

# Mitteilungen

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

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

Druck: E. Mülhthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 8000 München 2

Heft 3

MittBayNot

Mai/Juni 1991

### I. Abhandlung

#### Die zentralen juristischen Dienste des holländischen Notariats

von Notar *Dr. Joachim Schervier*,  
Landshut

Hand auf's Herz: Haben Sie nicht gelegentlich die Situation erlebt, daß Ihnen zu einer plötzlich aufgetauchten Rechtsfrage nicht nur das präsente Wissen, sondern auch jegliche Literatur und Rechtsprechung fehlen? Die Frage nach dem kroatischen Pflichtteilsrecht getraut man sich (derzeit noch) offen mit Nichtwissen zu beantworten, aber wie ist es mit der Zulässigkeit der Erschließungskostenregelung in einem Ansiedlungsvertrag? Schon die schlichte Suche nach der einen BGH-Entscheidung zu einer gesellschaftsrechtlichen Spezialfrage kann zur Qual werden, wenn der Kommentar nur die Fundstelle in den Wertpapiermitteilungen angibt. Wenn man sich von dem befreundeten Bankjuristen, der einem natürlich gerne mit einer Kopie behilflich ist, fragen lassen muß, warum die Notare sich eigentlich keine gute Bibliothek leisten können, dann erleidet auch das notarielle Selbstbewußtsein eine kleine Delle.

Vielfach kann der Kammerassessor in solchen Fällen weiterhelfen. Aber bei vielen Fragen, z. B. wenn das Steuerrecht, das Landwirtschaftsrecht, spezielle Gebiete des öffentlichen Rechts oder gar ausländisches Recht berührt sind, muß er in der Regel passen. Für eingehende Recherchen fehlt ihm ohnedies die Zeit.

Unsere holländischen Kollegen haben es da besser. Das holländische Notariat verfügt über einen — aus mehreren formal selbstständigen Einheiten bestehenden — zentralen juristischen Dienst, der es gerade auch dem einzelnen Notar auf dem Lande erlaubt, komplexe Probleme so zu bearbeiten, daß die Mandantschaft auf die Hinzuziehung anderer Berater in vielen Fällen ganz verzichten kann (siehe auch den Beitrag von Löffler, Die französischen Cridons, MittBayNot 1991, S. 53, Heft 2).

Ich hatte im November 1990 Gelegenheit, mich eingehend über den zentralen juristischen Dienst des holländischen Notariats, bestehend aus dem Notarieel Juridisch Bureau (NJB), dem Internationaal Juridisch Instituut, (IJI) und dem Fiskaalbureau voor het Notariaat (FBN) an deren Sitz in Den Haag zu informieren.

Darüber hinaus möchte ich auch über das Modell einer wissenschaftlichen Kooperation einzelner Notariate außerhalb der Königlichen Notariellen Bruderschaft (KNB) berichten.

#### I. Das Notarieel Juridisch Bureau (NJB)

##### 1. Geschichte, Rechtsform

Das NJB wurde 1975 als unselbständiger Teil der KNB errichtet. An dieser rechtlichen Stellung hat sich bis heute nichts geändert.

##### 2. Aufgabe und Leistungsangebot

Hauptaufgabe des NJB ist die Beratung der Mitglieder der KNB bei allen Rechtsfragen, insbesondere auf nicht im Zentrum der notariellen Tätigkeit stehenden Rechtsgebieten. Daneben berät das NJB die Standesführung bei der Abgabe von Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorhaben und in sonstigen standespolitischen Angelegenheiten.

Die Fortbildung der niederländischen Notare und Notarkandidaten ist hingegen nicht Aufgabe des NJB. Die Fortbildung wird in den Niederlanden von den Universitäten im Rahmen von Weiterbildungsprogrammen durchgeführt. Der Leiter des NJB wendet allerdings einen nicht unerheblichen Teil seiner Arbeitszeit für Vorträge auf solchen Fortbildungsveranstaltungen auf. Die übrigen juristischen Mitarbeiter sind — was von der KNB begrüßt wird — nebenbei allerdings auch schriftstellerisch tätig.

Das NJB bzw. seine juristischen Mitarbeiter verstehen sich als Berater der Notare und Notarkandidaten vor Ort. An die Mitarbeiter des NJB werden zum Teil konkrete Fragen herangetragen, teilweise rufen Notare oder Notarkandidaten, insbesondere aus ländlichen Einzelämtern, jedoch auch nur an, um mit einem Fachkundigen ein Problem zu erörtern.

Die konkreten Fragen werden, soweit möglich, bereits am Telefon beantwortet. Zu schwierigeren Fragen erstellt das NJB schriftliche Gutachten. Filtert man aus den bis zu 75 Telefonanrufen pro Tag die reinen Erörterungen heraus, so kommt man einschließlich der schriftlichen Anfragen auf ca. 1.800 Anfragen pro Jahr, von denen 250 bis 300 in der Form schriftlicher Gutachten beantwortet werden. Die Tendenz ist steigend. Urkundenentwürfe erstellt das NJB nicht.

Beratung wird nur für Mitglieder, d. h. praktisch alle niederländischen Notare und Notarassessoren, erbracht. Die schriftlichen Gutachten darf der Notar ohne vorherige schriftliche Zustimmung des NJB Dritten nicht zugänglich machen.

Es besteht ein allgemeines Einvernehmen innerhalb der KNB darüber, daß es in die Verantwortung des Notars fällt, ob er die Auskunft des NJB ohne weiteres zur Grundlage seiner Beratung macht oder ob er sich noch zusätzlich informiert. Gleichwohl ist das NJB haftpflichtversichert. Ein Haftungsfall ist jedoch bisher noch nie vorgekommen.

### 3. Personelle und technische Ausstattung des NJB

Für das NJB sind insgesamt zwölf Personen tätig, davon sieben Juristen und 5 Sekretariatskräfte, von denen wiederum jeweils zwei halbtags beschäftigt sind, so daß das NJB derzeit sechs juristische Stellen und 4 1/2 Sekretariatsstellen besetzt hat.

An der Spitze des NJB steht ein erfahrener Notarkandidat. (Hierzu muß man wissen, daß man in Holland einerseits unmittelbar nach Abschluß des juristischen Studiums mit Fachrichtung Notariat Notarkandidat wird — also mit ca. 25 Jahren —, daß aber die Wartezeit bis zur Ernennung durchaus 14 Jahre und mehr betragen kann.) Der Leiter ist neben seiner — bereits angesprochenen — umfangreichen Vortragsarbeit naturgemäß mit vielen administrativen Aufgaben beschäftigt. Im übrigen koordiniert er die Tätigkeit seiner juristischen Mitarbeiter und bespricht schwierige Fälle mit ihnen. An der telefonischen Beratung und Erstellung schriftlicher Gutachten ist er selbst nur in geringem Umfang beteiligt.

Die hauptsächliche Beratungstätigkeit wird von den sechs übrigen juristischen Mitarbeitern geleistet. Diese haben sämtlich ein juristisches Studium absolviert und verfügen über eine teilweise mehrjährige Berufserfahrung. Praktische Erfahrung im Notariat hat keiner von ihnen vorzuweisen. Lediglich ein Mitarbeiter hat zusätzlich zu seinem normalen Juraabschluß auch noch die Fachrichtung für das Notariat absolviert. Alle Mitarbeiter bestätigen durchaus, daß sie bis zu einem Jahr benötigt haben, bis sie einen Überblick über die typischen Arbeitsfelder des Notars gewonnen und seine spezielle Arbeitsweise kennengelernt hatten. Die Anleitung durch einen erfahrenen Notar (Kandidaten) wird dem entsprechend auch von allen Mitarbeitern als unverzichtbar angesehen. Andererseits legt man aber von Seiten der Institutsleitung größten Wert darauf, daß die Mitarbeiter praktische Berufserfahrung gerade aus dem außernotariellen Bereich mitbringen, da gerade die damit verbundene andere Sehweise und vor allem die praktische Erfahrung in der notariellen Tätigkeit eher fern liegenden Bereichen sehr dabei helfe, die Fragen, welche die Notare dem NJB vorlegen, zu beantworten.

Die Spezialisierung der Mitarbeiter ist nicht sehr groß und soll sogar noch zugunsten einer Verbreiterung der Arbeits-

felder weiter zurückgedrängt werden. Dies hängt sicherlich auch damit zusammen, daß wesentliche Spezialbereiche, wie das Steuerrecht und das IPR zum großen Teil nicht mehr vom NJB, sondern vom IJI und vom FBN abgedeckt werden.

Das NJB ist in einem mehrstöckigen Bürohaus mit ca. 600 qm Bürofläche untergebracht, das unmittelbar in die Hauptgeschäftsstelle der KNB grenzt. Das NJB teilt sich diesen Büroraum allerdings mit dem FBN und dem IJI. Kernstück der materiellen Ausstattung ist eine Bibliothek, die nach Angabe der Mitarbeiter das niederländische Recht umfassend abdeckt. Moderne Datentechniken werden in Gestalt einer Lesestation für CD-ROMs genutzt. Die im Aufbau befindliche Datenbank des niederländischen Rechts auf CD-ROM wird fortlaufend bezogen. Darüber hinaus besteht eine Online-Verbindung zur Datenbank Niederländisches Recht des Kluwer Verlags, in dem das gesamte niederländische Recht, alle Entscheidungen und Zeitschriften-Aufsätze gespeichert sind. In Vorbereitung ist eine Online-Verbindung zum Katalog des Friedenspalastes in Den Haag (Internationaler Gerichtshof), mittels dessen insbesondere internationalrechtliche Recherchen vereinfacht und beschleunigt werden sollen (was dann im Ergebnis hauptsächlich dem IJI zugute kommen dürfte).

Die Textverarbeitung befindet sich beim NJB noch in einem relativ frühen Stadium. Im wesentlichen wird mit Schreibmaschinen gearbeitet. Die juristischen Mitarbeiter verfügen selbst über keinerlei Schreibrichtungen, insbesondere keine EDV-Terminals. Gutachten werden diktiert und von den Sekretärinnen geschrieben. Die Anfragen und Gutachten werden kopiert und in Aktenordnern archiviert. Das Archiv ist über einen fortgeführten Schlagwortkatalog nutzbar.

### 4. Finanzierung

Die Leistungen des NJB sind grundsätzlich mit den Mitgliedsbeiträgen für die KNB abgegolten. Für schriftliche Gutachten wird allerdings ein Stundenhonorar von 165,— Gulden, das sind etwa 150,— DM, berechnet.

## II. Das Internationaal Juridisch Instituut (IJI)

### 1. Rechtliche Organisation

Das IJI ist eine Stiftung, die 1918 gegründet wurde. Im Vorstand der Stiftung sitzen Vertreter des niederländischen Justizministeriums, der Richterschaft, der Anwaltschaft, des Notariats, der Wissenschaft und der Wirtschaft.

### 2. Aufgabe, Leistungsangebot

Das IJI beantwortet Anfragen und erstellt Gutachten zum holländischen internationalen Privatrecht und ausländischen Recht, mit Ausnahme des ausländischen Steuerrechts.

Pro Jahr werden durchschnittlich 250 Gutachten im Umfang von 8—12 Schreibmaschinenseiten erstellt.

Das IJI würde z. B. ohne weiteres ein Gutachten erstellen bzw. eine Anfrage beantworten, die auf das zuvor bereits angesprochene Pflichtteilsrecht in Kroatien erzielt.

Gegen falsche Auskünfte ist das IJI versichert. Auch hier ist kein Haftungsfall bekannt.

Das IJI und das NJB standen von 1980 bis 1989 unter einheitlicher Leitung. In diesem Zeitraum wurde auch die Grundlage für die heutige intensive Zusammenarbeit gelegt. Heut-

zutage leitet das NJB den größten Teil der Anfragen zum internationalen Privatrecht und ausländischen Recht an das IJI weiter. Während noch 1987 lediglich 15 Prozent der vom IJI bearbeiteten Anfragen aus dem Bereich des holländischen Notariats stammten, sind dies heute bereits ca. 30 Prozent.

### 3. Personelle und technische Ausstattung

Die Geschäfte des IJI werden von einem Direktor geführt, der jedoch nur nebenamtlich tätig ist und gegenwärtig lediglich einmal in der Woche einen Tag in das IJI kommt. Den zwei hauptamtlichen wissenschaftlichen Mitarbeitern, die das IJI ganzzeitig beschäftigt, steht allerdings noch ein emeritierter Hochschullehrer als Berater zur Seite, der durchschnittlich dreimal die Woche für jeweils mehrere Stunden in das Institut kommt.

Das IJI residiert in drei Räumen von zusammen ca. 40 qm in dem Bürohaus, das auch das NJB und das FBN beherbergt, und nutzt die technischen Einrichtungen des NJB mit. Insbesondere die Gutachten des IJI werden von den Sekretärinnen des NJB geschrieben.

Das IJI verfügt über eine umfangreiche eigene Bibliothek, die z. B. aus Deutschland regelmäßig die NJW, die JR, die RIW, die Standesamtszeitschrift und die Rabelszeitschrift bezieht. Falls erforderlich, wird auf die Bibliothek des Internationalen Gerichtshofs und diejenige des Asser Instituts, einer interuniversitären Forschungseinrichtung für internationales Recht, zurückgegriffen.

### 4. Finanzierung

Das IJI berechnet für jede Mitarbeiterstunde einen Stundensatz von 195,— Gulden, das sind etwa 175,— DM.

## III. Fiskaalbureau voor het Notariaat (FBN)

### 1. Rechtliche Organisation und Geschichte

Das FBN ist von der rechtlichen Organisation her sicherlich die eigentümlichste Institution, die dem niederländischen Notariat mit Rat zur Seite steht. Das FBN ist als Einzelfirma organisiert. Diese Firma gehört einem Steuerrechtler, Dr. Stubbé, der Sohn eines Notars ist, auch den Abschluß der notariellen Studienfachrichtung besitzt und fünf Jahre lang Notarkandidat war, bevor er 1986 aus dem Notardienst ausschied, um das FBN zu gründen.

### 2. Aufgabe, Leistungsangebot

Die Tätigkeit des FBN erstreckt sich im wesentlichen auf drei Bereiche:

a) Durchführung von Schulungskursen über steuerrechtliche Themen für Notare.

Das FBN bietet Grundkurse, Auffrischungs- und Spezialkurse zum Steuerrecht an. Z. B. findet ein Kurs über dreimal vier Stunden Umsatzsteuerrecht und Grunderwerbssteuerrecht für den Preis von 875,— Gulden (ungefähr 785,— DM) statt.

b) Herausgabe einer Monatszeitschrift mit dem Titel „Fis-kaale Berichten voor het Notariaat“, welche steuerrechtliche Themen speziell für Notare aufbereitet. Hierin werden neuere Entscheidungen, Erlasse der Finanzverwaltung und selbstverständlich Gesetzesänderungen mitgeteilt und kommentiert.

Die gesamte Auflage wird von der niederländischen Notarvereinigung abgenommen und allen Notaren und Notarkandidaten (insgesamt 2200) kostenlos überlassen.

c) Schließlich beantwortet das FBN auch individuelle Anfragen, berechnet hierfür allerdings einen Stundensatz von 300,— Gulden (ca. 270,— DM). Auch in den Niederlanden ist ein solcher Stundensatz jedoch noch niedriger als der Stundensatz eines guten Steuerberaters. Anders als beim NJB geht man allerdings im FBN davon aus, daß die Auskünfte an die Mandantschaft weitergegeben werden, weswegen auch die Kosten an diese weiter belastet werden sollten. Tatsächlich scheuen sich die niederländischen Kollegen aber wohl, dies zu tun.

Die Gefahr einer Konkurrenzsituation zwischen dem Notar und dem Steuerberater sieht man allerdings nicht. In Holland, so war zu hören, haben viele mittelständische Unternehmen lediglich einen besseren Buchhalter, aber keinen qualifizierten Steuerberater. Hier bestünde erheblicher Beratungsbedarf, den die Notare auf die beschriebene Weise abdecken könnten. Habe andererseits der Mandant einen qualifizierten Steuerberater, so erübrige sich eine Beratung durch den Notar bzw. das FBN.

Das FBN arbeitet praktisch ausschließlich für die Mitglieder der KNB. Lediglich in genau abgegrenzten Spezialgebieten, die sich mit den in der notariellen Praxis vorkommenden Gebieten nicht überschneiden, berät das FBN Mandanten direkt. Im Gegenzug nimmt die KNB regelmäßig bestimmte Leistungen des NJB ab, insbesondere die vorerwähnte Zeitschrift.

Die auf den ersten Blick etwas überraschende Lösung, ein steuerrechtliches Spezialinstitut als Einzelfirma zu gründen, die dann wiederum nahezu ausschließlich für das Notariat arbeitet, läßt sich wohl am besten damit erklären, daß man einen Juristen mit den — in dieser Kombination sicherlich außerordentlich seltenen — Qualifikationen wie Dr. Stubbé als Angestellten einer Standesorganisation nicht gewinnen kann.

### 3. Technische und personelle Ausstattung

Das FBN beschäftigt mittlerweile neben dem Inhaber drei weitere hauptamtliche Fachkräfte, sämtlich Steuerjuristen, sowie eine Sekretärin. Anders als beim NJB und IJI schreiben die Fachkräfte ihre Texte jedoch selbst auf PCs.

Das FBN residiert in zwei Räumen von insgesamt ca. 40 qm in dem Haus, in dem auch das NJB und das IJI ihre Räumlichkeiten haben. Die Nutzung dieser Räume und der notwendigen Gemeinschaftsräume erfolgt auf der Grundlage eines Mietvertrages mit der KNB. Das FBN verfügt über eine eigene steuerrechtliche Bibliothek; Datenbankanschlüsse und CD-ROM Lesegeräte werden gegen Kostenerstattung mitbenutzt.

## IV. Wissenschaftliche Kooperationen einzelner Notariate

### 1. Vorbemerkung, rechtliche Organisation

In Holland gibt es mittlerweile mehrere wissenschaftliche Büros neben dem NJB, die nicht von der niederländischen Notarvereinigung, sondern lediglich von Gemeinschaften einzelner Notare unterhalten werden und die Aufgaben des NJB im Kleinen für die beteiligten Notare wahrnehmen. Das älteste — über lange Jahre einzige — Büro dieser Art hat seinen Sitz interessanterweise in Den Haag und zwar lediglich 250 m Luftlinie entfernt vom NJB.

Das Büro wird von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben, die 1973 von zunächst sieben Notaren gegründet wurde und der heute 17 Notare angeschlossen sind.

## 2. Aufgabe, Leistungen

Die Hauptaufgabe dieses Büros besteht in der Herstellung monatlicher Übersichten über die neueste Literatur und Rechtssprechung auf drei Gebieten und zwar dem Unternehmens- bzw. Gesellschaftsrecht, dem Grundstücksrecht und Familien- und Erbrecht.

Jeder der angeschlossenen Notare gehört einer von drei entsprechenden Kommissionen an, denen der Büroleiter — ein Volljurist, der Angestellter der Gesellschaft ist —, jeweils einmal im Monat die neueste Übersicht bei einer Zusammenkunft vorstellt und erläutert.

Zusätzlich ist es die Aufgabe des Büros, Formulare zu entwickeln, auf dem neuesten Stand zu halten und an die Beteiligten zu übersenden.

Schließlich werden auch individuelle Anfragen telefonisch oder schriftlich bearbeitet.

## 3. Personelle und technische Ausstattung

Das Personal besteht aus dem bereits erwähnten Volljuristen und einer Sekretärin, die beide ganztags für die Gesellschaft tätig sind.

Die Gesellschaft residiert in einem Büro mit vier Räumen von insgesamt ca. 90 qm und verfügt über eine umfangreiche Bibliothek, einen Schreibcomputer, Kopierer und Telefax.

## 4. Finanzierung

Das Büro wird grundsätzlich durch feste Beiträge der angeschlossenen Notare finanziert, welche diese neben den Beiträgen für die KNB zu erbringen haben. Lediglich Gutachten werden gesondert berechnet.

## 5. Verhältnis NJB — Gemeinschaftsbüro

Das Verhältnis zwischen dem NJB und dem Gemeinschaftsbüro wurde beiderseits als sehr gut bezeichnet.

## Schlußbetrachtung

Ich habe während meines Besuchs den Eindruck gewonnen, daß die niederländischen Kollegen mit der Einrichtung der in diesem Artikel vorgestellten Institutionen einen sehr effektiven Weg gefunden haben, um mit der auch in den Niederlanden steigenden Komplexität der Sachverhalte, mit der wachsenden Flut von Gesetzen, Urteilen und juristischen Publikationen fertig zu werden. Ich bin zu der Überzeugung gelangt, daß eine den holländischen Einrichtungen vergleichbare Institution auch hierzulande wesentliche Vorteile bieten würde. Eine solche Institution könnte wesentlich dazu beitragen, den hohen Standard der notariellen Leistung auch in einer Zeit zu sichern, in der sich große internationale Rechtsberatungskonzerne bilden, ohne daß der Notar dazu gezwungen wäre, sich — wie dort üblich — einer Spezialisierung zu befleißigen, die mit den gesetzlichen Anforderungen an den Notar und dessen Selbstverständnis kaum zu vereinbaren wären.

## II. Kurzer Beitrag

### Kauf von ausländischen Grundstücken über eine Offshore-Gesellschaft

von Notar Dr. Peter Gantzer, München

1. Offshore heißt auf deutsch küstennah. In diesem Sinne sind Offshore-Gesellschaften ausländische Gesellschaften, die in einem Nachbarland „küstennahe“ Geschäfte tätigen, z. B. einen Bungalow kaufen. Dieser Fall kommt gerade in Spanien häufig vor, weshalb die Problematik am Beispiel eines spanischen Grundstückskaufs abgehandelt werden soll.

2. Englischsprachige Käufer wählen in erster Linie die Gibraltar Limited, während deutschsprachige Käufer die liechtensteinische Anstalt bevorzugen. Diese Gesellschaften sind jeweils dem heimischen Rechtsgefüge ähnlich, so daß Gründung und Führung der Gesellschaften keine Probleme bereiten. Sie sind — bis auf eine kleine Pauschalsteuer — jeweils in ihrem Sitzland steuerfrei, sofern sie dort keine Geschäftstätigkeit ausüben.

Der Hauptgrund für eine solche Offshore-Gesellschaft ist, daß es in Spanien keinen § 1 Abs. 3 GrEStG gibt, wonach bei Übertragung aller Anteile an einer Gesellschaft, die Grundbesitz ihr eigen nennt, stets Grunderwerbsteuer ausgelöst wird. Vielmehr fällt in Spanien in einem solchen Fall nur die (geringe) Kapitalverkehrsteuer an — nach Grundbesitz wird nicht gefragt.

Hinzu kommt, daß bei einer Grundstücksveräußerung unter Privatpersonen außer 6% Grunderwerbsteuer und 2% Notar- und Grundbuchkosten eine Wertzuwachssteuer anfällt (16-30% der Wertsteigerung). Darüberhinaus wird auch noch eine Kapitalertragsteuer als Einkommenssteuer auf den Veräußerungsgewinn erhoben, ähnlich unserer Spekulationssteuer nach § 23 EStG, jedoch ohne zeitliche Befristung.

Weiterer Vorteil der Offshore-Gesellschaft ist schließlich, daß man damit sein Grundeigentum von der eigenen Person völlig unabhängig macht. Im Falle der Übertragung sind nur die Anteile an der Gesellschaft zu veräußern. Und auch im Erbfalle gehen nur die Gesellschaftsanteile über, so daß vor allem dann große Erbschaftsteuereinsparungen zu erzielen sind, wenn der Erbe nicht mit dem Erblasser verwandt ist.

3. Eine Offshore-Gesellschaft hat natürlich ihren Preis. In Lichtenstein wie in Gibraltar sind Gründungs- wie Unterhaltskosten relativ gleich. Die Gründung einschließlich Steuern kostet zwischen 5.000,— und 6.000,— DM, der Unterhalt pro Jahr einschließlich Steuern ca. 2.000,— bis 3.000,— DM. Das sind in 10 Jahren etwa 25.000,— bis 36.000,— DM, woraus folgt, daß sich eine Offshore-Gesellschaft nicht für kleinere Grundstücke oder normale Apartments lohnt. Als Faustregel gilt, daß eine Offshore-Gesellschaft erst dann interessant wird, wenn der Wert des Grundbesitzes DM 350.000,— übersteigt.

4. Keine Sonne ohne Schatten. Vorstehender Weg ist immer dann ohne Risiko, wenn man zuerst die Offshore-Gesellschaft gründet und mit dieser den Grundbesitz kauft. Gefahren können aber dann auftreten, wenn man den Grund-

stückserwerb dadurch tätigen will, indem man alle Anteile der im Eigentumsregister eingetragenen Gesellschaft kauft: Anstatt den Grundbesitz direkt zu kaufen, kauft man dessen Eigentümer. Die damit verbundenen Gefahren ergeben sich aus folgendem Fall:

Der Verkäufer V. war der alleinige Inhaber aller Geschäftsanteile einer Offshore-Gesellschaft, die wiederum alleinige Eigentümerin eines großen Villengrundstücks in Malaga mit einem Wert von ca. DM 750.000,— war. Der Käufer K. wollte dieses Grundstück erwerben. Aus den vorbezeichneten Gründen wurde ihm von V. geraten, die Gesellschaftsanteile der Offshore-Gesellschaft zu kaufen, da er damit indirekt auch Eigentümer des Grundbesitzes werden würde. Was K. nicht wußte: V. hatte als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Offshore-Gesellschaft den Grundbesitz bereits einen Monat vorher an einen anderen Ausländer A. direkt verkauft. Der Kaufpreis war bezahlt, so daß auch die Escritura de Compraventa (Kaufvertrag) errichtet worden war, wodurch nach spanischem Recht das Eigentum an A. übergegangen war. (Die Eintragung des Eigentümers hat in Spanien in der Regel nur deklaratorische Bedeutung.) Der Vollzug des Kaufvertrages war einem Rechtsanwalt übergeben worden, dem aufgegeben worden war, die Escritura dem Eigentumsregister zur Eintragung erst nach Anweisung vorzulegen. In die Machenschaften war er angeblich nicht eingeweiht. Es war ihm zumindest nicht nachzuweisen.

Als V. an K. die Gesellschaftsanteile übertrug, war nach spanischem Recht die Gesellschaft schon seit einem Monat nicht mehr Eigentümerin des Grundbesitzes. Die Folge war, daß K. wertlose Geschäftsanteile erhielt. Dies konnte er aber nicht feststellen, obwohl er am Tag der Übertragung der Gesellschaftsanteile das Eigentumsregister eingesehen hatte. Denn dort war selbstverständlich noch die Gesellschaft als Eigentümerin eingetragen, da die neue Escritura vom Rechtsanwalt noch nicht vorgelegt worden war. Dies geschah erst eine Woche nach dem zweiten Kaufvertrag. Als K. die Villa beziehen wollte, mußte er feststellen, daß diese bereits bewohnt war — und zwar durch den ersten Käufer A., der sich auf die Escritura berief, die inzwischen im Grundbuch eingetragen war. Damit war dieser unanfechtbarer Eigentümer geworden. Als K. versuchte, den Kaufpreis von V. wieder zurückzuerhalten, mußte er feststellen, daß dieser sich in sein außereuropäisches Heimatland zurückgezogen hatte und nicht mehr auffindbar war.

5. Fazit: Der Kauf von Grundbesitz durch Erwerb einer Offshore-Gesellschaft kann einem Käufer nur dann geraten werden, wenn über den Verkäufer ein einwandfreier Leumund vorliegt und dieser persönliche Sicherheiten gegeben hat. Ansonsten ist dem Käufer zu empfehlen, selbst eine solche Gesellschaft mit allen dadurch entstehenden Kosten und Steuern zu gründen und dann diese den Kauf tätigen zu lassen.

## IV. Rechtssprechung

### A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138, 607 (*Sittenwidrigkeit der Mithaftung der vermögenslosen Ehefrau*)

**Zur Frage, unter welchen Umständen es als sittenwidrig zu bewerten ist, wenn eine Bank bei Bewilligung eines Betriebskredits die einkommens- und vermögenslose Ehefrau des Betriebsinhabers zur Übernahme der Mithaftung veranlaßt.**

BGH, Urteil vom 22. 1. 1991 — XI ZR 111/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die 1958 geborene Beklagte und ihr früherer Ehemann sind Griechen, wohnen aber schon seit längerer Zeit in Deutschland. Ihre Ehe, aus der zwei — 1974 und 1977 geborene — Kinder stammen, wurde während des Rechtsstreits geschieden. Die Beklagte erhält für sich und die bei ihr lebenden Kinder Sozialhilfe. Auch während der Ehe war sie nicht berufstätig. Ihr Ehemann arbeitete zunächst als Pelznäher. 1981 machte er sich selbständig und betrieb ein Pelzhandelsgeschäft. Dafür unterhielt er bei der Klägerin zunächst ein Einzelkonto. Später benötigte er für eine Geschäftserweiterung Kredit. Auf seine Veranlassung erschien am 12. 6. 1984 der Zeuge W. als Vertreter der Klägerin in der damaligen ehelichen Wohnung der Beklagten. Beide Eheleute unterschrieben dort einen Antrag auf einen Betriebsmittelkredit von 50.000 DM. Zur Abwicklung des Kredits wurde das bestehende Einzelkonto in ein gemeinschaftliches Geschäftskontokorrentkonto mit Einzelzeichnungsberechtigung umgewandelt. In dem am 15. 6. 1984 von beiden Eheleuten unterzeichneten Antragsformular heißt es u. a.:

„Jeder von uns ist berechtigt, Verbindlichkeiten zu Lasten des gemeinschaftlichen Kontos einzugehen.“

Anfang 1985 bewilligte die Klägerin eine Erhöhung des Betriebsmittelkredits um 15.000 DM; der entsprechende Antrag wurde am 5. 2. 1985 wiederum von beiden Eheleuten unterschrieben. Später überzog der Ehemann der Beklagten den eingeräumten Kreditrahmen beträchtlich, so daß sich per 30. 4. 1986 ein Schuldsaldo von 132.981,08 DM ergab. Im Mai 1986 kündigte die Klägerin das Kreditverhältnis. Nach Verwertung von Sicherheiten hat sie mit der Klage von der Beklagten — als Gesamtschuldnerin mit ihrem früheren Ehemann — die Zahlung von 126.196,38 DM nebst 14,25% Zinsen verlangt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin ihre Hauptforderung auf 118.189,49 DM ermäßigt und nur noch Zinsen zwischen 8% und 9% verlangt. In diesem Umfang hat das Oberlandesgericht die Verurteilung der Beklagten bestätigt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage.

1. ...

2. Die im Juni 1984 vereinbarte Mithaftung der Beklagten ist wegen Verstoßes gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO gem. § 134 BGB nichtig. (*Wird ausgeführt.*)

3. Soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 65.000 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, scheiden die Kreditvereinbarungen vom Juni 1984 und Februar 1985 als Anspruchsgrundlage aus. Die Klägerin kann sich gegenüber der Be-

klagten insoweit auch nicht auf die Mitunterzeichnung des Kontoänderungsantrags vom 15. 6. 1984 stützen, dessen Formularbedingungen die Bestimmung enthalten, daß jeder Einzelzeichnungsberechtigte eines Gemeinschaftskontos auch berechtigt ist, Verbindlichkeiten zu Lasten des gemeinschaftlichen Kontokorrentkontos einzugehen, für die nach Nr. 2 (3) der AGB-Banken alle Mitinhaber als Gesamtschuldner haften.

Die in dieser Bestimmung liegende Bevollmächtigung der Kontoinhaber untereinander zur gegenseitigen Mitverpflichtung (*Liesecke* WM 1961, 546, 553; *Schaudwet*, Bankenkontokorrent und AGB S. 86) wird im Schrifttum einengend ausgelegt; danach beschränkt sich die Vollmacht auf vorübergehende Kontoüberziehungen im banküblichen Rahmen, berechtigt aber nicht zu Kreditaufnahmen oder -erweiterungen in unbegrenzter Höhe (*Liesecke* a. a. O.; *Bruchner/Bunte*, Aktuelle AGB-rechtliche Fragen im Bankgeschäft S. 156/157, 158 m. w. N.).

Das Berufungsgericht folgt dieser Auffassung nicht, wenn es die vom Ehemann bewirkte Erhöhung des Schuldsaldos auf das Doppelte des bewilligten Kreditbetrags als von der Vollmacht der Beklagten gedeckt ansieht. Bei einer derartig weiten Auslegung hält die vorliegende Klausel der Überprüfung nach den Bestimmungen des AGB-Gesetzes nicht stand: (*Wird ausgeführt.*)

4. Alle vertraglichen Vereinbarungen der Parteien sind in der — vom Berufungsgericht gebilligten — Auslegung der Klägerin auch wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Die Beklagte wurde durch die von der Klägerin geforderte Mithaftung für die Geschäftskreditschulden ihres Ehemannes in sittenwidriger Weise finanziell überfordert. Das gilt für den ersten Kredit von 50.000 DM ebenso wie für dessen spätere Aufstockung um 15.000 DM und die Kontoänderung, die nach den AGB der Klägerin zur unbeschränkten Haftung der Beklagten für alle künftigen Kontoüberziehungen des Ehemannes führen sollte.

a) Die Beklagte übernahm mit diesen Vereinbarungen Verpflichtungen, die sie, wenn nicht völlig unwahrscheinliche Veränderungen ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse eintreten, niemals erfüllen können. Sie verfügte bei Abschluß der Vereinbarungen 1984/1985 als nicht berufstätige Hausfrau über keine eigenen Einkünfte und kein nennenswertes Vermögen. Eine Verbesserung war damals nicht zu erwarten und hat sich bisher auch nicht ergeben; nach ihrer Scheidung muß die Beklagte nunmehr allein ihre 1974 und 1977 geborenen Kinder betreuen; sie erhält Sozialhilfe. Falls ihr in der Zukunft mit zunehmendem Alter der Kinder eine entgeltliche Arbeitstätigkeit möglich sein sollte, wird ihr Arbeitseinkommen aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse voraussichtlich so gering sein, daß ihr in absehbarer Zeit keine Tilgung der durch Verzinsung ständig wachsenden Schuld möglich sein wird; das war auch bei Abschluß der Vereinbarungen bereits vorauszu- sehen. Die Beklagte lebt als Griechin in Deutschland, sie hat nur ganz kurze Zeit eine deutsche Schule besucht und

keine abgeschlossene Berufsausbildung, da sie sehr früh heiratete und bereits mit 16 Jahren ihr erstes Kind bekam.

b) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Kreditvertrag mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie nicht allein deswegen als sittenwidrig und daher nichtig zu erachten, weil der vermögenslose Darlehensnehmer die übernommenen Zahlungsverpflichtungen voraussichtlich nie oder nur unter besonders günstigen Bedingungen erfüllen kann (Urteile vom 28. 2. 1989 — IX ZR 130/88 = BGHZ 107, 92; vom 16. 3. 1989 — III ZR 37/88 = WM 1989, 595; vgl. ferner Urteile vom 19. 1. 1989 — IX ZR 124/88 = WM 1989, 245; vom 16. 3. 1989 — IX ZR 171/88 = WM 1989, 667 und vom 16. 11. 1989 — III ZR 236/88 = WM 1990, 59).

Die zitierten Urteile, insbesondere die des IX. Zivilsenats, sind im Schrifttum, aber auch von Instanzgerichten teilweise sehr heftig kritisiert worden (vgl. *Reinicke/Tiedtke* ZIP 1989, 613; *Honsell* JZ 1989, 495 und *EWiR* § 138 BGB 2/90, 129; *Wochner* BB 1989, 1354; *Schwintowski* ZBB 1989, 91; *Reifner* ZIP 1990, 427; LG Münster NJW 1990, 1668, 1669, 1671). Wie weit diese Kritik berechtigt ist, braucht hier nicht umfassend geprüft und abschließend entschieden zu werden. Im vorliegenden Fall zumindest bejaht der erkennende Senat die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB aus folgenden Gründen:

c) Bereits im Urteil des III. Zivilsenats vom 16. 3. 1989 a. a. O. ist anerkannt worden, daß die finanzielle Überforderung des Darlehensnehmers jedenfalls zusammen mit anderen Geschäftsumständen es rechtfertigen kann, einem Darlehensvertrag aufgrund einer Gesamtwürdigung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen. Die Privatautonomie ist ein Strukturelement der freiheitlichen Gesellschaftsordnung; in ihrem Rahmen getroffene Regelungen hat der Staat grundsätzlich zu respektieren (BVerfG, Beschluß vom 7. 2. 1990 — 1 BvR 26/84 = NJW 1990, 1469, 1470). Wie das Bundesverfassungsgericht jedoch in der zitierten Entscheidung betont hat, sind Beschränkungen der Privatautonomie unentbehrlich, insbesondere wenn einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht hat, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann. In solchen Fällen gestörter Vertragsparität ist der Richter zur Anwendung des § 138 BGB und anderer Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken, verpflichtet (BVerfG a. a. O.). Dabei muß allerdings stets beachtet werden, daß jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen eingreift; den konkurrierenden Rechtspositionen ist ausgewogen Rechnung zu tragen (BVerfG a. a. O.).

d) Insbesondere folgende Umstände rechtfertigen es hier, die auf Verlangen der Klägerin zustande gekommenen Vereinbarungen über die Mithaftung der Beklagten gem. § 138 Abs. 1 BGB als nichtig zu bewerten:

aa) Die streitigen Kredite waren allein für den Gewerbebetrieb des Ehemanns bestimmt; der Ehemann hatte sich an die Klägerin gewandt, weil er sein Pelzhandelsgeschäft erweitern wollte. Die Beklagte war an den unternehmerischen Entscheidungen ihres Mannes nicht beteiligt; sie kümmerte sich — wie dem Bankvertreter W. nach seiner Zeugenaussage bekannt war — überhaupt nicht um das Geschäft, sondern betreute nur den Haushalt und die Kinder. Mag der Gewerbebetrieb letztlich auch dazu dienen, dem Ehemann die Erfüllung seiner Familienunterhaltspflichten zu ermöglichen oder zu erleichtern, so flossen der Beklagten persönlich doch aus der Kreditgewährung keine unmittelbaren Vorteile zu.

bb) Ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an einer Mithaftung der Beklagten ist nicht anzuerkennen. Eine Erfüllung der Darlehensnehmerverpflichtungen konnte sie nur vom Ehemann erwarten, nicht von der Beklagten, die bei Vertragsschluß weder über eigenes Einkommen noch Vermögen verfügte und aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse auch in überschaubarer Zukunft nicht wesentlich zur Schuldtilgung würde beitragen können. Der Klägerin erwachsen also, wenn sie trotzdem — ihrem Antragsformular folgend, also gewohnheitsmäßig — die Forderung nach einer persönlichen Mithaftung der Ehefrau erhob, daraus kaum greifbare Vorteile. Das Ziel, eventuellen Vermögensverschiebungen vom Kreditnehmer auf den Ehepartner vorzubeugen (vgl. v. *Rottenburg* ZHR 1989, 162, 172), ist keine Rechtfertigung für die ohne konkreten Anlaß regelmäßig erhobene Forderung nach voller Mithaftung; gegen dolose Vermögensverschiebungen bieten das Anfechtungsgesetz und § 826 BGB angemessenen Schutz.

cc) Die Klägerin konnte ihre trotzdem erhobene Forderung nach einer Mitverpflichtung der Beklagten nur durchsetzen, indem sie die Kreditgewährung an den Ehemann davon abhängig machte und diesen dadurch veranlaßte, seinen auf der ehelichen Bindung beruhenden Einfluß auf die Beklagte für die Durchsetzung der Forderung der Klägerin einzusetzen. Nach ihrer — bei der persönlichen Anhörung vor dem Landgericht gegebenen — Schilderung gab die Beklagte ihre anfängliche Weigerung, den Kreditantrag vom 12. 6. 1984 mitzuunterschreiben, erst auf, nachdem ihr Ehemann ihr erklärt hatte, sie könne ihm mit ihrer Unterschrift ihre Liebe beweisen.

Aufgrund einer Gesamtwürdigung aller gegebenen Umstände sind die Vereinbarungen, auf die das Berufungsgericht die Verurteilung der Beklagten gestützt hat, als sittenwidrig zu bewerten. Es kann nicht hingenommen werden, daß Banken die Gewährung von Krediten an verheiratete Kreditnehmer ohne konkreten rechtfertigenden Grund auch dann von einer unbeschränkten persönlichen Mitverpflichtung seiner Ehefrau abhängig machen, wenn diese nach ihren persönlichen Verhältnissen voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, sich von den übernommenen, sogar nach einer Scheidung weiter bestehenden Belastungen jemals aus eigener Kraft wieder zu befreien.

2. BGB §§ 305, 1922, 242 (*Gleichstellungszahlungen bei vorweggenommener Erbfolge*)

1. **Übereignen Eltern ihr Vermögen durch Übertragungsvertrag mit allen Kindern auf einige von ihnen zu ungleichen Teilen, und wird den „zu gut“ bedachten Kindern die Zahlung von „Gleichstellungsgeldern“ an die Eltern auferlegt, dann sind dadurch, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, sowohl die Eltern gegenüber den „zu schlecht“ bedachten Abkömmlingen als auch die Geschwister untereinander gehalten, die vorge-sehene Gleichstellung herbeizuführen.**
2. **Bei einem Übertragungsvertrag mit mehreren Zuwendungsempfängern mag eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage bei späteren Wertsteigerungen oder nachträglichem Wertverfall ausgeschlossen sein. Das gilt aber nicht für Fälle, in denen es um einen anfänglichen Irrtum etwa über Rechen- oder grobe Bewertungsfehler geht.**

BGH, Urteil vom 30. 1. 1991 — IV ZR 299/89 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Sie streiten um eine Abfindung für den Kläger.

Das wesentliche Vermögen der Eltern der Parteien bestand zuletzt aus drei Grundstücken in M., auf denen sie je einen Gewerbebetrieb unterhielten, und zwar eine Konditorei mit Cafe, ein Lebensmittelgeschäft und eine Bäckerei. Im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertrugen die Eltern die Grundstücke nebst den dort betriebenen Geschäften auf drei ihrer vier Kinder. Der Beklagte erhielt das Grundstück nebst Konditorei und Cafe, die Tochter Elisabeth das Grundstück mit dem Lebensmittelgeschäft und der Sohn Theodor dasjenige mit der Bäckerei. Gleichzeitig wurden zwei Bauplätze, die die Eltern bereits früher zu je einem 1/4-Miteigentumsanteil auf ihre Kinder übertragen hatten, so umverteilt, daß der Kläger den einen und Elisabeth den anderen Bauplatz zu Alleineigentum erhielten. Im übrigen sollte der Kläger durch Geldzahlungen abgefunden werden. Dementsprechend wurde in dem zugrunde liegenden notariellen Übergabevertrag zwischen den Eltern und ihren vier Kindern vom 3. 12. 1980 aufgrund Wertgutachtens des Sachverständigen H. vom 14. 3. 1980 vereinbart, daß der Beklagte 882.500 DM und Theodor 392.500 DM „jeweils als Übernahmepreis an die Übergeber“ mit 8% verzinslich zahlen sollten. Theodor kam seiner Verpflichtung nach; die Eltern leiteten seine Zahlung als „Gleichstellungsgeld“ an Elisabeth weiter. Für den Kläger richteten die Eltern ein Baukonto ein, über das er die für seinen Neubau auf dem ihm zugewiesenen Bauplatz erforderlichen Mittel erhalten sollte. Auf diesem Wege erhielt der Kläger zunächst rund 131.000 DM. Als er im Oktober 1982 bei dem Beklagten die noch offenen Beträge anforderte, war dieser in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten. Er behauptete, der ihm überlassene Betrieb erwirtschaftete die geschuldeten Zahlungen nicht. Darauf veranlaßte der Vater eine neue Bewertung des Grundstücks des Beklagten zum 1. 12. 1982 und schloß mit diesem am 30. 12. 1982 einen notariellen Vertrag, durch den der mit dem Beklagten vereinbarte Übergabepreis auf 272.500 DM „berichtigt“ und die Verzinsung ab 2. 1. 1981 auf 5,5% ermäßigt wurde.

Der Kläger ist der Meinung, dieser Berichtigungsvertrag sei für ihn nicht maßgebend. Alle Beteiligten hätten durch eine Gesamtvereinbarung das Ziel verfolgt, das elterliche Vermögen ohne steuerschädliche Wirkung vorwegzuverteilen. Nach zutreffender Bewertung habe sich ein Nettobetrag von insgesamt 3.350.000 DM ergeben, von dem auf jedes Kind rechnerisch 837.500 DM entfallen sei. Da der Beklagte eine Zuwendung im Werte von 1.720.000 DM erhalten habe, habe er 882.500 DM Gleichstellungsgeld zahlen sollen, und zwar 837.500 DM unmittelbar an den Kläger. Da er — über das Baukonto — aber insgesamt nur 297.937,50 DM erhalten habe, müsse der Beklagte den Differenzbetrag von 539.562,50 DM nebst 8% Zinsen noch an ihn zahlen. Der hierauf gerichteten Klage haben Landgericht und Oberlandesgericht stattgegeben.

Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

1. Das Oberlandesgericht versteht die Absprachen der Beteiligten in Übereinstimmung mit dem Landgericht unter Würdigung der Vertragsumstände dahin, daß es sich um eine Gesamtvereinbarung handele, durch die die Eltern der Parteien ihr Vermögen im wesentlichen auf drei ihrer Kinder übertragen und dem Kläger und der am Verfahren nicht beteiligten Schwester Elisabeth Ansprüche auf entsprechende „Gleichstellungsgelder“ verbindlich eingeräumt haben. ...

Gegen diese Auslegung bringt die Revision nichts Konkretes vor; sie hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben, handelt es sich um einen Fall der sogenannten „vorweggenommenen Erbfolge“. Diese Gestaltung ist in der Praxis seit langem weit verbreitet, sie kommt im geltenden Recht vor allem in der Hofeordnung (§ 17 HofeO), aber auch in § 35 Abs. 1 Nr. 2 BBauG vor. Im Bürgerlichen Gesetzbuch wurde sie früher in mehreren Vorschriften lediglich am Rande berührt (§§ 511,

1374 Abs. 2 Satz 2, § 1477 Abs. 2 Satz 2, § 1478 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Inzwischen ist sie in § 593 a S. 1 BGB ausdrücklich erwähnt. Sie findet auch im Schrifttum zunehmend Beachtung (Olzen, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984; derselbe, Vorweggenommene Erbfolge in historischer Sicht, 1988; Eccher, Antizipierte Erbfolge, 1980). Unter ihr versteht man die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger. Sie richtet sich im Grundsatz nicht nach Erbrecht, sondern muß sich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden bedienen. In diesem Rahmen bestehen für sie vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Die Ermittlung dessen, was im Einzelfall vereinbart ist, obliegt weithin dem Tatrichter, der sich dabei der Mittel der Auslegung bedient. Diese Aufgabe hat das Berufungsgericht, soweit es um die Frage nach der Verbindlichkeit der zugrunde gelegten Berechnungsgrundlagen geht, rechtsfehlerfrei erfüllt.

Eltern, die ihre Kinder im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge gleich bedenken wollen, ihr Vermögen aber zu ungleichen Wertanteilen auf einige ihrer Kinder übertragen und den „zu gut“ bedachten Kindern zugleich die Zahlung von „Gleichstellungsgeldern“ auferlegen, bringen in aller Regel schon dadurch zum Ausdruck, daß die Gleichstellungsgelder für die nicht oder „zu schlecht“ bedachten Kinder bestimmt sind. Das gilt in noch erhöhtem Maße, wenn das bei der Vermögensverteilung nicht (oder zu niedrig) berücksichtigte Kind an dem Übertragungsvertrag als Vertragspartner beteiligt wird, wie das hier geschehen ist. Es kann daher, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, davon ausgehen, daß die den Gleichstellungsgeldern zugrunde gelegten Werte auch in seinem Interesse festgelegt sind und daß es mit Hilfe dieser Gelder tatsächlich gleichgestellt wird. Dementsprechend waren sowohl die Geschwister untereinander als auch die Eltern gegenüber dem Kläger rechtlich gehalten, die vorgesehene Gleichstellung auf der Grundlage der angenommenen Werte herbeizuführen.

2. Zu unterscheiden von der Festschreibung der Werte ist die andere Frage, ob der Kläger berechtigt ist, das vereinbarte Gleichstellungsgeld von dem Beklagten unmittelbar anzufordern.

Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung in Übereinstimmung mit dem Landgericht dahin aus, daß der Kläger danach einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen den Beklagten haben soll. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind im Ergebnis unbegründet.

Es ist allerdings fragwürdig, ob § 3 des notariellen Übertragungsvertrages dahin ausgelegt werden darf, daß der Beklagte die Gleichstellungsgelder unmittelbar an den Kläger zu leisten hatte, obwohl es dort ausdrücklich heißt, die Beträge seien „an die Übergeber als Gesamtgläubiger“ zu zahlen. Aber darauf kommt es im Ergebnis nicht an.

Die Revision übersieht nämlich, daß der Kläger aufgrund des Übertragungsvertrages einen eigenen Anspruch gegen den Beklagten auf Herbeiführung der damit allseits bezweckten Gleichstellung der Geschwister auf der Grundlage der angenommenen Werte hat. Dieser Anspruch konnte auch durch die Aufhebung des Anspruchs der Eltern auf Zahlung des Übergabepreises an sie in dem Berichtigungsvertrag vom 30. 12. 1982 nicht beseitigt werden.

3. Dennoch kann das angefochtene Urteil nicht bestehen bleiben.

Das Berufungsgericht ist im Anschluß an *Coing* (NJW 1967, 1777) der Auffassung, bei der vorweggenommenen Erbfolge sei für eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage regelmäßig kein Raum. Dieser Auffassung vermag sich der Senat in dieser Allgemeinheit nicht anzuschließen (vgl. auch *Olzen*, Die vorweggenommene Erbfolge S. 214 – 218). Es ist allerdings richtig, daß die Beteiligten bei einem Übertragungsvertrag mit mehreren Zuwendungsempfängern regelmäßig erbrechtsähnliche Wirkungen insofern anstreben, als die zugewendeten Vermögensstücke mit der Übertragung, ähnlich wie im Erbrecht, gänzlich in den Risikobereich des betreffenden Empfängers fallen sollen. Das dürfte regelmäßig zur Folge haben, daß spätere Wertsteigerungen oder ein Wertverfall auf die vertragsrechtliche oder erbrechtliche Rechtsstellung der beteiligten Übernehmer keinen Einfluß haben können. Insofern mag insbesondere eine Anpassung nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein. Nicht von vornherein ausgeschlossen sind dagegen die Fälle, in denen es um einen anfänglichen Irrtum über die Geschäftsgrundlage geht, wie etwa bei einem offensichtlichen Rechen- oder einem groben Bewertungsfehler, wie er hier in Betracht kommen könnte.

Das Berufungsgericht wird die bisher unterbliebene Prüfung insoweit nachzuholen haben. Dabei wird besonders zu berücksichtigen sein, daß Grundstücksbewertungen mit gewissen Unsicherheiten behaftet sind, und daß eine Vertragsanpassung hier allenfalls bei einer ungewöhnlichen, aus dem Rahmen fallenden Differenz infolge anfänglicher Fehlbewertung in Betracht kommen kann. Weiter wird zu beachten sein, daß eine etwa notwendige Vertragsanpassung die Einbeziehung der Interessen aller vier Geschwister erforderlich machen kann.

3. BGB §§ 404, 1191; KO § 17 (*Konkludente Abtretung der Grundschuld-Rückgewähransprüche*)

1. Ein Grundstückskaufvertrag, nach dessen Inhalt der Erwerber ein dem Verkäufer von dritter Seite gewährtes Grundschuld Darlehen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, enthält grundsätzlich die stillschweigende Abtretung des — durch die Tilgung des Darlehens bedingten — Rückgewähranspruchs hinsichtlich der Grundschuld an den Erwerber.
2. Der Erwerber kann in diesem Fall dem Sicherungsnehmer entgegenhalten, daß er zur Tilgung der gesicherten Forderung nur gegen Rückgewähr der Grundschuld verpflichtet ist. Diese Einrede kann er auch dem Konkursverwalter über das Vermögen des Verkäufers entgegenhalten, der die Erfüllung des Kaufvertrages nach § 17 KO abgelehnt hat und nunmehr die ihm nach Ablösung der Grundschuld aus der Masse vom Sicherungsnehmer abgetretene Darlehensforderung geltend macht.

BGH, Urteil vom 5.2.1991 — XI ZR 45/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger, Konkursverwalter über das Vermögen der E. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH, nimmt den Beklagten aus abgetretenem Recht der R. R. Hypothekenbank AG (R.) auf Rückzahlung eines Grundschuld Darlehens in Anspruch.

Die spätere Gemeinschuldnerin verkaufte im April 1986 eine ihrer Eigentumswohnungen an die vom Beklagten beherrschte und als Geschäftsführer vertretene „M.“-Vermögensverwaltungs- und Geschäftsbesorgungs GmbH (M.). In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm M. den auf die Eigentumswohnung entfallenden Anteil eines Grundschuld Darlehens, das die C. AG der späteren Gemeinschuldnerin gewährt hatte. Zu dessen Ablösung nahm der Beklagte nach anderweitiger Tilgung eines Teilbetrages wegen des Restes bei R. ein Grundschuld Darlehen über 100.000 DM auf. Die Darlehensvaluta wurde auf seine Anweisung an die C. AG überwiesen. Diese trat daraufhin vereinbarungsgemäß einen Teilbetrag von 100.000 DM aus ihrer Grundschuld an R. ab und bewilligte die alsbald durchgeführte Löschung der Restgrundschuld.

Nach Ablehnung der Erfüllung des Wohnungsvertrages gem. § 17 KO hat der Kläger den Beklagten auf Freistellung der Gemeinschuldnerin von der Haftung aus der Grundschuld der R. in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Nach lastenfreier Veräußerung der Eigentumswohnung an einen Dritten, Ablösung der Grundschuld durch den Kläger und Abtretung der fällig gestellten Darlehensforderung durch R. in Höhe von 108.900 DM an die Gemeinschuldnerin hat der Kläger im Wege der Anschlußberufung die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zuzüglich Zinsen begehrt. Der Beklagte hat geltend gemacht, aufgrund der mit R. getroffenen Sicherungsabrede sei er zur Tilgung seiner Darlehensschuld nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der gelöschten Grundschuld verpflichtet. Das Berufungsgericht hat der geänderten Klage mit Ausnahme eines Teils des Zinsanspruchs entsprochen.

Die Revision des Beklagten führte zur Abweisung der Klage.

#### *Aus den Gründen:*

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Es hat mit Recht angenommen, daß die Gemeinschuldnerin durch Abtretung der R. deren fällige Darlehensforderung in Höhe von 108.900 DM gegen den Beklagten erworben hat (§ 398 BGB). Die vom Kläger vorgenommene Zahlung eines entsprechenden Betrages auf die Grundschuld hat, wovon auch die Revision ausgeht, nicht zum Erlöschen der gesicherten Darlehensforderung geführt (st. Rspr. des BGH, vgl. BGHZ 80, 228, 230; 105, 154, 157 [= DNotZ 1989, 358]).

2. Das Berufungsgericht hat jedoch die Einrede des Beklagten, zur Tilgung seiner Darlehensschuld nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld verpflichtet gewesen zu sein, unberücksichtigt gelassen. Das rügt die Revision mit Recht. Es hat deshalb nicht erkannt, daß der Kläger die Darlehensforderung nicht durchsetzen kann.

a) Nach § 404 BGB kann der Beklagte der Gemeinschuldnerin als Zessionarin der Darlehensforderung alle Einwendungen und Einreden entgegenhalten, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen R. als bisherige Gläubigerin begründet waren. An R. hätte der Beklagte nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschuld zahlen müssen. Das folgt aus der Sicherungsabrede, die der Beklagte nach Feststellung des Berufungsgerichts mit R. getroffen hat. Er hat die Absicherung ihrer Darlehensforderung durch eine Grundschuld über 100.000 DM an der von M. gekauften Eigentumswohnung versprochen und die Abtretung eines entsprechenden Grundschuldteilbetrages durch die C. AG an R. veranlaßt. Damit hat er als Sicherungsgeber einen — durch die Tilgung der Darlehensforderung aufschiebend bedingten — Anspruch auf Rückgewähr dieser Grundschuld gegen R. erlangt (st. Rspr. des BGH, vgl. BGHZ 104, 26, 29 [= DNotZ 1988, 778]; BGH, Urteil vom 8.12.1988 — III ZR 107/87, WM 1989, 210, 211 m.w.N. [= DNotZ 1989, 616]).

Daß er weder Eigentümer der belasteten Wohnung noch Inhaber der Grundschuld jemals war, ist entgegen der Ansicht des Klägers ohne Belang. Sicherungsgeber, also Partner der Sicherungsabrede, kann auch ein persönlicher

Schuldner sein, der die Grundsuld dem Gläubiger mit Hilfe eines Dritten als Sicherheit verschafft (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.1988 — III ZR 107/87, a. a. O.).

Als Inhaber des Rückgewähranspruchs hatte der Beklagte im Zeitpunkt der Abtretung der Darlehensforderung an die Gemeinschuldnerin ein Zurückbehaltungsrecht. Er konnte die Erfüllung der Darlehensforderung verweigern, bis die Gläubigerin ihm die zur Umschreibung der Grundsuld erforderlichen Unterlagen Zug um Zug aushändigte (vgl. BGH, Urteil vom 13.5.1982 — III ZR 164/80, WM 1982, 839, 841; *Soergel/Konzen*, BGB 12. Aufl. § 1191 Rdnr. 42).

b) Dieses Zurückbehaltungsrecht ist zwar spätestens durch die Löschung der Grundsuld entfallen. Der Sicherungsnehmerin R. ist die Erfüllung des Rückgewähranspruchs des Beklagten dauernd unmöglich geworden, der Rückgewähranspruch deshalb erloschen (§ 275 Abs. 1 BGB). Der Beklagte hätte R. ohne die Abtretung der Darlehensforderung aber weiterhin entgegenhalten können, sie habe schon durch die Zahlung des Klägers auf die Grundsuld Befriedigung in Höhe von 108.900 DM erlangt. Sie könne deshalb nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) insoweit nicht noch einmal Zahlung aus der formal fortbestehenden Darlehensforderung beanspruchen (vgl. BGHZ 105, 154, 158 m. w. N.). Diese Einwendung kann der Beklagte nach Abtretung der Darlehensforderung an die Gemeinschuldnerin grundsätzlich auch dem Kläger entgegenhalten (§ 404 BGB). Die Einwendung war ihrem Rechtsgrund nach nämlich schon zur Zeit der Abtretung in der Sicherungsabrede, die der Beklagte mit R. getroffen hat, angelegt.

c) Nicht durchgreifen würde die vorgenannte Einwendung gegenüber dem Kläger allerdings dann, wenn die Grundsuld nach Tilgung der Darlehensforderung durch den Beklagten nach einem zwischen ihm und der Gemeinschuldnerin bestehenden Schuldverhältnis dieser zugestanden hätte (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB 50. Aufl. § 1191 Rdnr. 33). Ein solches Schuldverhältnis besteht indes nicht.

Vertragliche Beziehungen zwischen dem Beklagten und der Gemeinschuldnerin sind nicht begründet worden. An dem Kaufvertrag über die Eigentumswohnung war der Beklagte nur als Geschäftsführer der M. beteiligt.

Auch aufgrund gesetzlicher Vorschriften hätte die Grundsuld der Gemeinschuldnerin nicht gebührt. Insbesondere wäre der Beklagte bei Erwerb der Grundsuld nicht auf ihre Kosten ungerechtfertigt bereichert (§ 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB). Zwar stammte die Grundsuld ursprünglich aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin. Sie hatte die Grundsuld für ein ihr von der C. AG gewährtes Darlehen bestellt. Ihren Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld, der aus der Sicherungsabrede mit der C. folgte, hatte die Gemeinschuldnerin jedoch für den Fall der Tilgung eines bestimmten Darlehensteils durch oder für die M. in Höhe eines entsprechenden Teilbetrages stillschweigend an diese abgetreten (§ 398 BGB). Das ergibt sich mangels ausdrücklicher anderweitiger Bestimmung aus dem Wohnungsverkaufvertrag, in dem M. den auf die gekaufte Wohnung entfallenden Anteil des Grundsulddarlehens in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hatte (vgl. BGH, Urteil vom 13.7.1983 — VIII ZR 134/82, WM 1983, 953, 954 [= *MittBayNot* 1984, 24]; BGH, Urteil vom 10.11.1989 — V ZR 201/88, WM 1989, 1926, 1927, insoweit in BGHZ 109, 197 nicht abgedruckt [= *MittBayNot* 1990, 103 = *DNotZ* 1990, 554]).

Nach Tilgung des übernommenen Darlehensteils, die unter anderem mit Hilfe des vom Beklagten bei R. aufgenomme-

nen Darlehens noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin erfolgt war, stand der Anspruch auf Rückgewähr des in Rede stehenden Grundsuldteilbetrages daher der M. zu. Diesen Anspruch hatte der Beklagte als alleiniger Geschäftsführer der von ihm beherrschten M. dadurch ausgeübt, daß er die C. AG über R. angewiesen hatte, einen Grundsuldteilbetrag von 100.000 DM an die kreditgewährende R. abzutreten. Nach Tilgung der Darlehensforderung durch den Beklagten hätte die Grundsuld daher aufgrund der mit R. getroffenen Sicherungsabrede ihm und nicht der Gemeinschuldnerin gebührt. Deren Haftung aus der Grundsuld bestand bis zur Zahlung des Klägers zu Recht fort. Dies war die Konsequenz aus seiner Entscheidung, M. die von ihr gekaufte Eigentumswohnung trotz vollständiger Bezahlung des Kaufpreises nicht zu übereignen.

#### 4. AnFG § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 (*Anfechtung einer Überlassung zwischen Ehegatten*)

**Der Verzicht auf den Pflichtteil ist in aller Regel keine Gegenleistung, die die Verfügung des Schuldners zu einer entgeltlichen macht.**

BGH, Urteil vom 28.2.1991 — IX ZR 74/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die 1939 geborene Beklagte und ihr 1938 geborener Ehemann, die keine Kinder haben, vereinbarten am 31.10.1984 Gütertrennung. Gleichzeitig verzichteten sie auf Zugewinnausgleich und setzten sich gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Am 5.8.1986 schlossen die Eheleute einen notariell beurkundeten Vertrag, in dem die Beklagte auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht gegenüber ihrem Ehemann verzichtete und dieser ihr „als Gegenleistung für den Pflichtteilsverzicht“ seinen 9/20 Miteigentumsanteil an dem mit einem Einfamilienhaus bebauten 6,38 ar großen Grundstück in W. und seinen 1/2 Miteigentumsanteil an einer Eigentumswohnung in Ü. aufließ. In dem Vertrag heißt es weiter:

„... Der Veräußerer bleibt neben der Erwerberin Schuldner der Verbindlichkeiten, die den ... eingetragenen Grundpfandrechten zugrunde liegen. Die Erwerberin verpflichtet sich, den hier übertragenen Grundbesitz auf den Veräußerer unentgeltlich zurückzuübertragen, wenn der Veräußerer und die Erwerberin dauernd getrennt leben oder ihre Ehe rechtskräftig geschieden wird ... Zur Absicherung ... der Ansprüche des Veräußerers auf Rückübertragung ... bewilligen und beantragen die Beteiligten eine Vormerkung zugunsten des Veräußerers ...“

Die Beklagte wurde mit ihrer Eintragung im Grundbuch am 16.9.1986 und 9.12.1986 Alleineigentümerin. Zu dieser Zeit war der Ehemann Geschäftsführer der 1977 gegründeten M.-GmbH mit einem Stammkapital von 400.000 DM, an dem er mit 340.000 DM, die Beklagte mit 34.000 DM beteiligt waren. Im Juli 1986 hatte der Ehemann für die GmbH mit der Klägerin eine Umschuldung vereinbart. Er verbürgte sich gegenüber der Klägerin insgesamt in Höhe von rund 2.000.000 DM für Schulden der GmbH. Über deren Vermögen wurde am 4.3.1988 das Konkursverfahren eröffnet. Der Klägerin steht nach dem seit 12.6.1990 rechtskräftigen Urteil des Landgerichts Duisburg vom 14.7.1988 ein Anspruch aus der Bürgschaft auf Zahlung von 200.000 DM nebst 4% Zinsen ab 1.2.1988 gegen den Ehemann der Beklagten zu, der über kein Vermögen mehr verfügt.

Mit der am 16.9.1988 eingereichten und am 28.9.1988 zugestellten Klage verlangte die Klägerin wegen ihres titulierten Anspruchs nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnFG die Duldung der Zwangsvollstreckung in die der Beklagten übertragenen Miteigentumsanteile. Das Landgericht gab der Klage statt. Das Oberlandesgericht wies sie ab und zwar auch den Hilfsantrag, die Beklagte zu verurteilen, die Zwangsversteigerung des Grundstücks in W. und des Wohnungseigentums in Ü. zwecks Befriedigung aus dem Teil des Versteigerungserlöses zu dulden, der dem Schuldner als ehemaligem Miteigentümer zustehen würde. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den bisherigen Hilfsantrag als Hauptantrag weiter.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Verurteilung der Beklagten nach dem Revisionsantrag. Die Voraussetzungen der Anfechtung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 mit § 2 AnfG) sind nach dem unstreitigen Sachverhalt gegeben. Der Schuldner, gegen den aus dem Urteil vom 14.7.1988 wegen fälliger Ansprüche vergeblich vollstreckt wurde, hatte innerhalb von zwei Jahren vor der Anfechtung durch die Übertragung seiner Miteigentumsanteile unentgeltlich zugunsten seiner Ehefrau, der Beklagten, verfügt und damit seine Gläubiger benachteiligt. Die Einwendungen der Beklagten sind nicht erheblich.

1. a) Mit Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß die am 16.9.1988 eingereichte und am 28.9.1988, also demnächst im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO zugestellte Klage die zweijährige Anfechtungsfrist des § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG gewahrt hat. Denn diese begann mit dem Ablauf des Tages, an dem die Beklagte im Grundbuch als Alleineigentümerin des Grundstücks (16.9.1986) und der Eigentumswohnung (9.12.1986) eingetragen worden war. Maßgebend für den Beginn ist bei einem mehraktigen Rechtsgeschäft die Vollendung der anfechtbaren Rechtshandlung, bei Grundstücksübertragungen demnach die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch, sofern sie, wie in aller Regel, der Auflassung nachfolgt (Senatsurt. BGHZ 99, 274, 286 [ = MittBayNot 1987, 81 = DNotZ 1987, 488])

b) Das Berufungsgericht nimmt auch zutreffend an, daß die Verfügungen des Schuldners im Vertrag vom 5.8.1986 seine Gläubiger objektiv benachteiligt haben. Denn selbst nach dem Vortrag der Beklagten waren und sind weder ihr Grundstück noch ihr Wohnungseigentum wertausschöpfend mit Grundpfandrechten belastet. Das gilt um so mehr, als nicht der Nominalbetrag der Grundpfandrechte nebst Zinsen, sondern ihre — hier wahrscheinlich niedrigere — Valutierung maßgebend ist (Senatsurt. v. 27.3.1984 — IX ZR 49/83, ZIP 1984, 753 = WM 1984, 843; v. 10.1.1985 — IX ZR 2/84, ZIP 1985, 372).

c) Die Anfechtung scheidet auch nicht daran, daß die seit 12.6.1990 rechtskräftig zuerkannte und zu vollstreckende Forderung der Klägerin erst nach den angefochtenen Verfügungen des nunmehr vermögenslosen Schuldners entstanden ist (vgl. BGHZ 90, 207, 211).

2. a) Das Berufungsgericht glaubt jedoch, die Unentgeltlichkeit der Verfügungen des Schuldners vom 5.8.1986 nicht feststellen zu können. (*Wird ausgeführt*).

b) Diese Ausführungen begegnen, wie die Revision zutreffend geltend macht, durchgreifenden Bedenken. Das Berufungsgericht mißt den subjektiven Überlegungen, die es dem Schuldner und seiner Ehefrau unterstellt, eine Bedeutung zu, die ihnen nicht zukommt. Entscheidend für die Annahme der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit im Sinne der Anfechtungsvorschriften ist, ob aufgrund oder wegen der Verfügung des Schuldners als Gegenleistung dafür ein nach dem objektiven Sachverhalt zu beurteilender Gegenwert in sein Vermögen gelangt ist. Das ergibt der Wortlaut und der Zweck des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG:

aa) Anfechtbar sind nach dem Wortlaut dieser Vorschriften nicht nur Schenkungen, die eine Einigung über die Unentgeltlichkeit voraussetzen (§ 516 Abs. 1 BGB), sondern gerade auch sonstige unentgeltliche Verfügungen, bei denen eine Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht vorliegt (BGHZ 71, 61, 69; *Baur-Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Bd. II 12. Aufl. Rdnr. 19.5). Schon das Reichs-

gericht vertrat die Auffassung, daß die Abtretung einer wertlosen Forderung an den Gemeinschuldner dessen Leistung auch dann nicht den Charakter der Unentgeltlichkeit nimmt, wenn der Zedent die abgetretene Forderung für werthaltig erachtet hatte (RGZ 51, 412, 416). Ob ein Irrtum beider Teile über die tatsächlichen Voraussetzungen der Werthaltigkeit einer Gegenleistung der Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG entgegenstehen würde, bedarf hier keiner Entscheidung.

bb) § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG verfolgen wie § 32 KO den Zweck, die Gläubiger entgeltlich begründeter Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners innerhalb bestimmter Zeiträume vor Erhebung der Anfechtungsklage oder vor Eröffnung des Konkursverfahrens zu schützen; das Interesse des durch eine unentgeltliche Verfügung Begünstigten, das Empfangene zu behalten, soll dem Recht des Gläubigers auf Befriedigung seiner vollstreckbaren Forderung weichen. Dieser Zweck gebietet eine weite Auslegung des Begriffs der Unentgeltlichkeit (BGH, Urt. v. 15.10.1975 — VIII ZR 62/74, LM AnfG § 3 Nr. 18 = WM 1975, 1182, 1184): Nicht die subjektiven Vorstellungen und Absichten des Schuldners und seines Vertragspartners, auch soweit sie erklärt worden sind, dürfen entscheidend sein, sondern die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ist es. Anderenfalls könnten die Beteiligten allein dadurch, daß sie einer für den Schuldner objektiv wertlosen Leistung in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen (subjektiven) Wert beimessen, den Zweck des Gesetzes vereiteln. Erst wenn feststeht, daß, objektiv betrachtet, der Schuldner überhaupt einen Gegenwert für seine Zuwendung erhalten hat oder ihm eine werthaltige Gegenleistung versprochen worden ist, besteht Anlaß zu prüfen, ob die Beteiligten die erbrachte oder versprochene Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder mit der Verfügung des Schuldners Freigebigkeit, wenn auch nur zum Teil, bezweckt war (ähnlich schon BGH, Urt. v. 10.5.1978 — VIII ZR 32/77, WM 1978, 671, 674; v. 24.10.1990 — IV ZR 296/89, WM 1991, 205, 206 f. zu § 2205 Satz 3 BGB; Senatsurt. v. 29.11.1990 — IX ZR 29/90, ZIP 1991, 35). Nach der abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts würde jede Übertragung von Vermögensgegenständen des Schuldners auf seinen Ehegatten oder einen anderen Pflichtteilsberechtigten dadurch zu einer entgeltlichen Verfügung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AnfG, daß der Empfänger als Gegenleistung auf seinen Pflichtteil verzichtet. Setzte sich diese Ansicht durch, wären binnen kurzer Frist jene Vorschriften obsolet.

c) Danach machte der Verzicht der Beklagten auf ihr Pflichtteilsrecht die Verfügungen ihres Ehemanns nicht zu entgeltlichen:

Der Pflichtteilsverzicht war bei objektiver Betrachtung keine Gegenleistung für die Übereignung wertvollen Grundbesitzes. Der einzige Vorteil, den der Schuldner erlangt haben kann, war die Testierfreiheit, die zudem den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 Abs. 1 BGB) durch einen notariell beurkundeten Rücktritt (§ 2296 Abs. 2 BGB) voraussetzte. Die Gewährung der Testierfreiheit über den Pflichtteil der Beklagten ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Gegenleistung, die die Unentgeltlichkeit im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG ausschließen konnte. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs läßt sich nicht entnehmen, daß jedes beliebige Interesse aus-

reiche, die Werthaltigkeit einer Zuwendung zu bejahen (vgl. Urf. v. 15.12.1982 — VIII ZR 264/81, LM AnfG § 3 Nr.221 Senatsurt. v. 19.11.1990, a. a. O.). Der Verzicht der Beklagten auf ihren Pflichtteil hat dem Schuldner keinen nach § 3 Abs.1 Nr.4 AnfG erheblichen wirtschaftlichen oder sonstigen Vorteil gebracht. Aus der hier maßgeblichen Sicht der Gläubigerin hat der Schuldner nur weggegeben, aber nichts erworben, auch keinen Anspruch auf künftige Leistung, der seinem Vermögen zugerechnet werden könnte. Das Vermögen des Schuldners, in das die Gläubigerin hätte vollstrecken können, ist nur vermindert worden. Der Pflichtteilsverzicht hat keine Zugriffsmöglichkeit für Gläubiger des Schuldners eröffnet. Wer diesen beerbt oder Pflichtteilsansprüche erlangt, ist für Gläubiger des Erblassers unerheblich; denn aus dem Nachlaß sind die Erblasserschulden in jedem Fall vor den Pflichtteilsansprüchen zu befriedigen (§ 2311 BGB). Deshalb blieb trotz des Verzichts der künftigen Erbin auf ihr Pflichtteilsrecht die Leistung des Erblassers an die Verzichtende unentgeltlich im Sinne des § 3 Abs.1 Nr.3 und 4 AnfG (und auch des § 32 KO).

#### 5. WEG §§ 8, 12 (Zustimmung des Verwalters auch bei Erstveräußerung erforderlich)

**Macht die Teilungserklärung die Veräußerung des Wohnungseigentums von der Zustimmung des Verwalters abhängig, so gilt dies auch für die Veräußerung aus der Hand des teilenden Eigentümers nach Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft.**

BGH, Beschluß vom 21.2.1991 — V ZB 13/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2 teilten 1973 ihr Grundstück in acht Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an je einer Wohnung, und in sechs weitere Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an je einem Garageneinstellplatz; auf. Sie wurden als Mitberechtigte zu je 1/2 Anteil in die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher eingetragen. In der Teilungserklärung, die insoweit als Inhalt des Sondereigentums Gegenstand der Grundbucheintragungen ist, ist bestimmt:

„Die Veräußerung bedarf der Zustimmung des Verwalters. Dies gilt nicht im Falle der Veräußerung an den Ehegatten, Verwandte in gerader Linie oder Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie oder bei einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung, durch den Konkursverwalter oder einen Grundpfandgläubiger, der das Wohnungseigentum im Wege der Zwangsvollstreckung erworben hat und dieses alsdann veräußert.“

Am 5.2.1990 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 ihre mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr.4 bezeichneten Wohnung und an dem mit Nr.13 bezeichneten Einstellplatz verbundenen Miteigentumsanteile an die Beteiligten zu 3 und 4 und ließen sie an diese auf.

Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels von der Vorlage der Zustimmungserklärung des Verwalters abhängig gemacht. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten ist erfolglos geblieben. Das Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich daran jedoch durch die Beschlüsse des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 12.4.1983 (Rpfleger 1983, 350 [= MittBayNot 1983, 173 = DNotZ 1984, 559]) und 3.9.1987 (Rpfleger 1988, 95 [= DNotZ 1988, 312]) sowie des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 12.12.1988 (OLGZ 1989, 44 [= DNotZ 1990, 45]) und 17.10.1989 (OLGZ 1990, 149) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Der Vorlagebeschluß ist gemäß § 79 Abs.2 GBO statthaft. (Wird ausgeführt.)

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO), aber nicht begründet.

1. Die vom Bayerischen Obersten Landesgericht und vom Oberlandesgericht Frankfurt vertretene Auffassung wird von der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur geteilt (OLG Hamburg, OLGZ 1982, 53, 54; KG, Rpfleger 1988, 480; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 12 WEG Rdnr.7; Erman/Ganten, BGB 8. Aufl., § 12 WEG Rdnr.2; Münch-KommRöll, BGB, 2. Aufl., § 12 WEG Rdnr.3; Palandt/Bassenge, BGB 50. Aufl., § 12 WEG Rdnr.3; Soergel/Stürner, BGB 12. Aufl., § 12 WEG Rdnr.6; Weitnauer, WEG 7. Aufl., § 12 Rdnr.2; Bub, Wohnungseigentum von A-Z, 5. Aufl., S. 457; Diester, Rpfleger 1974, 245; Böttcher, Rpfleger 1985, 1, 6; Hallmann, MittRhNotK 1985, 1; unklar: Pick in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 6. Aufl., § 12 Rdnr.6). Sie geht auf die Überlegung zurück, es könne nicht angenommen werden, der teilende Eigentümer wolle sich bei der Erstveräußerung des von ihm geschaffenen Wohnungseigentums selbst den Beschränkungen des § 12 WEG unterwerfen. Sein Interesse an einem, von der Veräußerungsbeschränkung freien, Absatz bestimme den objektiven Erklärungswert der Zustimmungsklausel. Diese, gelegentlich als Privileg des teilenden Eigentümers bezeichnete Auslegung (Hallmann a. a. O.; Sohn, Die Veräußerungsbeschränkung im Wohnungseigentumsrecht, PiG 12, 38) wird zum Teil dann nicht mehr für gerechtfertigt angesehen, wenn zwischen der Schaffung des Wohnungseigentums und der Veräußerung eine längere Zeit verstrichen ist; dann habe sich der teilende Eigentümer erkennbar in die Wohnungseigentümergeinschaft eingefügt, sein Absatzinteresse trete als den Umfang des Zustimmungserfordernisses bestimmendes Auslegungsmerkmal zurück (LG Wuppertal, Rpfleger 1985, 190; LG Köln, MittRhNotK 1988, 209, 210; Soergel/Stürner a. a. O.; Diester a. a. O.; Schopp, Anm. zu LG Bielefeld, Rpfleger 1974, 111, 112; Sohn a. a. O.).

2. Diesen Auffassungen vermag der Senat nicht zu folgen.

a) Die Auslegung der durch die Teilungserklärung angeordneten Verfügungsbeschränkung als einer Grundbucheintragung hat den für Grundbucheintragungen maßgeblichen Regeln zu folgen. Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei der Auslegung einer Grundbucheintragung vorrangig auf deren Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt, abzustellen. Umstände außerhalb der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. SenatsRspr., vgl. BGHZ 47, 190, 195; 92, 351, 355 [= MittBayNot 1985, 67]); Senatsurt. v. 12.10.1990, V ZR 149/89, zur Veröffentlichung bestimmt). Hiervon kann bei der Auslegung des Erfordernisses der Verwalterzustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums nicht abgewichen werden. Das Bestehen oder Nichtbestehen der Verfügungsbeschränkung und ihr Umfang nehmen am öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) teil. Ihrer besonderen Bedeutung im Rechtsverkehr trägt § 3 Abs.2 der Verfügung über die grundbuchmäßige Behandlung der Wohnungseigentumsachen vom 1.8.1951 (BAnz. Nr.152), zuletzt geändert durch Verordnung vom 23.7.1984 (BGBl I 1025), dadurch Rechnung, daß

er ihre ausdrückliche Eintragung in das Grundbuch anordnet. Die Gründe, die für eine Beschränkung der Umstände maßgeblich sind, die bei der Auslegung einer Grundbucheintragung herangezogen werden dürfen, gelten für das zum Inhalt des Sondereigentums zählende Zustimmungserfordernis in vollem Umfang; die Eintragung und die — soweit nach § 874 BGB, § 3 Abs. 2 der Verfügung zulässig — in Bezug genommene Bewilligung müssen als solche geeignet sein, jedem Gutgläubigen und jedem der unbestimmten Rechtsnachfolger und Rechtsverpflichteten maßgeblich Auskunft über Bestehen und Umfang der Verfügungsbeschränkung zu erteilen (vgl. Senatsurt. v. 26. 4. 1961, V ZR 26/60, LM BGB § 1018 Nr. 4; v. 12. 10. 1990, V ZR 149/89).

b) Die vom Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren selbständig vorzunehmende Auslegung der Grundbucheintragung (BGHZ 37, 147, 149) führt zu dem mit der Auffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts übereinstimmenden Ergebnis, daß die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts zwischen den Beteiligten von der Zustimmung des Verwalters abhängig ist.

aa) Der Wortlaut der Grundbucheintragung ist eindeutig. Danach ist die Verwalterzustimmung zur Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentumsrechts grundsätzlich unentbehrlich. Einer der vorgesehenen Ausnahmefälle liegt nicht vor.

Die Veräußerung durch den teilenden Eigentümer ist auch nicht deshalb von dem Zustimmungserfordernis ausgenommen, weil der von den Beteiligten zu 1 und 2 gewählten Fassung der Teilungserklärung, abweichend von ihrem Wortlaut, typischerweise im Verkehr diese Bedeutung zukäme. Wäre dem so, so entspräche die Zustimmungsfreiheit des Veräußerungsgeschäfts allerdings dem nächstliegenden Sinn der Grundbucheintragung. Im Verkehr sind indessen Fassungen in Gebrauch, die die Erstveräußerung durch den teilenden Eigentümer ausdrücklich vom sonst geltenden Zustimmungserfordernis ausnehmen und diesen Ausnahmefall in eine Reihe mit anderen Veräußerungsvorgängen, etwa im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter, stellen, für die die Beschränkung ebenfalls nicht gelten soll (vgl. z. B. die Teilungserklärung nach dem vom Bayerischen Staatsministerium des Innern herausgegebenen Muster, abgedruckt bei *Bärmann/Seuss*, Praxis des Wohnungseigentums, 3. Aufl., S. 627; ebenso in dem der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 17. 4. 1986, a. a. O., zugrundeliegenden Fall).

bb) Umstände außerhalb der Grundbucheintragung lassen ein Interesse der Beteiligten zu 1 und 2, als teilende Grundstückseigentümer von dem Zustimmungserfordernis befreit zu sein, nicht für jedermann ohne weiteres erkennbar werden. Die Vorratsteilung als solche läßt noch nicht auf ein Absatzinteresse schließen, welches der Bindung des ersten Eigentümers an die Verwalterzustimmung zuwiderliefe. Der tatsächliche Anwendungsbereich des § 8 WEG ist nicht auf die gewerbliche Erstellung und Veräußerung von Wohnungseigentum, etwa aus der Hand eines Bauträgers, beschränkt; auch der private Verkehr bedient sich dieser Möglichkeit, z. B. zur Schaffung von Wohnraum für Familienangehörige oder zur dauernden Erzielung von Mieteinkünften aus dem nicht veräußerten Teil der Wohneinheiten. Aber auch soweit ein, insbesondere gewerbliches, Absatzinteresse hervortritt, ist dem noch kein für jedermann eindeutiger Hinweis darauf zu entnehmen, das Zustimmungserfordernis solle für die Veräußerung aus der Hand des Teilenden nicht gelten. Einer

ausdrücklichen Beschränkung der Verwalterzustimmung auf spätere Veräußerungsfälle steht rechtlich nichts im Wege; ein unbefangener Betrachter geht davon aus, daß der Grundstückseigentümer als Ausgeber des Wohnungseigentums, wenn er selbst von einer sonst geltenden Beschränkung der Veräußerungsbefugnis befreit sein will, dies in der Teilungserklärung auch zum Ausdruck bringt. Dies gilt, worauf das vorliegende Oberlandesgericht zu Recht hinweist, zumal deshalb, weil der Eigentümer den ersten Verwalter selbst bestimmen kann und bei sukzessivem Absatz des Wohnungseigentums zunächst noch die Mehrheit in der Eigentümerversammlung behalten wird. Eine zeitliche Aufteilung des Zustimmungserfordernisses bis zur Einordnung des teilenden Eigentümers in die Gemeinschaft und danach wäre vollends mit den für die Auslegung von Grundbucheintragungen maßgeblichen Grundsätzen unvereinbar.

#### 6. BGB § 928; WEG § 11 (*Verzicht auf Wohnungseigentum*)

##### **Ein Wohnungseigentum kann nicht durch Verzicht aufgegeben werden.**

BayObLG, Beschluß vom 14. 2. 1991 — BReg. 2 Z 16/91 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

##### *Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligten gehören zwei Teileigentumsrechte (Garagenstellplätze). Sie hat auf das Eigentum verzichtet.

Das Grundbuchamt hat am 8. 5. 1990 den Antrag, diesen Verzicht in das Grundbuch einzutragen, abgewiesen. Die Beschwerde hat das Landgericht durch Beschluß vom 17. 12. 1990 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

##### *Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt: Daß ein Verzicht auf ein Wohnungs- oder Teileigentum nicht möglich sei, ergebe sich insbesondere aus der Unauflöslichkeit der Gemeinschaft. Den übrigen Wohnungseigentümern würden die Lasten für das herrenlose Wohnungs- oder Teileigentum aufgedrängt; dies wäre ein unzulässiges Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter.

2. Der Senat teilt die von den Vorinstanzen vertretene Rechtsauffassung.

a) Gemäß § 928 Abs. 1 BGB kann das Eigentum an einem Grundstück durch Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung des Verzichts in das Grundbuch aufgegeben werden. Wohnungseigentum — entsprechendes gilt gemäß § 1 Abs. 6 WEG für das Teileigentum — ist kein grundstücksgleiches Recht; vielmehr handelt es sich um gesetzlich besonders ausgestaltetes Miteigentum (BGH NJW 1989, 25/35; BayObLGZ 1988, 1/4 [= MittBayNot 1988, 75]; OLG Köln Rpfleger 1984, 268). Auf das Wohnungseigentum sind dennoch grundsätzlich die für Grundstücke geltenden Vorschriften anzuwenden (BayObLGZ 1988, 1/4 m. w. N.). Im Einzelfall kann aber im Hinblick auf die besondere gesetzliche Ausgestaltung des im Vordergrund stehenden Miteigentumsanteils etwas anderes gelten; § 928 BGB kann danach auf das Wohnungseigentum nicht angewendet werden.

b) In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob ein Verzicht auf einen Miteigentumsanteil rechtlich möglich ist.

Dabei wird noch zwischen einem Verzicht auf einen schlichten Miteigentumsanteil gemäß § 1008 BGB und einem solchen in der Ausgestaltung durch das Wohnungseigentumsgesetz unterschieden; teilweise wird ein Verzicht sowohl auf einen Miteigentumsanteil als auch auf ein Wohnungseigentum für ausgeschlossen erachtet, teilweise nur ein Verzicht auf ein Wohnungseigentum.

Der Senat brauchte die Frage, ob auf ein Wohnungseigentum verzichtet werden kann, in seiner Entscheidung vom 15. 12. 1988 (DNotZ 1989, 438/439) nicht zu entscheiden; in dieser Sache hatte das Amtsgericht den Verzicht in das Grundbuch eingetragen. Das Kammergericht (NJW 1989, 42) hat den Verzicht auf einen schlichten Miteigentumsanteil nicht für zulässig erachtet, weil er einer Teilaufhebung der Gemeinschaft gleichkäme, gegen die der Umstand spreche, daß eine Anwachsung nicht stattfindet, die übrigen Miteigentümer aber gleichwohl die Lasten des herrenlos gewordenen Miteigentumsanteils zu tragen hätten.

Für eine Anwendung des § 928 BGB auf das Wohnungseigentum haben sich ausgesprochen: *Weitnauer* WEG 7. Aufl. Rdnr. 25 a, *Bärmann/Pick/Merle* WEG 6. Aufl. Rdnr. 79, *Augustin* WEG Rdnr. 3 (anders noch *BGB-RGRK/Augustin* 12. Aufl. § 928 Rdnr. 2), jeweils zu § 3; *MünchKomm/Kanzleiter* BGB 2. Aufl. Rdnr. 2, *Staudinger/Ertl* BGB 12. Aufl. Rdnr. 6, jeweils zu § 928. Zur Begründung wird, soweit eine solche überhaupt gegeben wird, darauf hingewiesen, für das Wohnungseigentum könne nichts anderes gelten als für das Miteigentum, das wie ein Grundstück zu behandeln sei (z. B. *Weitnauer* a. a. O.), dabei findet keine Auseinandersetzung mit der Rechtsmeinung statt, die auch bei einem Miteigentumsanteil eine Dereliktion nicht zuläßt. Gegen die Anwendung des § 928 BGB auf das Wohnungseigentum haben sich entschieden: LG Konstanz NJW-RR 1989, 1424 [= *MittBayNot* 1990, 113]; *Henkes/Niedenführ/Schulze* WEG § 10 Rdnr. 10; *Soergel/Stürmer* BGB 12. Aufl. § 1 WEG Rdnr. 3; *Palandt/Bassenge* BGB 50. Aufl. Rdnr. 1, *Erman/Ronke* BGB 8. Aufl. Rdnr. 2, jeweils zu § 928). Zur Begründung wird im wesentlichen auf die Entscheidung des Landgerichts Konstanz verwiesen.

c) Der Senat schließt sich mit den Vorinstanzen der zuletzt dargestellten Meinung an; er folgt den auf die Entscheidung des Kammergerichts (NJW 1989, 42) aufbauenden Gründen des Landgerichts Konstanz (NJW-RR 1989, 1424).

Die besondere Ausgestaltung des Miteigentums in der Form des Wohnungseigentums besteht darin, daß mit dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem insbesondere das Grundstück gehört (§ 1 Abs. 5 WEG), das Sondereigentum mit einer Wohnung oder mit nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden wird (§ 1 Abs. 2, 3 WEG). Der Inhalt des Sondereigentums wiederum wird von der gesetzlichen Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses gemäß §§ 10 ff. WEG und den gemäß § 10 Abs. 1, 2 i. V. m. § 5 Abs. 4 WEG in Abweichung davon zum Inhalt des Sondereigentums gemachten Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander geprägt. Mit dem Wohnungseigentum sind im Rahmen eines gesetzlich begründeten Schuldverhältnisses Verpflichtungen der Wohnungseigentümer untereinander verbunden, insbesondere die sich aus § 16 Abs. 2 WEG ergebende Verpflichtung, die gemeinschaftlichen Lasten und Kosten anteilig zu tragen. Durch die in § 11 WEG vorgeschriebene Unauflöslichkeit der Gemeinschaft ist sichergestellt, daß dieses gesetzliche Schuldverhältnis nicht einseitig beendet werden kann.

Durch die Dereliktion eines Wohnungseigentums, die einer Teilaufhebung der Gemeinschaft gleichkäme, würde dieser das Wohnungseigentum prägende Grundsatz durchbrochen. Der das Eigentum aufhebende Wohnungseigentümer würde sich nicht nur den mit Grundeigentum verbundenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen entziehen, was das Gesetz mit der Vorschrift des § 928 BGB in Kauf nimmt (vgl. *BayObLGZ* 1983, 85/88 = *Rpfleger* 1983, 308), sondern auch den mit dem Wohnungseigentum untrennbar verbundenen Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Dies sieht das Gesetz nicht vor. Weil diese Verpflichtungen unmittelbar mit dem Wohnungseigentum verbunden sind, also nicht ohne dieses weiter bestehen, können sie nur dadurch aufrechterhalten werden, daß eine Dereliktion von Wohnungseigentum nicht zugelassen wird.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß sich im Einzelfall der verzichtende Wohnungseigentümer, wie hier die Beteiligte, einer Verpflichtung gemäß § 16 Abs. 2 WEG nicht entziehen würde, weil die übrigen Wohnungseigentümer schon in der Vergangenheit diesen Wohnungseigentümer von einer Beteiligung an den gemeinschaftlichen Kosten ausgenommen haben. Zum einen läßt sich nicht ausschließen, daß die Gemeinschaft zumindest für bestimmte Lasten und Kosten künftig den Wohnungseigentümer heranzieht, zum anderen erschöpfen sich die gemeinschaftlichen Verpflichtungen nicht in der Beteiligung an den gemeinschaftlichen Kosten und Lasten. Schließlich wäre es im Grundbucheintragungsverfahren dem Grundbuchamt nicht möglich, die Eintragung eines Verzichts davon abhängig zu machen, daß keine Verpflichtungen aus § 16 Abs. 2 WEG entstehen können und dies in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist.

#### 7. BGB § 1105 Abs. 1 (Ablösung der Reallast durch einmalige Zahlung)

**Eine Verfallklausel, nach der der Berechtigte unter bestimmten Voraussetzungen an Stelle wiederkehrender Leistungen ihre Ablösung durch eine einmalige Leistung verlangen kann, kann nicht Inhalt einer Reallast sein.**

OLG Köln, Beschluß vom 19. 12. 1990 — 2 Wx 23/90 — mitgeteilt von *Torsten Schmidt-Eichhorn*, Richter am OLG Köln

#### Aus dem Tatbestand:

1. Durch notariellen Vertrag vom 9. 10. 1989 veräußerte die Beteiligte zu 1) das bezeichnete Grundstück an den Beteiligten zu 2). Nach § 3 dieses Vertrages steht der Beteiligten zu 1) ein lebenslangliches Wohnrecht in dem Haus auf dem Grundstück zu. Der Beteiligte zu 2) verpflichtete sich ferner in § 4 des Vertrages, an die Beteiligte zu 1) lebenslanglich eine monatliche Rente von DM 1.500,— zu zahlen. Nach Vereinbarungen zur Wertsicherung dieser Rente heißt es sodann in § 4 Abs. 5 des notariellen Vertrages:

„Gläubiger kann den kapitalisierten Rentenbetrag ohne Kündigung sofort einfordern:

- a) bei Verzug mit Rentenzahlungen mit mehr als 8 Wochen nach Mahnung und Fristsetzung,
- b) bei Veräußerung des Grundbesitzes ...
- c) bei Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz ...
- d) bei Zahlungseinstellung des Schuldners ...
- e) bei nicht wertentsprechender Feuer-, Sturm- und Wasserschädenversicherung ...“

In § 9 Abs. 3 des notariellen Vertrages ist u. a. vereinbart:

„Im Grundbuch ist mit Rang an bereiter Stelle einzutragen ...

- b) für (Bet zu 2) — Altenteil gem. § 3 Absatz (2) — (4), — Rentenrealast (wertgesichert) aufschiebend bedingt mit Abtretungsausschluß gem. § 4 ...“

In § 10 des notariellen Vertrages heißt es u. a.:

„Es wird unwiderruflich bewilligt, in das Grundbuch einzutragen: . . .  
b) die Rechte gem. § 9 Absatz (3), . . .“

Mit Schriftsatz vom 4. 12. 1989 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) und 2) beantragt, den Eigentumswechsel, die Löschung der in Abteilung II Nr. 5 eingetragenen Eigentumsvormerkung sowie mit Rang nacheinander die Rechte gem. § 9 Abs. 3 des Vertrages vom 9. 10. 1989 einzutragen. Mit Verfügung vom 19. 1. 1990 hat der Rechtspfleger des Grundbuchamts die Beteiligten zu 1) und 2) darauf hingewiesen, daß die Vereinbarung in § 4 Abs. 5 des notariellen Vertrages nicht Inhalt einer Reallast sein könne.

Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten zu 1) und 2) Erinnerung eingelegt.

Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt hat der Erinnerung nicht abgeholfen. Der Grundbuchrichter hat sie der Beschwerdekammer zur Entscheidung vorgelegt. Durch Beschluß vom 12. 3. 1990 hat das Landgericht das mit dieser Vorlage als Beschwerde gegen die Zwischenverfügung geltende Rechtsmittel zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluß wenden sich die Beteiligten zu 1) und 2) mit der weiteren Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

1. . . .

2. Die gem. §§ 78, 80 Abs. 1 GBO zulässige weitere Beschwerde der Antragsteller ist nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes, §§ 78 GBO, 550 ZPO.

a) Bedenken gegen die Zulässigkeit der Erstbeschwerde bestehen nicht. . . .

b) Die Vorinstanzen haben die Zulässigkeit der Eintragung einer Reallast in der von den Beschwerdeführern beantragten Form ohne Rechtsfehler verneint.

Das Amtsgericht hat den notariellen Vertrag vom 9. 10. 1989 dahin ausgelegt, daß der Beteiligten zu 1) unter den in § 4 Abs. 5 des Vertrages bezeichneten Voraussetzungen nicht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zahlung eines Kapitalbetrages eingeräumt werden sollte. Vielmehr werde in § 9 Abs. 3 der Urkunde, auf den die Eintragungsbewilligung Bezug nimmt, zur näheren Beschreibung des Inhalts der unter b) bezeichneten Reallast auf den gesamten Inhalt von § 4 des Vertrages Bezug genommen. Das Recht, unter den in § 4 Abs. 5 des Vertrages genannten Voraussetzungen den kapitalisierten Rentenbetrag einfordern zu können, habe daher zum Inhalt der Reallast als des einzutragenden dinglichen Rechts erhoben werden sollen. Da der Kapitalbetrag nach der in § 4 Abs. 5 der Urkunde vereinbarten Berechnungsgrundlage alle nach der statistischen Wahrscheinlichkeit zu zahlenden Rentenbeträge umfasse, sei der Vertrag vom 9. 10. 1989 dahin auszulegen, daß dieser kapitalisierte Rentenbetrag nicht neben den monatlichen Rentenzahlungen, sondern — in den Fällen des § 4 Abs. 5 des Vertrages — an ihrer Stelle gefordert werden könne.

Diese Auslegung des Vertrages durch das Grundbuchamt hat sich das Landgericht im angefochtenen Beschluß durch Bezugnahme auf die Nichtabhilfeentscheidungen des Rechtspflegers und des Grundbuchrichters zu eigen gemacht.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann indes ein solches Recht des Gläubigers, unter bestimmten Voraussetzungen an Stelle der wiederkehrenden Leistungen einen einmaligen Kapitalbetrag zu fordern, nicht Inhalt einer auf die Entrichtung wiederkehrender Leistungen gerichteten Reallast nach § 1105 BGB sein. Eine Reallast mit einem solchen Inhalt kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.

Während das im Recht der Schuldverhältnisse geltende Prinzip der Vertragsfreiheit neben der Abschlußfreiheit auch die sogenannte Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit umfaßt, so daß die Vertragsschließenden den Inhalt und Umfang der zwischen ihnen zu begründenden schuldrechtlichen Beziehungen grundsätzlich frei aushandeln und bestimmen können, gilt auf dem Gebiet des Sachenrechts der Grundsatz der Geschlossenheit der dinglichen Rechte. (*Wird ausgeführt.*)

§ 1105 Abs. 1 BGB bestimmt den Inhalt der Belastung eines Grundstücks durch eine Reallast dahin, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, aus dem Grundstück wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind. Den Gegensatz zum Begriff der „wiederkehrenden Leistungen“ bildet dabei die „einmalige Leistung“ (vgl. *Eickmann* in: *Kuntze/Ertl*, a. a. O., Einl., Rdnr. R 7). Eine einmalig zu entrichtende Leistung allein kann daher nicht Gegenstand einer Reallast sein (vgl. RGZ 57, 331, [334]; OLG Celle, OLGE 26, 102; KGJ 53, A 166, A. 168 f.; BayObLG DNotZ 1970, 415 f.; *Enneccerus/Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957, § 127 I 3, S. 509; *Erman/Baumert*, a. a. O., § 1105, Rdnr. 6; *Joost* in: Münchener Kommentar, a. a. O., § 1105, Rdnr. 11; *Palandt/Bassenge*, a. a. O., § 1105, Anm. 4 b; *Staudinger/Amann*, BGB, 12. Aufl. 1981, § 1105, Rdnr. 10; *Weirich*, Grundstücksrecht, 1985, Rdnr. 545, S. 295). Zwar muß es sich bei den „wiederkehrenden Leistungen“ nach § 1105 Abs. 1 BGB nicht um ständig oder regelmäßig wiederkehrende Leistungen handeln. In Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt ist auch, daß in die „wiederkehrenden Leistungen“ ausnahmsweise sogar einmalige Leistungen einbezogen werden können, wenn sie innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen liegen, die sie ergänzen (vgl. BayObLG DNotZ 1970, 415 m. w. N.). Ein Beispiel hierfür bietet die im Rahmen eines Anteilsvertrages übernommene Verpflichtung zu über die wiederkehrenden Leistungen hinausgehenden zusätzlichen Leistungen aus besonderen Anlässen, wie die Verpflichtung zur Ausstattung von Geschwistern des Übernehmers, Ausrichtung ihrer Hochzeit oder zu der des Begräbnisses des oder der Berechtigten (vgl. BayObLG a. a. O.). Gemeinsam ist diesen Fällen, daß die zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen durch eine weitere Leistung aus besonderem Anlaß ergänzt werden.

Um eine solche ergänzende Leistung, die neben die wiederkehrenden Leistung tritt, handelt es sich bei dem im Vertrag vom 9. 10. 1989 bezeichneten „kapitalisierten Rentenbetrag“ indes nicht. Vielmehr soll die Verpflichtung zur Entrichtung dieses Betrages unter den in § 4 Abs. 5 des Vertrages bestimmten Voraussetzungen an die Stelle der Verpflichtung zur Entrichtung der — wiederkehrenden — Rentenleistungen treten. Ein solcher Inhalt des Rechts, nach dem die Verpflichtung zur Entrichtung der wiederkehrenden Leistungen entfällt und durch eine Verpflichtung zu einer einmaligen Leistung ersetzt wird, ist jedoch mit dem gesetzlichen Erfordernis der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen in § 1105 Abs. 1 BGB unvereinbar. Sie kann daher nicht Inhalt einer Reallast sein (vgl. KGJ 53, A 166, A 168; BayObLG, DNotZ 1970, 415, 416; *Staudinger/Amann*, a. a. O., § 1105, Rdnr. 10).

Der von *Joost* (in: Münchener Kommentar, a. a. O., § 1105, Rdnr. 12), *Nieder* (in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, VIII. 24, S. 1065) und *Ripfel* (DNotZ 1969, 84, 88) vertretenen gegenteiligen Auffassung, daß eine Verfallklausel nicht nur schuldrechtlich vereinbart, sondern auch dinglich zum

Inhalt einer Reallast gemacht werden könne, vermag der Senat deshalb nicht zuzustimmen. Die Frage der Vereinbarkeit dieser gegenteiligen Auffassung mit dem — in § 1105 Abs. 1 BGB — gesetzlich festgelegten Inhalt des dinglichen Rechts wird weder von *Nieder* noch von *Ripfel* angesprochen. *Joost* führt aus, das Erfordernis wiederkehrender Leistungen stehe seiner Auffassung deshalb nicht entgegen, weil es nur um die Beendigung der Dauerverpflichtung gehe. Dies berücksichtigt nicht, daß sich der Typenzwang des Sachenrechts auch auf die aus der Beendigung oder Abwicklung einer Rechtsbeziehung folgenden dinglichen Rechte erstreckt. ...

8. BGB § 1098 Abs. 1 S. 1, § 514 (Zur Vererblichkeit eines Vorkaufsrechts)

**Die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts nach § 1094 Abs. 1 BGB kann auf bestimmte Personen beschränkt werden.**

LG Würzburg, Beschluß vom 4. 2. 1991 — 3 T 3028/90 —, mitgeteilt von Notar *Jürgen Kirchner*, Würzburg

*Aus dem Tatbestand:*

Gemäß notariellem Testament bestimmte der Erblasser E. u. a., daß die Miterbin H. (Bet. zu 1) der weiteren Miterbin F. (Bet. zu 2) das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an dem Grundstück Flurstück 3907/3 zu bestellen habe. Als Inhalt des Vorkaufsrechtes wurde festgelegt, daß dieses nicht veräußerlich sei, jedoch an die Kinder der Vorkaufsberechtigten vererbt werden könne; das Vorkaufsrecht also erlösche, wenn der Berechtigte und dessen Kinder verstorben seien, bevor ein Ausübungsfall eingetreten sei.

In Erfüllung der letztwilligen Verfügung bewilligten und beantragten die Beteiligten zu 1. und zu 2. in Ziffer V der Urkunde des Notars K. die Eintragung eines entsprechenden Vorkaufsrechtes im Grundbuch. Nachdem der Notar den Antrag auf Eintragung des Vorkaufsrechtes zurückgenommen hatte, beantragte er erneut mit Schreiben vom 18. 10. 1990 gemäß § 15 GBO die Eintragung des Vorkaufsrechtes.

Mit Beschluß vom 11. 11. 1990 wies der zuständige Rechtspfleger beim Grundbuchamt Würzburg den Antrag zurück.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Erinnerung des Notars vom 16. 11. 1990.

Der Grundbuchrichter half der Erinnerung nicht ab, sondern legte die Sache dem Landgericht Würzburg zur Entscheidung vor.

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist statthaft und zulässig (§§ 11 Abs. 1 und 2 S. 4 und 5 RpfG, § 71 GBO). Der Notar, der den Antrag auf Eintragung gemäß § 15 GBO gestellt hat, ist zur Einlegung des Rechtsmittels für die Beteiligten ermächtigt.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Das Grundbuchamt ist anzuweisen, ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht an dem Grundstück Flurstück 3907/3 für die Bet. zu 2 als unveräußerliches, nur auf ihre Kinder vererbliches Recht einzutragen.

Die Voraussetzungen für die Eintragung sind gegeben. In der Urkunde des Notars K. sind Bewilligung und Antrag entsprechend den Bestimmungen der §§ 13, 19 und 29 GBO enthalten. Die Eintragung ist entgegen der Auffassung des Rechtspflegers auch ihrem Inhalt nach zulässig.

Ein nach § 1094 Abs. 1 BGB einer bestimmten individuellen Person eingeräumtes subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht ist im Regelfall weder übertragbar noch vererblich (§ 1098

Abs. 1 S. 1 BGB, § 514 BGB). Doch das Gesetz läßt hier ausdrücklich abweichende Vereinbarungen zu (§ 514 S. 1 BGB; *Palandt/Putzo* BGB, 48. Aufl., Anm. 1 zu § 514). Diese bedürfen, um dinglich wirksam zu sein, der Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 874, 877 BGB). Die abweichende Vereinbarung wurde im vorliegenden Fall dadurch getroffen, daß die Vererblichkeit auf die Kinder der Vorkaufsberechtigten als Inhalt des Vorkaufsrechtes vereinbart wurde. Das vereinbarte Vorkaufsrecht kann mit diesem Inhalt auch im Grundbuch eingetragen werden; denn die begehrte Eintragung hat einen gesetzlich erlaubten Inhalt.

Nach dem im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz müssen der Inhalt des Rechts und der Berechtigte bestimmt bezeichnet sein; zumindest müssen sie nach eindeutigen Merkmalen hinreichend bestimmbar sein (vgl. *Horber*, Grundbuchordnung, 15. Aufl., Grundzüge 4 vor § 13). Der Kreis der Vorkaufsberechtigten ist eindeutig und klar bestimmt. Weitere Personen als die genannten Kinder sollen nicht berechtigt sein, nach dem Tod der zunächst zum Vorkauf Berechtigten das Vorkaufsrecht auszuüben. Die Beschränkung der Vererblichkeit auf die Kinder der Vorkaufsberechtigten ist eine gesetzlich zulässige Vereinbarung. Diese Regelung widerspricht nicht dem im Erbrecht geltenden Grundsatz der Universalsukzession (§ 1922 BGB). Sie besagt lediglich, daß nach dem Ableben der Vorkaufsberechtigten das Recht nur auf deren Kinder, nicht aber auf Dritte übergehen kann, daß also andere als die Berechtigten von der Ausübung des Vorkaufsrechtes ausgeschlossen sind. Falls die Bet. zu 2 anders als im Testament bestimmt über das Vorkaufsrecht im Wege der Erbfolge verfügen würde, wäre das Vorkaufsrecht entsprechend der gesetzlichen Regel in § 514 BGB wieder als unvererblich anzusehen.

Nach der Überzeugung der Kammer ist der Begriff „vererblich“ nicht restriktiv dahin auszulegen, daß das Vorkaufsrecht nur im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Kinder als Erben übergeht, sondern vielmehr dahin, daß es sich um eine Rechtsposition handelt, die beim Tod der Vorkaufsberechtigten auf die Kinder vererblich ist, gleichgültig ob dies nach § 1922 BGB erfolgt oder ob ein zusätzliches Erfüllungsgeschäft im Wege eines Vermächtnisses den Übergang des Vorkaufsrechtes auf die berechtigten Kinder bewirkt (so auch OLG Hamm, Rpfleger 1960, 154, 155; a. A. LG Stuttgart BWNotZ 1974/85; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Anm. 1401). Auf welche Art und Weise sie den Übergang des Vorkaufsrechtes auf ihre Kinder, denen das Vorkaufsrecht nach ihrem Tod zustehen soll, regelt, bleibt der Bet. zu 2 überlassen. Würde man verlangen, daß das Vorkaufsrecht nur dann auf die Kinder übergehen kann, wenn diese Erben werden, würde dies einen Eingriff in die Testierfreiheit der Vorkaufsberechtigten bedeuten. Die Rechte der Vorkaufsverpflichteten sind durch diese Rechtsauffassung nicht verletzt; denn der Kreis der Vorkaufsberechtigten ist eindeutig bestimmt und ein der Vorkaufsverpflichteten nicht genehmer Wechsel in der Person der Vorkaufsberechtigten ist ausgeschlossen.

Aus den vorstehenden Gründen war das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen und in der Sache anderweitig zu entscheiden.

9. WEG §§ 5, 10 (Gebrauchsregelung mit Befugnis eines Eigentümers zum Umbau auch von Gemeinschaftseigentum)

**In der Gemeinschaftsordnung kann festgelegt werden, daß ein Teileigentümer berechtigt ist, Räume zu Wohnräumen umzubauen, auch wenn dabei Gemeinschaftseigentum betroffen wird, und nach dem Umbau ohne die Mitwirkung der anderen Miteigentümer und eventueller Gläubiger die Teilungserklärung zu ändern.**

LG Frankenthal, Beschluß vom 8. 2. 1991 — 1 T 50/91 — mitgeteilt von Notar *Wolfgang Krebs*, Ludwigshafen  
(Leitsatz nicht amtlich)

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts als Eigentümer im Grundbuch hinsichtlich des oben bezeichneten Grundstücks eingetragen.

In der Urkunde des Notars K. in Ludwigshafen am Rhein vom 16. 10. 1990 begründeten sie Wohnungs- und Teileigentum. In der der Teilungserklärung als Anlage beigefügten Gemeinschaftsordnung wurde unter § 3 „Gebrauchsregelung“ festgelegt, daß es dem jeweiligen Teileigentümer gestattet ist, die Räume zu Wohnzwecken umzubauen, und die Umbaumaßnahmen von den übrigen Wohnungseigentümern zu dulden sind, auch wenn gemeinschaftliches Eigentum hiervon betroffen wird. Insbesondere wird dem Eigentümer des Teileigentums Nr. 9, in der Teilungserklärung als Abstellraum im Dach bezeichnet, ausdrücklich gestattet, den Dachraum nach entsprechendem Umbau auch zu Wohnzwecken zu benutzen und hierbei ggf. auch tragende Teile zu verändern, wobei die anderen Eigentümer die zum Zwecke des Dachausbaus vorzunehmenden Eingriffe in das gemeinschaftliche Eigentum zu dulden haben. Darüber hinaus soll sodann die Teilungserklärung von dem Eigentümer des jeweiligen Teileigentums nach Durchführung des Umbaus ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer und eventueller Gläubiger geändert werden dürfen.

Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung sind dem Grundbuchamt durch den Notar „gem. § 15 GBO“ zur Eintragung vorgelegt worden.

Die damals zuständige Rechtspflegerin hat daraufhin mit Zwischenverfügung darauf hingewiesen, daß die beantragte Eintragung der Teilungserklärung noch nicht möglich sei, da § 3 der Anlage (Gemeinschaftsordnung) nicht dinglicher Inhalt der Gemeinschaftsordnung sein könne, weshalb um diesbezügliche Abänderung der Urkunde gebeten werde.

Nach Mitteilung der gegenteiligen Auffassung durch den Notar hat die nunmehr zuständige Rechtspflegerin mit Zwischenverfügung mitgeteilt, daß die Erlaubnis zu baulichen Veränderungen am gemeinschaftlichen Eigentum ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer ein Sondernutzungsrecht darstelle, das insoweit nicht zulässig und demzufolge nicht eintragungsfähig sei, da es sich nicht auf bauliche Veränderungen, die nach § 22 WEG einer einstimmigen Beschlußfassung bedürften, erstrecken könne. Auch könne die Mitwirkung der Gläubiger der Miteigentümer nicht ausgeschlossen werden.

Mit der Erinnerung verfolgt der Notar seine Rechtsansicht weiter, wonach § 3 der Gemeinschaftsordnung zulässig und demnach eintragungsfähig sei, da die Zustimmungsbedürftigkeit durch die anderen Miteigentümer für bauliche Veränderungen des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen werden könne, jedenfalls im vorliegenden Fall, wo die baulichen Maßnahmen konkret aufgeführt seien.

Rechtspflegerin und Grundbuchrichterin haben der Erinnerung nicht abgeholfen und die Sache dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Die nunmehr als Beschwerde geltende Erinnerung der Beteiligten zu 1) und 2) ist zulässig (§§ 11 Abs. 1, Abs. 2 S. 4 u. 5 RPfIG, §§ 71 Abs. 1, 73 Abs. 1 GBO); insbesondere sind sie durch die angefochtenen Zwischenverfügungen beschwert.

Der Notar, der gem. § 15 GBO als berechtigt zur Stellung der Eintragungsanträge gilt, ist auch berechtigt, im Falle der endgültigen oder vorläufigen Ablehnung der Anträge für die Antragsteller Beschwerde einzulegen.

Das Rechtsmittel führt auch in der Sache zum Erfolg, da die Zwischenverfügungen im angefochtenen Umfang zu Unrecht ergangen sind.

Zwar unterliegt die in § 3 der als Anlage zur Teilungserklärung aufgestellte Gemeinschaftsordnung der Prüfungspflicht des Grundbuchgerichts, da es um die Frage des Verstoßes der Regelung gegen zwingende Vorschriften des WEG geht und das Grundbuchgericht nicht sehenden Auges gesetzeswidrige Teilungserklärungen/Gemeinschaftsordnungen eintragen und damit das Grundbuch unrichtig machen darf. Insoweit ist die Prüfungspflicht hinsichtlich des Inhalts von Teilungserklärungen/Gemeinschaftsordnungen weitgehend anerkannt (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1989, 405 m. w. N.). Ob die Prüfungspflicht über Verstöße gegen § 134 BGB hinausgeht, ist für den vorliegenden Fall nicht zu entscheiden.

§ 3 Gemeinschaftsordnung ist aber inhaltlich nicht zu beanstanden, daher wirksam und eintragungsfähig.

Daß den Eigentümern von Teileigentum gestattet wird, insoweit — nach Umbau, auf den noch einzugehen sein wird — ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer eine Zweckänderung dahingehend vorzunehmen, daß die Räume als Wohnungen benutzt werden, ist nicht zu beanstanden (BayObLG Rpfleger 1989, 325 [= MittBayNot 1989, 149 = DNotZ 1990, 42]). Der Fall liegt letztlich nicht anders, als wenn von vornherein in der Teilungserklärung eine beliebige Nutzung festgelegt wird.

Auswirkungen kann die hier gewählte Verfahrensweise lediglich insoweit haben, als die spätere Änderung des Teileigentums in Wohnungseigentum eine Änderung der Teilungserklärung, die einer Vereinbarung nach § 10 WEG gleichsteht (BayObLG, a. a. O.; BayObLGZ 1982, 1, 4, m. w. N. [= MittBayNot 1982, 72]; OLG Hamm OLGZ 1978, 10, 12; *Bärman/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl., § 10 Rdnr. 45; RGRK WEG 12. Aufl., § 10 Rdnr. 15) und daher mit Eintragung ins Grundbuch Inhalt eines jeden Sondereigentums wird (§ 5 Abs. 4 WEG), darstellt, also durch die Änderung das Sondereigentum auch der übrigen Wohnungseigentümer betroffen wird (BayObLG Rpfleger 1989, 325 m. w. N.).

Da aber die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer bei der Umwandlung von im Teileigentum stehenden Räumlichkeiten in Wohnungen in der Gemeinschaftsordnung gerade ausgeschlossen worden ist, liegt im vorliegenden Fall eine Berührung des Sondereigentums der anderen Wohnungseigentümer gerade nicht vor (BayObLG, a. a. O.). Ihre Rechtsposition ist schon bei Erwerb einer Eigentumseinheit von den Beteiligten zu 1) und 2) entsprechend ausgehöhlt, d. h. gem. §§ 5 Abs. 4, 8 WEG ist zum Inhalt ihres Sondereigentums von vornherein geworden, daß sie bei einer Zweckänderung durch einen anderen Eigentümer nicht zu beteiligen sind. Wird ihr Sondereigentum daher von der Zweckänderung eines anderen Eigentümers aus obigen Gründen nicht betroffen, ist es auch nicht zu beanstanden, wenn in § 3 der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist, daß die Änderung der Teilungserklärung durch den Eigentümer, der sein Teileigentum in Wohnungseigentum umgewandelt hat, allein vorgenommen werden kann. Im übrigen wäre es höchst unpraktikabel, wenn der einzelne Teileigentümer

zwar zur Nutzung seines Teileigentums als Wohnung ohne Zustimmung der anderen Eigentümer berechtigt, die Änderung der Teilungserklärung aber von der Zustimmung der anderen Eigentümer abhängig wäre.

Ebenso wie bei der vorliegenden Fallgestaltung bei einer Zweckänderung eine Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer mangels Eingriff in ihr Sondereigentum nicht erforderlich ist, bedarf es auch nicht der sonst nach §§ 877, 876 S. 1 BGB notwendigen Zustimmung von Gläubigern eines Rechts am Teil-/Wohnungseigentum der anderen Eigentümer. Denn die Zustimmung von Gläubigern ist nur erforderlich, wenn ihre dingliche Rechtsstellung durch die Änderung berührt wird (BayObLG, a. a. O.; OLG Zweibrücken Rpfleger 1986, 93). Wird aber durch die Zweckänderung das Sondereigentum der anderen Eigentümer nicht berührt, wie oben ausgeführt, können deren Gläubiger auch nicht davon betroffen werden, so daß der Ausschluß der Gläubiger bei der Änderung der Teilungserklärung nach Umwandlung des Teileigentums in Wohnungseigentum durch einen anderen Eigentümer in § 3 Gemeinschaftsordnung nicht zu beanstanden ist (BayObLG, a. a. O.).

Nicht zu beanstanden ist, daß der Inhaber von Teileigentum bauliche Veränderungen im Zusammenhang mit der Umwandlung zu Wohnungen auch am gemeinschaftlichen Eigentum ohne Zustimmung der anderen Eigentümer vornehmen darf. Dies verstößt zwar gegen § 22 Abs. 1 WEG. Diese Vorschrift ist aber abdingbar (BayObLG Rpfleger 1986, 217, 218 m. w. N. [= MittBayNot 1986, 79]; *Bärmann/Pick/Merle*, a. a. O., § 22 Rdnr. 14), so daß es zulässig und damit auch eintragungsfähig ist, zu vereinbaren, daß bestimmte bauliche Eingriffe am gemeinschaftlichen Eigentum ohne Zustimmung der anderen Eigentümer zulässig sein sollen (so ausdrücklich BayObLG, a. a. O. zu einem gleich gelagerten Fall; *Bärmann/Pick/Merle*, a. a. O.), wobei der Vereinbarung gem. § 15 Abs. 1 WEG — wie oben bereits ausgeführt — Regelungen in einer — auch nach § 18 WEG einseitig erstellten — Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung gleichstehen.

Dem stehen die von der Rechtspflegerin unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Kammergerichts in Rpfleger 1983, 20 ff. geäußerten Bedenken nicht entgegen. Unabhängig davon, ob es sich vorliegend bei dem Recht, Eingriffe in das gemeinschaftliche Eigentum vornehmen zu dürfen, tatsächlich um ein Sondernutzungsrecht handelt, greifen die vom Kammergericht geäußerten Bedenken schon deshalb nicht ein, weil im vorliegenden Fall konkret festgelegt ist, in welchem Zusammenhang — nämlich nur beim Umbau von Teileigentum zu Wohnungen — solche Eingriffe ohne Zustimmung zulässig sein sollten; dies betrifft insbesondere auch die zulässigen Eingriffe beim Umbau des Abstellraums im Dach in eine Wohnung.

Nach alledem ist die vom Grundbuchgericht beanstandete Regelung des § 3 der Gemeinschaftsordnung als wirksam und damit eintragungsfähig anzusehen, so daß die Zwischenverfügungen insoweit aufzuheben sind, als sie sich gegen die Eintragungsfähigkeit obiger Regelungen richten.

10. BGB §§ 2113, 2205, 2368; GBO §§ 19, 20, 22, 29, 51 (*Testamentsvollstreckung für die Vor- und Nacherben*)

1. Ein Testamentsvollstrecker unterliegt dann nicht den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 — 2115 BGB, wenn er zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist.
2. Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so kann die Verfügungsbefugnis oder die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen werden. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt.
3. Wird zugleich die Eintragung einer Auflassung und die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt, dann ist von einer stillschweigenden Bestimmung auszugehen, daß nur beide Eintragungen zusammen vorgenommen werden sollen.
4. Die Löschung des Nacherbenvermerks setzt, wenn sie nicht von den Nacherben und Ersatznacherben bewilligt wird, den Nachweis des endgültigen Erlöschens des Nacherbenrechts in der Form des § 29 Abs. 1 GBO voraus.

BayObLG, Beschluß vom 30. 1. 1991 — BReg. 2 Z 1/91 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Der 85-jährige Rentner F. ist als Eigentümer mehrerer Grundstücke im Grundbuch eingetragen; er hat sie von der am 4. 5. 1969 verstorbenen Landwirtin K. geerbt. Im Grundbuch ist weiter vermerkt, daß die Beteiligten zu 1 und 2 Nacherben je zur Hälfte sind (Kinder von ihnen sind jeweils zu Ersatznacherben berufen), daß die Nacherbfolge beim Tode des Vorerben eintritt und daß Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Zum Testamentsvollstrecker ist laut Zeugnis des Amtsgerichts vom 16. 7. 1969 der Beteiligte zu 1 ernannt. Er ist außerdem zum Pfleger für den Eigentümer F. mit dem Wirkungskreis „Vermögenssorge einschließlich Rentensachen sowie alle damit zusammenhängenden Angelegenheiten“ bestellt.

Laut notarieller Urkunde vom 4. 7. 1989 verkaufte F. eines der Grundstücke, einen Wald zu 3920 m<sup>2</sup>, für 15.680 DM an die Beteiligte zu 3. An der Beurkundung beteiligt war außer diesen der Beteiligte zu 1, der „nicht nur im eigenen Namen“, sondern auch als Testamentsvollstrecker und als Pfleger handelte. Die „Vertragsteile“ erklärten weiter die Auflassung und bewilligten und beantragten, diese in das Grundbuch einzutragen. In Abschnitt XI der Urkunde erteilte der Beteiligte zu 1 „zu diesem Vertrag“ seine Zustimmung „als Testamentsvollstrecker sowie höchstvorsorglich als Nacherbe“. Außerdem wurde hier die Löschung des Nacherbenvermerks und des Testamentsvollstreckervermerks bei Eintragung der Auflassung beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 8. 10. 1990 den Vollzug der Eintragungsanträge von der Zustimmung des Beteiligten zu 2 als weiterem Nacherben abhängig gemacht. Das Landgericht hat das dagegen gerichtete Rechtsmittel mit Beschluß vom 29. 11. 1990 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

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

1. Das Landgericht hat ausgeführt, ...
2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die beantragten Eintragungen einschließlich der Löschungen können nicht von der Zustimmung des Beteiligten zu 2 abhängig gemacht werden.
  - a) Die Auflassung, deren Wirksamkeit das Grundbuchamt nach § 20 GBO zu prüfen hat, ist auf Seiten der Veräußerer nicht vom Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker, son-

dem vom Vorerben, vertreten durch den Beteiligten zu 1 als Gebrechlichkeitspfleger, erklärt worden. Der Wortlaut der notariellen Urkunde ist insoweit nicht eindeutig; ein dahingehender Wille der am Vertragsschluß Beteiligten ergibt sich aber daraus, daß (Eingang der Urkunde) der Beteiligte zu 1 auch „als Pfleger“ gehandelt hat, daß (Abschnitt II) dieser als Verkäufer bezeichnet wird und (Abschnitt III) „die Vertragsteile“ die Auflassung erklärt haben. Es läßt sich weiter daraus schließen, daß (Abschnitt XII) die Vertragsteile nach Hinweis durch den Urkundsnotar die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu dem Vertrag beantragt haben; dies ergäbe keinen Sinn, wenn der Beteiligte zu 1 im eigenen Namen als Testamentsvollstrecker gehandelt hätte, denn der Testamentsvollstrecker bedarf, wenn der Erbe minderjährig ist oder unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (OLG Hamburg DNotZ 1983, 381; *Palandt/Edenhofer* BGB 50. Aufl. § 2205 Rdnr. 28).

Auf Grund des vom Nachlaßgericht erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses ist im Grundbuchverfahren davon auszugehen, daß dem Beteiligten zu 1 die Verwaltung aller Nachlaßgegenstände zusteht und daß er nicht etwa in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt ist (§ 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. dazu im einzelnen unten Abschnitt 2 c (3) und (4)). Nach § 2211 Abs. 1 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen; die Verfügung ist unwirksam. Die vom Vorerben erklärte Auflassung ist hier aber gemäß § 185 Abs. 1 BGB wirksam, da ihr der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker in Abschnitt XI der notariellen Urkunde zugestimmt hat (*Palandt* § 2211 Rdnr. 3; BGB-RGRK/*Kregel* 12. Aufl. § 2211 Rdnr. 3 m. w. N.). Der Beteiligte zu 1 war an der Zustimmung nicht dadurch gemäß § 1915 Abs. 1, §§ 1795, 181 BGB gehindert, daß er zugleich Pfleger des Vorerben ist. Denn gemäß § 182 Abs. 1 BGB konnte er die Einwilligung in die Auflassung den Beteiligten zu 3 gegenüber wirksam erklären (vgl. BayObLG „Das Recht“ 1912 Nr. 1136; OLG Hamm NJW 1965, 1489/1490 m. w. N.).

b) Das Landgericht nimmt an, daß die Zustimmung des Beteiligten zu 2 als Nacherbe für die Eintragung der Auflassung erforderlich sei. Dies trifft aber schon deshalb nicht zu, weil auch für den grundbuchmäßigen Vollzug einer Verfügung, die der Vorerbe selbst getroffen hat, die Zustimmung oder Bewilligung des Nacherben nicht nötig ist, wenn nur dessen Recht im Grundbuch vermerkt ist. Denn die Anordnung der Nacherbfolge führt nicht zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Vorerben; dies zeigt der Vergleich von § 2113 Abs. 1 BGB mit § 2211 Abs. 1 (Rechtsstellung des Erben bei Ernennung eines Testamentsvollstreckers) oder § 1984 Abs. 1 Satz 1 BGB (Anordnung der Nachlaßverwaltung). Der Nacherbe ist durch den Vermerk gemäß § 51 GBO vor einem Rechtsverlust geschützt. Wenn die Verfügung des Vorerben ohne weiteres im Grundbuch vollzogen werden kann, gilt das Gleiche für eine Verfügung des Testamentsvollstreckers, es sei denn, daß es sich um eine unentgeltliche Verfügung handelt (§ 2205 Satz 2, Satz 3 BGB).

Die Beteiligten haben aber zugleich die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Es ist von der stillschweigenden Bestimmung der Antragsteller auszugehen, daß die Übertragung des Eigentums nur eingetragen werden soll, wenn zugleich der Nacherbenvermerk und der Testamentsvollstreckervermerk gelöscht werden (§ 16 Abs. 2 GBO). Denn die Beteiligten haben ein Interesse daran, daß das Grundstück von den Beteiligten zu 3 endgültig erworben wird und

sie bei Eintritt des Nacherbfalls keinen Ansprüchen der Nacherben ausgesetzt sind (vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 107/108 [= *MittBayNot* 1980, 77])

c) Der Nacherbenvermerk kann ebenso wie der Testamentsvollstreckervermerk ohne Bewilligung des Beteiligten zu 2 gelöscht werden; damit steht auch der Eintragung der Auflassung nichts im Wege.

(1) Vor Eintritt der Nacherbfolge kann der Nacherbenvermerk ohne Bewilligung der Nacherben und der Ersatznacherben (vgl. *Horber/Demharter* GBO 18. Aufl. § 51 Anm. 13 m. w. N.) nach § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden, wenn er der Rechtslage nicht mehr entspricht und dies in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der materiellen Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn die Verfügung über den Erbschaftsgegenstand auch ohne Zustimmung der Nacherben endgültig wirksam ist (BayObLGZ 1974, 312/314 [= DNotZ 1975, 417]; BayObLG Rpfleger 1988, 525 [= DNotZ 1989, 182]; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 107/108; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312; *Horber/Demharter* Anm. 15c, *KEHE/Eickmann* Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 28, jeweils zu § 51).

(2) Die Auflassung des Grundstücks bleibt auch bei Eintritt der Nacherbfolge endgültig wirksam; § 2113 BGB ist darauf infolge der Zustimmung des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker nicht anzuwenden.

Es ist im einzelnen streitig, ob und wie sich die in den §§ 2113 bis 2115 BGB ausgesprochenen Beschränkungen der Rechtsstellung des Vorerben auf die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers auswirken. Einhellig vertreten jedoch Rechtsprechung und Literatur die Meinung, daß sie die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers dann nicht einschränken, wenn er zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist, seine Rechte also zeitlich nicht auf die Dauer der Vorerbschaft begrenzt sind. In diesem Fall ist allein § 2205 Satz 2, Satz 3 BGB einschlägig (BGHZ 40, 115/119 m. w. N.; BayObLG *MittBayNot* 1983, 229/230; BayObLGZ 1986, 208/213 [= *MittBayNot* 1986, 266]; OLG Stuttgart BWNNotZ 1980, 92; *Palandt/Edenhofer* Rdnr. 28, BGB-RGRK/*Kregel* Rdnr. 19, *Erman/Hense/Schmidt* BGB 8. Aufl. Rdnr. 17, MünchKommB/*Brandner* BGB 2. Aufl. Rdnr. 55, *Soergel/Damrau* BGB 11. Aufl. Rdnr. 48, *Staudinger/Reimann* BGB 12. Aufl. Rdnr. 60, jeweils zu § 2205; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 3433; *von Lübtow* Erbrecht Bd. 2 S. 892; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. S. 490, *Brox* Erbrecht 10. Aufl. Rdnr. 389; *Kipp/Going* Erbrecht 14. Aufl. S. 390; a. A. *Greiser* DFG 1936, 245/247 und wohl auch *Knecht* DNotZ 1940, 269 ff.).

(3) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist hier davon auszugehen, daß die angeordnete Testamentsvollstreckung zeitlich nicht auf die Dauer der Vorerbschaft begrenzt ist.

Durch das Zeugnis des Nachlaßgerichts vom 16. 7. 1989 wird ausgewiesen, daß der Beteiligte zu 1 zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Das Zeugnis ist weder eingezogen noch bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, daß es nach § 2368 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB kraftlos geworden ist. Es weist sonach mit der Vermutungswirkung der §§ 2365, 2368 Abs. 3 BGB aus, daß die Testamentsvollstreckung einheitlich für die Vor- und Nacherbschaft angeordnet (BayObLGZ 1959, 128/132 f.) und daß der Testamentsvollstrecker in der Verwal-

tung des Nachlasses und damit in der Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht beschränkt ist. Denn solche Beschränkungen hätten, ebenso wie eine zeitliche Begrenzung der Testamentsvollstreckung, gemäß § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB im Zeugnis angegeben werden müssen (vgl. KG OLGE 40, 158; KG NJW 1964, 1905; BGB-RGRK/Kregel Rdnr. 3, *Erman/Schlüter* Rdnr. 3, *Staudinger/Firsching* Rdnr. 20, jeweils zu § 2368). Da solche Angaben fehlen, wird vermutet, daß dem Testamentsvollstrecker die gesetzlich bestimmten Befugnisse zustehen.

(4) Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so wird die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Grundbucheintragungsverfahren allein durch das Zeugnis nachgewiesen; auch Beschränkungen des Testamentsvollstreckers gegenüber der gesetzlich eingeräumten Verfügungsbefugnis können sich wegen § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB nur aus dem Zeugnis ergeben. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügungen von Todes wegen ist das Grundbuchamt entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht berechtigt (siehe im einzelnen BayObLGZ 1990, 82/86 f. = MittBayNot 1990, 253/255 m. w. N.). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Grundbuchamt neue, vom Nachlaßgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die Unrichtigkeit des Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses in irgendeinem Punkt erweisen und daher die Einziehung erwarten lassen (BayObLG a. a. O.). Diese Ausnahme ist hier nicht gegeben.

d) Die Zustimmung des Beteiligten zu 2 ist allerdings wegen § 2205 Satz 3 BGB nur dann entbehrlich, wenn die Veräußerung des Grundstücks eine entgeltliche Verfügung ist; sonst wäre jedenfalls für die Löschung des Nacherbenvermerks die Zustimmung aller Nacherben nachzuweisen (vgl. BGHZ 57, 84/94; BayObLG MittBayNot 1989, 163; LG Oldenburg Rpfleger 1985, 197; *Erman/Hense/Schmidt* § 2205 Rdnr. 13). Ob die Veräußerung entgeltlich war, d. h. ob ihr eine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstand, hat das Grundbuchamt ohne Bindung an die Beweisvorschrift des § 29 Abs. 1 GBO an Hand aller Umstände frei zu würdigen (vgl. im einzelnen *Horber/Demharter* § 52 Anm. 11c m. w. N.). An der Entgeltlichkeit der Verfügung bestehen bei Berücksichtigung von Lage, Größe und Wirtschaftsart des Grundstücks keine vernünftigen Zweifel, zumal das Vormundschaftsgericht den Verkauf und damit auch die Übereignung des Grundstücks genehmigt hat.

11. BGB §§ 2353 ff.; EGBGB Art. 236 § 1; § 25 RAG-DDR (*Erb-schein für in der ehemaligen DDR belegenen Grundbesitz*)

**Seit dem 3. 10. 1990 kann in Bezug auf in der ehemaligen DDR belegenen Grundbesitz das Erbrecht nach einem in der Zeit zwischen dem 1. 1. 1976 und dem 2. 10. 1990 in der bisherigen Bundesrepublik verstorbenen Erblasser durch einen besonderen Erbschein nachgewiesen werden. Diesen erteilt das nach dem Wohnort des Erblassers zuständige Nachlaßgericht.**

LG München I, Beschluß vom 11. 3. 1991 — 16 T 24406/90 — mitgeteilt von Notar *Dr. Manfred Asam*, München (*Leitsatz nicht amtlich*)

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die am 27. 6. 1980 in München, ihrem letzten Wohnsitz, verstorbene Erblasserin ist unbestritten von ihren beiden Töchtern, den Beteiligten zu 1) und 2) zu je 1/2 beerbt worden. Erbschein wurde am 24. 8. 1981 erteilt. Zum Nachlaß gehört ein in der ehemaligen DDR gelegenes Grundstück.

Mit notarieller Urkunde von Notar Dr. A. vom 24. 10. 1990 hat die Beteiligte zu 1) Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, beschränkt auf das in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik befindliche unbewegliche Vermögen der Erblasserin, dergestalt, daß die am 27. 6. 1980 in München verstorbene Erblasserin von ihren Töchtern (Bet. zu 1) und 2)) aufgrund Gesetzes (ZGB) zu je 1/2 beerbt worden ist.

Diesen Antrag hat das Amtsgerichts München mit Beschluß vom 23. 11. 1990 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1), eingelegt von Notar Dr. A. am 10./11. 12. 1990. Zur Begründung wird auf ein Schreiben des Bundesjustizministers vom 25. 9. 1990 Bezug genommen.

Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist zulässig gem. §§ 19, 20, 21 FGG.

Sie ist auch in der Sache begründet. Der angegriffene Beschluß war aufzuheben. Der beantragte, beschränkte Erbschein ist zu erteilen und mit dem eingangs aufgeführten Zusatz zu versehen.

Die Kammer teilt die Auffassung, die in den Ausführungen des Bundesministers der Justiz im Schreiben vom 25. 09. 1990 — Aktenzeichen I A 5 — 3804/1 — 13 1321/90 — enthalten ist und sich mit der hier vorliegenden Problematik befaßt. Dies bedeutet im einzelnen:

Mit Inkrafttreten des RAG und des ZGB der ehemaligen DDR hatte sich zum 1. 1. 1976 (§ 1 EGZGB) die bis dahin geltende Regelung, daß Erbscheine der BRD auch in der DDR verwandt werden konnten, geändert.

§ 25 RAG brachte eine Nachlaßspaltung. Danach bestimmten sich die erbrechtlichen Verhältnisse grundsätzlich nach dem Heimatrecht des Erblassers, wobei zwischen einer Staatsbürgerschaft der DDR und einer solchen der BRD unterschieden wurde. Das Erbrecht in Bezug auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der DDR befinden, unterlag dem Recht der DDR. Demzufolge mußte jeder Erbe eines in der BRD Verstorbenen, auch wenn er in der BRD bereits einen allgemeinen Erbschein erlangt hatte, zum Nachweis der Rechtsnachfolge von Todes wegen in unbewegliches Vermögen in der DDR einen gegenständlich beschränkten Erbschein der DDR — erteilt durch das zuständige staatliche DDR-Notariat (§§ 413, 414 ZGB) — vorlegen.

Nach Art. 236 § 1 EGBGB in der Fassung des Einigungsvertrages bleibt das bisherige internationale Privatrecht auf Vorgänge anwendbar, die vor dem Wirksamwerden des Beitritts am 3. 10. 1990 (Art. 1 Einigungsvertrag) abgeschlossen sind. Diese Regelung muß entsprechend für das deutsche Kollisionsrecht gelten. Die in § 25 RAG vorgesehene Nachlaßspaltung bleibt damit weiterhin bestehen. Sie wird auch vom deutschen Kollisionsrecht hingenommen (Art. 3 Abs. 3 EGBGB).

Das danach anwendbare Recht ist — jedenfalls soweit Grundbesitz in der bisherigen DDR betroffen ist — nach Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB in der Fassung des Einigungsvertrages das bisherige DDR-Erbrecht, falls der Erblasser — wie hier — vor dem Wirksamwerden des Beitritts gestorben ist. Die Erben benötigen deshalb für den Nachweis der

Rechtsnachfolge von Todes wegen an Grundstücken in der bisherigen DDR einen gegenständlich beschränkten Erbschein.

Diesen hat jetzt — nach dem Beitritt — das örtlich zuständige Nachlaßgericht (§ 73 FGG) zu erteilen, wobei sich die Zuständigkeit nach dem Wohnsitz des Erblassers bestimmt; (Art. 8 Einigungsvertrag).

Zwar konnte vor dem Beitritt ein bundesdeutsches Nachlaßgericht einen Erbschein für Grundstücke in der DDR nicht erteilen, weil es für Nachlaßvermögen außerhalb des Bundesgebietes nicht zuständig war, falls für dieses ein anderes Erbrecht als das BGB galt. Diese Einschränkung entfällt aber mit Herstellung der deutschen Einheit. Ist ein Erblasser in der bisherigen BRD verstorben, so bestimmt sich die Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes nach dem Beitritt einheitlich für das gesamte Staatsgebiet nach § 73 FGG, auch wenn ein Teil des Nachlasses einem anderen Erbrecht als dem des BGB (dem der ehemaligen DDR nämlich) unterstellt bleibt. Bedenken dagegen, daß in der Zuständigkeitsfrage mit Erstreckung des FGG auf das Gebiet der ehemaligen DDR eine dort früher begründete ausschließliche Zuständigkeit abgeändert oder beseitigt wird, bestehen nicht, auch wenn insoweit eine ausdrückliche Regelung für „Übergangsfälle“ fehlt.

Nachdem der für Erteilung eines Erbscheines erforderliche Antrag bei Gericht eingereicht ist, wobei der Antrag eines Miterben ausreicht (§§ 2353, 2357 Abs. 1, 2369 [entsprechend] BGB; vgl. *Palandt* § 2353 Rdnr. 16) und im übrigen auch Bedenken in materiell rechtlicher Hinsicht nicht bestehen, weil die Beteiligten zu 1) und 2) auch nach DDR-Recht (§ 365 Abs. 1 ZGB) Erben zu je 1/2 sind, war das Amtsgericht München unter Aufhebung der Entscheidung vom 23. 11. 1990 anzuweisen, den mit notarieller Urkunde vom 24. 10. 1990 beantragten beschränkten Erbschein zu erteilen.

Zwar wäre grundsätzlich ein Erbschein denkbar, der einerseits allgemein das Erbrecht in der BRD nach BGB bescheinigt und der darüber hinaus den Zusatz enthält, daß sich der Erbschein auch auf das in der ehemaligen DDR befindliche unbewegliche Vermögen der Erblasserin in Anwendung des ZGB der ehemaligen DDR erstreckt; (gem. §§ 2353, 2369 [entsprechend] BGB). Es stößt nicht auf Bedenken, beide Erbscheine als Doppelerbschein in einer Urkunde zusammenzufassen; (vgl. *Palandt* § 2369 Rdnr. 9). Dieser Weg kann aber nicht über Berichtigung oder Ergänzung des vorliegenden Erbscheines erreicht werden; denn zulässig wären solche Zusätze nur zur Beseitigung von offenbaren Unrichtigkeiten (z. B. Schreibfehler, unerhebliche Falschbezeichnung) oder von unzulässigen bzw. überflüssigen Zusätzen: wenn dies den sachlichen Inhalt des Erbscheins unberührt läßt. Solch ein Fall liegt nicht vor, wenn der unbeschränkte Erbschein um einen beschränkten Erbschein erweitert wird; (vgl. *Palandt* § 2361 Rdnr. 2, § 2353 Rdnr. 29).

Mit Erteilung des neuen, beschränkten Erbscheins muß der vorhandene vom 24. 08. 1981 nicht als unrichtig eingezogen werden gem. § 2361 BGB; dieser ist entsprechend dem 1981 und auch heute gültigen Recht erstellt. Er wird durch den zusätzlich erteilten, beschränkten Erbschein, der auf dem Recht der früheren DDR beruht, nicht unrichtig. Allerdings ist zur Klarstellung im neuen Erbschein ein Hinweis auf den bereits vorhandenen aufzunehmen.

Diese Regelung erscheint im Interesse der Beteiligten in den besonderen, auf der deutschen Einigung beruhenden Fällen, orientiert an den Bedürfnissen der Praxis der rechtlich gangbare Weg.

B.

## Handelsrecht einschließlich Registerrecht

12. GmbHG §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 1, 19 Abs. 5, 5 Abs. 4; AktG 1965 § 37 Abs. 1 Satz 4 (*Kapitalerhöhung nach dem „Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren“ bei der GmbH*)

1. Bei der GmbH ist eine Kapitalerhöhung im Wege des „Ausschüttungs-Rückhol-Verfahrens“ nur unter Beachtung der Sacheinlagevorschriften möglich.
2. An einer Leistung der geschuldeten Bareinlage zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer fehlt es nicht nur bei Scheinzahlungen, sondern u. a. auch dann, wenn der Einleger der GmbH das einzulegende (Bar- oder Buch-)Geld absprachegemäß nur vorübergehend mit der Maßgabe zur Verfügung stellt, es ihm umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen. Eine gleichwohl abgegebene Versicherung dieses Inhalts (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) ist unrichtig. Das gleiche gilt von einer entsprechenden Bestätigung der mit der Abwicklung beider Vorgänge betrauten Bank.
3. Die Bank, die in Kenntnis der Tatsache, daß die angelegte Bareinlage bereits an den Einleger zurücküberwiesen ist oder absprachegemäß demnächst zurücküberwiesen werden wird, den Geschäftsführern der GmbH zur Vorlage beim Handelsregister eine Bestätigung ausstellt, wonach die Bareinlage geleistet sei und zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer stehe, haftet der Gesellschaft für die ausstehende Bareinlage in entsprechender Anwendung des § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG.

BGH, Urteil vom 18. 2. 1991 — II ZR 104/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der F. GmbH (Gemeinschuldnerin), die Beklagte deren Hausbank.

Am 17. 6. 1985 hielten die damaligen Gesellschafter der Gemeinschuldnerin Dr. J., Fr. G., P. S. und K. U. eine Gesellschafterversammlung ab, auf der sie u. a. beschlossen, die an die Gesellschafter ausgeschüttete Bardividende im sog. Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren zur Hingabe eines verzinslichen Darlehens an die Gesellschaft zu verwenden. Zugleich beauftragten sie die Geschäftsführer Dr. J. und Fr. G., auf den 1. 7. 1985 eine weitere Gesellschafterversammlung zum Zwecke der Beurkundung einer Stammkapitalerhöhung aus Gesellschaftermitteln von bisher 400.000,— DM auf 4.000.000,— DM einzuberufen. Die dabei von den Gesellschaftern zu leistenden Einlagen sollten in der Weise aufgebracht werden, daß „die den Gesellschaftern aus Darlehens- und Gewinnansprüchen zuzurechnenden Beträge durch Überweisung ausbezahlt und anschließend zur Verwendung als Einzahlung auf Stammkapital auf das Konto der Gesellschaft überwiesen“ werden sollten. Der Gesellschafter U. erhielt zur Aufbringung seines Anteils von der Gemeinschuldnerin ein Darlehen in Höhe von 544.000,— DM. Weitere 140.000,— DM sollte er in bar durch Überweisung auf das Gesellschaftskonto erbringen. Zusätzlich wurde vereinbart, den Sohn der Gesellschafterin P. S., St. S., unter Verringerung des neuen Anteils seiner Mutter (von 940.000,— DM) auf 840.000,— DM zur Übernahme eines eigenen Anteils von 240.000,— DM zuzulassen. Zugleich wurde Frau S. zur teilweisen Aufbringung des von ihr zu übernehmenden Anteils von der Gemeinschuldnerin ein Darlehen über 140.000,— DM gewährt. Bei der am 1. 7. 1985 wie vereinbart beschlossenen Stammkapitalerhöhung wurden die Gesellschafter Dr. J. und Fr. G. mit je 918.000,— DM, P. S. mit 840.000,— DM, St. S. mit 240.000,— DM und K. U. mit 684.000,— DM zur Übernahme der neuen Stammeinlagen, die gemäß Ziffer 3 der notariell beurkundeten Niederschrift vor der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister in voller Höhe in bar zu erbringen waren, zugelassen.

Zum Zwecke der Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung beauftragten die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin die Beklagte, zu Lasten des Gesellschaftskontos folgende Überweisungen auf die Privatkonten der Gesellschafter auszuführen: zugunsten von Fr. G. und Dr. J. je 918.000,— DM (Verwendungszweck jeweils „Rückzahlung Darlehen“); zugunsten von P. S. 140.000,— DM (Verwendungszweck „Darlehen neu“) und 940.000,— DM (Verwendungszweck „Rückzahlung Darlehen“); zugunsten von K. U. 544.000,— DM (Verwendungszweck „Darlehen neu“). Zum Zeitpunkt der Einreichung der auch von diesem Tage datierenden Überweisungsträger am 28. 6. 1985 wies das Konto der späteren Gemeinschuldnerin bei der Beklagten einen Sollstand von 4,08 Mio. DM bei einer Kreditlinie von 4,5 Mio. DM aus. Die Überweisungen sind von der Beklagten an diesem Tage nicht ausgeführt worden. Zur Ausführung kamen dagegen vom 1. 7. 1985 datierende Überweisungsaufträge der Gesellschafter P. und St. S. über 840.000,— DM und 240.000,— DM sowie Fr. G. und Dr. J. über je 918.000,— DM zugunsten des Kontos der Gemeinschuldnerin. Die Überweisungsaufträge enthalten sämtlich den Verwendungszweck „Einzahlung auf Stammkapital“. Die Beklagte führte diese Aufträge der Gemeinschuldnerin und der Gesellschafter unter Einschluß eines schon vom 28. 6. datierenden Überweisungsbeleges des Gesellschafters K. U. über 684.000,— DM am 2. 7. 1985 absprachegemäß dergestalt aus, daß sie zunächst der Gemeinschuldnerin die Einzahlungen der Gesellschafter auf das Stammkapital gutschrieb und sodann im Wege der sog. Schnellüberweisung die in den Überweisungsaufträgen der Gemeinschuldnerin vom 28. 6. 1985 genannten Beträge wieder abbuchte und den Privatkonten der Gesellschafter gutbrachte. Diese Gesellschafterkonten sind identisch mit denjenigen, von denen die Gesellschafter vorher ihre Stammeinlagen überwiesen hatten. Vor Ausführung der Überweisungen wies das Konto der späteren Gemeinschuldnerin einen Sollstand von 4.082.583,43 DM, danach von 3.942.583,43 DM aus. Der Wertzuwachs von 140.000,— DM beruht auf der Zahlung des Gesellschafters U. in dieser Höhe.

Mit Datum ebenfalls vom 2. 7. 1985 stellte die Beklagte der Geschäftsleitung der Gemeinschuldnerin ein Schreiben aus, in dem sie ihr „zur Vorlage beim Registergericht“ unter Einzelnennung der Gesellschafter und der von ihnen eingezahlten Beträge bestätigte, daß die Gesellschafter ihre Einlagen auf das Stammkapital geleistet hätten und die genannten Beträge „zu Ihrer freien Verfügung“ stünden. Das Bestätigungsschreiben ist von zwei leitenden Angestellten der Beklagten mit Zeichnungsbefugnis unterschrieben. Am 3. 7. 1985 meldeten die Geschäftsführer der Gesellschaft, die Kapitalerhöhung zum Handelsregister an. Dabei versicherten sie, daß die — erneut einzeln aufgeführten — Stammeinlagen erbracht seien und zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung stünden. Das Bestätigungsschreiben der Beklagten wurde über den von der Gemeinschuldnerin eingeschalteten Notar zum Nachweis für die erfolgte Durchführung der Kapitalerhöhung dem Registergericht vorgelegt, die daraufhin am 29. 7. 1985 in das Handelsregister eingetragen wurde. Am 24. 2. 1987 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Der Kläger begehrt von der Beklagten im Wege der Teilklage die Zahlung eines Betrages von 780.000,— DM nebst Zinsen. Er ist der Ansicht, die Beklagte habe der Gemeinschuldnerin für den unter Berücksichtigung späterer Zahlungen einzelner Gesellschafter noch verbleibenden Fehlbetrag von insgesamt 2.776.000,— DM aus dem Gesichtspunkt unrichtiger Bestätigung der Bareinzahlung gegenüber dem Registergericht einzustehen. Bei dem gewählten Vorgehen, das auf einen reinen „Zahlendreher“ ohne wirtschaftliche Auswirkungen hinauslaufe, seien der Gesellschaft keinerlei zusätzliche Mittel zugeflossen. Entsprechend habe bei den Gesellschaftern kein Abfluß solcher Mittel stattgefunden. Das rein formale Hin- und Herzahlen sei als unstatthafte Umgehung des gesetzlichen Aufrechnungsverbot zu werten. Die Beklagte, die Abweisung der Klage beantragt hat, ist der Ansicht, ihr Bestätigungsschreiben sei nicht unrichtig gewesen. Da zwei getrennte Überweisungsvorgänge stattgefunden hätten, liege keine Aufrechnung vor. Davon abgesehen habe im vorliegenden Fall kein Aufrechnungsverbot gegolten, weil die Ausschüttungsansprüche der Gesellschafter vollwertig gewesen seien. Außerdem gebe es keine Anspruchsgrundlage, aus der sich eine Haftung für die von ihr ausgestellte Bestätigung herleiten lasse. Hilfsweise hat die Beklagte die Aufrechnung mit ihren zur Konkurstabelle angemeldeten Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin erklärt.

Die Klage hatte vor dem Berufungsgericht Erfolg. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des klageabweisenden landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

Die Revision bleibt ohne Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat die am 2. 7. 1985 zu Lasten der Privatkonten der Gesellschafter Dr. J., Fr. G. und P. S. erfolgte Gutschrift auf dem Konto der Gemeinschuldnerin rechtlich zutreffend nicht als wirksame Erfüllung der von diesen Gesellschaftern sowie St. S. übernommenen Bareinlagepflichten, sondern als unwirksame Umgehung der gesetzlichen Sacheinlagevorschriften (§ 5 Abs. 4, § 56 Abs. 2 GmbHG) bewertet, weil die der Gemeinschuldnerin gutgeschriebenen Beträge bei wirtschaftlicher Sichtweise noch am selben Tage durch Überweisung entsprechender Summen auf die Privatkonten der einzahlenden Gesellschafter als Rückzahlung der von ihnen der Gesellschaft gewährten Darlehen zurückgeflossen sind.

Zwar verbietet § 19 Abs. 5 GmbHG nach seinem Wortlaut nur die Auf- oder Verrechnung der Bareinlageschuld des Gesellschafters mit einer Gegenforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aus der Überlassung von Gegenständen. Dies stünde einer Wirksamkeit der von den Gesellschaftern vorgenommenen Überweisungen nicht entgegen, weil ihre im Gegenzuge getilgten Forderungen nicht auf Sachüberlassung, sondern auf Darlehen beruhten, bei dem Gegenleistung für die Überlassung der Valuta nicht deren Rückzahlung, sondern die vereinbarten Zinsen sind, und überdies die Tilgung der beiderseitigen Forderungen nicht durch Auf- oder Verrechnung, sondern durch Hin- und Herzahlen entsprechender Geldbeträge geschehen ist.

Es ist jedoch nahezu allgemein anerkannt, daß § 19 Abs. 5 GmbHG über seinen Wortlaut hinaus als — wenn auch in Tatbestand und Rechtsfolge unvollkommener — Ausdruck des das Kapitalaufbringungsrecht der Körperschaften mit beschränktem Haftungsfonds beherrschenden Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung und des aus ihm folgenden Verbots verdeckter Sacheinlagen zu verstehen ist (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 144 und 7. Aufl. § 19 Rdnr. 47; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG 7. Aufl. § 19 Rdnr. 97 und 108 ff.; *Meyer-Landrut/Miller*, GmbHG § 19 Rdnr. 38, 39, alle m. w. N.). Danach sind von den Gründern der Gesellschaft oder den Zeichnern einer Kapitalerhöhung übernommene Einlageverpflichtungen unverkürzt und in der Form zu erfüllen, wie sie der Gesellschaft zugesagt und in der Satzung oder im Kapitalerhöhungsbeschluß verlaublich sind. Dies geschieht regelmäßig durch Einzahlung eines dem Nennwert der versprochenen Einlage entsprechenden Geldbetrages (Bareinlage). Sollen Einlagen gemacht werden, die nicht in Geld, sondern anderen Vermögenswerten bestehen (Sacheinlagen), so bedarf dies der förmlichen Festsetzung im Gesellschaftsvertrag oder im Kapitalerhöhungsbeschluß (§§ 5 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG). Diese Grundsätze liefen leer, wenn es den Gesellschaftern gestattet wäre, ihrer Bareinlagepflicht nachträglich auch durch Leistung eines anderen Vermögenswertes anstelle des versprochenen (Bar- oder Buch-) Geldes zu genügen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Ersetzung der geschuldeten Bareinlage durch einen anderen Gegenstand unmittelbar dadurch geschieht, daß dieser an Erfüllung Statt hingegeben wird, oder ob derselbe Erfolg mittelbar mit Hilfe einer Aufrechnung oder einer anderen ihr wirtschaftlich gleichkommenden Technik herbeigeführt wird. Es entspricht deshalb nahezu allgemeiner Ansicht, daß der Zweck des in § 19 Abs. 5 GmbHG enthaltenen Rechtsgedankens die sinngemäße Anwendung dieser Vorschrift über ihren Wort-

laut hinaus grundsätzlich auch auf solche Forderungen gebietet, die nicht im engeren Sinne Vergütungsansprüche für die Überlassung von Vermögensgegenständen sind. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betreffende Forderung zeitlich vor der Einlagepflicht entstanden ist (*Scholz/Uwe H. Schneider* a. a. O. § 19 Rdnr. 97 ff., 108 ff. sowie *Scholz/Priester* a. a. O. § 56 Rdnr. 41; *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 19 Rdnr. 56 ff.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 12. Aufl. § 19 Rdnr. 26 ff.; *Hueck* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 19 Rdnr. 27, 28; *Meyer-Landrut/Miller* a. a. O. § 19 Rdnr. 32, 39). Solche Forderungen können nur als Sach-, nicht als Bareinlage eingebracht werden. Dieser Regel unterliegen, wie der Senat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 15. 1. 1990 (— II ZR 164/88, WM 1990, 222 = ZIP 1990, 156; zum Abdruck in BGHZ 110, 47 vorgesehen) für die Aktiengesellschaft mit eingehender Begründung dargelegt hat, auch Darlehensforderungen, weil der durch Verlautbarung einer Barkapitalerhöhung entstehende Eindruck der Zuführung neuen liquiden Kapitals vermieden und offengelegt werden soll, daß lediglich ein Umschichtungsprozeß in Gestalt der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital stattfindet. Außerdem soll die Vollwertigkeit der eingebrachten Forderung einer präventiven Kontrolle zugänglich gemacht werden. Für die GmbH gilt, auch wenn die Kontrolle der Kapitalaufbringung hier nicht die gleiche Intensität wie im Aktienrecht hat (vgl. dazu §§ 5 Abs. 4 S. 2, 57 Abs. 3 Nr. 3 GmbHG), im Ergebnis nichts anderes. Auch bei ihr hat das Registergericht u. a. zu prüfen, ob Sacheinlagen angemessen bewertet sind (§§ 57 a, 9 c GmbHG). Überdies hat die Bekanntmachung der Eintragung der Kapitalerhöhung die bei einer Sacheinlage erforderlichen Festsetzungen zu enthalten oder auf sie Bezug zu nehmen, § 57 b GmbHG. Die Einhaltung dieser Prüfungs- und Publizitätserfordernisse ist überall dort unverzichtbar, wo die Einlage im wirtschaftlichen Ergebnis durch eine andere Leistung als durch eine Barzahlung aufgebracht werden soll.

Der Weg der Sachkapitalerhöhung muß aus den genannten Gründen auch dann gewählt werden, wenn für die Kapitalerhöhung nicht eine Darlehensforderung, sondern ein vorübergehend stehengelassener Gewinnausschüttungsanspruch des Gesellschafters im Wege des sog. Ausschüttungs-Rückholverfahrens verwendet werden soll (h. M.; vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 56 Rdnr. 45; *Scholz/Priester* a. a. O. § 55 Rdnr. 12 sowie § 56 Rdnr. 39 u. 47; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 56 Rdnr. 5 u. 9; *Hueck u. Zöllner* in *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 29 Rdnr. 67 u. § 55 Rdnr. 32; ebenso mit ausführlicher Begründung OLG Köln ZIP 1990, 717; a. A. *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 19 Anm. 6.4; eher kritisch auch *Crezelius* EWiR § 19 GmbHG 3/90, 693 f.). Die Tatsache, daß dieser Anspruch auf einem Gewinnverwendungsbeschuß der Gesellschafterversammlung (§ 29 GmbHG) und einem von ihr vorher festgestellten Jahresabschluß (§ 42, 42 a GmbHG) beruht, vermag — auch wenn dabei ebenfalls vielfach ein Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer hinzugezogen werden wird — weder die präventive Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht als dazu berufene unabhängige Institution noch die mit der Anwendung der Sacheinlagebestimmungen verbundene Offenlegung des Mittelaufbringungsverfahrens vollständig zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall sind die für die Kapitalerhöhung verwendeten Gesellschafterforderungen bereits mit dem Gewinnverwendungsbeschuß vom 17. 6. 1985 und dem gleichzeitig gefaßten Beschuß, die auszuschüttenden Beträge nicht zu entnehmen, sondern der Gesellschaft vor-

übergehend als Darlehen zur Verfügung zu stellen, entstanden. Sie bestanden damit bereits im Zeitpunkt der Begründung der Einlagepflicht. Infolgedessen hätten die Gesellschafter ihre gegen die Gemeinschuldnerin gerichteten Gewinnausschüttungsansprüche mit oder ohne vorherige Umwandlung in Darlehensforderungen nur unter Einhaltung der förmlichen Regeln über Sacheinlagen in haftendes Kapital umwandeln können. Da dies nicht geschehen ist, wäre eine Aufrechnung mit diesen Forderungen gegen die in der Folge begründete Bareinlagepflicht aus der Kapitalerhöhung nach § 19 Abs. 5 GmbHG auch dann unzulässig gewesen, wenn die Gegenforderungen vollwertig waren und die Aufrechnung von der Gesellschaft erklärt worden wäre.

Dieser rechtliche Befund schließt auch das von den Beteiligten gewählte Verfahren aus, unter Vermeidung einer förmlichen Auf- oder Verrechnung den als Bareinlage geschuldeten Betrag zunächst einzuzahlen und umgehend zur Tilgung der Forderungen der Einleger an diese zurückzuzahlen. Denn im wirtschaftlichen Ergebnis erhält die Gesellschaft auch durch ein solches Hin- und Herzahlen von ihrem Einleger nicht anders als bei der Aufrechnung anstelle des im Kapitalerhebungsbeschuß verlautbarten neuen liquiden Barkapitals lediglich ein Surrogat in Form der Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber ihrem Gesellschafter (BGHZ 28, 314, 319 f.; h. M., vgl. dazu im einzelnen *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 19 Rdnr. 59; *Scholz/Uwe H. Schneider* a. a. O. § 19 Rdnr. 108 ff., 1121 *Scholz/Priester* a. a. O. § 56 Rdnr. 43 ff.; *Hueck* in *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 19 Rdnr. 30; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 19 Rdnr. 12 und 28 jeweils m. w. N.; s. ferner *Lutter/Gehling*, WM 1989, 1445, 1451 f. ebenfalls m. w. N. in Fn. 54). Dabei macht es für die rechtliche Bewertung in einem Fall wie dem vorliegenden keinen Unterschied, ob man die Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens auf eine Umgehung des Aufrechnungsverbot und damit, da bereits dieses Verbot seinerseits eine Umgehung der Sacheinlagevorschriften verhindern soll, eine Umgehung eines Umgehungsverbot (so etwa BGHZ 28, 314, 319) oder unmittelbar auf das auch in § 19 Abs. 5 GmbHG (wenn auch in unvollkommener Form) zum Ausdruck kommende Verbot verdeckter Sacheinlagen gründet. Des weiteren dahinstehen kann auch hier wie bereits in der Senatsentscheidung vom 15. 1. 1990 (a. a. O.) für das Aktienrecht, ob das Hin- und Herzahlen schon dann als Verstoß gegen das Verbot der verdeckten Sacheinlage (und bei der GmbH zusätzlich gegen § 19 Abs. 5 GmbHG) anzusehen ist, wenn zwischen beiden Zahlungsvorgängen objektiv ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht oder ob dazu eine den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfassende Abrede zwischen den Beteiligten, gegebenenfalls in welcher Form und Intensität, erforderlich ist (vgl. dazu im einzelnen die Nachw. zum Meinungsstand in der Senatsentscheidung vom 15. 1. 1990 a. a. O. sowie neuerdings *Ulmer* ZHR 154 [1990], 128, 139 f.). Denn im vorliegenden Fall besteht nicht nur ein äußerst enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bareinzahlung und Forderungstilgung, der sowohl durch die Möglichkeit, die zur Zeit des Kapitalerhebungsbeschlusses bereits bestehenden Darlehensforderungen als Sacheinlage einzubringen, als auch durch die Identität der in Frage stehenden Beträge und durch den Vollzug beider Buchungsvorgänge am selben Tage auf dem Wege der sog. Schnellüberweisung dokumentiert wird. Darüber hinaus ist das wirtschaftliche Ergebnis, die Verwendung der vorübergehend in Gesellschafterdarlehen umgewandelten Ausschüttungsforderungen der Gesellschafter gegen die Gemeinschuldnerin zur Finanzierung

der als Barkapitalerhöhung deklarierten Kapitalerhöhung, wie die am 17.6.1985 durch einstimmigen Gesellschafterbeschuß getroffene ausdrückliche Finanzierungsabrede zeigt, von den Beteiligten auch einverständlich gewollt gewesen. Ohne Bedeutung ist es in diesem Zusammenhang, daß die Gesellschafter dabei von der Vorstellung ausgegangen sind, erst die Gesellschafterforderungen durch Überweisung auszahlen zu lassen und sodann entsprechende Beträge als Einzahlung auf das erhöhte Stammkapital zurückzuüberweisen, während später die umgekehrte Reihenfolge gewählt worden ist. Das Berufungsgericht durfte es deshalb entgegen der Ansicht der Revision auch dahingestellt lassen, ob die tatsächlich praktizierte Reihenfolge rein zufällig war oder auf einer Weigerung der Beklagten beruhte, eine weitere, wenn auch nur vorübergehende Überziehung des im Debet geführten Gesellschaftskontos zuzulassen. Entscheidend für die rechtliche Betrachtung ist allein der Leistungserfolg, der in beiden Fällen darin besteht, daß die Gesellschaft als wirtschaftliches Ergebnis der als innerlich zusammengehörig zu bewertenden und auch so gewollten Vorgänge des Hin- und Herzählens am Ende keine Zuführung neuer Liquidität, sondern lediglich die Befreiung von einer Gesellschafterforderung erhielt. Eine verdeckte Sacheinlage liegt sowohl dann vor, wenn erst die Einlage eingezahlt und sodann zur Tilgung der Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird als auch dann, wenn in umgekehrter Reihenfolge erst die Gesellschafterforderung getilgt und der erhaltene Betrag sodann ganz oder teilweise als Einlage zurückgezahlt wird. Wenn im vorliegenden Fall die von den Gesellschaftern zunächst ins Auge gefaßte Reihenfolge schließlich vertauscht worden ist, so ist dies rechtlich allenfalls eine unerhebliche Abweichung von dem ursprünglich vorgestellten Kausalverlauf, die an der rechtlichen Bewertung des Gesamtvorgangs nichts zu ändern vermag. Damit erfüllt das Vorgehen der Gesellschafter und der Gesellschaft unter Einschluß ihrer über diese Vorgänge informierten Geschäftsführer unter allen rechtlich in Betracht kommenden Gesichtspunkten die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage mit der Folge, daß die von den Gesellschaftern auf die übernommenen Einlagen geleisteten Zahlungen, da von vornherein zur sofortigen Rückzahlung an die Gesellschaft bestimmt, keine Tilgungswirkung in bezug auf die übernommenen Bareinlagepflichten entfalten konnten.

Das gilt auch für den Gesellschafter St. S. Zwar hat dieser von der Gesellschaft keine Darlehensrückzahlung erhalten. Als neu eintretendem Gesellschafter stand ihm gegen die Gesellschaft kein als Darlehen stehengelassener Gewinnausschüttungsanspruch zu. Seine Einlage war aber von vornherein nicht von ihm, sondern allein von seiner Mutter, der Gesellschafterin P.S., aufgebracht worden, an die sie auch entsprechend den vorher getroffenen Absprachen in vollem Umfang als Ausschüttung bzw. Darlehensrückzahlung zurückgeflossen ist. Bei dieser Sachlage geht es nicht an, diesen Gesellschafter so zu behandeln, als hätte er — was die Wirksamkeit seiner Leistung in der Tat nicht in Frage gestellt hätte — eine Bareinlage geleistet, die lediglich in der Folge von der Geschäftsführung zur Tilgung einer Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüber einem Dritten verwendet worden wäre. Der bezeichnete, zuvor verabredete innere Zusammenhang zwischen der von seiner Mutter für ihn geleisteten Einzahlung und der sofortigen Rückzahlung desselben Betrages an sie zur Erfüllung ihrer Darlehensforderung rechtfertigt es vielmehr, auch in diesem Teilakt des Hin- und Herzählens trotz Zwischenschaltung eines Familienangehörigen eines Gesellschafters einen einheitlichen,

als verdeckte Sacheinlage zu wertenden Vorgang zu sehen. In der Sache hat auch der Gesellschafter St. S. damit keine eigene Bareinlage geleistet, sondern eine Sacheinlage in Gestalt der Einbringung der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung seiner Mutter auf Gewinnausschüttung bzw. Darlehensrückzahlung.

Hat die Gemeinschuldnerin mithin bisher in Höhe der eingeklagten Beträge anstelle der im Kapitalerhöhungsbeschuß sowie im Handelsregister verlautbarten Bareinlagen lediglich Sacheinlagen in Gestalt des Erlasses vorübergehend in Darlehen umgewandelter Gewinnausschüttungsansprüche ihrer Gesellschafter erhalten, so ist ihr Anspruch auf Leistung der Bareinlagen nach wie vor offen.

II. Für die Erfüllung der weiterhin offenstehenden Bareinlageforderungen der Gemeinschuldnerin haftet ihr die Beklagte neben den Gesellschaftern und den Geschäftsführern (§§ 57 Abs. 4, 9 a GmbHG) aus der von ihr abgegebenen Bestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen. Dies folgt jedenfalls aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 188 Abs. 2 Satz 1, 37 Abs. 1 S. 4 AktG.

1. Entgegen den Angriffen der Revision ist dem Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis darin zuzustimmen, daß die bei Anmeldung der Kapitalerhöhung beim Registergericht eingereichte Bestätigung der Beklagten, wonach die neuen Stammeinlagen voll eingezahlt seien und zur freien Verfügung der Geschäftsführung der Gemeinschuldnerin stünden, unter den gegebenen Umständen ebenso falsch im Sinne der §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2, 9 a GmbHG war wie die gegenüber demselben Gericht abgegebene inhaltsgleiche Versicherung der Geschäftsführer.

Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, ob dies, wie das Berufungsgericht annimmt, schon daraus folgt, daß die formal zur Erfüllung der Bareinlagepflicht bestimmten Überweisungen der Gesellschafter absprachegemäß dem debitorischen Konto der Gemeinschuldnerin bei der beklagten Bank gutgeschrieben und dort sofort verrechnet worden sind. Die bei der Handelsregisteranmeldung abgegebene Versicherung der Geschäftsführer und die zum Nachweis ihrer Richtigkeit ausgestellte und eingereichte Bestätigung der Beklagten wären auch dann falsch, wenn man zugunsten der Beklagten annehmen wollte, daß diese Form der Einzahlung im gegebenen Fall unter Kapitalaufbringungs Gesichtspunkten unschädlich war, weil die Beklagte, wie die Revision unter Berufung auf das Vorbringen der Beklagten in den Vorinstanzen entgegen den Feststellungen des Berufungsgerichts rügt, ohne weiteres bereit gewesen wäre, der Gemeinschuldnerin die Verfügung über Mittel in entsprechender Höhe zu gestatten (vgl. dazu SenUrt. v. 3.12.1990 — II ZR 215/89, zur Veröffentlichung vorgesehen, sowie vom 24.9.1990 — II ZR 203/89, WM 1990, 1820 [= MittBayNot 1990, 366]).

Denn jedenfalls fehlt es an einer Leistung der versprochenen Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer, wenn die Einlage wie im vorliegenden Fall aufgrund dahingehender Absprachen alsbald unmittelbar oder mittelbar wieder an den Einleger zurückfließen soll. Das gilt nicht nur bei reinen Scheinzahlungen, bei denen die im voraus abgesprochene Rückzahlung keinen außerhalb dieser Abrede liegenden Rechtsgrund hat, sondern auch dann, wenn die angebliche Bareinlage der Gesellschaft nur vorübergehend (in Form von Zahlungsmitteln oder Buchgeld) mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, daß sie umgehend zur Bezahlung einer Forderung des Gesellschafters an diesen

zurückfließt (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 7 Rdnr. 54 mit umfangreichen w. N. auch zu abweichenden Ansichten; *Scholz/Winter* a. a. O. § 7 Rdnr. 30 und 35; *Hueck* in *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 7 Rdnr. 5 i. V. m. § 5 Rdnr. 18; *Meyer-Landrut* a. a. O. § 8 Rdnr. 21 i. V. m. § 7 Rdnr. 22; *Lutter* FS für Stiefel 1987 S. 505, 510; a. A. *Scholz/Priester* a. a. O. § 56 Rdnr. 45 i. V. m. § 56 a Rdnr. 10). In diesem Fall mangelt es, da der in Wahrheit angestrebte und herbeigeführte Leistungserfolg nicht die im Kapitalerhöhungsbeschluß verlaubliche Zahlung der Bareinlage, d. h. die Zuführung neuer liquider Mittel in das Gesellschaftsvermögen, sondern eine Sacheinlage in Form einer Forderungseinbringung ist und die geleistete Zahlung deshalb auch nicht als ordnungsgemäße Erfüllung der Barleistungspflicht gelten kann, sowohl an einer Leistung der zugesagten Bareinlage als auch an dem weiteren Merkmal der freien Verfügung der Geschäftsführung über die absprachegemäß umgehend zurückzuzahlenden Mittel.

Diese Auffassung ist zwar in neuerer Zeit mit dem Argument in Frage gestellt worden, das Merkmal der freien Verfügung solle nur die Ernsthaftigkeit der Mittelaufbringung, nicht aber auch die Art der Mittelverwendung sichern (so vor allem *K. Schmidt* AG 1986, 106 ff. und *Hommelhoff/Kleindiek* ZIP 1987, 477 ff.). Dieser Ansicht ist zwar im Grundsatz insoweit zuzustimmen, als es ihr darum geht herauszuarbeiten, daß das Merkmal der freien Verfügung allein auf die Erfüllungswirkung der fraglichen Leistung zielt, nicht aber darüber hinaus auf eine zusätzliche zeitliche Komponente des Inhalts, die Einzahlung müsse auch bei der Anmeldung noch als solche, d. h. unverändert in ihrer ursprünglichen Gestalt im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein. Dagegen ist daran festzuhalten, daß es jedenfalls dann an einer Leistung einer Bareinlage zur freien Verfügung fehlt, wenn das einzulegende (Bar- oder Buch-) Geld der Gesellschaft von dem Einleger nur vorübergehend mit der Maßgabe zur Verfügung gestellt wird, es ihm umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen (vgl. auch BGHZ 96, 231, 242 [= DNotZ 1986, 368]; dort allerdings sogar allgemeiner ohne Beschränkung auf den Fall, daß die Mittel gerade an den Einleger zurückzugehen haben). Ungeachtet aller im einzelnen bestehenden Meinungsunterschiede über Zweck und Tragweite der in §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG formulierten Erfordernisse besteht allgemeine Einigkeit darüber, daß sie jedenfalls die effektive und endgültige Zufuhr der Bareinlage, also eine abgeschlossene Mittelaufbringung, sicherstellen sollen (vgl. *K. Schmidt* a. a. O. insbesondere S. 109 und 115 f.; ähnlich *Hommelhoff/Kleindiek* a. a. O. S. 488). Dafür ist, auch wenn man gewisse vorab getroffene Verwendungsabsprachen für unschädlich erachtet, mindestens erforderlich, daß der Einleger seine Verfügungsmacht über die von ihm zu leistenden Barmittel endgültig und ohne Vorbehalt zugunsten der Gesellschaft aufgibt (so besonders deutlich *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 7 Rdnr. 47 m. w. N.). Davon kann — und dies betrifft bereits die Ebene der Mittelaufbringung und nicht erst diejenige der Mittelverwendung — nicht die Rede sein, wenn der Inferent zwar das von ihm einzulegende Geld für kurze Zeit in die Hände des Geschäftsführers der Gesellschaft legt oder auf deren Konto überweist, diese aber schon vorher — mag diese Verpflichtung rechtlich wirksam sein oder nicht — dergestalt gebunden hat, daß sie ihm das Geld umgehend zur Befriedigung seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung zurückzuzahlen hat. In einem solchen Fall hat die Gesellschaft weder den ihr zugesagten

und im Kapitalerhöhungsbeschluß verlaublichen Liquiditätszufluß, d. h. die an sie zu erbringende Bareinlage, erhalten noch kann die Rede davon sein, daß diese Bareinlage zu irgendeinem Zeitpunkt zur freien Verfügung des Geschäftsführers gestanden habe. Der vorübergehende Zufluß entsprechender Mittel in das Gesellschaftsvermögen kann in einem solchen Falle nicht losgelöst gesehen werden von dem nachfolgenden Mittelrückfluß an den Einleger. Beide stellen vielmehr aufgrund ihrer inneren Verkoppelung — auch und gerade nach dem Willen und in der Vorstellung der Beteiligten — einen wirtschaftlich zusammengehörenden einheitlichen Vorgang dar, der auch rechtlich nur einheitlicher Bewertung zugänglich ist, und zwar unter dem Gesichtspunkt des im wirtschaftlichen Ergebnis allein angestrebten Leistungserfolges. Die in § 8 Abs. 2 GmbHG verlangte Versicherung, daß die in § 7 Abs. 2 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt sind, bezieht sich sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf irgendeine Leistung von Bar- oder Buchgeld, sondern gerade auf die Leistung der versprochenen Bareinlage. Zu versichern ist also nicht eine beliebige Zahlung, sondern allein die Erfüllung der Bareinlagepflicht. Wird der Gesellschaft mithin nach dem von den Gesellschaftern bezweckten Erfolg ihres Handelns nur der Form halber Bargeld, in Wahrheit aber eine Sacheinlage zugeführt, so ist die Versicherung, die Bareinlage sei bewirkt, ebenso falsch wie zwangsläufig auch die (weitere) Versicherung, sie stehe zur freien Verfügung der Geschäftsführung. Nach dem oben Ausgeführten steht aber außer Zweifel, daß der angestrebte und bewirkte Leistungserfolg gerade nicht in der endgültigen Aufbringung von Barmitteln durch den Einleger zugunsten der Gesellschaft und damit in der Leistung einer Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer, sondern in der Leistung einer Sacheinlage in Gestalt der Einbringung einer Gesellschafterforderung besteht, wenn die Zahlung des Gesellschafters mit der Zweckbestimmung erfolgt, daß sie umgehend zur Tilgung seiner Gegenforderung an ihn zurückzuzahlen ist. Dabei kann es für die rechtliche Betrachtung auch in diesem Zusammenhang keinen Unterschied machen, ob erst die Einlage geleistet und diese dann zur Tilgung einer Gesellschafterforderung zurückgezahlt wird oder ob die Gesellschaft zunächst die Forderung des Gesellschafters tilgt und die entsprechenden Mittel sodann von ihm in Form einer als Einlageleistung deklarierten Zahlung zurück erhält. Diese Bewertung wird auch durch die unmittelbare Nähe solcher Hin- und Herzahlungen von Geld zur Aufrechnung bestätigt. Der vorliegende Fall, in dem die Gutschrift der Einlage auf dem Gesellschaftskonto und die Rückbuchung identischer Beträge auf die Konten der einzahlenden Gesellschafter nahezu zeitgleich und in einem Akt erfolgt sind, macht dies deutlich.

Der vorstehenden rechtlichen Würdigung kann die Revision auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, nach dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen werde die Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen zur freien Verfügung der Geschäftsführung von den oder jedenfalls einigen Registergerichten nur dahin verstanden, daß die Bank an dem eingezahlten Betrag keine Aufrechnungs-, Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte geltend mache. Da die Bestätigung dem Nachweis der Richtigkeit der von den anmeldenden Geschäftsführern gemäß §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 57 Abs. 2 GmbHG abzugebenden Versicherungen dient, hat sie inhaltlich dieselbe Tragweite wie diese. Sie bestätigt mithin die effektive Aufbringung der im Kapitalerhöhungsbeschluß ver-

lautbarten Mittel. Verhielte es sich so, wie die Beklagte vorträgt, würden selbst reine Scheinzahlungen das gesetzliche Gebot der Leistung der Bareinlage zur freien Verfügung der Geschäftsführer erfüllen. Daß dies nicht richtig ist, bedarf keiner näheren Begründung.

2. § 37 Abs. 1 S. 4 AktG ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, im Recht der GmbH entsprechend anwendbar, wenn die Beteiligten dem Registergericht von sich aus zum Zwecke der Eintragung einer Kapitalerhöhung eine inhaltlich § 37 Abs. 1 S. 2 AktG entsprechende Bankbestätigung über die Einzahlung der Bareinlagen einreichen und die Kapitalerhöhung daraufhin eingetragen wird. Dies folgt daraus, daß einer solchen ohne gesetzliche Verpflichtung eingereichten Bankbestätigung im Rahmen des Eintragungsverfahrens des Registergerichts eine ganz ähnliche Bedeutung zukommt wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bankbestätigung. Ungeachtet des Fehlens eingehender gesetzlicher Regelungen entspricht es gesichertem Erkenntnisstand, daß sich die Prüfungspflicht, jedenfalls aber das Prüfungsrecht (vgl. *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 9 c Rdnr. 8 m. w. N.) des Registergerichts bei Anmeldung der Errichtung einer GmbH oder einer Erhöhung ihres satzungsmäßigen Stammkapitals auf die Legalität der Gründung oder Kapitalerhöhung und damit auf alle gesetzlichen Eintragungsvoraussetzungen erstreckt. Dazu gehört nicht nur die Einhaltung der Formalien. Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Registergerichtes umfassen darüber hinaus auch alle Fragen der materiellen Gesetzmäßigkeit der Gründung oder Kapitalerhöhung (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 9 c Rdnr. 8 ff.; *Scholz/Winter* a. a. O. § 9 c Rdnr. 8 ff.; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 9 c Rdnr. 2 und 4, jeweils m. w. N.). Zu diesen Fragen gehört unzweifelhaft auch die Aufbringung des verlautbarten Stammkapitals und damit auch die inhaltliche Richtigkeit der dazu abgegebenen Versicherungen (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 9 c Rdnr. 28, 31). Die Sicherstellung der Kapitalaufbringung ist Voraussetzung für die Zulassung von Körperschaften des Wirtschaftslebens, bei denen die Haftung der Korporation und der hinter ihr stehenden natürlichen Personen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf einen ziffernmäßig begrenzten Haftungsfonds beschränkt ist. Da bei einer verdeckten Sacheinlage das verlautbarte Barkapital in Wahrheit nicht aufgebracht wird und die Versicherung, die Bareinlage sei geleistet und stehe zur freien Verfügung der Geschäftsführung, falsch ist, erstreckt sich die Prüfungspflicht auch auf das Vorliegen verdeckter Sacheinlagen (wie hier ausdrücklich *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 9 c Rdnr. 20; *Scholz/Winter* a. a. O. § 9 c Rdnr. 16). Des weiteren besteht im Schrifttum trotz im einzelnen unterschiedlicher Formulierung (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 9 c Rdnr. 11 f. und 29; *Scholz/Winter* a. a. O. § 9 c Rdnr. 13, 23; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 9 c Rdnr. 2) im großen und ganzen Einigkeit, daß das Registergericht bei der Durchführung dieser Prüfung gehalten ist zu bedenken, daß der Anmeldende einen Anspruch auf Eintragung der GmbH oder der Kapitalerhöhung hat, den das Gericht nicht dadurch praktisch einschränken darf, daß es auch dort Prüfungen vornimmt und ins einzelne gehende Nachweise verlangt, wo keine konkreten Anhaltspunkte für Mängel bestehen. Unter diesem Gesichtspunkt wird sich das Registergericht regelmäßig mit der Versicherung der Geschäftsführer nach §§ 57 Abs. 2, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG begnügen, wenn es keinen Anlaß hat, an ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu zweifeln (*Hachenburg/Ulmer* a. a. O. § 9 c Rdnr. 2, 11 f.; *Scholz/Winter* a. a. O. § 9 c Rdnr. 13; *Fischer/Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 9 c

Rdnr. 6 i. V. m. 16; *Hueck* in *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 9 c Rdnr. 2; *Scholz/Priester* a. a. O. § 57 a Rdnr. 7). Dies ist schon deshalb geboten, weil der Gesetzgeber der GmbH-Novelle von 1980 ausdrücklich davon abgesehen hat, einen generellen Nachweis über die Leistung der Bareinlagen nach aktienrechtlichem Muster (§ 37 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG) vorzuschreiben (vgl. BT-Drucks. 8/3908 S. 71), um nicht die leichte und zügige Handhabbarkeit der vorwiegend für kleinere und mittlere Unternehmen bestimmten Rechtsform der GmbH durch unnötige Formalitäten zu erschweren (a. a. O. S. 66). Die auch bei der GmbH erforderliche Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Erfordernisse bei Gründung und Kapitalerhöhung schien ihm durch die von ihm gewählte (vgl. § 9 a, b GmbHG für die Gründung und § 57 Abs. 4 GmbHG für die Kapitalerhöhung), gegenüber dem Aktienrecht flexiblere und damit den Besonderheiten der GmbH besser gerecht werdende Lösung in Gestalt der durchweg angeordneten Haftung der Beteiligten für die Richtigkeit der eingereichten Erklärungen und Versicherungen sowie durch ein materielles, nicht abschließend definiertes, sondern an den Erfordernissen des Einzelfalles ausgerichtetes Prüfungsrecht des Registergerichts (vgl. a. a. O. S. 72) hinreichend gesichert. Die Folge ist, daß das, was das Aktiengesetz generell und zwingend als Eintragungserfordernis vorschreibt, im GmbH-Recht dem pflichtgemäßen Prüfungsermessens des Registergerichts im Einzelfall überlassen bleibt, wobei es stets zwischen der ihm durch § 9 c GmbHG ausdrücklich auferlegten Pflicht zur Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Gründung oder Kapitalerhöhung einerseits und dem Anspruch der Beteiligten auf eine zügige Erledigung ihrer Anmeldungen andererseits abzuwägen hat. Es kann vor diesem Hintergrund keinem Zweifel unterliegen, daß damit einer freiwillig abgegebenen und der Anmeldung der Gründung oder Kapitalerhöhung beigefügten schriftlichen Bestätigung des Kreditinstitutes, die zu leistenden Bareinlagen seien bei ihm eingezahlt und stünden zur freien Verfügung der Geschäftsführung, im GmbH-Recht im Ergebnis dieselbe (Nachweis-) Funktion zukommt wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bestätigung gleichen Inhaltes. Der Unterschied beschränkt sich im wesentlichen nur darauf, daß das Aktiengesetz diese Form des Nachweises, indem es sie ausdrücklich vorschreibt, damit zugleich als im Regelfall ausreichend anerkennt, während das Registergericht im GmbH-Recht einen inhaltlich entsprechenden Nachweis im Rahmen seines pflichtgemäß auszuübenden Prüfungsrechts zu würdigen hat. Mehr als das formstrenge Aktiengesetz für den Nachweis der Aufbringung der Bareinlage verlangt, wird aber das Registergericht auch bei der weniger formstrengen GmbH nicht fordern und unter Beachtung des ungeschriebenen gesetzlichen Gebotes, Eintragungen bei dieser Gesellschaftsform nicht durch übertriebene Anforderungen zu erschweren und zu verzögern, regelmäßig auch nicht fordern dürfen. Damit kommt im GmbH-Recht der freiwillig abgegebenen und zum Handelsregister eingereichten Bankbestätigung mit dem Inhalt des § 37 Abs. 1 S. 2 u. 3 AktG regelmäßig mindestens tatsächlich, wenn nicht sogar auch rechtlich die gleiche Bedeutung und Tragweite zu wie im Aktienrecht der dort gesetzlich vorgeschriebenen Bestätigung. Ihre Vorlage begrenzt und beendet in der Regel, wenn nicht ausnahmsweise ein konkret begründbarer Anlaß besteht, an ihrer Richtigkeit zu zweifeln, die registergerichtliche Kontrolle der Kapitalaufbringung mit der Folge, daß die Gründung oder Kapitalerhöhung nunmehr ohne weiteres einzutragen ist.

Hat die Vorlage einer Bankbestätigung mit dem Inhalt des § 37 Abs. 1 S. 2 u. 3 AktG hier wie dort im Ergebnis dieselben Auswirkungen eines eigenständigen, das registergerichtliche Prüfungsverfahren begrenzenden und in der Regel beendenden Nachweises der ordnungsgemäßen Buchgeldzahlung, so spricht alles dafür, daß die Bank bei der GmbH für die Richtigkeit ihrer freiwillig abgegebenen Bestätigung in gleicher Weise verantwortlich ist wie bei der Aktiengesellschaft für die dort gesetzlich vorgeschriebene Bestätigung. (Wird ausgeführt.)

### C. Verwaltungsrecht

13. BSHG § 88 Abs. 2 Nr. 7 (Kein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf eine „kleine Eigentumswohnung“)

1. Eigentumswohnungen können Schonvermögen im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG sein.
2. Der Verkehrswert ist für die Frage des Vermögenseinsatzes eines Hausgrundstücks weder allein maßgeblich noch tritt er in seiner Bedeutung hinter die personen- und sachbezogenen Merkmale des Hausgrundstücks zurück.
3. Zwischen einem im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG „kleinen Hausgrundstück“ und größeren Objekten verläuft keine starre Wertgrenze (wie BVerwGE 47, 103).
4. Ein Hausgrundstück ist wertmäßig „klein“ im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG, wenn sein Verkehrswert sich im unteren Bereich der Verkehrswerte vergleichbarer Objekte am Wohnort des Hilfesuchenden hält (Modifizierung der bisherigen Rechtsprechung).
5. Bewohnt der Hilfesuchende eine Eigentumswohnung, kommt es auf die für Wohnungseigentum maßgeblichen Vergleichswerte an.

BVerwG, Urteil vom 17. 1. 1991 — BVerwG 5 C 53.86 —

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob eine in einem großstädtischen Gebiet liegende Eigentumswohnung mit einem Verkehrswert von zuletzt rund 154.000 DM als „kleines Hausgrundstück“ im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG zum sog. Schonvermögen zählt oder ob Sozialhilfe in einem solchen Fall nur in Form eines Darlehens unter Einsatz der Eigentumswohnung zu dessen Sicherung beansprucht werden kann.

Der Kläger bewohnt mit seiner Ehefrau und der 1964 geborenen gemeinsamen Tochter eine im Jahre 1975 für 78.570 DM erworbene Eigentumswohnung in einem Ortsteil von D. Die Wohnung, die dem Kläger und seiner Ehefrau je zur Hälfte gehört, ist Bestandteil eines in den Jahren 1967/68 errichteten, achtgeschossigen Hochhauses mit 63 Wohneinheiten und einer Gaststätte. Die Wohnung liegt im Erdgeschoß, hat drei Zimmer, Küche, Diele und Bad mit einer Wohnfläche von 81,21 qm und besitzt nach der Darstellung eines von der Bewertungsstelle des Beklagten erstellten Wertgutachtens „den zur Bauzeit üblichen guten Standard“. Unter Vergleich mit zwanzig anderen Verkaufsfällen wurde der Verkehrswert der Wohnung zum Januar 1977 auf rund 122.000 DM und zum Dezember 1981 auf 154.000 DM ermittelt.

Der Kläger ist körperbehindert und auf einen Rollstuhl sowie Stützapparate angewiesen. Er bezieht eine Erwerbsunfähigkeitsrente und hat Einkünfte aus einer Beschäftigung in einer orthopädischen Werkstatt. Seine Ehefrau, die ihn pflegt, übt keinen Beruf aus. Er erhält seit 1966 vom Beklagten Hilfe zur Pflege (zuletzt monatlich 750 DM). Nach einer Prüfung, ob es sich bei der Eigentumswohnung des Klägers und seiner Ehefrau um ungeschütztes Vermögen handelt, bewilligte der Beklagte die Hilfe zur Pflege ab 1. 9. 1981 nur noch in Form eines — unverzinslichen — Darlehens. Diese Hilfe machte der Beklagte von der Bestellung einer Sicherungshypothek zum Höchst-

betrag von 30.000 DM zu Lasten der Eigentumswohnung des Klägers und seiner Ehefrau abhängig.

Das Verwaltungsgericht hat nach erfolglosem Vorverfahren, die auf Hilfe zur Pflege als Zuschuß gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht hat dagegen den Beklagten auf die Berufung des Klägers zur zuschußweisen Gewährung von Sozialhilfe verpflichtet, weil die Eigentumswohnung Schonvermögen im Sinne des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Ziel einer Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des Beklagten ist unbegründet. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger könne vom Beklagten Pflegegeld als Zuschuß und nicht nur als Darlehen beanspruchen, weil die Eigentumswohnung des Klägers und seiner Ehefrau nicht vor dem Bezug von Sozialhilfe als Vermögen einzusetzen sei, verletzt Bundesrecht nicht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).

Nach § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG in der hier maßgeblichen Fassung vom 22. 12. 1981 (BGBl. I S. 1523) darf die Sozialhilfe u. a. nicht vom Einsatz oder von der Verwertung eines kleinen Hausgrundstücks abhängig gemacht werden, wenn der Hilfesuchende es allein oder zusammen mit Angehörigen, denen es nach seinem Tode weiter als Wohnung dienen soll, ganz oder teilweise bewohnt. Die von der Revision mit einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) begründete Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift ist nicht erkennbar. (Wird ausgeführt.)

Die dem Berufungsurteil zugrundeliegende Einstufung der Eigentumswohnung als „kleines Hausgrundstück“ im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG ist revisionsgerichtlich nicht zu beanstanden.

Auch eine Eigentumswohnung kann nach Sinn und Zweck von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG ein „kleines Hausgrundstück“ im Sinne dieser Bestimmung sein (vgl. z. B. *Gottschick/Giese*, Das Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 9. Aufl. 1985, § 88 Rdnr. 5.7; siehe jetzt auch § 88 Abs. 2 Nr. 7 Satz 3 BSHG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bundessozialhilfegesetzes vom 10. 12. 1990 [BGBl. I S. 2644] — n. F. —). Denn § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG schützt das Grundvermögen insoweit, als es dem Hilfesuchenden (und seinen Angehörigen) als Wohnstatt dient (vgl. BVerwGE 59, 294 [300]). Dazu gehören auch Eigentumswohnungen. Aus dem genannten Schutzzweck des § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG folgt weiter, daß auch das Miteigentum an einem Hausgrundstück unter den Schutz dieser Bestimmung fallen kann. Dabei kann hier, da nicht entscheidungserheblich, offenbleiben, ob bei der Beurteilung der Größe des Hausgrundstücks von der einheitlichen Sache oder von dem (den) einsatzpflichtigen Miteigentumsanteil(en) auszugehen ist. Denn das Berufungsgericht ist hier bei seiner weiteren Prüfung zu Lasten des Klägers von der gesamten, beiden Ehegatten gehörenden Eigentumswohnung ausgegangen.

Die Eigentumswohnung des Klägers und seiner Ehefrau erfüllt auch die sonstigen Voraussetzungen für die Annahme eines „kleinen Hausgrundstücks“ in dem hier in Rede stehenden Sinne. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach die Frage, ob ein Hausgrundstück als „klein“ zu beurteilen ist und deshalb zum Schonvermögen gehört, nach der sog. Kombinationstheorie beantwortet werden muß (siehe BVerwGE 47, 103 [108]; 59, 294 [296 ff.]). Diese Betrachtungsweise gründet sich auf den sozialhilferechtlichen Individualisierungsgrundsatz (§ 3 Abs. 1 BSHG) und

gebietet, personenbezogene Kriterien, nämlich die Zahl der Bewohner des Hausgrundstücks und ihre Wohnbedürfnisse, sowie sach- und wertbezogene Kriterien, nämlich die Größe, den Zuschnitt und die Ausstattung der Baulichkeit, die Größe des Grundstücks sowie den Wert des Grundstücks einschließlich der Baulichkeit, kombiniert zu berücksichtigen, sofern sich zu ihnen im Einzelfall in tatsächlicher Hinsicht berücksichtigungsfähige Anhaltspunkte ergeben (BVerwGE 59, 294 [297]; siehe jetzt auch § 88 Abs. 2 Nr. 7 Satz 2 BSHG n. F.).

Nach den das Revisionsgericht bindenden tatsächlichen Feststellungen (§ 137 Abs. 2 VwGO) und den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Wertungen des Berufungsgerichts ist die Eigentumswohnung des Klägers und seiner Ehefrau deren sozialhilferechtlich anzuerkennenden Wohnbedürfnissen nach Wohnfläche, Zuschnitt und Ausstattung angemessen. Insoweit besteht auch zwischen den Verfahrensbeteiligten kein Streit.

Revisionsrechtlich beanstandungsfrei hat das Oberverwaltungsgericht aber auch angenommen, daß der Verkehrswert der Eigentumswohnung ihre Einstufung als Schonvermögen nicht hindere. Das Berufungsgericht ist, für das Revisionsgericht ebenfalls bindend (§ 137 Abs. 2 VwGO), davon ausgegangen, daß die Eigentumswohnung in dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt einen Verkehrswert von 154.000 DM besessen habe. Damit liegt sie hier innerhalb des Rahmens, der für die Annahme eines „kleinen Hausgrundstücks“ gilt.

Daraus, daß personen-, sach- und wertbezogene Merkmale kombiniert zu berücksichtigen sind, ergibt sich, daß der Verkehrswert weder im Verhältnis zu den personen- und sachbezogenen Merkmalen letztlich allein maßgeblich ist (vgl. BVerwGE 59, 294 [297]) noch in seiner Bedeutung für die Frage des Vermögenssinsatzes hinter diese Merkmale zurücktritt. Deshalb verläuft zwischen einem im Sinne von § 88 Abs. 2 Nr. 7 BSHG „kleinen Hausgrundstück“ und größeren Objekten keine starre Wertgrenze (siehe BVerwGE 47, 103 [107]), und es kann unter der Geltung des Bundessozialhilfegesetzes auch keine „Regelwerte“ für die Annahme von Schonvermögen geben, wie sie etwa in Verwaltungsvorschriften zu entsprechenden Regelungen der durch das Bundessozialhilfegesetz abgelösten Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge (zuletzt in der Fassung des Gesetzes vom 20.8.1953 — BGBl. I S. 967 —) enthalten gewesen waren (zum früheren Recht siehe z.B. *Baath/Kneip/Langlotz*, Fürsorgepflicht, 13. Aufl. 1942, S. 455; *Jehle*, Fürsorgerecht, Kommentar, 3. Aufl. 1958, S. 168).

Die Höhe des Verkehrswertes von 154.000 DM stellt die Annahme eines „kleinen Hausgrundstücks“ auch nicht deshalb in Frage, weil diese Höhe allein auf der Lage der Eigentumswohnung in einem großstädtischen Bereich mit gegenüber anderen Wohngebieten regelmäßig erhöhten Grundstückswerten beruhen mag. Auch dies folgt aus dem Individualisierungsgrundsatz. Er verbietet, bei der Ermittlung der Schongrenze den örtlichen Bezug des in Rede stehenden Hausgrundstücks zu vernachlässigen. Sozialhilfe ist am Ort des Bedarfs zu gewähren; der Hilfesuchende, der Sozialhilfe für sein Leben am Wohnort begehrt, darf nicht deshalb abgewiesen werden, weil er an einem anderen Ort billiger leben könnte. Demgemäß bestimmt § 3 Abs. 1 BSHG, daß Art, Form und Maß der Sozialhilfe sich (auch) nach den örtlichen Verhältnissen richten. Dies gilt für die Leistungsseite wie auch für die Frage etwa des Vermögenssinsatzes (siehe

BVerwGE 59, 294 [296 ff., 301]). Deshalb muß darauf abgehoben werden, ob das betreffende Hausgrundstück im Vergleich mit anderen, nach sachbezogenen Merkmalen vergleichbaren Hausgrundstücken am Wohnort des Hilfesuchenden auch wertmäßig als „klein“ angesehen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Verkehrswert im unteren Bereich der Verkehrswerte vergleichbarer Objekte am Wohnort des Hilfesuchenden hält. Damit scheidet einerseits z. B. Objekte in bevorzugter Wohnlage oder in einem Stadtzentrum mit herausgehobenen Grundstückspreisen von vornherein für einen Vergleich aus. Andererseits führt dieser Vergleich notwendig dazu, daß in ihn auch Grundstücke einbezogen werden, deren Wert wegen ihrer (groß-)städtischen Lage in einem überörtlichen Vergleich als überdurchschnittlich hoch erscheinen würde. Soweit die bisherige Rechtsprechung des Senats in diesem Punkt zu einer abweichenden Betrachtungsweise führen kann, wird an ihr nicht festgehalten.

Ebenso gebietet der Individualisierungsgrundsatz, daß der Verkehrswert einer Eigentumswohnung in diesem Zusammenhang mit dem Verkehrswert anderer, vergleichbarer Eigentumswohnungen (am Wohnort), also nicht mit demjenigen von nach ihrer Wohnfläche gleichgroßen Einfamilienhäusern verglichen werden muß. Ein „Überschuß“ etwa bei der Wohnfläche einer Eigentumswohnung kann nicht mit der Erwägung ausgeglichen werden, der Hilfesuchende bewohne statt eines — regelmäßig teureren — Einfamilienhauses „nur“ eine Eigentumswohnung. In einem solchen Fall kommt es somit auf die für Wohnungseigentum maßgeblichen Vergleichswerte an.

Diesen Grundsätzen wird das angegriffene Urteil gerecht. (Wird ausgeführt.)

#### D.

#### Kostenrecht

14. WohnGebBefrG § 1; Steuerreformgesetz 1990 Art. 22 Abs. 3 (Übergangsregelung zur Gebührenbefreiung im steuerbegünstigten Wohnungsbau)

**Die Eintragung einer Grundschuld bleibt als Geschäft i. S. des § 1 WohnGebBefrG auch nach dem 1.1.1990 von Gerichtsgebühren befreit, wenn der Eintragungsantrag bis zum 31.12.1990 bei Gericht eingegangen ist und die Grundschuldbestellung vor dem 1.1.1990 vorgenommen worden ist. Die Beibringung der sonstigen zur Eintragung notwendigen Unterlagen, insbesondere von Eintragungsbewilligungen nach § 19 GBO, bis zum 31. 12. 1989 ist für die Gewährung der Gebührenfreiheit nicht erforderlich.**

BayObLG, Beschluß vom 21.2.1991 — BReg. 3 Z 154/90 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

1. Die Beteiligten zu 1) und 2) kauften mit notarieller Urkunde vom 21.9.1989 von der Beteiligten zu 3) geometrisch erst zu vermessende Teilflächen aus dem Grundstück Flst. 361.

Gleichzeitig versicherten sie, daß es sich um ein Rechtsgeschäft i. S. des WohnGebBefrG handele, und beantragten Befreiung von den Grundbuchgebühren.

Mit notarieller Urkunde vom 25.10.1989 beim Grundbuchamt eingegangen am 3.11.1989, bestellten die Beteiligten zu 1) und 2) der A-Bank eine Grundschuld über 190.000 DM und bewilligten und bean-

tragten deren Eintragung im Grundbuch. Sie übernahmen wegen des Grundschuldbetrages samt Nebenleistungen die persönliche Haftung und unterwarfen sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Zur Sicherung dieses Anspruchs verpfändeten sie der Gläubigerin (insbesondere) ihren Eigentumsverschaffungsanspruch und bewilligten und beantragten, diese Verpfändung bei ihrer Auflassungsvormerkung zu vermerken. In gleicher Weise bestellten die Beteiligten zu 1) und 2) am 21.11.1989 der B-Lebensversicherung eine Grundschuld über 110.000 DM.

In der am 2.4.1990 notariell abgegebenen Auflassungserklärung bewilligte und beantragte die noch als Eigentümerin eingetragene Beteiligte zu 3) die Eintragung der oben genannten Grundschulden sowie die Löschung der Verpfändungsvermerke. Hinsichtlich letzterer wurden die notariell beglaubigten Zustimmungserklärungen der Gläubiger vom 5. und 25.4.1990 vorgelegt.

2. Für die Eintragung der Grundschulden von 190.000 DM und 110.000 DM, die Brieferteilung und die Löschung der Verpfändungen für die Grundschulden u. a. forderte der Kostenbeamte des Amtsgerichts mit Kostenrechnung vom 28.6.1990, zu Soll gestellt am 3.7.1990 unter KSB 149012174, von dem Beteiligten zu 1) Gebühren und Auslagen in Höhe von insgesamt 1.164,50 DM. Hiergegen legte der Beteiligte zu 1) unter Hinweis auf eine ihm zustehende Gebührenbefreiung nach dem WohnGebBefrG Erinnerungen ein. Diesen half der Kostenbeamte X., der die Kostenrechnung vom 28.6.1990 nicht unterzeichnet hatte, mit Ausnahme der Schreibauslagen von 16 DM in Höhe von 1.148,50 DM ab. Auf Weisung des Bezirksrevisors bei dem Landgericht wurden die Kosten für die Eintragung der Grundschuld von 190.000 DM, die Brieferteilung für diese Grundschuld und die Löschung der Verpfändungsvermerke bei den beiden Grundschulden sodann mit Kostenrechnung vom 29.8.1990 in Höhe von 688 DM neu angesetzt. X. hatte das Schreiben des Bezirksrevisors dem Beteiligten zu 1) zur Stellungnahme zugeleitet.

Mit Beschluß vom 5.9.1990 hob das Amtsgericht — Rechtspfleger X. — auf die Erinnerungen des Beteiligten zu 1) den Kostenansatz auf und stellte fest, daß die Eintragungen vom 28.6.1990 gebührenfrei blieben.

Gegen den amtsgerichtlichen Beschluß vom 5.9.1990 wandte sich der Vertreter der Staatskasse mit seinen Erinnerungen, denen Rechtspfleger X. und der Grundbuchrichter nicht abhalfen.

Das Landgericht hob mit Beschluß vom 30.10.1990 den Beschluß des Amtsgerichts vom 5.9.1990 auf (Nr. 1) und stellte fest, daß von den beiden Kostenschuldnern . . . (Beteiligte zu 1 und 2) die Kosten nach Maßgabe der Kostenrechnung des Amtsgerichts vom 29.8.1990 einzuziehen seien (Nr. 2); die weitere Beschwerde ließ es zu (Nr. 3).

3. Gegen den Beschluß des Landgerichts legte der Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde ein.

#### Aus den Gründen:

1. Die aufgrund Zulassung statthafte weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist an keine Frist gebunden und in rechter Form eingelegt (§ 14 Abs. 3 und 4 KostO).

Das sonach zulässige Rechtsmittel hat sachlich im wesentlichen Erfolg. Die Eintragung der Grundschuld über 190.000 DM nebst Brieferteilung sowie die Löschungen der beiden Verpfändungsvermerke sind nach § 1 Abs. 1 WohnGebBefrG gebührenbefreit.

a) Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 WohnGebBefrG waren Geschäfte, die überwiegend der Schaffung von öffentlich geförderten oder steuerbegünstigten Wohnungen dienten, von den in der Kostenordnung bestimmten Gerichtsgebühren mit Ausnahme der Beurkundungs- und Beglaubigungsgebühren befreit. Der Sinn des Gesetzes war es, den Wohnungsbau zu fördern und zu begünstigen. Aus diesem Grundgedanken heraus besteht in Rechtsprechung und Schrifttum Übereinstimmung darin, daß das Gesetz weit auszulegen und die Befreiungsvorschrift großzügig anzuwenden ist (vgl. BayObLGZ 1990, 236/238 f. m. w. N.).

Die Eintragung der zur Finanzierung des Bauvorhabens notwendigen Grundschulden wie die Löschung der zur vorübergehenden Sicherung der Grundschuldgläubiger (bis zur Ein-

tragung der Grundschulden) erforderlichen Verpfändungsvermerke dienten der Erstellung des Wohngebäudes. Der Bauherr hat auch gem. § 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c WohnGebBefrG versichert, daß es sich um ein Geschäft nach § 1 WohnGebBefrG handelt.

b) Zwar wurde das WohnGebBefrG durch Art. 22 Abs. 3 des Steuerreformgesetzes 1990 vom 25.7.1988 (BGBl. I S. 1093), geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des Steuerreformgesetzes 1990 sowie zur Förderung des Mietwohnungsbaus und von Arbeitsplätzen in Privathaushalten vom 30.6.1989 (BGBl. I S. 1267/1272), mit Wirkung vom 1.1.1990 aufgehoben (während die vorliegenden Eintragungen erst im Juni 1990 vorgenommen wurden). Es gilt jedoch die Übergangsregelung des Art. 22 Abs. 3 Satz 2: „Geschäfte bleiben weiterhin von den in der Kostenordnung bestimmten Gerichtsgebühren befreit, wenn der Antrag auf Vornahme des gebührenpflichtigen Geschäfts bis zum 31.12.1990 bei Gericht eingegangen ist und das diesem Antrag zugrundeliegende notarielle Geschäft vor dem 1.1.1990 vorgenommen worden ist.“

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht nur bezüglich des Antrags, sondern auch bezüglich der Vornahme des notariellen Geschäftes vor. Für letzteres war die Grundschuldbestellung innerhalb offener Frist ausreichend; auf die fristgemäße Beibringung der sonstigen zur Eintragung notwendigen Unterlagen kam es nicht an.

Dies ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte der Übergangsvorschrift. Ursprünglich (Steuerreformgesetz vom 25.7.1988) hatte Art. 22 Abs. 3 Satz 2 lediglich die Fassung „Geschäfte bleiben weiterhin von den in der Kostenordnung bestimmten Gerichtsgebühren befreit, wenn der Antrag auf Vornahme des gebührenpflichtigen Geschäfts bis zum 31.12.1989 bei Gericht eingegangen ist.“ Danach wären die vorliegenden Geschäfte ohne weiteres gebührenbefreit geblieben (vgl. BT-Drucks. 11/2157 S. 216).

Erst durch Art. 4 des Gesetzes vom 30.6.1989 wurden in Art. 22 Abs. 3 Satz 2 des Steuerreformgesetzes 1990 die Worte „bis zum 31.12.1989 bei Gericht eingegangen ist“ durch die Worte „bis zum 31.12.1990 bei Gericht eingegangen ist“ und das diesem Antrag zugrundeliegende notarielle Geschäft vor dem 1.1.1990 vorgenommen worden ist“ ersetzt. Wie schon aus der Fristverlängerung ersichtlich ist, sollte diese Änderung des Gesetzes für den Bauherren aber eine Verbesserung und nicht eine Verschlechterung bringen (vgl. Mümmler JurBüro 1990, 19/20).

Die Materialien zum Änderungsgesetz vom 30.6.1989 bestätigen dies ebenfalls. Die Änderung des Wortlauts des Art. 22 Abs. 3 Satz 2 Steuerreformgesetz 1990 geht auf eine Beschlußempfehlung des Finanzausschusses des deutschen Bundestags zurück (BT-Drucks. 11/4775 S. 7). Sie wurde u. a. damit begründet (BT-Drucks. 11/4803 S. 18 und 19), daß befürchtet werde, die Gerichte könnten möglicherweise generell ohne inhaltliche Prüfung unvollständige Anträge zurückweisen. Eine Erweiterung der Gebührenbefreiung solle deshalb u. a. für den Fall eintreten, daß die Voraussetzungen des steuerbegünstigten Wohnungsbaus, insbesondere die Bezugfertigkeit, vor dem 31.12.1989 und die Eintragungsvoraussetzungen für das Grundbuchamt erst im Jahr 1990 vorlägen.

Die Richtigkeit der vorgenannten Auslegung zeigt aber auch folgende Erwägung: Wäre die Eintragung der Beteiligten zu 1) und 2) als Eigentümer des Grundstücks im Jahr 1990 noch vor der Abgabe der Eintragungsbewilligungen der Beteilig-

ten zu 3) hinsichtlich der Grundschulden vorgenommen worden, so würde infolge eingetretener Konfusion die Grundschuldbestellung vom 25.10.1989 zweifelsfrei gebührenbefreit sein. Die Gebührenfreiheit kann aber nicht von dem Zufall abhängen, ob die Eigentumsumschreibung noch im Jahr 1990 vorgenommen werden konnte, oder ob zum Ausgleich von Zeitverlusten der frühere Eigentümer noch die Eintragung der Grundschulden bewilligt.

Der Rechtsauffassung des Landgerichts, daß zur Erlangung der Gebührenfreiheit sämtliche notariell zu beurkundenden Erklärungen vor dem 1.1.1990 erbracht sein müssen, kann deshalb nicht gefolgt werden.

c) Nichts anderes kann auch für die Löschung der Verpfändungsvermerke gelten. Der Grund für die Löschung wurde bereits mit der Grundschuldbestellung gesetzt, da die Verpfändungsvermerke nur vorläufige Sicherungsmittel sein sollten, die ihrer Natur nach mit der Eintragung der Grundschulden wegfallen sollten.

2. ...

## E. Steuerrecht

15. ErbStG 1974 § 15 Abs. 3 (*Erbschaftsteuerliche Bedeutung der bindenden Schlußerbeneinsetzung*)

**Im Falle eines gemeinschaftlichen Testaments findet § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 keine Anwendung, wenn der zuletzt verstorbene Ehegatte testamentarisch berechtigt war, über den Nachlaß frei zu verfügen und durch eine letztwillige Verfügung die Erbfolge teilweise neu regelt.**

BFH, Urteil vom 26.9.1990 — II R 117/86 —

### *Aus dem Tatbestand:*

Der 1980 verstorbene E. X. und seine 1984 verstorbene Ehefrau (Erblasserin) hatten durch gemeinschaftliches Testament i. S. des § 2269 BGB sich gegenseitig zu alleinigen Erben des gesamten Nachlasses eingesetzt. Als Schlußerbe wurde u. a. zu  $\frac{1}{4}$  die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) eingesetzt. Weiterhin hatten die Eheleute verfügt:

„Der Überlebende ist berechtigt, das Testament bezüglich der Erbeinsetzungen und der Vermächtnisanordnungen jederzeit zu ändern, jedoch ist im Fall einer Wiederverheiratung jegliches Vermächtnis und eine Erbfolge zugunsten eines neuen Ehepartners ausgeschlossen.“

Nach dem Tode des Ehemannes errichtete die Erblasserin am 4.10.1983 ein eigenhändiges Testament, das u. a. wie folgt lautete:

„Aufgrund der Ermächtigung meines verstorbenen Mannes ändere ich dieses Testament wie folgt ab:

Erben meines Vermögens sind:

1. zu  $\frac{5}{20}$  wie bisher Frau G. X. ...“ (Klägerin).“

Anstelle eines bereits verstorbenen Schlußerben setzte die Erblasserin andere Personen ein, minderte den Erbanteil des dritten Geschwisters ihres verstorbenen Ehemannes um die Hälfte und wendete die frei werdende Hälfte einer anderen Person zu.

Die Klägerin beantragte als Schwester des vorverstorbenen E. X., die Erbschaftsteuer gem. § 15 Abs. 3 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) 1974 nach Steuerklasse III zu berechnen. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) sah in dem Testament vom 4.10.1983 eine neue Erbeinsetzung und setzte Erbschaftsteuer unter Anwendung der Steuerklasse IV in Höhe von 49.530 DM fest. Das Einspruchsverfahren führte zu einer Minderung der Erbschaftsteuer auf 44.150 DM.

Das Finanzgericht gab der Klage statt und setzte die Erbschaftsteuer unter Anwendung des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 auf 25.041 DM herab.

Das Finanzamt (FA) legte Revision ein.

### *Aus den Gründen:*

Die Revision des FA ist begründet und führt zur Aufhebung des FG-Urteils und Abweisung der Klage.

Haben sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß nach dem Tod des Überlebenden der Nachlaß an einen Dritten fallen soll (Berliner Testament), so ist bürgerlich-rechtlich im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des Zuletztversterbenden eingesetzt ist (§ 2269 Abs. 1 BGB). Erbschaftsteuerrechtlich sind nach § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 (und auch schon der Vorgängervorschrift § 10 Abs. 3 ErbStG 1959) die mit dem zuerst versterbenden Ehegatten näher verwandten Erben (und Vermächtnisnehmer) als dessen Erben anzusehen, soweit der überlebende Ehegatte an die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments gebunden und soweit Vermögen des zuerst verstorbenen Ehegatten beim Tod des überlebenden Ehegatten noch vorhanden ist. Diese Vorschrift beruht auf der Überlegung, daß es unbillig ist, allein auf das Verwandtschaftsverhältnis zu dem zuletzt versterbenden Ehegatten abzustellen, soweit das dem Schlußerben anfallende 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); denn beim gemeinschaftlichen Testament mit Bindung des zuletzt versterbenden Ehegatten erwirbt der Schlußerbe nach dem Tod des zuletzt versterbenden Ehegatten die Erbschaft aufgrund des Willens beider Ehegatten. Aus dem Sinn und Zweck dieser Regelung hat der Senat in seiner Entscheidung vom 16.9.1982 II R 20/81 (BFHE 136, 552, BStBl. II 1983, 44) gefolgert, daß die Anwendung des § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 nicht ausgeschlossen ist, wenn dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt wurde, nach dem Tod des zuerst Versterbenden anderweitig zu testieren, wenn er von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht hat. Denn auch in diesem Fall ist die Rechtsgrundlage für die Erbschaft des Schlußerben der in dem gemeinschaftlichen Testament niedergelegte Wille beider Ehegatten.

Im vorliegenden Fall bildet das gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres verstorbenen Ehemannes nicht die Rechtsgrundlage für den Erwerb der Klägerin. Die Erblasserin hat von ihrem Recht, anderweitig zu testieren, Gebrauch gemacht und in ihrem eigenhändigen Testament vom 4.10.1983 das gemeinschaftliche Testament abgeändert. Soweit sie dabei die Klägerin zu  $\frac{5}{20}$  als Erbin eingesetzt hat, entspricht diese Erbeinsetzung nach Person und Quote zwar der die Klägerin betreffenden Bestimmung im gemeinschaftlichen Testament. Die Erbeinsetzung mag auch durch das gemeinschaftliche Testament motiviert gewesen sein, sie beruht jedoch auf einer eigenständigen Entscheidung der Erblasserin, von der ihr eingeräumten Befugnis zur Änderung Gebrauch zu machen und insoweit dieselbe Regelung zu treffen. Damit ist die Klägerin nicht aufgrund gemeinschaftlichen Testaments, sondern aufgrund Einzeltestaments der Erblasserin Erbin geworden, so daß § 15 Abs. 3 ErbStG 1974 nicht angewendet werden kann.

## V. Standesnachrichten

### A. Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a.D. Max Weigert, Sonthofen, gest. am 28.4.1991

#### 2. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung ab 1.4.1991:

Kandel/Pfalz dem Notar  
(in Sozietät mit Oskar Herb,  
Notar Pfeiffer) bisher in Landstuhl

Mit Wirkung ab 1.5.1991:

Kandel/Pfalz dem Notarassessor  
(neuerrichtete Notarstelle Thomas Flörsch,  
in Sozietät mit bisher Notariatsverweser  
Notar Bechberger) in Grünstadt

Grünstadt dem Notarassessor  
Dr. Martin Ponkrat,  
bisher in Ludwigshafen  
(Notarstelle JR Dr. Kohler)

Mit Wirkung ab 1.6.1991:

Schwabmünchen dem Notar  
(neuerrichtete Dr. Erhard Pauker,  
Notarstelle) bisher in Cadolzburg

Nürnberg dem Notar  
(neuerrichtete Dr. Rolf Thiele,  
Notarstelle) bisher in Hofheim

Eltmann dem Notarassessor  
Dr. Rolf-Peter Weinberger,  
bisher in München  
(Notarstelle Dr. Asam)

Arnstein dem Notarassessor  
Dr. Werner Sommerhäuser  
bisher in Fürth  
(Notarstelle Dr. Bengel)

Landstuhl dem Notar  
Wolfgang Schäffling,  
bisher in Pirmasens

Mit Wirkung ab 1.8.1991:

Bad Reichenhall dem Notar  
Josef Massinger,  
bisher in Waldkirchen

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung ab 1.6.1991:

Friedrich Schneider, Kandel/Pfalz (Notarstelle Herb)

Mit Wirkung ab 16.6.1991:

Roman Merznicht, Vilshofen (Notarstelle Dr. Huber)

Mit Wirkung ab 1.7.1991:

Gerald Brandmüller, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Reithmann)

#### 4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notar Dr. Wolfgang Hösel, Nürnberg, ab 1.8.1991 im Ruhestand

Notarassessorin Marion Heuer, Bayreuth (Notarstelle Schmidt), ab 26.2.1991 in Neumarkt i. d. Opf. (Notarstelle Hörndler)

Notarassessor Hermann Schmidl, Regensburg (Notarstelle Kreuzer), ab 4.3.1991 in München, Geschäftsführer der Notarkasse

Notarassessorin Marion Heuer, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstelle Hörndler), ab 11.3.1991 in München (Notarstelle Prof. Dr. Geimer)

Notarassessor Gerald Ferstl, Schweinfurt (Notarstelle Schineis), ab 16.3.1991 in München (Notarstelle Dr. Rosenbauer)

Notarassessor Gerhard Malchus, Kandel (Notarstelle Dr. Eiswirth), ab 1.4.1991 in Kandel (Notarstelle Herb)

Notarassessor Eckhard Froeb, Vilshofen (Notarstelle Dr. Huber), ab 15.4.1991 aus dem notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern entlassen und nunmehr Notar in Weimar

Notarassessor Dr. Thomas Schönberger, Ludwigshafen (Notarstelle JR Dr. Kohler), ab 22.4.1991 in Ludwigshafen (Notarstelle Draxel-Fischer)

Notarassessor Bernd Schmitt, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Reithmann), ab 1.5.1991 in Neu-Ulm (Notarstelle Dr. Kanzleiter)

Notarassessor Peter Limmer, Nürnberg (Notarstelle Schallock), ab 1.5.1991 in Köln (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Dr. Ludwig Hofstetter, Hersbruck (Notarstelle Dr. Vollhardt), ab 13.5.1991 in Fürth (Notarstelle Dr. Bengel)

Notarassessor Dr. Christopher Keim, Ludwigshafen (Notarstelle Dr. Bumiller), ab 1.6.1991 in Frankenthal (Notarstelle Seiberth)

Notarassessor Dr. Christoph Anderle, Tegernsee (Notarstelle Dr. Eichhorn), ab 1.6.1991 in München (Notarstelle Dr. Asam)

Notarassessor Christoph von Edlinger, Lindau (Notarstelle Kluy), ab 17.6.1991 in Schweinfurt (Notarstelle Dr. Kutter)

Amtmann i. N. Wolfgang Klingenberger, Aschaffenburg (Notarstellen Harms/Makowka), ab 1.1.1992 in Klingenberg (Notarstelle Dr. Staab)

Oberamtsrat i. N. Josef Sedlmayer, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schwaiger/Dr. Spinar), ab 1.1.1991 im Ruhestand