. Denn auch die in § 706 BGB vorgesehene Leistung von Beiträgen kann abbedungen werden (Palandt/Thomas § 705 Anm. 8, § 706 Anm. 1 b; Paulick Handbuch § 8 IV 5).

Entscheidend ist nur, daß sich Hauptbeteiligter und Unterbeteiligter zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verbunden haben (MünchKomm/Ulmer § 706 Rdnr. 16; BGB-RGRK 12. Aufl. Rdnr. 5 vor § 705; Palandt/Thomas aaO; Paulick ZGR 1974, 253/261). Dieser Zweck liegt hier in der gemeinsamen Auswertung des Kommanditanteils, die dazu dienen soll, die Erbfolge teilweise vorwegzunehmen.

Die Unterbeteiligung hat hier eine Besonderheit, die auch bei einer stillen Gesellschaft auftreten kann. Die Unterbeteiligte ist nicht nur am Gewinn und Verlust beteiligt, den der Hauptbeteiligte aus seinem Kommanditanteil erzielt (§ 2 des Vertrags), sondern auch an der Substanz (§ 1 Abs. 1 des Vertrags). Diese Beteiligung am Vermögenswert kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, daß die Unterbeteiligte bei

Beendigung des Unterbeteiligungsverhältnisses nicht nur einen Betrag in Höhe des Nennwerts der Unterbeteiligung zu beanspruchen hat, sondern daß für ihre Abfindung der betriebliche Einheitswert der Unterbeteiligung und darüber hinaus ein etwaiger höherer Buchwert der Betriebsgrundstücke maßgebend ist (§ 6 Abs. 1). Die Unterbeteiligte nimmt also an Wertveränderungen des Kommanditanteils teil, die dieser durch Wertveränderungen im Vermögen der KG erfährt. In die gleiche Richtung geht die Regelung, daß sie bei einer Veräußerung des Kommanditanteils 24% des Nettokaufpreises zu erhalten hat (§ 6 Abs. 3). Der im wirtschaftlichen Verkehr durch eine Veräußerung zu realisierende Wert des Kommanditanteils schlägt sich also auch bei der Unterbeteiligung nieder. Das Landgericht hat deshalb zutreffend in der Unterbeteiligung eine atypische Beteiligung gesehen. Eine solche liegt insbesondere dann vor, wenn der Unterbeteiligte schuldrechtlich so gestellt wird, als ob der Gesellschaftsanteil des Hauptbeteiligten Gesamthandsvermögen der Gesellschafter wäre (*Paulick ZGR 1974, 253/258; Böttcher/Zartmann/Faut S. 45; vgl. auch BGHZ 50, 316/319*). Eine solche Vereinbarung ist vergleichbar mit einer atypischen stillen Gesellschaft, bei welcher der stille Gesellschafter schuldrechtlich am Geschäftsvermögen in der Weise beteiligt wird, daß er bei Beendigung der Gesellschaft nicht nur Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage, sondern auch auf eine weitergehende Beteiligung, z. B. an den stillen Reserven des Unternehmens, hat (vgl. dazu *BGHZ 7, 378/380 [= DNotZ 1953, 48/79]; RGZ 126, 388/390; Palandt/Thomas § 705 Anm. 8 b; Soergel/Schultze-v. Lasaulx BGB 10. Aufl. Vorbem. vor § 705 Rdnr. 65; Paulick Handbuch § 9; Böttcher/Zartmann/Faut S. 34 ff., 127 ff.*).

Wenn das Landgericht allerdings die Einräumung der Unterbeteiligung als Begründung einer stillen Gesellschaft bezeichnet und dabei die §§ 335 ff. HGB zitiert hat, so ist dies mißverständlich. Die stille Gesellschaft im Sinne des HGB bedeutet Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines anderen. Im vorliegenden Fall ist die Unterbeteiligte aber nicht Gesellschafterin einer KG (§ 161 Abs. 1 HGB), sondern sie ist Vertragspartnerin eines Kommanditisten, der nicht etwa schon auf Grund dieser gesellschaftlichen Beteiligung selbst ein Handelsgewerbe betreibt (*MünchKomm/Ulmer Rdnr. 52 vor § 705; Böttcher/Zartmann/Faut S. 36 f.*). Es handelt sich bei der Unterbeteiligung vielmehr um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*BGHZ 50, 316/320; MünchKomm aaO und § 705 Rdnr. 46; Paulick Handbuch § 8 IV 2*), freilich in einer besonderen Ausgestaltung.

3. a) Der Geschäftswert eines Vertrags, durch den eine Gesellschaft gegründet wird, bemißt sich nach dem zusammengerechneten Wert aller Leistungen, welche die Gesellschafter zu erbringen haben; Verbindlichkeiten werden nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 18 Abs. 3 KostO, welche auch für Vermögensmassen gilt und für Gesellschaftsverträge durch keine Ausnahmeregelung (vgl. etwa § 39 Abs. 3 Satz 2 KostO) verdrängt wird, nicht abgezogen (*BayObLGZ 1962, 281/289 [= DNotZ 1964, 48/52]; Hartmann Kostengesetze 20. Aufl. KostO § 39 Anm. 5; Beushausen/Kersten/Küntzel/Bühling KostO 5. Aufl. — BKB — Anm. 4, Korintenberg/Ackermann/Lappe KostO 9. Aufl. — KAL — Rdnr. 47, Rohs/Wedewer KostO 2. Aufl. Anm. III a 1, je zu § 39 und mit weit. Nachweisen*). Wird also in eine Gesellschaft ein Einzelunternehmen oder ein Anteil an einer schon bestehenden Gesellschaft eingebracht, so ist das Aktivvermögen ohne Abzug der Passiva maßgeblich (*Rohs/Wedewer aaO*). Für die Gründung einer Gesellschaft, durch welche die Gesellschafter Gesamthandsvermögen erwerben, ist das feststehende Ansicht.

b) Das Landgericht stellt das Vorhandensein von Gesamthandsvermögen bei der KG der nur schuldrechtlichen Beteiligung an der Kommanditeinlage in Gestalt der Unterbeteiligung gegenüber und zieht daraus den Schluß, daß das Gesamthandsvermögen der KG eine Vermögensmasse im Sinne des § 18 Abs. 3 KostO sei, der Wert der Unterbeteiligung dagegen nicht nach dem Wert „der Gegenstände der ... KG“ zu errechnen sei. In jenem Fall seien Verbindlichkeiten nicht abzuziehen, in diesem Falle dagegen zu beachten. Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Richtig ist zwar, daß bei der Gründung einer (typischen) stillen Gesellschaft als Geschäftswert nur der Wert der Einlage des stillen Gesellschafters in Betracht kommt, weil kein Gesellschaftsvermögen entsteht (*BKB Anm. 6 c, KAL Rdnr. 51, Rohs/Wedewer § 39 Anm. III a 8, je zu § 39*). Damit ist aber noch nichts gewonnen für die Beurteilung der Frage, ob eine gesellschaftliche Beteiligung nur dann als Vermögensmasse im Sinne des § 18 Abs. 3 KostO behandelt werden kann, wenn Gesellschaftsvermögen in der Form von Gesamthandsvermögen gebildet wird wie bei den handelsrechtlichen Personengesellschaften oder bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Bei der typischen stillen Gesellschaft beschränkt sich der wesentliche Inhalt des Gesellschaftsvertrags darauf, daß der stille Gesellschafter an den Inhaber des Handelsgewerbes eine Einlage zu leisten hat und er am Gewinn und Verlust (allenfalls auch nur am Gewinn) des Handelsgewerbes beteiligt wird. Mit diesen Rechten und Pflichten ist das Rechtsverhältnis gekennzeichnet, nach dessen Wert der Geschäftswert einer Beurkundung des Gesellschaftsvertrags zu bestimmen ist (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Da die Höhe von Gewinn und Verlust während der Vertragsdauer nicht vorauszusehen ist, wird mit guten Gründen der Wert der Einlage als Geschäftswert der Beurkundung behandelt. Zum Geschäftsvermögen des Geschäftsinhabers hat der stille Gesellschafter solchenfalls weder eine dingliche noch eine schuldrechtliche Beziehung.

Anders ist es bei einer atypischen stillen Gesellschaft, wenn auf Grund der Vertragsfreiheit vereinbart wird, daß der stille Gesellschafter — wenn auch nur schuldrechtlich so behandelt werden soll, als wäre er am Geschäftsvermögen wie ein Gesamthandsberechtigter beteiligt. Nach Auflösung der Gesellschaft ist hier dem stillen Gesellschafter nicht nur seine Einlage zurückzugewähren, sondern er erhält eine Abfindung, die sich aus dem gesamten Gesellschaftsvermögen berechnet. Wie weit diese schuldrechtlichen Ansprüche reichen sollen, ist der Vereinbarung der Gesellschafter überlassen; sie können sich auf den Buchwert des Vermögens, auf stille Rücklagen und auch auf einen etwaigen Firmenwert beziehen (vgl. *Böttcher/Zartmann/Faut S. 89, 131*). Nach § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO bemißt sich daher der Geschäftswert einer Beurkundung solcher atypischer Verträge nicht nur nach der Einlage des stillen Gesellschafters, sondern nach dessen schuldrechtlichen Ansprüchen, soweit sie eine Beteiligung am Geschäftsvermögen beinhalten. Da eine den § 18 Abs. 3 KostO ausschließende Vorschrift insoweit nicht besteht, sind Verbindlichkeiten des Unternehmens nicht abzuziehen. Entsprechendes gilt dann aber auch für die Vereinbarung einer Unterbeteiligung (*Ackermann DNotZ 1966, 26/27; Göttlich/Mümler KostO 7. Aufl. S. 67; KAL Rdnr. 52, Rohs/Wedewer Anm. III a 8, je zu § 39; LG Würzburg JurBüro 1976, 502/504*).

c) Die damit nicht in Übereinstimmung stehenden Ausführungen des Landgerichts und des Beteiligten zu 1) vermögen nicht zu überzeugen. Das Landgericht hat dem Unterbeteili-

gungsvertrag richtig entnommen, daß die Unterbeteiligte auch am Wertzuwachs des Kommanditanteils und somit an der Substanz beteiligt worden ist. Das allein schon bedeutet eine Abweichung von der rechtlichen Gestaltung einer typischen stillen Gesellschaft und einer entsprechenden Unterbeteiligung. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob der stille Gesellschafter bzw. der Unterbeteiligte die Möglichkeit einer Einflußnahme auf die Geschäftsführung hat oder gar gegenüber dem Geschäftsinhaber bzw. dem Hauptbeteiligten weisungsbefugt ist (etwa als Treugeber; vgl. *Kuhn WPM* 1975, 718).

Wenn das Landgericht ferner ausgeführt hat, die Beteiligung an den Passiven sei von der an den Aktiven nicht zu trennen und es bestehe auch nach der Abfindungsregelung nur ein Anspruch der Unterbeteiligten auf den Saldo, so rechtfertigt dies nicht, das Schuldenabzugsverbot beiseite zu schieben. Denn auch bei der Auseinandersetzung einer Personenhandelsgesellschaft wird das Vermögen in Geld umgesetzt und das nach Befriedigung der Gläubiger verbleibende Vermögen (Saldo) an die Gesellschafter verteilt (§§ 149, 155, 161 HGB). *Schilling* (GroßKomm HGB 3. Aufl. § 335 Rdnr. 17) äußert sich deshalb nicht mit Unrecht dahin, daß bei der Auseinandersetzung einer atypischen stillen Gesellschaft der stille Gesellschafter wie der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft behandelt werde. Auch bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist zur Berichtigung der Schulden und zur Erstattung der Einlagen das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen (§ 733 Abs. 3 BGB); zur Verteilung an die Gesellschafter gemäß § 734 BGB verbleibt dann nur ein etwaiger Überschuß (Saldo). Unterschiede im Hinblick auf die Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO sind demnach nicht veranlaßt. Soweit das Landgericht das Fehlen einer unmittelbaren Berechtigung an den zur Vermögensmasse gehörenden Gegenständen betont und sich auf KAL § 18 Rdnr. 23 berufen will, übersieht es, daß dort nur die Bewertung von Anteilen an Vermögensmassen und nicht die von Gesellschaftsverträgen behandelt wird. Überdies lehnt *Ackermann* in der Kommentierung des hier maßgeblichen § 39 KostO einen Schuldenabzug bei der atypischen stillen Gesellschaft und bei der Unterbeteiligung ausdrücklich ab (KAL § 39 Rdnr. 52).

Schließlich macht das Landgericht nicht erkennbar, inwiefern die grunderwerbsteuerliche und vermögensteuerliche Bewertung der Beteiligung eines stillen Gesellschafters für das Kostenrecht, das den Einheitswert des Betriebsvermögens nur ausnahmsweise übernimmt (vgl. § 26 Abs. 2, § 27 Abs. 1 KostO), gerade hier maßgeblich sein soll.

Das Landgericht unterliegt schließlich einem Irrtum, wenn es meint, die Entscheidung des Senats vom 3. 4. 1980 (Jur-Büro 1980, 1060) stehe seiner Auffassung nicht entgegen. In dem damals entschiedenen Fall hatte der Alleininhaber eines Handelsgeschäfts zwei Personen als stille Gesellschafter in der Form aufgenommen, daß er ihnen im Wege der Schenkung eine Kapitalbeteiligung von je 30% übertrug; die Beteiligung sollte sich auf das gesamte Vermögen des Unternehmens einschließlich der stillen Reserven erstrecken und bei einer Auseinandersetzung sollten die Aktiven und Passiven mit ihren Buchwerten eingestellt werden; für den Fall des Todes des Geschäftsinhabers war bestimmt, daß die Gesellschaft von den stillen Gesellschaftern fortgeführt und von ihnen über die Rechtsform der Gesellschaft beschlossen werde. Der Senat hat die Bezeichnung dieser Gesellschaft als atypische stille Gesellschaft und die Bewertung der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nach den

Aktiven der Gesellschaft ohne Schuldenabzug gebilligt. Wenn in jenem Fall die Beteiligung an einem Einzelhandelsgeschäft stattfand, bei dem es kein Gesamthandsvermögen gab, hier dagegen Gegenstand der Unterbeteiligung der Kommanditanteile eines nur gesamthänderisch berechtigten Kommanditisten ist, so kann aus dieser Verschiedenheit allein kein Schuldenabzugsgebot oder -verbot hergeleitet werden; es ist lediglich dort das Einzelhandelsgeschäft, hier der Kommanditanteil das zu bewertende „Wirtschaftsgut“ (so KAL § 39 Rdnr. 52). Die fehlende Geschäftsführungsbefugnis des Kommanditisten in der KG (§ 164 Abs. 1 HGB) führt schon beim Gesellschaftsvertrag der KG nicht zu geringerer Bewertung der Einlage und kann deshalb auch nicht auf die Bewertung einer Unterbeteiligung durchschlagen. Wenn mit der vom Landgericht im vorliegenden Fall vermißten Beteiligung an „sämtlichen Vermögensgegenständen“ die in seinem Vergleichsfall bestehende Beteiligung der stillen Gesellschafter auch an den stillen Reserven herausgestellt werden soll, so können unterschiedliche Vereinbarungen bezüglich der Auseinandersetzung auch bei Anwendung des § 18 Abs. 3 KostO im Rahmen einer Geschäftswertermittlung nach § 30 Abs. 1 KostO berücksichtigt werden.

4. Die Entscheidung des Landgerichts kann nach allem keinen Bestand haben.

Dem Senat ist eine eigene Entscheidung in der Sache selbst nicht möglich, da aus dem Akteninhalt nicht entnommen werden kann, in welcher Weise der Notar zu einer Erhöhung des Geschäftswerts von 2 229 929 DM auf 4 142 765 DM gekommen ist. Die Sache war deshalb zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

5. Im weiteren Verfahren wird folgendes zu berücksichtigen sein:

Dem Notar wird anheimzugeben sein, seine Berechnung des Geschäftswerts näher darzulegen, erforderlichenfalls unter Vorlage entsprechender Unterlagen. Auch ein Abzug der Gesellschafterdarlehen bedürfte einer Begründung.

Vom Wert des Aktivvermögens der KG entfallen nach Ansicht der Notarkasse auf den Kommanditanteil 99% und davon auf die Unterbeteiligung 24%. Zu dieser Frage hat sich das Landgericht bisher nicht geäußert, sondern ist ersichtlich der Stellungnahme der Notarkasse insoweit gefolgt. Der Senat billigt diese Auffassung jedenfalls im vorliegenden Fall aus folgenden Erwägungen: An sich sind nach allgemeiner Meinung bei einer Gesellschaftsgründung, wie sie nach den obenstehenden Ausführungen auch die Begründung einer Unterbeteiligung darstellt, beim Geschäftswert die Einlagen aller Gesellschafter mit dem vollen Wert zu berücksichtigen, ohne daß ein Abzug vorzunehmen wäre. Während jedoch mit der Einbringung einer Sache oder eines Rechts in eine Gesamthandsgemeinschaft die Befugnis des bisherigen Eigentümers oder Rechtsinhabers zu alleinigen Verfügungen wegfällt, kann bei der bloß schuldrechtlichen Vereinbarung einer Unterbeteiligung der Hauptbeteiligte allein weitere Vereinbarungen hinsichtlich seines Kommanditanteils treffen. Er kann z. B. anderen Kindern gleichfalls eine prozentuale Unterbeteiligung einräumen, bis sein Anteil erschöpft ist (vgl. *Staudinger/Kebler* Vorbem. vor § 705 Rdnr. 115). Der Kostenordnung kann nicht entnommen werden, daß bei der Beurkundung mehrerer Unterbeteiligungsverträge, mag sie in einer oder in mehreren Urkunden erfolgen, Geschäftswert jeweils der volle Wert des Kommanditanteils wäre. Das würde zu dem kaum tragbaren Ergebnis führen, daß das „Wirtschaftsgut Kommanditanteil“, das Gegen-

stand der beurkundeten Erklärung ist, mehrfach mit dem vollen Wert zur Gebührenberechnung herangezogen wird. Hier sind Wertbeschränkungen vorzunehmen, deren Berechtigung die Kostenordnung anerkennt, wenn auch in Vorschriften, die sich nicht gerade auf die Beurkundung von Gesellschaftsverträgen beziehen. So wird etwa in Fällen, in denen ein Grundstück von einem Eigentümer, der in einer Gesamthandsgemeinschaft steht, auf diese Gemeinschaft übergeht, die Gebühr für die Eigentümergeintragung der Gemeinschaft im Grundbuch unter Außerachtlassung des Anteils des Veräußerers berechnet (§ 61 Abs. 1 Satz 2 KostO). Ferner wird die Gebühr für eine Pflugschaft oder für eine Verrichtung des Vormundschaftsgerichts nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 KostO dann, wenn der Fürsorgebedürftige an dem Gegenstand, auf den sich die Rechtshandlung bzw. das Rechtsgeschäft bezieht, nur mitberechtigt ist, lediglich nach dem Wert seines Anteils berechnet; das gilt auch bei Gesamthandsverhältnissen (§ 93 Abs. 1 Satz 2, § 95 Abs. 2 Satz 1 KostO).

Bei der Bewertung des Kommanditanteils, den der Hauptbeteiligte in das Unterbeteiligungsverhältnis eingebracht hat, wird ein Wertabschlag von dem Anteil am Aktivvermögen der KG veranlaßt sein, weil die Unterbeteiligte an diesem Vermögen unmittelbar überhaupt nicht beteiligt ist und auch ihre Beteiligung am Kommanditeil nur schuldrechtlicher Art ist. Im vorliegenden Fall ist ferner zu berücksichtigen, daß bei Beendigung der Unterbeteiligung nur insoweit eine Abfindung über den betrieblichen Einheitswert hinaus stattfinden soll, als der Buchwert der Betriebsgrundstücke höher ist als deren steuerlicher Einheitswert. Bei einer Veräußerung der Hauptbeteiligung wäre allerdings die letztgenannte Einschränkung ohne Bedeutung, da sich dann der erzielte Erlös ohne Rücksicht darauf, welche Wertüberlegungen des Käufers im einzelnen maßgebend waren, auf die Abfindung der Unterbeteiligten auswirken würde.

In dem notariellen Vertrag ist die Einräumung der Unterbeteiligung und eine Schenkung zur teilweisen Vorwegnahme der Erbfolge beurkundet. Alle diese Erklärungen betreffen denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO, denn die Schenkung wird hier nur als Rechtsgrund für die gleichzeitige Einräumung der Unterbeteiligung erwähnt.

#### D.

#### Steuerrecht

18. EStG §§ 7, 21 Abs. 1 (Zur AfA-Berechtigung des Nießbrauchers)

**Zur AfA-Berechtigung des Nießbrauchers für den Fall, daß der Eigentümer bei der Veräußerung eines vermieteten Grundstücks sich und seiner Ehefrau den Nießbrauch daran vorbehält.**

BFH, Urteil vom 27. 7. 1982 — VIII R 176/80 — BStBl 1982 II 6

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger schenkte seiner 1964 geborenen Tochter mit Vertrag vom 15. Dezember 1971 ein Grundstück. Gefahr, Lasten, Steuern und Abgaben, die Nutzungen und die eingetragenen Belastungen sollten am 1. Dezember 1971 auf die Tochter übergehen. In dem notariell beurkundeten Vertrag, bei dem die Tochter durch einen Pfleger vertreten war, wurde dem Kläger und seiner mit ihm zur Einkommensteuer zusammenveranlagten Ehefrau (der Klägerin) der lebenslängliche Nieß-

brauch an dem übertragenen Grundstück eingeräumt. Die Zinsen und Tilgungsleistungen auf ein mit 15 000 DM valutiertes Hypothekendarlehen trug der Kläger.

Für die Streitjahre machte der Kläger die Absetzung für Abnutzung (AfA) auf das nießbrauchbelastete Gebäude als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend. Das beklagte Finanzamt lehnte den Abzug der AfA als Werbungskosten ab, weil der Kläger nicht wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks gewesen sei. Der Einspruch der Kläger blieb erfolglos.

Das Finanzgericht wies ihre Klage ab.

Mit der Revision rügen die Kläger Verletzung der Ermittlungspflicht des Finanzgerichts sowie der §§ 2, 7 und 9 EStG.

Zur Geltendmachung der AfA sei derjenige berechtigt, der die Einnahmequelle nutze. Das sei im Streitfall der Kläger als Nießbraucher, der das Grundstück auch nach der Übertragung in gleicher Weise und mit den gleichen Möglichkeiten wie zuvor genutzt habe. Die AfA-Berechtigung des Nießbrauchers ergebe sich nicht nur grundsätzlich aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 31. Oktober 1978 VIII R 196/77 (BFHE 127, 168, BStBl II 1979, 401), sondern auch aus Äußerungen in der Literatur (z.B. *Littmann* DB 1980, 1041; *Fichtelmann*, Information 1970, 291; *Knobbe-Keuk* StuW 1979, 205; *Sauer* FR 1979, 323). Im übrigen sei der Kläger zur Geltendmachung der AfA auch deshalb berechtigt, weil er das wirtschaftliche Eigentum an dem belasteten Grundstück nicht verloren habe.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. ...

2. Werbungskosten kann nur geltend machen, wer Einnahmen im Rahmen einer Einkunftsart erzielt (vgl. BFH-Urteil vom 13. Mai 1980 VIII R 128/78, BFHE 131, 216, BStBl II 1981, 299). Zu den Werbungskosten gehört auch die AfA (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7, § 7 Abs. 1 und 4 EStG). Die Kläger können die AfA nur geltend machen, wenn sie das Gebäude aufgrund eines zivilrechtlich wirksamen Nießbrauchsrechts (vgl. BFH-Urteil vom 13. Mai 1980 VIII R 75/79, BFHE 131, 208, BStBl II 1981, 297 [= *MittBayNot* 1980, 225]) in den Streitjahren zur Erzielung von Einnahmen im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) genutzt haben. Das wäre der Fall, wenn sie das Gebäude vermietet hätten (§§ 535 f. BGB; vgl. auch BFH-Urteil vom 13. Mai 1980 VIII R 63/79, BFHE 131, 212, BStBl II 1981, 295). Davon kann der Senat jedoch aufgrund der Feststellungen des Finanzgerichts (§ 118 Abs. 2 FGO) nicht mit Sicherheit ausgehen.

a) Sollte entsprechend den vertraglichen Abmachungen die Tochter der Kläger als Eigentümerin das Grundstück vermietet haben, wäre der Kläger nicht zum Abzug der AfA als Werbungskosten berechtigt. Der Kläger hätte keine Einnahmen im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung erzielt und zwar auch dann nicht, wenn die Tochter dem Kläger den Mieterlös zugewendet hätte (vgl. BFHE 131, 212, BStBl II 1981, 295).

b) Sollte die Klägerin Vermieterin des Gebäudes sein, dann könnte sie auch dann keine AfA als Werbungskosten geltend machen, wenn ihr Mieterträge im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Einnahmen zuzurechnen wären. Ihr ist das Nießbrauchsrecht vom Kläger zugewendet worden. Im Gegensatz zu einem VorbehaltNießbraucher hat sie selbst weder Anschaffungs- noch Herstellungskosten aufgewendet (vgl. BFH-Urteil vom 28. Juli 1981 VIII R 141/77, BFHE 134, 409, BStBl II 1982, 454 [= *MittBayNot* 1982, 200]).

c) War der Kläger Vermieter und sind ihm Mieterträge zugeflossen, hatte er also Einnahmen im Rahmen der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§§ 8, 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG),

dann kann er als Vorbehaltsnießbraucher die AfA grundsätzlich auch dann geltend machen, wenn er nicht wirtschaftlicher Eigentümer des genutzten Grundstücks geblieben ist (vgl. BFH-Urteil vom 28. Juli 1981 VIII R 35/79, BFHE 134, 133, BStBl II 1982, 380 [= MittBayNot 1982, 46]).

Da das Nießbrauchsrecht den Klägern in dem Vertrag vom 15. Dezember 1971 gemeinschaftlich (§ 428 BGB) bestellt wurde, steht dem Kläger die AfA seinem Anteil entsprechend nur zur Hälfte zu. Als gemeinschaftlich Nießbrauchsberechtigte sind die Kläger mit Miteigentümern vergleichbar. Diese können grundsätzlich die AfA nur auf die ihrem Anteil entsprechenden Anschaffungs- oder Herstellungskosten geltend machen (vgl. BFH-Urteil vom 27. Juni 1978 VIII R 168/73, BFHE 125, 532, 533, BStBl II 1978, 674).

Die AfA-Berechtigung des Klägers ändert sich auch nicht für den Fall, daß er alleiniger Vermieter des Grundstücks war und ihm möglicherweise die gesamten Mieterträge als Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen wären. In diesem Fall würde er seine Nutzungsmöglichkeit zum Teil aus dem Recht der mitberechtigten Klägerin herleiten. Die AfA stünde ihm aber nur zu, soweit er das Grundstück als Vorbehaltsnießbraucher aufgrund eigenen Rechts nutzte.

d) Für den Fall schließlich, daß beide Kläger Vermieter des Grundstücks waren, sie also gemeinschaftlich Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielten, wird das Finanzgericht zu prüfen haben, ob nicht eine gesonderte Feststellung der Einkünfte vorzunehmen ist (§ 180 Abs. 1 Nr. 2 a AO 1977). Der Umstand allein, daß es sich bei den Klägern um Eheleute handelt, macht die Sache nicht bereits zu einem Fall von geringerer Bedeutung i.S. des § 180 Abs. 3 AO 1977. Dies gilt insbesondere dann, wenn über Fragen der AfA-Berechtigung zu entscheiden ist (vgl. BFH-Urteil vom 3. Februar 1976 VIII R 29/71, BFHE 118, 135, BStBl II 1976, 396).

Die Sache ist nicht entscheidungsreif. Der BFH kann als Revisionsgericht die erforderlichen Feststellungen darüber, wer Vermieter war, nicht nachholen. Die Sache geht daher an das Finanzgericht zurück.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Nichtanwendungserlaß des Bundesministers der Finanzen vom 31.1.1983, abgedruckt in diesem Heft S. 42.

19. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1 (Zur Grunderwerbsteuer beim Bauherrenmodell)

**Eine Eigentumswohnung kann nicht für sich allein „hergestellt“ werden. Der Kaufvertrag über den (unbebauten) Grundstücksanteil und der Bebauungsvertrag über die Errichtung der Eigentumswohnung sind daher ein einheitliches Rechtsgeschäft, das auf den Kauf einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung gerichtet ist (Anschluß an die Urteile vom 4. September 1974 II R 112/69 und II R 119/73, BFHE 113, 545 und 480, BStBl II 1975, 89 und 91 sowie an die Urteile vom 25. Juli 1979 II R 105/77, BFHE 128, 544, BStBl II 1980, 11, und vom 21. Dezember 1981 II R 124/79, BFHE 135, 217, BStBl II 1982, 330). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem „Bauherrn“ und dem Bauhandwerker entstehen können (Urteile des BGH vom 18. November 1976 VII ZR 150/75, BGHZ 67, 334, und vom 17. Januar 1980 VII ZR 42/78, BGHZ 76, 86).**

BFH, Urteil vom 27. 10. 1982 — II R 102/81 —

#### Aus dem Tatbestand:

1. Durch privatschriftliche „Verpflichtungserklärung“ vom 22. April 1972 verpflichtete sich der Kläger,

a) mit der „V.-GmbH & Co. KG“ (V) einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück zum Preis von 1 100 DM abzuschließen, und

b) mit der „Baubetreuungsgesellschaft“ (B) einen „Baubetreuungsvertrag“ über die Errichtung einer Eigentumswohnung gegen Zahlung von 91 400 DM abzuschließen.

Das Grundstück liegt in einem Sondergebiet (Ferienwohnungen/Kurgebiet).

Nachdem die V das vorgenannte Grundstück gemäß § 8 WEG in Wohnungselgentumsrechte aufgeteilt hatte, schloß sie mit dem Kläger unter dem Datum vom 2. Juni 1972 einen notariell beurkundeten Vertrag. Nach dessen Wortlaut verkaufte sie dem Kläger einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 7 des Aufteilungsplanes für 1 100 DM „mit der Maßgabe, daß hiermit nur der Grundstücksanteil bezahlt wird, während der Vertrag über die Errichtung der Wohnung einer besonderen Vereinbarung mit der (B) ... vorbehalten bleibt“.

Ebenfalls unter dem Datum vom 2. Juni 1972 schloß der Kläger mit der B einen Baubetreuungsvertrag. Danach erteilte er der B den Auftrag zur Errichtung der Eigentumswohnung nach Maßgabe der dem Vertrag beigelegten Unterlagen, nämlich der Baubeschreibung, der Grundstücksskizze und den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übertragung der Baubetreuung zur Errichtung einer Eigentumswohnung“ (AVB). Der Baupreis sollte 91 400 DM betragen.

2. Das beklagte Finanzamt war der Ansicht, der Kläger habe eine schlüsselfertig zu erstellende Eigentumswohnung gekauft. Es setzte gegen den Kläger 6 475 DM Grunderwerbsteuer fest, berechnet nach einer Gegenleistung von 92 500 DM (1 100 DM + 91 400 DM).

In der Einspruchsentscheidung erhöhte das Finanzamt die Steuer nach Vorankündigung auf 6 480,40 DM, berechnet nach einer Gegenleistung des Klägers von 92 578,82 DM. Dieser letztgenannte Betrag ergibt sich aus einer Abrechnung, welche die B dem Kläger „für die fertiggestellte Wohnung“ erteilt hatte.

Die Klage wies das Finanzgericht ab.

Mit seiner Revision beantragt der Kläger sinngemäß, die Grunderwerbsteuer auf 77 DM — nämlich nach dem Kaufpreisanteil für den Grund und Boden — festzusetzen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht

1. a) Das Finanzgericht ist ohne Rechtsverletzung zu dem Ergebnis gekommen, der Kläger habe eine schlüsselfertige Eigentumswohnung erworben.

Zutreffend hat das Finanzgericht den Kaufvertrag über den Grundstücksanteil und den Baubetreuungsvertrag dahin ausgelegt, daß beide Vereinbarungen lediglich Teil eines einheitlichen, auf den Erwerb der fertigen Eigentumswohnung gerichteten Rechtsgeschäftes sind. Beide Vereinbarungen waren in ihrem Bestand voneinander abhängig. Dem Kläger wäre es nicht möglich gewesen, den Grundstücksanteil ohne gleichzeitigen Abschluß des Baubetreuungsvertrages zu kaufen; denn seine Eigentumswohnung konnte nur gemeinsam mit den übrigen Wohnungen gebaut werden. Deshalb sollte nach § 8 des Kaufvertrages auch die Auflassung erst „nach Durchführung der geplanten Baumaßnahmen“ erfolgen und der Betreuer konnte nach Nr. 11 der AVB den Baubetreuungsvertrag fristlos kündigen, wenn der Kläger nicht Wohnungs- oder Teileigentümer wurde. Ebenso hatten nach § 6 des Kaufvertrages dessen Vertragspartner ein Kündigungsrecht für den Fall, daß der Baubetreuungsvertrag nicht abgeschlossen oder wieder aufgehoben wurde. Ergänzend verweist der Senat auf die Urteile vom 25. 7. 1979 II R 105/77 (BFHE 128, 544, BStBl II 1980, 11 [= MittBayNot 1980, 43]) und vom 21. 12. 1981 II R 124/79 (BFHE 135, 217, BStBl II 1982, 330 [= MittBayNot 1982, 148]). Dort ist im einzelnen ausgeführt, daß vertragliche Gestaltungen der vorlie-

genden Art grunderwerbsteuerrechtlich als einheitlicher, auf den Erwerb eines bebauten Grundstücks bzw. Grundstücksanteils gerichteter Vertrag zu würdigen sind. Das gilt selbst dann, wenn — wie im vorliegenden Fall — der Wohnungsinteressent den Kaufvertrag über den Grundstücksanteil und den Baubetreuungsvertrag mit verschiedenen Vertragspartnern abschließt (BFHE 135, 217). Es genügt, daß jeder der beiden Verträge erkennbar ohne den Bestand auch des anderen Vertrages keine Geschäftsgrundlage hat. Soweit in dem Urteil des FG Münster vom 21. 1. 1982 VIII 5018/78 GrE (EFG 1982, 483) eine andere Auffassung zum Ausdruck kommen sollte, teilt der Senat diese Ansicht nicht. Ein Baubetreuungsvertrag, der die Errichtung einer Eigentumswohnung zum Gegenstand hat, ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet, weil eine einzelne Eigentumswohnung nicht für sich errichtet werden kann. Ein solcher Vertrag kann daher grunderwerbsteuerrechtlich nur im Zusammenhang mit dem Kauf des Miteigentums am Grundstück gewertet werden. Auch im vorliegenden Fall richtete sich der Baubetreuungsvertrag nur auf die Errichtung der für den Kläger bestimmten Eigentumswohnung.

Auf die Frage, wann die schriftliche „Verpflichtungserklärung“ zum Abschluß des Kaufvertrages und des Baubetreuungsvertrages abgegeben wurde und ob dies vor oder nach Baubeginn geschah, kommt es daher nicht an.

b) Daß der Kläger bei Zahlungsunfähigkeit der B als Baubetreuerin unter Umständen selbst gegenüber den von der B beauftragten Bauunternehmern und Bauhandwerkern zur Zahlung verpflichtet gewesen wäre, ist ohne Einfluß auf das Entscheidungsergebnis. Ob die B die Verträge mit diesen Unternehmern und Handwerkern in Vertretung der Wohnungseigentümer abgeschlossen und dabei auch deren Namen und Anschriften genannt hatte, ist nicht festgestellt. Der Senat geht zugunsten des Klägers davon aus, daß dies geschehen war und daher für den Kläger die Gefahr bestand, unter den oben genannten Umständen offene Rechnungen der Bauunternehmer und -handwerker zahlen zu müssen (vgl. die Urteile des BGH, BGHZ 67, 334 [= MittBayNot 1977, 12] und BGHZ 76, 86 [= DNotZ 1981, 26]). Derartige mögliche direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und den Bauunternehmern und -handwerkern ändern aber nichts daran, daß hier auch die von dem Kläger an die B in deren Eigenschaft als Baubetreuerin in zahlenden Beträge Maßstab für die Berechnung der Grunderwerbsteuer sind. Denn solche direkten Rechtsbeziehungen waren — was die Zahlung von Entgelten anbetrifft — zweitrangig. Sie wären nur zum Zuge gekommen, wenn die B den Baubetreuungsvertrag nicht ordnungsgemäß durchgeführt und die Bauunternehmer und -handwerker nicht bezahlt hätte. Letzteres war gerade eine ihrer Pflichten aus dem Baubetreuungsvertrag, und um die Erfüllung dieser Pflicht zu sichern, hatte sie gemäß § 1 des Baubetreuungsvertrages gegen den Kläger Anspruch auf Entrichtung des „Baupreises“. Diesen Betrag mußte der Kläger neben dem Entgelt für den Grundstücksanteil zusätzlich aufwenden, um die Eigentumswohnung zu bekommen. Daher gehörte auch diese Zahlung zur Gegenleistung i.S. des § 11 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG), und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sie zivilrechtlich einzuordnen ist. Denn § 11 GrEStG geht über den Begriff der Gegenleistung im zivilrechtlichen Sinne hinaus. Er umfaßt alle Leistungen, welche der Erwerber als Entgelt für das Grundstück gewährt (vgl. dazu die Urteile vom 16. 2. 1977 II R 89/74, BFHE 122, 338, BStBl II 1977, 671, und vom 18. 7. 1979 II R 59/73, BFHE 128, 412, BStBl II 1979, 683 mit weiteren Nachweisen).

c) Dieser Auffassung steht das Urteil des III. Senats des BFH vom 25. 6. 1976 III R 167/73 (BFHE 119, 336, BStBl II 1976, 728, vgl. dazu aber auch NJW 1981, 2428) nicht entgegen. Dort hatte der BFH der Eigentümerin einer Ferienwohnung die Investitionszulage gemäß § 1 Abs. 1 des Investitionszulagengesetzes (InvZulG) u.a. mit der Begründung zugesprochen, sie sei Bauherrin der Wohnung gewesen.

Ein allgemein gültiges steuerrechtliches Tatbestandsmerkmal des „Bauherrn“ gibt es aber nicht, worauf auch in dem vorgenannten Urteil (BFHE 119, 336) unter I 3 c der Gründe hingewiesen wird. Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 20. 2. 1974 II R 59/66 (BFHE 112, 203, BStBl II 1974, 428) ausgeführt, daß dieses Tatbestandsmerkmal in den §§ 1 und 2 GrEStG nicht enthalten ist und allenfalls ein Hilfsmerkmal sein kann, wenn eine Vertragsauslegung versagt. Die Auslegung von Verträgen der hier zu beurteilenden Art kann aber nicht außer acht lassen, daß eine einzelne Eigentumswohnung nicht für sich allein, sondern nur durch Errichtung des gesamten Gebäudes hergestellt werden kann (Urteile vom 4. 9. 1974 II R 112/69 und II R 119/73, BFHE 113, 545 und 480, BStBl II 1975, 89 und 91). Letzteres bedingt, daß sämtliche Wohnungseigentümer gemeinsam das Gebäude errichten. Der „Herstellungswille“ des künftigen Wohnungseigentümers darf also nicht auf die einzelne Wohnung beschränkt bleiben (Urteil vom 6. 10. 1976 II R 65/71, BFHE 120, 292, BStBl II 1977, 88). Diese Voraussetzung liegt in dem hier zu entscheidenden Fall nicht vor. Der Baubetreuungsvertrag bezieht sich nur auf die Eigentumswohnung des Klägers.

2. Die Höhe der Gegenleistung i.S. des § 11 GrEStG und damit die Höhe der festgesetzten Steuer kann der Senat nach dem bisher festgestellten Sachverhalt nicht bestätigen. (Wird ausgeführt).

Zur weiteren Klärung des Sachverhalts zwecks Ermittlung der Gegenleistung wird die Sache an das Finanzgericht zurückverwiesen.

20. ErbStG 1959 § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 23 Abs. 1—3 (Zur gemischten Schenkung bei Erbauseinandersetzung)

1. Eine gemischte freigebige Zuwendung kann auch in der Erbauseinandersetzung zweier Miterben liegen, wenn der eine auf Kosten des anderen bereichert wird und die Bereicherung nicht der Beseitigung der Ungewißheit oder des Streits darüber hat dienen sollen, was dem einen bei der Auflösung der Erbengemeinschaft zusteht.

2. Ist Gegenstand der Auseinandersetzung nur Grundbesitz, so richtet sich das Ausmaß der Bereicherung (unentgeltlich erworbener Anteil am erlangten Grundbesitz) danach, inwieweit das Verhältnis der Verkehrswerte des erlangten und des aufgegebenen Grundbesitzes von den Erbteilen abweicht.

3. Bei der Ermittlung der schenkungsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage ist der auf den unentgeltlich erworbenen Anteil am erlangten Grundbesitz entfallende Teil des Einheitswertes nach dem Verhältnis des unentgeltlich erworbenen zum entgeltlich erworbenen Anteil am erlangten Grundbesitz zu berechnen.

BFH, Urteil vom 14. 7. 1982 — II R 125/79 — BStBl 1982 II 714

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und ihr Bruder sind zu gleichen Teilen Erben nach ihrer verstorbenen Mutter. Am 14. August 1973 schlossen sie zum Zwecke der Aufhebung der Erbengemeinschaft einen notariell beurkundeten

Vertrag, durch den der Klägerin Grundstücke mit einem Wohn- und Geschäftshaus und dem Bruder — als landwirtschaftlicher Grundbesitz bewertet — Bauerwartungsland übertragen und aufgelassen wurden. Im Vertrag heißt es, Herauszahlungen hätten nicht zu erfolgen, da der Verkehrswert der Lose in etwa gleich sei.

Die der Klägerin zugeteilten Grundstücke hatten einen Einheitswert von insgesamt 32 000 DM, die dem Bruder übertragenen von insgesamt 600 DM. Die Verkehrswertsummen hatten nach den Schätzungen des beklagten Finanzamts die Höhe von 166 000 DM bzw. 81 320 DM.

Das Finanzamt ging davon aus, daß eine gemischte Schenkung des Bruders an die Klägerin vorliege (Wert 15 700 DM = 32 000 DM + 600 DM : 2 ./ 600 DM) und setzte 1 177,50 DM Schenkungsteuer gegen die Klägerin fest. Der Einspruch der Klägerin blieb erfolglos.

Der Klage hat das Finanzgericht (EFG 1979, 559) stattgegeben und hat die Steuer auf 480 DM herabgesetzt (Bemessungsgrundlage: 8 000 DM = 1/4 von 32 000 DM). Zur Begründung hat es ausgeführt, für die Frage, ob und inwieweit eine gemischte Schenkung vorliege, komme es auf die Verkehrswerte an, für die Bewertung des steuerpflichtigen Erwerbs auf den entsprechenden Einheitswertteil der — teilweise — geschenkten Grundstücke.

Mit der vom Finanzgericht zugelassenen Revision beantragt das Finanzamt, unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Klägerin ist der Revision entgegengetreten.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und wird daher zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 FGO).

1. Das Finanzgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin Bedachte einer freigebigen Zuwendung unter Lebenden i.S. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959<sup>1</sup> ist, die als Schenkung unter Lebenden der Erbschaftsteuer unterliegt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959)<sup>2</sup>.

a) Aufgrund des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959<sup>1</sup> gilt neben der Schenkung i.S. des bürgerlichen Rechts jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden als Schenkung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Eine solche freigebige Zuwendung unter Lebenden liegt vor, wenn jemand einen anderen aus seinem Vermögen bereichert, sofern er den Willen hat, die Zuwendung unentgeltlich vorzunehmen. Der Wille zur Freigebigkeit des Zuwendenden kann ggf. auf der Grundlage der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen ermittelt werden (Urteil des BFH vom 12. Juli 1979 II R 26/78, BFHE 128, 266, 269, BStBl II 1979, 631 [= MittBayNot 1979, 253]). Erbschaftsteuerrechtlich erfaßt wird nicht nur die reine, sondern auch eine gemischte freigebige Zuwendung. Sie ist dann gegeben, wenn einer höherwertigen Leistung eine Leistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Zuwendung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrages enthält, ohne daß sich die höherwertige Leistung in zwei selbständige Leistungen aufteilen läßt (BFH-Urteil vom 21. Oktober 1981 II R 176/78, BFHE 134, 357, 359 f., BStBl II 1982, 83 [= MittBayNot 1982, 99]). Gemischte freigebige Zuwendungen können auch im Rahmen von Erbauseinandersetzungen stattfinden, wenn einem Erben mehr zugeteilt wird, als er bei einer Erbauseinandersetzung nach den gesetzlichen Vorschriften und nach den Verfügungen von Todes wegen erhielt, sofern nicht die eingetretene Bereicherung auf Kosten anderer gerade der Beseitigung einer Ungewißheit oder eines Streites darüber hat dienen sollen,

was dem Erben bei Auflösung der Erbengemeinschaft zufließe (Urteil des RFH vom 23. Juni 1931 I e A 76/31, RFHE 29, 92, 93, RStBl 1931, 560; vgl. auch Urteil des BGH vom 15. Mai 1963 V ZR 141/61, DB 1963, 1357).

b) Das Finanzgericht hat zum Vorhandensein einer gemischten freigebigen Zuwendung keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Es hat aber unterstellt, daß der Klägerin aufgrund des Willens ihres Bruders, sich ihr gegenüber bei der Erbauseinandersetzung freigebig zu verhalten, mehr zugewendet worden ist, als sie bei einer an den gesetzlichen Vorschriften ausgerichteten Teilung des (Netto-)Nachlasses hätte erhalten müssen. Die Unterstellung wirkt sich zugunsten des die Revision führenden Finanzamts aus. Sie und die ihr entsprechende Unterlassung diesbezüglicher tatsächlicher Feststellungen können mithin nicht als eine das Finanzamt beeinträchtigende Rechtsverletzung durch das Finanzgericht angesehen werden.

2. Die Herabsetzung der Steuerfestsetzung durch das Finanzgericht besteht zu Recht.

a) Wie der Senat mit dem zitierten Urteil in BFHE 134, 357, 360, BStBl II 1982, 83 [= MittBayNot 1982, 99] entschieden hat, erfaßt bei einer gemischten freigebigen Zuwendung der Wille zur freigebigen Bereicherung des Bedachten aus dem Vermögen des Zuwendenden nicht den entgeltlichen Vertragsteil. Denn § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959<sup>1</sup> legt fest, daß als Schenkung i.S. des Erbschaftsteuergesetzes eine freigebige Zuwendung unter Lebenden *in so weit* gilt, als der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist.

Das Ausmaß der Bereicherung der Klägerin bestimmt sich nach den Verkehrswerten. Auf der Grundlage der vom Finanzamt ermittelten Werte hätte der Klägerin bei der ihrem Erbteil entsprechenden hälftigen Teilung Grundbesitz mit einem Verkehrswert von 123 615 DM (= 166 000 DM + 81 230 DM : 2) zugestanden. Die auf sie übergegangenen Grundstücke haben jedoch einen Verkehrswert von 166 000 DM, so daß im Umfange von 42 835 DM, d.h. zu rd. einem Viertel, der Erwerb auf Freigebigkeit des Bruders beruht. Das Finanzamt mußte daher bei der Besteuerung der Klägerin davon ausgehen, daß der Grundbesitz zu drei Viertel entgeltlich und zu einem Viertel durch freigebige Zuwendung auf die Klägerin übergegangen ist.

b) Die erbschaftsteuerrechtliche Maßgeblichkeit der Einheitswerte für die Bewertung des Erlangten (§ 23 ErbStG 1959)<sup>3</sup> verhindert, daß der Betrag von 42 385 DM der Besteuerung zugrunde gelegt wird. Statt dessen ist maßgebend der Teilbetrag des Einheitswertes, der auf den Grundstücksanteil von einem Viertel entfällt (§ 23 Abs. 3 Satz 1 ErbStG 1959)<sup>3</sup>, den die Klägerin nicht entgeltlich erworben, sondern aufgrund der Freigebigkeit ihres Bruders erlangt hat. Bei einem Einheitswert von 32 000 DM macht dies 8 000 DM aus, wie das Finanzgericht bei seiner auch im übrigen zutreffenden Steuerberechnung richtig angenommen hat. Für eine Ermittlung des Einheitswertes nicht nach dem Verhältnis der Verkehrswerte des ganzen erworbenen Grundstücks zu dem unentgeltlich erlangten Anteil, sondern auf der Grundlage der Einheitswerte aller bei der Erbauseinandersetzung verteilten Grundstücke bietet das Gesetz keine Handhabe.

<sup>3</sup> § 23 ErbStG entspricht, soweit hier von Interesse, § 12 ErbStG 1974

<sup>2</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1959 = § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974

<sup>3</sup> § 23 ErbStG entspricht, soweit hier von Interesse, § 12 ErbStG 1974

21. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 2; BGB § 525 (Zur Abgrenzung von Schenkung aus eigenem Entschluß und Schenkung in Erfüllung einer Auflage)

**Hat sich jemand in einem Vertrag, durch den ihm ein Grundstück geschenkt worden ist, verpflichtet, Miteigentumsanteile an dem Grundstück auf seine Kinder zu übertragen, wobei es ihm freigestellt worden ist, den Zeitpunkt der Weiterübertragung selbst zu bestimmen, und überträgt er entsprechende Miteigentumsanteile zu seinen Lebzeiten auf seine Kinder, so ist dieser Erwerb der Kinder als Erwerb von einem Elternteil zu versteuern.**

BFH, Urteil vom 14. 7. 1982 — II R 102/80 — BStBl 1982 II 73

#### Aus dem Tatbestand:

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 13. Januar 1973 hatte der inzwischen verstorbene Kaufmann A einer seiner Nichten, der Mutter des Klägers, ein bebautes Grundstück (mit 15 Wohnungen) unter Vereinbarung einer Rente „im Wege verfrühter Erbfolge“ übertragen. Die Mutter des Klägers hatte sich verpflichtet, auf ihre sechs Kinder je zwei Wohnungen zu übertragen, wobei ihr sowohl der Zeitpunkt der Übertragung als auch die rechtliche Form (z. B. Wohnungseigentum oder ideale Miteigentumsanteile) überlassen worden war. Diese Verpflichtung erfüllte die Mutter des Klägers durch den notariell beurkundeten Vertrag vom 28. August 1976. Sie übertrug „im Wege vorgezogener Erbfolge unentgeltlich“ je 2/15 Miteigentumsanteile auf ihre sechs Kinder unter Übernahme der eingetragenen Belastungen.

Das beklagte Finanzamt sah in der Übertragung der Miteigentumsanteile den Vollzug von Auflagen, die der Grundstücksschenkung vom 13. Januar 1973 bebefügt worden waren. Es setzte u. a. gegen den Kläger durch Steuerbescheid vom 27. April 1977 Schenkungsteuer in Höhe von 5 780 DM fest, wobei es die Steuer nach der Steuerklasse IV berechnete.

Nach erfolglosem Einspruch hatte der Kläger mit seiner Klage geltend gemacht, es liege nicht die Vollziehung einer Auflage im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974 vor, sondern eine Schenkung seiner Mutter an ihn, die wegen des Steuerfreibetrages von 90 000 DM zu keiner Steuer führe. Er hat beantragt, den Schenkungsteuerbescheid und die Einspruchsentscheidung ersatzlos aufzuheben.

Das Finanzgericht hat die Klage abgewiesen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt hat, ist begründet.

Der Erwerb eines Grundstücksmiteigentumsanteils durch den Kläger, der der Schenkungsteuer unterliegt, ist nach der Steuerklasse I zu versteuern (§ 15 Abs. 1 — Nr. 2 der Aufzählung zu Steuerklasse I — ErbStG 1974). Nach Abzug des Freibetrages von 90 000 DM (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974) verbleibt kein steuerpflichtiger Erwerb.

Im vorliegenden Fall ist von der Schenkung eines Grundstücksmiteigentumsanteils durch die Mutter des Klägers an diesen aufgrund des Vertrages vom 28. August 1976 auszugehen. Denn dem Kläger stand vor diesem Tag kein einklagbarer Anspruch auf Übertragung eines Grundstücksmiteigentumsanteils zu. Die Übertragung des Grundstücksmiteigentumsanteils am 28. August 1976 beruhte vielmehr auf einer eigenen Entscheidung der Mutter des Klägers. Sie hat dem Kläger aus eigenem Entschluß an diesem Tage einen Grundstücksmiteigentumsanteil geschenkt.

Entgegen der Annahme des Finanzamtes und des Finanzgerichts liegt in der Übertragung des Grundstücksmiteigentumsanteils am 28. August 1976 nicht die *Vollziehung* einer von A angeordneten Auflage. Nach Nummer 3 des Vertrages vom 13. Januar 1973 war die Mutter des Klägers zwar zur Übertragung von Grundstücksmiteigentumsanteilen (gegebenenfalls auch in der Form von Wohnungseigentum) verpflichtet. Da der Zeitpunkt der Übertragung aber in ihrem Be-

lieben stand, hätte die Vollziehung dieser Vertragsklausel ohne den Entschluß der Mutter des Klägers zum Abschluß des Vertrages vom 28. August 1976 zu diesem Zeitpunkt nicht verlangt werden können. Das Interesse des A, einen Grundstücksmiteigentumsanteil dem Kläger zukommen zu lassen, beschränkte sich erkennbar auf den Zeitpunkt des Todes der Mutter des Klägers. Denn diese hatte es nach dem Vertrag vom 13. Januar 1973 in der Hand, bis zum Ende ihres Lebens Grundstückseigentümerin zu bleiben. Wenn sie hierauf bereits nach wenigen Jahren zugunsten ihrer Kinder hinsichtlich der übertragenen Miteigentumsanteile verzichtete, so tat sie dies aus eigenem Entschluß und nicht in Erfüllung einer Auflage im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974. Die Übertragung von Grundstücksmiteigentumsanteilen auf ihre Kinder zu einem Zeitpunkt, zu dem sie aufgrund des Vertrages mit A hierzu noch nicht verpflichtet war, ist unter diesen Umständen als Schenkung der Grundstücksmiteigentumsanteile durch die Mutter auf ihre Kinder anzusehen und schenkungsteuerrechtlich entsprechend zu behandeln.

Bei dieser Sachlage bedarf die strittige Frage keiner Entscheidung, ob in der Nummer 3 des Vertrages vom 13. Januar 1973 überhaupt eine Auflage im Sinne des § 525 BGB und des § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 1974 zu sehen ist. Es könnte vielmehr im Sinne des § 139 BGB ein einheitlicher Vertrag anzunehmen sein, durch den einerseits A der Mutter des Klägers das Grundstück schenkte und andererseits die Mutter des Klägers ein Schenkungsversprechen über Grundstücksmiteigentumsanteile gegenüber ihren Kindern abgab, wobei sie sich den Zeitpunkt der Ausführung des Schenkungsversprechens vorbehielt (vgl. in diesem Zusammenhang auch *Staudinger/Ostler*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., § 525 Tz. 8 a).

22. ErbStG 1974 § 15 Abs. 3; BGB §§ 2269, 2271 (Zur Erbschaftsteuer beim Berliner Testament mit Änderungsmöglichkeit)

**Haben Ehegatten in einem Berliner Testament (§ 2269 BGB) den Schlußerben bestimmt, dem überlebenden Ehegatten aber das Recht eingeräumt, die Schlußerbenbestimmung zu ändern, so bleibt § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 anwendbar, wenn der überlebende Ehegatte von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat.**

BFH, Urteil vom 16. 9. 1982 — II R 20/81 — BStBl 1983 II 44

#### Aus dem Tatbestand:

Der 1977 verstorbene Dr. A und seine 1978 verstorbene Ehefrau (Erblasserin) hatten durch gemeinschaftliches Testament wie folgt letztwillig verfügt:

„Nach dem Tode des einen soll der andere frei über das Ererbte und sein eigenes Vermögen verfügen können. Sollten wir gleichzeitig oder der eine kurz nach dem anderen sterben oder der Letztlebende keine weitere Verfügung getroffen haben, so sollen nach unserem gemeinsamen Willen ... B und C (die Kläger) unser bzw. der des letztverstorbenen Alleinerben sein ...“

In einem gemeinsamen Zusatztestament haben sie eine Klarstellung insoweit vorgenommen, als sie bestimmten, daß für den Fall, daß B und C (die Kläger) zu Erben berufen werden, beide Erben zu gleichen Teilen werden.

Nach dem Tode ihres Ehemannes wurde die Erblasserin demgemäß dessen Alleinerbin. Sie machte von ihrem Änderungsrecht nur insoweit Gebrauch, als sie ein Vermächtnis an eine dritte Person ersatzlos aufhob. Sie wurde deshalb aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments von den Klägern je zur Hälfte beerbt.

Die Kläger haben in den Erbschaftsteuererklärungen beantragt, ihnen die Vergünstigung nach § 15 Abs. 3 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG 1974) zu gewähren. Sie seien Geschwisterkinder des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin. Deshalb komme die Steuerklasse III zur Anwendung.

Das beklagte Finanzamt lehnte die Anwendung des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 mit der Begründung ab, die Erblasserin sei nicht an die Bestimmung der Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament gebunden gewesen. Es setzte deshalb die Erbschaftsteuer nach der Steuerklasse IV gegen jeden der beiden Kläger unter dem Vorbehalt der Nachprüfung fest.

Mit ihren nach erfolglosen Einsprüchen erhobenen Klagen haben die Kläger beantragt, die Erbschaftsteuer jeweils herabzusetzen.

Das Finanzgericht hat die verbundenen Klagen abgewiesen, weil die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 nicht erfüllt worden seien.

Mit ihrer Revision haben die Kläger ihre Klageanträge weiterverfolgt.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Finanzgericht.

Die Kläger erfüllen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 insoweit, als beim Tode der Erblasserin noch Vermögen ihres vorverstorbenen Ehemannes vorhanden war.

Nach § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 sind im Fall des § 2269 BGB, soweit der überlebende Ehegatte an die gemeinschaftliche letztwillige Verfügung gebunden ist, die mit dem vorverstorbenen Ehegatten näher verwandten Erben ... als seine Erben anzusehen, soweit sein Vermögen beim Tode des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist. Unstreitig ist, daß ein Fall des § 2269 BGB vorliegt. Dieser Auffassung waren auch die Nachlaßgerichte bei Erteilung der Erbscheine nach dem Tode des Ehemannes der Erblasserin und nach dem Tode der Erblasserin.

Näherer Prüfung bedarf allerdings die Frage, ob die Erblasserin an die gemeinschaftliche letztwillige Verfügung gebunden war, durch die die mit der Erblasserin nicht verwandten Kläger zu Erben des längstlebenden Ehegatten eingesetzt wurden (vorbehaltlich einer abweichenden Verfügung des überlebenden Ehegatten).

Der vom Gesetzgeber verwendete Ausdruck „an die Verfügung gebunden“ ist nicht eindeutig. Er kann vom Sprachverständnis her einmal bedeuten, daß die Bindung absolut sein soll, daß also der überlebende Ehegatte rechtlich nicht in der Lage sein darf, sich von dieser Bindung zu lösen. Er kann aber auch bedeuten, daß nur eine relative Bindung dergestalt gemeint ist, daß der überlebende Ehegatte an die gemeinschaftliche Verfügung so lange gebunden ist, als er sich von ihr nicht gelöst hat, die Bindung trotz etwa bestehender aber nicht ausgeübter Widerrufsrechte demgemäß weiterhin bejaht wird.

Bei einer Auslegung der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck ist der letzteren Auffassung der Vorzug zu geben. Der Gesetzgeber hat es nicht für vertretbar gehalten, allein darauf abzustellen, daß der Schlußerbe bei dem sogenannten Berliner Testament das gesamte Vermögen der Eheleute als Erbe des zuletzt Versterbenden erwirbt. Dieses Ergebnis schien dem Gesetzgeber für die Fälle unbillig, in denen das Vermögen von dem zuerst verstorbenen Ehegatten stammt und der Erbe aufgrund seines Verwandtschaftsverhältnisses zu diesem Ehegatten in eine günstigere Steuerklasse fällt (vgl. BT-Drucks. VI/3418, S. 69 zu § 15). Entscheidend für die Regelung des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974, die aus dem alten Recht übernommen worden ist, war danach der Umstand, daß bei dem gemeinschaftlichen Testament i.S. des § 2269 BGB die Schlußerben das gemeinschaftliche Vermögen bei

der Ehegatten nach dem Willen beider Ehegatten nach dem Tode des Längstlebenden erben. Dieser gesetzgeberische Gedanke trifft auch in den Fällen zu, in denen die Ehegatten zwar die Schlußerben bestimmt, dem überlebenden Ehegatten aber das Recht eingeräumt haben, ggf. anderweitig zu testieren, der überlebende Ehegatte aber von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat. Denn auch in diesem Falle erben die Schlußerben aufgrund des gemeinschaftlichen Testamentes. Da der überlebende Ehegatte nicht abweichend testiert, bleibt er an das gemeinschaftliche Testament gebunden, wie ein Vertragspartner trotz bestehenden Rücktrittsrechts an einen Vertrag gebunden bleibt, wenn er das Rücktrittsrecht nicht ausübt.

Gründe für eine Auslegung der Vorschrift im Sinne einer absoluten Bindung sind nicht erkennbar, abgesehen davon, daß es eine absolute Bindung schon deshalb nicht gibt, weil jeder Ehegatte sich das Aufhebungsrecht dadurch erhalten kann, daß er die Erbschaft nach dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten ausschlägt (vgl. § 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB). Im übrigen wäre es auch nicht gerechtfertigt, trotz Festhaltens an dem gemeinschaftlichen Testament im einzelnen zu prüfen, ob dem überlebenden Ehegatten etwa ein Aufhebungsrecht gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB zugestanden hätte, er also nicht absolut an das gemeinschaftliche Testament gebunden gewesen wäre. Wenn aber in diesen Fällen gleichwohl eine Bindung an das gemeinschaftliche Testament bejaht werden muß, so ist nicht einzusehen, weshalb dies anders sein könnte, wenn die Ehegatten einander soweit vertrauen, daß sie dem überlebenden Ehegatten das Recht einer Änderung hinsichtlich der Schlußerbenbestimmung einräumen. Sieht der überlebende Ehegatte in einem solchen Falle keine Notwendigkeit für eine ihm vorbehaltene Testamentsänderung, so kann dies nur dahin gedeutet werden, daß er die Bindung an das gemeinschaftliche Testament bejaht und sich hiervon nicht los sagt. Dies reicht aus, um nach dem Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 eine Bindung des überlebenden Ehegatten an das gemeinschaftliche Testament zu bejahen.

Die nicht spruchreife Sache geht an das Finanzgericht zurück, damit dieses prüft, inwieweit beim Tode der Erblasserin noch Vermögen ihres vorverstorbenen Ehemannes vorhanden war.

23. UmwStG 1969 § 22 Abs. 1 = UmwStG 1977 § 24 Abs. 1; EStG §§ 16, 34 (*Zur Besteuerung der Einbringung eines Einzelunternehmens in eine OHG*)

**Wird ein Einzelunternehmen unter Aufdeckung der stillen Reserven in eine OHG eingebracht, ist der Tatbestand des § 22 Abs. 1 UmwStG 1969 auch dann erfüllt, wenn die Einlage zum Teil für Rechnung des Einbringenden und zum Teil für Rechnung eines Mitgesellschafters bewirkt wird, der dem Einlegenden zum Ausgleich dafür einen Betrag in Geld zahlt.**

BFH, Urteil vom 23. 6. 1981 — VIII R 138/80 — BStBl 1982, 622

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger war Alleininhaber der „H & Co“. Er schloß mit seinem Prokuristen W einen Gesellschaftsvertrag und nahm ihn mit Wirkung ab 3. Januar 1972 als Gesellschafter in sein Unternehmen auf, „so daß die Firma sich von dem vorerwähnten Tage ab in eine OHG verwandelte“ (§ 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages). Die Gesellschafter sollten je zur Hälfte am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein. W war verpflichtet, eine Einlage von 150 000 DM zu leisten, die der Kläger entnehmen durfte. 100 000 DM waren sofort, 50 000 DM in drei Jahresraten zu zahlen.

In der Eröffnungsbilanz der OHG wurden die stillen Reserven des Einzelunternehmens des Klägers aufgelöst. Das Kapitalkonto des Klägers wurde dadurch von 158 080,58 DM um 150 000 DM auf 308 080,58 DM erhöht. Das Kapitalkonto des W betrug zunächst nur 7 878,26 DM und entsprach einer Darlehensforderung des W gegen den Kläger. W zahlte am 3. Januar 1972 100 000 DM, die einem privaten Konto des Klägers gutgeschrieben und später durch die Buchung „per Kapitalkonto F an Kapitalkonto W“ in der Buchführung der OHG erfaßt wurden.

Der Kläger erklärte in seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1972 einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 150 000 DM, den das beklagte Finanzamt zunächst dem ermäßigten Steuersatz gemäß §§ 16, 34 EStG unterwarf. Nach einer Betriebsprüfung stellte sich das Finanzamt unter Berufung auf den Erlaß des Bundesministers der Finanzen IV B 2 — S 1909 — 15/73 vom 10. 9. 1973 (BStBl I 1973, 638 — zum Gesetz über steuerliche Maßnahmen bei Änderung der Unternehmensform vom 14. August 1969 [UmwStG 1969] —) auf den Standpunkt, daß der Kläger vor Einbringung seines Unternehmens in die OHG die Hälfte der Buchwerte und stillen Reserven an W veräußert und den Erlös entnommen habe. Dieser Gewinn sei kein Veräußerungsgewinn i.S. der §§ 16, 34 EStG oder § 22 Abs. 3 UmwStG 1969. Letzteres treffe nur für den Gewinn zu, der bei der Einlage des dem Kläger verbleibenden Anteils an den Wirtschaftsgütern des Einzelunternehmens in die OHG entstanden sei.

Der Einspruch des Klägers blieb erfolglos. Das Finanzgericht gab seiner Klage statt (vgl. EFG 1980, 468) und änderte den angefochtenen Bescheid in Gestalt der Einspruchsentscheidung in der Weise, daß es einen laufenden Gewinn von 16 100 DM und einen tarifbegünstigten Veräußerungsgewinn von 150 000 DM zugrunde legte.

Mit der Revision rügt das Finanzamt Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

1. ...

2. Das Finanzgericht hat zu Recht die Voraussetzungen des § 22 UmwStG 1969 im Streitfall bejaht und den Gewinn des Klägers, der durch die Aufdeckung der stillen Reserven seines Einzelunternehmens entstanden ist, gemäß § 22 Abs. 3 UmwStG 1969 nach den §§ 16, 34 Abs. 1 und 2 EStG versteuert.

a) Der Kläger hat sein Einzelunternehmen in die neu gegründete OHG eingebracht. Das ergibt sich aus § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags, wonach die OHG selbst mit der Aufnahme des bisherigen Prokuristen W als Gesellschafter in das Einzelunternehmen entstand.

aa) Der Kläger hat nicht lediglich Eigentumsanteile an den Wirtschaftsgütern des Einzelunternehmens in die OHG eingebracht (vgl. BdF-Erlasse BStBl I 1973, 638, und vom 16. 6. 1978 IV B 2 — S 1909 — 8/78, BStBl I 1978, 235 — zum Umwandlungssteuergesetz 1977 —; vgl. ferner *Söffing*, Deutsche Steuer-Zeitung A 1972 S. 233, 240; für eine Zerlegung des Vorganges auch *Loos*, DB 1972, 403, 404). Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Bestimmung, nach der der Kläger einen Anteil am Eigentum an diesen Wirtschaftsgütern auf seinen Prokuristen W übertragen hat. Anhaltspunkte für eine derartige, außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffene Vereinbarung sind nicht erkennbar. Auch der wirtschaftliche Gehalt des zwischen dem Kläger und W geschlossenen Gesellschaftsvertrags gebietet nicht, davon auszugehen, daß der Kläger vor der Gründung der OHG Eigentumsanteile an seinen Wirtschaftsgütern an W veräußert hat. Bruchteilseigentum des Klägers und des W als Übergang zwischen dem Alleineigentum des Klägers und dem Gesamthandseigentum der Gesellschafter der OHG könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn dieses Übergangsstadium zivilrechtlich oder bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise notwendig gewesen wäre, um das Gesamthandseigentum im Rahmen des Gesellschaftsverhält-

nisses zu begründen. Das ist jedoch nicht der Fall. Durch die Einlage des Einzelunternehmens gelangten die dazu gehörenden Wirtschaftsgüter in das Gesellschaftsvermögen der OHG (*Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., S. 161 f.). An diesem Gesellschaftsvermögen war auch W mit Wirksamwerden des Gesellschaftsvertrags unabhängig von einer eigenen Einlage beteiligt. Seine dingliche Mitberechtigung war Folge seines Eintritts in die OHG als Gesellschafter (*Ulmer* in Münchner Kommentar, § 705 Tz. 31: „Anwachsung“, ferner § 718 Tz. 3).

Der Kapitalanteil ist dagegen abhängig von einer Einlage (*Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts, S. 199; Urteil des BFH vom 1. 2. 1973 IV R 9/68, BFHE 108, 114, 119, BStBl II 1973, 221). Der Gesellschafter braucht die Einlage nicht persönlich zu leisten, auch ein Mitgesellschafter kann sie erbringen (*Ulmer*, a.a.O., § 705 Tz. 134). Der Mitgesellschafter legt dann das Wirtschaftsgut für Rechnung des anderen Gesellschafters ein. Dies kann im Verhältnis zwischen beiden Gesellschaftern unentgeltlich (schenkweise) geschehen, wie häufig bei der Aufnahme von Kindern in das Unternehmen des Vaters (*Huber*, a.a.O.; BFHE 108, 114, BStBl II 1973, 221 und BFH-Urteil vom 1. 2. 1973 IV R 138/67, BFHE 109, 117, BStBl II 1973, 526). Der andere Gesellschafter, für dessen Rechnung der Mitgesellschafter die Einlage geleistet hat, kann aber auch verpflichtet sein, an den Mitgesellschafter zum Ausgleich einen Betrag in Geld zu zahlen. In beiden Fällen erhöht sich der Kapitalanteil des anderen Gesellschafters um den Wert der für seine Rechnung geleisteten Einlage. Dies setzt nicht voraus, daß er zuvor bereits Eigentümer des eingelegten Wirtschaftsguts war.

bb) Im Streitfall waren sich die Gesellschafter nach § 3 des Gesellschaftsvertrags einig, daß W zur Hälfte am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Das spricht dafür, daß der Kläger sein Einzelunternehmen teils für seine Rechnung, teils für Rechnung des W eingebracht hat. Entgelt für die Einräumung des Kapitalanteils sind die von W zu zahlenden 150 000 DM. Sie stellen ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Gehalt nach entgegen dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrags („Einlage“) keinen Beitrag i.S. der §§ 105 Abs. 2 HGB; 705, 706 BGB dar. Das ergibt sich aus der Bestimmung in § 3 des Gesellschaftsvertrags, wonach der Kläger berechtigt ist, diese „Einlage“ zu entnehmen. Das Gesellschaftsvermögen sollte letztlich nur aus den Wirtschaftsgütern des Einzelunternehmens bestehen; die von W zu zahlenden 150 000 DM sollten nicht dem Gesellschaftszweck dienen, sondern einem Gesellschafter (dem Kläger) Verfügung stehen. Das ergibt sich schließlich aus der vom Finanzgericht festgestellten Tatsache, daß die von W gezahlten 100 000 DM unmittelbar einem Privatkonto des Klägers gutgeschrieben wurden.

cc) Die Eröffnungsbilanz der OHG auf den 3. Januar 1972 weist allerdings für den Kläger ein Kapitalkonto in Höhe von 308 080,58 DM aus, während sich das des W lediglich auf 7 878,26 DM beläuft und erst „später“, nach Zahlung der 100 000 DM um 100 000 DM erhöht wurde. Dies könnte so zu verstehen sein, daß W erst dann zur Hälfte am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein sollte, wenn er 150 000 DM gezahlt hatte. Die Einlage des W bestand dann zunächst aus seiner Forderung in Höhe von 7 878,26 DM, während der Kläger sein Einzelunternehmen unter Aufdeckung der stillen Reserven zunächst nur für eigene Rechnung einlegte und dem W später einen seiner Zahlung entsprechenden Kapitalanteil einräumte.

dd) Für die Einkommensteuerveranlagung des Klägers ist es im Streitfall unerheblich, ob er seinen Betrieb sogleich für eigene und für Rechnung des W (oben 2 a bb) oder zunächst allein für eigene Rechnung einbrachte, um W später einen Teil seines Kapitalanteils zu übertragen (oben 2 a cc). In jedem Fall hat der Kläger sein Einzelunternehmen als Ganzes in die OHG eingebracht und dabei — anders als in den Fällen der BFH-Urteile vom 25. 11. 1980 VIII R 32/77 (BFHE 132, 425, BStBl II 1981, 419) und vom 26. 2. 1981 IV R 98/79 (BFHE 133, 186, BStBl II 1981, 568) alle stillen Reserven aufgelöst. Der BFH ist bereits in diesen Urteilen stillschweigend davon ausgegangen, daß ein Einzelunternehmen auch dann als Ganzes in eine Personengesellschaft eingebracht wird, wenn vereinbart ist, daß der Einlegende für die auch zugunsten anderer Gesellschafter geleistete Einlage von diesen eine Ausgleichszahlung erhält. Es ist nicht notwendig, daß für die Einbringung des Betriebs ausschließlich Gesellschaftsrechte gewährt werden (vgl. *Glade/Steinfeld* Umwandlungssteuergesetz 1977, 3. Aufl., Tz. 1325; *Herrmann/Heuer*, Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, 18. Aufl., § 22 UmwStG 1969 Anm. 27). Ein Fall des Mißbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S. des § 6 StAnpG (§ 42 AO 1977) liegt im Streitfall nicht vor (vgl. dazu *Söffing*, DStZ A 1972, 239; *Loos*, DB 1972, 404; *Martin*, DB

1974, 201). Der Senat braucht im Streitfall auch nicht zu entscheiden, ob der Gesellschafter, der sein Unternehmen einbringt und in der Handelsbilanz und Steuerbilanz der Gesellschaft die stillen Reserven auflöst, die Versteuerung des Veräußerungsgewinns durch eine negative Ergänzungsbilanz vermeiden kann (vgl. *Widmann*, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1974/1975 S. 88, 101 ff.). Denn der Kläger verlangt das nicht.

b) Die eingelegten Wirtschaftsgüter sind mit den Teilwerten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, 5 EStG) angesetzt worden, sämtliche stillen Reserven wurden aufgedeckt. Der Unterschied zwischen den Buchwerten und dem Ansatz des eingebrachten Betriebsvermögens in der Eröffnungsbilanz der OHG in Höhe von 150 000 DM ist ein Veräußerungsgewinn i.S. des § 22 Abs. 3 UmwStG 1969 (so im Ergebnis auch *Widmann*, a.a.O.; *Rau*, Steuer- und Wirtschafts-Kurzpost, Gruppe 4, S. 1360; anderer Ansicht *Glade/Steinfeld*, a.a.O., Tz. 1333). Er ist gemäß §§ 16 Abs. 4 und 34 Abs. 1 EStG zutreffend versteuert worden.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. hierzu auch das Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 15.10. 1982, abgedruckt in diesem Heft S. 43.

#### IV.

### Hinweise für die Praxis

#### 1. Beschaffung von Personenstandsunterlagen aus Polen und der UdSSR;

**hier: Neue Merkblätter**

Die Botschaften der Bundesrepublik Deutschland in Warschau und Moskau haben neue Merkblätter über die Beschaffung von Personenstandsunterlagen und anderer Personalunterlagen aus Polen (Stand: Juni 1982) bzw. aus der UdSSR (Stand: September 1981) herausgegeben. Sie enthalten u.a. Hinweise über Antragstellung, erforderliche Angaben, Verfahren, Gebühren und bezeichnen im einzelnen die Arten von Urkunden, die beschafft werden können.

Die Merkblätter sind im vollen Wortlaut abgedruckt in MittRhNotK 1982, 231 und 233. Sie können bei Bedarf bei folgender Adresse angefordert werden:

Auswärtiges Amt  
Referat 510  
Postfach 1148  
5300 Bonn 1

#### 2. Einkommensteuer

**hier: Freibetrag für Bodengewinne nach § 14 a Abs. 4 EStG**

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 28.1.1983 — Az.: 31 a — S 2239 a — 5/11 — 45 010/82 — sowie der OFD München vom 11. 2.1983 — Az.: S 2239 a — 5/2 St 21 —

Die Ausdehnung der Freibetragsregelung nach § 14 a Abs. 4 EStG auf Grundstücksentnahmen ist von den gesetzgebenden Körperschaften auf Vorschlag des Bundesrates beschlossen worden. In der Begründung seines Vorschlags spricht der Bundesrat von der Überlassung betrieblich ge-

nutzter Grundstücke an weichende Erben im Erbfall oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (vgl. BR-Drs. 112/80); Grundstücksentnahmen zugunsten des künftigen Hoferben werden nicht erwähnt.

Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers und nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift, Belastungen des Land- und Forstwirts und ggf. seiner Betriebsnachfolger infolge Abfindung weichender Erben zu mildern, kann der Freibetrag nach § 14 a Abs. 4 EStG nicht in Betracht kommen, wenn der entnommene Grund und Boden dem künftigen Hoferben in vorweggenommener Erbfolge übereignet wird.

*Anmerkung der Schriftleitung:*

Vgl. zu § 14 a Abs. 4 EStG auch MittBayNot 1981, 164; 1982, 101; 1982, 279.

#### 3. Einkommensteuer;

**hier: Einkommensteuerrechtliche Behandlung des Nießbrauchs; Anwendung des BFH-Urteils vom 27. 7. 1982 — VIII R 176/80 (BStBl 1983 II S. 6)\***

Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 31.1. 1983 — Az.: IV B 1 — S 2253 — 11/83 — BStBl 1983 I 100

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der o.a. Besprechung [mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder] soll das BFH-Urteil vom 27. Juli 1982 VIII R 176/80\* wegen einer vorgesehenen bundeseinheitlichen Verwaltungsanweisung zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung des Nießbrauchs, die insbesondere auch die AfA-Berechtigung beim Vorbehaltsnießbrauch zum Gegenstand haben soll, über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht angewendet werden.

\* Abgedruckt in diesem Heft S. 35.

#### 4. Grunderwerbsteuer;

##### **hier: Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) 1983, Gegenstandslosigkeit von Befreiungsvorschriften**

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 11.1.1983 — Az.: 37 — S 4400 — 8/14 — 77 941/82 — und der OFD München vom 25.1.1983 — Az.: S 4400 — 12/5 — St 332 —

Nach § 25 Abs. 12 Satz 2 GrEStG 1983 sind Rechtsvorschriften der Länder, die sich auch auf anderes als die Grunderwerbsteuer beziehen, mit dem Inkrafttreten des GrEStG 1983 (1.1.1983) hinsichtlich der Grunderwerbsteuer nicht mehr anwendbar.

Insbesondere sind somit folgende Befreiungsvorschriften künftig hinsichtlich der Grunderwerbsteuer gegenstandslos:

1. § 29 des Reichssiedlungsgesetzes vom 11. August 1919 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 139, Nr. 58).
2. § 4 Abs. 2 des Gesetzes zur Förderung der landwirtschaftlichen Siedlung vom 31. März 1931 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 140 Nr. 62).
3. § 8 des Gesetzes zur Änderung des Reichssiedlungsgesetzes vom 4. Jan. 1935 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 139 Nr. 59).
4. Vierter Teil, Kapitel II § 20 der Dritten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 6. Oktober 1931 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 139 Nr. 60), geändert durch Gesetz vom 24. April 1978 (GVBl S. 131).
5. Artikel 4 der Verordnung zur Kleinsiedlung und Bereitstellung von Kleingärten vom 23. Dezember 1931/15. Januar 1937 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 140 Nr. 61).
6. § 9 Abs. 4 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz) vom 13. Dezember 1935 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 142 Nr. 66).
7. Artikel 14 Abs. 2 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 1978 (GVBl S. 355), geändert durch Gesetz vom 11. August 1978 (GVBl S. 525).
8. Artikel 10 Abs. 2 der Landkreisordnung für den Freistaat Bayern (LKrO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 1978 (GVBl S. 377), geändert durch Gesetz vom 11. August 1978 (GVBl S. 525).
9. Artikel 10 der Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (BezO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Mai 1978 (GVBl S. 396), geändert durch Gesetz vom 11. August 1978 (GVBl S. 525).
10. Artikel 36 des Gesetzes über die öffentlichen Sparkassen (SpkG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 1956 (BayBS I S. 574), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. April 1973 (GVBl S. 191).
11. Artikel 19 des Gesetzes über Maßnahmen zur kommunalen Gebietsreform vom 25. Mai 1972 (GVBl S. 169).
12. Artikel 19 Abs. 1 des Ersten Gesetzes zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung vom 27. Juli 1971 (GVBl S. 247), zuletzt geändert durch Gesetz vom 13. Juni 1977 (GVBl S. 237).
13. § 5 der Zweiten Durchführungsverordnung über die beschleunigte Förderung des Baues von Heuerlings- und Werkwohnungen sowie von Eigenheimen für ländliche Arbeiter und Handwerker vom 27. Januar 1938 in der Fassung vom 1. August 1968 (BayBS ErgB S. 141 Nr. 63).

14. Artikel XII des Gesetzes Nr. 48 zur Beschaffung von Siedlungsland und zur Bodenreform vom 18. September 1946 (BayBS IV S. 336), geändert durch Gesetz vom 28. Juli 1961 (BGBl I S. 1091).

15. Artikel 5 des Gesetzes zur Förderung der Übernahme landwirtschaftlicher Betriebe (Seßhaftmachungsgesetz — SeßhG) vom 26. November 1954 (BayBS IV S. 349).

16. Artikel 18 des Gesetzes zur Ausführung des Flurbereinigungs-gesetzes (AGFlurbG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. März 1977 (GVBl S. 104).

#### 5. Grunderwerbsteuer;

##### **hier: Bauherrenmodell**

Zum FMS vom 4. 11. 1982<sup>1</sup> — Az.: 37 — S 4509 — 73/23 — 67 563 —

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 27. 12. 1982 — Az.: 37 — S 4509 — 73/36 — 75 526 — an die Oberfinanzdirektionen:

Nach dem o.g. FMS vom 4. 11. 1982<sup>1</sup> sind aus dem BFH-Urteil vom 23. 6. 1982 Az.: II R 155/80<sup>2</sup> aus Gründen des Vertrauensschutzes für alle Erwerbsvorgänge, die bis zum 31.12.1982 verwirklicht werden, keine für die Steuerpflichtigen negativen Schlußfolgerungen zu ziehen. Eine Verlängerung dieser Frist über den 31. 12. 1982 hinaus kommt nicht in Betracht. Ich bitte daher, bei der grunderwerbsteuerlichen Beurteilung von Erwerbsvorgängen, die nach dem 31. 12. 1982 verwirklicht werden, entsprechend der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu verfahren.

<sup>1</sup> Vgl. MittBayNot 1982, 279.

<sup>2</sup> Vgl. MittBayNot 1982, 271.

#### 6. Umwandlungssteuergesetz;

##### **hier: Einbringung in den Fällen des § 22 Abs. 1 UmwStG 1969 (jetzt § 24 Abs. 1 UmwStG 1977) mit Zuzahlung**

Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 15.10. 1982 — Az.: IV B 2 — S 1909 — 24/82 — BStBl 1982 I 806 — und der OFD München vom 26.11. 1982 — Az.: S 1909 — 2 St 21 —

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft nach § 22 Abs. 1 UmwStG 1969 (jetzt: § 24 Abs. 1 UmwStG 1977) mit Zuzahlung wie folgt Stellung:

Wird ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in eine Personengesellschaft eingebracht und setzt die Personengesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen in ihrer Bilanz einschließlich der Ergänzungsbilanzen für ihre Gesellschafter mit dem Teilwert an, so ist der durch die Einbringung entstehende Gewinn auch dann nach § 22 Abs. 3 UmwStG 1969 (jetzt: § 24 Abs. 3 UmwStG 1977) begünstigt, wenn der Einbringende außer dem Anteil an der Personengesellschaft eine Zuzahlung erhält, die nicht Betriebsvermögen der Personengesellschaft wird (BFH-Urteil vom 23. Juni 1981 — BStBl 1982 II S. 622)\*. Soweit sich aus den Textziffern 73 folgende des BdF-Schreibens vom 16. Juni 1978 (BStBl I S. 235) und der entsprechenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zu den in dem o.a. BFH-Urteil angesprochenen Fällen etwas anderes ergibt, wird an dieser Auffassung nicht festgehalten.

\* Abgedruckt in diesem Heft S. 40.