

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10/1995 · Mai 1995

Inhaltsübersicht

<p>Aus der Gutachtenpraxis des DNotI ZPO § 848; GBO § 22; BGB §§ 1281, 1282 - Löschung der Auflassungsvormerkung samt (Ver-)Pfändungsvermerk GrESStG §§ 8, 9; BauGB §§ 133 ff.; KAG; BGB §§ 446, 436, 103 - Auswirkungen von vertraglichen Regelungen über Erschließungskosten und KAG-Beiträge auf die Grunderwerbsteuer</p> <p>Rechtsprechung BGB § 505 - Vorfälligkeitszinsen bei Ausübung des Vorkaufsrechts BGB § 883 - Sukzessivberechtigung bei Rückauflassungsvormerkung</p>	<p>SachenRBERG § 78 - Verfügungsverbot bei Zusammenfall von Gebäudeeigentum und Grundstückseigentum GBO §§ 19, 22, 23 - Löschungsbewilligung durch Testamentsvollstrecker GBO §§ 22, 51, 71, 78 - Löschung eines Nacherbenvermerks durch Unrichtigkeitsnachweis HGB §§ 161, 119; AktG § 246 - Anfechtungsfrist bei einer Kommanditgesellschaft GmbHG § 33; BGB § 101 Nr. 2 - Stimmrecht bei eigenen Anteilen</p> <p>Literatur</p>
--	--

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,
 wie Sie sicherlich wissen, gibt das Deutsche Notarinstitut im Verlag C. H. Beck, München, die Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts heraus, in der monographisch Probleme der notariellen Praxis behandelt werden. Wir freuen uns, daß nun Band 2 der Schriftenreihe vorliegt:

**Kawohl, Notaranderkonto,
 Vollzugsstörung bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen,
 1995, 108 Seiten**

Der vorliegende Band behandelt praxisnah die Fragen der Vollzugsstörungen bei der notariellen Verwahrung zur Durchführung von Grundstückskaufverträgen. Der Verfasser erörtert hier eine Vielzahl von praxisrelevanten Problemen, etwa die Formbedürftigkeit der Hinterlegungsvereinbarung, die Erfüllung des Kaufpreisanspruchs durch Verwahrung, die Änderungen der Widerrufshinterlegungsanweisung durch eine Partei, Einwendungen gegen die Durchführung der notariellen Verwahrung, die Abtretung und Pfändung des Kaufpreisanspruches, die Auswirkungen der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens auf die Verwahrung, die Ablösung von Grundpfandrechten mit Hilfe des hinterlegten Kaufpreises und die Fragen der Rechtsmittel der Beteiligten gegen Entscheidungen des Notars bei der Verwahrung. Das Werk kann im Buchhandel oder über den Verlag C. H. Beck bezogen werden.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen
 Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**ZPO § 848; GBO § 22; BGB §§ 1281, 1282
 Löschung der Auflassungsvormerkung samt
 (Ver-)Pfändungsvermerk**

I. Sachverhalt

Bei dem Erwerb einer Teilfläche wurde die Auflassungsvormerkung zugunsten der Finanzierungsbank des Käufers „verpfändet“. Nachfolgend wurde der Eigentumsverschaffungsanspruch an dem selben Eigentum zu verschiedenen Zeitpunkten durch eine Reihe von weiteren Gläubigern gepfändet. Nach der Vermessung erfolgte die Eigentumsübertragung unter Mitwirkung des gerichtlich bestellten Sequesters, der mit der Auflassungserklärung auch die kraft Gesetzes entstandenen Sicherungshypotheken zugunsten der Gläubiger im Grundbuch zur Eintragung beantragte. Die Eintragung im Grundbuch ist erfolgt.

Bei der Fertigung der Auflassungserklärung ging der beurkundende Notar davon aus, daß die Auflassungsvormerkung samt den entsprechenden (Ver-)Pfändungsvermerken nur unter Mitwirkung der jeweiligen Gläubiger gelöscht werden könnte. Die entsprechenden Erklärungen haben auch die meisten Gläubiger abgegeben, allerdings ein Gläubiger nicht, der im Rang extrem schlecht eingetragen ist und normalerweise keine Chance hat, aus dem Versteigerungserlös irgendeine Zahlungen zu erhalten.

Die erstrangig eingetragene Finanzierungsbank will nun das Zwangsversteigerungsverfahren durchführen. In diesem Zusammenhang wurde sie vom Grundbuchamt darauf hingewiesen, daß die im Rang vor der zugunsten der Finanzierungsbank eingetragene Grundschuld noch eingetragene Auflassungsvormerkung im Fall der Versteigerung bestehenbleibt und dies erfahrungsgemäß einige Bietinteressenten abschreckt.

II. Frage

1. Kann die Auflassungsvormerkung samt (Ver-)pfändungsvermerken im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden, wenn die kraft Gesetzes für die Pfändungsgläubiger entstehenden Sicherungshypotheken rangrichtig im Grundbuch eingetragen sind?

2. Falls nicht, gilt der vom Gericht für die Gläubiger bestellte Sequester als ermächtigt, die Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk löschen zu lassen?

3. Hat ein vorrangig eingetragener Pfändungsgläubiger gegebenenfalls entsprechend § 883 BGB das Recht, von den nachrangigen Pfändungsgläubigern die Zustimmung zur Löschung dieser Auflassungsvormerkung, hilfsweise einen entsprechenden Rangrücktritt hinter sein Recht zu fordern?

4. Sind gegebenenfalls die voraufgeführten Fragen deshalb gegenstandslos, weil die Sicherungshypotheken nicht Rang nach der Vormerkung haben, sondern mindestens Gleichrang?

III. Rechtslage

1. **Nach einhelliger Auffassung in der Literatur bedarf die Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk der Bewilligung (auch) des Gläubigers** (Stöber, Verpfändung des Eigentumsübertragungsanspruchs und Grundbucheintragung, DNotZ 1985, 587 ff., 597; Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rz. 1575; Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl. 1995, § 26 Rz. 27; Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 20 Rz. 144). Sämtliche Autoren berufen sich dabei auf ein Urteil des BayObLG vom 28.04.1983 (DNotZ 1983, 758). In diesem Urteil hat das BayObLG ausgeführt, daß die Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk die Bewilligung (auch) des Pfandgläubigers voraussetze.

Ausgangspunkt für diese Entscheidung des BayObLG ist die von dem Gericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung, daß bei der bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch vermerkten Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs die Eigentumsumschreibung nur mit Bewilligung des Pfandgläubigers erfolgen könne, jedenfalls dann, wenn nicht gleichzeitig für den Pfandgläubiger die Sicherungshypothek (§ 1287 Satz 2 BGB) eingetragen werde.

a) **Der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück kann als übertragbares Vermögensrecht gemäß § 1273 Abs. 1 BGB verpfändet werden.** Die Wirksamkeit der Verpfändung setzt den Abschluß eines - auch formlos wirksamen - Verpfändungsvertrages sowie die Anzeige der Verpfändung durch den Käufer oder einen von ihm bevollmächtigten Dritten (z. B. Notar) an den Verkäufer voraus

(§ 1280 BGB). Die Verpfändung kann, muß aber nicht, bei der Eigentumsvormerkung (berichtigend) eingetragen werden. Die Eintragung des Verpfändungsvermerks verhindert den gutgläubigen pfandrechtsfreien Erwerb und beeinflusst das Grundbuchverfahren.

b) **Die Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs führt gemäß §§ 1281, 1282 BGB dazu, daß der Verkäufer vor Pfandreife an Käufer und Pfandgläubiger gemeinschaftlich, nach Pfandreife an den Pfandgläubiger allein bzw. mit Zustimmung des Pfandgläubigers an den Käufer allein leisten muß.** Mit Erfüllung des Kaufvertrages erwirbt der Käufer Eigentum und der Pfandgläubiger kraft Gesetzes eine Sicherungshypothek. Erfolgt die Auflassung allein an den Käufer, so hat sie gegenüber dem Pfandgläubiger keine Erfüllungswirkung. Dieser kann daher weiterhin Erfüllung gemäß §§ 1281, 1282 BGB verlangen.

c) Umstritten ist, ob das Eigentum auf den Käufer ohne Zustimmung bzw. Bewilligung des Pfandgläubigers umgeschrieben werden kann, wenn die Verpfändung bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch vermerkt ist.

aa) *Stöber* (in: DNotZ 1985, 587 ff.; Haegle/Schöner/Stöber, a.a.O., Rz. 1576 f.) spricht sich gegen die Notwendigkeit einer Zustimmung des Pfandgläubigers zur Eigentumsumschreibung aus. Er verweist dazu auf das Abstraktionsprinzip, welches dem Pfandrecht am schuldrechtlichen Anspruch jegliche Bedeutung für die Rechtswirksamkeit der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung versage. *Ertl* (in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 20 Rz. 141) schließt sich dieser Meinung an und verweist auf die faktische Grundbuchsperrung, die sonst entstünde, wenn die Eigentumsumschreibung mit Rücksicht auf die fehlende Zustimmung des Pfandgläubigers versagt würde.

bb) Das **BayObLG** (zuletzt DNotZ 1987, 625 ff.) und die Kommentarliteratur (MünchKomm-Damrau, 2. Aufl. 1986, § 1274 Rz. 24 e; Staudinger/Riedel/Wiegand, 12. Aufl. 1981, § 1287 Rz. 13 f.; Palandt/Bassenge, 54. Aufl. 1995, § 1281 Rz. 3) **verlangen dagegen zur Eigentumsumschreibung die Bewilligung des Pfandgläubigers gemäß §§ 19, 29 GBO jedenfalls dann, wenn für den Pfandgläubiger nicht gleichzeitig die Sicherungshypothek gemäß § 1287 Satz 2 BGB eingetragen wird.** Eine unter Verletzung der §§ 1281, 1282 BGB erklärte Auflassung sei nicht voll wirksam, dies müsse das Grundbuchamt gemäß § 20 GBO beachten. Das BayObLG hat in dem obengenannten Urteil weiter entschieden, daß eine Regelung, die die materiell-rechtlichen Erfordernisse der Mitwirkung des Pfandgläubigers gemäß § 1284 BGB abbedingt, dessen Bewilligung nach § 19 GBO nicht entbehrlich mache; seine Stellung werde auch in diesem Fall durch die Eigentumsumschreibung nachteilig berührt, wenn nicht gleichzeitig die Sicherungshypothek eingetragen werde. Das BayObLG differenziert dabei nicht zwischen der Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs vor (§ 1281 BGB) bzw. nach (§ 1282 BGB) Eintritt der Pfandreife.

Über eine Klausel, wonach die Auflassung sowohl vor als auch nach Pfandreife nur dem Käufer gegenüber erklärt werden soll, hat die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Der Inhalt einer derartigen Klausel dürfte jedoch

dem Regelungsgehalt des § 1284 BGB unterfallen und - folgt man der Rechtsprechung des BayObLG - das Bewilligungserfordernis nicht entbehrlich machen. Eine derartige Klausel bedürfte auch insbesondere der Vereinbarung zwischen Käufer und Pfandgläubiger. Dem Grundbuchamt müßte sie in der von § 29 GBO vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden.

cc) Das BayObLG hat stets ausgeführt, daß die Eigentumsumschreibung der Bewilligung des Pfandgläubigers jedenfalls dann bedürfe, wenn für ihn nicht gleichzeitig die Sicherungshypothek nach § 1287 Satz 2 BGB eingetragen werde. Ein Fall, in dem gleichzeitig die Sicherungshypothek eingetragen wurde, ist, soweit ersichtlich, bislang noch nicht Gegenstand einer obergerichtlichen Entscheidung geworden.

d) Geht man davon aus, daß die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Eigentumsumschreibung erforderlich ist, wenn nicht gleichzeitig die Sicherungshypothek eingetragen wird, so ergibt sich daraus auch ohne weiteres **die Notwendigkeit der Bewilligung des Pfandgläubigers zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk**. Geht man des weiteren davon aus, daß die Zustimmung des Pfandgläubigers zur Eigentumsumschreibung nicht erforderlich ist, wenn gleichzeitig die Sicherungshypothek eingetragen wird, so müßte nach der Argumentation des BayObLG auch eine Bewilligung des Pfandgläubigers zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk nicht erforderlich sein, wenn gleichzeitig die Sicherungshypothek eingetragen wird. Ob das BayObLG tatsächlich in diesem Sinne entscheiden würde, ist jedoch nicht abzusehen.

Stöber (DNotZ 1985, 597) hat das Erfordernis der Bewilligung des Pfandgläubigers zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk dahin gehend eingeschränkt, **daß eine Bewilligung nicht erforderlich sei, „wenn Eigentumsübertragung durch Leistung ‘in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB’, somit Auflassung unter Mitwirkung (oder mit Genehmigung) des Pfandgläubigers erfolgt** (und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen)“ ist.

2. **Nach der Auffassung Stöbers bedarf auch die Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk der Bewilligung des Gläubigers** (Forderungspfändung, 10. Aufl. 1993, Rz. 2048; Zöller/Stöber, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 848 Rz. 10). Dabei beruft sich **Stöber** wiederum auf das Urteil des BayObLG vom 28.04.1983 (DNotZ 1983, 758) zur Frage der Löschung der Auflassungsvormerkung bei Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs.

a) **Als übertragbares Vermögensrecht kann der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück gemäß §§ 829, 846 ZPO gepfändet werden**. Die Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs bewirkt die Beschlagnahme des Anspruchs und begründet an ihm für den Pfändungsgläubiger ein Pfändungspfandrecht. Eine zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung bereits eingetragene Auflassungsvormerkung wird als (unselbständiges) Nebenrecht von der Pfändung erfaßt. Die (wirksame) Pfändung kann auf Antrag bei der Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen werden.

b) **Nach § 848 Abs. 2 S. 1 ZPO hat bei Pfändung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums die Auflassung an den Sequester als Vertreter des Schuldners zu erfolgen**. Die Einigung muß dahin gehen, daß der Schuldner Eigentümer werden soll. Erklärt werden muß die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit des Drittschuldners und des Sequesters (als Schuldnervertreter) vor dem Notar (§ 925 BGB). In das Grundbuch wird als Eigentümer sodann der Schuldner eingetragen. Die Eintragung erfolgt auf Antrag des Sequesters oder Veräußerers (§ 13 GBO). Die Auflassung kann auch unter Mitwirkung des Schuldners erklärt und der Eintragungsantrag vom Schuldner gestellt werden, wenn der Sequester zugestimmt hat. Nur die unter Mitwirkung des Sequesters erfolgte Eigentumsumschreibung hat gegenüber dem Pfändungsgläubiger Erfüllungswirkung (Stöber, Forderungspfändung, a.a.O., Rz. 2045 a).

c) **Mit Übergang des Eigentums auf den Schuldner erlangt der Gläubiger eine Sicherungshypothek für seine Forderung (§ 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO)**. Die Sicherungshypothek entsteht kraft Gesetzes, in das Grundbuch ist sie auf Bewilligung des Sequesters einzutragen (§ 848 Abs. 2 Satz 3 ZPO i.V.m. § 19 GBO); Eintragungsantrag kann der Sequester oder der Pfändungsgläubiger stellen. Die Eintragung ist Grundbuchberichtigung. Unterbleibt die Eintragung der Sicherungshypothek, dann droht ihrem Gläubiger wegen § 892 BGB Gefahr mit gutgläubigem Erwerb des Grundstücks oder eines Rechts daran durch Dritte (vgl. hierzu Zöller/Stöber, a.a.O., § 848 Rz. 4 ff.).

d) Bei der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs **bedarf es** - anders als bei der Verpfändung - **zur Eigentumsumschreibung nicht der Zustimmung bzw. Bewilligung des Pfändungsgläubigers**; dessen Interessen werden durch den gerichtlich bestellten Sequester wahrgenommen. Die Einschaltung des Sequesters sichert die Umwandlung des Pfändungspfandrechts am Auflassungsanspruch in eine Hypothek an dem aufgelassenen Grundstück (Stöber, Forderungspfändung, a.a.O., Rz. 2037, 2045). Die Eintragung der Sicherungshypothek kann zugleich mit der Auflassung bewilligt, beantragt und vollzogen werden; das ist zur Abwendung von Rechtsverlusten durch gutgläubigen Erwerb Dritter vom Gläubiger praktisch zu erstreben (Stöber, Forderungspfändung, a.a.O., Rz. 2047).

e) Bedarf es danach im Fall der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs im Rahmen von § 848 ZPO - anders als im Hinblick auf §§ 1281, 1282 BGB bei der Verpfändung - zur Eigentumsumschreibung nicht der Zustimmung bzw. Bewilligung des Pfändungsgläubigers, **so muß dies u. E. dazu führen, daß im Rahmen von § 848 ZPO auch eine Bewilligung des Pfändungsgläubigers zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk nicht erforderlich ist, jedenfalls dann nicht, wenn mit der Eigentumsumschreibung gleichzeitig auch die Sicherungshypothek für den Pfändungsgläubiger eingetragen wird**. Durch die mit der Eintragung der Sicherungshypothek gleichzeitig erfolgende Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk droht dem Pfändungsgläubiger keinerlei Rechtsverlust, da maßgebend für das wirksame Entstehen des

Pfandrechts der Zeitpunkt der rechtsgeschäftlichen Einigung bzw. der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches ist. Nachträgliche Verfügungsbeschränkungen des Schuldners können sich auf das wirksame Entstehen der Sicherungshypothek nicht mehr auswirken, da diese kraft Gesetzes im Wege der dingliche Surrogation entsteht. Der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk kommt daher nach Eintragung der Sicherungshypothek keine sichernde Wirkung mehr zu. U. E. kann daher der Sequester mit Bewilligung und Beantragung der Eintragung der Sicherungshypothek auch die Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk bewilligen und beantragen, so daß mit Eigentumsbeschreibung auch die Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk - ohne Mitwirkung des Pfändungsgläubigers - gelöscht werden kann.

f) Vom dogmatischen Ansatz her müßte u. E. auch Stöber zu diesem Ergebnis kommen: Wie bereits ausgeführt, hält Stöber bei der Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches eine Bewilligung des Pfandgläubigers zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk für entbehrlich, „wenn Eigentumsübertragung durch Leistung ‘in Gemäßheit der §§ 1281, 1282 BGB’, somit Auflassung unter Mitwirkung (oder mit Genehmigung) des Pfandgläubigers erfolgt (und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen) ist“ (DNotZ 1985, 597). In diesem Fall hat die Eigentumsübertragung Erfüllungswirkung auch gegenüber dem Pfandgläubiger, mit der Folge, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch, das Pfandrecht hieran sowie die Auflassungsvormerkung erlöschen. Bei der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches hat die Eigentumsübertragung durch Leistung „in Gemäßheit des § 848 Abs. 2 S. 1 ZPO“, somit Auflassung unter Mitwirkung (oder mit Genehmigung) des Sequesters zu erfolgen. Die Mitwirkung des Sequesters tritt hier also an die Stelle der Mitwirkung des Pfändungsgläubigers. Auch in diesem Fall hat die Eigentumsübertragung Erfüllungswirkung gegenüber dem Pfändungsgläubiger, mit der Folge, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch, das Pfändungspfandrecht hieran sowie die Auflassungsvormerkung erlöschen. U. E. bedarf es daher im Rahmen von § 848 ZPO bei der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruches zur Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk nicht der Mitwirkung des Pfändungsgläubigers, jedenfalls dann, wenn gleichzeitig für den Pfändungsgläubiger die Sicherungshypothek eingetragen wird.

3. Ist bei der Eigentumsbeschreibung die Löschung der Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk unterblieben, weil kein entsprechender Antrag seitens des Vormerkungsberechtigten und des Sequesters gestellt worden ist, etwa in der Annahme, daß es zur Löschung des Pfändungsvermerks der Zustimmung des Pfändungsgläubigers bedarf, stellt sich die Frage, ob die Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB, § 22 GBO) gelöscht werden kann.

a) **Zur Löschung des Verpfändungsvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung hat das BayObLG in seinem Urteil vom 08.12.1983 (BayObLGZ 83, 301 ff., 303) ausgeführt, daß die Auflassungsvormerkung, bei der eingetragen ist, daß der Anspruch gegen den Veräußerer auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück verpfändet worden ist, aufgrund der Bewilligung des Erwerbers nur gelöscht**

werden könne, wenn auch der Verpfändungsvermerk zu löschen sei. Nach Auffassung des BayObLG ist der Verpfändungsvermerk nicht nur aufgrund einer entsprechenden Bewilligung des Pfandgläubigers (§ 19 GBO), sondern nach Maßgabe der §§ 22 ff. GBO auch dann zu löschen, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist:

„Das Pfandrecht am Eigentumsverschaffungsanspruch ist aber mit der Eintragung der Auflassung erloschen. (...) Mit dem Untergang des Pfandgegenstandes (Eigentumsverschaffungsanspruch) ist auch das an ihm bestellte Pfandrecht erloschen (...). Somit ist das Grundbuch hinsichtlich des Verpfändungsvermerks unrichtig und auf Antrag (durch Löschung dieses Vermerks) zu berichtigen. Diese Grundbuchberichtigung kann auch nicht nur unter den Voraussetzungen der §§ 24, 23 Abs. 1 GBO vorgenommen werden; denn nach dem Untergang des Pfandgegenstandes kann es eine dingliche Haftung eben dieses Pfandgegenstandes für Rückstände von Leistungen nicht mehr geben. Die §§ 24, 23 Abs. 1 GBO sind anwendbar auf die Fälle, in denen das (materiell-rechtliche) Erlöschen des eingetragenen Rechtes aus dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses hergeleitet wird (...). Hier dagegen beruht das Erlöschen des Pfandrechts darauf, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch, also der Pfandgegenstand, durch Erfüllung untergegangen ist. Die Löschung des Pfandrechts aus diesem Grund richtet sich nach § 22 GBO (...)“ (BayObLGZ 1983, 304).

Den Ausführungen des BayObLG angeschlossen hat sich Ertl (in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 20 Rz. 144). Auch nach seiner Ansicht ist zur Löschung der Vormerkung samt Verpfändungsvermerk die Löschungsbewilligung des Pfandgläubigers entbehrlich bei Nachweis, daß der verpfändete Anspruch infolge Erfüllung erloschen ist, weil mit dem Untergang des Pfandgegenstandes auch das an ihm bestellte Pfandrecht erlischt.

b) In seinem Urteil vom 29.11.1990 (NJW-RR 91, 567) hat das BayObLG ergänzend ausgeführt:

„Die im Grundbuch eingetragene Vormerkung samt Verpfändungsvermerk sichert die sich für die Bet. zu 1 ergebenden Rechte aus der Vormerkung. Mit der Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruches durch Eintragung der Auflassung im Grundbuch erlischt zwar die Vormerkung, so daß die Auflassungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden könnte (...). Dies gilt aber nicht, wenn vormerkungswidrige Eintragungen vorhanden sind, weil dann noch nicht vollständig erfüllt ist. In diesem Fall kann die Vormerkung nicht gelöscht werden, weil sonst dem Vormerkungsberechtigten und dem Pfandgläubiger Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb drohen würde (...)“ (BayObLG NJW-RR 1991, 568).

c) Da mit Eigentumsübertragung auf den Schuldner unter Mitwirkung des Sequesters Erfüllung eintritt, also der Eigentumsverschaffungsanspruch, das Pfändungspfandrecht hieran sowie die Auflassungsvormerkung erlöschen, ist das Grundbuch sowohl hinsichtlich der Auflassungsvormerkung als auch hinsichtlich des Pfändungsvermerks unrichtig. Liegen vormerkungswidrige Eintragungen nicht vor, so ist davon auszugehen, daß die Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk im

Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO gelöscht werden kann; wird mit der Eigentumsumschreibung gleichzeitig die Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen, droht dem Pfändungsgläubiger kein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb. Dabei stellt sich auch nicht die Frage nach zwischenzeitlich eingetretenen Verfügungsbeschränkungen auf seiten des Schuldners, da es - wie bereits ausgeführt - für die Entstehung der Sicherungshypothek ausschließlich auf den Zeitpunkt der Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ankommt, nicht auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung.

U. E. kann daher auf entsprechenden Antrag des Schuldners bzw. Sequesters auch nach Eigentumsumschreibung die Auflassungsvormerkung samt Pfändungsvermerk ohne Mitwirkung des Pfändungsgläubigers im Wege der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO gelöscht werden, jedenfalls dann, wenn gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung für den Pfändungsgläubiger die Sicherungshypothek eingetragen worden ist.

**GrEStG §§ 8, 9; BauGB §§ 133 ff.; KAG; BGB §§ 446, 436, 103
Auswirkungen von vertraglichen Regelungen über Erschließungskosten und KAG-Beiträge auf die Grunderwerbsteuer**

I. Sachverhalt

K kauft von der Gemeinde G und dem privaten Veräußerer V jeweils ein Grundstück. Der Notar rät, dringend eine Regelung hinsichtlich der Erschließungskosten und der KAG-Beiträge in den Grundstückskaufvertrag aufzunehmen.

II. Frage

Welche Auswirkungen auf die Grunderwerbsteuer hat die Aufnahme einer Vereinbarung in den Grundstückskaufvertrag über die Tragung der Erschließungskosten und KAG-Beiträge?

III. Rechtslage

1. Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer

Der BGH (Urt. v. 28.04.1994 - IX CR 161/93) **hat den Notar verpflichtet, bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages die Problematik nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge mit den Beteiligten zu erörtern und diesen, falls sie dies wünschen, eine entsprechende vertragliche Regelung vorzuschlagen.** Die vertragliche Vereinbarung hierzu kann nicht nur auf die Notar- und Grundbuchkosten, sondern auch auf die Grunderwerbsteuer Auswirkungen haben (so bereits Albrecht, in: Reithmann/Röll/Geßele, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Rdnr. 473). Grund hierfür ist, daß sich die Grunderwerbsteuer grundsätzlich nach dem Wert der Gegenleistung bemißt (§ 8 Abs. 1 GrEStG). **Dabei ist unter Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne jede Leistung zu verstehen, die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundvermögens empfängt bzw. der Erwerber als Entgelt für den Grundstückserwerb gewährt.** Beim Grundstückskauf sind dem Kaufpreis die vom Käufer übernommenen weiteren Leistungen hinzuzurechnen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). Teil der Gegenleistung ist auch die Übernahme öffentlicher Abgaben, die sonst dem Verkäufer zur

Last fallen würden (Sack, in: Boruttau/Egly/Sigloch, GrEStG, 13. Aufl., § 9 Rdnr. 282). Entscheidend hinsichtlich der Erschließungskosten und KAG-Beiträge ist somit, ob der Käufer nach der vertraglichen Regelung abweichend von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtslage Beiträge zu tragen bzw. zu erstatten hat. Nur wenn dies der Fall ist, führt die vertragliche Regelung zur Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer (Sack, a.a.O., § 9 Rdnr. 345, u. Hoffmann, GrEStG, 5. Aufl., § 9 Rdnr. 7).

Die Länder haben zum Problem der grunderwerbsteuerrechtlichen Behandlung von Erschließungsbeiträgen und anderen Anliegerkosten als Teil der Gegenleistung koordinierte Erlasse veröffentlicht (vgl. DB 1989, 2100; Mitt-BayNot 1989, 334, u. DStR 1993, 1331). Diese Erlasse sind im wesentlichen zutreffend. Sie berücksichtigen jedoch die Besonderheiten der Landeskommunalabgabengesetze und der Beitragserhebung bei gemeindeeigenen Grundstücken nicht hinreichend (kritisch bereits Grziwotz, DB 1990, 1694 f.). Aus diesem Grunde ist beispielsweise in Bayern ein ergänzender Erlaß ergangen (DB 1990, 1696; vgl. dazu auch Knorn, DB 1990, 1895 f.), der den koordinierten Erlaß teilweise korrigiert. Das Problem wird nunmehr ausführlich mit einer Checkliste von Grziwotz, DStR 1994, 1014 ff. dargestellt. Wegen der unterschiedlichen Rechtslage empfiehlt es sich, die Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke und Verträge zwischen Privaten zu unterscheiden.

2. Grundstückskaufverträge zwischen Privaten

2.1. Nach der gesetzlichen Regelung der §§ 446, 436, 103 BGB hat der Käufer die nach der Übergabe des Grundstücks fällig werdenden öffentlichen Lasten zu tragen. Nach § 135 Abs. 1 BauGB tritt die Fälligkeit der Erschließungsbeiträge einen Monat nach Zustellung des Beitragsbescheides ein. Hinsichtlich der Anschluß- und Ausbaubeiträge bestimmen die meisten kommunalen Satzungen in ähnlicher Weise, daß diese einen Monat nach Bekanntgabe bzw. ggf. nach Zustellung des Beitragsbescheides fällig werden (vgl. Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 8 Rdnr. 251). Soweit durch die Regelung im Grundstücksverkauf vom Erwerber nur nach Besitzübergang fällig werdende Beiträge übernommen werden, trifft ihn die Pflicht zur Tragung dieser Beiträge bereits zivilrechtlich, so daß insoweit keine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Gegenleistung vorliegt.

2.2. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Beitragserhebung lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

- Übernimmt der Käufer lediglich Vorauszahlungen bzw. -leistungen, so handelt es sich im Regelfall um keine grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung, da der Er-

werber nur Leistungen auf seine spätere endgültige Beitragspflicht erbringt. Entsteht allerdings, etwa bei einer langen Vertragsabwicklung aufgrund eines Teilflächenkaufs oder wegen der grundbuchmäßigen Schwierigkeiten in den neuen Bundesländern, die endgültige Beitragspflicht noch beim Veräußerer, so liegt grunderwerbsteuerrechtlich eine Gegenleistung vor. Soweit Verzögerungen durch staatliche Behörden oder Grundbuchämter verursacht sind, wäre allerdings an einen Billigkeitserlaß zu denken; eine Rechtsprechung hierzu liegt allerdings nicht vor (zur entsprechenden Problematik hinsichtlich der Grundbuchkosten s. BayObLG, MittBayNot 1975, 36/37).

- **Wurde die Beitragspflicht bereits vom Veräußerer durch Vereinbarung mit der Gemeinde abgelöst und erstattet der Käufer zusammen mit dem Kaufpreis die Ablösesumme, so handelt es sich um einen Teil des Kaufpreises, der auch beurkundungsrechtlich nicht eigens ausgewiesen werden müßte.** Da eine Beitragspflicht in der Person des Erwerbers nicht mehr entstehen kann, weicht die Rechtslage von derjenigen bei der Erstattung vom Veräußerer bezahlter Vorausleistungen ab.

- **Wurden dem Veräußerer bereits bescheidsmäßig (endgültige) Beiträge in Rechnung gestellt und übernimmt diese der Erwerber, handelt es sich ebenfalls um eine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Gegenleistung.** Auch hier liegt der Fall vor, daß es sich lediglich um einen Einzelposten hinsichtlich der Wertermittlung für ein Grundstück handelt (vgl. § 5 Abs. 3 WertV 88 sowie hierzu Grziwotz, ZRP 1994, 175/176).

3. Grundstücksverkauf durch eine Gemeinde

Beim Verkauf gemeindeeigener Grundstücke gelten folgende Besonderheiten: Bundesrechtlich kann für diese Grundstücke eine Beitragspflicht nicht entstehen, weil die Gemeinde nicht ihr eigener Schuldner sein kann. Erst wenn die Gemeinde das Grundstück an einen Dritten veräußert oder für diesen ein Erbbaurecht bestellt, entsteht die Beitragsschuld in der Person des Dritten (BVerwG, DVBl. 1984, 188, u. NVwZ 1985, 912). Diese Rechtslage gilt auch in den meisten Bundesländern. Eine ausdrückliche Regelung hierzu treffen nur § 26 Abs. 1 KAG RP und § 22 Abs. 2 SächsKAG. Besonderheiten gelten nach der Rechtsprechung in Bayern und Niedersachsen; dort soll die Beitragsschuld auch bei gemeindeeigenen Grundstücken nach denselben Regeln wie bei "Fremdgrundstücken" in der Person der Gemeinde entstehen (BayVGh, BayVBl. 1986, 84/85, u. KStZ 1988, 144 f., sowie OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 42). Entsteht die Beitragspflicht in der Person der Gemeinde, könnte diese ein beitragsfreies Grundstück veräußern, ohne hier an die sonst bei der Abgeltung von Beitragslasten geltenden Beschränkungen gebunden zu sein (vgl. Driehaus/Klausung, a.a.O., § 8 Rdnr. 1060, u. Grziwotz, DStR 1994, 1014/1016).

Ein weiteres Problem ergibt sich hinsichtlich der Erschließungskosten und der KAG-Beiträge in denjenigen Ländern, die eine der bundesrechtlichen Lage entsprechende Regelung enthalten, bezüglich der Frage der Ablösung. Da Ablöseverträge nach dem jeweiligen Gesetzeswortlaut eine Vereinbarung zwischen der Gemeinde und dem Eigentümer voraussetzen, käme nur ein bedingter Ablösungsvertrag in Betracht; hierzu ist aber fraglich, ob eine Ablösung überhaupt möglich ist, wenn in

derselben logischen Sekunde, in der die Beitragspflicht entsteht, diese sogleich wieder entfallen soll (zum Problem Grziwotz/Döring, DAI-Skript, Städtebauliche Verträge und Erschließungsrecht in der notariellen Praxis, 1994, S. 117 ff.)

Soweit bei gemeindeeigenen Grundstücken die Beitragspflicht erst in der Person des Erwerbers entsteht (Bundesrecht und entsprechende landesrechtliche Regelungen), liegt keine Gegenleistung vor, da der Erwerber nur Zahlungen auf seine eigene Beitragsschuld erbringt. Ob hierfür bei der bedingten Ablösung eine Ausnahme zu machen ist, ist umstritten (vgl. Grziwotz, DStR 1994, 1014/1019). Ist nach der landesrechtlichen Regelung die Gemeinde Beitragsschuldner der KAG-Beiträge, kommt es hinsichtlich der grunderwerbsteuerrechtlichen Relevanz der Übernahme derartiger Beiträge darauf an, ob die Beitragsschuld noch bei der Gemeinde entstanden ist (dann Gegenleistung) oder ob die Beitragspflicht erst in der Person des Erwerbers entsteht (dann Behandlung entsprechend den bundesrechtlichen Erschließungskosten).

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Rechtsprechung

BGB § 505

Vorfälligkeitszinsen bei Ausübung des Vorkaufsrechts

Mit dem Erstkäufer vereinbarte Vorfälligkeitszinsen können unabhängig davon geschuldet und erbracht werden, wann der Kaufpreis nach Ausübung des Vorkaufsrechtes (hier: der Gemeinde) fällig wird. Sie werden deshalb auch vom Vorkaufsberechtigten geschuldet; lediglich ihre Fälligkeit ist danach anzupassen, wann sie der Vorkaufsberechtigte nach Ausübung seines Rechtes frühestens erbringen kann (Abgrenzung des Senatsurteils v. 8. Oktober 1982, V ZR 147/81 = NJW 1983, 682).

BGH, Urt. v. 24. Februar 1995 - V ZR 244/93

Kz.: L I 1 - § 505 BGB

Problem

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war ein **gemeindliches Vorkaufsrecht**, das die Gemeinde gem. § 24 BBauG beim Verkauf eines Grundstückes ausübte. In dem genannten Kaufvertrag war bestimmt, daß der Käufer Vorfälligkeitszinsen zu zahlen hatte. In der Urkunde war bestimmt, daß unabhängig von den Fälligkeitszinsen der Kaufpreis am 01.07.1990 in einer bestimmten Höhe jährlich zu verzinsen sei. Es war nun fraglich, ob mit der Ausübung des Vorkaufsrechts auch die vorkaufsberechtigte Gemeinde diese Vorfälligkeitszinsen schuldet.

Durch Ausübung des Vorkaufsrechts kommt bekanntlich zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein Kaufvertrag zustande, der nicht mit dem Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten (dem Erstkäufer) identisch ist. Der Berechtigte tritt nicht anstelle des Dritten in den zwischen diesem und dem Verpflichteten abgeschlossenen Kaufvertrag ein, sondern es kommt ein

zweiter Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande (BGH NJW 1989, 38; NJW 1983, 682). Diesen Grundsatz betont der BGH auch im vorliegenden Fall.

Lösung

Der BGH weist im folgenden Fall darauf hin, daß **der Inhalt des neuen neben dem alten Vertrag stehenden Vertrages grundsätzlich der gleiche wie der Inhalt des bereits geschlossenen Vertrages ist**. Im Urteil aus dem Jahr 1983 entschied der BGH allerdings, daß, soweit bestimmte Regelungen des ursprünglichen Kaufvertrages nicht auf den Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten passen, diese in sinnvoller Weise dem neuen Kaufvertrag anzugleichen seien (BGH DNotZ 1983, 302; vgl. auch OLG München MittBayNot 1994, 30). Dies gilt insbesondere für die **Fälligkeitsabrede, die in dem neuen Kaufvertrag sinnentsprechend anzupassen ist**. Fälligkeit des Kaufpreises kann nach dieser Entscheidung immer erst nach Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten. Der BGH ist allerdings im vorliegenden Fall der Auffassung, daß die Vorfälligkeitszinsen ein weiterer Teil der Gegenleistung seien und daher auch vom Vorkaufsberechtigten geschuldet würden. Sein früheres Urteil sei allerdings insofern einschlägig, als auch die Regelung über die Vorfälligkeitszinsen im neuen Kaufvertrag so angepaßt werden müßte, daß diese Nebenleistung zwar in voller Höhe geschuldet, aber erst zu einem Zeitpunkt fällig werde, zu dem der Vorkaufsberechtigte sie nach Ausübung des Vorkaufsrechts frühestens erbringen könne (vgl. auch zum Vorkaufsrecht Gutachten DNotI-Report 6/1995, S. 49).

BGB § 883

Sukzessivberechtigung bei Rückauffassungsvormerkung

Übertragen Eltern ein Grundstück zu ihren Lebzeiten im Weg der vorweggenommenen Erbfolge auf Abkömmlinge und behalten sich unter Eintritt bestimmter Voraussetzungen einen Rückübertragungsanspruch vor, der ihnen zunächst gemeinsam und beim Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen soll, so handelt es sich hierbei um einen einzigen Anspruch, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann.

BayObLG, Beschl. v. 6. April 1995, 2 Z BR 17/95
Kz.: L I 1 - § 883 BGB

Problem

Eltern hatten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge mit einem Übergabevertrag ein Grundstück auf einen Abkömmling übertragen und sich unter bestimmten Voraussetzungen einen Rückübertragungsanspruch vorbehalten. Der Rückübertragungsanspruch sollte zunächst ihnen beiden gemeinsam und beim Tod eines von ihnen dem Überlebenden allein zustehen und sollte durch eine Vormerkung im Grundbuch gesichert werden. Die Eintragungsbewilligung enthielt folgenden Wortlaut:

„Zur Sicherung des bedingten Anspruches auf Übertragung des Eigentums aus den vorstehenden Vereinbarungen wird bewilligt, eine Vormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch für

die Veräußerer zu gleichen Anteilen einzutragen mit der Maßgabe, daß der Anspruch nach dem Tod eines Veräußerers dem länger Lebenden allein zusteht.“

Es war nun wegen der Entscheidung des BayObLG vom 15.12.1990 (DNotZ 1991, 892) fraglich, **ob dieser Anspruch durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann**. Bekanntlich war das BayObLG der Auffassung, daß in einem solchen Übergabevertrag zwei Rückübertragungsansprüche vereinbart worden seien, nämlich der den Eltern gemeinschaftlich und der dem überlebenden Ehegatten nach dem Tod des anderen allein zustehende Anspruch (vgl. hierzu kritisch Amann, MittBayNot 1990, 225; Liedl, DNotZ 1991, 855; Steuer, RPfleger 1994, 397; Rasstätter, BWNNotZ 1994, 27; LG Landshut, RPfleger 1992, 338).

Lösung

Das BayObLG folgt mit der vorliegenden Entscheidung nunmehr wiederum seiner früheren Rechtsprechung (BayObLGZ 1985, 252), daß es sich in Fällen wie dem vorliegenden **nur um einen Anspruch handele, so daß zu dessen Sicherung die Eintragung nur einer Vormerkung genüge**. In der Person des Überlebenden entstehe nicht ein neuer selbständiger Anspruch. Vielmehr stehe derselbe ihm bereits von Anfang an, allerdings zunächst gemeinsam - sei es in Gütergemeinschaft, sei es in Bruchteilsgemeinschaft - mit dem anderen Berechtigten, zustehende Anspruch mit dem Tod des Erstversterbenden nunmehr ihm allein zu. Das Reichsgericht und Kammergericht haben die Auffassung vertreten, daß es sich nur um einen einzigen Anspruch handele, und als Begründung auf § 328 BGB und die Grundsätze über den Vertrag zugunsten Dritter verwiesen (RGZ 128, 249; KG DNotZ 1937, 330). Dieses Ergebnis kann man nach Auffassung des BayObLG auch damit begründen, **daß im Wege der Auslegung eine im voraus vereinbarte Abtretung des Hälfteanteils des vorversterbenden Ehegatten zugunsten des Überlebenden für den Fall des Vorversterbens angenommen werde**. Damit werde erreicht, daß dem überlebenden Ehegatten der Rückübertragungsanspruch allein zustehe. Nicht ausgeschlossen sei es auch, **im Wege der Auslegung unabhängig von dem im Einzelfall gegebenen Gemeinschaftsverhältnis eine Gesamtberechtigung im Sinn des § 428 BGB als vereinbart anzusehen**. Unverzichtbar sei in jedem Fall, daß bei der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch selbst die vom Tod des erstversterbenden Ehegatten abhängige Erweiterung der Berechtigung auf den Überlebenden zum Ausdruck komme.

Hinweis

Amann (MittBayNot 1990, 229) hatte für die Vorausabtretung folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Der gemeinsame Rücküberrungsanspruch wird hiermit im voraus ab dem Tod des zuerst versterbenden Berechtigten an den überlebenden Berechtigten abgetreten. Im übrigen ist er nur abtretbar und vererblich, wenn er vom jeweiligen Gläubiger persönlich in notariell beurkundeter Form geltend gemacht ist.“

SachenRBERG § 78

Verfügungsverbot bei Zusammenfall von Gebäudeeigentum und Grundstückseigentum

§ 78 SachenRBERG erfaßt entsprechend verfassungskonformer Auslegung in zeitlicher Hinsicht nur diejenigen Fälle, in denen die Personenidentität von Grundstückseigentümer und Gebäudeeigentümer ihre Grundlage in einem erst nach Inkrafttreten des SachenRBERG (01.10.1994) notariell beurkundeten rechtsgeschäftlichen Erwerbsvorgang hat.

LG Dresden, Beschl. v. 17.03.1995 - 2 T 0051/95
Kz.: L VI 10 - § 78 SachenRBERG

Problem

§ 78 Abs. 1 SachenRBERG enthält nach überwiegender Meinung ein **absolut wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot**, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern in einer Person vereinigen. Eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstückes ohne das Gebäude ist nicht mehr zulässig (vgl. eingehend DNotI-Report 23/1994, S. 3). Das LG Dresden hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob beim Verkauf eines Grundstückes einer Gemeinde an den Gebäudeeigentümer eine Sicherungshypothek zur Absicherung einer sog. „Mehrerlösklausel“ allein im Grundstücksgrundbuch eingetragen werden kann. Der Kaufvertrag wurde 1993 geschlossen, **die Sicherungshypothek sollte gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung aufgrund des Antrags vom 16.11.1993 eingetragen werden.**

Lösung

Im vorliegenden Fall dürfte u. E. bereits § 878 BGB helfen (vgl. DNotI-Report 23/1994, S. 4), so daß der Eintragung der Sicherungshypothek am Grundstück allein das Inkrafttreten des SachenRBERG am 01.10.1994 nicht entgegenstehen dürfte. Das LG Dresden ist allerdings in einer verfassungskonformen Anwendung des § 78 SachenRBERG der Auffassung, daß diese **Vorschrift auf beurkundete Verträge, die vor dem 01.10.1994 geschlossen wurden, keine Anwendung finde.** Das LG ist weiter der Auffassung, daß es für § 78 unerheblich sei, ob der Erwerb nach §§ 61 ff. SachenRBERG im Rahmen oder außerhalb des notariellen Vermittlungsverfahrens erfolgt sei oder ob sich die Beteiligten ohne Berufung auf das gesetzliche Ankaufsrecht des § 61 SachenRBERG über den Erwerb des Grundstückes geeinigt hätten. Die zeitliche Beschränkung des Anwendungsbereichs des Verfügungsverbots erfolge aus dem Nichtvorhandensein einer Übergangsregelung und den Vorgaben der Verfassung.

GBO §§ 19, 22, 23

Löschungsbewilligung durch Testamentsvollstrecker

- 1. Beantragt und bewilligt der Testamentsvollstrecker die Löschung einer zugunsten des Erblassers (Berechtigten) eingetragenen Rückkauflassungsvormerkung, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Erbe der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch aufgrund des Todes des Berechtigten unrichtig geworden ist.**
- 2. Kann der durch die Vormerkung gesicherte Rückkauflassungsanspruch nur von dem Berechtigten persönlich geltend gemacht werden und ist er für den Fall seiner Geltendmachung vererblich, ist jedoch die Vormerkung zeit-**

lich unbeschränkt bestellt, rechtfertigt mangelnder Widerspruch des Rechtsnachfolgers innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten allein die Löschung nicht.

BayObLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 16.3.1995 - 2 Z BR 8/95
Kz.: L II 3 - § 23 GBO

Problem

Der Beteiligte war Testamentsvollstrecker und bewilligte die Löschung einer Rückkauflassungsvormerkung, die zugunsten der Erblasserin im Grundbuch im Rahmen eines Überlassungsvertrages eingetragen war. Es war fraglich, ob der Testamentsvollstrecker hierzu befugt war.

Lösung

Das BayObLG weist darauf hin, daß, wenn der Berechtigte verstorben sei, die Eintragung für die Erben wirke, so daß in der Regel zum Löschen der Vormerkung ihre Bewilligung erforderlich sei. Hat der Erblasser jedoch eine Testamentsvollstreckung angeordnet, ist diese wirksam, und hat der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen, so ist während der Dauer der Testamentsvollstreckung der Testamentsvollstrecker über den Nachlaß Verfügungsbefugt, so daß er die Löschung einer Eintragung bewilligen kann. Seine Befugnis ist grundsätzlich unbeschränkt. Lediglich unentgeltliche Verfügungen sind ihm untersagt (§ 2205 S. 3 BGB). Gibt er eine Löschungsbewilligung ab, ohne daß eine Gegenleistung gegenübersteht, hat er dem Grundbuchamt nachzuweisen, daß der Erbe der Bewilligung der Löschung zustimmt oder daß das Grundbuch unrichtig ist. Die Bewilligung der Löschung stellt dann eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung dar. Unentgeltlichkeit liegt dann vor, wenn der Verminderung des Nachlasses eine entsprechende Gegenleistung nicht gegenübersteht und der Testamentsvollstrecker die Unzulänglichkeit der Gegenleistung kennt oder hätte kennen müssen. Unentgeltliche Verfügungen sind grundsätzlich unwirksam (BGH NJW 1991, 842; OLG Hamm, RPflegler 1991, 59). Die Verfügung des Testamentsvollstreckers kann jedoch auch bei einer unentgeltlichen Verfügung wirksam sein, wenn der Erbe zustimmt. Außerdem bedarf es keiner Zustimmung, wenn das Grundbuch aufgrund des Todes der Berechtigten unrichtig geworden ist und durch die Löschung berichtigt werden soll (§ 22 Abs. 1 GBO). Da im vorliegenden Fall die Vormerkung nicht auf die Lebensdauer der Berechtigten beschränkt war und damit durch den Tod der Berechtigten nicht in Wegfall gekommen war, hätte der Testamentsvollstrecker der Zustimmung des Erben bedurft.

GBO §§ 22, 51, 71, 78

Löschung eines Nacherbenvermerks durch Unrichtigkeitsnachweis

- 1. In dem Antragsverfahren auf Löschung eines Nacherbenvermerkes (§ 22 GBO) ist der Nacherbe materiell Verfahrensbeteiligter. Ihm steht deshalb unabhängig vom Antragsrecht die Befugnis zur Einlegung der (weiteren) Beschwerde gegen eine für ihn nachteilige Entscheidung (hier: Aufhebung einer Zwischenverfügung durch Beschwerdeentscheidung des Landgerichts) zu.**

2. Zur Einlegung einer Beschwerde, mit der ein Berichtigungsantrag weiterverfolgt wird, ist nur derjenige berechtigt, dem selbst ein Antragsrecht nach § 13 Abs. 2 GBO zusteht. Dies gilt auch dann, wenn das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung gegenüber einem nicht antragsberechtigten Beteiligten erlassen hat.

3. Zur Pflicht des Tatsachengerichts zur kritischen Überprüfung eines privaten Sachverständigengutachtens, das in dem Berichtigungsverfahren vorgelegt wird, um die Entgeltlichkeit der Verfügung eines befreiten Vorerben zu belegen.

OLG Hamm, Beschl. v. 19.1.1995 - 15 W 303/94 -
Kz.: L II 3 - § 51 GBO

Problem

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war die **Löschung eines Nacherbenvermerks**. Der Vorerbe hatte das Grundstück zu einem Kaufpreis von 100.000,- DM verkauft. Das Grundbuchamt verlangte zur Löschung des Nacherbenvermerks die Zustimmung des Nacherben in der Form des § 29 GBO, da die Entgeltlichkeit des Veräußerungsgeschäfts nicht nachgewiesen sei. Es war nun fraglich, **welche Anforderungen an den Nachweis der Entgeltlichkeit vom Verfügenden gestellt werden müssen**.

Lösung

Das OLG ist der Auffassung, daß ein **Nacherbenvermerk nur dann gelöscht werden könne, wenn entweder der eingetragene Nacherbe die Löschung bewilligt habe oder die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen sei**. Da vorliegend keine Löschungsbewilligung eingeholt wurde, setzt die Löschung des Nacherbenvermerks den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches voraus, der grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen ist. **Unrichtig ist das Grundbuch in bezug auf den Nacherbenvermerk dann, wenn das Grundstück mit Wirkung gegenüber dem Nacherben aus dem Nachlaß ausgeschieden ist**. Diese Folge tritt ein, wenn der Vorerbe das Grundstück entweder mit Zustimmung aller Nacherben - die hier nicht vorliegt - oder aber als befreiter Vorerbe entgeltlich an eine Rechtspersönlichkeit veräußert hat. Die Verfügung ist den Nacherben gegenüber auch schon dann unwirksam, wenn sie nur teilweise unentgeltlich war (BayObLG RPflegler 1988, 525). **Hierbei ist das Grundbuchamt berechtigt, die Entgeltlichkeit der Verfügung zu prüfen**. Es hat alle Umstände des Falles und die vorgelegten Urkunden zu berücksichtigen und zu prüfen, ob die Entgeltlichkeit als offenkundig im Sinne des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO anzusehen ist. Im vorliegenden Fall war das OLG der Auffassung, daß allein die Vorlage eines Privatgutachtens, das in einigen Punkten zweifelhaft war, nicht ausreichte, um die Zweifel des Grundbuchamtes zu beseitigen.

HGB §§ 161, 119; AktG § 246

Anfechtungsfrist bei einer Kommanditgesellschaft

Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft, daß **Beschlußmängel binnen einer zweiwöchigen „Ausschlußfrist“ geltend zu machen sind**, greift **unzulässig in das unverzichtbare Recht des Gesellschafters ein, rechtswidrige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gerichtlich angreifen zu können**. An Stelle der zu kurzen gilt eine angemessene Frist, die jedenfalls die als **Leitbild heranzuziehende Monatsfrist des § 246 AktG nicht unterschreiten darf**.

BGH, Urt. v. 13. Februar 1995 - II ZR 15/94
Kz.: L V 1 - § 161 HGB

Problem

Fraglich war, welche **Anfechtungsfrist zulässigerweise in einem Gesellschaftsvertrag einer KG für die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen vorgesehen werden kann**. Im vorliegenden Fall enthielt der Vertrag eine Regelung, daß **Gesellschafterbeschlüsse nur innerhalb einer Anfechtungsfrist von zwei Wochen angefochten werden können**.

Lösung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß **Anfechtungsklagen bei Personengesellschaften grundsätzlich unter den Gesellschaftern selbst auszutragen seien** (BGHZ 91, 132). Eine abweichende Bestimmung kann allerdings wirksam auch für eine Kommanditgesellschaft im Gesellschaftsvertrag getroffen werden (BGH WM 1990, 675). Es hängt von der Auslegung des Gesellschaftsvertrages im Einzelfall ab, ob die **Gesellschafter Beschlüsse der Versammlung, mit denen sie nicht einverstanden sind, im Wege einer gegen die Gesellschaft zu richtenden Klage angreifen müssen**. Der Gesellschaftsvertrag sollte daher regeln, gegen wen eine Anfechtungsklage zu richten ist: gegen die Gesellschaft oder gegen die anderen Gesellschafter

Die vorliegende Anfechtungsfrist ist allerdings nach Auffassung des BGH zu kurz. Wie der BGH bereits bei GmbH-Satzungen entschieden hat, hat die in § 246 AktG bestimmte Monatsfrist im GmbH-Recht nicht nur Leitbildcharakter, sie enthält zugleich die **Mindesterfordernisse, die zu Lasten des betroffenen Gesellschafters nicht unterschritten werden dürfen** (BGHZ 104, 66, 72). Das gleiche gilt auch für den Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft. Als **Mindestfrist** gilt daher die Monatsfrist.

GmbHG § 33; BGB § 101 Nr. 2

Stimmrecht bei eigenen Anteilen

a) **Die Mitgliedschaftsrechte für einen eigenen Anteil der GmbH ruhen. Bei der Entscheidung über die Gewinnfeststellung und -verwendung hat die Gesellschaft deswegen kein Stimmrecht und kann auszuschüttende Gewinne nicht beziehen**.

b) **Der auf den eigenen Anteil der Gesellschaft rechnerisch entfallende Gewinn ist nicht in die Rücklage einzu-**

stellen, sondern kann unter den übrigen Gesellschaftern sofort nach Gesetz und Satzung verteilt werden. Ihnen steht der Gewinnanspruch aus ihrem eigenen Mitgliedschaftsrecht, nicht aus von der Gesellschaft abgeleitetem Recht zu.

c) Mangels abweichender Abreden hat der seinen Geschäftsanteil veräußernde Gesellschafter einen schuldrechtlichen Anspruch nach § 101 Nr. 2. 2. Halbsatz BGB gegen den Erwerber auf den während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entfallenden anteiligen Gewinn, sofern er ausgeschüttet wird. Dies gilt nicht, wenn die Gesellschaft selbst den Anteil erwirbt.

BGH, Urt. v. 30. Januar 1995 - II ZR 45/94
Kz.: L V 2 - § 33 GmbHG

Literaturhinweise

Loritz/Wagner, Konzeptionshandbuch der steuerorientierten Kapitalanlage, Band 2: gesellschaftliche Beteiligungen, Verlag Jehle-Rehm, München 1995, 762 Seiten, DM 248,-

Nach Band 1 des Konzeptionshandbuchs der steuerorientierten Kapitalanlage liegt nunmehr Band 2 vor, der für die notarielle Praxis von noch größerem Interesse ist, da er die gesellschaftlichen Beteiligungsmodelle diskutiert. Neben bekannten und verbreiteten Formen, wie den geschlossenen Immobilien- und Leasingfonds sowie den stillen Beteiligungen, werden zwei von den Autoren entwickelte Modelle erörtert: der unternehmensinitiierte Altersversorgungsimmobilienfonds und das PWA-Modell. Der vorliegende Band enthält eine Fülle von Informationen zum Gesellschafts- und Steuerrecht, aber auch zu den wirtschaftlichen Fragen dieser Anlagemodelle. Er stellt daher die erste umfassende und geschlossene Darstellung dieser schwierigen Fragen dar. Zu begrüßen ist auch, daß auch Fragen der notariellen Praxis behandelt werden, wie etwa die sog. Grundbuchtreuhand, die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch etc., sowie der große Anlagenteil, in dem sich u. a. auch die Rundschreiben des Präsidenten der Rheinischen und der Landesnotarkammer Bayern zum Immobilienfonds finden.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333