

ABHANDLUNGEN

Der Notar im Spannungsverhältnis zwischen Tätigkeitspflichten und Amtsverweigerung

Von Notar *Dr. Karl Winkler*, München, Lehrbeauftragter an der Universität München

Zwei jüngst ergangene Beschlüsse des BayObLG vom 28.11.1997¹ und 16.1.1998² richten das Augenmerk darauf, wie sich der Notar verhalten soll, wenn sich nach der Beurkundung herausstellt, daß das beurkundete Rechtsgeschäft von Anfang an an einem Mangel leidet oder die Vertragserfüllung nachträglich beanstandet wird. Im ersten Fall erachtet das Gericht den Notar für berechtigt, den Vollzug zu verweigern, im zweiten Fall darf er davon nicht auf die Weisung nur eines Beteiligten absehen. Der Notar steht in einem Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht zur Beurkundung und zum Vollzug gemäß § 15 BNotO und § 53 BeurkG einerseits und der Pflicht gemäß § 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG, Beurkundung und Vollzug abzulehnen, andererseits.

I. Pflicht zur Beurkundung

Gemäß § 4 BeurkG soll der Notar eine Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre. Bei der Verweigerung seiner Beurkundungstätigkeit hat der Notar einen Ermessensspielraum³ der aber durch den sog. Urkundsgewährungsanspruch eingeschränkt ist⁴; denn grundsätzlich kann der Notar, dessen Stellung im öffentlichen Recht wurzelt, das Ersuchen um Vornahme eines Urkundsaktes ebensowenig ablehnen wie der Richter die Entscheidung auf eine Klage (Justizgewährungsanspruch)⁵. § 15 Abs. 1 BNotO bestimmt, daß der Notar Akte, die im Zusammenhang mit seiner Beurkundungstätigkeit stehen, nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf. Überall da, wo der Notar ohne Verletzung materiell- oder dienstrechtlicher Vorschriften tätig werden kann, muß er daher tätig werden.

Ist eine Beurkundung dagegen mit den Amtspflichten des Notars nicht vereinbar (§ 4 BeurkG), so ist das ein ausreichender Grund i.S.v. § 15 Abs. 1 BNotO, die Amtsausübung

zu verweigern. Widerspricht eine Beurkundung den Pflichten des Notars und ist somit § 4 BeurkG einschlägig, so ist kein Platz für eine Beurkundungsverpflichtung nach § 15 BNotO. § 15 Abs. 1 BNotO und § 4 BeurkG korrespondieren miteinander. Der Notar kann nicht einerseits wegen Amtspflichtverletzung zur Verantwortung gezogen oder gar haftpflichtig gemacht, andererseits zur Beurkundung gezwungen werden⁶.

1. Allgemeines

Der Notar soll die Beurkundung ablehnen, wenn er von der Unvereinbarkeit des Geschäfts mit seinen Amtspflichten *überzeugt* ist. Hat er lediglich *Zweifel*, ob das Geschäft mit den gesetzlichen Vorschriften in Einklang steht, so kann er die Beurkundung nicht verweigern; er soll aber seine Bedenken mit den Parteien erörtern und, wenn diese auf der Beurkundung bestehen, dies in der Urkunde vermerken (vgl. § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG: Personenidentität; § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BeurkG: Geschäftsfähigkeit; § 17 Abs. 2 BeurkG: Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts). Die in § 4 BeurkG aufgeführten unerlaubten oder unredlichen Zwecke müssen dem Notar erkennbar sein, bloßer Verdacht genügt nicht⁷. Der Notar ist ohne besonderen Anlaß nicht verpflichtet, Ermittlungen über die verborgenen Zwecksetzungen der Beteiligten anzustellen und darf die tatsächlichen Angaben als richtig zugrundelegen⁸. Rechnet er mit unredlichen Absichten, so hat er die Verhältnisse klarzustellen.

In Ausnahmefällen kann der Notar auch bei Zweifeln zur Ablehnung berechtigt sein, wenn zwar einerseits die Schwelle der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit nicht erreicht sein mag, aber andererseits die Pflicht des Notars nach § 17 BeurkG nicht erfüllt werden könnte, darauf zu achten, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt

¹ In diesem Heft S. 198.

² In diesem Heft S. 200.

³ LG Wuppertal MittBayNot 1994, 273.

⁴ BayObLGZ 1983, 292 = DNotZ 1984, 250 = MittBayNot 1983, 238; Seybold/Schippel, 6. Aufl. 1995, § 15 BNotO Rdnr. 16 ff.

⁵ Keidel/Winkler, BeurkG 13. Aufl. 1997, Einl. Rdnr. 31.

⁶ So ist der Notar z.B. beim Verkauf von Eigentumswohnungen ohne Sicherung der Freistellung von Globalbelastungen haftpflichtig (BGH MittBayNot 1967, 185; 1968, 303; vgl. auch BGH DNotZ 1969, 173); er kann daher nicht zur Beurkundung ohne Freistellungsverpflichtung der Globalgläubigerin angehalten werden.

⁷ Huhn/v. Schuckmann, 3. Aufl. 1995, § 4 BeurkG Rdnr. 28.

⁸ BGH DNotZ 1958, 99; DNotZ 1961, 162; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 20.

werden⁹. Die Überprüfung einer derartigen, im pflichtgemäßen Ermessen des Notars liegenden Entscheidung kann sich nur darauf erstrecken, ob dieser im Rahmen der ihm durch seine Unabhängigkeit garantierten Entscheidungsfreiheit sachgerecht und nicht rechtsmißbräuchlich gehandelt hat.

Erkennt der Notar während der Beurkundungsverhandlung, daß ein Ablehnungsgrund vorliegt, so darf er sie abbrechen¹⁰. Im Rahmen seiner verfahrensleitenden Verfügungen kann er das Verfahren aber auch nur unterbrechen. Dazu ist er befugt, wenn er das Beurkundungsverfahren noch nicht für abgeschlossen und etwa eine weitere Ermittlung des Willens der Beteiligten oder eine Aufklärung des Sachverhalts für notwendig hält¹¹.

2. Nichtigkeitsgründe

Da es Aufgabe des Notars ist, eine materiell-rechtlich wirksame Beurkundung vorzunehmen, hat er Ansuchen abzulehnen, die auf die Beurkundung von Geschäften gerichtet sind, die unwirksam sind oder unwirksame Klauseln enthalten¹². In erster Linie ist hier an Geschäfte zu denken, die nach der Überzeugung des Notars nichtig wären, etwa wegen Sittenwidrigkeit, anfänglicher objektiver Unmöglichkeit, Scheingeschäfts, Steuerhinterziehung als Hauptzweck¹³ oder Verstoß gegen sonstige gesetzliche Vorschriften,¹⁴ wobei nicht selten Abweichungen von der Makler- und Bauträger-Verordnung¹⁵ und bei Formular-Verträgen vom AGBG¹⁶ zu beobachten sind. In der Praxis am häufigsten sind wohl die Fälle, daß nicht sämtliche Vereinbarungen in die notarielle Urkunde aufgenommen werden, sei es, weil die Beteiligten es nicht für notwendig erachten oder aber, weil sie es aus bestimmten Gründen nicht wollen. Ersteres ist etwa dann der Fall, wenn die Vertragspartner davon ausgehen, daß Renovierungsverpflichtungen nicht in den Vertrag gehören oder daß mitverkauftes Inventar in einem zusätzlich privatschriftlich abgeschlossenen Vertrag geregelt werden kann. Der zweite Fall liegt insbesondere dann vor, wenn ein unrichtiger Kaufpreis beurkundet werden soll; meist wird aus Gründen der Steuer- und Gebührenersparnis ein niedrigerer Kaufpreis als vereinbart angegeben^{16a}, es gibt aber auch gegenteilige Fälle, in denen zum Zweck einer höheren Beleihung ein zu hoher Kaufpreis vorgespiegelt wird. Der beurkundete Vertrag ist hier als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB und der tatsächlich gewollte Vertrag mangels Beurkundung nach § 117 Abs. 2, § 313 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB seinem ganzen Inhalt nach nichtig. Wenn dem Notar derartige Tatsachen bekannt werden, muß er die Beurkundung gemäß § 4 BeurkG ablehnen. Ist das Geschäft nur schwebend unwirksam, besteht also die Möglichkeit nachträglichen Wirksamwerdens, wie z. B. gemäß §§ 108, 177, 182 ff., 1365 ff., 1423 ff. BGB, besteht kein Ablehnungsgrund¹⁷. Auch die Beurkundung eines an-

fechtbaren Rechtsgeschäfts kann der Notar grundsätzlich nicht ablehnen, etwa bei Möglichkeit der Anfechtung gemäß §§ 31, 32 KO bzw. §§ 3 ff. AnfG¹⁸.

Weitere Ablehnungsgründe sind etwa, wenn einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit¹⁹ oder die Vertretungs- oder Verfügungsbefugnis²⁰ für das beabsichtigte Geschäft fehlt und eine Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter oder den Berechtigten nicht möglich ist. Abzulehnen sind ferner Beurkundungen, wenn der Notar gemäß §§ 6, 7 BeurkG ausgeschlossen ist²¹, wobei hier besonders an die Berufung als Testamentsvollstrecker zu erinnern ist²², oder wenn er im Ausland tätig werden soll, da er wirksame Amtshandlungen dort nicht vornehmen kann²³. Richtet sich die Wirksamkeit eines dem deutschen Recht bekannten Geschäfts aber nach ausländischem Recht, so ist der Notar zur Beurkundung verpflichtet, soll jedoch bei Zweifeln die Beteiligten darüber belehren und dies in der Urkunde vermerken (§ 17 Abs. 3 BeurkG)²⁴. Ist das verlangte Rechtsgeschäft dagegen zwar dem deutschen, nicht aber dem ausländischen Recht bekannt (z. B. Erbvertrag), wäre es also ungültig, so hat der Notar die Beurkundung abzulehnen²⁵.

Ablehnen muß der Notar auch, wenn es ihm infolge vordringlicher anderer Amtsgeschäfte, Arbeitsüberlastung oder Personalmangels nicht möglich ist, den Urkundsakt und die notwendigen Belehrungen persönlich vorzunehmen, da Beurkundungen, die nicht in Gegenwart des Notars vorgenommen werden, nichtig sind (§ 13 Abs. 1 BeurkG)²⁶.

3. Gründe, die nicht zur Unwirksamkeit führen

Der Notar hat die Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn sie Amtspflichten widerspricht, deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit des Geschäfts führt, weil sie mit Soll-Vorschriften nicht im Einklang stehen; auch durch Soll-Vorschriften werden unbedingte Amtspflichten des Notars begründet, von denen er nicht nach seinem Ermessen abweichen darf²⁷. Es seien erwähnt, z. B. Amtshandlungen, hinsichtlich derer ein Mitwirkungsverbot nach § 3 BeurkG besteht,²⁸ oder die außerhalb seines Amtsbezirks bzw. seines engeren räumlichen Amtsbezirks durchgeführt werden, außer wenn Gefahr in Verzug ist oder die Aufsichtsbehörde es genehmigt (§ 11 Abs. 2 BNotO)²⁹. Der Notar hat sog. Fernbeglaubigungen abzulehnen, wenn also die Unterschrift nicht vor ihm vollzogen oder anerkannt wird (§ 40 Abs. 1 BeurkG)³⁰, ebenso wie die Beglaubigung von Blankounterschriften, wenn nicht dargelegt wird, daß die Beglaubigung vor der Festlegung des Urkundsinhalts benötigt wird (§ 40 Abs. 5 BeurkG)³¹. Abzulehnen sind ferner die Beurkundung von Auflassungen, wenn

⁹ Kanzleiter DNotZ 1973, 519, 521.

¹⁰ Jansen 1971, § 4 BeurkG Rdnr. 8.

¹¹ Keidel/Winkler Einl. Rdnr. 28.

¹² Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 10 ff.

¹³ BGHZ 14, 25/30; OLG Frankfurt DNotZ 1978, 748.

¹⁴ Huhn/v. Schuckmann § 4 BeurkG Rdnr. 13 ff.; Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 6; vgl. die Aufzählung bei Palandt/Heinrichs, ÜB. v. § 104 BGB Rdnr. 26 ff.

¹⁵ Huhn/v. Schuckmann § 4 BeurkG Rdnr. 9; Mecke/Lerch, 2. Aufl. 1991, § 4 BeurkG Rdnr. 6.

¹⁶ Vgl. dazu Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 17 ff.

^{16a} Vgl. dazu Ressler NotBZ 1997, 86.

¹⁷ Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 12.

¹⁸ Huhn/v. Schuckmann § 4 BeurkG Rdnr. 36; a.A. wohl Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 13.

¹⁹ Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 14.

²⁰ Vgl. § 12 BeurkG; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 15.

²¹ Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 3.

²² Dazu BGH, MittBayNot 1997, 248.

²³ Keidel/Winkler Einl. Rdnr. 40 ff.

²⁴ Höfer/Huhn, Allgemeines Urkundsrecht 1968, S. 81.

²⁵ Keidel/Winkler Einl. Rdnr. 75 ff.

²⁶ BGH DNotZ 1969, 178; Höfer/Huhn S. 44.

²⁷ Keidel/Winkler Einl. Rdnr. 13.

²⁸ Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 3.

²⁹ Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 5; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 18.

³⁰ Keidel/Winkler § 40 BeurkG Rdnr. 34, 86.

³¹ Keidel/Winkler § 40 BeurkG Rdnr. 65.

nicht die nach § 313 BGB erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird (§ 925 a BGB)³², sowie Geschäfte, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben (§ 21 Abs. 2 Satz 1 BeurkG), ohne Kenntnis des Grundbuchstandes, es sei denn, alle Beteiligten bestehen trotz Belehrung darauf (§ 21 Abs. 1 Satz 2 BeurkG)³³.

4. Verfolgung unerlaubter oder unredlicher Zwecke

Als besonderen Fall der Ablehnung führt § 4 BeurkG die Mitwirkung bei Handlungen auf, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Der Notar ist also nicht nur verantwortlich für die Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlung selbst, sondern auch der weiteren erkennbaren Zwecke, die die Beteiligten mit der Amtshandlung erreichen wollen. Dabei genügt es bereits, wenn durch die Tätigkeit des Notars ein falscher Anschein erweckt wird, durch den Beteiligte oder geschützte Dritte in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums geraten³⁴.

Hierher gehören namentlich Geschäfte, die nach der Überzeugung des Notars wegen Irrtums, arglistiger Täuschung, widerrechtlicher Drohung *anfechtbar* sind, etwa wenn ein Grundstückseigentümer dasselbe Grundstück mehrmals nacheinander an verschiedene Käufer veräußert, um von jedem Zahlungen zu erhalten. Solche Geschäfte sind zwar bis zu ihrer Anfechtung wirksam (§ 142 Abs. 1 BGB). An der Beurkundung erkennbar wegen Irrtums anfechtbarer Rechtsgeschäfte darf der Notar in der Regel aber nicht mitwirken, weil er den wahren Willen der Beteiligten wiederzugeben und gerade darauf zu achten hat, daß Irrtümer vermieden werden (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Die Beurkundung eines wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung anfechtbaren Geschäfts hat er abzulehnen, weil in beiden Fällen die verfolgten Zwecke dem Gebot des § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG widersprechen³⁵. In diesen Fällen wird aber der Anfechtungstatbestand dem Notar zur Zeit der Beurkundung nur ausnahmsweise erkennbar sein. Auch die Beurkundung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung über eine Honorarforderung aus Partnerschaftsvermittlungs-Dienstvertrag darf der Notar wegen Verfolgung erkennbar unerlaubter Zwecke ablehnen³⁶.

Erkennt der Notar die Täuschung, Drohung, Benachteiligung, so ist er durch seine Verschwiegenheitspflicht nicht gehindert, den Betroffenen aufzuklären³⁷. Als Amtsträger auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege ist er verpflichtet, die Benachteiligung unerfahrener und ungewandter Beteiligter zu vermeiden (§ 17 BeurkG) und die Beteiligten auf ihnen möglicherweise drohende Gefahren hinzuweisen. Die Pflicht, Unrecht zu verhindern, geht dem Schutz des Notargeheimnisses vor. Zu diesem Zweck sind die Notare auch berechtigt, sich gegenseitig über Amtsgeschäfte zu unterrichten, wenn nach den Umständen Anlaß hierzu besteht³⁸.

³² Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 4; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 18.

³³ Keidel/Winkler § 21 BeurkG Rdnr. 23.

³⁴ BGH DNotZ 1969, 508; 1973, 245/248.

³⁵ Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 13.

³⁶ LG Wuppertal MittBayNot 1994, 273.

³⁷ Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, § 4 BeurkG Rdnr. 23; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 20; § 18 BNotO Rdnr. 1, 47.

³⁸ Seybold/Schippel § 18 BNotO Rdnr. 47.

5. Berechtigung zur Ablehnung

Während in den aufgeführten Fällen der Notar seine Amtstätigkeit ablehnen muß, ist es ihm in folgenden Fällen *freigestellt*, seine Tätigkeit zu verweigern:

Ist der Notar im Zweifel, ob er unparteiisch amtieren kann bzw. ob ein Beteiligter Grund haben kann, daran zu zweifeln, so ist er berechtigt, sich wegen Befangenheit der Ausübung des Amtes zu enthalten (§ 16 Abs. 2 BNotO)³⁹. Bei tatsächlicher Verhinderung, sei es durch höhere Gewalt, Krankheit, Zeitmangel, ist der Notar ebenfalls zur Ablehnung berechtigt⁴⁰. Zu den Amtspflichten des Notars gehört auch die ausreichende Vorbereitung eines Urkundsgeschäfts; der Notar soll sich von den Beteiligten nicht zu Amtshandlungen drängen lassen, die nach seiner Meinung noch sorgfältigerer Vorbereitung bedürfen. Muß er aber – etwa zum Jahresende – trotzdem beurkunden, kann er sich in solchen Fällen dadurch helfen, daß er in der Urkunde vermerkt, unter welchen Umständen er tätig werden mußte, und daß er die Beteiligten auf die Notwendigkeit sorgfältigerer Vorbereitung hingewiesen hat; *Huhn/v. Schuckmann*⁴¹ empfehlen einen unter solchen besonderen Umständen wirksamen Verzicht auf etwaige Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung.

Auch bei Nichtzahlung des *Kostenvorschusses* ist der Notar befugt, seine Amtstätigkeit abzulehnen (§ 8 Abs. 2, § 141 KostO)⁴². Zu einer Beurkundung in einer fremden Sprache ist der Notar nach § 15 Abs. 2 BNotO nicht verpflichtet, so daß er eine Beurkundung in fremder Sprache nach freiem Ermessen ablehnen kann, selbst wenn er sie hinreichend beherrscht⁴³.

II. Nachträgliche Kenntnis von Ablehnungsgründen

Wesentlich schwieriger ist die Situation, wenn der Notar bereits beurkundet hat und *nachträglich* Kenntnis von einem Ablehnungsgrund erhält. Dies gilt sowohl hinsichtlich der an der Beurkundung Beteiligten als auch für den Urkundsnotar selbst. Während die Beteiligten bis zur Beurkundung noch nicht an irgendwelche Erklärungen rechtsverbindlich gebunden waren, bestehen nach wirksamer Beurkundung gegenseitige Verpflichtungen zur Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolgs, wie z. B. des Verkäufers, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen, oder des Käufers, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und den gekauften Gegenstand abzunehmen (§ 433 BGB). Auch für den Notar existieren im Gegensatz zu vorher nunmehr in der Urkunde enthaltene Anweisungen, von denen er nicht willkürlich abweichen darf. Er ist beim Vollzug seiner Urkunden nicht nur einem, sondern allen Beteiligten gegenüber mit zum Teil entgegengesetzten Interessen verpflichtet⁴⁴.

Werden dem Notar jedoch Gründe, die eine Ablehnung der Beurkundung nach § 4 BeurkG erfordern hätten, z. B. Nichtigkeit des Geschäfts oder Rechtswidrigkeit der verfolgten Zwecke, erst nach Beurkundung erkennbar, etwa wenn er merkt, daß jemand arglistig getäuscht worden ist, so hat er seine weitere Mitwirkung zu versagen und den weiteren Vollzug abzulehnen⁴⁵. Der Notar steht hier unter dem Zwang des

³⁹ Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 14; Keidel/Winkler § 3 BeurkG Rdnr. 58.

⁴⁰ Der Notar muß ablehnen, wenn eine persönliche Amtsausübung nicht möglich ist.

⁴¹ § 4 BeurkG Rdnr. 12.

⁴² Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 16.

⁴³ Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 17.

⁴⁴ OLG Frankfurt OLGZ 1992, 41, 45.

⁴⁵ BGHZ DNotZ 1987, 558.

§ 53 BeurkG, wonach er den Vollzug beim Grundbuchamt oder Registergericht veranlassen soll, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, es sei denn, daß alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen. Regelmäßig wird aber eine Partei dem Vollzug widersprechen, während die andere auf ihm besteht.

Eine Ausnahme besteht auch dann nicht, wenn Eintragungsbewilligung und -antrag bereits bindend geworden sind (vgl. § 873 Abs. 2, § 875 Abs. 2, §§ 876, 877, 878, 880 Abs. 2 BGB). Es ist nicht Aufgabe des Notars, die Bindung nachzuprüfen und die Würdigung des Gerichts vorwegzunehmen; der Notar hat vielmehr dem widersprechenden Beteiligten zu eröffnen, daß er seiner einseitigen Weisung keine Folge leisten kann, sofern er nicht die Zustimmung der übrigen Beteiligten oder eine einstweilige Verfügung beibringt⁴⁶. Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß andere antragsberechtigte Personen den Antrag gestellt haben, etwa der Hypothekengläubiger (vgl. § 13 Abs. 2 GBO); die Rücknahme des Eigentümers ist dann wirkungslos.

1. Widerruf aller Beteiligten

Einfach für den Notar ist der Fall zu entscheiden, wenn *alle* Beteiligten gemeinsam verlangen, die von ihm beurkundeten Willenserklärungen nicht beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen, obwohl der Vollzug möglich wäre. Der Notar muß in diesem Fall vom Vollzug absehen oder die Urkunde, soweit möglich⁴⁷, vom Grundbuchamt oder Registergericht zurücknehmen. Er soll jedoch gemäß § 53 BeurkG auf die mit der Verzögerung verbundenen Gefahren hinweisen.

Im Grundbuchrecht ist es besonders gefährlich, wenn Anträge (vgl. § 45 GBO) auf Eintragung der Auflassungsvormerkung (vgl. § 883 BGB, § 24 KO) oder von Grundpfandrechten nicht rechtzeitig gestellt werden, da dann zwischenzeitlich noch Belastungen vorrangig eingetragen werden können.

Besonders eilbedürftig sind auch Anmeldungen zum Handelsregister⁴⁸: Die Haftungsbeschränkungen des Handelsrechts werden nämlich erst wirksam mit Eintragung im Register: So etwa die Haftungsbeschränkung der GmbH-Gesellschafter (§ 11 Abs. 2 GmbHG), der Kommanditisten (§ 176 HGB)⁴⁹, des Geschäftsübernehmers bei Ausschluß der Schuldenhaftung (§ 25 HGB)⁵⁰, des in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintretenden Gesellschafters unter Ausschluß der Altschuldenhaftung (§ 28 HGB). Die Verjährung der Haftung der ausscheidenden Gesellschafter beginnt erst mit Eintragung (§§ 128, 159 HGB). Gründung und Satzungsänderungen der Kapitalgesellschaften werden erst mit Eintragung wirksam (z. B. §§ 41, 181 Abs. 3 AktG, § 11 Abs. 1, § 54 Abs. 3 GmbHG, § 20 UmwG).

Soweit Rechtsänderungen zu ihrer Wirksamkeit nicht eingetragen werden müssen, ist eine rasche Eintragung aufgrund des negativen Publizitätsprinzips des Handelsregisters (§ 15 HGB) geboten. So müssen sich redliche Dritte etwa die Entlassung eines Prokuristen bis zur Eintragung im Register nicht entgegen halten lassen.

⁴⁶ Höfer/Huhn, S. 258; Jansen § 53 BeurkG Rdnr. 17; a.M. Daimer/Reithmann Rdnr. 194; vgl. auch HansOLG Bremen DNotZ 1956, 215; Becker-Berke DNotZ 1959, 516; 1961, 468; Seybold/Hornig, 4. Aufl. 1962, § 37 BNotO Rdnr. 14.

⁴⁷ U. Ziffer 6 c.

⁴⁸ Dazu Huhn/v. Schuckmann § 53 BeurkG Rdnr. 30.

⁴⁹ Hofmann GmbHR 1970, 182.

⁵⁰ OLG Frankfurt OLGZ 1973, 21.

2. Widerruf nur eines von mehreren Beteiligten

Widerruft dagegen nur *einer* der Beteiligten die in einem beurkundeten Vertrag enthaltenen Weisungen an den Notar, darf der Notar grundsätzlich den Vollzug nicht aufschieben. Er darf eine solche Widerrufsmittelung jedoch auch nicht gänzlich ignorieren, da sich hieraus ergeben kann, daß das Rechtsgeschäft nichtig und ungültig war und vielleicht gemäß § 4 BeurkG von Anfang an nicht hätte abgeschlossen werden dürfen. Der Notar muß in einem solchen Fall überlegen, ob er – unabhängig von den ihm erteilten Weisungen – noch tätig werden darf oder nicht.

Die Frage, wie sich der Notar in einem solchen Fall verhalten soll, ist mehrschichtig. Zunächst kommt es darauf an, ob der Notar die Kenntnis derart erlangt, daß er vom Versagungsgrund überzeugt ist, oder ob ihm solche Gründe nur möglich, zweifelhaft oder wahrscheinlich erscheinen. Weiter ist danach zu differenzieren, ob es sich um einen Sachverhalt handelt, der zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führt, dieses also von vornherein nicht hätte beurkundet werden dürfen, oder ob das Rechtsgeschäft erst nachträglich durch Anfechtung, Rücktritt, Widerruf etc. an einem Mangel leidet. Hierzu muß der Notar eine Schlüssigkeitsprüfung vornehmen.

Es stellen sich also mehrere Fragen:

- Von welchem Sachverhalt hat der Notar erfahren (u. Ziffer 3),
- wie zuverlässig ist der Notar informiert (u. Ziffer 4),
- woher hat der Notar die Kenntnis (u. Ziffer 5),
- wie reagiert der Notar (u. Ziffer 6).

Besteht dagegen die Beurkundung in einer *einseitigen* Erklärung, etwa einer Hypothekenbestellung oder Registeranmeldung, so genügt, auch wenn mehrere die Erklärung unterzeichnet haben, der Widerruf auch nur *eines* Beteiligten⁵¹. Eine Registeranmeldung kann solange widerrufen werden, als die angemeldeten Tatsachen noch nicht eingetragen sind⁵². Melden etwa alle Gesellschafter einer OHG deren Auflösung an (§ 143 HGB), so hindert der nachträgliche Widerspruch eines Gesellschafters die Anmeldung⁵³. Der Widerspruch nicht antragsberechtigter Personen, etwa der Gesellschafter bei Gründung einer GmbH, ist dagegen unbeachtlich⁵⁴.

3. Schlüssigkeitsprüfung

Wie schon die beiden Beschlüsse des BayObLG zeigen, sind die Sachverhalte, die dem Notar nach Abschluß einer Beurkundung vorgetragen werden, und mit denen der Widerruf der Vollzugsanweisung begründet wird, sehr vielgestaltig. Dies reicht von der Behauptung des Scheingeschäftes, wie er dem

⁵¹ Vgl. Daimer/Reithmann Rdnr. 207, 771; Höfer/Huhn, S. 258; a. A. Jansen § 53 BeurkG Rdnr. 17, der den Widerruf auch hier als unbeachtlich ansieht, da er nur unterscheidet zwischen einseitigen (Rdnr. 16) und mehrseitigen Beurkundungen, bei letzteren aber nicht zwischen mehrseitig gleichgerichteten und vertraglichen Erklärungen.

⁵² Vgl. Becker-Berke DNotZ 1959, 516/532; Seybold/Hornig a.a.O. § 37 BNotO Rdnr. 23; BGH, DNotZ 1958, 101/103. Bei Gründung einer GmbH ist die Anmeldung alleinige Aufgabe des Geschäftsführers; der Widerspruch eines Gesellschafters ist deshalb unbeachtlich.

⁵³ BGH DNotZ 1958, 101 = VersR 1958, 27; Haftpflichtdecke, DNotZ 1958, 202.

⁵⁴ Becker-Berke DNotZ 1959, 533; Daimer/Reithmann Rdnr. 207, 771.

Beschluß vom 28.11.1997 zugrunde liegt, bis zum Einwand, die Minderung des Kaufpreises wegen einer geringfügigen Verzögerung verstoße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, über den das BayObLG im Beschluß vom 16.1.1998 zu entscheiden hatte. Es gibt Sachverhalte, die zur anfänglichen Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts führen, aber auch solche, wie Anfechtung, Rücktritt, Widerruf etc., durch die das Rechtsgeschäft erst nachträglich an einem Mangel leidet. Der einseitige Widerruf einer im beurkundeten Rechtsgeschäft enthaltenen Weisung an den Notar wird häufig auch mit der Ausübung von Rücktrittsrechten begründet, sei es daß diese vertraglich vereinbart wurden, weil bei Abschluß des Vertrags eine Unsicherheit vorlag, deren Behebung außerhalb des Einflusses und der Macht der Vertragsparteien liegt, oder, wie häufig, ein gesetzliches Rücktrittsrecht bzw. ein diesem nachgebildetes vertragliches Rücktrittsrecht geltend gemacht wird, das nicht auf der Unvollkommenheit des Vertrags, sondern in der zu beanstandenden Vertragsausführung liegt, also einer von einem Vertragsteil zu vertretenden Leistungsstörung⁵⁵. Es liegt auf der Hand, daß hier zu differenzieren ist.

Auszugehen ist auch hier von § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG, wonach der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen bzw. die Beurkundung abzulehnen hat, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Werden dem Notar Gründe, die eine Ablehnung der Beurkundung nach § 4 BeurkG erfordert hätten, z. B. die Nichtigkeit des Geschäfts oder die Rechtswidrigkeit des verfolgten Zwecks, erst erkennbar oder in hohem Maße wahrscheinlich⁵⁶, nachdem er tätig geworden ist, etwa wenn er merkt, daß jemand arglistig getäuscht worden ist, so hat er seine weitere Mitwirkung zu versagen und den weiteren Vollzug abzulehnen. Er muß nun versuchen, soweit möglich, den schädigenden Erfolg zu verhindern oder wenigstens zu verringern⁵⁷. Es reicht somit nicht jeder vorgetragene Sachverhalt aus, damit der Notar den Vollzug seiner Urkunde aussetzen darf. Vielmehr muß das Vorbringen, mit dem der Widerruf der in der Urkunde enthaltenen Weisung begründet wird, *schlüssig* sein. Das bedeutet, daß grundsätzlich nur das Vorbringen eines solchen Sachverhalts beachtlich ist, bei dem – seine Richtigkeit unterstellt – der Notar nicht hätte beurkunden dürfen.

a) Nichtigkeitsgründe

Hauptfall eines Vollzugshindernisses ist es, wenn dem Notar nachträglich Gründe bekannt werden, die zur Nichtigkeit des Geschäfts oder Rechtswidrigkeit des verfolgten Zwecks führen. Ist das Geschäft etwa wegen Sittenwidrigkeit, anfänglicher objektiver Unmöglichkeit, Scheingeschäfts oder Verstoß gegen sonstige gesetzliche Vorschriften nichtig, so ist, wenn dies dem Notar schlüssig (und für ihn erkennbar oder mit hoher Wahrscheinlichkeit)⁵⁸ dargelegt wird, der Vollzug auszusetzen. Stellt sich etwa nachträglich heraus, daß einem Beteiligten die erforderliche Geschäftsfähigkeit gefehlt hat, so ist das Rechtsgeschäft nichtig und würde das Grundbuch durch den Vollzug unrichtig werden. Das BayObLG führt im Beschluß vom 16.1.1998 aus, daß die Weigerung des Notars berechtigt sein kann, wenn durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig würde, hat dies aber im konkreten

Fall verneint. Dasselbe gilt, wenn einem eingetragenen Beteiligten die Verfügungsbefugnis fehlt und durch Eintragung im Grundbuch die Rechtsstellung eines Beteiligten durch den gutgläubigen Erwerb eines anderen beseitigt würde.

Ist dem Notar schlüssig vorgetragen, daß der beurkundete Kaufvertrag wegen Unterverbriefung als *Scheingeschäft* gemäß § 117 Abs. 1 BGB und der tatsächlich gewollte Vertrag mangels Beurkundung nach § 117 Abs. 2, § 313 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB seinem ganzen Inhalt nach nichtig ist, so darf er die Einreichung einer von ihm beurkundeten Auflassung eines Grundstücks beim Grundbuchamt verweigern. Dies betont das BayObLG in seinem Beschluß vom 28.11.1997 mit der Begründung, daß das gewollte Geschäft durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gültig würde (§ 313 Satz 2 BGB), auf eine Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts hinzuwirken, aber nicht Aufgabe des Notars ist.

Dies kann man noch dadurch ergänzen, daß der Notar insbesondere nicht einen von Anfang an nichtigen Vertrag, der also keine Verpflichtungen der Vertragspartner begründen konnte, durch seine Vorlage beim Grundbuchamt zum Vollzug bringen darf, so daß er geheilt und seinem vollem Inhalt nach gültig wird, und so erst die Verpflichtungen der Parteien zum Entstehen bringt.

b) Anfechtung

Wie eingangs ausgeführt, kann der Notar die Beurkundung eines *anfechtbaren* Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht ablehnen. Ist dagegen dem Notar ein Sachverhalt vorgetragen, der schlüssig die Anfechtung des von ihm beurkundeten Vertrags darlegt, so ist das Rechtsgeschäft als *von Anfang an* nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB). In den vom OLG Köln⁵⁹ und vom OLG Hamm⁶⁰ entschiedenen Fällen wurde dem Notar gegenüber einseitig die Weisung zum Vollzug des Rechtsgeschäfts widerrufen mit der Begründung, es sei eine Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung bzw. Drohung erfolgt. In beiden Fällen haben die Gerichte die Voraussetzungen für einen Widerruf als nicht ausreichend dargelegt abgelehnt, grundsätzlich eine solche Möglichkeit aber nicht ausgeschlossen, wie sich besonders aus den Ausführungen des OLG Hamm ergibt, das ausführt, daß die Beteiligten bisher „eine Anfechtung des gesamten Vertrags nicht erklärt“ und „auch ein Anfechtungsrecht nicht schlüssig vorgetragen“ hätten⁶¹. Auch das BayObLG führt in seinem Beschluß vom 16.1.1998 aus, daß ein Sachverhalt, der zum Widerruf der Vollzugstätigkeit berechtigt, dann angenommen werden kann, wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der „einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund“ des Kaufvertrags oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt. Hier liegt der Grund für die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts bereits zum Zeitpunkt der Beurkundung vor, wird aber erst nachträglich erkennbar und vernichtet das Rechtsgeschäft aufgrund der Anfechtung *ex tunc*.

c) Rücktritt

Grundsätzlich anders ist die Situation, wenn *nachträglich* Gründe *entstehen*, die u. U. zur Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts führen können (vgl. § 346 ff. BGB). Trägt einer der Beteiligten lediglich Gründe vor, die ihn zum *Rücktritt* vom Vertrag berechtigen, so besteht grundsätzlich kein Widerrufs-

⁵⁵ Vgl. BGH NJW 1974, 695.

⁵⁶ Siehe u. Ziffer 4.

⁵⁷ *Keidel/Winkler* § 4 BeurkG Rdnr. 44.

⁵⁸ Siehe u. Ziffer 4.

⁵⁹ OLGZ 1990, 397.

⁶⁰ OLGZ 1994, 495.

⁶¹ OLGZ 1994, 498.

recht. In einem vom LG Frankenthal entschiedenen Fall⁶² unterrichtete der Verkäufer den Notar über die angeblich „dramatische wirtschaftliche Situation auf Käuferseite“ und widerrief die dem Notar erteilte Vollmacht zur Stellung von Grundbucheinträgen; dies hat das Gericht zutreffend als nicht ausreichend angesehen. In Übereinstimmung hiermit hat das OLG Hamm⁶³ zutreffend entschieden, daß § 53 BeurkG den Notar der Verpflichtung enthebt, die Wirksamkeit des Widerrufs zu prüfen, wenn dieser auf den Wegfall der *Geschäftsgrundlage* des beurkundeten Vertrags gestützt wird. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 321 BGB, wonach derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag vorzuleisten verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung verweigern kann, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird, wenn nach dem Abschluß des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Hierbei handelt es sich lediglich um ein Leistungsverweigerungsrecht, bis die Leistung bewirkt oder die Sicherheit geleistet wird. Die Vorschrift ist eine eng beschränkte Ausprägung des Grundsatzes des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Es handelt sich hier um eine nachträgliche Veränderung, die durch die notariellen Pflichten aus dem Treuhandverhältnis, hier also die Verpflichtung zum Vollzug der Urkunde nach § 53 BeurkG bzw. die Anweisung im Kaufvertrag als Sonderregelung verdrängt wird⁶⁴.

d) sonstige Fälle

Nicht um einen Widerruf der Anweisungen im beurkundeten Kaufvertrag, sondern um eine Auslegung eben dieses Kaufvertrags handelt es sich, wenn fraglich ist, ob die Vorlage der Auflassung beim Grundbuchamt auch die Zahlung etwaiger Verzugszinsen voraussetzt. Enthält der Kaufvertrag eine ausdrückliche Regelung, wonach die Vorlage der Auflassung beim Grundbuchamt nicht die Zahlung der Zinsen voraussetzt, so ist der Notar zur Vorlage berechtigt, auch wenn er Kenntnis davon hat, daß Verzugszinsen bzw. Säumniszuschläge nicht rechtzeitig bezahlt wurden; wie der BGH wiederholt entschieden hat, hat der Notar den ihm erteilten Treuhandauftrag genauestens zu erfüllen und steht ihm ein Ermessen nicht zu⁶⁵. Enthält der Kaufvertrag keine ausdrückliche Regelung hierüber, so ist fraglich, ob der Notar bei Streit über die Zahlung der Zinsen zur Vorlage beim Grundbuchamt berechtigt ist; insoweit wird auf die Ausführungen in DNotI-Report 1997, 109 ff. verwiesen. Auch der Hinweis des BayObLG im Beschluß des 16.1.1998, daß der Notar den Vollzug aussetzen darf, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit feststehen würde, daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, ist kein Fall des einseitigen Widerrufs von Anweisungen der Beteiligten, da es hier überhaupt noch an der Vollzugsreife fehlen würde.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß der Notar, wie es das BayObLG im Beschluß vom 16.1.1998 ausdrückt, nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen berechtigt sein kann, auf einseitige Weisung nur eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt ist schlüssig nur dann vorgetragen, wenn er einen Unwirksamkeitsgrund oder die Anfechtung des Rechtsgeschäfts oder einer seiner Bestimmungen als nahelegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt.

⁶² MittBayNot 1996, 321.

⁶³ OLGZ 1994, 495.

⁶⁴ Vgl. DNotI-Report 1997, 111.

⁶⁵ BGH DNotZ 1987, 556; DNotI-Report 1997, 110.

4. Erkennbarkeit für den Notar

Wie ausgeführt, darf der Notar auf die Weisung nur eines der Beteiligten den Vollzug nicht einfach aussetzen. Ohne besonderen Anlaß ist er nicht verpflichtet, Ermittlungen von sich aus anzustellen. Er darf eine solche Widerrufsmittelteilung aber auch nicht völlig ignorieren. Ergibt sich aus ihr schlüssig⁶⁶ – also den vorgetragenen Sachverhalt als richtig unterstellt –, daß das Rechtsgeschäft etwa nichtig ist und vielleicht nicht hätte abgeschlossen werden dürfen, hat er Zweifeln nachzugehen, diese den Beteiligten mitzuteilen und sie auf die ihnen möglicherweise drohenden Gefahren hinzuweisen^{66a}.

Die Formulierungen in der Rechtsprechung sind hierbei verschieden, laufen aber im Endergebnis auf einen gemeinsamen Nenner hinaus. So hält das OLG Köln⁶⁷ den Notar nur dann zur Befolgung einer einseitigen Weisung verpflichtet, wenn die Unwirksamkeit des Vertrags für ihn „erkennbar“ und „offensichtlich“ ist. Das OLG Hamm⁶⁸ erlaubt dies nur, wenn es für den Notar „in hohem Maße wahrscheinlich“ ist, daß der beurkundete Vertrag unwirksam ist, wenn nämlich der Beteiligte einen „ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden“ Grund vorträgt, dem der andere Beteiligte nicht oder nur „mit fadenscheinigen Behauptungen“ zu begegnen versucht. Diese Formulierungen finden sich auch in den beiden Beschlüssen des BayObLG vom 28.11.1997 und 16.1.1998, in denen das Gericht einen solchen Sachverhalt annimmt, wenn der Beteiligte dem Notar einen „ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt“ vorträgt und der andere Beteiligte dagegen „keine durchgreifenden Einwendungen“ vorbringen kann; der Notar sei ferner dazu berechtigt, wenn eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ dafür spreche, daß durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde. Mit der gleichen Formulierung bejaht auch das LG Frankenthal⁶⁹ ein Recht des Notars, auf den einseitigen Widerspruch nur eines Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ähnlich vertritt das OLG Düsseldorf⁷⁰ bei einem Verwahrungsverhältnis die Auffassung, daß der Notar von der Ausführung einer unwiderruflichen Auszahlungsanweisung abzusehen habe,

- wenn sich „ernsthafte Bedenken“ gegen die Wirksamkeit bzw. den Vollzug des Kausalgeschäfts ergäben, oder
- wenn „hinreichende Anhaltspunkte“ dafür vorliegen, daß der Notar an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke mitwirken würde.

Festzuhalten bleibt, daß ein Ausnahmefall von § 53 BeurkG nur dann gegeben sein kann, wenn das Rechtsgeschäft „ersichtlich“ unwirksam ist oder eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ hierfür besteht. Damit wird auch der Zweck des § 53 BeurkG erfüllt, der den Notar gerade der schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit einem erheblichen Risiko verbundenen Prüfung der Wirksamkeit des beurkundeten Vertrags entbinden soll⁷¹.

Gerade in dem nicht seltenen Fall behaupteter Nebenabreden ergibt sich die Unwirksamkeit regelmäßig nicht aus dem Vertrag, sondern nur aus Umständen außerhalb der notariellen

⁶⁶ S. oben Ziffer 3.

^{66a} OLG Frankfurt DNotZ 1998, 196 = DNotI-Report 1998, 62.

⁶⁷ OLGZ 1990, 397.

⁶⁸ OLGZ 1994, 495.

⁶⁹ MittBayNot 1996, 321.

⁷⁰ MittRhNotK 1994, 185.

⁷¹ Vgl. Jansen, § 53 BeurkG Rdnr. 17.

Urkunde; diese Frage kann der Notar grundsätzlich nicht selbst abschließend beurteilen und entscheiden; dies ist vielmehr Aufgabe des Gerichts^{71a}.

Wie das OLG Köln⁷² ausführt, ist es auch sachgerecht, daß derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags berufen will, eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozeßweg geltend machen und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde gegebenenfalls im Weg der einstweiligen Verfügung ein Erwerbsverbot erwirken muß. Nur wenn für den Notar die Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags erkennbar oder in hohem Maß wahrscheinlich ist, darf er nicht tätig werden.

5. Quelle der Kenntnis

In der Praxis erfährt der Notar von dem Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund regelmäßig durch den einseitigen Widerruf eines der Beteiligten. Es kommt aber nicht darauf an, ob ein Widerruf der Weisung von einem Beteiligten erfolgt oder nicht. Auch wenn der Notar von anderer Seite Kenntnis erlangt, daß ein Rechtsgeschäft nichtig ist, darf er es bei vorheriger Kenntnis nicht beurkunden und bei nachträglicher Kenntnis nicht vollziehen. Es ist gleichgültig, ob das Wissen des Notars amtlicher oder privater Natur ist⁷³. Erfährt der Notar etwa, sei es auch von dritter Seite, daß er aufgrund der Angaben der Beteiligten einen Schwarzkauf und damit ein Scheingeschäft gemäß § 117 BGB beurkundet hat, wie es dem Beschluß des BayObLG vom 28.11.1997 zugrunde liegt, so muß er den Vollzug im Grundbuch verhindern; in dieser Entscheidung ist vom „privat erlangten Wissen“ des Notars die Rede. Dies gilt auch dann, wenn ihn keine der Vertragsparteien hierzu anweist. Ob der Notar seine Vollzugstätigkeit aufschieben oder das Rechtsgeschäft weiter vollziehen muß, hängt nicht davon ab, ob ein Beteiligter seine bei der Beurkundung gegebenen Weisungen widerruft; vielmehr muß der Notar alles tun, um den Rechtsschein einer gültigen Urkunde zu vermeiden bzw. zu beseitigen.

Da der Notar verpflichtet ist, als Amtsträger auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege die Benachteiligung unerfahrener und ungewandter Beteiligter zu vermeiden (§ 17 BeurkG), hat er notfalls auch ein unter seine *Schweigepflicht* (§ 18 BNotO) fallendes Wissen zu offenbaren und die Beteiligten auf ihnen möglicherweise drohende Gefahren hinzuweisen. Die Pflicht, Unrecht zu verhindern, geht dem Schutz des Notargeheimnisses vor⁷⁴.

6. Reaktionen des Notars

In allen diesen Fällen befindet sich der Notar in der Zeit zwischen Beurkundung und Vollzug in einer schwierigen Situation: Gleich wie er sich entscheidet – einer Partei macht er es nicht recht.

a) Erteilung eines Vorbescheids

Es ist empfehlenswert, daß der Notar den Beteiligten seine Absicht, das von ihm beurkundete Rechtsgeschäft zum Vollzug vorzulegen, erst ankündigt und sie gleichzeitig auf ihre Beschwerdemöglichkeit zum Landgericht hinweist. Dadurch,

daß er ihnen die Möglichkeit eröffnet, seine beabsichtigte Sachentscheidung durch ein Gericht nachprüfen zu lassen, unterstreicht der Notar zum einen seine Unparteilichkeit gegenüber den Vertragsparteien; zum anderen entzieht er sich der Gefahr eines Haftpflichtprozesses: legt nämlich einer der Beteiligten Beschwerde ein, so ist der Notar an die Entscheidung des Landgerichts gebunden und kann von den Parteien nicht mehr auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden; unterlassen die Beteiligten es jedoch, trotz des notariellen Hinweises Beschwerde einzulegen, so steht einem späteren Schadensersatzverlangen § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 839 Abs. 3 BGB entgegen, da die Betroffenen es schuldhaft unterlassen haben, den nach ihrer Auffassung drohenden Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden⁷⁵.

Die Weigerung, einer Anweisung eines Verfahrensbeteiligten zu folgen, kann, wie das LG Frankenthal⁷⁶ entschieden hat, durch Vorbescheid angekündigt werden, da es angezeigt ist, in einem solchem Fall vor der nicht mehr rückgängig zu machenden Ausführungshandlung durch den Notar bestehenden Streit in rechtsstaatlich befriedigender Weise entscheiden⁷⁷. Gegen diesen Vorbescheid, mit dem der Notar ankündigt, er werde die notarielle Urkunde entgegen einer nachträglichen Weisung nur eines Beteiligten zum Vollzug beim Grundbuchamt einreichen, ist, wie das BayObLG im Beschluß vom 16.1.1998 ausführt, die Beschwerde zum Landgericht statthaft. Denn durch die Ablehnung des Notars, der Weisung einer Partei zu folgen, ist diese in ihren Rechten beeinträchtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Im Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO hat der Bescheid des Notars die Wirkung einer erstinstanzialen Entscheidung; der Notar ist weder Beschwerdegegner noch Verfahrensbeteiligter. Das BayObLG bestätigt damit die Zulässigkeit eines notariellen Vorbescheids, was, wie *Vollhardt* zum Beschluß des LG Frankenthal ausgeführt hat, angesichts dessen, daß im Grundbuchverfahren Vorbescheide zumindest nach h. M. unzulässig sind, nicht selbstverständlich ist⁷⁸.

b) Erlaß einer einstweiligen Verfügung

Da es nicht Sache des Notars ist, die Wirksamkeit des Widerrufs seiner Ermächtigung zu überprüfen, muß derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit eines geschlossenen Vertrags berufen will, grundsätzlich eine der Urkunde entgegenstehende Rechtslage im Prozeßweg geltend machen und zur Verhinderung des Vollzugs der Urkunde gegebenenfalls im Weg der einstweiligen Verfügung ein Erwerbsverbot erwirken⁷⁹. Hierzu sollte der Notar den Beteiligten gegebenenfalls auffordern.

c) Rücknahme des Vollzugsantrags

Da der Notar versuchen muß, soweit möglich, den schädigenden Erfolg zu verhindern oder wenigstens zu verringern, kann für ihn in solchen Fällen auch die Pflicht erwachsen, bereits gestellte Vollzugsanträge zurückzunehmen⁸⁰. Für die Frage, ob dies noch möglich ist, gelten die allgemeinen Bestimmungen. Die gemäß § 15 GBO vermutete Vollmacht des Notars bezieht sich auch auf die Befugnis, die von ihm gestellten An-

^{71a} OLG Frankfurt DNotZ 1998, 196 = DNotI-Report 1998, 62.

⁷² OLGZ 1990, 397, 401; ebenso OLG Hamm OLGZ 1994, 495, 498.

⁷³ Jonas DNotZ 1937, 175/183; Mecke/Lerch § 4 BeurkG Anm. 9; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 20.

⁷⁴ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 30; Seybold/Schippel § 18 BNotO Rdnr. 47.

⁷⁵ OLG Düsseldorf DNotZ 1987, 562; *Vollhardt* MittBayNot 1996, 324.

⁷⁶ MittBayNot 1996, 321.

⁷⁷ Seybold/Schippel, § 15 BNotO Rdnr. 79.

⁷⁸ MittBayNot 1996, 324.

⁷⁹ OLG Hamm OLGZ 1994, 495; OLG Köln OLGZ 1990, 397; LG Frankenthal MittBayNot 1996, 321.

⁸⁰ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 44.

träge zurückzunehmen (§ 24 Abs. 3 BNotO). Dies gilt auch dann, wenn der Notar den Antrag der Beteiligten gleichgerichtet im Rahmen des § 15 GBO selbst gestellt oder wiederholt hat; denn die gesetzliche Ermächtigung begründet kein eigenes Antragsrecht des Notars, sondern eine vermutete Vollmacht; ein Antrag des Notars und eines Beteiligten kann daher nicht als Mehrheit von Anträgen aufgefaßt werden. Andernfalls bedarf die Rücknahme von Grundbuchanträgen der Form des § 29 GBO. Letzteres gilt auch, wenn der Notar den Antrag der Beteiligten nur als Bote übermittelt⁸¹. Die Frage, ob Eintragungsbewilligung und -antrag bereits bindend geworden sind (vgl. § 873 Abs. 2, § 875 Abs. 2, §§ 876, 877, 878, 880 Abs. 2 BGB), spielt hier keine Rolle, da, wie oben ausgeführt, dies nicht vom Notar zu entscheiden ist⁸².

Auch für die Entscheidung des Notars, den gestellten Vollzugsantrag zurückzunehmen, gelten die obigen Ausführungen zum Vorbescheid⁸³: es kann sich empfehlen, die Rücknahmeabsicht durch Vorbescheid der Beteiligten anzukündigen. Denn die Rücknahme etwa des Antrags auf Eintragung der Vormerkung könnte, wenn sie sich nachträglich als unberechtigt herausstellt, zu Schadensersatzansprüchen des Käufers gegen den Notar führen, die sich auf diese Weise vermeiden lassen.

d) sonstige Pflichten des Notars, auch nach Vollzug

In den genannten Fällen hat der Notar nicht nur seine weitere Mitwirkung zu versagen⁸⁴. Er muß auch versuchen, soweit möglich, den schädigenden Erfolg zu verhindern oder wenigstens zu verringern. Daraus kann die Pflicht erwachsen – und zwar auch dann, wenn die Urkunde bereits vollzogen sein sollte, über drohende Gefahren aufzuklären, die Erteilung

von Ausfertigungen, vollstreckbaren Ausfertigungen und Abschriften zu verweigern⁸⁵, aus einem Anderkonto keine Zahlungen mehr vorzunehmen⁸⁶, kurz: alle Amtsgeschäfte zu unterlassen, die der Verwirklichung des unlauteren Zwecks dienen⁸⁷. Wird trotzdem eine Ausfertigung erteilt, so ist dem Ausfertigungsvermerk ein Hinweis auf die Nichtigkeit und deren Gründe beizufügen⁸⁸.

Auch die Verwahrungsstelle, die später – z. B. nach Erlöschen des Amtes oder Amtssitzverlegung die Urkunde gemäß § 51 BNotO in Verwahrung hat, muß dies beachten. Sie ist zwar nicht berechtigt oder verpflichtet, den sachlichen Inhalt und die Wirksamkeit der Urkunde zu prüfen⁸⁹. Stellt sie jedoch fest, daß die Urkunde formnichtig ist oder daß der beurkundete Vorgang offensichtlich unheilbar nichtig ist, so hat sie hierüber auf der Ausfertigung oder Abschrift einen Hinweis anzubringen, damit ein falscher Anschein, der im Rechtsverkehr Schaden verursachen könnte, vermieden wird⁹⁰.

Diese Pflichten treffen den Notar, obwohl er nicht gegen § 4 BeurkG verstoßen hat und ihn kein Verschulden trifft, aufgrund des *Rechtsscheins*, der durch seine Urkunde gesetzt wurde: gerade auch aufgrund § 4 BeurkG hat die Urkunde im Rechtsverkehr den Rechtsschein für sich, daß sie wirksam ist und nicht unerlaubten oder unredlichen Zwecken dient⁹¹.

⁸¹ Vgl. dazu OLG Köln OLGZ 1990, 397; Demharter, 21. Aufl. 1995, § 15 GBO Rdnr. 17; § 31 GBO Rdnr. 7, 8; Keidel/Winkler § 53 BeurkG Rdnr. 8.

⁸² S. oben Ziffer II.

⁸³ S. oben Buchstabe 6 a.

⁸⁴ BGH DNotZ 1987, 558.

⁸⁵ LG Düsseldorf MittBayNot 1977, 252 = MittRhNotK 1977, 134 („Schwarzkaufpreis“); LG Bochum DNotZ 1990, 571; Daimer/Reithmann, Rdnr. 182, Jansen § 4 BeurkG Rdnr. 8; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 21; zu vollstreckbaren Ausfertigungen Keidel/Winkler § 52 BeurkG Rdnr. 18; Reetz NotBZ 1997, 136.

⁸⁶ OLG Zweibrücken MittBayNot 1995, 162.

⁸⁷ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 44; Seybold/Schippel § 14 BNotO Rdnr. 21, 22.

⁸⁸ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 44; zustimmend Seybold/Schippel § 51 BNotO Rdnr. 29.

⁸⁹ Jansen § 53 BeurkG Rdnr. 12.

⁹⁰ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 35; Seybold/Schippel § 51 BNotO Rdnr. 29.

⁹¹ Keidel/Winkler § 4 BeurkG Rdnr. 44.

Die Übertragbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung¹

Von Dr. Erich Theodor Garlichs, LL.M., Berlin

Ein Miterbenanteil kann unproblematisch durch notariellen Vertrag veräußert werden (§ 2033 I BGB). Die Veräußerung einer Alleinerbschaft wird dagegen einhellig als nichtig angesehen. Für den Fall einer unter Testamentsvollstreckung stehenden Alleinerbschaft verfielt der Autor des folgenden Artikels eine gegenteilige These.

Übersicht:

I. Die Übertragung und Pfändung der Erbschaft, wenn keine Testamentsvollstreckung besteht

1. Miterbenanteil
2. Nacherbschaft
3. Alleinerbschaft

II. Übertragung und Pfändung bei Testamentsvollstreckung

1. Miterbenanteil
2. Nacherbschaft
3. Alleinerbschaft

III. Begründungsversuche

1. Schutz des Nachlasses
2. Bindung des Erben an den Nachlaß
3. Schutz der Nachlaßgläubiger
4. Zwischenergebnis
5. Natur der Erbschaft
6. Umkehrschluß
7. Ergebnis

IV. Argumente für die Übertragbarkeit / Pfändbarkeit

1. Gesetzssystematische Aspekte der Übertragbarkeit
2. Gesetzssystematische Aspekte der Pfändbarkeit
3. Verfassungsrechtliche Aspekte der Übertragbarkeit
4. Verfassungsrechtliche Aspekte der Pfändbarkeit

V. Ergebnis

I. Die Übertragung und Pfändung der Erbschaft, wenn keine Testamentsvollstreckung besteht

1. Miterbenanteil

a) Rechtsgeschäftliche Übertragung

Ein Miterbe kann allein nicht über einen Nachlaßgegenstand verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB). Auch seinen Anteil an einem Nachlaßgegenstand kann er nicht veräußern (§ 2033 Abs. 2 BGB).

¹ Der Beitrag basiert auf der 1996 in Konstanz erschienenen Arbeit des Verfassers „Passivprozesse des Testamentsvollstreckers“. Für wertvolle Hinweise danke ich Frau Assessorin Carola Barzen.

Trotzdem läßt der Gesetzgeber die Übertragung des Anteils an dem Nachlaß zu, und zwar durch notariellen Vertrag (§ 2033 Abs. 1 BGB). Damit soll dem Miterben die Verwertung ermöglicht werden.² Die Übertragbarkeit des Miterbenanteils ist insbesondere dann wichtig, wenn die Auseinandersetzung über längere Zeit nicht vorgenommen wird. Möglich ist auch die Übertragung eines ideellen Bruchteils des Miterbenanteils.³

b) Pfändung

Parallel zur Übertragbarkeit ist die Pfändung in den Miterbenanteil als solchen möglich.⁴ Dagegen kann in den Anteil an einem Nachlaßgegenstand nicht vollstreckt werden (§ 859 Abs. 2 ZPO).

2. Nacherbschaft

a) Rechtsgeschäftliche Übertragung

aa) Vor dem Tod des Erblassers besteht noch keine Anwartschaft auf die Nacherbschaft, sondern lediglich eine Expektanz. Diese ist ebenso wie die Expektanz auf eine Vollerbschaft unveräußerlich (§ 312 Abs. 1 Satz 1 BGB).

bb) Mit dem Tod des Erblassers erhält der Nacherbe ein unentziehbares Vermögensrecht, eine Anwartschaft. Die Anwartschaft ist vererblich (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB) und dinglich übertragbar (2033 Abs. 1 BGB analog). Das gilt unabhängig davon, ob es sich um die Anwartschaft auf einen Miterbenanteil⁵ oder auf eine Alleinerbschaft⁶ handelt. Die Übertragbarkeit der Anwartschaft ist inzwischen durch § 3 Abs. 2 Nr. 6 ErbschStG gesetzlich anerkannt.

cc) Nach dem Anfall der Nacherbschaft hat der Nacherbe gegen den Vorerben einen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieser Anspruch kann übertragen werden. Die Nacherbschaft selbst wird von Rechtsprechung und Literatur so behandelt, wie die Vollerbschaft: Übertragbar ist der Miterbenanteil (siehe oben I. 1.), nicht übertragbar ist die Alleinerbschaft (siehe unten I. 3.).

² *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, V. Band, S. 497; *Achilles* u. a. (Herausgeber), Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, V S. 838.

³ BGH WM 1969, 592; BGH NJW 1968, 505; BGH NJW 1963, 1610; MüKo-Dütz (3. Aufl.) § 2033 Rdnr. 9; *Staudinger/Werner* (13. Aufl.) § 2033 Rdnr. 7; *Soergel/Wolf* (12. Aufl.) § 2033 Rdnr. 4; *RGRK-Kregel* (12. Aufl.) § 2033 Rdnr. 6; *Staudenmaier DNotZ* 1966, 724; *Kehrer BWNotZ* 1957, 263. A. A.: *Kretschmar Recht* 1908 S. 265; *Lübtow*, *Erbrecht*, S. 817.

⁴ BGH BB 1966, 1368; OLG Frankfurt JR 1954, 183; *Stein/Jonas-Brehm* (21. Aufl.) § 859 Rdnr. 27; *Zöller/Stöber* (20. Aufl.) § 857 Rdnr. 2; *BLA-Hartmann* (56. Aufl.) § 857 Rdnr. 3; *Zimmermann, ZPO* (4. Aufl.), § 857 Rdnr. 2. Zur Verwertung des Miterbenanteils sei an dieser Stelle auf *Stöber*, *Forderungspfändung* (11. Aufl.), Rdnr. 1690 ff. verwiesen. Ausführlich dazu: *Santner*, *Pfändung und Verpfändung eines Miterbenanteils*, Dissertation, Köln 1966.

⁵ RGZ 80, 384; RG *Gruchot* 52, 680, 683; RGZ 83, 434 (ohne Differenzierung zwischen Allein- und Miterbschaft); *Erman-Hense/Schmidt* (9. Aufl.) § 2100 Rdnr. 10; *Kretschmar, Recht* 1908, S. 265.

⁶ BGH 87, 367; RG 101, 185 (mit ausführlicher Begründung); KG DNotZ 1954, 389; *Staudinger/Werner* § 2033 Rdnr. 11; *Soergel/Harder* § 2100 Rdnr. 12; *RGRK-Kregel* § 2033 Rdnr. 9; *Schmidt BWNotZ* 1966, 139, 149; *Schmolla DNotZ* 1939, 391; *Schiedermair AcP* 139, 129, 146 f. A. A.: *Oertmann JR* 1934, 37, 40.

b) Pfändung

aa) Vor dem Tode des Erblassers besteht kein pfändbares Anwartschaftsrecht, sondern nur eine unpfändbare Exspektanz.⁷

bb) Nach dem Tode des Erblassers unterliegt die Anwartschaft (sowohl des Allein- als auch des Mitnacherben) der Pfändung (§ 857 Abs. 1 ZPO).⁸

cc) Nach Eintritt des Nacherbfalles wird eine Pfändung der Alleinnacherbschaft nicht zugelassen. Pfändbar bleibt die Mitnacherbschaft und der Anspruch aus § 2130 BGB.⁹

3. Alleinerbschaft

a) Rechtsgeschäftliche Übertragung

aa) Der Alleinerbe kann über die einzelnen Nachlaßgegenstände verfügen. Es besteht deshalb keine Notwendigkeit, ihm die Möglichkeit einzuräumen, die Erbschaft als Ganzes zu übertragen.

Zulässig ist dagegen der Verkauf der Alleinerbschaft (§ 2371 BGB; notarielle Beurkundung erforderlich). Der Kaufvertrag wird jedoch durch Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände erfüllt (§ 2374 BGB). Zu einer Verfügung über die Erbschaft als Ganzes findet sich im Gesetz keine Regelung. Eine solche Verfügung ist nach einhelliger Meinung nicht möglich.¹⁰

bb) Der ursprüngliche Miterbe, der inzwischen alle Anteile in seiner Hand hat, kann auch einen einzelnen Anteil nicht wieder veräußern.¹¹ Auch für eine solche Verfügung besteht kein Bedürfnis, da er einzelne Nachlaßgegenstände übertragen kann.

b) Pfändung

Nach einhelliger Meinung ist deshalb die Alleinerbschaft nicht pfändbar. Pfändbar sind nur einzelne Nachlaßgegenstände.¹²

II. Übertragung und Pfändung bei Testamentsvollstreckung

1. Miterbenanteil

a) Unabhängig von der Testamentsvollstreckung ist der Miterbenanteil rechtsgeschäftlich übertragbar, und zwar durch notariell beurkundeten Vertrag (§ 2033 Abs. 1 BGB).¹³ Der Miterbenanteil ist aufgrund eines Titels gegen den Miterben pfändbar.¹⁴

⁷ Stöber (Fn 4) Rdnr. 1653.

⁸ RGZ 83, 434; KG HRR 1929, 549; STJ-Brehm § 857 Rdnr. 57; Zöllner/Stöber § 857 Rdnr. 2 (ohne Differenzierung zwischen Allein- und Mitnacherbenrecht); Staudinger-Behrends/Avenarius § 2100 Rdnr. 63; Erman-Hense/Schmidt § 2100 Rdnr. 11.

⁹ StJ-Brehm 857 Rdnr. 57; Stöber (Fn 4) Rdnr. 1655.

¹⁰ BGH DNotZ 1968, 358 = WM 67, 978; RGZ 88, 116, 118; KGJ 46 A 181, 187; Staudinger/Werner § 2033 Rdnr. 3; RGRK-Kregel § 2033 Rdnr. 6; Schiedermair AcP 139, 129, 130.

¹¹ Auch hier sind sich Rechtsprechung und Literatur einig: RGZ 88, 116, 118; KGJ 46 A 181, 184; STJ-Brehm § 859 Rdnr. 28; MüKo-Diitz § 2033 Rdnr. 5; Soergel/Wolf § 2033 Rdnr. 4; Jauernig-Stürner (8. Aufl.) § 2033 Anm. 1.

¹² RGZ 88, 116, 118; MüKo-Smid § 857 Rdnr. 9; StJ-Brehm § 857 Rdnr. 2, § 862 Rdnr. 1; Wieczorek/Schütze § 859 B I d; § 857 B I; Thomas/Putzo (20. Aufl.) § 857 Rdnr. 2; Soergel/Damrau § 2214 Rdnr. 4; Stöber (Fn 4) Rdnr. 1481.

b) Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers bleibt von der Übertragung oder Pfändung unberührt. Der Miterbenanteil wird also samt der dazugehörigen Testamentsvollstreckung veräußert bzw. gepfändet. Der Testamentsvollstrecker kann weiterhin über die Nachlaßgegenstände verfügen, und zwar ohne die Zustimmung der Pfändungspfandgläubiger.¹⁵ Ein Nachlaßgläubiger¹⁶ kann nach Übertragung oder Pfändung des Miterbenanteils weiterhin aufgrund eines gegen den Testamentsvollstrecker gerichteten Titels in einzelne Nachlaßgegenstände vollstrecken (§ 748 Abs. 1 ZPO). Der Wert des Miterbenanteils kann dadurch noch nach der Übertragung (bzw. Pfändung) sinken.

Auch die Pfändung sämtlicher Miterbenanteile durch einen Gläubiger ändert am Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nichts. Die Vollstreckung in einzelne Nachlaßgegenstände aufgrund eines gegen den Testamentsvollstrecker gerichteten Titels ist weiterhin möglich (§ 748 Abs. 1 ZPO). Erst nach Beendigung der Testamentsvollstreckung ist der Pfändungspfandgläubiger vor dem Zugriff der Nachlaßgläubiger auf einzelne Nachlaßgegenstände sicher.

c) Der Verkaufserlös bleibt frei von der Testamentsvollstreckung.¹⁷ Der Miterbe hat also durch den Verkauf seines Erbteils die Möglichkeit, sich von den Bindungen der Testamentsvollstreckung zu lösen. Er tauscht das Miteigentum an den verwalteten Nachlaßgegenständen gegen Alleineigentum an nichtverwaltetem Geld. Der Erblasser kann die Veräußerbarkeit des Miterbenanteils nicht durch letztwillige Verfügungen beschränken (§ 137 BGB).¹⁸

2. Nacherbschaft

Auch bei der Nacherbschaft tritt durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung keine Veränderung ein.

a) Vor dem Tode des Erblassers besteht lediglich eine nicht übertragbare und nicht pfändbare Exspektanz.

b) Nach seinem Tode und vor Eintritt des Nacherbfalles besteht eine Anwartschaft. Diese ist auch bei Testamentsvollstreckung veräußerlich und pfändbar.

Veräußert der Nacherbe die Anwartschaft, so unterliegt der Erlös nicht der Testamentsvollstreckung. Auch der Nacherbe

¹³ RG JW 1915, 245, 246; MüKo-Smid § 859 Rdnr. 16; Soergel/Wolf § 2033 Rdnr. 11; Soergel/Damrau § 2211 Rdnr. 3; Staudinger/Werner § 2033 Rdnr. 4.

¹⁴ BayObLGZ 1982, 459; KGJ 37 A 273; STJ-Brehm § 859 Rdnr. 28; Zöllner/Stöber § 859 Rdnr. 15; Wieczorek/Schütze 859 B III b; AK-Schmidt/von Rhein § 859 Rdnr. 10; Soergel/Damrau § 2211 Rdnr. 3; Muscheler, Testamentsvollstreckung über Erbteile, AcP 195 (1995), 35, 65.

¹⁵ BayObLGZ 1982, 459, 462; KG JR 1952, 323; KG DNotZ 1941, 127; STJ-Brehm § 859 Rdnr. 30; Soergel/Damrau § 2211 Rdnr. 3; Staudinger/Reimann § 2205 Rdnr. 80; Stöber (Fn 4) Rdnr. 1676.

¹⁶ Als Nachlaßgläubiger werden diejenigen bezeichnet, die aufgrund einer Verbindlichkeit des Erblassers oder aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder Delikts des Testamentsvollstreckers eine Forderung gegen den Nachlaß haben. Davon abzugrenzen sind die Eigenläubiger des Erben, die aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder Delikts des Erben eine Forderung haben (vgl. Fn 19).

¹⁷ Soergel/Damrau § 2211 Rdnr. 3; Staudinger/Reimann § 2205 Rdnr. 34; Muscheler (Fn 14) S. 61.

¹⁸ Der Erblasser kann die Veräußerung des Miterbenanteils folglich auch nicht von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers abhängig machen, RG JW 1915, 245, 246; LG Essen Rpfleger 1960, 57; MüKo-Diitz § 2033 Rdnr. 4; Staudinger/Werner § 2033 Rdnr. 4; Soergel/Wolf § 2033 Rdnr. 11; Erman/Schlüter § 2033 Rdnr. 1; Muscheler (Fn 14) S. 62.

kann sich damit aus den Bindungen der Testamentsvollstreckung befreien.

c) Für die Rechtslage nach dem Nacherbfall sei wieder auf die Miterbschaft (siehe oben II. 1.) und die Alleinerbschaft (siehe unten II. 3.) verwiesen.

3. Alleinerbschaft

a) Rechtsgeschäftliche Übertragung

aa) Der Alleinerbe kann einzelne Nachlaßgegenstände nicht veräußern. Dafür fehlt ihm die Verfügungsmacht (§ 2211 BGB). Diese steht dem Testamentsvollstrecker zu (§ 2205 S. 1 BGB). Durch die Veräußerung von Nachlaßgegenständen kann sich der Erbe also keine Finanzen beschaffen.

Der Testamentsvollstrecker seinerseits ist lediglich verpflichtet, Nachlaßschulden zu befriedigen. Erbschulden¹⁹ sind nicht mit Nachlaßmitteln zu tilgen. Vielmehr besteht eine Trennung der beiden Vermögenmassen (§ 2214 BGB).

bb) Die Übertragbarkeit der Erbschaft als Ganzes bei Testamentsvollstreckung wird in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht erwogen. Nach dem derzeitigen Stand der Rechtswissenschaft kann deshalb der Alleinerbe weder durch die Veräußerung einzelner Gegenstände noch durch die Übertragung des Nachlasses insgesamt sein Erbe zu Geld machen.

b) Pfändung

aa) In einen einzelnen, der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gegenstand kann nur vollstreckt werden, wenn ein Urteil gegen den Testamentsvollstrecker vorliegt (§ 748 ZPO). Ein solches Urteil kann nur erwirkt werden, wenn ein Anspruch gegen den Nachlaß besteht (§ 2213 BGB), nicht jedoch, wenn lediglich ein Anspruch gegen den Erben besteht. Folglich kann aufgrund einer Erbschuld kein einzelner Nachlaßgegenstand gepfändet werden.

bb) Die Pfändung des nichtverwalteten Nachlasses als Ganzes ist nach allgemeiner Meinung nicht möglich.²⁰ Für eine unterschiedliche Behandlung der verwalteten und der nichtverwalteten Alleinerbschaft finden sich in Literatur und Rechtsprechung keine Stimmen. Die Konsequenz der h. M. ist, daß der Erblasser durch Anordnung der Testamentsvollstreckung den Nachlaß gänzlich dem Zugriff der Erbengläubiger entziehen kann.²¹

III. Begründungsversuche

Die h. M. kann bisweilen zu erstaunlichen Ergebnissen führen. Man stelle sich vor, daß das Vermögen eines Millionärs ausschließlich in einer Erbschaft besteht, die unter Testamentsvollstreckung steht. Hat dieser Millionär nun Schulden, so wird es den Gläubigern nicht möglich sein, auf das Vermögen des Millionärs zuzugreifen. Das widerspricht dem Rechtsempfinden.

Kaum erörtert wird von der h. M., wie die Unveräußerlichkeit und Unpfändbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung begründet werden kann. Im folgenden werden mögliche Rechtfertigungen erörtert.

¹⁹ Der Verfasser verwendet im folgenden den Begriff Erbschuld für Ansprüche der Eigengläubiger des Erben (§ 2214 BGB) im Gegensatz zu den Ansprüchen der Nachlaßgläubiger.

²⁰ Nachweise siehe oben Fn 12.

²¹ *Soergel/Damrau* § 2214 Rdnr. 4; *Staudinger/Reimann* § 2214 Rdnr. 5. Die meisten Autoren sprechen diese Konsequenz nicht aus.

1. Schutz des Nachlasses

Der Erblasserwille ist häufig darauf gerichtet, den Nachlaß als wirtschaftliche Einheit zu erhalten. Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung will er den Nachlaß gerade vor dem verschwenderischen Erben schützen. Deshalb ist zu untersuchen, ob dieser Schutz durch die Pfändbarkeit der Erbschaft unterlaufen werden könnte.

a) Die Erfüllung von Eigenverbindlichkeiten mit Nachlaßgegenständen ist dem Erben rechtsgeschäftlich durch § 2211 BGB verwehrt. In der Zwangsvollstreckung ist der Nachlaß dadurch geschützt, daß ein Titel gegen den Testamentsvollstrecker vorausgesetzt wird (§ 748 ZPO). Ein solcher Titel kann nur aufgrund einer Nachlaßschuld, nicht aber aufgrund einer Erbenverbindlichkeit erwirkt werden (siehe oben II. 3. b). Der Erblasser kann also durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung verhindern, daß aufgrund einer Erbschuld einzelne Gegenstände dem Nachlaß entzogen werden. Der Nachlaß als wirtschaftliche Einheit wird somit durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung geschützt.

b) Fraglich ist, ob dieser Schutz durch die Pfändbarkeit der Erbschaft als Ganzes preisgegeben würde, und die Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung deshalb unpfändbar sein muß. Diese Frage soll erst nach einem Blick auf den Miterbenanteil beantwortet werden.

c) Auch der Miterbenanteil wird durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung im oben dargestellten Sinne geschützt: Einzelne Gegenstände können dem Nachlaß nicht aufgrund einer Erbschuld entzogen werden. Die Pfändbarkeit des Miterbenanteils bei Testamentsvollstreckung ist trotzdem allgemein anerkannt (s. o.). Auch kann der Miterbe seinen Anteil durch notariell beurkundeten Vertrag (§ 2033 Abs. 1 BGB) veräußern und über den Erlös frei verfügen.

Die Frage, ob der Schutz des Nachlasses durch die Pfändbarkeit gefährdet ist, stellt sich auch beim Miterbenanteil. Sie ist zu verneinen: Die Pfändung läßt die Vermögensmasse „Nachlaß“ intakt, denn das Verfügungsrecht bleibt auch nach der Pfändung allein beim Testamentsvollstrecker. Die wirtschaftliche Einheit wird also nicht zerschlagen, wenn unvernünftige Miterben Schulden anhäufen und schließlich in die Miterbenanteile vollstreckt wird. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung bedeutet also einen wirksamen Schutz des Nachlasses als wirtschaftlicher Einheit.

Nicht geschützt ist dagegen der Miterbe. Sein ererbtes Eigentum, der Miterbenanteil, kann ihm im Wege der Zwangsvollstreckung genommen werden.

d) Nun kann die oben (b) gestellte Frage beantwortet werden: Die Testamentsvollstreckung schützt den Nachlaß als wirtschaftliche Einheit vor der Zerstückelung durch Erbengläubiger. Die Schutzfunktion der Testamentsvollstreckung steht der Pfändbarkeit der Alleinerbschaft als Ganzes nicht entgegen. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung schützt nur den Nachlaß, nicht den Erben. Das gilt für Allein- und Miterben gleichermaßen.

2. Bindung des Erben an den Nachlaß

Der Erblasserwille kann ferner darauf gerichtet sein, den Erben an den Nachlaß zu binden.

Die Veräußerlichkeit eines Nachlaßgegenstandes kann nicht durch testamentarische Anordnung ausgeschlossen werden (§ 137 S. 1 BGB). Ebensowenig kann die Veräußerlichkeit eines oder mehrerer Miterbenanteile durch letztwillige Ver-

fügung ausgeschlossen oder beschränkt werden.²² Einen Erblasserwillen, der darauf gerichtet ist, die Veräußerung von Nachlaßteilen zu verhindern, schützt das Gesetz nicht. Deshalb kann auch die Veräußerbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung nicht an dem Erblasserwillen scheitern.

3. Schutz der Nachlaßgläubiger

§ 2214 BGB sondert den Nachlaß für die Nachlaßgläubiger ab.²³ Die Vorschrift privilegiert die Nachlaßgläubiger gegenüber den Eigengläubigern des Erben.²⁴ Sie sichert den Nachlaßgläubigern Haftungsmasse.

Zu fragen ist, ob diese Sicherung durch Pfändung oder Übertragung der Alleinerbschaft gefährdet würde.

a) Gefahr durch Pfändung?

Wieder ist zunächst ein Blick auf den Miterbenanteil zu werfen: Wird ein Miterbenanteil gepfändet und überwiesen, so können Nachlaßgläubiger bis zum Ende der Testamentsvollstreckung unverändert in einzelne Nachlaßgegenstände vollstrecken (siehe oben II. 1.). Die Sicherungsinteressen der Nachlaßgläubiger werden also durch die Pfändung des Miterbenanteils nicht beeinträchtigt.

Ebenso bleiben den Nachlaßgläubigern die Befriedigungsobjekte erhalten, wenn die Alleinerbschaft gepfändet und überwiesen wird. Der Pfandgläubiger der Alleinerbschaft erhält genau die Rechtsstellung desjenigen, der sämtliche Miterbenanteile gepfändet hat. Er kann nicht in einzelne Nachlaßgegenstände vollstrecken oder über sie verfügen.

Solange die Testamentsvollstreckung andauert, haben die Nachlaßgläubiger alleinigen Zugriff auf die Nachlaßgegenstände. Erst der Ablauf der Testamentsvollstreckung beendet ihr Privileg aus § 2214 BGB, so daß auch Eigengläubiger des Erben auf die Nachlaßgegenstände zugreifen können.

Daß die privilegierte Befriedigung der Nachlaßgläubiger mit dem Ende der Testamentsvollstreckung entfällt, ist also unabhängig von einer etwaigen Pfändung. Die durch § 2214 BGB geschützten Interessen der Nachlaßgläubiger werden durch eine Pfändung der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung folglich nicht berührt.

²² Nachweise siehe oben Fn 18. Inkonsequenterweise hielt es das Reichsgericht jedoch in einem obiter dictum (RGZ 170, 163, 168 (1942)) für denkbar, daß der Erblasser die Übertragbarkeit eines Nacherbenrechts ausschließen kann; dem zustimmend: *Palandt/Edenhofer* (57. Aufl.) § 2108 Rdnr. 9; *Soergel/Harder* § 2100 Rdnr. 11; *Stöber* (Fn 4) Rdnr. 1654; ablehnend: *Staudinger-Behrends/Avenarius* 2100 Rdnr. 60 unter Verweis auf § 2108 Abs. 2 BGB, wonach (nur) ein Ausschluß der Vererblichkeit möglich ist. Zweifelnd auch *STJ-Brehm* § 857 Rdnr. 57. Selbst wenn man RGZ 170, 163, 168 folgt, so ist das Nacherbenrecht dennoch pfändbar (§ 851 Abs. 2 ZPO).

²³ Ursprünglicher Grund der Vorschrift war gar nicht diese Privilegierung. Denn die Nachlaßgläubiger können auch über die Nachlaßverwaltung geschützt werden (vgl. §§ 1981 Abs. 2, 1984 Abs. 2 BGB). § 2214 BGB sollte vielmehr in erster Linie den Testamentsvollstrecker von Aufgaben entlasten. Er sollte nicht genötigt sein, jederzeit den Erbengläubigern den Bestand des Nachlasses darzulegen und Wahrscheinlichkeitsrechnungen darüber anzustellen, ob nach Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten für die Erben und deren Gläubiger noch ein Rest verbleiben werde (*Staudinger/Reimann* § 2214 Rdnr. 1; Protokolle V S. 297).

²⁴ Zu den Begriffen Nachlaßgläubiger und Eigengläubiger des Erben siehe Fn 16 und 19.

b) Gefahr durch Veräußerung?

Unabhängig von der Anordnung der Testamentsvollstreckung gibt § 2382 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Nachlaßgläubiger mit Abschluß des Erbschaftskaufs eine gestärkte Position. Der Erbschaftskäufer wird neben dem Verkäufer Gesamtschuldner gegenüber den Nachlaßgläubigern. Die Nachlaßgläubiger haben nach Verkauf und Veräußerung folglich drei Haftungsmassen: Den Nachlaß, das Eigenvermögen des Erben und das Vermögen des Erbschaftskäufers.²⁵ Eine Veräußerung der Alleinerbschaft gefährdet ihre Sicherungsinteressen also nicht.²⁶

4. Zwischenergebnis

Festzustellen ist, daß schützenswerte Interessen der Veräußerbarkeit und Pfändbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung nicht im Wege stehen:

a) Das Interesse des Erblassers oder der Allgemeinheit an dem Erhalt einer wirtschaftlichen Einheit wird durch Übertragung oder Pfändung nicht beeinträchtigt (siehe oben 1.).

b) Der Wille des Erblassers, den Erben an den Nachlaß zu binden, ist nicht schützenswert (siehe oben 2.).

c) Die Sicherungsinteressen der Nachlaßgläubiger bleiben von der Pfändung oder Übertragung des Nachlasses unbeeinträchtigt (siehe oben 3.).

d) Schließlich bleibt das Interesse des Erben an der Unpfändbarkeit. Es bedarf keiner näheren Begründung, daß der Wunsch, zur Tilgung von Schulden nicht gezwungen werden zu können, nicht schützenswert ist.

e) Läßt sich die h. M. nicht mit schützenswerten Interessen begründen, so ist zu fragen, ob sich aus der Natur der Sache, aus dem Wesen oder dem Begriff der Erbschaft Bedenken gegen die Pfändbarkeit / Veräußerlichkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung ergeben.

5. Natur der Erbschaft

Von der h. M. wird angeführt, pfändbar seien nur Rechte. Tatsächliche Stellungen (wie die Stellung des Alleinerben)²⁷ oder Vermögensbegriffe seien nicht pfändbar.²⁸

a) Tatsächliche Stellung

Die Nichtübertragbarkeit und Unpfändbarkeit tatsächlicher Stellungen räumt der Verfasser ein. Durch Parteivereinbarung kann niemand nachträglich Erbe werden.²⁹ Durch die Übertragung der Alleinerbschaft verliere der Erbe aber nicht seine Stellung als Erbe. Der Erbschein wäre auf den Namen des Veräußerers auszustellen.³⁰ Erworben wird nur der Inbegriff der Nachlaßgegenstände.

²⁵ Freilich ist die Haftung beschränkbar: §§ 2383, 1981, 1975 BGB.

²⁶ Ist die Testamentsvollstreckung angeordnet, so muß § 2214 BGB nach Ansicht des Verfassers auch gegenüber den Gläubigern des Erbschaftskäufers gelten: Auch nach der Veräußerung der Erbschaft können sie nicht in einzelne Nachlaßgegenstände vollstrecken, solange die Testamentsvollstreckung andauert.

²⁷ *MüKo-Smid* § 857 Rdnr. 9; *StJ-Münzberg* § 857 Rdnr. 2.

²⁸ *STJ-Brehm* § 857 Rdnr. 2; *Kipp/Coing*, Erbrecht, (14. Aufl.) § 114 VI 4.

²⁹ So auch: BGHZ 56, 115, 117; BayObLG NJW 1968, 505; *Staudinger/Werner* § 2033 Rdnr. 23.

³⁰ So für die Veräußerung des Miterbenanteils: RGZ 64, 173, 178; *Staudinger/Werner* § 2033 Rdnr. 24.

b) Vermögensbegriff

Daß die Pfändung von Vermögensbegriffen ausgeschlossen sein soll, leuchtet jedenfalls für den Fall der Erbschaft nicht ein. Schließlich ist die Pfändung eines Anteils der Erbschaft möglich (§ 859 Abs. 2 ZPO). Der Pfandgläubiger erhält durch die Pfändung der Alleinerbschaft keine andere Stellung als durch die Pfändung sämtlicher Miterbenanteile. Das gleiche gilt für den rechtsgeschäftlichen Erwerb.

c) Ergebnis

Das Wesen der Erbschaft schließt eine Übertragung / Pfändung der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung nicht aus.

6. Umkehrschluß zu § 2033 Abs. 1 BGB/§ 859 Abs. 2 ZPO

Es bleibt das *argumentum e contrario* zu § 2033 Abs. 1 BGB und § 859 Abs. 2 ZPO. Der Gesetzgeber stellt die Übertragbarkeit / Pfändbarkeit des Miterbenanteils ausdrücklich fest. Das Schweigen des Gesetzgebers zur Alleinerbschaft deutet auf die Unzulässigkeit der Übertragung / Pfändung hin.

Positiv festgelegt hat sich der historische Gesetzgeber jedoch nicht. Keine Bestimmung normiert die Unübertragbarkeit / Unpfändbarkeit der Alleinerbschaft. Die Frage ist damit der Rechtsprechung und Literatur überlassen.

7. Ergebnis

Nichts zwingt dazu, mit der h. M. die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der Alleinerbschaft abzulehnen. Der Verfasser hält die h. M. in den Fällen für tragbar, in denen keine Testamentsvollstreckung angeordnet ist.

Dagegen vermag das eben vorgebrachte *argumentum e contrario* nicht die folgenden Beweise zu widerlegen, die für die Übertragbarkeit / Pfändbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung sprechen.

IV. Argumente für die Übertragbarkeit / Pfändbarkeit

Die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit muß bejaht werden, um nicht gegen die Gesetzessystematik und Verfassungsprinzipien zu verstoßen.

1. Gesetzessystematische Aspekte der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit

Daß der Gesetzgeber die dingliche Übertragung der Alleinerbschaft nicht vorgesehen hat, ist nur vor dem Hintergrund zu verstehen, daß der Alleinerbe in der Regel zur Übertragung der einzelnen Nachlaßgegenstände imstande ist.

Eben diese Möglichkeit hat der Miterbe nicht. Der Gesetzgeber ermöglicht ihm die Verwertung durch Veräußerung seines Miterbenanteils als Ganzes.³¹

In der gleichen Lage befindet sich der durch die Testamentsvollstreckung beschwerte Alleinerbe: Er ist wie der Miterbe an einer Verfügung über einzelne Nachlaßgegenstände gehindert (§ 2211 BGB). Deshalb darf ihm nicht die Möglichkeit vorenthalten werden, die Erbschaft als solche zu veräußern.

Damit erhält der Alleinerbe ebenso wie Miterbe und Nacherbe die Option, sich aus den Bindungen der Testamentsvollstreckung zu lösen.

³¹ Protokolle V. S. 838.

2. Gesetzessystematische Aspekte der Pfändbarkeit

a) Zugriff auf das Schuldnervermögen

In der Zwangsvollstreckung ist der Gesetzgeber bemüht, dem Gläubiger jeweils mindestens einen Weg einzuräumen, das Vermögen des Schuldners zu erreichen: Beim Miterben ist der Miterbenanteil pfändbar. Beim Nacherben ist die Anwartschaft pfändbar. Bei dem von Testamentsvollstreckung unbeschwerten Alleinerben sind einzelne Nachlaßgegenstände pfändbar.

Das Gesetz läßt z. T. sogar die Pfändung von Vermögensbestandteilen zu, die rechtsgeschäftlich nicht übertragbar sind (Gesellschaftsanteil § 859 Abs. 1 ZPO, 719 BGB; nichtübertragbare Forderungen § 851 Abs. 2 ZPO, § 399 BGB).

Die Vollstreckung gegen den mit Testamentsvollstreckung beschwerten Alleinerben in die Erbschaft als solche ist nicht geregelt. Konsequenz ist es, auch hier den Zugriff zu erlauben.

b) Entbehrlichkeit der Erbschaftspfändung?

In einigen Fällen besteht noch eine weitere Möglichkeit, Zugriff auf das geerbte Vermögen des mit Testamentsvollstreckung beschwerten Alleinerben zu nehmen.

Pfändbar ist der Anspruch des Erben auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände nach Beendigung der Testamentsvollstreckung (§ 2218 Abs. 1, 667 BGB).³² Da bedingte und künftige Rechte pfändbar sind,³³ ist der Anspruch schon vor Beendigung der Testamentsvollstreckung der Zwangsvollstreckung unterworfen. Häufig bietet die Pfändung des Anspruches aus §§ 2218 Abs. 1, 667 BGB dem Gläubiger die Möglichkeit, seine Forderung zu befriedigen. In dem Fall ist die Pfändung der Alleinerbschaft nicht erforderlich. Die Beweiskraft des gesetzessystematischen Argumentes ist gemindert.

Anders sieht es aus, wenn in der Person des Schuldners der Anspruch aus §§ 2218 Abs. 1, 667 BGB nicht entstehen wird. Ist die Testamentsvollstreckung bis zum Tode des Erben angeordnet³⁴, so hat der Erbe keinen, auch keinen aufschiebend bedingten, Anspruch auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände. Der Anspruch entsteht erst mit dem Tod des Erben in der Person des Erbes. Folglich kann der Erbengläubiger keinen Anspruch aus §§ 2218 Abs. 1, 667 BGB pfänden. Er bleibt auf die Pfändung der Erbschaft angewiesen.

c) Nacherbenrecht

Die h. M. führt insbesondere bei der durch Testamentsvollstreckung verwalteten Anwartschaft des (Allein-) Nacherben zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen:

Vor Eintritt des Nacherbfalles hat der Nacherbe eine veräußerliche Anwartschaft und somit einen geldwerten Gegenstand. Dieser Gegenstand wird aber in dem Moment entwertet, in dem der Nacherbfall eintritt. Denn nach h. M. ist der Nacherbe nun an einer Veräußerung gehindert.

Ebenso würden die Gläubiger des Nacherben durch den Nacherbfall ein – vielleicht entscheidendes – Stück Haftungsmasse verlieren. Sie wären daran interessiert, daß ihr Schuldner nicht Eigentümer des Nachlasses wird.

³² Soergel/Damrau § 2218 Rdnr. 10; MüKo-Brandner § 2218 Rdnr. 15.

³³ STJ-Brehm § 857 Rdnr. 10.

³⁴ Eine solche Anordnung ist auf Grund von § 2210 S. 2 BGB zulässig: OLG Zweibrücken Rpfleger 1982, 106; zustimmend Soergel/Damrau § 2210 Rdnr. 2; MüKo-Brandner § 2210 Rdnr. 5.

3. Verfassungsrechtliche Aspekte der Übertragbarkeit

Dem Erben, dem weder Besitz (§ 2205 S. 2 BGB) noch das Verfügungsrecht (§ 2211 BGB) zustehen, nutzt die Erbschaft wenig. Gesteht man ihm nicht das Recht der Veräußerung zu, so bleibt von seinem Eigentum nichts übrig. Es ist ein *nudum ius*.

Veräußerungsbeschränkungen bedürfen als gravierende Eingriffe in Art. 14 GG und die Vertragsfreiheit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.³⁵ Denn die Veräußerungsfreiheit und die Verfügungsbefugnis gehören zum Kernbestand der Rechtsnormen, die das Rechtsinstitut „Privateigentum“ gewährleisten.³⁶ Dieser im Zusammenhang mit der Sozialbindung des Eigentums entwickelte Grundsatz ist auch hier zu berücksichtigen.

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Unübertragbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung liefert die h. M. nicht. Es ist deshalb verfassungsrechtlich bedenklich, die Veräußerung nicht zuzulassen.

4. Verfassungsrechtliche Aspekte der Pfändbarkeit

Der Gläubiger könnte einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch gegen den Staat auf Vollstreckung in die Alleinerbschaft haben. Der Staat verbietet (abgesehen von wenigen Ausnahmen, z. B. §§ 229, 859 BGB) dem Bürger die Selbsthilfe. Das Gewaltmonopol liegt beim Staat. Ist dem einzelnen die zwangsweise Durchsetzung seiner Rechte verwehrt, so muß der Staat den Rechtsschutz übernehmen.

a) Justizgewährungsanspruch

Die konstitutionell verankerte Rechtsschutzgewährleistung umfaßt das rechtsstaatliche Erkenntnisverfahren ebenso wie die staatliche Vollstreckung.³⁷ Das BVerfG entnimmt die Rechtsschutzgarantie den einzelnen betroffenen Grundrechten in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und spricht

³⁵ St. Rechtsprechung BVerfG JZ 1979, 98, 100; BVerfGE 26, 215, 222; *Leibholz/Rinck/Hesselberger* 18. Lieferung, Art. 14 Rdnr. 661.

³⁶ *Maunz/Dürig-Papier* 31. Lieferung, Art. 14 Rdnr. 14, der auch darauf hinweist, daß der Staat insbesondere dazu verpflichtet ist, die Rechtseinrichtung Privateigentum vor Disfunktionalität zu bewahren.

³⁷ *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht (12. Aufl.) Band 1, Rdnr. 1, 3; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht (5. Aufl.) Rdnr. 1; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht (11. Aufl.), § 3 III 4 (S. 25).

vom verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch.³⁸ Art und Umfang der Zwangsvollstreckung stehen daher nicht völlig im Ermessen des Gesetzgebers. Bei der Regelung des Zwangsvollstreckungsverfahrens ist er gehalten, den Justizgewährungsanspruch zu beachten. Die Rechtsschutzgewährleistung wird nur durch die Grundrechte des Schuldners und andere Verfassungsprinzipien begrenzt. Konsequenterweise unterwirft der Gesetzgeber in den §§ 704 ff. ZPO im Grundsatz das ganze Vermögen des Schuldners der Zwangsvollstreckung.

b) Einschränkungen

Einschränkungen finden sich in den §§ 811 und 850 ff. ZPO. Der Vollstreckungsschutz kann jeweils zurückgeführt werden auf konstitutionell geschützte Güter wie die Berufsfreiheit (§§ 811 Nr. 5; 851a ZPO), die körperliche Unversehrtheit (§ 811 Nr. 12 ZPO) oder auf das Sozialstaatsprinzip.

Eine verfassungsrechtliche Begründung für die Unpfändbarkeit der Alleinerbschaft läßt sich dagegen schwerlich finden. Dem Gläubiger die Pfändung des Alleinerbes zu verwehren bedeutet dann, wenn er alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft hat, eine verfassungswidrige Verweigerung staatlichen Rechtsschutzes.

Bei Anordnung der Testamentsvollstreckung muß deshalb die Alleinerbschaft als solche ebenso wie der Miterbenanteil pfändbar sein.

V. Ergebnis

Das Gesetz sieht die dingliche Übertragung der Alleinerbschaft nicht ausdrücklich vor. Der Grund dafür liegt in der Möglichkeit des Alleinerben, die einzelnen Nachlaßgegenstände zu veräußern. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung nimmt dem Erben diese Fähigkeit. Deshalb muß in diesem Falle die Alleinerbschaft durch notariell beurkundeten Vertrag analog § 2033 Abs. 1 BGB übertragbar sein.

Ebenso ist die Pfändbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung zu bejahen. Dies folgt aus gesetzessystematischen Erwägungen und dem Justizgewährungsanspruch des Gläubigers.

³⁸ BVerfGE 35, 348, 361; 37, 132, 148; 39, 276, 294; 49, 244, 251; 53, 352, 358; ebenso: *Stürner*, Festschrift für Baur, S. 649, und *Stürner*, NJW 1979, 2336 r. Sp.

Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bei der GmbH & Co. KG

– Zugleich eine Anmerkung zum Beschluß des Landgerichts München I vom 6.2.1997 – 17 HKT 1511/97*

Von Notarassessor *Georg Westermeier*, München

A. Einleitung

Als zulässig allgemein anerkannt und üblich ist die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB von Seiten der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft und von Seiten des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH dieser gegenüber. Beides ist im Handelsregister eintragungsfähig.

Zur Problematik, inwiefern das Verbot der Mehrfachvertretung und des Selbstkontrahierens im Verhältnis zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH eine Rolle spielt, existiert, soweit ersichtlich, lediglich eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1972¹, welche in einem Teil des Leitsatzes lautet wie folgt: „Mit der GmbH & Co. KG durch In-Sich-Geschäft einen Vertrag abzuschließen, kann dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nur die KG gestatten.“

Mit Beschluß vom 6.2.1997 hat das Landgericht München I einer Beschwerde gegen eine Zurückweisungsentscheidung des Registergerichts München nicht stattgegeben. Zur Eintragung in das Handelsregister war beantragt worden, daß der jeweilige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Auf eine andere Beschwerde hin hat demgegenüber das Landgericht Passau² eine Zurückweisungsentscheidung des Registergerichts Passau, welcher ein gleichlautender Eintragungsantrag zugrundelag, aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, antragsgemäß die Eintragung der Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB im Handelsregister der GmbH & Co. KG vorzunehmen.

Mit der nachfolgenden Abhandlung soll untersucht werden, welche Bedeutung dem § 181 BGB im Verhältnis zwischen Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und Kommanditgesellschaft in materiell-rechtlicher und formell-rechtlicher Hinsicht zukommt.

B. Das Verbot der Mehrfachvertretung und des Selbstkontrahierens des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur GmbH & Co. KG in materieller und formeller Hinsicht

I. Die Bedeutung des § 181 BGB in materieller Hinsicht

Zunächst ist die Frage zu stellen und zu beantworten, wie sich ein Anwendungsbereich des § 181 BGB bzw. einer Befreiung hiervon für das Vertretungsverhältnis des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH zu der Kommanditgesellschaft

definieren läßt. Solch ein eigenständiger Anwendungsbereich käme dann nicht in Betracht oder wäre bedeutungslos, falls sich dieser mit dem Anwendungsbereich der bei der GmbH & Co. KG üblichen und nunmehr allgemein zulässigen zweifachen Befreiung von § 181 BGB, nämlich einmal von Seiten der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft³ und zum zweiten von Seiten des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH dieser gegenüber⁴, deckt. Bestünde nämlich insofern Deckungsgleichheit, so käme einer weiteren Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB kein gesonderter Regelungscharakter zu.

1. Der Anwendungsbereich der Befreiungen von den Beschränkungen des § 181 BGB zwischen Komplementär-GmbH und GmbH & Co. KG einerseits und Geschäftsführer und Komplementär-GmbH andererseits

a) Die im Handelsregister der Kommanditgesellschaft eingetragene Befreiung für die Komplementär-GmbH bedeutet nur, daß die Komplementärin Rechtsgeschäfte für die Kommanditgesellschaft und mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten abschließen kann. Beispielsweise überträgt die Komplementär-GmbH auf die Kommanditgesellschaft ein Grundstück. Die Befreiung des GmbH-Geschäftsführers im Handelsregister der Komplementär-GmbH bedeutet wiederum lediglich die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bzw. der Mehrfachvertretung im Verhältnis zu dieser GmbH. Beispielsweise überträgt der Geschäftsführer sein Grundstück auf die Komplementär-GmbH.

b) Zweifelhaft ist hingegen, ob die beiden folgenden Rechtsgeschäfte auch unter der Voraussetzung dieser zweifachen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB wirksam sind:

aa) Fall der Mehrfachvertretung

Im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft ist lediglich bestimmt, daß die Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist; die Organe der Komplementär-GmbH sind hier nicht genannt. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, der im Verhältnis zu dieser GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, schließt nun einen Vertrag zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH, oder die Komplementär-GmbH handelt im Rahmen eines Rechtsgeschäfts für die Kommanditgesellschaft und vertritt zugleich eine dritte Person, wobei für die Komplementär-GmbH jeweils der gleiche Geschäftsführer handelt. So überträgt beispielsweise die Komplementär-GmbH auf die Kommanditgesellschaft ein Grundstück, oder die Kommanditgesellschaft überträgt an eine dritte Person ein Grundstück, wobei jeweils der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH für beide Vertrags-

* In diesem Heft S. 197.

¹ BGH, Urt. v. 7.2.1972, NJW 1972, 623.

² Beschluß v. 9.6.1993 – Az: HK.T.2/93 – unveröffentlicht.

³ OLG Hamm, Beschl. v. 21.2.1983, RPfleger 1983, 280.

⁴ BayObIG, Beschl. v. 28.1.1982, BayObIGZ 1982, 41; BGH, Beschl. v. 28.2.1983, BGHZ 87, 59.

teile allein handelt. Obwohl diese Rechtsgeschäfte gemeinhin bei Vorliegen der vorgenannten Befreiungen für wirksam angesehen werden, könnte man insofern bereits daran denken, daß hierfür eine weitergehende Befreiung des handelnden Organs der Komplementär-GmbH gegenüber der Kommanditgesellschaft erforderlich ist. Wenn nämlich die Komplementär-GmbH mehrere vertretungsberechtigte Organe hat, dann wollten die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft möglicherweise nicht, daß bei Abschluß dieser Rechtsgeschäfte nur ein Organ der Komplementär-GmbH tätig wird, indem sie im Gesellschaftsvertrag für die Kommanditgesellschaft die Befreiungsklausel gerade nicht auf die Organe der Komplementär-GmbH erstreckt haben. Haben die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft hingegen auch die Befreiung der Organe der Komplementär-GmbH vorgesehen, so sind diese auch im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so daß sodann ein einzelvertretungsberechtigtes Organ der Komplementär-GmbH dieses Rechtsgeschäft allein tätigen kann. Auch bei Fehlen einer solch ausdrücklichen, gesellschaftsvertraglichen Regelung wird man im Wege der Auslegung zu diesem Ergebnis kommen müssen, falls die Komplementär-GmbH nur ein vertretungsberechtigtes Organ besitzt, da nur dann die Bestimmung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für die Komplementär-GmbH im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft Sinn macht. Denn auch eine konkludente Gestattung ist möglich⁵. Ob dieses Auslegungsergebnis auch so lautet, falls die Komplementär-GmbH mehrere vertretungsberechtigte Organe besitzt, ist nach dem Vorgesagten zumindest nicht zweifelsfrei. Hier ist es die Aufgabe des Vertragsgestalters, im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft ausdrücklich diese Befreiung vorzusehen bzw. auszuschließen.

Die Befreiung des Geschäftsführer der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB im Verhältnis zur Komplementär-GmbH hilft für diese Fälle allein jedenfalls nicht weiter, da es insofern nicht um die Vertretung der Komplementär-GmbH geht, sondern um die Vertretung der Kommanditgesellschaft⁶, und die Befreiung immer nur von dem jeweils Vertretenen, hier also der Kommanditgesellschaft erteilt werden kann⁷. Es deutet sich bereits hier eine weitere materielle Vertretungsebene zwischen dem Vertretungsorgan der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft an.

bb) Fall des Selbstkontrahierens

Daß eine solche differenzierte Betrachtungsweise geboten ist, zeigt die weitere Fallkonstellation, nämlich, wenn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als Privatperson ein Eigenschaft mit der Kommanditgesellschaft abschließen möchte. Beispielsweise überträgt er sein Grundstück auf die Kommanditgesellschaft.

Die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH dieser gegenüber von den Beschränkungen des § 181 BGB hilft hier aus dem vorbezeichneten Grund allein jedenfalls nicht weiter.

Auch die Befreiung der Komplementär-GmbH auf der Ebene der Kommanditgesellschaft erfaßt diesen Fall nicht, da formal betrachtet die Komplementär-GmbH als Vertretungsorgan

⁵ *Staudinger-Schilken*, BGB, 13. Aufl., § 181 BGB, Rdnr. 51f.

⁶ BGH, Urt. v. 7.2.1972, BGHZ 58, 115 = DNotZ 1972, 432 = NJW 1972, 623.

⁷ *Brönner/Rux/Wagner*, Die GmbH & Co. KG, 5. Aufl., Rdnr. 341, S. 137; *Staudinger-Schilken*, § 181 Rdnr. 49; *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., 4. Aufl., § 34 S. 207.

der Kommanditgesellschaft mit dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ein Fremdgeschäft abschließt. Dieses Rechtsgeschäft unterläge im Verhältnis der Kommanditgesellschaft zur Komplementär-GmbH bei formaler Betrachtung nicht einmal den Beschränkungen des § 181 BGB, obwohl dieses Rechtsgeschäft de facto allein der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH abschließt. Objektiv gesehen, und nicht aus der Sicht des Geschäftsführers, liegt jedoch wiederum im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft ein Fall des § 181 BGB vor, zu dessen Ausschaltung jedoch die vorgenannten beiden Befreiungsmöglichkeiten nicht ausreichen.

cc) Vergleich mit der Untervollmacht

Vergleichbar hierzu sind die Fälle der rechtsgeschäftlichen Untervertretung:

Bevollmächtigt der A den B unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, erteilt sodann der B dem C Untervollmacht und schließt dann der C einen Vertrag zwischen ihm selbst und dem A als dessen Untervertreter ab, so bedarf auch der C gegenüber A der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens. Denn mit der Eigenvertretung auf Seiten des C tritt eine neue Konfliktslage auf, die eine gesonderte Gestattung seitens des vertretenen A voraussetzt. Die Gestattung der Eigenvertretung wird insofern also auf die Person des Bevollmächtigten beschränkt. Gegen eine derartige Einschränkung spricht zugegebenermaßen, daß der B als Vertreter des A dieses Rechtsgeschäft mit C ohne weiteres hätte vornehmen können, und man infolgedessen auch an eine teleologische Reduktion des § 181 BGB denken könnte.

Eine andere Frage ist, ob B im Rahmen der Erteilung einer Untervollmacht an C diesen im Verhältnis zu A vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien konnte, was die Auslegung der Vollmacht, die A dem B erteilt hat, nahelegen mag⁸. Die Tatsache, daß es der A bei Erteilung der Vollmacht in der Hand hat, ob er den B mit einer solchen weitergehenden Befreiungsmöglichkeit ausstattet oder nicht, spricht gerade gegen eine teleologische Reduktion, bei welcher eine solche Befreiung per se anzunehmen wäre.

dd) Folgerung der Möglichkeit einer gesonderten weiteren Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB

Für den Fall des Eigengeschäfts des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der Kommanditgesellschaft wird man es als erforderlich, aber auch als hinreichend ansehen müssen, daß das handelnde Organ der Komplementär-GmbH persönlich im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Denn für die Kommanditgesellschaft kann gerade ein Interesse darin bestehen, daß sie diese Eigengeschäfte zwischen ihr und dem Vertretungsorgan der Komplementär-GmbH nicht zulassen will, um hier unerwünschte Vermögensverschiebungen zu vermeiden, gleichwohl aber Rechtsgeschäfte zwischen der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH ermöglichen will.

Auch materiell-rechtlich ist diese Differenzierung zulässig, da es dem Vertreter offensteht, in welcher Art und Weise und wie weitreichend er die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen möchte. Um diese Konfliktslagen zu lösen, muß für die Kommanditgesellschaft die Möglichkeit bestehen, eine solche Befreiung auch für die Organe der Komplementär-GmbH zu treffen oder dies gerade zu unterlassen.

⁸ *Ermann-Brox*, BGB, 9. Aufl., § 181 Rdnr. 25; *Staudinger-Schilken*, § 181 Rdnr. 49.

Ergebnis: Für die Anwendung von § 181 BGB im Verhältnis der Kommanditgesellschaft zu den vertretungsberechtigten Organen der Komplementär-GmbH eröffnet sich ein eigenständiger Anwendungsbereich, der sich nicht deckt mit dem Anwendungsbereich des § 181 BGB zwischen Kommanditgesellschaft und Komplementär-GmbH einerseits und Komplementär-GmbH und vertretungsberechtigte Organe dieser GmbH andererseits.

2. Die ratio legis des § 181 BGB

Für diesen eigenständigen Anwendungsbereich des § 181 BGB im Verhältnis zwischen Kommanditgesellschaft und vertretungsberechtigtem Organ der Komplementär-GmbH spricht auch die zweckentsprechende Auslegung von § 181 BGB.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁹ besteht die ratio legis dieser Vorschrift darin, die Gefahr eines Interessenkonfliktes von Vertretern zu vermeiden; auf der anderen Seite korrespondiert bei Bestehen von solchen Interessenskonflikten materiell-rechtlich je eine gesonderte Befreiungsmöglichkeit mit der Folge auch einer gesonderten Befreiung der Organe der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft. Es besteht damit kein Zwang für die Kommanditgesellschaft, die Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft so hinzunehmen, wie diese bei der Komplementär-GmbH besteht. Im Sinne eines derartigen Zwanges könnte man freilich etwa *Sudhoff*¹⁰ verstehen, der § 181 BGB generell auch für Rechtsgeschäfte unmittelbar zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft aufgehoben sieht, falls diese Gestattung eben beidseitig, also sowohl von der Komplementär-GmbH gegenüber dem Geschäftsführer wie auch von der Kommanditgesellschaft gegenüber der Komplementär-GmbH erteilt worden ist; diese Dauererlaubnis sei sowohl in der GmbH-Satzung wie im Kommanditgesellschaftsvertrag zu erteilen, wobei man klarstellend hervorheben könne, daß die Befreiung sowohl für die GmbH als auch für deren Organe Gültigkeit haben soll.

Es kann aber nicht von einer bloßen diesbezüglichen Klarstellung gesprochen werden, sondern im Grunde jeweils nur von einem gesonderten, konstitutiven Befreiungstatbestand. Es handelt sich auch insofern von Seiten der Kommanditgesellschaft um zwei verschiedene Formen der Gestattung, nämlich einmal für die Komplementär-GmbH und desweiteren für deren Organe¹¹.

Der Kommanditgesellschaft muß auf der anderen Seite auch die Möglichkeit verbleiben, daß sie den Befreiungstatbestand für ein Selbstkontrahieren lediglich auf die Komplementär-GmbH beschränkt und somit Eigengeschäfte des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der Kommanditgesellschaft gerade verhindert, wengleich eine solche Konstellation in der Praxis zugegebenermaßen relativ selten sein dürfte, und bereits die Auslegung einer Befreiungsbestim-

mung des KG-Vertrages durchaus ergeben kann, daß nicht nur die Befreiung der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB gewollt ist, sondern auch deren Organe hiervon befreit sein sollen.

Der Schutzzweck des § 181 BGB verbietet es auch, im vorgenannten Fall des Eigengeschäfts des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit der Kommanditgesellschaft diesen als im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft stehenden Dritten anzusehen mit der Folge, daß aus der Sicht der Kommanditgesellschaft überhaupt kein Verbotstatsbestand des § 181 BGB vorläge, von welchem Befreiung erteilt werden müßte, indem dann aus der Sicht der Kommanditgesellschaft für diese die Komplementär-GmbH handelt und auf der anderen Seite der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH als Dritter und Privatperson. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist aufgrund einer zweifachen Delegation¹² vielmehr „mittelbarer“ Geschäftsführer auch der Kommanditgesellschaft, da die Komplementär-GmbH ja nicht persönlich, sondern stets nur durch ihre Organe handeln kann¹³. Insofern betrifft dieser Befreiungstatbestand auch das Vertretungsverhältnis zur und bei der Kommanditgesellschaft. Davon geht offenbar auch der Bundesgerichtshof in der bereits zitierten Entscheidung aus¹⁴. Dieser hält allein die Kommanditgesellschaft zu dieser Gestattung gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH für befugt; denn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH handelt eben im Namen der KG und nicht namens der Komplementär-GmbH, wengleich für die Kette der Vertretungsmacht die Komplementär-GmbH das Bindeglied darstellt. Für die Anwendbarkeit von § 181 BGB im Verhältnis zwischen den Vertretungsorganen der Komplementär-GmbH und der GmbH & Co. KG spricht auch gerade, daß § 181 BGB die Gefahr eines Interessensgegensatzes und Machtmißbrauches verhindern will; die vorgenannten Beispiele zeigen, daß diese Gefahr durchaus real bestehen kann. Ausgehend vom Schutzzweck dieser Vorschrift ist daher insofern eine weite Auslegung des Anwendungsbereiches von § 181 BGB geboten, ebenso wie umgekehrt in anderen Fällen der Anwendungsbereich des § 181 BGB zu reduzieren ist, nämlich für den Fall, wo selbst abstrakt gesehen ein Interessensgegensatz nicht denkbar ist¹⁵.

Eine andere Frage ist, wie bei der rechtsgeschäftlichen Untervertretung, ob die von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Komplementär-GmbH in Vertretung der Kommanditgesellschaft ihre Organe – ganz oder teilweise, generell oder für ein konkretes Rechtsgeschäft – im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft hiervon befreien kann. Dies ist nur dann zu bejahen, falls auf Seiten der Komplementär-GmbH ein weiterer vertretungsberechtigter Geschäftsführer vorhanden ist, der die Gestattung ähnlich wie im Rahmen der Unterbevollmächtigung vornehmen kann. Ansonsten ist eine solche Gestattung unmöglich, da die Gestattung selbst ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 181 BGB darstellt und insofern ein *circulus vitiosus* besteht, indem der Vertreter die Gestattung nicht sich selbst gegenüber erklären kann¹⁶.

⁹ BGH, Urt. v. 6.3.1975, BGHZ 64, 72 (74); BGH, Urt. v. 13.6.1984, BGHZ 91, 334 (336); *Staudinger-Schilken*, § 181 Rdnr. 6 f.; a.A. frühere Auffassung des Reichsgerichts RG, Urt. v. 27.9.1924, RGZ 108, 405; RG, Beschl. v. 27.2.1938, RGZ 157, 24 (31), wonach § 181 BGB lediglich eine Ordnungsvorschrift darstellt.

¹⁰ *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., S. 207.

¹¹ *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 29. Aufl., Anh. § 177a IV 2 D; *Frank*, Selbstkontrahieren bei der GmbH und Co. KG, NJW 1974, 1073 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 7.2.1972, BGHZ 58, 115.

¹² BayObLG, Beschl. v. 31.05.1979, DNotZ 1980, 88.

¹³ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, § 56 IV 3. S. 1379 spricht davon, daß der GmbH-Geschäftsführer nicht ein Organ der GmbH ist, sondern hier auch in der Organzuständigkeit für die KG handelt.

¹⁴ Vgl. Fn 1.

¹⁵ *D. Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971 Berlin, S. 103 ff.

¹⁶ Zu Ausweichgestaltungen, etwa die Bestellung eines Prokuristen vgl. BGH, Urt. v. 13. 6.1984, BGHZ 91, 334.

Begreift man mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁷ § 181 BGB als reine Ordnungsvorschrift, so läßt dies keine andere Bewertung zu. Der Ordnungscharakter legt es vielmehr nahe, die einzelnen Rechtsbeziehungen und Vertretungsebenen auseinanderzuhalten und für jede derartige Ebene eine gesonderte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu fordern.

3. Ergebnis:

Als Ergebnis dieses Abschnitts läßt sich somit festhalten:

Im Rahmen der Vertretung einer GmbH & Co. KG sind drei Vertretungsebenen zu unterscheiden, bei denen die Problematik des § 181 BGB auftreten kann, nämlich das Verhältnis zwischen GmbH & Co. KG und Komplementär-GmbH, das Verhältnis zwischen Komplementär-GmbH und deren Geschäftsführer sowie das Verhältnis zwischen der GmbH & Co. KG und den Organen der Komplementär-GmbH.

Diese dritte Art der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB betrifft daher die Vertretungsverhältnisse der Kommanditgesellschaft unmittelbar. Eine Aufnahme eines solchen Befreiungstatbestandes auch für die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft ist damit nicht nur als zulässig anzusehen, sondern für den Regelfall auch geboten¹⁸, jedenfalls, wenn man weitestgehende Handlungsmöglichkeiten schaffen möchte.

II. Der Verbotstatbestand des § 181 BGB zwischen der GmbH & Co. KG und den Organen der Komplementär-GmbH in formeller Hinsicht – Eintragungsfähigkeit dieser Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in das Handelsregister

1. Die Entscheidung des LG München I

Das Landgericht München I hat seinen Zurückweisungsbeschuß vom 6.2.1997 damit begründet, daß erstens die angemeldete Befreiung nicht die Vertretungsbefugnis bei der Kommanditgesellschaft betreffe, sondern allein die Vertretungsbefugnis bei der Komplementär-GmbH, was sich auch aus § 40 Ziff. 5, II d. HRV ergebe, und daß zweitens kein Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach dieser Eintragung bestünde.

2. Kritik

Der erste Einwand des Gerichts, daß die angemeldete Befreiung nicht die Vertretungsbefugnis bei der Kommanditgesellschaft betreffe, ist schon deshalb unberechtigt, da diese Befreiung aus dem Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft stammt und nicht den Gegenstand des Gründungsaktes oder des nachfolgenden Gesellschafterbeschlusses bei der Komplementär-GmbH bildet. Neben diesem formalen Gesichtspunkt hat die Untersuchung im vorhergehenden Abschnitt gezeigt, daß dieser Befreiung das Vertretungsverhältnis des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH unmittelbar zu der Kommanditgesellschaft zugrundeliegt und nicht das Vertretungsverhältnis zur Komplementär-GmbH.

Auch dem zweiten Argument, daß kein Bedürfnis für eine Eintragung bestünde, kann nicht gefolgt werden:

Mit der Eintragung der Vertretungsbefugnis im Handelsregister sollen die Vertretungsverhältnisse einer Gesellschaft

korrekt und vollständig für den Rechtsverkehr erkennbar wiedergegeben werden; weiterhin sollen mit der Eintragungsfähigkeit Verkehrserleichterungen, insbesondere im Grundbuchverkehr erreicht werden¹⁹.

Eine Gestattung von Rechtsgeschäften zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft ist einmal unter den vorbezeichneten Voraussetzungen im Einzelfall möglich, kann aber auch generell im KG-Vertrag vorgesehen sein²⁰.

Liegt eine solche wirksame Gestattung vor, so ist zwar das getätigte Rechtsgeschäft wirksam, ohne daß es auf die Eintragung dieser Befreiung in das Handelsregister ankommt. Denn diese Eintragung ist für die Wirksamkeit der Befreiung nicht konstitutiv.

Gleichwohl besteht ausgehend von dem Zweck, daß die Vertretungsverhältnisse einer Gesellschaft im Handelsregister korrekt und vollständig für den Rechtsverkehr erkennbar wiedergegeben werden sollen, ein Bedürfnis für diese Eintragung. Der Rechtsverkehr soll die Wirksamkeit von Verträgen zwischen dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und der Kommanditgesellschaft im Hinblick auf die Vertretungsmacht durch Einsicht in das Handelsregister nachprüfen können, ohne daß der Kommanditgesellschaftsvertrag, ein allgemeiner Befreiungsbeschuß oder eine konkrete Gestattung vorgelegt werden muß, zumal diese Unterlagen sich im Gegensatz zur GmbH-Satzung nicht bei den Registerakten befinden. Nur durch die Eintragung kann die materiell-rechtliche Vertretungslage mit der Verlautbarung im Handelsregister in Einklang gebracht werden. Zudem erscheint äußerst zweifelhaft, ob wegen des Nachweisgrundsatzes des § 29 GBO bei Grundstücksgeschäften die Vorlage des im Grundsatz nicht formbedürftigen Gesellschaftsvertrages, des allgemeinen Befreiungsbeschlusses oder eines konkreten Gestattungsgeschäfts ausreichend ist. Ließe man die beantragte Eintragung nicht zu, so wären die Gesellschafter zur Beurkundung oder Beglaubigung des Gesellschaftsvertrages oder eines Befreiungsbeschlusses oder konkreten Gestattungsgeschäftes gezwungen. Das Handelsregister ist jedoch gerade dazu da, die allgemeinen Vertretungsverhältnisse insgesamt und vollständig wiederzugeben und somit auch dem Notar die Möglichkeit der Erstellung einer Vertretungsbescheinigung zu verschaffen und den Beteiligten eines derartigen Rechtsgeschäfts selbst den Nachweis über § 9 Abs. 3 Satz 2 HGB i.V.m. §§ 32, 34 GBO zu ermöglichen²¹. Es geht hier nämlich nicht um die Eintragung einer bloßen – und damit nicht eintragungsfähigen, weil die Vertretung nicht unmittelbar berührenden – Ermächtigung zur Befreiung, sondern um die Befreiung und damit die Vertretungsbefugnis bei der Kommanditgesellschaft selbst.

Von der Überfrachtung des Handelsregisters mit registerfremden Informationen, die das Handelsregister für den eigentlichen Zweck der Information des Geschäftsverkehrs schwerfällig, wenn nicht sogar untauglich machen könnten, kann hier keinesfalls die Rede sein, zumal der Rechtsverkehr den Wortlaut einer solchen Befreiungsklausel kennt und einzuordnen vermag.

Aus der Tatsache, daß bei der GmbH die Eintragungsfähigkeit der allgemeinen, gesellschaftsvertraglichen Regelung, daß sämtliche Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181

¹⁷ RG, Urt. vom 27.9.1924, RGZ 108, 405; RG, Beschl. v. 27.2.1938, RGZ 157, 24 (31).

¹⁸ Brönnner/Rux/Wagner, Rdnr. 341, S. 137.

¹⁹ Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 29.04.1986, BB 1986, 1255 f.

²⁰ Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co., S. 207.

²¹ So auch OLG Hamm, Beschl. v. 21.2.1983, BB 1983, 858 f.

BGB befreit sind, gelegentlich²² verneint wird, kann gegen die Zulässigkeit bei der Kommanditgesellschaft nichts hergeleitet werden. Denn diese Satzungsregelung für die GmbH befindet sich bei der Registerakte und kann vom Rechtsverkehr eingesehen werden. Zudem ist die Befreiung bei jedem Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden²³. Bei der KG hingegen sind die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nicht zu nennen und der KG-Vertrag befindet sich nicht bei der Registerakte.

Auch mit den nachfolgenden Ausführungen über die Anmeldepflicht resultierend aus §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 4 HGB kann die Eintragungsfähigkeit dieser Tatsache begründet werden²⁴.

III. Anmeldepflicht

Von der Eintragungsfähigkeit dieser Tatsache in das Handelsregister darf nicht zugleich auf eine Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister geschlossen werden. Von der Rechtsprechung ist entschieden, daß die dem Komplementär erteilte Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in das Handelsregister eintragungsfähig ist, es sich hierbei aber um keine eintragungspflichtige bzw. anmeldepflichtige Tatsache handelt²⁵, während diese Befreiung für den GmbH-Geschäftsführer allerdings bei der GmbH für eintragungspflichtig bzw. anmeldepflichtig angesehen wird²⁶. Für die Einmann-GmbH & Co. KG wird bereits wieder von einer Eintragungs- bzw. Anmeldepflicht ausgegangen²⁷. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung ist nicht ersichtlich²⁸. Aus § 161 Abs. 2 HGB i.V.m. § 125 Abs. 4 HGB²⁹ folgt vielmehr, daß jede vom Gesetz abweichende vertragliche Anordnung über die Vertretung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Diese Sicht wird auch unterstützt durch § 10 Absatz 1 Satz 2 GmbHG³⁰, der zwar unmittelbar nur für die GmbH als Kapitalgesellschaft Anwendung findet, jedoch hinsichtlich seiner Entstehungsgeschichte die Umsetzung einer EG-Richtlinie darstellt. Der EuGH³¹ hat hierzu ausgeführt, daß die Richtlinie den Zweck habe, Rechtssicherheit im innerstaatlichen wie im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zu schaffen, wozu auch gehöre, daß sich jeder durch Einblick in das Handelsregister ohne Schwierigkeiten Kenntnisse über die Vertretung der Gesellschaft, auch einer Personengesellschaft³² und damit über die Gestattung des Selbstkontra-

rens verschaffen kann. Infolgedessen seien sämtliche Befreiungen von § 181 BGB in vollem Umfang in das Handelsregister einzutragen, ohne daß dabei auf Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschuß Bezug genommen werden dürfe. Dem wird man sich anzuschließen haben, auch im Bewußtsein der Konsequenz der Anwendbarkeit von § 15 Abs. 1 und 3 HGB für eintragungspflichtige Tatsachen³³.

Im Interesse der vollständigen Wiedergabe der Vertretungsverhältnisse ist von der Rechtsprechung³⁴ bereits die Eintragung der Befreiung des Geschäftsführers einer GmbH vom Selbstkontrahierungsverbot auch dann zugelassen worden, wenn diese nur im beschränkten Umfang erteilt worden ist, etwa eine Gestattung nur für bestimmte Arten von Geschäften oder für Geschäfte nur mit bestimmten Personen. Unbeschadet dessen, daß § 125 Abs. 4 HGB aufgrund der höherwertigen Rechtsnormqualität dem § 40 Ziff. 5, II d HRV vorgeht, kann diese Befreiung durchaus noch unter den Wortlaut der HRV subsumiert werden, da auch die Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters, der im Falle der GmbH nur über seine Organe handeln kann, betroffen ist.

Hinsichtlich der Befreiung der Organe der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB gegenüber der GmbH & Co. KG ist damit nicht nur von einer Eintragungsfähigkeit dieser Tatsache in das Handelsregister auszugehen, sondern es besteht eine generelle Anmelde- und Eintragungspflicht hierfür.

IV. Die Eintragung dieses Befreiungstatbestandes bezogen auf einen konkreten Geschäftsführer der Komplementär-GmbH

Sowohl der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts München I als auch der des Landgerichts Passau lag nur der Antrag zugrunde, daß der jeweilige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH befreit sein sollte, nicht ein der Person nach bestimmter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Noch kurz angerissen werden soll die mit der Eintragung der Befreiung eines bestimmten Geschäftsführers verbundene Problematik.

Eine solche Eintragung erschiene dann als ohne weiteres zulässig, wenn ein Wechsel in der Person des GmbH-Geschäftsführers im Rahmen der Anmeldung bei der Komplementär-GmbH zugleich von Amts wegen im Handelsregisterblatt der Kommanditgesellschaft vermerkt würde. Denn dann wäre die Gefahr einer etwa unrichtigen Wiedergabe der Vertretungsverhältnisse im Handelsregister von vornherein ausgeschlossen.

Da jedoch das Register der Komplementär-GmbH und das Register der Kommanditgesellschaft voneinander völlig unabhängig sind, und deren Eintragungen jeweils aufgrund eigenständiger Anmeldungen erfolgen, kann man von einem solchen Automatismus gerade nicht ausgehen.

Nach der hier vertretenen generellen Eintragungspflicht kann es aber keinen Unterschied machen, ob sämtliche Geschäftsführer oder nur ein bestimmter Geschäftsführer befreit sind bzw. ist, auch wenn dann bei einer Veränderung in der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH möglicherweise die Vertretungsverhältnisse bei der Kommanditgesellschaft

²² OLG Frankfurt, BB 1993, 2113, umstr. vgl. *Heymann*, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 11 u. Fn. 10.

²³ BGH, Beschl. v. 28.2.1983, DNotZ 1983, 633 (635).

²⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 21.2.1983, RPfeger 1983, 280; a.A. OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.1986, BB 1986, 1255.

²⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 21.2.1983, RPfeger 83, 280.

²⁶ *Hachenberg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 10 Rdnr. 11; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 10 Rdnr. 4.

²⁷ BayOblG, Beschl. v. 29.5.1979, BB 1980, 597.

²⁸ *Schlegelberger*, HGB, 5. Aufl., § 125 Rdnr. 55.

²⁹ OLG Hamm, Beschl. v. 21.2.1983, BB 1983, 858, das die Eintragungsfähigkeit der dem Komplementär erteilten Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens zwar auf §§ 161 II, 125 IV HGB stützt, gleichwohl eine Eintragungspflicht ablehnt.

³⁰ OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.1986, BB 1986, 1255.

³¹ Zitiert bei BGH, Beschl. v. 28.2.1983, DNotZ 1983, 633; ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.1994, DNotZ 1995, 237.

³² OLG Hamburg, Beschl. v. 29.4.1986, DNotZ 1986, 571 (572): „Rechtlich unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß der Gläubigerschutz bei einer Personengesellschaft anders ausgestaltet ist als bei einer GmbH. Das Verbot des Selbstkontrahierens ist nämlich weder bestimmt noch überhaupt geeignet, Gläubiger vor den durch In-sich-Geschäfte drohenden Nachteilen zu bewahren“.

³³ *Bühler*, Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 1983, 588, (594) für die GmbH.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.1994, DNotZ 1995, 237.

im Handelsregister insofern irreführend wiedergegeben werden, als im Handelsregisterblatt der Kommanditgesellschaft noch ein ausgeschiedener und im Handelsregisterblatt der Komplementär-GmbH schon gelöschter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH noch vermerkt ist.

Mit dem Eintrag bei der Kommanditgesellschaft, daß der Herr X als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, wird jedoch nicht verlautbart, daß auch dieser Herr X überhaupt bzw. noch Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist; hier muß vielmehr der Rechtsverkehr das hierfür ausschließlich einschlägige Handelsregisterblatt der Komplementär-GmbH einsehen, um sich Gewißheit zu verschaffen, daß Herr X auch noch Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist.

Eine Rechtsscheinhaftung nach § 15 HGB wird man daher insoweit verneinen müssen³⁵, da die Eintragung bei der Kommanditgesellschaft lediglich den Zweck hat, die Befreiung des Herrn X von den Beschränkungen des § 181 BGB im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft zu verlautbaren, nicht jedoch ihn als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH auszuweisen; hierfür steht allein das Register der Komplementär-GmbH zur Verfügung, das der Rechtsverkehr einsehen kann und wozu der Rechtsverkehr im Rahmen einer Obliegenheit gegebenenfalls auch gehalten ist.

Gleichwohl wird man bei Ausscheiden eines Geschäftsführers der Komplementär-GmbH auch eine Anmeldepflicht seitens der Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft mit der Möglichkeit einer Zwangsgeldfestsetzung nach § 14 HGB, wieder resultierend aus §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 4 HGB, annehmen müssen, da mit dem Ausscheiden aus der Geschäftsführung der Komplementär-GmbH zugleich die Befreiung für diese Person entfallen ist, und sich damit insofern auch die Vertretungsverhältnisse bei der Kommanditgesellschaft geändert haben. Aus der Anmelde- und Eintragungspflicht der Befreiung folgt eben auch die Pflicht zur Lö-

schung, soweit die Befreiung weggefallen ist³⁶. Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs³⁷, die die Eintragung einer von seiner gleichzeitigen Gesellschaftsbeteiligung abhängigen Befreiung eines GmbH-Geschäftsführers durch die GmbH in deren Register für unzulässig gehalten hat, steht dieser Eintragung hier nicht entgegen, da sich hier der Rechtsverkehr jederzeit darüber vergewissern kann, ob die genannte Person noch Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist, nämlich durch Einsichtnahme in das Handelsregister der Komplementär-GmbH und damit nicht auf Umstände außerhalb des Registers angewiesen ist.

C. Zusammenfassung und Schlußbemerkung

Als Ergebnis dieser Betrachtung darf daher festgehalten werden:

- Die Befreiungsmöglichkeit der Vertretungsorgane der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft resultiert aus einer dritten Vertretungsebene zwischen Kommanditgesellschaft und den Vertretungsorganen der Komplementär-GmbH.
- Die Tatsache der Befreiung von diesen Beschränkungen ist im Handelsregister der Kommanditgesellschaft eintragungsfähig.
- Über die Eintragungsfähigkeit hinaus besteht eine Anmelde- und Eintragungspflicht.
- Dies gilt nicht nur für die Vertretungsorgane der Komplementär-GmbH allgemein, sondern auch bezogen auf einen konkreten Geschäftsführer derselben.

Es bleibt zu hoffen, daß in Bälde eine obergerichtliche Entscheidung zu diesem Problem ergeht, um Rechtssicherheit für den Notar und die Beteiligten zu schaffen, wobei die hier genannten Gründe für die beantragte Eintragung sprechen.

³⁵ Offengelassen vom BGH, Beschl. v. 28.2.1983, DNotZ 1983, 633.

³⁶ *Bühler*, Die Befreiung des Geschäftsführers der GmbH von § 181 BGB, DNotZ 1983, 588 (593) für die GmbH.

³⁷ Beschl. v. 28.2.1983, DNotZ 1983, 633.

Was ist unter „Kirche“ i.S.d. § 144 Abs. 1 Nr. 3 KostO zu verstehen?

Von Notar Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth

1. In der Bewertungspraxis bestehen häufig Schwierigkeiten bei der Anwendung der nur für Notare geltenden Gebührenermäßigungsnorm des § 144 KostO, vor allem bei der Bestimmung des Kreises der privilegierten Kostenschuldner gem. § 144 Abs. 1 Nr. 3 KostO. Denn der Begriff „Kirche“ in dieser Norm bedarf der Interpretation, da er als solcher keinen Rechtsbegriff im engeren Sinne darstellt und deshalb nicht unmittelbar aussagekräftig ist. Es fragt sich, ob hierunter nur die „Dachorganisationen“ wie z.B. das Bistum oder eine Landeskirche fallen oder auch die zu ihnen gehörenden Teilverbände. Die kostenrechtliche Literatur hat sich mit dem Problem noch nicht tiefer befaßt. Konkrete Entscheidungen von Kostengerichten sind bislang nicht publiziert. Darüber hinaus entstehen Irritationen durch den Wortlaut des § 144 Abs. 2 KostO, der unter bestimmten Voraussetzungen juristische Personen privilegiert, die möglicherweise auch unter Abs. 1 Ziff. 3 fallen könnten.

2. Die amtliche Begründung zur Neufassung des § 144 KostO durch Gesetz vom 15.6.1989 (BGBl. I S. 1082) führt ausdrücklich aus, daß aus dem Wortlaut „jeweils soweit sie die Rechtstellung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts hat“ zu folgern ist, daß nicht die Kirche als solche, sondern die verschiedenen Gliederungen der Kirchen (Bistümer, Landeskirchen, Kirchengemeinden usw.) diese Rechtstellung innehaben. Nicht aufgeführt sind in der amtlichen Begründung die sonstigen kirchlichen Körperschaften, Anstalten, Vereinigungen und Stiftungen. Damit hilft letztlich die amtliche Begründung nicht unmittelbar weiter.

Ein Beitrag zur Lösung des Problems kann sich aus dem Kontext der Ermäßigungsvorschrift zum sog. „Privilegienbündel“ der Kirchen ergeben. Darunter werden weitere mit dem Corporationsstatus verbundenen Rechte – obwohl es sich nicht eigentlich um Vorrechte handelt – zusammengefaßt (*Campenhausen*, Staatskirchenrecht 3. Aufl., 307), vor allem die Rechtsvorteile, welche die corporierten Religionsgemeinschaften mit anderen Körperschaften des Verwaltungsrechts teilen, wie z. B. zahlreiche Vergünstigungen und Befreiungen im Bereich des Steuerrechts, des Kosten- und Gebührenrechts (*Hammer*, Steuer und Gebührenbefreiungen der Kirchen, Handbuch des Staatskirchenrechts I, 2. Aufl., S. 1065 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, daß der Begriff der „Religionsgesellschaft“ in Art. 137 Abs. 3 und 138 Abs. 2 WRV keinen unterschiedlichen Inhalt hat und daß „nach seinem klaren Wortlaut eindeutig zu den Religionsgesellschaften auch Anstalten, Stiftungen und sonstiges Vermögen gehören“ (BVerfGE 46, 73, 85; 53, 366, 391 ff.). Trifft ein Gesetz also eine Regelung für Religionsgemeinschaften, die Körperschaftsrechte genießen, so schließt diese Regelung auch die rechtlich selbständigen Rechtsträger der betreffenden Religionsgemeinschaften ein (*Campenhausen* a.a.O. S. 150, Fn. 71). Demzufolge gilt die Gebührenermäßigung des § 144 Abs. 1 Nr. 3 KostO für Kirchen und ihre Körperschaften, Ver-

einigungen und Stiftungen, soweit es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt (so auch *Hammer* a.a.O. S. 1091).

3. Vorstehende Auslegung wird konkretisiert und erweitert mit folgenden Überlegungen:

a) Seit jeher ist anerkannt, daß auch religionsgesellschaftliche Teilverbände juristische Personen des öffentlichen Rechts sein können und sind, wie z.B. Kirchengemeinden, Synodalverbände, Domkapitel, verschiedene Orden, religiöse Genossenschaften, ordensähnliche Kongregationen, Kirchenstiftungen und Pfründestiftungen. Diese Teilverbände gehören zu einer Kirche oder sonstigen Religionsgemeinschaft (*Maunz/Dürig/Herzog* Art. 140 GG, Rdnr. 30, 31), auch wenn diese ihre Existenz und ihren Rechtscharakter nicht direkt aus Art. 137 Abs. 5 WRV ableiten können. Sie gehören zu den „religiösen Gesellschaften“ i.S. des Art. 124 Abs. 1 S. 3 WRV, deren Rechte und Status entweder in den Kirchenverfassungen oder in Staatskirchenverträgen niedergelegt ist (z.B. Art. 2 der Evang.-Luth. Kirchenverfassung für Bayern; Art. 1 des Vertrages zwischen Rheinland-Pfalz und den Bistümern von 1975, Art. 2 des Konkordats zwischen dem Hlg. Stuhl und dem Staate Bayern v. 29.3.1924, Art. 2; Art. 13 des Reichskonkordats v. 10.9.1933 s. a. BFH BStBl. 1972 II 72). In diesen Verfassungen bzw. Verträgen ist fast einheitlich auch aufgeführt, daß die Kirchengemeinde, die Kirchengemeindeverbände, Gesamtkirchengemeinden und deren Anstalten und Stiftungen (Kirchenstiftungen und örtliche Pfründestiftungen sowie Orden und Kongregationen) in ihrer Rechtstellung als Organisationen des öffentlichen Rechts anerkannt werden. Der Nachweis der Rechtsposition erfolgt durch die Genehmigungsurkunde (z. B. gem. Art. 37 BayStiftungsG) bzw. die Verleihungsurkunde, die Stiftungssatzung, Landesverwaltungsbefugnis (BFH BStBl 1972 II, 71) oder den Freistellungsbescheid des Finanzamtes.

Vorstehende Ansicht steht auch nicht im Widerspruch zum Beschluß des BGH vom 28.5.1963 (BGHZ 39, 299), in welchem zu klären war, ob ein evang. Kirchenfonds zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks der Genehmigung nach § 4 Nr. 2 GrdstVG bedarf oder nicht. Der BGH hat, jedoch speziell bezogen auf den Normzweck und die Entstehungsgeschichte des § 4 GrdstVG, seinerzeit entschieden, daß der Begriff „Religionsgesellschaft“ eng auszulegen sei. Eine entsprechende Anwendung auf § 144 Abs. 1 Nr. 3 KostO ist jedoch nicht möglich, denn dem Begriff der „Religionsgesellschaft“ ist in den einzelnen Gesetzen nicht stets die gleiche Bedeutung zuzumessen, vielmehr muß jeweils untersucht werden, was das in Frage stehende Gesetz unter „Religionsgesellschaft“ verstanden wissen will (BGHZ 39, 299, 301). Darüber hinaus muß die BGH-Entscheidung im Lichte der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die nach der BGH-Entscheidung erging, gesehen werden. Und im übrigen bestätigt auch der BGH in der zitierten

Entscheidung die herrschende Auffassung, wonach zu den Religionsgesellschaften i.S. des Art. 138 WRV auch die kirchlichen Zweckverbände, wie Stiftungen, Pfründe und Kirchenfonds zählen.

b) § 144 KostO orientiert sich am Körperschaftsteuergesetz, dessen Wertung – jedenfalls in Abs. 2 – übernommen wird. Ziel der Vorschrift ist damit, Gebührenermäßigung Geschäftsbereichen zu gewähren, soweit diese nicht körperschaftsteuerpflichtig sind. Aus dem Kontext zum KStG ergeben sich für § 144 KostO folgende Einsichten:

aa) § 144 Abs. 1 KostO unterfallen kirchliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, wenn die Angelegenheit nicht deren wirtschaftliche Unternehmen betrifft.

Nach dem Sinn der Vorschrift betrifft dies juristische Personen des öffentlichen Rechts, die keinen sog. „Betrieb gewerblicher Art“ i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG unterhalten, mit der Folge, daß die juristische Person des öffentlichen Rechts nicht unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig i.S.d. §§ 1, 4 KStG ist. Betreibt jedoch die juristische Person des öffentlichen Rechts einen Betrieb gewerblicher Art, ist steuerrechtlich die Befreiung nach § 5 KStG zu prüfen. Auf diese Vorschrift nimmt § 144 Abs. 2 KostO Bezug; die Gebührenermäßigung richtet sich in diesem Fall nach § 144 Abs. 2 KostO, der auch auf juristische Person des öffentlichen Rechts anwendbar ist.

Die rechtspolitische Funktion der Vorschrift erfordert im Hinblick auf die grundsätzliche Anknüpfung an das KStG, daß der Begriff „wirtschaftliche Unternehmen“ dem steuerrechtlichen Begriff des Betrieb gewerblicher Art entspricht und insbesondere vermögensverwaltende Tätigkeiten (Vermietung, Kapitalanlage) nicht umfaßt. Ein wirtschaftliches Unternehmen i.S.d. § 144 Abs. 1 KostO setzt einen Betrieb gewerblicher Art i.S.d. § 4 KStG voraus (vgl. dazu unten).

bb) § 144 Abs. 2 KostO entspricht der Systematik des KStG. Danach ist bei unbeschränkt steuerpflichtigen Subjekten nach Feststellung der unbeschränkten Steuerpflicht gem. § 1 KStG das Vorliegen eines Befreiungstatbestandes nach § 5 KStG zu prüfen und durch Freistellungsbescheid festzustellen.

Unbeschränkt steuerpflichtig sind auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art i.S.d. § 1 Nr. 6 KStG unterhalten. Ein Betrieb gewerblicher Art ist begrifflich nur bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts denkbar (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG). Ein Betrieb gewerblicher Art setzt gem. § 4 KStG voraus:

- eine Einrichtung mit Nettoeinnahmen ohne Umsatzsteuer (Umsatz) über DM 250.000,- (*Dötsch/Ebersberg* § 4 Rdnr. 24 KStG, Stuttgart, Stand 12/97);
- nachhaltige Betätigung

Ein Betrieb ist gewerblicher Art, wenn er über eine reine Vermögensverwaltung hinausgeht. Die Abgrenzung zur reinen Vermögensverwaltung, insbesondere die Frage der gewerblichen Vermietung, entspricht den Grundsätzen im Einkommensteuerrecht (vgl. Abschn. 137 EStR; *Dötsch* § 4 Rdnr. 34 KStG).

Die Absicht, Einnahmen zu erzielen und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht Voraussetzung für einen Betrieb gewerblicher Art (§ 4 Abs. 1 Satz 2 KStG).

Unterhält daher etwa eine kirchliche Stiftung einen Bauträger-, Brauerei-, Kindergarten-, Altenheimbetrieb, kommt bei Rechtsgeschäften, welche diese teilweise betreffen, eine Befreiung i.S. des § 144 Abs. 2 KostO gem. § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG in Betracht. Die juristische Person des öffentlichen Rechts ist damit im Ergebnis partiell sachlich steuerpflichtig, da die Steuerbefreiung hinsichtlich des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ausgeschlossen ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG, § 14 AO). Welche Teilbetriebssparten der Körperschaftsteuer unterliegen, richtet sich nach §§ 64, 14, 68 AO. Körperschaftsteuerpflichtig sind damit im Beispielsfall die Einnahmen aus dem Bauträger- und Brauereibetrieb; Kindergarten und Altenheim werden regelmäßig Zweckbetriebe i.S. des § 68 AO sein. Für die Einordnung der partiellen Steuerpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 2 KStG, 64 ff. AO ist unerheblich, wie die Gewinne aus dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verwendet werden. Sinn der Regelungen und der Ausnahme von der Steuerbefreiung ist der Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der körperschaftsteuerpflichtigen (in der Regel privatwirtschaftlichen) Unternehmen im Bereich des Betriebs gewerblicher Art.

4. Ergebnis:

a) Einer kirchlichen juristischen Person des öffentlichen Rechts ist stets dann Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 1 Nr. 3 KostO zu gewähren, wenn das Rechtsgeschäft nicht ausnahmsweise einen körperschaftsteuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb eines Betrieb gewerblicher Art der juristischen Person des öffentlichen Rechts betrifft.

b) Die Ermäßigung des § 144 Abs. 2 KostO ist anwendbar auf kirchliche juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit das Geschäft den Betrieb gewerblicher Art i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG betrifft und eine Steuerbefreiung nach § 5 KStG vorliegt bzw. entspr. der Vorschrift nachgewiesen ist. Dies ist nicht der Fall, soweit es sich um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) handelt.

Das Schiedsgericht in Wohnungseigentumsverfahren

Von Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

Eine jahrelange Vorarbeit hat im Herbst des vergangenen Jahres Früchte getragen: Bei einem Festakt in Leipzig am 22.10.1997 konnte das erste Schiedsgericht für Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz aus der Taufe gehoben werden. Es trägt die Bezeichnung „Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentumssachen in Leipzig“ – Kurzbezeichnung „Ständiges Schiedsgericht“ – und hat seinen Sitz in Leipzig. Die Geschäftsstelle befindet sich in 04425 Taucha bei Leipzig, Richard-Bogue-Straße 2 (Tel. 03 42 98/50 60, Fax 03 42 98/5 06 11). Es ist zuständig für ganz Deutschland und insbesondere nicht auf die neuen Bundesländer beschränkt.

Das Statut des Schiedsgerichts wurde inzwischen endgültig ausgearbeitet und ist nachstehend abgedruckt. Dabei konnte auch das Schiedsverfahrens-Neuregelungs-Gesetz vom 30.12.1997, BGBl. I S. 3224, das seit 1.1.1998 gilt, berücksichtigt werden. Träger des Schiedsgerichts sind das Evangelische Siedlungswerk in Deutschland e.V. (ESW i.D.) in Nürnberg, das Deutsche Volksheimstättenwerk e.V. (vhw) in Bonn und der Dachverband Deutscher Hausverwalter e.V. (DHH) in München. Initiatoren und Motoren für das Vorhaben waren vor allem Herr *Professor Dr. Werner Merle*, Potsdam, Herr *Dr. h.c. Hanns Seuß*, Nürnberg und Herr Rechtsanwalt *Dr. Wolf-Rüdiger Bub*, München.

Vor allem die Aufgaben der Wohnungsprivatisierung in den neuen Bundesländern gaben den Anlaß, über ein Schiedsverfahren in WEG-Sachen nachzudenken und dort Hilfestellungen in dem neuen Rechtsgebiet zu geben. Aber auch für die alten Bundesländer bietet das Schiedsgericht neue Perspektiven. Wie für Schiedsgerichte allgemein sollen auch hier die Vorteile in einer schnellen Abwicklung, in einer kurzen Verfahrensdauer und in der Sachbehandlung durch in Wohnungseigentumssachen besonders erfahrene Schiedsrichter liegen. Auch vergleichsweise Entscheidungen werden angestrebt. Das Mahnverfahren nach § 46a WEG bleibt aber auch bei einer Schiedsabrede erhalten. Das Schiedsgericht entscheidet erst- und letztinstanzlich. Es gibt also keine Rechtsmittel. Damit bleibt es auch billiger, zumindest gegenüber einem mehrinstanzlichen Verfahren. Die Entscheidungen werden ebenso wie die Gerichtsentscheidungen veröffentlicht. Eine erste vorläufige Schiedsrichterliste mit 17 Personen ist bereits erstellt. Neben Juristen wirken auch Fachleute anderer des Wohnungseigentum berührender Bereiche mit (z.B. Rechnungswesen, Bautechnik), so daß für jeden Einzelfall eine bestmögliche Kompetenz der Schiedsrichter gewährleistet ist.

Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts wird als Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG in der Teilungserklärung (Gemeinschaftsordnung) festgelegt (§ 3 Abs. 2 Statut). Dabei handelt es sich um eine Schiedsklausel nach § 1029 Abs. 2 ZPO (n.F.). Bei einer notariellen Beurkundung ist kein gesondertes Schriftstück erforderlich (§ 1031 Abs. 5 ZPO), falls es sich überhaupt um eine Verbraucherklausel handeln sollte, was zu verneinen sein dürfte. § 4 des Statuts enthält einen Formulierungsvorschlag. Hierbei sind zwei Bereiche abzudecken, nämlich die Schiedsklausel der Wohnungseigentümer untereinander (§ 4 Abs. I) und die Schiedsvereinbarung mit dem Verwalter (§ 4 Abs. III), die dann auch in den Verwaltervertrag Eingang finden muß. In der Diskussion um das Schiedsverfahren spielte die Frage eine große Rolle, ob eine Eigentümergemeinschaft auf alle Zeiten an das Schiedsverfahren gebunden bleibt, es sei denn, sie ändert die Gemeinschaftsordnung mit den Stimmen sämtlicher Miteigentümer. Um den Bedürfnissen Rechnung zu tragen, wurde eine Öff-

nungsklausel aufgenommen, nach der die Eigentümergemeinschaft nach fünf Jahren durch Mehrheitsbeschluß von 75% sämtlicher Miteigentümer wieder zum Verfahren nach §§ 43 ff. WEG zurückkehren kann. Damit soll Anreiz zur Schiedsklausel bei der Aufstellung der Gemeinschaftsordnung gegeben werden. Der nach § 8 WEG teilende Eigentümer wird so auch nicht dem Vorwurf ausgesetzt, er zwingt die künftigen Wohnungseigentümer auf alle Zeiten zum Schiedsgericht.

Von Bedeutung ist ferner, daß jede bestehende Eigentümergemeinschaft, die keine Schiedsabrede in der Gemeinschaftsordnung hat, durch „vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschluß“ zum Schiedsverfahren allgemein oder auch für einen konkreten Einzelfall kommen kann (§ 3 Abs. 3 und 4 Statut). Die Wirksamkeit tritt ein, wenn ein solcher Beschluß nicht angefochten wird. Damit kann es interessant werden, das Schiedsgericht „auszuprobieren“.

Mit dem Schiedsverfahren werden für bestehende und neue Eigentümergemeinschaften wichtige Möglichkeiten geschaffen, rasche und von großer Sachkompetenz getragene Entscheidungen zu erreichen. Zugleich soll dies zu einer Entlastung der Gerichte führen.

Statut

I. Allgemeines

§ 1 Bezeichnung des Ständigen Schiedsgerichts

Die Verbände Evangelisches Siedlungswerk in Deutschland e.V. (ESW i.D.) mit dem Sitz in Nürnberg, Deutsches Volksheimstättenwerk e.V. (vhw) mit dem Sitz in Bonn, Dachverband Deutscher Hausverwalter e.V. (DDH) mit dem Sitz in München begründen das „Deutsche Ständige Schiedsgericht für Wohnungseigentumssachen in Leipzig“, nachstehend „Ständiges Schiedsgericht“ bezeichnet.

§ 2 Zusammensetzung

Das Ständige Schiedsgericht besteht aus dem Präsidium sowie den Schiedsrichtern. Das Präsidium kann aus mehreren Personen bestehen. Der Präsident kann, soweit er nach dieser Schiedsordnung Aufgaben wahrzunehmen hat, von jedem Mitglied des Präsidiums nach Maßgabe der Satzung des Ständigen Schiedsgerichts vertreten werden.

§ 3 Aufgaben und Zuständigkeit des Ständigen Schiedsgerichts

- (1) Aufgabe des Ständigen Schiedsgerichts ist die Beilegung oder Entscheidung von Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen.
- (2) Das Ständige Schiedsgericht kann zur Durchführung eines Schiedsverfahrens angerufen werden, wenn die Beteiligten seine Schiedsgerichtsbarkeit vereinbart haben oder vereinbaren.
- (3) Das Ständige Schiedsgericht kann zur Durchführung eines Schiedsverfahrens auch mittels eines wirksamen „vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschlusses“ der Wohnungseigentümer angerufen werden.
- (4) Das Ständige Schiedsgericht kann auch zu Einzelfallentscheidungen angerufen werden, wenn die Wohnungseigentümer hierüber eine gesonderte Vereinbarung treffen oder

einen wirksamen „vereinbarungsersetzenden Mehrheitsbeschluss“ fassen.

§ 4 Schiedsklausel, Schiedsvereinbarung

I. Schiedsklausel

Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen im Sinne des § 43 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 WEG werden durch ein Schiedsgericht nach dem Statut des Deutschen Ständigen Schiedsgerichts für Wohnungseigentumssachen in Leipzig beim Evangelischen Siedlungswerk in Deutschland e.V., vhw – Deutsches Volksheimstättenwerk e.V., Dachverband Deutscher Hausverwalter e.V. endgültig entschieden. Dies gilt auch für Verfahren nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 WEG auf Antrag eines Wohnungseigentümers. Für Wohnungseigentümer und Verwalter, die vor Antragstellung ihre Rechtsstellung verloren haben, gilt Entsprechendes, soweit die Streitigkeiten aus der früheren Rechtsstellung resultieren.

II. Aufhebung und Änderung der Schiedsklausel

1. Die Aufhebung oder Änderung der Schiedsklausel kann nach Ablauf von fünf Jahren seit ihrer Vereinbarung durch Stimmenmehrheit beschlossen werden. Der Beschluß bedarf einer Mehrheit von drei Viertel der stimmberechtigten Wohnungseigentümer; die Vorschriften des § 25 Abs. 3, 4 WEG sind in diesem Falle nicht anzuwenden.

2. Eine Aufhebung oder Abänderung der Schiedsklausel wird erst wirksam, wenn sie vom Ständigen Schiedsgericht auf Antrag eines Wohnungseigentümers durch Schiedsspruch festgestellt worden ist. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts erlischt mit Wirksamwerden dieses Schiedsspruchs. Für bereits anhängige Verfahren bleibt die bisherige Schiedsklausel maßgebend.

III. Schiedsvereinbarung mit dem Verwalter

Im Hinblick auf I. dieser Regelung sind die Wohnungseigentümer berechtigt, als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung mit Stimmenmehrheit den Abschluß einer Schiedsvereinbarung mit dem Verwalter über Streitigkeiten in Wohnungseigentumssachen im Sinne von § 43 Abs. 1 Nr. 2 und 4 WEG, soweit der Verwalter betroffen ist, zu beschließen. Die Schiedsvereinbarung ist als gesonderte Urkunde vom Vorsitzenden des Verwaltungsbeirates oder einem anderen hierzu Bevollmächtigten als Vertreter der Wohnungseigentümer und vom Verwalter zu unterzeichnen.

II. Die Bildung des Schiedsgerichts

§ 5 Schiedsrichterliste

(1) Das Ständige Schiedsgericht führt eine Liste der Schiedsrichter, in der auch besondere Kenntnisse der Schiedsrichter im Recht und/oder in der Verwaltung von Wohnungseigentum vermerkt werden können. Es sollen mindestens 12 Schiedsrichter in der Liste enthalten sein, von denen mindestens 4 geeignet sein sollen, die Funktion eines Vorsitzenden Schiedsrichters (Abs. 3) auszuüben.

(2) Schiedsrichter kann nur sein, wer in der Liste aufgenommen und im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist.

(3) Vorsitzende Schiedsrichter sollen die Befähigung zum Richteramt besitzen.

(4) Über die Aufnahme und über die Löschung in der Liste entscheidet das Präsidium des Ständigen Schiedsgerichts.

§ 6 Zusammensetzung des Schiedsgerichts und Ernennung der Schiedsrichter

(1) Das Ständige Schiedsgericht besteht aus dem Vorsitzenden Schiedsrichter und zwei beisitzenden Schiedsrichtern, es

sei denn, die Beteiligten beantragen übereinstimmend bzw. sie stimmen einem Vorschlag des Ständigen Schiedsgerichts zu, daß nur ein Schiedsrichter den Rechtsstreit entscheiden soll.

(2) Werden Ansprüche gemäß § 28 Abs. 2 und 5 Wohnungseigentumsgesetz geltend gemacht, entscheidet hierüber nur ein Schiedsrichter.

(3) Die Schiedsrichter werden von dem Präsidenten des Ständigen Schiedsgerichts ernannt.

(4) Bei Fortfall eines Schiedsrichters durch Tod oder aus einem anderen Grunde sowie bei Verweigerung der Übernahme oder Fortführung des Schiedsrichteramtes wird vom Präsidenten des Ständigen Schiedsgerichts unverzüglich ein Ersatzschiedsrichter ernannt. Einer Verweigerung der Übernahme oder der Fortführung ist gleichzuachten, wenn ein Schiedsrichter trotz dreimaliger Aufforderung innerhalb von acht Tagen nach der letzten ihm zugegangenen Aufforderung keine Erklärung zur Sache abgibt.

(5) Die Zusammensetzung des Gerichts wird den Beteiligten mitgeteilt.

§ 7 Ablehnung von Schiedsrichtern

(1) Ein Schiedsrichter ist verpflichtet, das ihm angetragene Amt abzulehnen, wenn einer der Gründe vorliegt, unter denen ein Richter von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetz ausgeschlossen ist (§ 41 ZPO), ferner, wenn er vom Ausgang des Rechtsstreites materiell berührt wird oder sich befangen fühlt.

(2) Ein Schiedsrichter kann das angenommene Amt nur aus wichtigem Grund niederlegen. Eine Niederlegung des Amtes hat er dem Präsidenten des Ständigen Schiedsgerichts unverzüglich unter der Angabe der Gründe schriftlich anzuzeigen.

(3) Ein Schiedsrichter kann aus den in Abs. 1 genannten Gründen und ferner dann abgelehnt werden, wenn er die Erfüllung seiner Pflichten über Gebühr verzögert.

(4) Das Ablehnungsgesuch ist innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnis des Ablehnungsgrundes beim Ständigen Schiedsgericht einzureichen. Ein Beteiligter kann einen Schiedsrichter nicht mehr ablehnen, wenn er zur Sache verhandelt oder Anträge gestellt hat, ohne den ihm bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen.

(5) Legt der Abgelehnte sein Amt nicht nieder, so entscheidet über die Ablehnung das Oberlandesgericht Dresden.

III. Das Schiedsverfahren

§ 8 Anzuwendendes Recht, Durchführung des Schiedsverfahrens

(1) Das Schiedsgericht wendet deutsches Recht an.

(2) Für das Schiedsverfahren gelten die nachfolgenden Bestimmungen, ergänzend die §§ 43 ff. WEG sowie die Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Im übrigen bestimmt das Schiedsgericht das Verfahren nach seinem Ermessen.

(3) Die mündliche Verhandlung findet an einem Ort in dem Bezirk des Amtsgerichts statt, in dem das Grundstück liegt.

(4) Alle Schriftsätze und deren Anlagen sind in der für die Beteiligten erforderlichen Anzahl, jedoch mindestens in sechsfacher Ausfertigung einzureichen.

§ 9 Formelle Beteiligung

An dem Schiedsverfahren sind nach Maßgabe des § 43 Abs. 4 WEG die Wohnungseigentümer und der Verwalter zu beteiligen. Allen Beteiligten sind neben der Antragschrift (§§ 12 Abs. 2, 14 Abs. 1) und der gerichtlichen Entscheidung (§ 25

mindestens die Terminbestimmungen des Gerichts bekannt zu machen. Soweit sie sich aktiv am Verfahren beteiligen, sind sie darüber hinaus zum Verfahren hinzuzuziehen und sind ihnen die weiteren gewechselten Schriftsätze mitzuteilen.

§ 10 Vertretung

Die Beteiligten können sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Zeigt ein Beteiligter dem Ständigen Schiedsgericht an, daß er durch einen Bevollmächtigten vertreten wird, so sollen diesem sämtliche weiteren Schriftsätze zugestellt werden. Der Verwalter ist Zustellungsvertreter der Wohnungseigentümer nach Maßgabe des § 189 Abs. 1 ZPO sowie des § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG.

§ 11 Zustellungen

Die erforderlichen Zustellungen erfolgen in der Regel mittels eingeschriebenen Briefs gegen Rückschein.

1. Vorbereitung der Verhandlung

§ 12 Antrag

(1) Das Verfahren wird durch einen schriftlichen Antrag beim Ständigen Schiedsgericht eingeleitet.

(2) Die Antragschrift soll enthalten:

- a) die genaue Bezeichnung der Beteiligten unter Angabe der Anschrift,
- b) einen Antrag nebst ausreichender Darlegung des Sachverhalts und des eigenen Standpunktes unter Angabe bzw. Beifügung aller zur Aufklärung und Beurteilung des Sachverhalts geeigneten Unterlagen sowie der Beweismittel, einschließlich des Schiedsvertrages,
- c) Namen und Anschriften etwaiger Bevollmächtigter,
- d) Angaben zur Höhe des Geschäftswertes.

§ 13 Behandlung des Antrags

(1) Das Präsidium ermittelt die voraussichtliche Höhe der Gebühren und Auslagen (§§ 28 ff.) und fordert vom Antragsteller einen angemessenen Vorschuß, welcher innerhalb der von ihm zu bestimmenden Frist zu bezahlen ist. Es weist darauf hin, daß das Verfahren erst nach Einzahlung des Vorschusses fortgeführt wird.

(2) Der Präsident ernennt die Schiedsrichter in der Regel erst nach Einzahlung des Vorschusses.

(3) Wird der Vorschuß nicht fristgerecht eingezahlt und ernennt der Präsident gleichwohl die Schiedsrichter, so entscheidet der Vorsitzende Schiedsrichter über den Fortgang des Verfahrens nach billigem Ermessen; nach Ablauf einer Nachfrist kann er auch nach Aktenlage entscheiden.

§ 14 Vorbereitung durch den Vorsitzenden Schiedsrichter

(1) Der Vorsitzende Schiedsrichter stellt den übrigen Beteiligten eine Ausfertigung des Antrages nebst Anlagen zu. Gleichwohl erhalten sie dieses Statut verbunden mit der Aufforderung, innerhalb von zwei Wochen zu dem Antrag Stellung zu nehmen und Verteidigungsmittel vorzubringen.

(2) Der Vorsitzende Schiedsrichter hat die Verhandlung des Streitfalls so vorzubereiten, daß er möglichst in einem Termin erledigt werden kann. Er kann die Vorbereitung des Schiedsspruchs auch einem Schiedsrichter übertragen. Zu diesem Zweck kann er schon vor der Verhandlung Ermittlungen anstellen, die zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlich sind, und Ergänzungen der vorbereitenden Schriftsätze anordnen.

§ 15 Ladung

Soweit eine mündliche Verhandlung stattfindet, lädt der Vorsitzende Schiedsrichter die Beteiligten. Die Ladungsfrist beträgt mindestens zehn Tage.

§ 16 Schiedsspruch ohne mündliche Verhandlung

Das Schiedsgericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden, wenn eine solche nicht als notwendig erscheint und von keinem Beteiligten beantragt worden ist.

2. Verhandlung vor dem Schiedsgericht

§ 17 Güteversuch

Die Verhandlung vor dem Schiedsgericht hat mit dem Versuch einer gütlichen Einigung der Beteiligten zu beginnen.

§ 18 Ermittlung des Sachverhalts

(1) Das Schiedsgericht ist bei der Ermittlung von Tatsachen und der Erhebung von Beweisen nicht an die Anträge der Beteiligten gebunden. Es kann nach seinem Ermessen Zeugen und Sachverständige vernehmen, Beweise auf andere Art erheben und einzelne Schiedsrichter mit einer Beweisaufnahme beauftragen. Hierfür kann von den Beteiligten die Zahlung eines angemessenen Vorschusses für die Auslagen (§ 30) verlangt werden.

(2) Zur Beidigung eines Zeugen oder Sachverständigen oder zur eidlichen Beteiligtenvernehmung ist das Schiedsgericht nicht befugt. Es kann jedoch von einem Beteiligten verlangen, daß er die für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen bei dem zuständigen Gericht beantragt. Entspricht der Beteiligte diesem Verlangen nicht, so ist das Schiedsgericht befugt, aus der Unterlassung ihm gerechtfertigt erscheinende Schlußfolgerungen zu ziehen.

(3) Das zuständige Gericht im Sinne des Absatzes 2 ist gem. § 1062 Abs. 4 ZPO das Amtsgericht der belegenen Sache.

§ 19 Rechtliches Gehör

Den Beteiligten ist bis zum Schluß der Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Äußerung zu geben. Neue Tatsachen können nach Schluß der Verhandlung (§ 21) nur unter den Voraussetzungen des § 156 ZPO berücksichtigt werden. Die Beteiligten sind auf Verlangen zu jeder Beweisaufnahme zu hören.

§ 20 Antragsänderung, Gegenantrag, Antragsrücknahme, Aufrechnung

(1) Eine Antragsänderung und die Einreichung eines Gegenantrages sind zulässig, soweit der Streitgegenstand der Schiedsgerichtsbarkeit des Ständigen Schiedsgerichts unterliegt.

(2) Der Antrag auf Erlass eines Schiedsspruchs kann ohne Einwilligung der übrigen Beteiligten solange zurückgenommen werden, als diese keine Stellung genommen haben.

§ 21 Schluß der Verhandlung

Nachdem der Sachverhalt hinreichend geklärt und den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist, schließt das Schiedsgericht die Verhandlung.

§ 22 Protokoll

Über eine mündliche Verhandlung vor dem Schiedsgericht ist eine Niederschrift aufzunehmen. In dieser sind die Anträge der Beteiligten und ihr sonstiges Vorbringen zu vermerken, soweit es nach Ermessen des Schiedsgerichts wesentlich und

nicht bereits in den Schriftsätzen der Beteiligten enthalten ist. Auch über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und über die Vornahme von Ortsbesichtigungen sind Niederschriften aufzunehmen. Sämtliche Niederschriften sind vom Vorsitzenden Schiedsrichter zu unterzeichnen.

§ 23 Vergleich

(1) Vergleichen sich die Parteien während des schiedsrichterlichen Verfahrens über die Streitigkeit, so beendet das Schiedsgericht das Verfahren. Auf Antrag eines Beteiligten hält es den Vergleich in der Form eines Schiedsspruchs fest, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen die öffentliche Ordnung (ordre public) verstößt. Der Schiedsspruch muß angeben, daß es sich um einen Schiedsspruch handelt.

(2) Auf einen solchen Schiedsspruch finden die Bestimmungen der §§ 25 und 26 dieser Schiedsordnung Anwendung. Er hat dieselbe Wirkung wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache.

§ 24 Beratung, Beschlußfassung, Geheimhaltung

(1) Das Schiedsgericht beschließt mit Stimmenmehrheit. Ein überstimmter Schiedsrichter darf seine weitere Mitwirkung nicht verweigern.

(2) Die Schiedsrichter sowie die Sachverständigen und sonstige vom Schiedsgericht hinzugezogene Personen sind zur Geheimhaltung der ihnen durch ihre Tätigkeit im schiedsrichterlichen Verfahren bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet.

3. Schiedsspruch

§ 25 Erlaß des Schiedsspruchs

(1) Erachtet das Schiedsgericht den Sachverhalt für ausreichend geklärt, so hat es ohne Verzug den Schiedsspruch zu erlassen. Form, Inhalt und Wirkungen des Schiedsspruchs bestimmen sich nach §§ 1054, 1055 ZPO.

(2) Das Ständige Schiedsgericht darf die Schiedssprüche veröffentlichen. Hierbei dürfen weder die Namen der Beteiligten noch die der Schiedsrichter genannt werden.

§ 26 Vollstreckung

Die Vollstreckbarkeitserklärung und Zwangsvollstreckung ist von den Beteiligten zu betreiben.

IV. Kosten

§ 27 Kostenentscheidung

Das Schiedsgericht bestimmt nach billigem Ermessen, welche Beteiligten die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten zu tragen haben.

§ 28 Geschäftswert

Der Geschäftswert wird nach Maßgabe des § 48 Wohnungseigentumsgesetz vom Schiedsgericht endgültig festgesetzt. Es ist dabei weder an die vorläufige Geschäftswertfestsetzung des Präsidenten des Ständigen Schiedsgerichts (§ 13 Abs. 1) noch an die Wertangaben der Beteiligten gebunden.

§ 29 Die Kosten des Verfahrens

(1) Soweit die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens feststehen, hat das Schiedsgericht auch darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Beteiligten diese zu tragen haben. Ist die Festsetzung der Kosten unterblieben oder erst nach Be-

endigung des schiedsrichterlichen Verfahrens möglich, wird hierüber in einem gesonderten Schiedsspruch entschieden.

(2) Die vom Schiedsgericht festzusetzenden Kosten des Schiedsverfahrens erfassen die zu erstattenden außergerichtlichen Kosten, die Honorare der Schiedsrichter, die Verwaltungsgebühr und die Auslage nach § 30. Die Höhe der Honorare der Schiedsrichter und der Verwaltungsgebühr bestimmt sich nach der in Abs. 4 enthaltenen Gebührentabelle. Der Vorsitzende Schiedsrichter und der Einzelrichter erhalten für ihre Tätigkeit eine volle Gebühr. Beisitzer erhalten eine halbe Gebühr, mindestens aber 200,- DM. Die Verwaltungsgebühr beträgt 5% einer Gebühr, mindestens aber 150,- DM.

(3) Die Verwaltungsgebühr entsteht mit Eingang des Antrages beim Ständigen Schiedsgericht, der Honoraranspruch der Schiedsrichter mit ihrer Ernennung.

(4) Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem Geschäftswert (§ 28). Sie beträgt:

a)	bis zu einem Geschäftswert von 10.000,- DM	12,5%
	jedoch nicht weniger als 250,- DM	
b)	von dem Mehrbetrag bis 20.000,- DM	7,5%
c)	von dem Mehrbetrag bis 30.000,- DM	3,75%
d)	von dem Mehrbetrag bis 40.000,- DM	3,125%
e)	von dem Mehrbetrag bis 50.000,- DM	2,5%
f)	von dem Mehrbetrag bis 60.000,- DM	1,875%
g)	von dem Mehrbetrag bis 100.000,- DM	1,25%
h)	von dem Mehrbetrag bis 1 Mio. DM	
	für jede 5.000,-	DM 55,- DM
i)	von dem Mehrbetrag über 1 Mio. DM	
	für jede 10.000,- DM	55,- DM.

Geschäftswerte über 100.000,- DM sind auf volle 5.000,- DM, solche über 1 Mio. DM auf volle 10.000,- DM aufzurunden.

§ 30 Auslagen

Unabhängig von den Gebühren haben die Beteiligten als Gesamtschuldner die Auslagen zu erstatten, die entstanden sind z. B. für

- Reisekosten und Tagegelder der Schiedsrichter,
- Reisekosten, Tagegelder und Entschädigung für Zeitversäumnis von Sachverständigen, Dolmetschern, Zeugen und sonstigen Mitwirkenden,
- Vergütung an Sachverständige (Institute und dergleichen), an Dolmetscher und sonstige Mitwirkende,
- Transport- und Aufbewahrungskosten von Sachen (Proben und Beweisstücken usw.),
- sonstige notwendige Auslagen.

§ 31 Mehrwertsteuer

Die genannten Gebühren und Kosten enthalten keine Mehrwertsteuer, sie ist nach den jeweils gültigen Sätzen zusätzlich zu entrichten.

V. Schlußbestimmungen

§ 32 Änderung des Statuts

(1) Sind einzelne Klauseln unwirksam, berührt das den übrigen Inhalt des Statuts nicht. Die unwirksamen Klauseln werden durch eine der ursprünglichen Regelung möglichst nahestehende Klausel ersetzt.

(2) Die in 1 bezeichneten Träger des Ständigen Schiedsgerichts sind nach billigem Ermessen berechtigt und verpflichtet, gemäß § 315 BGB dieses Statut zu verändern und zu ergänzen, wenn dies aus sachlichen Gründen geboten ist.

Ein Monat im Notariat in Chile

Von Notarassessor *Andreas Böhmer*, Lichtenfels

I. Vorbemerkung

Die Landesnotarkammer Bayern ermöglicht ihren Notarassessoren, einmal während der Ausbildungszeit unter Fortzahlung der Bezüge einen Monat bei einem Notar im Ausland zu hospitieren und dabei einen Eindruck von der fremden (Notar-)Rechtsordnung zu erlangen. Im Oktober 1997 habe ich von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und vier Wochen im Notariat des Präsidenten der chilenischen Notarkammer in Santiago de Chile verbracht.

II. Das chilenische Notariat

1. Das Notariat in Santiago/Providencia

Das Notariat des derzeitigen (die Funktion wechselt ohne eigentliche Wahl im Turnus) chilenischen Kammerpräsidenten liegt in Providencia, einem sehr modernen Stadtteil von Santiago, in dem das Geschäftsleben pulsiert.

Bereits der erste Eindruck, der sich mir bot, ließ erkennen, daß der Geschäftsanfall im chilenischen Notariat völlig verschieden von dem aus Deutschland gewohnten ist. Das Notariat in Providencia, wie auch alle anderen chilenischen Notariate, die ich während meiner Zeit in Chile kennenlernte, besteht im wesentlichen aus einem (recht großen) Raum, der etwa in der Mitte durch eine den gesamten Raum durchziehende „Theke“ geteilt wird. Vor dieser Theke sammeln sich während der Geschäftszeit Menschen, die für ihre Geschäfte die notarielle Mitwirkung benötigen, in zum Teil erheblichen Warteschlangen. Hinter der Theke sitzen Mitarbeiter des Notars, die die Anträge entgegennehmen und (meist) sofort bearbeiten. Der Notar selbst sitzt in der Regel etwas abgeschirmt in einem abgetrennten „Abteil“ des Raumes und kann die Vorgänge im gesamten Notariat überschauen.

2. Geschäftstypen und Mitarbeiter im Notariat in Chile

Die Mitarbeiter des Notars sind untereinander je auf ganz bestimmte Geschäftstypen spezialisiert.

a) Die weniger qualifizierten Mitarbeiter erledigen die flapsig als „*pequeños papeles*“ (kleine Papiere) bezeichneten Vorgänge. Dabei handelt es sich um Dokumente, die im chilenischen Rechtsleben in einer unübersehbaren Vielzahl von Fällen benötigt werden, und bei denen die Bestätigung, daß eine Unterschrift von einer ganz bestimmten Person herrührt, unabdingbar ist. Zu nennen sind hier in erster Linie Autoverkäufe (*compraventa de vehiculo*), die sicher zwanzig Prozent des gesamten Geschäftsanfalls im chilenischen Notariat ausmachen, aber auch Vollmachten (*poder*), Erlaubniserklärungen von Eltern an minderjährige Kinder (*autorizacion*), Eidesleistungen (*declaracion jurada*), und vielerlei mehr. Die Mitarbeiter des Notars füllen dabei vom Notar oder seinen Mitarbeitern für jeden Geschäftstyp entworfene Formulare aus. Die Tätigkeit des Notars selbst beschränkt sich in diesem Tätigkeitsbereich auf die Beglaubigung der Unterschrift(en).

b) Die qualifizierteren Mitarbeiter des Notars sind im wesentlichen mit der Erstellung von Urkunden (*escritura publica*) beschäftigt. Generalisierend läßt sich sagen, daß die Geschäfte, die in Deutschland beurkundungsbedürftig sind, auch

in Chile zum Gegenstand einer *escritura* gemacht werden müssen. Als Beispiele seien nur angefügt: Grundstückskauf (*compraventa de casa o de predio agricola*) und -tausch, güterrechtliche Vereinbarungen (*contratos matrimoniales*), Verfügungen von Todes wegen (*testamentos*), GmbH-Gesellschaftsverträge, -Anteilsübertragungen (*contrato de sociedad* bzw. *cesion de derechos de socio*), Umwandlungen von Gesellschaften. Insbesondere aus Beweisgründen wird aber auch eine Vielzahl anderer Verträge, die nach deutschem Recht nicht beurkundungsbedürftig wären, als *escritura publica* niedergelegt (z.B. Mietverträge aller Art (*arrendamiento de negocio, de vehiculo, de local comercial*), also die Miete bzw. Pacht eines Betriebes, eines Kfz oder eines Geschäftslokales). Gleichfalls als *escritura publica* niedergelegt werden auch die Protokolle von Vorstandssitzungen bestimmter Gesellschaften und Unternehmen, sowohl des privaten wie auch des öffentlichen Rechts (z.B. Vorstandssitzungen von Energieversorgungsunternehmen und dergl.).

In der Regel erstellen den Text der *escritura* nicht der Notar oder seine Mitarbeiter, vielmehr wird der gesamte Inhalt meist von Anwälten geliefert und dann nur noch in das Textverarbeitungssystem des Notariats übertragen. Nur gelegentlich werden die eigenen Textmuster des Notariats verwendet. Die erstellte *escritura* wird sodann von den Vertragsteilen unterzeichnet; die Tätigkeit des Notars beschränkt sich auch hier nur auf die Beglaubigung der Unterschriften der Vertragsteile. Insbesondere haftet der Notar nicht für den Inhalt der *escritura*, soweit dieser – wie im Regelfall – nicht von ihm stammt. Verlesen werden ausschließlich notarielle Testamente, nicht jedoch die anderen genannten Geschäfte, die der Form der *escritura publica* bedürfen.

c) Neben der Erstellung von Urkunden nimmt der Notar, der ein öffentliches Amt ausübt, auch rein öffentliche Aufgaben wahr, für die er keine Vergütung erhält. So wurden in der Notarstelle in Providencia z.B. die Parlamentswahlen für Dezember 1997 für den Wahlbezirk Santiago/Providencia vorbereitet, wobei es Aufgabe des Notars bzw. seiner Mitarbeiter ist, die Wahlhelfer zu bestimmen und anhand der Melderegister die Wahlberechtigung zu prüfen – eine sehr zeitaufwendige Tätigkeit.

d) Sämtliche Mitarbeiter des Notars sind dessen Privatangestellte, die meisten von ihnen Frauen. Ihre Kenntnisse erwerben sich die Mitarbeiter in jahrelanger Mitarbeit im Notariat. Die materiellrechtlichen Kenntnisse sind, da für die tägliche Arbeit nicht sonderlich wichtig, nicht sehr ausgeprägt, bezüglich der formellen Gestaltung der Urkunden besteht aber höchste Sicherheit. Die Mitarbeiter, die Urkunden erstellen, erhalten ein Grundgehalt und werden im übrigen nach Leistung (also der Zahl der von ihnen bewältigten Vorgänge) bezahlt. Die Mitarbeiter, die die „kleinen Papiere“ erstellen, verdienen in etwa 50% des Einkommens einer deutschen Bürokräft, die qualifizierteren Mitarbeiter erreichen fast ein bayerisches Inspektorengelohalt oder überschreiten dies in Einzelfällen sogar. Je mehr eigene Kunden ein Mitarbeiter hat, desto besser ist sein Einkommen; insbesondere alteingesessene Notariatsangestellte verdienen für chilenische Verhältnisse sehr gut.

Die Arbeitsbedingungen sind für chilenische Verhältnisse nicht schlecht, mit einem deutschen Büro aber nicht zu vergleichen. Die einzelnen Mitarbeiter sitzen auf engstem Raum hinter der „Theke“ nebeneinander; täglich wird von 9.00 Uhr bis 13.45 und von 15.00 bis 19.00 gearbeitet. Wie in nahezu allen chilenischen Büros werden Arbeitsuniformen getragen. Der Weg zur Arbeit ist in Santiago oft lang und zeitaufwendig, da die Notariate in der Regel zentral liegen, Wohnungen in diesen Gebieten aber für chilenische Normalverdiener nicht erschwinglich sind. Es gibt eine Krankenversicherung, vor einer Kündigung sind die Arbeitnehmer jedoch kaum geschützt.

3. Inhalt und Form chilenischer Notarurkunden

a) Der materiellrechtliche Inhalt der chilenischen *escritura publica* ist dem einer deutschen Notarurkunde recht ähnlich; es zeigt sich die Verwurzelung im System des römischen Rechts respektive des lateinischen Notariats. Die Urkunden werden in Hochspanisch (*castellano*) erstellt. Ein Vergleich des materiellrechtlichen Gehalts von chilenischen mit deutschen Notarurkunden ist nicht Gegenstand dieses Kurzberichts. Wiederum sehr generalisierend läßt sich sagen, daß bei den Urkunden in Chile die Form stark im Vordergrund steht. In erster Linie kommt es darauf an, mit dieser *escritura* die Eintragung in ein Register zu erreichen. Da der Notar in der Regel nicht beratend tätig wird, obwohl er hierzu selbstverständlich in der Lage wäre, sind ausführliche materiellrechtliche Regelungen, wie etwa die ausgefeilten werkvertraglichen Bestimmungen eines deutschen Bauträgervertrages oder eines komplizierten deutschen Erbvertrages, in chilenischen *escrituras* kaum zu finden.

Hier mag sich in den nächsten Jahren einiges ändern. Der enorme Wirtschaftsboom, den Chile derzeit durchlebt, dürfte dazu beitragen, daß der Regelungsumfang aller Vertragswerke in Chile, auch der notariellen, erheblich wächst. Man hat den Eindruck, daß derzeit die „rechtliche Entwicklung“ Chiles dem rasanten Wirtschaftswachstum noch ein wenig hinterherhinkt; die Regierung ist jedoch in jeder Hinsicht um Reform bemüht. Beachtliche Projekte der Justizreform wurden bzw. werden in den Jahren 1997/1998 verwirklicht.

b) Die Form der chilenischen *escrituras* ist gewöhnungsbedürftig. Nach einer Formvorschrift dürfen chilenische *escrituras* keine „Freiräume“ (*espacios blancos*) enthalten. Dementsprechend ist der Text fortlaufend ohne Absätze geschrieben, was die Lektüre erheblich erschwert. Rückseiten werden nicht beschrieben, müssen aber stets „entwertet“ werden. Jede einzelne Seite der Urkunde wird durch den Notar abgezeichnet.

4. Register (insb. Grundbuch)

a) Mit der Formstrenge der chilenischen Notarurkunden korrespondiert die Vielzahl der vorhandenen Register. Neben dem Grundbuch und dem Handelsregister sowie dem Güterrechtsregister, das in Chile noch eine gewisse praktische Bedeutung hat, gibt es auch Register für Gesellschaftsanteile sowie ein Kraftfahrzeugregister, in dem z.B. auch Hypotheken auf Pkw eingetragen werden können.

b) Die Führung der Grundbücher überrascht. Zwar gibt es, wie im deutschen Grundbuch eine Zuordnung nach Eigentümern; Bestand, Rechte in Abt. II (bzw. was diesen in Chile entspricht) und Rechte in Abt. III werden jedoch räumlich getrennt, je in verschiedenen Büchern geführt. Um sich einen Überblick über den Belastungsstand eines Grundstücks zu

verschaffen, ist es also erforderlich, alle drei Bücher einzusehen. Die Grundbucheinsicht wird auch dadurch erschwert, daß die Eintragungen recht unübersichtlich sind. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im deutschen Sinne gibt es nicht. Die Notariatsurkunden werden daher in der Regel vollinhaltlich auf die Grundbücher transskribiert. Dies geschah bis vor kurzem noch handschriftlich. Immerhin erstellt das Grundbuchamt mittlerweile Kurzzusammenfassungen, die einen Überblick über den gerade geltenden „Rechtszustand“ eines Grundstücks geben. Geplant ist nunmehr sogar die Einführung eines elektronischen Grundbuchs. Erstaunlich ist auch, daß grundsätzlich jedermann Einsicht in das Grundbuch nehmen kann. Ein berechtigtes Interesse muß nicht vorgetragen werden, es fällt nur eine Gebühr an.

5. Juristenkarriere in Chile

Die chilenischen Notare sind durchweg studierte Juristen. Eine Notarstelle kann erst nach einer gewissen Zeit als Rechtsanwalt angetreten werden. Fachliche Qualifikation ist dabei aber nicht alleine maßgebend. Die Entscheidung, welcher Bewerber für eine Notarstelle akzeptiert wird, fällt ein Gericht. Gute Beziehungen zu den Entscheidungsträgern helfen hier sicherlich weiter („*tener sus santos en el colegio*“ wie man in Chile sagt – also etwa „gute Beziehungen nach oben“). Zentrale, wichtigere und auch lukrativere Notarstellen können erst nach einer gewissen Zeit als Notar erreicht werden. Auch hier entscheidet wieder ein Gericht mit.

Der Höhepunkt der Karriere eines chilenischen Juristen ist das Amt des *conservador*. Die *conservadores* sind die Herren der Register. Sie sind wie die Notare Gebührenbeamte. Aufgrund der Konzentration des Geschäftsanfalls auf in der Regel nur einen *conservador* ist dieses Amt insbesondere in größeren Städten äußerst lukrativ. In kleineren Provinzstädten wird das Amt des *conservador* häufig gleichzeitig von einem Notar wahrgenommen. *Conservador* kann nur werden, wer vorher Notar war; auch insoweit erfolgt wieder die Wahl durch ein Gericht. Notare und *conservadores* sind in einer Interessenvertretung assoziiert (*Asociacion de Notarios y Conservadores de Chile*).

III. Resumée

Alles in allem war der Aufenthalt in Chile spannend und lehrreich. Neben dem Einblick in das fremde Rechtssystem hatte ich Gelegenheit, eine andere Sprache und eine andere Kultur kennenzulernen. In juristischer Hinsicht erscheint mir die notarielle Tätigkeit in Deutschland interessanter; insbesondere habe ich die aus Deutschland gewohnten Besprechungen zur Vorbereitung einer Urkunde, die in Chile im wesentlichen durch Anwälte durchgeführt werden, vermißt.

Die von der Notarkammer gebotene Möglichkeit, einen Monat bei einem Notar im Ausland zu verbringen, wahrzunehmen, kann ich nicht warm genug empfehlen. Die Erlebnisse, Eindrücke und Erinnerungen, die ich in Chile gewonnen habe, gehören sicher zu den schönsten meiner Assessorenzeit.

Gerne stehe ich für Fragen über meine Zeit in Chile als Ansprechpartner zur Verfügung. Literatur über das chilenische materielle Recht ist im Deutschen Notarinstitut in Würzburg vorhanden; wer sich mit dem chilenischen Notarrecht auseinandersetzen will, dem sei das Werk von *Ignacio Vidal Dominguez*, „*Derecho Notarial Chileno*“, Fallos del mes, 1997, empfohlen.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Bearbeitung 1993 ff., Dr. Arthur L. Sellier & Co. – Walter de Gruyter & Co., Berlin, voraussichtlich 50.000 Seiten einschließlich Sachregister in ca. 80 Bänden, Abonnementpreis ca. 23.900 DM.

Die 13. Bearbeitung des Staudinger ist seit der letzten Besprechung in dieser Zeitschrift (MittBayNot 1997, 26) zügig vorangeschritten. Folgende fünfzehn, allesamt wiederum auch einzeln oder im Teilabonnement erhältliche Bände sind inzwischen neu erschienen:

- §§ 244–248 (1997; *Blaschczok, Karsten Schmidt*);
- §§ 564–580a (Mietrecht 2) (1997; *Emmerich, Sonnenschein*);
- Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz; Art. 2 Mietüberleitungsgesetz (Mietrecht 3) (1997; *Emmerich, Sonnenschein, Weitemeyer*);
- §§ 616–619 (1997; *Oetker*);
- §§ 741–764 (1996; *Amann, Engel, Langhein*);
- §§ 765–778 (1997; *Horn*);
- §§ 779–811 (1997; *Marburger*);
- §§ 830–838 (1997; *Belling, Eberl-Borges*);
- §§ 1113–1203 (1996; *Wolfsteiner*);
- §§ 1204–1296; §§ 1–84 SchiffsRG (1997; *Nöll, Wiegand*);
- §§ 1589–1600 o (1997; *Rauscher*);
- §§ 1601–1615 o (1997; *Eichenhofer, Engler, Kappe*);
- §§ 2339–2385 (1997; *Olshausen, Schilken, Schotten*);
- Art. 13–18 EGBGB; Anhang zu Art. 13 EGBGB; Anhang I–III zu Art. 18 EGBGB (1996; v. *Bar, Kropholler, Manowski*);
- Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen (§§ 606, 606a, 621, 328 ZPO; Art. 7 § 1 FamRÄndG) (1997; *Spellenberg*).

Damit liegen von den 80 Bänden, welche die 13. Bearbeitung voraussichtlich insgesamt umfassen wird, gegenwärtig bereits 50 vor. Vollständig abgeschlossen ist jetzt die Kommentierung des Mietrechts. Hieraus sind für den Notar *Sonnenscheins* umfassende Erläuterungen zu § 570 b BGB von besonderem Interesse. Das durch Art. 4 Nr. 7 des 4. MietRÄndG vom 21.7.1993 (BGBl. I S. 1257) eingeführte Mietvorkaufsrecht wirft in der notariellen Praxis eine Fülle von Zweifelsfragen auf (eingehend *Wirth* MittBayNot 1998, 9), so z. B. das Problem, ob die Vorkaufsrechtsausübungserklärung des Mieters der notariellen Beurkundung bedarf. Während sich *Staudinger/Wufka*, 13. Bearb. 1995, § 313 Rdnr. 77 ff., und *Staudinger/Mader*, 13. Bearb. 1995, § 505 Rdnr. 4, für eine Einbeziehung in den Schutzbereich des § 313 S. 1 BGB aussprechen, läßt *Sonnenschein* unter Hinweis auf § 505 Abs. 1 S. 2 BGB eine formlose Erklärung genügen (Rdnr. 46). Indessen erkennt auch *Sonnenschein* eine Schutzbedürftigkeit des vorkaufsberechtigten Mieters an, der er Rechnung zu tragen versucht, indem er dem Mieter in besonderen Ausnahmefällen, die dessen Schutz gegen unbedachte und voreilige Erklärungen dringend erfordern, über ein Anfechtungsrecht aus den §§ 119 ff. BGB oder nach Treu und Glauben nach § 242 BGB helfen will (Rdnr. 46). Dieser Lösungsvorschlag muß freilich zwangsläufig zu Lasten der Rechtssicherheit gehen. Zu der Argumentation mit § 505 Abs. 1 S. 2 BGB bleibt anzumerken, daß § 570 b BGB keine ausdrückliche Verweisung auf diese Bestimmung enthält. Weshalb eine entsprechende

Anwendung ebenfalls abzulehnen ist, begründet *Hammen* ausführlich in DNotZ 1997, 543 ff.

In der Frage, ob ein Vorkaufsrecht nach § 570 b BGB besteht, wenn Wohnräume erst nach Beurkundung, aber vor grundbuchamtlichem Vollzug der Teilungserklärung an den Mieter überlassen werden, folgt *Sonnenschein* in Rdnr. 20 der einzigen bislang veröffentlichten Gerichtsentscheidung hierzu, in der das AG Frankfurt ein Vorkaufsrecht bejaht (Rpfeleger 1995, 350, 351; abl. *Wirth* MittBayNot 1998, 9, 11). Demgegenüber hat *Langhein* schon in Rpfeleger 1995, 351, 352 gewarnt, daß sich diese Gesetzesauslegung, sollte sie sich durchsetzen, vor dem Hintergrund allgemeiner Mieterinteressen als kontraproduktiv erweisen könnte. Denn sie ist geeignet, den aufteilenden Grundstückseigentümer von einer Vermietung vor dem Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch (die erfahrungsgemäß nicht selten längere Zeit auf sich warten läßt) abzuhalten.

Die Leistung *Wolfsteiners*, der in der 13. Bearbeitung die Kommentierung des gesamten Rechts der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld (§§ 1113–1203 BGB) übernommen hat, wurde bereits von *Reithmann* in DNotZ 1998, 76 gewürdigt. Zu der Problematik, daß eine Grundschuld neben eigenen Verbindlichkeiten auch fremde sichern soll, weist *Wolfsteiner* darauf hin, daß diese Konstellation nicht weniger, sondern eher mehr Gefahren birgt als der Fall der ausschließlichen Sicherung fremder Schulden. Denn vor allem Ehegatten, die im Zusammenhang mit einem Immobilienerwerb einen Kredit aufnahmen, pflegten durchaus offenen Auges die Zweckerklärung zu akzeptieren, wonach die Grundschuld auch für solche künftigen Forderungen der Bank hafte, die sich nur gegen einen von ihnen richte. Für den Sicherungsgeber sei die Gefahrensituation jedoch weit schwieriger erkennbar, zumal eine solche Vereinbarung in Vergessenheit zu geraten pflege, bis der Sicherheitsfall eintrete, nachdem ein Ehegatte (vielleicht längst nach Scheidung der Ehe) ohne Wissen des anderen neuen Kredit erhoben habe (Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 34). Folglich erachtet *Wolfsteiner* Zweckregelungen solcher Art als für den Kreditnehmer nicht nur überraschend, sondern wider Treu und Glauben benachteiligend. Hingegen sieht der BGH nunmehr in der formularmäßigen Erstreckung des Sicherungszwecks einer Grundschuld auf alle künftigen Forderungen der kreditgebenden Bank gegen den mit dem Sicherungsgeber nicht identischen Kreditschuldner – im Gegensatz zur Bürgschaft (BGH NJW 1996, 924) und zum Schuldbeitritt (BGH MittBayNot 1996, 92; krit. zur Ungleichbehandlung von Grundschuld- und anderen Sicherheiten *Wolfsteiner* Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 30) – keinen Verstoß gegen § 9 AGBG (MittBayNot 1997, 358). Allerdings ist der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sicherungsabrede nach deren Wortlaut – wie *Amann* in MittBayNot 1997, 341 zeigt – nicht eindeutig zu entnehmen, ob nur gemeinsame Verbindlichkeiten der Grundschuldbestellerin und ihres Ehemannes oder auch Verbindlichkeiten eines von beiden erfaßt waren. In dem zuletzt zitierten Urteil hat der BGH auch die Annahme einer wirksamen Einbeziehung der entsprechenden Klausel in den Sicherungsvertrag durch das Berufungsgericht nicht beanstandet, wohingegen er in früheren Entscheidungen den Schutz des Sicherungsgebers vorzugsweise in § 3 AGBG bis hin zur „Überraschungsfiktion“ suchte (*Wolfsteiner* Vorbem. zu §§ 1191 ff. Rdnr. 31; zur „Überraschungsfiktion“ vgl. den Wortlaut der vom Siche-

rungsgeber unterzeichneten, an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lassenden maschinenschriftlichen Zusatzklärung in BGH MittBayNot 1996, 91). *Wolfsteiners* Lösung hat den Vorzug, daß sie das Dilemma vermeidet, vor welches die jetzige höchstrichterliche Rspr. den Notar bei der Beurkundung von Grundschulden stellt: „Einerseits hat er den Grundschuldbesteller über die rechtliche Tragweite einer derartigen Sicherungsabrede zu belehren (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Andererseits kann gerade diese Belehrung bewirken, daß der Sicherungsgeber den Schutz des § 3 AGBG verliert“ (*Amann* MittBayNot 1997, 341, 342 f., der als Ausweg aus diesem Konflikt eine Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Anlaßbelehrung einführt).

Das von *Rauscher* bearbeitete Abstammungsrecht hat durch das KindRG vom 16.12.1997 (BGBl. I S. 2942) erhebliche Änderungen erfahren. Der Leser findet aber in Einl. zu §§ 1589 ff. Rdnr. 154 bereits einen Abdruck des (mit dem Gesetzeswortlaut weitgehend identischen) Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 13/4899), soweit er §§ 1589–1600 o. a. F. betrifft (BT-Drucks. 13/4899 S. 5–7), sowie Hinweise auf den Reformentwurf bei den Kommentierungen einzelner Vorschriften.

Nach *Schottens* Anmerkungen zu § 2346 BGB kann die Bedingung, an die die Wirksamkeit eines Erbverzichts geknüpft wird, auch noch nach dem Tod des Erblassers eintreten (Rdnr. 54; a. A. noch *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl. 1979/1981, Einl. § 2346 Rdnr. 89). Der als Wortführer dieser im rechtswissenschaftlichen Schrifttum mittlerweile wohl h. A. zitierte *Jörg Mayer* (MittBayNot 1985, 101) empfiehlt der kautelarjuristischen Praxis inzwischen freilich als Reaktion auf das Urteil des BGH MittBayNot 1997, 108 = DNotZ 1997, 422 m. Anm. *Albrecht*, aufschiebende Bedingungen, etwa in der Form, daß der Erbverzicht erst mit Erbringung der Abfindungsleistung wirksam wird, zu vermeiden (MittBayNot 1997, 85, 87).

Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Naturschutzrecht in Bayern, 14. Ergänzungslieferung, Umfang 174 Seiten, Verlagsgruppe Jehle Rehm GmbH, 83,50 DM (Gesamtwerk 1100 Seiten, 128 DM)

Das Naturschutzrecht spielt in der notariellen Praxis eine immer größere Rolle. So pflegt die Untere Naturschutzbehörde beim Landratsamt Regen Grundstückserwerber dazu zu beglückwünschen, daß sie mit dem Kauf „eine besondere Verantwortung für einen wertvollen Teil unserer Natur übernommen“ hätten. In einem anderen Fall war die erworbene Grundstücksfläche deshalb naturschutzrechtlich so wertvoll, weil sich auf ihr Brennesseln befanden. Entscheidend ist hier die naturschutzrechtliche Wertung als Biotopfläche, nicht jedoch, daß der Naturhaushalt in seinem vorgefundenen Zustand besteht. Es kann sich somit auch um sog. Sekundärbiotope handeln, die infolge menschlicher Aktivitäten entstanden sind. Sofern sich eine wertvolle Feuchtfläche bildet, greift ohne weiteres der Schutz des Art. 6 d BayNatSchG ein. Dieser hängt nicht von der Eintragung in der Biotopkartierung ab. Ohne Bedeutung ist auch, ob der Betroffene Kenntnis von der Kartierung hat (Art. 6 Rdnr. 8). Allerdings ist es unbefriedigend, daß die betroffenen Grundstückseigentümer von der zuständigen Behörde nicht über Aufnahme ihres Grundstücks in eine entsprechende Kartierung unterrichtet werden. Dieses rechtsstaatliche Manko kann auch nicht durch den Hinweis, daß die Probleme des Umweltschutzes in den Medien behan-

In § 2352 BGB Rdnr. 42–52 plädiert *Schotten* wie auch in ZEV 1997, 1, 4 f. mit gewichtigen Argumenten für eine analoge Anwendung des § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzicht (a. A. *Staudinger/Ferid/Cieslar*, 12. Aufl. 1979/1981, § 2349 Rdnr. 11; § 2352 Rdnr. 26). Bedauerlicherweise hat sich das OLG Frankfurt in seinem im DNotI-Report 1997, 157 und DNotZ 1998, 220 m. Anm. *Kanzleiter* abgedruckten Beschluß mit diesen Ausführungen nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, sondern in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rspr. und der h. M. in der Lit. eine Erstreckung der Wirkungen des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden abgelehnt.

Eine ausgezeichnete Darstellung der Problematik der Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB sowie der sich im Anschluß daran auf sachrechtlicher Ebene ergebenden Anpassungsfragen ist v. *Bar* und *Mankowski* in Art. 15 EGBGB Rdnr. 341–364 und 376–382 gelungen. Dabei entscheiden sich die Autoren i. S. der heute wohl h. L. für eine güterrechtliche Qualifikation (Rdnr. 346; ebenso *Staudinger/Dörner*, Art. 25, 26 EGBGB, 13. Bearb. 1995, Art. 25 Rdnr. 32; *Staudinger/v. Bar*, Art. 13–17 EGBGB a. F., 12. Aufl. 1983, Art. 15 a. F. Rdnr. 101 f.; a. A. *Staudinger/Firsching*, Art. 24–26 EGBGB a. F., 12. Aufl. 1981, Vorbem. zu Art. 24–26 a. F. Rdnr. 227 [erbrechtliche Qualifikation]; *Staudinger/Gamillscheg*, Art. 13–17 EGBGB a. F., 10./11. Aufl. 1973, Art. 15 a. F. Rdnr. 335 [Doppelqualifikation]). Der Kautelarjurist würde sich noch eine Auseinandersetzung mit der Frage wünschen, inwieweit dem Qualifikations- und Anpassungskonflikt durch eine geschickte Rechtswahl die Spitze genommen werden kann. Einen ersten Vorschlag hierzu in Form einer auf den Tod eines Ehegatten bedingten ehgüterrechtlichen Rechtswahl des Rechts des Erbstatuts mit Rückwirkungsanordnung haben *Mankowski* und *Osthaus* in DNotZ 1997, 10 ff. unterbreitet.

Notarassessor *Dr. Johann Mayr*, München

delt werden und in das Bewußtsein der Bevölkerung eingebracht werden, relativiert werden (so aber Art. 6 d Rdnr. 8 a.E.).

Völlig neu überarbeitet wurde die Kommentierung zum naturschutzrechtlichen Vorkaufsrecht (Art. 34 BayNatSchG). Besonders instruktiv sind die Ausführungen zur Ausübung eines Vorkaufsrechts unter Beschränkung auf Teilflächen eines Grundstücks (Art. 34 Rdnr. 3). Wichtig ist insbesondere der Hinweis darauf, daß bei der Teilausübung des Vorkaufsrechtes bezogen auf Seeufergrundstücke der Eigentümer den Verlust des exklusiven Seezuganges nicht durch einen erfolgreichen Erstreckungsantrag ausgleichen kann, da er hinsichtlich des Seezuganges über keine geschützte Rechtsposition verfügt. Hinsichtlich des Verfahrens bei Ausübung des Vorkaufsrechtes wird zutreffend ausgeführt, daß der Notar die Mitteilung über den Verkaufsfall im Auftrag der Beteiligten macht. Entgegen einer bei den unteren Naturschutzbehörden teilweise vertretenen Ansicht ist aus datenschutzrechtlichen Gründen ein zweistufiges Verfahren (Mitteilung der Tatsache des Verkaufs und nur bei Bestehen eines Vorkaufsrechtes die Übersendung des gesamten Vertrages) geboten. Dieses Problem könnte in einer der nächsten Nachlieferungen behandelt werden.

Im Hinblick auf die sicher weiter zunehmende Bedeutung des Naturschutzes für den Grundstücksverkehr wird die Anschaffung eines Kommentars zum Naturschutzrecht auch für Notare immer wichtiger. Der *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle* kann hierzu uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Gerrit Langenfeld, Vertragsgestaltung Methode – Verfahren – Vertragstypen, 2. Auflage 1997, Verlag C. H. Beck, München, 197 Seiten, DM 58,-

„Es kann also niemand sich für praktisch bewandert in einer Wissenschaft ausgeben und doch die Theorie verachten, ohne sich bloß zu geben, daß er in seinem Fache ein Ignorant sei: indem er glaubt, durch Herumtappen in Versuchen und Erfahrungen, ohne sich gewisse Prinzipien (die eigentlich das ausmachen, was man Theorie nennt) zu sammeln, und ohne sich ein Ganzes (welches, wenn dabei methodisch verfahren wird, System heißt) über sein Geschäft gedacht zu haben, weiter kommen zu können, als ihn die Theorie zu bringen vermag.“¹

Mit diesem bekannten Wort des großen Königsbergers ist ein Buch anzuzeigen, das aus der Sicht des Kautelarjuristen zu einer wissenschaftstheoretischen Meditation anregt. *Langenfeld* hat, sechs Jahre nach Erscheinen der 1. Auflage, eine Neubearbeitung seiner „Vertragsgestaltung“ vorgelegt.

Der Schwerpunkt der Neubearbeitung liegt vornehmlich in den Ausführungen zur Methode. Der wissenschaftliche Apparat der Kurzdarstellungen einzelner Vertragstypen (S. 117 ff.) ist – jedenfalls nach kurzer Durchsicht – unverändert².

In Reaktion auf *Rehbinder* hat *Langenfeld* seine Darlegung am Beginn um „Charakteristika der Vertragsgestaltung“ und Überlegungen zu den Vertragsgestaltern ergänzt³. Er greift weiter Überlegungen *Rehbinders* zur „Zweckverwirklichung und Störfallvorsorge“ als Regelungsbereich des Vertrags auf⁴. Seine Überlegungen zur Vertragsgerechtigkeit stellt er mit Recht an den Schluß des Werks⁵. Völlig neubearbeitet ist das Kapitel über das Verfahren der Vertragsgestaltung mit Überlegungen zur kautelarjuristischen Hermeneutik⁶.

Aufgrund dieses Bearbeitungsschwerpunkts sei es dem Rezensenten daher gestattet, den Blick auf methodologische Grundfragen des Werks zu richten.

Zusammen mit *Brambring*⁷, *Jerschke*⁸, *Keim*⁹ und *Schippel*¹⁰ gehört *Langenfeld* zu denjenigen Kollegen, die seit Anfang

der 80er Jahre mit unterschiedlicher Akzentuierung die *ars notarii* zu einer Rückbesinnung auf ihre wissenschaftstheoretischen Grundlagen geführt haben. *Langenfeld* gebührt hierbei das Verdienst, ein für das Gebiet des Ehevertragsrechts entwickeltes methodisches Konzept¹¹ zu einer allgemeinen Methodenlehre der Vertragsgestaltung weiterentwickelt zu haben.

Bezeichnend hierfür ist der Aufbau des Werks. Es beginnt nach dem Inhaltsverzeichnis mit dem „1. Teil. Die Methode der Kautelarjurisprudenz“. Ein zweiter Teil fehlt – eine klassische *Freud*'sche Fehlleistung – aber eigentlich ist doch alles Wichtige gesagt.

Langenfeld baut seine Methode auf der aristotelischen Topik auf¹². Über das rhetorische Herausstellen von Gemeinsamkeiten und Unterschieden schälen sich Fallgruppen von Sachverhalten heraus. Die diesen Sachverhaltsgruppen zugrundeliegenden gemeinsamen Interessenlagen¹³ der Beteiligten bedingen bestimmte Gruppen kautelarjuristischer Lösungen¹⁴. Letztlich ist dieser Ansatz ebenso durch Erfahrung belegbar und daher ebenso wissenschaftlich wie die *Linné*'sche Systematik der Tier- und Pflanzenwelt.

So weit, so gut. Jurisprudenz ist eben keine Wissenschaft, die *more geometrico* von als *self-evident* erkannten Prinzipien (Axiomen) zur Lösung des einzelnen Falles gelangt¹⁵, sondern *ars boni et aequi*¹⁶. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*¹⁷. Es ist daher nicht nur legitim, sondern geboten, zur juristischen Arbeit auf induktiv-rhetorische, nicht etwa auf deduktiv-apodiktische Argumentationsmethoden zurückzugreifen¹⁸. Ein anderer Ansatz würde den „sicheren Gang einer Wissenschaft“¹⁹ verlassen und das Gebiet ontologisierender Spekulation betreten. Letztlich aber ist Rechtswissenschaft eben auf die kantische Fragestellung zurückgeworfen: „Alles Interesse meiner Vernunft (das spekulative sowohl, als auch das praktische) vereinigt sich in folgenden drei Fragen: 1. Was kann ich wissen? 2. Was soll ich tun? 3. Was darf ich hoffen?“²⁰.

Diese Erkenntnis gehört nicht zum Allgemeingut deutscher Rechtswissenschaft. Denn wenn man als die Vollendung der Erkenntnis deren Erhebung zur „philosophischen Spekulation“ begreift, die die „Endlichkeiten des Bewußtseyns ... überwinden, und das Absolute im Bewußtseyn ... konstruieren“

¹ *Immanuel Kant*, Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, zitiert nach: *Immanuel Kant*, Werkausgabe, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, Band 9, 4. Aufl. 1982, S. 128.

² Auffallend ist etwa, daß die Neuauflage bei den Arbeitsverträgen (S. 147 Rdnr. 395) das Nachweisgesetz vom 20.07.1997, BGBI. I, S. 946 nicht berücksichtigt, ein Produkt des EG-Rechts, das in interessanter Weise kautelarjuristische „Checklisten“ in Gesetzesform gießt (§ 2 NachwG). Auch zitiert *Langenfeld* sein eigenes „Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen“ noch nach der 2., nicht nach der 3. Aufl. (vgl. etwa S. 17 Rdnr. 31 Fußnote 98).

³ S. 2–4, Rdnr. 4–8.

⁴ S. 4, Rdnr. 10.

⁵ 1. Aufl. S. 64 ff., 2. Aufl. S. 162 ff.; inhaltlich behält er seine Positionen bei, ergänzt die Begründung aber z.B. um die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, 2. Aufl. S. 173 Rdnr. 468–470.

⁶ 2. Aufl. S. 44–55 Rdnr. 113–152; siehe demgegenüber 1. Aufl. S. 34–40.

⁷ Siehe das von ihm zusammen mit *Jerschke* herausgegebene Beck'sche Notarhandbuch, nunmehr 2. Aufl. 1997.

⁸ Die Wirklichkeit als Muster – Der richtige Weg zum gerechten Vertrag, DNotZ 1989, Sonderheft S. 23 ff.

⁹ Das notarielle Beurkundungsverfahren Methodik und Praxis, 1990.

¹⁰ Neben dem zusammen mit *Hoffmann-Becking* herausgegebenen Beck'schen Formularbuch des Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrechts, 6. Aufl. 1995 ist vor allem auf *Schippels* Verdienste um die kautelarjuristische Ausbildung hinzuweisen.

¹¹ *Langenfeld*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 3. Aufl. 1996.

¹² S. 9 ff. (Rdnr. 20–35). Bezeichnend etwa der Rückgriff auf *Vico* in Rdnr. 20.

¹³ *Theodor Vieweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 95 ff. (§ 8); *Eike von Savigny* in ders.: Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 120 ff.

¹⁴ Beispiele: Gewährleistungsausschluß beim Verkauf gebrauchter Immobilien oder verschiedene Regelungen zur Nachfolge von Todes wegen in Personengesellschaftsverträgen.

¹⁵ Hierzu *Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 81 ff. (§ 7).

¹⁶ So *Celsus*, zitiert nach *Ulp.* D. 1, 1, 1 pr.

¹⁷ *Paul.* D. 50, 17, 1.

¹⁸ Siehe auch *Arthur Kaufmann* in: Die Bedeutung der Wörter, Festschrift für *Sten Gagnér*, 1991, S. 105/110 f., 116.

¹⁹ *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur 2. Aufl. 1787, S. XIV, zitiert nach *Immanuel Kant*, Werkausgabe, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, Band 3, 6. Aufl. 1982, S. 24

²⁰ *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, S. 832 unten f., zitiert nach *Immanuel Kant*, Werkausgabe, herausgegeben von *Wilhelm Weischedel*, Band 4, 6. Aufl. 1982, S. 677.

will²¹, ist mit der angebrachten kantianischen Skepsis radikal gebrochen. Dann ist nur eine innerliche Kenntnis des Rechts „allein die vollständige, weil das Recht selbst ein System ist, so daß nur wer es als solches erkennt, seine Natur vollkommen erfaßt“²².

Die Wirkung des Tübinger Stifts ist in der deutschen Rechtswissenschaft (leider) immer noch ungleich mächtiger als die des großen Königsbergers²³. Sie reicht über die Historische Schule²⁴ hin zur Lehre *Carl Schmitts* von konkreten Ordnungen²⁵ und die von *Larenz* nach 1933 entwickelte Lehre von konkret-allgemeinen Begriffen²⁶. Über die nach 1945 in zahlreichen Auflagen erschienene, gegenüber den Versionen aus der Zeit vor 1945 nur terminologisch den Anforderungen aktueller *political correctness* angepaßte Methodenlehre des letztgenannten Rechtslehrers haben diese posthegelianischen Philosopheme Generationen von Juristen geprägt.

Dieser vom Metaphysischen ins Mystische ableitende ontologisierende Denkansatz hat sich jedoch politisch übernommen. Sein Erkenntniswert erschöpft sich darin, juristische Subsumtion der politischen Beliebigkeit eines wie auch immer gearteten Wertens anheimzugeben, ohne daß dies dank einer sich erhaben gebenden Sprache dem Rechtsunterworfenen bewußt wird. Der stets vorhandene politische Gehalt von Rechtsanwendung wird verschleiert, was diese Methode – mit Verlaub gesagt – im Grunde unehrlich macht und ihre Feindschaft zur „Offenen Gesellschaft“ entlarvt. *Rüthers* hat hierzu an anderer Stelle²⁷ bereits das erforderliche gesagt²⁸.

Dessen ungeachtet drücken die Vertreter dieses Ansatzes immer noch der deutschen Rechtswissenschaft und Juristenausbildung ihren Stempel auf. Ob im Bereicherungsrecht²⁹, im Recht der Gesamthandsgemeinschaft³⁰ oder im nur bei der Frage nach der „Rechtsnatur“ der Erfüllung³¹, überall gehört

die „wertende Betrachtung“ von Normen anhand von als existent postulierten Rechtsinstituten³² zum guten akademischen Ton.

Leider ist selbst ein Autor wie *Langenfeld* nicht frei von dieser Erblast deutscher Juristen. Denn *Langenfeld* beläßt es nicht beim rhetorischen Ansatz der Fallgruppenbildung. Auch er begibt sich auf das Gebiet posthegelianischer Spekulation, wenn er, gestützt auf *Engisch*, *Leenen* und vor allem *Larenz* in die „Mitte zwischen Einzelercheinung und Begriff“ den Typus als „konkretes Gegenstück zum abstrakten Begriff“ setzt³³. Mit dem „Typus“ soll der „Übergang zum Werten“³⁴ erleichtert werden. *Langenfeld* „exemplifiziert“ dies am Beispiel des Ehevertragsrechts.

Die Hypostasierung dieses Ansatzes in Sätzen wie „Kennzeichnend für den Typus ist seine Ganzheitlichkeit als Struktur trotz häufig heterogener Bestandteile. Der Typus ist ein interdependentes Merkmalsgefüge“³⁵ sind ein gutes Beispiel für diese letztlich zur Worthülse abgesunkene Sprache. Das ganze erinnert an Andersens Märchen „Des Kaisers neue Kleider“.

Ich glaube aber, daß *Langenfeld* letztlich diesen methodischen Ansatz mehr referiert als innerlich billigt. Auffallend ist der abrupte Wechsel im Sprachductus in § 4 bei der Darstellung der Typuslehre im Vergleich zu *Langenfelds* sonst so klarer Sprache. Man möchte meinen, der Autor spricht hier von etwas, von dem er meint, es „gehöre einfach dazu“³⁶.

Der Rückgriff auf die Typuslehre in dieser Übersteigerung ist aber zur Untermauerung von *Langenfelds* Ergebnissen gar nicht notwendig. Werden durch das Herausarbeiten von Gemeinsamkeiten und Unterschieden Sachverhaltsgruppen gebildet, so lassen sich diesen Gruppen unschwer bestimmte Regelungsprobleme und hieraus bestimmte Gruppen kateularjuristischer Regelungen zuordnen. Man kann die Gruppenbildung methodisch solide so weit treiben, daß sich regelrechte Gruppen von Verträgen unterscheiden lassen. Von „Vertragstypen“ im oben dargestellten metaphysischen Sinn zu sprechen, ist überflüssig.

²¹ *Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, Differenz des Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie, Jena 1801, S. 11 f.

²² *Georg Friedrich Puchta*, Cursus der Institutionen, Band I, Leipzig 1841, S. 100. Zur Interpretation dieser Stelle im Kontext idealistischer Philosophie eingehend *Sten Gagnér*, Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I, 1993, S. 135 ff.

²³ Ausführlich am Beispiel rechtsgeschichtlicher Forschungsansätze *Sten Gagnér*, a.a.O., S. 15 ff., 117 ff., 132 f., 145 f. (dort insbesondere zu den sprachphilosophischen Untersuchungen *Ludwig Wittgensteins*).

²⁴ Vgl. die beiden vorhergehenden Fußnoten sowie eingehend *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984, S. 302 ff., bes. 331–335.

²⁵ Hierzu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1973, S. 277 ff. (1. Aufl. 1968).

²⁶ Siehe *Rüthers*, a.a.O., S. 302 ff.

²⁷ NJW 1996, 1249 ff.

²⁸ Lohnend wäre etwa eine ideengeschichtliche Untersuchung der Typologik im Steuerrecht, etwa im Zusammenhang mit dem „Typus der vorweggenommenen Erbfolge“, der in bestimmter Weise postuliert nur solche Fallgruppen erfassen soll, bei denen dies um bestimmter steuerlicher Ergebnisse willen so gewollt ist, so etwa bei *Peter Fischer* in MittBayNot 1996, 137, bes. S. 140 linke Spalte.

²⁹ Siehe hierzu *Kupisch*, NJW 1985, 2370, bes. 2374 li. Sp.

³⁰ Instruktiv *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 203 ff. (§ 8 III), wobei dieser Autor selbst sich dieser Methode nicht bedient.

³¹ Hierzu nur *Heinrichs* in: Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1994, § 362 Rdnr. 5–14: nach der herrschenden „Theorie der realen Leistungsbewirkung“ erlischt das Schuldverhältnis (These) durch reale Handlung (Antithese) durch Erfüllung (Synthese) in einem dialektischen Vorgang.

³² D.h. einem als „Typus“ im genannten Sinne verstandenen Inbegriff von Rechtssätzen, der dem positiven Recht überpositiv vorgegeben ist und in dessen Erkenntnis die Rechtswissenschaft zur Umformung des positiven Rechts berechtigt ist.

³³ S. 21 Rdnr. 37; man beachte die schon sprachlich deutliche Parallelität zur Gedankenwelt eines *Carl Schmitt*.

³⁴ S. 22 Rdnr. 39.

³⁵ 2. Aufl. S. 25 Rdnr. 49, 1. Aufl. S. 22 Rdnr. 45. Bemerkenswert aber ist, daß *Langenfeld* einen Vertragstypus dennoch für „falsifizierbar“ hält (dazu sogleich), 2. Aufl. S. 25 Rdnr. 51: „Die Aufgabe eines Vertragstypus, der sich praktisch nicht bewährt hat und deshalb nicht mehr durch den Konsens der Fachleute getragen wird, ist kein Betriebsunfall typologischen Denkens, sondern vielmehr der Nachweis der Bewährung seiner Funktionsfähigkeit“. Mir scheint diese Säkularisierung des Satzes „Der Tod ist verschlungen in den Sieg“ doch etwas fragwürdig.

³⁶ Bemerkenswert etwa der distanziert klingende 2. Satz des § 4 (S. 20 Rdnr. 36: „Ihre (= Typologik) methodische Brauchbarkeit wird teils verneint, teils aber wieder hervorgehoben, insbesondere hinsichtlich ihrer Eignung zur Beherrschung komplexer hermeneutischer Prozesse im juristischen Neuland“). Dafür spricht auch, daß die betreffenden Passagen, von einem geänderten Gliederungsschema abgesehen, wörtlich mit der 1. Aufl. übereinstimmen. Vgl. auch die innere Distanz, die aus dem in der vorherigen Fußnote referierten Zitat spricht.

Mit Recht zieht denn auch *Langenfeld* den typologischen Ansatz „wertender Betrachtung“ nicht weiter heran. Denn in seinen abschließenden Schlußfolgerungen setzt er für einen „anerkannten Vertragstyp“ voraus, dieser müsse „für beide Vertragsparteien konsensfähig“ sein, „typische Gefahren und Risiken“ regeln. Grundlage hierfür sei „das Vorverständnis des Kautelarjuristen“, die „Richtigkeitsüberzeugung, die er an die Vertragsbeteiligten als Standard weitergibt“³⁷.

Damit sind wir letztlich beim ciceronischen *argumentum e consensu omnium* angelangt, stehen mithin mit beiden Beinen auf dem sicheren Boden der Empirie. Die Vertragstypen bilden den materialreichen Steinbruch für die maßgeschneiderte Lösung im Einzelfall³⁸. Der Rückgriff auf anerkannte Lösun-

³⁷ Rdnr. 514, 524, 526.

³⁸ Vgl. Rdnr. 527.

gen erleichtert dem Notar die Arbeit, die Legitimationsfunktion des Beurkundungsverfahrens zu erfüllen. Der gerechte Vertrag hängt danach von der gewissenhaften Arbeit des Notars ab. So gesehen, ist die „Vertragsgestaltung“ ein eminent berufspolitisches Buch, wirkungsmächtiger als Standespolitik je sein könnte.

Langenfeld liefert die Anleitung, es richtig zu machen, Theorie, „welche der Mann von der Erfahrung“ lernen soll³⁹, eine praktische Vernunft der Kautelarjuristen, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Welch ein Buch in dieser für unseren Beruf im Innen- wie im Außenverhältnis so bleiern Zeit!

Notar Dr. Oliver Vossius, München

³⁹ Immanuel Kant, a.a.O. (Fußnote 1), S. 127.

Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. erweiterte Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1998, 650 Seiten, DM 168,-

Knapp vier Jahre nach Erscheinen der 1. Auflage (vgl. hierzu ausführlich *Winkler*, MittBayNot 1994, 506 ff.) liegt nun die aktualisierte Neuauflage vor. Der Umfang der Neuauflage hat um 97 Seiten zugenommen. Neben inhaltlichen Erweiterungen liegt dies daran, daß sowohl die Inhaltsverzeichnisse der einzelnen Kapitel als auch das Gesamtinhaltsverzeichnis um eine Übersicht über die Formulierungsvorschläge ergänzt und die im Buch enthaltenen Formulierungsvorschläge optisch deutlicher hervorgehoben wurden. Im übrigen haben die Verfasser die Aufgliederung in zwölf Kapitel beibehalten, im Rahmen derer sie alle wesentlichen Aspekte der Testamentsvollstreckung umfassend und in jeder Hinsicht erschöpfend abhandeln. Der Rechtsberater findet dabei eine Vielzahl von Formulierungshilfen.

Angesichts der Fülle der angesprochenen Themen können im folgenden nur einige Einzelaspekte herausgegriffen werden. So hängt eine erfolgreiche Testamentsvollstreckung wesentlich davon ab, daß eine umfassende Nachlaßplanung vor dem Erbfall betrieben wird, die sich nicht nur auf die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen beschränken kann. Dem Nachlaß muß, wie *Reimann* im 2. Kapitel ausführt, zu Lebzeiten die richtige Struktur gegeben werden. Im amerikanischen Recht als „estate planning“ weitgehend eingeführt, handelt es sich hier um einen Themenbereich, der in Deutschland noch relativ unterentwickelt ist. Als Beispiele nennt *Reimann* größere Vermögen und Unternehmerrechte, wo es zweckmäßig sein kann, den Testamentsvollstrecker schon zu Lebzeiten in die Vermögensverwaltung oder Unternehmensführung einzubauen. Auch ist dafür Sorge zu tragen, daß die Testamentsvollstreckung nicht dadurch unterlaufen wird, daß Vermögenswerte, z. B. durch Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall, aus dem Nachlaß ausgegliedert sind.

Mit Beschluß vom 18.12.1996 (MittBayNot 1997, 248) hat der BGH die von *Reimann* bereits in der 1. Auflage vertretene Auffassung bestätigt, daß ein Testament vom Sozius desjenigen Notars beurkundet werden kann, der zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll. Mag dieser Weg derzeit beurkundungsrechtlich unbedenklich erscheinen, so sollte der

Notar dennoch entsprechend dem Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 11.5.1985 (abgedruckt auf S. 586) hiervon regelmäßig Abstand nehmen, um den Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden.

Von mehreren Autoren wird die Problematik erörtert, ob ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister eingetragen werden kann. Obwohl das Kammergericht dies in einer neueren Entscheidung (MittBayNot 1996, 53) in bezug auf einen Kommanditanteil verneint hat, befürworten sämtliche Autoren nach wie vor die Eintragung der Testamentsvollstreckung in das Handelsregister mit dem Hinweis, der Rechtsverkehr habe an deren Offenlegung ein berechtigtes Interesse. Aus Sicht der Praxis ist diese Ansicht sicherlich zu begrüßen. War der Erbe bereits vor dem Erbfall Gesellschafter und erbt er eine weitere Beteiligung, so ist es fraglich, ob die Testamentsvollstreckung hinsichtlich des ererbten Anteils angeordnet werden kann. Entgegen einer Entscheidung des Gesellschaftsrechtssenats aus dem Jahre 1957 (BGHZ 24, 106) hält der Erbrechtssenat des BGH dies jetzt für zulässig (MittBayNot 1996, 118). Unterschiedliche Auffassungen der beiden Senate des BGH sind in dem Bereich der Schnittstellen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht kein Novum. Die Warnung *Mayers*, bei lebzeitiger Aufnahme eines Erben Vorsicht walten zu lassen, sollte daher in der Praxis ernst genommen werden. Neu sind die Ausführungen *Mayers* zur Testamentsvollstreckung bei der Partnerschaftsgesellschaft und im Umwandlungsrecht. Die Umwandlung einer Personenhandels- auf bzw. in eine Kapitalgesellschaft oder einer Kapital- auf bzw. in eine Personenhandelsgesellschaft qualifiziert *Mayer* im Regelfall als kernbereichsrelevante Maßnahme, die der Zustimmung des Erben und des Testamentsvollstreckers bedarf. Sofern ein Mehrheitsbeschluß mit $\frac{3}{4}$ der Stimmen ausreicht, haben die übrigen Gesellschafter allerdings die Möglichkeit, die Umwandlung auch gegen den Willen des Testamentsvollstreckers und/oder Erben herbeizuführen.

Nach dem Ausscheiden von *Gottwald* aus dem Autoren-gremium hat *Haas* den im 9. Kapitel behandelten Bereich der Internationalen Testamentsvollstreckung nunmehr alleine bearbeitet. Die Ausführungen zum Recht der neuen Bundesländer haben dabei eine Erweiterung erfahren. Insbesondere geht *Haas* auf die Regelung der Testamentsvollstreckung im

ZGB näher ein. Durch die ebenfalls neu eingefügte Checkliste für Fälle mit Auslandsberührung wird die Darstellung abgerundet.

Verstärkt ins Blickfeld ist in letzter Zeit die Problematik des Schuldners der Testamentsvollstreckervergütung geraten, so daß dieser Frage im 10. Kapitel ein eigener Abschnitt gewidmet ist. *Eckelskemper* schließt sich dabei der Meinung des BGH (ZEV 1997, 116 [= MittBayNot 1998, S. 108, mit Anmerkung *Winkler*]) an, daß die Kosten einer nur für einen Miterbenanteil angeordneten Testamentsvollstreckung in der ungeteilten Erbengemeinschaft von allen Miterben zu tragen sind. Ist Aufgabe des Testamentsvollstreckers nur die Erfüllung eines Vermächtnisses, so sieht *Eckelskemper* in der Regel den Vermächtnisnehmer als Schuldner der Vergütung, da die Erfüllung des Vermächtnisses primär in seinem Interesse liegt.

Das 11. Kapitel wurde um einen weiteren Abschnitt zur Testamentsvollstreckung durch Kreditinstitute ergänzt. Die Diskussion zu diesem lange Zeit für unstrittig gehaltenen Thema hat eine Entscheidung des OLG Karlsruhe (ZEV

1994, 300) entfacht, in der die Übernahme von Testamentsvollstreckungen als unvereinbar mit den Vorschriften des RBerG angesehen wird. *Schaub* hält die Testamentsvollstreckertätigkeit dagegen dann für unbedenklich, wenn sich der Aufgabenkreis am Umfang der bereits zum Erblasser vorhandenen Kundenbeziehung orientiert und nach dem Tod des Erblassers keinen gänzlich anders gearteten Umfang annimmt.

Nach Bekunden der Herausgeber sollte mit dem Handbuch der Versuch unternommen werden, alle wesentlichen Bereiche der Testamentsvollstreckung praxisnah und doch wissenschaftlich fundiert zu bearbeiten. Die starke Nachfrage nach der 1. Auflage sowie die zahlreichen Zitate in Rechtsprechung und Literatur belegen, daß dieser Versuch rundum geglückt ist. Es läßt sich daher mit Recht sagen, daß das nun in 2. Auflage vorliegende Handbuch innerhalb kürzester Zeit sowohl für die Rechtspraxis als auch für die Wissenschaft ein fester und nicht mehr hinwegzudenkender Bestandteil der erbrechtlichen Literatur geworden ist. Weitere Auflagen werden sicherlich folgen.

Notar *Dr. Dietmar Weidlich*, Wassertrüdingen.

Bürgerliches Recht

1. AGBG § 9 Abs. 2 Nr. 1 (*Unwirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung von Fälligkeitszinsen*)

Im nichtkaufmännischen Verkehr können im Wege von Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Fälligkeitszinsen vereinbart werden.

BGH, Urteil vom 11.12.1997 – IX ZR 46/97 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbundenen Kläger erwarben mit einem von dem verklagten Notar am 31.7.1992 beurkundeten Kauf- und Abtretungsvertrag von der Treuhandanstalt (nunnmehr: Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben) die Geschäftsanteile an einer GmbH zum Kaufpreis von 1 Mio DM. Bei der Beurkundung trat für die Treuhandanstalt ein vollmachtloser Vertreter auf. Der Kaufpreis sollte 30 Werkstage nach Genehmigung des Vertrages fällig sein und auf ein Konto der Verkäuferin überwiesen werden. Unter § 3 Nr. 7 des Vertrages war bestimmt:

„Für den Fall einer verspäteten Zahlung (maßgebend ist der Eingang des Geldes auf dem angegebenen Konto) ist der Kaufpreis vom Tage der Fälligkeit an bis zum Zahlungstage mit jährlich 5% über dem jeweils geltenden Diskontsatz der deutschen Bundesbank, mindestens jedoch mit jährlich 8% zu verzinsen.“

Die Geltendmachung eines weitergehenden Verzugschadens bleibt unberührt.“

Die Treuhandanstalt genehmigte den Vertrag am 5.1.1993. Zum Vermögen der GmbH gehörten Grundstücke, die zur Kaufpreisfinanzierung beliehen werden sollten. Am 19.5.1993 bestellte die GmbH zur Urkunde des Beklagten dem finanzierenden Kreditinstitut eine Grundschild. Am selben Tage beurkundete der Beklagte einen Kaufvertrag, wonach die GmbH die Grundstücke für 1 Mio DM an die Kläger veräußerte. Der als „Grundvertrag“ bezeichnete Kaufvertrag vom 31.7.1992 sollte dadurch nicht berührt werden. Der Kaufpreisanspruch für die Grundstücke, der an die Treuhandanstalt abgetreten wurde, sollte sofort fällig und auf ein Notaranderkonto des Beklagten zahlbar sein. Der Grundstückskaufvertrag wurde mangels Genehmigung durch die Treuhandanstalt nicht wirksam.

Am 24.5.1993 zahlte die Finanzierungsbank den Darlehensbetrag von 1 Mio DM auf ein von dem Beklagten errichtetes Anderkonto ein. Nach einer telefonischen Verhandlung mit der Treuhandanstalt und dem Kläger zu 1) vom 26.8.1993 wies der Beklagte die kontoführende Bank an, den hinterlegten Betrag nebst Zinsen an die Treuhandanstalt zu überweisen. Davon gab der Beklagte der Treuhandanstalt und den Klägern Nachricht. Anschließend kamen dem Beklagten indes wegen der ausstehenden Genehmigung des Grundstückskaufvertrages Bedenken. Er widersprach der Auszahlungsanweisung, ohne die Treuhandanstalt und die Kläger zu verständigen. Erst am 23.6.1994 erfolgte die Auszahlung.

Die Kläger, die von der Treuhandanstalt gemäß § 3 Nr. 7 des „Grundvertrages“ auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 96.469,74 DM in Anspruch genommen werden, verlangen vom Beklagten wegen Amtspflichtverletzung Freistellung. Die Vorinstanzen haben der Klage teilweise – das Berufungsgericht nur noch in Höhe von 28.132,71 DM – stattgegeben. Zur Klärung der Wirksamkeit der Zinsklausel hat das Berufungsgericht die Revision zugelassen. Die Revision des Beklagten führte zur vollständigen Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte seine Amtspflichten im Sinne von § 19 Abs. 1 BNotO verletzt, indem er die Vertragsparteien nicht über den Widerruf der Auszahlungsanweisung informiert und den Kaufpreis verspätet an die Treuhandanstalt ausgekehrt habe. Dieser stünden

Zinsen für die Zeit vom 29.5. bis einschließlich 13.10. zu. Da die Zinsklausel keine Verzugs-, sondern Fälligkeitszinsen betreffe, sei sie nicht gemäß § 11 Nr. 4, 5 AGBG unwirksam.

II. Diese Auffassung hält einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Dabei kann offenbleiben, ob der Beklagte – wie das Berufungsgericht gemeint hat – gegen seine Amtspflichten verstoßen hat. Jedenfalls ist durch einen etwaigen Pflichtenverstoß keine als Schaden anzusehende Zinsverbindlichkeit gegenüber der Treuhandanstalt entstanden.

1. Entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht kann – und muß – der Senat dies im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits berücksichtigen. Ein auf Freistellung gerichteter Schadensersatzanspruch wegen Belastung mit einer Verbindlichkeit setzt voraus, daß der Anspruchsteller tatsächlich mit dieser Verbindlichkeit beschwert ist (BGH, Urt. v. 11.6.1986 – VIII ZR 153/85, WM 1986, 1115, 1117 m.w.N.; v. 24.3.1988 – IX ZR 114/87, NJW 1988, 3013, 3015, v. 30.11.1989 – IX ZR 249/88, NJW 1990, 1366, 1367).

2. Die Zinsklausel in dem Anteilskaufvertrag ist unwirksam. Ob dadurch eine Verpflichtung zur Bezahlung von Fälligkeitszinsen begründet werden sollte, wie das Berufungsgericht gemeint hat, oder von Verzugszinsen, wie die Revision geltend macht, ist unerheblich.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Kaufvertrag über die GmbH-Anteile, wiewohl vor einem Notar geschlossen, ein Formularvertrag, der unter das AGB-Gesetz fällt. Der Senat kann die Bestimmung unter § 3 Nr. 7 überprüfen, weil anzunehmen ist, daß die Treuhandanstalt derartige Verträge nicht nur mit Vertragspartnern aus dem Lande Sachsen-Anhalt abgeschlossen hat.

b) Handelt es sich bei der Bestimmung unter § 3 Nr. 7 um eine Verzugszinsklausel, ist diese bei Vereinbarung mit Nichtkaufleuten, wie es die Kläger sind, nach § 11 Nr. 4 AGBG unwirksam. Der Verwender (Treuhandanstalt) wird von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt, den anderen Vertragsteil zu mahnen. Außerdem ist die Klausel nach § 11 Nr. 5 b AGBG unwirksam, weil der Vertragspartner des Klauselverwenders wegen der apodiktischen Fassung („ist ... zu verzinsen“) davon ausgehen muß, ihm werde der Nachweis eines wesentlich geringeren Verzugschadens abgeschnitten (vgl. BGH, Urt. v. 31.1.1985 – III ZR 105/83, NJW 1986, 376, 377 f., v. 19.6.1996 – VIII ZR 189/95, WM 1996, 2025, 2027).

c) Begründet die Klausel eine Verpflichtung zur Zahlung von Fälligkeitszinsen, unterliegt sie zwar nicht der Inhaltskontrolle gemäß § 11 Nr. 4 und 5 AGBG (vgl. – für Stundungszinsen – BGHZ 95, 362, 369; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG 3. Aufl. § 9 Rdnr. D 35), wohl aber – als Preisnebenabrede – derjenigen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Dieser hält sie nicht stand.

Von Gesetzes wegen sind nur Kaufleute untereinander berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften Fälligkeitszinsen zu verlangen (§ 353 Satz 1 HGB). Der gesetzliche Zinssatz beträgt 5% (§ 352 HGB). Der Verkauf der GmbH-Anteile war kein Handelsgeschäft. Im nichtkaufmännischen Verkehr können im Wege von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (zur individualvertraglichen Vereinbarung vgl. BGH, Urt. v. 24. April 1992 – V ZR 13/91, ZIP 1992, 939, 940) keine Fälligkeitszinsen vereinbart werden (*Graf v. Westphalen*, in: *Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner*, Großkomm. zum AGB-Gesetz 2. Aufl. Bd. III 24.3 Rdnr. 1).

Denn eine derartige Vereinbarung weicht der Sache nach von den §§ 284, 288 BGB und damit von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab. In ihren Wirkungen bestehen zwischen der Vereinbarung von Fälligkeitszinsen und der Vereinbarung von Verzugszinsen kaum Unterschiede. Fälligkeitszinsen können den Schuldner sogar mehr als Verzugszinsen belasten, weil sie in keinem Falle Verzug voraussetzen. Ist die hier in Rede stehende Zinsklausel unwirksam, wenn sie Verzugszinsen betrifft, kann sie deshalb als Fälligkeitszinsklausel nicht wirksam sein.

Ob neben § 9 Abs. 2 Nr. 1 auch § 3 AGBG anwendbar ist (so *Graf v. Westphalen*, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Stichwort „Fälligkeitszinsen“ Rdnr. 5), bedarf danach keiner Entscheidung.

III. Da sich das angefochtene Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO) – ein gesetzlicher Zinsanspruch scheidet aus, weil die Voraussetzungen des § 284 BGB nicht vorliegen –, ist es aufzuheben (§ 554 Abs. 1 ZPO). Weitere Feststellungen, auf deren Grundlage sich die Klage als – wenn auch nur teilweise – gerechtfertigt erweisen könnte, kommen nicht in Betracht. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

2. ZPO § 50 Abs. 1; BGB § 346 Satz 2 (*Vergütung von Aufwendungen bei Rücktritt; Parteifähigkeit einer Vor-GmbH*)

1. Eine sog. Vor-GmbH ist im Zivilprozeß aktiv parteifähig.
2. Hat sich der Verkäufer in einem Grundstückskaufvertrag verpflichtet, das Grundstück auf seine Kosten von bestehenden Gebäuden frei zu machen, so hat der Käufer im Falle des Rücktritts des Verkäufers nach § 326 Abs. 1 BGB diesem nicht nach § 346 Satz 2 BGB die Aufwendungen für den Abriß zu vergüten.

BGH, Urteil vom 28.11.1997 – V ZR 178/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger gründeten die Firma K. GmbH und beantragten im April 1994 deren Eintragung in das Handelsregister. Im August 1994 nahm die in Gründung befindliche GmbH (im folgenden: GmbH i.G.) den Eintragungsantrag zurück. Zuvor, mit notariellem Vertrag vom 25.10.1993, hatten die Kläger, handelnd als Geschäftsführer der GmbH i.G., von dem Beklagten ein Grundstück zum Preise von 900.000 DM gekauft. Die ersten beiden vertraglich vorgesehenen Raten, nämlich 50.000 DM bei Beurkundung und 20.000 DM „bis zum 15.11.1993 für die Aufwendungen des Verkäufers in bezug auf den Vertragsgegenstand“ wurden gezahlt. Zu weiteren Zahlungen kam es nicht, so daß der Beklagte nach Fristsetzung und Ablehnungsandrohung mit Schreiben vom 30.5.1994 an die GmbH i.G. u.a. mitteilte:

„Der angedrohte Rücktritt vom o.g. Vertrag und entsprechende Schadensersatzansprüche werden somit wirksam. Mit sofortiger Wirkung trete ich vom o.g. Kaufvertrag zurück.“

Die Kläger verlangen Rückzahlung der geleisteten 70.000 DM nebst Zinsen. Die Klage ist zunächst von der GmbH i.G. erhoben, nach gerichtlichem Hinweis in erster Instanz aber auf die Kläger umgestellt worden. Der Beklagte hat eingewendet, daß nach den Vertragsbestimmungen eine Rückzahlungspflicht entfalle, soweit er Aufwendungen für die Kläger getätigt habe. Das sei hier der Fall, da er – unstreitig – Stallgebäude habe abreißen lassen, damit das Grundstück, wie von den Klägern beabsichtigt, habe bebaut werden können.

Land- und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zur Aktivlegitimation

a) Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Annahme, daß den Klägern ein möglicher Rückzahlungsanspruch nicht zustehen kann.

aa) Im Ausgangspunkt ist dem Berufungsgericht allerdings zuzustimmen. Besteht die GmbH i.G. als Liquidationsgesellschaft fort, steht ihr ein etwaiger Rückzahlungsanspruch zu, nicht den Klägern. Als sog. Vor-GmbH kann sie nämlich selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein (BGHZ 117, 323, 326 [= MittBayNot 1992, 339, 340]). Ist sie somit – wie hier – Kaufvertragspartei, so erwirbt sie auch die aus der Abwicklung des Vertragsverhältnisses erwachsenden Rechte. Daran ändert die Rücknahme des Eintragungsantrags dann nichts, wenn die Kläger die Liquidation der Gesellschaft betreiben, was in entsprechender Anwendung der §§ 60 ff. GmbHG möglich wäre (vgl. *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 141; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 11 Rdnr. 8; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., Rdnr. 26 f.). Dann bestünde die GmbH i.G. als Vorgesellschaft in Liquidation fort (*Scholz/K. Schmidt* a.a.O. Rdnr. 141; vgl. auch BGHZ 80, 129, 142 [= MittBayNot 1981, 192, 196]). Sie bliebe damit Rechtsträgerin.

bb) Anders ist die Rechtslage jedoch, wenn die Kläger den Gewerbebetrieb, der Gegenstand der GmbH i.G. war, auch nach Rücknahme des Eintragungsantrags weitergeführt haben. Der unter diesen Voraussetzungen entstehende Personenzusammenschluß ist keine Vorgesellschaft mehr, sondern unterliegt dem Recht der BGB-Gesellschaft oder der offenen Handelsgesellschaft (*Scholz/K. Schmidt* a.a.O. Rdnr. 143; *Baumbach/Hueck*, a.a.O. Rdnr. 28 f.). Letzteres würde zwar wiederum der Gesellschaft selbst die den Geschäftsbetrieb betreffenden Rechte zuordnen (§ 124 Abs. 1 HGB), käme hier aber deswegen nicht zur Anwendung, weil der Gewerbebetrieb kein Handelsgewerbe zum Gegenstand hat und somit nur unter den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 2 HGB den Anforderungen des § 105 HGB genüge. Damit käme nur eine BGB-Gesellschaft in Betracht, bei der die Kläger in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Träger der Rechte aus dem Kaufvertrag wären.

cc) Da das Berufungsgericht – wie die Revision zu Recht rügt – keine Feststellungen darüber getroffen hat, ob die Kläger die GmbH i.G. liquidieren oder in einer anderen Form fortführen, kann die erste Begründung des angefochtenen Urteils schon aus diesem Grund die Entscheidung nicht tragen.

b) Aber auch wenn der GmbH i.G. weiterhin der im Streit befindliche Rückzahlungsanspruch zusteht, hält das Urteil den Angriffen der Revision zu diesem Punkt nicht stand.

aa) Ohne Erfolg beruft sich die Revision allerdings darauf, daß die GmbH i.G. nicht aktiv parteifähig sei, so daß die Kläger notwendigerweise deren Ansprüche – als Prozeßstandschafter – hätten geltend machen müssen und können.

Ob die Vor-GmbH im Zivilprozeß aktiv parteifähig ist, ist bislang höchststrichterlich nicht entschieden worden. Die Frage ist zu bejahen.

Die Vorgesellschaft wird heute als notwendige Vorstufe zu der mit der Eintragung entstehenden juristischen Person als ein

bereits eigenständiges, von ihren Gründern und Gesellschaftern verschiedenes körperschaftlich strukturiertes „Rechtsgebilde“ mit eigenen Rechten und Pflichten begriffen (s. nur BGHZ 117, 323, 326 m.w.N. [= MittBayNot 1992, 339, 340]). Sie wird als konto- und grundbuchfähig angesehen (vgl. nur *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. [2. Bearb.] § 11 Rdnr. 47 m.w.N.), verfügt bereits über eine eigene Firma (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., Rdnr. 12) und wird von der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur auch als aktiv und passiv wechsel- und scheckfähig angesehen (*Baumbach/Hueck* a.a.O. Rdnr. 14 m.w.N.; s. auch BGHZ 117, 323, 326 [= MittBayNot 1992, 339, 340]). Ihre passive Parteifähigkeit ist seit langem anerkannt (BGHZ 79, 239, 241). Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird sie als beteiligtenfähig und damit auch als beschwerdeberechtigt angesehen (BGHZ 117, 323 [= MittBayNot 1992, 339]). Angesichts dieser Umstände gibt es keinen vernünftigen Grund, ihr die aktive Parteifähigkeit im Zivilprozeß abzuspochen (*Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 79; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 34; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 14. Aufl., § 11 Rdnr. 3; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl., § 11 Rdnr. 16; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. [2. Bearb.], § 11 Rdnr. 48; vgl. auch schon *Büttner*, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 1967, S. 123 ff., 125 f.).

bb) Zu Recht rügt die Revision jedoch einen Verstoß gegen §§ 139, 278 Abs. 3 ZPO.

Die vom Berufungsgericht für grundsätzlich aktivlegitimiert angesehene GmbH i.G. hatte ursprünglich geklagt. Erst auf Hinweis des Landgerichts war die Klage umgestellt worden, um einer Klageabweisung mit der Begründung, die falsche Partei mache den Anspruch geltend, zu entgehen. Wenn sich unter diesen Voraussetzungen das Berufungsgericht auf den Standpunkt stellt, nicht die Kläger, sondern die GmbH i.G. sei – ein Anspruch unterstellt – aktivlegitimiert, so bedurfte es eines erneuten richterlichen Hinweises, zumal diese Frage in der Auseinandersetzung der Parteien in zweiter Instanz keine Rolle mehr gespielt hat. Ohne einen solchen Hinweis durfte die Zurückweisung der Berufung auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht gestützt werden.

2. Zur Berücksichtigung der Kosten für den Abriß der Stallgebäude

Auch die zweite Begründung, der Beklagte könne dem Rückzahlungsanspruch einen Vergütungsanspruch in derselben Höhe für den Abriß der Stallgebäude nach § 346 Satz 2 BGB entgegenhalten, ist von Rechtsirrtum beeinflusst. Nach § 346 Satz 1 BGB sind die Parteien im Falle eines Rücktritts verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Handelt es sich – wie hier – um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages, so muß der Käufer den Kaufgegenstand zurückübereignen und der Verkäufer den Kaufpreis zurückzahlen. § 346 Satz 2 BGB greift nur dann ein, wenn – über diese zurückzugewährenden Leistungen hinausgehend – Dienste erbracht worden sind oder eine Sache zur Benutzung überlassen worden ist. Insofern kommt eine Rückgewähr in Natur nicht in Betracht. Folglich ist der Wert dieser Leistung zu vergüten.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Abriß der Stallgebäude durch den Beklagten stellt keine Dienstleistung im Sinne der Vorschrift dar. Davon wäre auszugehen, wenn die Parteien einen zusammengesetzten Vertrag geschlossen hätten, in dem ein bestimmter Kaufpreis für die Übereignung

des Grundstücks und eine darüber hinausgehende Vergütung für eine Werkleistung, die Beseitigung der Gebäude, vereinbart worden wäre. Das ist aber nach der fehlerfreien Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht nicht der Fall. Danach stand den Verpflichtungen des Beklagten, das Grundstück zu übereignen und die Ställe abzureißen, ein einheitlicher „Gesamtkaufpreis“ von 900.000 DM als Gegenleistung gegenüber. Das wird von der Revisionserwiderung nicht angegriffen und entspricht auch der Interessenlage. Denn den Klägern war allein an der Übereignung eines von den Altbauten befreiten Grundstücks gelegen, nicht an einer separat zu vergütenden Werkleistung. Den Interessen des Beklagten, der durch den Abriß Unkosten haben würde, trug die Regelung über die Fälligkeit der Kaufpreistraten Rechnung. Bei der Rückabwicklung hat daher der Käufer das Grundstück, befreit von den Stallgebäuden, und der Verkäufer den Kaufpreis, soweit gezahlt, zurückzugewähren. Würde der Verkäufer zusätzlich eine Vergütung in Geld für den Abriß der Gebäude beanspruchen können, erhielte er bei der Rückabwicklung des Vertrages mehr als ihm – wertmäßig – bei Durchführung des Vertrages zugeflossen wäre. Das entspricht nicht dem Zweck der Rückabwicklungsvorschriften.

III. Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif.

1. Hinsichtlich der Aktivlegitimation hängt die Entscheidung davon ab, ob die GmbH i.G. liquidiert oder als BGB-Gesellschaft fortgeführt wird. Feststellungen dazu fehlen. Im ersten Fall ist erneut Gelegenheit zur – insoweit sachdienlichen (§ 263 ZPO) – Klageänderung zu geben. Anderenfalls wären die Kläger als BGB-Gesellschafter anspruchsberechtigt.

2. Hinsichtlich der Berücksichtigung der Kosten für den Abriß der Stallgebäude wird folgendes zu prüfen sein.

a) Geht man – wie das Berufungsgericht – davon aus, daß der Beklagte vom Kaufvertrag zurückgetreten ist, können die Abrißkosten nur dann zugunsten des Beklagten Berücksichtigung finden, wenn sich dies dem Vertrag entnehmen läßt. Das Landgericht hat dies mit Rücksicht auf die – nicht unmittelbar einschlägige – Bestimmung des § 7 a des Vertrages bejaht. Ob das zutrifft, ist eine Frage der Auslegung, die grundsätzlich dem Tatrichter überlassen bleibt. Das Berufungsgericht hat sich damit – aus seiner Sicht folgerichtig – bislang nicht befaßt. Zu berücksichtigen wird gegebenenfalls sein, daß für eine solche Regelung beim Rücktrittsrecht des Verkäufers nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB angesichts der Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen, anders als beim vertraglich eingeräumten Rücktrittsrecht des Käufers kein dringendes Bedürfnis besteht.

b) Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, der Beklagte sei von dem Vertrag zurückgetreten, ist jedoch nicht unbedenklich.

Liegen die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, so steht dem Gläubiger ein Wahlrecht zu. Er kann vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Rücktritt ist im Regelfall der ungünstigere Rechtsbehelf. Bei einer objektiv mehrdeutigen Erklärung führt eine interessengerechte Auslegung daher im Zweifel dazu, daß der Gläubiger nicht zurücktreten will, sondern daß er nur auf die geschuldete Leistung keinen Wert mehr legt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt (BGH, Urteil vom 10.2.1982, VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280; Urteil vom 6.7.1988, VIII ZR 256/87, NJW 1988, 2877). Das gilt auch dann, wenn der Gläubiger das Wort „Rücktritt“ verwendet, im übrigen aber zum Ausdruck bringt, daß er sich die

Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorbehalten (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.1963, VIII ZR 63/62, BGB LM § 326 (Ea) Nr. 5). Eine solche mehrdeutige Erklärung liegt auch hier vor, da der Beklagte in seinem Schreiben vom 30.5.1994 einerseits erklärt hat zurücktreten zu wollen, andererseits aber ausgeführt hat: „... entsprechende Schadensersatzansprüche werden somit wirksam“. Bei dieser Sachlage wird das Schreiben nur dann als Rücktrittserklärung gewertet werden können, wenn beide Parteien übereinstimmend die Erklärung in diesem Sinn aufgefaßt haben (vgl. Senat, Urteil vom 14.2.1997, V ZR 32/96, WM 1997, 777, 778). Feststellungen dazu enthält das Berufungsurteil nicht.

Führt die vom Berufungsgericht nachzuholende Auslegung zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs, können eventuelle Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Stallabriß erstattungsfähig sein, soweit sie durch die Nichterfüllung des Vertrages ohne Kompensation geblieben sind (vgl. Senat, BGHZ 114, 193, 196 m.w.N.). Nicht anders als der Rücktritt führt auch die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zu einem Abwicklungsverhältnis (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 56. Aufl., § 326 Rdnr. 24), da die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen, der des Beklagten nach § 326 Abs. 1 Satz 2, Halbs. 2 BGB und der Gegenanspruch infolge der synallagmatischen Verknüpfung. In diesem Verhältnis kann der Beklagte einen etwaigen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dem Anspruch der Kläger auf Rückzahlung des Kaufpreises entgegenhalten. Das Berufungsgericht wird folglich bei dieser Lösung – nach entsprechendem Sachvortrag – Feststellungen zur Höhe des Schadens zu treffen haben.

3. BGB §§ 434, 440, 326 (*Möglicher Rechtsmangel bei Verkauf von Teileigentum zu Wohnzwecken*)

Wird Teileigentum als Wohnungseigentum verkauft und haben andere Wohnungseigentümer die Nutzung der erworbenen Räume zu Wohnzwecken unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung untersagt, ist das Kaufobjekt mit einem Rechtsmangel behaftet.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.10.1996 – 9 U 29/96 –

4. BGB §§ 1196 Abs. 3, 1179 a (*Zum gesetzlichen Lösungsanspruch bei Grundschulden*)

Im Falle der nachträglichen, im Grundbuch ausgewiesenen Vereinigung aller bestehenden Grundpfandrechte mit dem Eigentum in einer Person findet § 1196 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung.

BGH, Urteil vom 15.7.1997 – XI ZR 145/96 – , mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die klagende Bank begehrt die Rückgewähr von 463.120,75 DM, die sie als Inhaberin nachrangiger Grundpfandrechte zur Ablösung einer Grundschuld über 300.000 DM nebst Zinsen unter dem Vorbehalt der Rückforderung an die beklagte Raiffeisenbank gezahlt hat. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die vorgenannte, in Abteilung III des betreffenden Grundbuchs unter Nr. 3 verzeichnete Grundschuld, die im Jahr 1984 mit Rang vor den Grundschulden Nrn. 1 und 2 als Fremdrecht eingetragen worden war,

wurde am 15.7.1988 von der Beklagten als damaliger Grundschuldgläubigerin an den Grundstückseigentümer abgetreten. Dieser war damals Inhaber aller übrigen auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte, nämlich der unter Nrn. 1, 2, 4 und 5 verzeichneten nachrangigen Grundschulden über insgesamt 850.000 DM nebst Zinsen, die mit Ausnahme des Rechts Nr. 1 nach dem Inkrafttreten des § 1179 a BGB (1.1.1978) eingetragen worden waren. Er war auch im Grundbuch als Inhaber aller Grundschulden eingetragen. Die vier nachrangigen Grundschulden trat der Grundstückseigentümer – außerhalb des Grundbuchs – am 9.12.1988 (Nrn. 1, 2 und 5) und am 4.1.1989 (Nr. 4) an die Klägerin ab. Am 19.1.1990 wurde aufgrund notariell beglaubigter Abtretungserklärung des Grundstückseigentümers vom 9.1.1990 die Abtretung der Grundschuld Nr. 3 an die Beklagte eingetragen. Die Beklagte behauptet, die vorgenannte Grundschuld sei tatsächlich schon am 2.8.1988 privatschriftlich unter Übergabe des Grundschuldbriefes an sie abgetreten worden.

Im Juli 1991 ordnete das Amtsgericht B. auf Antrag des Inhabers zwischenzeitlich eingetragener Sicherungshypotheken die Zwangsversteigerung des hier in Rede stehenden Grundstücks an. Dem Zwangsversteigerungsverfahren traten sowohl die Klägerin als auch die Beklagte bei. Im Zwangsversteigerungstermin wurde lediglich ein Gebot in Höhe von 550.000 DM abgegeben; die Entscheidung über den Zuschlag, durch den nach den Versteigerungsbedingungen alle Grundpfandrechte erloschen wären, wurde ausgesetzt. Die Klägerin, die eine günstigere Verwertung des Grundstücks anstrebte, bewilligte daraufhin die einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens. Von der Beklagten forderte sie unter Hinweis auf § 1179 a BGB die Aufhebung der Grundschuld Nr. 3; für den Fall des Bestreitens eines Lösungsanspruches bat sie die Beklagte, zunächst ebenfalls die Einstellung des Verfahrens gemäß § 30 ZVG zu bewilligen, um über den Lösungsanspruch ohne Zeitdruck verhandeln zu können. Die Beklagte lehnte dies ab und schlug vor, die Klägerin möge die Grundschuld durch Zahlung ablösen; alsdann könne eine Klärung des streitigen Lösungsanspruches erfolgen. Die Klägerin zahlte deshalb – über das Vollstreckungsgericht – an die Beklagte 463.120,75 DM zur Ablösung der vorgenannten Grundschuld. Dabei erklärte sie der Beklagten, die Ablösezahlung an diese erfolge unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung im Hinblick auf den geltend gemachten Lösungsanspruch. Das Vollstreckungsgericht stellte das Zwangsversteigerungsverfahren, soweit es von der Klägerin betrieben wurde, gemäß § 30 ZVG einstweilen ein und versagte dem Meistbietenden gemäß §§ 75, 33 ZVG den Zuschlag.

Das Landgericht hat die auf die Rückzahlung des Ablösebetrages gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben.

Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Abweisung der Klage stellt sich aber aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Die Klägerin kann weder aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung noch aus einem anderen Rechtsgrund die Rückzahlung des Ablösebetrages verlangen, weil ihr hinsichtlich der Grundschuld Nr. 3 kein Lösungsanspruch nach §§ 1192 Abs. 1, 1179 a Abs. 1 BGB zustand. Ein Lösungsanspruch scheidet entsprechend § 1196 Abs. 3 BGB von vornherein und unabhängig davon aus, ob Inhaber der Grundschuld Nr. 3 zum Zeitpunkt der Abtretung der nachrangigen Grundschulden an die Klägerin noch der Grundstückseigentümer oder bereits die Beklagte war.

a) § 1196 Abs. 3 BGB ist im vorliegenden Fall entsprechend anzuwenden.

Die Vorschrift bestimmt für die ursprüngliche Eigentümergrundschuld, daß ein Anspruch auf Löschung der Grundschuld nach § 1179 a BGB nur wegen solcher Vereinigungen der Grundschuld mit dem Eigentum in einer Person besteht, die eintreten, nachdem die Grundschuld einem anderen als

dem Eigentümer zugestanden hat. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit erhalten, die Eigentümergrundschuld einmal als Mittel der – oft verdeckten – Kreditsicherung zu nutzen (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 8/89 S. 14).

Dieser Grundgedanke rechtfertigt es zunächst, die Vorschrift auf nachträgliche Eigentümergrundschulden dann entsprechend anzuwenden, wenn die Grundschuld im Grundbuch vor Eintragung eines nachrangigen Grundpfandrechts auf den Eigentümer umgeschrieben worden ist (vgl. *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB 13. Bearb. § 1179 a Rdnr. 69; *Erman/Räfle*, BGB 9. Aufl. § 1179 a Rdnr. 8; *RGRK/Joswig*, BGB 12. Aufl. § 1196 Rdnr. 12; *Palandt/Bassenge*, BGB 56. Aufl. § 1179 a Rdnr. 7; a.M. *Rein*, Die Verwertbarkeit der Eigentümergrundschuld trotz des Lösungsanspruchs gemäß § 1179 a BGB S. 101). Es ist kein Grund ersichtlich, die nachträgliche Eigentümergrundschuld in diesem Falle anders zu behandeln als eine nach § 1196 Abs. 1 BGB neu bestellte Eigentümergrundschuld; dem sachenrechtlichen Grundsatz der Publizität ist dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß die eine entsprechende Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB rechtfertigende Konstellation aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Es wäre sinnlos und würde der vom Gesetzgeber mit der Einführung des gesetzlichen Lösungsanspruchs bei Grundpfandrechten bezweckten Entlastung der Grundbuchämter (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 8/89 S. 7) zuwiderlaufen, den Grundstückseigentümer, der das einzige bestehende Grundpfandrecht als Eigentümergrundschuld später einmal zur Kreditsicherung nutzen möchte, darauf zu verweisen, das ihm zustehende Recht zum Zwecke der Ausräumung eines etwaigen Lösungsanspruchs nach § 1179 a BGB vorsorglich löschen zu lassen und im gleichen Rang eine neue Eigentümergrundschuld nach § 1196 Abs. 1 BGB zu bestellen.

Nicht anders ist die Interessenlage in dem hier vorliegenden Fall, daß alle bestehenden Grundpfandrechte sich nachträglich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt haben und der Eigentümer auch im Grundbuch als Inhaber aller Grundpfandrechte eingetragen worden ist. Hat der Grundstückseigentümer sich mehrere Grundschulden nach § 1196 Abs. 1 BGB bestellt, gilt § 1196 Abs. 3 BGB für diese Grundschulden unmittelbar. Der Grundstückseigentümer kann also auch eine nachrangige Grundschuld abtreten, ohne befürchten zu müssen, daß daraus dem Zessionar hinsichtlich vorrangiger Eigentümergrundschulden Lösungsansprüche nach § 1179 a BGB erwachsen. Es gibt keinen Grund, die nachträgliche, im Grundbuch ausgewiesene Vereinigung aller Grundschulden mit dem Eigentum hinsichtlich der Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB anders zu behandeln. Der sachenrechtliche Publizitätsgrundsatz steht einer entsprechenden Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB nicht entgegen, wenn die diese Analogie rechtfertigende nachträgliche Vereinigung aller Grundpfandrechte mit dem Eigentum in einer Person im Grundbuch eingetragen worden ist. Es besteht ferner kein Bedürfnis, Kreditgebern, die sich in Fällen der vorliegenden Art vom Eigentümer nicht die erstrangige Grundschuld abtreten lassen, sondern sich mit der Abtretung einer nachrangigen Grundschuld begnügen, einen Lösungsanspruch hinsichtlich vorrangiger Eigentümergrundschulden zuzubilligen. Auch hier würde es die Grundbuchämter sinnwidrig belasten, den Grundstückseigentümer darauf zu verweisen, die bestehenden Rechte löschen zu lassen und entsprechende neue Eigentümergrundschulden nach § 1196 Abs. 1 BGB zu bestellen, um den Lösungsanspruch nach § 1179 a BGB zu vermeiden.

b) Die entsprechende Anwendung des § 1196 Abs. 3 BGB führt dazu, daß die hier in Rede stehende Grundschuld Nr. 3 wie eine ursprüngliche Eigentümergrundschuld zu behandeln ist, die erstmals einem Dritten abgetreten wurde, und einem Lösungsanspruch nach § 1179 a BGB erst dann unterliegt, wenn sie sich erneut mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Ein Lösungsanspruch der Klägerin scheidet deshalb von vornherein aus.

5. BGB §§ 874, 885 Abs. 2; GBO § 19 (*Keine Auslegung der Eintragungsbewilligung bei eindeutiger Bezeichnung des Belastungsgegenstandes*)

Wenn der Belastungsgegenstand einer Vormerkung im Grundbuch eindeutig bezeichnet ist, kommt insoweit eine Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung nicht in Betracht.

BGH, Urteil vom 17.10.1997 – V ZR 376/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist Testamentsvollstreckerin des Nachlasses der Erblasserin. Diese kaufte mit notariellem Vertrag vom 4.4.1972 von den damaligen Eigentümern eine noch zu vermessende Teilfläche von etwa 189 qm aus den im Grundbuch von K., Blatt 1706 eingetragenen Grundstücken Flur 11 Nrn. 2083 und „2184“ (richtig 2084), die in einer als Anlage beigefügten Skizze näher bezeichnet wurde. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an der verkauften Grundstücksfläche durch die Veräußerer wurde am 5.5.1972 eine „Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung einer Teilfläche“ lediglich hinsichtlich des Flst. 2083 eingetragen. Im Jahr 1985 wurde das Flst. 2083 in die Flurstücke 2736 und 2739 sowie das Flst. 2084 in die Flst. 2735, 2737 und 2738 aufgeteilt. Die an die Erblasserin verkaufte Teilfläche umfaßte die neuen Flst. 2735, 2736 und 2737. Der Beklagte erwarb im Jahr 1990 die Flst. 2735 bis 2739 im Wege der Zwangsversteigerung, bei der als bestehend bleibende Rechte unter anderem die Teilauflassungsvormerkung lediglich hinsichtlich der Flst. 2736 und 2739 aufgenommen wurde.

Mit der Klage wird die Erklärung der Auflassung zugunsten der Erbinnen der Erblasserin bezüglich der Flst. 2735, 2736 und 2737 sowie hilfsweise der Flst. 2736 und 2739 verlangt. Das Landgericht hat ihr im Hauptantrag stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht diese Entscheidung teilweise abgeändert und der Klage lediglich auf Zustimmung zur Eintragung der Erbinnen als Eigentümerinnen hinsichtlich des Flst. 2736 stattgegeben und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, daß hinsichtlich der Flst. 2735 und 2737 eine Vormerkung zugunsten der Erbinnen mangels Eintragung nicht entstanden sei. Wortlaut und Anordnung der Eintragung im Grundbuch bezögen sich eindeutig nur auf die Flst. 2736 und 2739. Unklar sei die Eintragung lediglich hinsichtlich des genauen Flächeninhalts der auf dem Flst. 2736 lastenden Vormerkung. Nur insoweit nehme die Eintragung auf die genauere Umschreibung der „Teilfläche“ in der Eintragungsbewilligung Bezug. Eine weitere Auslegung der Eintragung im Sinne der Klägerin komme nicht in Betracht, da damit nicht der nähere Inhalt der Vor-

merkung ausgelegt, sondern der Belastungsgegenstand erweitert würde. Ob das Flst. 2735 als möglicher Teil des früheren Flst. 2083 zunächst mit einer Vormerkung belastet gewesen sei, könne offen bleiben, weil diese spätestens beim Erwerb des Beklagten im Versteigerungsverfahren als dingliches Recht untergegangen sei. Zu Lasten des Flst. 2739 sei eine Vormerkung nicht entstanden, weil dieser Grundstücksteil nicht Gegenstand des Kaufvertrages gewesen sei und die Aufnahme in den Zuschlagsbeschuß nicht zur Entstehung eines Rechtes führe.

II.

1. Zutreffend ist allerdings die Ausgangsüberlegung der Revision, daß bei der Eintragung zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (§ 885 Abs. 2 BGB) und diese sich auch auf die Flst. 2735 und 2737 als Teil des früheren Flst. 2084 erstreckte, wie es sich aus der dort in Bezug genommenen und als Anlage beigefügten Skizze zur Bestimmung der „Teilfläche“ ergab (BGH, Beschluß vom 9.5.1972, V ZB 19/71, NJW 1972, 1283, 1284 [= MittBayNot 1972, 169 <nur Leitsatz>]) Richtig ist auch, daß bei zulässiger Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung deren Wortlaut darüber entscheidet, was als Inhalt der Eintragung zu gelten hat, wenn der Eintragungsvermerk in sich widerspruchsvoll oder unklar ist (vgl. BayObLG, RPfleger 1987, 101, 102 [= MittBayNot 1987, 91 ff.]; KG, DNotZ 1956, 555, 556 f. m.w.N.). Diese Voraussetzung liegt hier jedoch entgegen der Meinung der Revision nicht vor. Denn eindeutig ergeben sich aus dem Grundbuch (Abt. 2 Spalte 2 i.V.m. den laufenden Nummern des Bestandsverzeichnisses) als Belastungsgegenstand nur die Flst. 2736 und 2739. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung konnte sich gemäß § 874 BGB nicht auf den Belastungsgegenstand erstrecken, sondern nur auf die nähere Bezeichnung des Inhalts des Rechts. Hinsichtlich des Belastungsgegenstandes weist damit die Grundbucheintragung trotz der im übrigen Platz greifenden Bezugnahme keinen rechtserheblichen Widerspruch auf (vgl. RG, DNot 1932, 721 und BGHZ 123, 297, 301 f. [= MittBayNot 1994, 35 ff.] für den vergleichbaren Fall der eindeutigen Eintragung des Berechtigten im Grundbuch).

Dem kann die Revision nicht entgegenhalten, das Berufungsgericht gehe selbst von einer unklaren Eintragung aus. Denn dies trifft nur insoweit zu, als die Ermittlung der vormerkungsbelasteten Fläche des Flst. 2736 im Hinblick auf die Bezeichnung als „Teilfläche“ in Rede steht. Lediglich in diesem Zusammenhang greift das Berufungsgericht auf einen Vergleich mit der in der Eintragungsbewilligung gekennzeichneten Fläche zurück, nach dem sich ergibt, daß das Flst. 2739 davon nicht erfaßt, das Flst. 2736 dagegen in vollem Umfang betroffen ist. Daraus folgt entgegen der Meinung der Revision aber nicht, daß die Vormerkung sich auch auf weitere Flurstücke bezieht, bei denen eine Eintragung nicht vorgenommen wurde und deshalb eine Vormerkung nicht wirksam entstanden ist.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß hinsichtlich des Flst. 2739 eine Vormerkung nicht entstanden sei. Denn dieser Grundstücksteil war nicht Gegenstand des Kaufvertrages mit der Erblasserin. Die Aufnahme einer Teilauflassungsvormerkung für das Flst. 2739 in den Zuschlagsbeschuß konnte nicht zur Entstehung dieses Rechts führen (RGZ 138, 125, 127). Ob das Flst. 2735 als Teil des früheren Flst. 2083 zunächst mit einer Vormerkung belastet gewesen war, konnte das Berufungs-

gericht zu Recht dahingestellt sein lassen, weil die Vormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren hinsichtlich der Flst. 2735 bis 2737 nicht angemeldet war, nicht im geringsten Gebot berücksichtigt wurde und im Zuschlagsbeschuß nicht als bestehendes Recht aufgeführt ist (§ 91 ZVG).

6. WEG §§ 4, 5 Abs. 2; GBO § 19; BGB §§ 877, 876 Satz 1 (Vollmacht zur Änderung einer Teilungserklärung; Zustimmungserfordernisse bei Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum)

- 1. Zur Auslegung einer Vollmacht in einem Kaufvertrag über ein Wohnungseigentum, durch die der Veräußerer ermächtigt wird, die Teilungserklärung abzuändern, „soweit durch die Abänderung die Lage und Gestalt der vertragsgegenständlichen Sondereigentumseinheit nicht berührt wird, auch soweit Gemeinschaftseigentum mitbetroffen wird“.**
- 2. Wird bei der Aufteilung eines Sondereigentums in mehrere Wohnungen eine Sondereigentumsfläche zum gemeinschaftlichen Treppenvorplatz umgestaltet, ist zur Umwandlung des Sondereigentums in Gemeinschaftseigentum nur die Zustimmung der am abgetrennten Sondereigentum dinglich Berechtigten erforderlich. Eine Erhöhung der Unterhaltslast, die sich für die übrigen Wohnungseigentümer aus der Vergrößerung des Gemeinschaftseigentums ergeben kann, stellt für deren Grundpfandgläubiger keine rechtliche Beeinträchtigung dar.**

BayObLG, Beschluß vom 16.12.1997 – 2Z BR 10/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Walter Rottenfuß*, Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

Durch Urkunde vom 12.10.1994 begründete der damalige Eigentümer des Grundstücks Flst. 49/8 an diesem Wohnungs- und Teileigentum. Das Teileigentum Nr. 19 ist in der Urkunde beschrieben als Miteigentumsanteil von 55/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an dem Raum im Dachgeschoß. § 10 der Gemeinschaftsordnung lautet auszugsweise:

Die Sondereigentumseinheit Nr. 19 im Dachgeschoß wird eventuell durch den Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger zu Wohnraum ausgebaut.

Klargestellt wird, daß sich die Sondereigentumseinheit Nr. 19 im Dachgeschoß in den Spitzbogen erstreckt. Der Ausbau ist entsprechend den zu genehmigenden Bauplänen auszuführen.

Der Ausbauende ist berechtigt, bei den Ausbauarbeiten Dachraker, Dachflächenfenster und Dachterrassen zu errichten.

Die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher wurden am 3.7.1995 angelegt. In der Folgezeit wurden Sondereigentumsrechte veräußert. Die Kaufverträge enthalten jeweils folgende Bestimmung:

XII.

- Der Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger ist berechtigt und wird hiermit vom Erwerber ermächtigt
 - innerhalb der anderen Sondereigentumseinheiten bauliche Änderungen vorzunehmen,
 - andere Sondereigentumseinheiten zusammenzulegen und zu unterteilen und die entsprechenden baulichen Veränderungen ... vorzunehmen,
- Dem Erwerber ist bekannt, daß die Sondereigentumseinheit Nr. 19 im Dachgeschoß noch zu Wohnraum oder anders nutz-

barer Fläche aus- und umgebaut wird und zwar durch den Veräußerer oder dessen Rechtsnachfolger im Eigentum, wobei der Ausbau als selbständige Einheit oder in Verbindung mit den darunter liegenden Sondereigentumseinheiten erfolgen kann.

3. Die Baumaßnahmen zu 1 und 2 sind entsprechend den genehmigten Bauplänen und den Regeln der Baukunst auszuführen, das äußere Erscheinungsbild des Anwesens kann dabei verändert werden.

...

Der Ausbauende ist auch berechtigt, bei den Ausbaurbeiten Dachkerker, Dachflächenfenster und Dachterrassen zu errichten.

Der Erwerber duldet die Durchführung aller vorerwähnten Arbeiten und stimmt diesen bereits hiermit zu.

Der Verwalter wird bevollmächtigt, die Um- und Ausbaupläne zu genehmigen.

...

Im Rahmen des Ausbaus ist der Ausbauende berechtigt, an den bestehenden Ver- und Versorgungsleitungen der darunter liegenden Wohnungen anzuschließen oder die erforderlichen Ver- und Versorgungsleitungen durch das Gemeinschaftseigentum zu führen.

...

4. Der Erwerber erteilt hiermit dem Veräußerer unwiderruflich unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, also mit dem Recht auch eigenen Namens oder für andere Beteiligte aufzutreten,

V o l l m a c h t

a) einzelne Sondereigentumseinheiten zusammenzulegen und zu vereinigen oder zu unterteilen,

b) die Urkunde über die Begründung von Sondereigentum abzuändern, soweit durch die Abänderung die Lage und Gestalt der vertragsgegenständlichen Sondereigentumseinheit nicht berührt wird, auch soweit Gemeinschaftseigentum mitbetroffen wird, und alle hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben, auch gegebenenfalls die Auffassung zu erklären,

c) ...

Einige Erwerber wurden zwischenzeitlich als Eigentümer in die Wohnungsgrundbücher eingetragen. Für andere wurden Auflassungsvormerkungen eingetragen. Die Beteiligten erwarben das Teileigentum Nr. 19 und sind seit 26.6.1996 als dessen Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 10.11.1995 erklärten die Beteiligten, sie würden das Sondereigentum im Dachgeschoß zu zwei selbständigen Wohnungen ausbauen; auf die beigefügte Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen werde verwiesen. Anschließend teilten sie das Teileigentum Nr. 19 auf in einen 24,75/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Dachgeschoß links samt Loggia, im Aufteilungsplan mit Nr. 19 bezeichnet, und einen 30,25/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Dachgeschoß rechts samt Loggia, im Aufteilungsplan mit Nr. 20 bezeichnet. Sie bewilligten und beantragten die Eintragung dieser Änderung der Begründung von Sondereigentum und Unterteilung der bisherigen Sondereigentumseinheit Nr. 19 in das Grundbuch.

Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung den Eintragungsantrag beanstandet und die Vorlage der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer, sämtlicher Berechtigter der Abteilung II und sämtlicher Gläubiger der Abteilung III verlangt, soweit es sich nicht um Globalrechte handle. Ein Vergleich des bisher maßgeblichen Aufteilungsplans mit dem neuen zeige, daß u.a. bei den Loggien bisheriges Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt werde. Im Bereich des Eingangs werde ein gemeinschaftlicher Treppenvorplatz geschaffen und damit bisheriges Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum umgewandelt. Außerdem sei die Außenfront des Hauses im Bereich des Treppenhauses verändert worden.

Die Beteiligten haben eine notariell beglaubigte Erklärung des Veräußerers vom 23.8.1996 vorgelegt, worin er im eigenen Namen und aufgrund der in den Angebots- bzw. Kaufvertragsurkunden erteilten

Vollmachten für die Eigentümer bzw. Erwerber der Sondereigentumseinheiten den Inhalt der Urkunde vom 10.11.1995 in allen Teilen und ohne Vorbehalt genehmigt, insbesondere der Unterteilung der Sondereigentumseinheit Nr. 19 und im Rahmen der Baumaßnahmen der Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum zustimmt. Gleichzeitig haben die Beteiligten Erinnerungen gegen die Zwischenverfügung eingelegt. Der Rechtspfleger des Grundbuchamts hat den Erinnerungen teilweise abgeholfen. Nicht abgeholfen hat er, soweit durch die Änderung der Außenfassade des Treppenhauses und die Schaffung eines aus bisherigem Sondereigentum der Einheit Nr. 19 gebildeten Treppenvorplatzes Gemeinschaftseigentum verändert werde. Der Grundbuchrichter hat der Erinnerung nicht abgeholfen und sie dem Landgericht vorgelegt, das die Beschwerde am 2.10.1996 zurückgewiesen hat. Durch Beschluß vom 11.11.1996 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Vollzug der Urkunde zurückgewiesen. Die gegen den Beschluß des Landgerichts gerichtete weitere Beschwerde führte zur Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und der Zwischenverfügung.

Aus den Gründen:

1. a) Die weitere Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist unbeschadet des Umstands zulässig, daß das Grundbuchamt nach Erlaß der landgerichtlichen Entscheidung den Eintragungsantrag zurückgewiesen hat; denn der Eintragungsantrag ist aus den Gründen der vom Landgericht bestätigten Zwischenverfügung zurückgewiesen worden. Die Zwischenverfügung ist deshalb vom Grundbuchamt wegen fehlender Rechtsgrundlage aufzuheben, wenn die weitere Beschwerde Erfolg hat (vgl. BayObLGZ 1986, 54/55 m.w.N. [= MittBayNot 1986, 128]; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 78 Rdnr. 6).

b) Das Rechtsmittel ist im wesentlichen begründet. Es führt zur Abänderung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts dahin, daß zur Eintragung der Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum nur die Zustimmung der an dem Teileigentum Nr. 19 dinglich Berechtigten erforderlich ist. Über den Eintragungsantrag selbst hat nicht das Rechtsbeschwerdegericht, sondern das Grundbuchamt zu entscheiden, denn Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist nur das durch die Zwischenverfügung beanstandete Eintragungshindernis (vgl. BayObLG NJW-RR 1991, 465; *Demharter* § 77 Rdnr. 15).

2. ...

3. a) In der notariellen Urkunde vom 10.11.1995 wird das Teileigentum Nr. 19 in zwei Wohnungseigentumsrechte aufgespalten. Aus dem mit der Urkunde vorgelegten Aufteilungsplan ergibt sich, daß die neu zu schaffenden Wohnungen durch einen gemeinschaftlichen Vorplatz mit dem Treppenhauses verbunden sind. Die Vorplatzfläche wird aus dem Sondereigentumsbereich herausgenommen und mit der Einbeziehung in das Treppenhauses zwingend zu Gemeinschaftseigentum, weil der Vorplatz den einzigen Zugang zu den beiden Wohnungen bildet (vgl. § 5 Abs. 2 WEG; BayObLGZ 1981, 407/411 [= MittBayNot 1982, 26/27] und 1995, 399/402 f. [= MittBayNot 1996, 104/105 f.]; OLG Hamm OLGZ 1986, 415/417 f.; *Streblow* MittRhNotK 1987, 141/148 f.).

(1) Zu dieser Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum, die allein noch Gegenstand des Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahrens ist, bedarf es sachenrechtlich gemäß § 4 Abs. 1 und 2 WEG der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) und der Zustimmung der an dem Teileigentum Nr. 19 dinglich Berechtigten (§§ 876, 877 BGB; vgl. BGHZ 91, 343/346

[= MittBayNot 1984, 129/130]; BayObLGZ 1989, 28/31 [= MittBayNot 1989, 149/150]; Gemeinschaftliches Eigentum kann niemanden aufgedrängt werden (vgl. BayObLGZ 1987, 390/394 [= MittBayNot 1988, 35/36] und 1997, 233/238 [= MittBayNot 1998, 99]). Das Mitwirkungs- und Zustimmungserfordernis der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten konnte nicht durch § 10 der Gemeinschaftsordnung abbedungen werden. Rechtsgeschäfte, die Änderungen am gemeinschaftlichen und am Sondereigentum betreffen, können nämlich nicht im Weg der Vereinbarung oder der einseitigen Erklärung mit Vereinbarungscharakter zum Inhalt des Sondereigentums im Sinn von § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 WEG gemacht werden (vgl. BayObLGZ 1997, 233/238 f. [= MittBayNot 1998, 99]).

Grundbuchrechtlich ist für die Eintragung der Umwandlung gemäß § 19 GBO die Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer und der dinglich Berechtigten am Teileigentum Nr. 19 erforderlich.

(2) Die in der Urkunde vom 10.11.1995 von den Beteiligten als den (späteren) Eigentümern des Teileigentums Nr. 19 abgegebenen Erklärungen hat der Veräußerer, der noch als Eigentümer mehrerer Wohnungseigentumsrechte im Grundbuch eingetragen ist, im eigenen Namen sowie im Namen der im Grundbuch bereits eingetragenen Erwerber von Wohnungseigentumsrechten in der Form des § 29 GBO nachträglich genehmigt (§ 177 Abs. 1 BGB, vgl. BayObLGZ 1993, 259/263). Das Landgericht hat die in den jeweiligen Erwerbsverträgen enthaltenen Vollmachten, auf die sich der Veräußerer gestützt hat, wegen mangelnder Bestimmtheit für unwirksam gehalten. Diese Auslegung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Das Landgericht hat sämtliche in Abschnitt XII des Kaufvertrags enthaltenen Regelungen als Vollmachten für den Veräußerer zur Abänderung der Teilungserklärung gewertet und geprüft, ob diese insgesamt dem das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Regelungen der Nrn. 1 bis 3 enthalten keine Grundbuchvollmachten und können nicht in die in Nr. 4 enthaltene Vollmachtenregelung einbezogen werden. Nr. 1 ermächtigt den Veräußerer zur Vornahme baulicher Veränderungen innerhalb der einzelnen Sondereigentumseinheiten und bei deren Zusammenlegung oder Unterteilung. Nr. 2 enthält die Feststellung, daß das Sondereigentum im Dachgeschoß zu Wohnraum aus- und umgebaut werde. Nr. 3 erläutert und begrenzt die nach den Nrn. 1 und 2 zulässigen Baumaßnahmen, zu deren Duldung der Erwerber als künftiger Wohnungseigentümer sich verpflichtet (vgl. § 14 Nr. 3 WEG) und gemäß § 22 Abs. 1 WEG seine Zustimmung erteilt; ferner bevollmächtigt er den Verwalter zur Genehmigung der Um- und Ausbaupläne. Eine Bevollmächtigung des Veräußerers zur Anpassung der Teilungserklärung an eine mit den Baumaßnahmen verbundene Inhaltsänderung des Wohnungseigentums kann der in Nr. 1 bis 3 enthaltenen Regelung nicht entnommen werden. Die Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung ist vielmehr nur in Nr. 4 a und b enthalten; allein diese Regelungen sind nach den für die Auslegung von Grundbucheintragungen maßgebenden Grundsätzen (vgl. BayObLGZ 1994, 302/307 [= MittBayNot 1994, 527/529] und 1993, 259/263) auszulegen.

bb) Für die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum ist Nr. 4 b maßgebend. Aus Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift ergibt sich als nächstliegende Bedeutung, daß alle Änderungen der Teilungserklärung vorgenom-

men werden können, sofern dadurch nicht die im Sondereigentum des jeweiligen Käufers stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden. Dem Text der Vollmacht kann nicht entnommen werden, daß sie nur für Änderungen der Teilungserklärung gelten solle, die im Zusammenhang mit den in Nrn. 1 bis 3 genannten Baumaßnahmen erforderlich werden, wie das Landgericht annimmt. Der Umstand, daß die in Nr. 4 a und b enthaltenen Grundbuchvollmachten mit den Regelungen gemäß Nrn. 1 bis 3 im selben Abschnitt des Kaufvertrags zusammengefaßt sind, kann zwar dafür sprechen, daß der Veräußerer im Innenverhältnis gegenüber dem Erwerber schuldrechtlich verpflichtet sein soll, von den Vollmachten nur im Zusammenhang mit den nach Nrn. 1 bis 3 zulässigen Baumaßnahmen Gebrauch zu machen (vgl. BayObLG DNotZ 1996, 297/300 = WE 1996, 155/157 [= MittBayNot 1996, 27/29 f.]). Eine Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis, insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt, ergibt sich hieraus aber nicht. Es kann daher auch offenbleiben, ob die Vorinstanzen die in den Nrn. 1 bis 3 enthaltenen Regelungen zutreffend gewürdigt haben.

cc) Eine Vollmacht, die den Veräußerern gestattet, die Teilungserklärung zu ändern, sofern dadurch die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe nicht verändert werden, ist zwar weit gefaßt, aber hinreichend bestimmt. Das Grundbuchamt kann die erforderlichen Feststellungen anhand des Grundbuchinhalts und der urkundlichen Eintragungunterlagen selbständig vornehmen (vgl. BayObLGZ 1994, 244/246 f. [= MittBayNot 1994, 529/530] und 302/307 f. [= MittBayNot 1994, 527/529]). Die Vollmacht ist daher wirksam.

(3) Die von den Erwerbern in den Kaufverträgen erteilten Vollmachten betreffen nur das Verhältnis der Erwerber zum Veräußerer und machen daher die Bewilligung der dinglich Berechtigten nicht entbehrlich (vgl. BayObLG DNotZ 1996, 297/301 [= MittBayNot 1996, 27/30]).

Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen mit Recht die Zustimmung der Grundpfandgläubiger des Teileigentums Nr. 19 verlangt, deren Pfandobjekt durch die Abtrennung eines Teils des Sondereigentums und dessen Umwandlung in Gemeinschaftseigentum rechtlich nachteilig betroffen wird (vgl. *Demharter* Anhang zu § 3 Rdnr. 66; *Streblow* S. 153 f.); der vom Grundbuchamt vorgenommene Ausschluß von Globalrechten spielt keine Rolle mehr, weil solche am Teileigentum Nr. 19 nicht eingetragen sind. Dagegen kann die Eintragung nicht von der Zustimmung der an den übrigen Wohnungseigentumseinheiten dinglich Berechtigten abhängig gemacht werden, denn durch die Vergrößerung des Gemeinschaftseigentums wird ihr jeweiliges Pfandobjekt rechtlich nicht nachteilig berührt. Eine Erhöhung der Unterhaltslast, die sich für die Wohnungseigentümer selbst aus der Vergrößerung des Gemeinschaftseigentums unter Umständen ergibt, hat für deren Grundpfandgläubiger keine rechtliche, sondern allenfalls eine wirtschaftliche Beeinträchtigung zur Folge. In einem solchen Fall ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich (vgl. BayObLG DNotZ 1996, 297/301 m.w.N. [= MittBayNot 1996, 27/30]; *Streblow* S. 154).

b) Den Vorinstanzen kann auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie im Hinblick auf Veränderungen am Gemeinschaftseigentum im Bereich des Treppenhauses die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer und Aufassungsvormerkungsberechtigten als erforderlich angesehen haben. Eine Inhaltsänderung des Wohnungseigentums liegt insoweit nicht vor. Aus den mit dem Eintragungsantrag vorgelegten Plänen und Schnittzeichnungen ergibt sich, daß das Treppenhaus im

Dachgeschoß durch den Bau eines Erkers anstelle der bisherigen Dachschräge vergrößert werden soll. Durch diese Maßnahme wird Sondereigentum nicht betroffen und die Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum nicht verändert. Auch die rechtliche Ausgestaltung des Gemeinschaftseigentums ändert sich nicht.

7. WEG § 15 Abs. 1, § 27 Abs. 2 (*Zweckbestimmungswidrige Nutzung eines Teileigentums zu Wohnzwecken*)

- 1. Die Bezeichnung eines Teileigentums in der Teilungserklärung als Keller stellt eine Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter dar.**
- 2. Die zweckbestimmungswidrige Nutzung eines Teileigentums „Keller“ zu Wohnzwecken stört wegen der intensiveren Nutzung mehr als eine der Zweckbestimmung entsprechende Nutzung.**
- 3. Werden in einem Teileigentum „Keller“ Sanitär-einrichtungen (Waschbecken, Dusche, WC) und am Gemeinschaftseigentum ein Briefkasten angebracht, rechtfertigt dies den Schluß auf eine Nutzung des Teileigentums zu Wohnzwecken.**
- 4. Der Verwalter ist kraft Gesetzes nicht ermächtigt, namens der übrigen Wohnungseigentümer einem Teileigentümer die Nutzung seines Teileigentums „Keller“ zu Wohnzwecken zu gestatten.**

BayObLG, Beschluß vom 29.1.1998 – 2Z BR 146/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

8. WEG § 22 Abs. 1, § 14 Nr. 1 (*Bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums*)

Die Errichtung eines Klingeltableaus mit Gegensprechanlage im Bereich der Ein- oder Ausfahrt einer Tiefgarage, durch das über Fernbedienung das Garagentor geöffnet werden kann, ist eine bauliche Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums, die von den Wohnungseigentümern grundsätzlich nicht hinzunehmen ist, wenn sie dazu dienen soll, den Mietern und Besuchern eines außerhalb der Wohnanlage gelegenen Bürogebäudes den Zugang zur Tiefgarage zu erleichtern.

BayObLG, Beschluß vom 10.2.1998 – 2Z BR 129/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

9. WEG §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3, 10 Abs. 2, 15 Abs. 1; BGB §§ 876, 877 (*Gebrauchsregelung für Kfz-Abstellplätze durch bevollmächtigten Verwalter*)

Hat der teilende Eigentümer in der Teilungserklärung den Verwalter unwiderruflich bevollmächtigt, bezüglich der errichteten Kfz-Abstellplätze eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu treffen, so bedarf es zu der vom Verwalter bewilligten Eintragung der Zuordnung eines Abstellplatzes zur Sondernutzung für einen bestimmten Wohnungseigentümer nicht der Zustimmung der an den einzelnen Wohnungseigentumseinheiten dinglich Berechtigten.

OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 18.8.1997 – 20 W 71/96 –

Aus dem Tatbestand:

Im vorliegenden Verfahren geht es um die Einräumung/Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einem Kfz-Abstellplatz durch in der Teilungserklärung dem Verwalter erteilte Vollmacht.

Die Firma U. begründete nach § 8 WEG an einem von ihr zu errichtenden Wohnhaus 44 Wohnungseigentumseinheiten. Teil III Abschnitt B § 4 Nr. 2 der Teilungserklärung (im folgenden mit TE bezeichnet) vom 8.3.1972 bestimmt als Inhalt des Sondereigentums:

„Auf dem Grundstück sind Kraftfahrzeug-Abstellplätze errichtet worden.

Über die Nutzung dieser Kfz-Abstellplätze wird dem Verwalter in § 22 Absatz (4) 6 eine Vollmacht erteilt. Der Verwalter kann bestimmen, daß einzelne Wohnungseigentümer erst nach Entrichtung eines Entgeltes an den Verwalter oder Bauherren zur Nutzung der Abstellplätze berechtigt sind.“

Teil III Abschnitt C § 22 Nr. 4.6 der TE lautet wie folgt:

„der Verwalter ist unwiderruflich bevollmächtigt, bezüglich der zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Kfz-Abstellplätze eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu bestimmen und gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft rechtsverbindlich festzulegen; er ist berechtigt, ein Nutzungsentgelt oder ein Entschädigungsentgelt auch zugunsten eines Dritten festzulegen;“

In Teil IV der TE heißt es, die Grundstückseigentümerin bewillige und beantrage, die Bestimmungen des Teils II Abschnitt C als Gegenstand und die Bestimmungen des Teils III als Inhalt jedes einzelnen Sondereigentums in das Wohnungsgrundbuchblatt einzutragen. In den Wohnungsgrundbüchern ist bei Wahrung der TE im Grundbuch am 30.3.1973 auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden.

Die Wohnungsanlage wurde alsbald nach der Begründung von Wohnungseigentum fertiggestellt und bezogen.

Die Beteiligte zu 2) kaufte schon im Jahre 1972 die im Aufteilungsplan mit Nr. 41 bezeichnete Eigentumswohnung und wurde im Jahre 1973 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Bauträgerin veräußerte in der Folgezeit auch alle anderen Wohnungen. In den mit den Erwerbern geschlossenen Kaufverträgen ist jeweils bestimmt, daß der Käufer Kenntnis vom Inhalt der TE hat und diesem in allen Punkten zustimmt. Die Wohnungseigentumseinheiten wurden von den Erwerbern mit Grundpfandrechten belastet.

Durch notariell beglaubigte Erklärung vom 12.12.1995 traf der damalige Verwalter der Wohnanlage unter Bezugnahme auf Teil III Abschnitt B § 4 Nr. 2 und Abschnitt C § 22 Nr. 4.6 der TE gemäß § 10 Abs. 2 WEG bezüglich der zum Gemeinschaftseigentum gehörenden Kfz-Abstellplätze, deren Zahl sich auf insgesamt 52 beläuft und die in einem der Erklärung beiliegenden Plan mit den Nummern 1 bis 52 bezeichnet sind, eine Nutzungsregelung des Inhalts, daß er 41 Abstellplätze bestimmten Eigentumswohnungen zuwies und sich hinsichtlich weiterer 7 Abstellplätze eine Zuweisung ausdrücklich vorbehält. Er bewilligte und beantragte namens der von ihm vertretenen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, die getroffene Regelung als Inhalt jedes einzelnen Sondereigentums in die Wohnungsgrundbücher einzutragen. Bezüglich der vier Abstellplätze Nr. 44, 45, 46 und 50 gab er keine nähere Erklärung ab. Daraufhin trug das Grundbuchamt in den Wohnungsgrundbüchern jeweils in der Spalte 6 des Bestandsverzeichnisses am 26.3.1976 ein, es sei eine Nutzungsregelung getroffen.

Durch notariell beglaubigte Erklärung vom 21.9.1995 hat Herr X. als bestellter Verwalter der Wohnanlage, unter Bezugnahme auf die Bestimmungen der TE vom 8.3.1972 ein Sondernutzungsrecht an dem Kfz-Abstellplatz Nr. 45 begründet und dieses Recht der Eigentumswohnung Nr. 41 zugewiesen; er hat im Namen aller Wohnungseigentümer bewilligt und beantragt, die Nutzungsregelung in das Wohnungsgrundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung vom 21.11.1995 u.a. deshalb beanstandet, weil für die beantragte Eintragung die Zustimmung der dinglich Berechtigten an den einzelnen Wohnungseigentumseinheiten mit Ausnahme der Wohnung Nr. 41 fehle, und zur Vorlage der Zustimmungserklärungen in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO eine Frist von zwei Monaten gesetzt. Der gegen diesen Teil der

Zwischenverfügung gerichteten Erinnerung des Herrn X. haben die Rechtspflegerin und der Richter des Grundbuchgerichts nicht abgeholfen.

Das Landgericht hat nach Vorlage der Sache die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde des Herrn X. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Zur beantragten Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrechts an dem Kfz-Abstellplatz Nr. 45 zu der Wohnung Nr. 41 ist die Bewilligung der an den anderen Wohnungseigentumseinheiten berechtigten Dritten nicht erforderlich.

Die auf eine Auslegung der TE gestützte Ansicht des Landgerichts, die TE enthalte noch keine – aufschiebend bedingte – Begründung von Sondernutzungsrechten an Kfz-Abstellplätzen, sondern nur die dem Verwalter erteilte Vollmacht, die Sondernutzungsrechte nachträglich selbst zu begründen und alsdann zuzuweisen, hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 78 Satz 2 GBO, § 550 ZPO) nicht stand.

Unter einem Sondernutzungsrecht für einen Wohnungseigentümer wird eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG verstanden, durch die gemäß §§ 13 Abs. 2 Satz 1, 15 Abs. 1 WEG einem Wohnungseigentümer das Recht zum alleinigen Gebrauch eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ausschluß aller übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch eingeräumt wird (*Demharter* GBO 22. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 21 und FGPrax 1996, 6). Es besteht aus zwei Komponenten. Die negative Komponente bewirkt den Ausschluß derjenigen Wohnungseigentümer, die nicht Berechtigte des Sondernutzungsrechts sind. Die positive Komponente verschafft dem Berechtigten das ausschließliche Benutzungsrecht (BayObLGZ 1985, 124 = DNotZ 1986, 87 mit Anm. *Herrmann* = Rpfleger 1985, 292 = DWE 1985, 61 = MittBayNot 1985, 74 mit Anm. *Schmidt*; BayObLG Rpfleger 1990, 63 = WE 1991, 52 = DWE 1990, 113; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35 = NJW-RR 1987, 1491 = MittRhNotk 1987, 260 = Rpfleger 1988, 63 und Rpfleger 1993, 193 = ZMR 1993, 179; *Palandt/Bassenge* BGB 56. Aufl. § 15 WEG Rdnr. 18; *Röll* in MünchKommBGB 3. Aufl. § 10 WEG Rdnr. 35; *Haegle/Schöner/Stöber* GBR 10. Aufl. Rdnr. 2913; *Ertl* DNotZ 1988, 4/10). Entscheidend ist deshalb, ob bereits durch die TE der gesetzlich vorgesehene Mitgebrauch der Wohnungseigentümer an den Kfz-Abstellplätzen ausgeschlossen wurde. Ist dies der Fall, so sind die einzelnen Wohnungseigentumsrechte von Anfang an nur mit dieser Einschränkung entstanden, so daß durch die spätere Zuordnung der Kfz-Abstellplätze die Rechte der anderen ausgeschlossenen Wohnungseigentümer nicht mehr beeinträchtigt werden und deshalb auch bei der Zuordnung und Eintragung dieser Zuordnung eine Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und der Drittberechtigten entbehrlich ist.

Im übrigen kann der Ausschluß der Miteigentümer vom Mitgebrauch der Kfz-Abstellplätze in der TE mit den genannten Wirkungen auch in der Weise erfolgen, daß der Fortfall des Mitgebrauchs im Sinne einer aufschiebenden Bedingung vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht wird (vgl. BayObLGZ 1985, 378 = DNotZ 1986, 479 mit Anm. *Ertl* = NJW-RR 1986, 93 = Rpfleger 1986, 132 = DWE 1986, 29; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35 = a.a.O. und Rpfleger 1993, 193 = a.a.O.; *Palant/Bassenge* a.a.O. § 15 WEG Rdnr. 20) und daß dieses künftige Ereignis auch in der Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers – insbesondere des Bauträgers – oder eines sonst hierzu Berechtigten – etwa des Verwalters (*Weitnauer/Lüke* WEG 8. Aufl. § 10 Rdnr. 41;

Hörer Rpfleger 1985, 108/109; *Merle* DWE 1986, 2/6; *Rastätter* BWNNotZ 1988, 134/138) bestehen kann (BayObLG WE 1997, 235).

Bei Anwendung dieser Grundsätze hat das Landgericht zu Unrecht die Bewilligung der an den anderen Wohnungseigentumseinheiten dinglich berechtigten Dritten verlangt, weil es bei der Auslegung der Bestimmungen der TE vom 8.3.1972 nicht alle wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat. An dieser Feststellung ist der Senat nicht dadurch gehindert, daß das Rechtsbeschwerdegericht an die tatsächliche Würdigung des Streitstoffs durch das Beschwerdegericht grundsätzlich gebunden ist (§ 78 Satz 2 GBO, § 561 Abs. 1 ZPO). Eine im Grundbuch eingetragene TE kann das Rechtsbeschwerdegericht selbständig auslegen, da sie durch Bezugnahme in der Eintragungsbewilligung (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 3 WEG) Inhalt des Grundbuchs geworden ist (BayObLG Rpfleger 1987, 16; OLG Düsseldorf Rpfleger 1993, 193 = a.a.O.; *Demharter* a.a.O. Rdnr. 17, *KEHE/Kuntze* GBR 4. Aufl. Rdnr. 14, je zu § 78). Dabei ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte eindeutig Aufschluß zu geben, auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (BayObLG WE 1997, 235). Umstände, die außerhalb dieser Urkunden liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (*Demharter* a.a.O. § 53 Rdnr. 4). Darauf, was der Verfasser der TE mit einer Bestimmung erreichen wollte, kommt es nicht an (BayObLG NJW-RR 1986, 317/318).

In der TE ist unter III (Inhalt des Sondereigentums – Gemeinschaftsordnung) dem Verwalter die unwiderrufliche Vollmacht erteilt worden, bezüglich der auf dem Grundstück errichteten Kfz-Abstellplätze eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu bestimmen und gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer rechtsverbindlich festzulegen. Diese dem Verwalter erteilte Vollmacht, namens der Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte an den Kfz-Abstellplätzen zu begründen, ist nach § 7 Abs. 3 WEG wirksam in das Grundbuch eingetragen worden. Denn im Bestandsverzeichnis aller Wohnungsgrundbuchblätter wird wegen des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums auf die Bewilligung vom 8.3.1972 Bezug genommen. Diese Bewilligung ist die von der teilenden Eigentümerin nach § 8 WEG errichtete TE vom 8.3.1972. Die Vollmacht wirkt daher mit ihrer Eintragung als Inhalt des Sondereigentums (*Ertl* DNotZ 1979, 267/275). Danach sind mit der Eintragung der TE in das Grundbuch die Sondernutzungsrechte an den Kfz-Abstellplätzen aufschiebend bedingt durch die spätere Zuordnung seitens des Verwalters entstanden (*Weitnauer/Lüke* a.a.O. § 10 Rdnr. 41 und § 15 Rdnr. 38; *Bärmann/Pick/Merle* WEG 7. Aufl. § 15 Rdnr. 19; *Deckert* ETW 3, 61; vgl. auch *Haegle/Schöner/Stöber* a.a.O. Rdnr. 2913 a, 2914; *Schmidt* DNotZ 1984, 698/699). Bezogen auf den Ausschluß der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauchsrecht stellt sich die in der TE dem Verwalter erteilte Vollmacht, bezüglich der Kfz-Abstellplätze eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu treffen, als eine aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) dar. Das Ereignis, von dessen Eintritt ab der Ausschluß wirksam sein soll, ist die spätere Zuordnungserklärung des Verwalters. Diese Regelung bewirkt, daß die übrigen Wohnungseigentümer ab Eintritt der Bedingung vom Mitgebrauch an dem betreffenden Abstellplatz ausgeschlossen sind. Diesen schon

mit der Wahrung der TE im Grundbuch eingetragenen Inhalt des Sondereigentums müssen sich alle später eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger zurechnen lassen. Die spätere Zuordnung des Kfz-Abstellplatzes zu einer bestimmten Wohnung durch den Verwalter beruht auf der TE selbst, so daß Drittberechtigte dadurch nicht beeinträchtigt werden können (*Weitmauer/Lüke* a.a.O. Rdnr. 38, *Bärmann/Pick/Merle* Rdnr. 19, je a.a.O. zu § 15; vgl. auch OLG Düsseldorf Rpfleger 1993, 193 = a.a.O.; *Röll* Hdbch. für Wohnungseigentümer und Verwalter 7. Aufl. Rdnr. 48; *Rapp* in Beck'sches Notarhandbuch 2. Aufl. A III Rdnr. 61; *Rastätter* BWNofZ 1988, 134/138; *Blüggel* Rpfleger 1995, 339/340).

Nicht zu folgen ist auch der Ansicht des Landgerichts, die dem Verwalter in der TE erteilte Vollmacht, um die es hier geht, sei zu unbestimmt. Richtig ist allerdings, daß die Wirkungen der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bei der Eintragung im Grundbuch (§ 7 Abs. 3 WEG) nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz und dem Gebot der Klarheit erfordern, daß die dem Verwalter erteilte Vollmacht eindeutig sein muß (vgl. BayObLG DNotZ 1975, 308/310; BayObLGZ 1994, 244 = DNotZ 1995, 610 mit Anm. *Röll*; OLG Düsseldorf DWE 1997, 77). Die hier vorliegende Vollmacht erscheint dem Senat aber ausreichend bestimmt. Zwar enthält weder die wörtliche Beschreibung der Kfz-Abstellplätze in den einschlägigen Bestimmungen der TE einen Hinweis darauf, wo auf dem Grundstück sie liegen, noch hat das Landgericht festgestellt, daß der dem Grundbuchamt vorgelegten TE ein Freiflächenplan beigelegt war, der die Lage der Abstellplätze auswies. Das ist jedoch unschädlich. Die TE legt fest, daß auf dem Grundstück Kfz-Abstellplätze errichtet worden sind und daß der Verwalter unwiderruflich bevollmächtigt ist, bezüglich dieser Abstellplätze eine Gebrauchs- und Nutzungsregelung zu treffen. Damit ist unmißverständlich klar, daß die Vollmacht sich auf sämtliche auf dem Grundstück befindlichen Abstellplätze erstreckt. Diese umfassende Bevollmächtigung des Verwalters führt dazu, daß es keiner weitergehenden örtlichen Festlegung und Abgrenzung der Kfz-Abstellplätze in der TE bedurfte (vgl. dazu auch KG FGPrax 1996, 178 = WE 1996, 388). Anhaltspunkte dafür, daß die auf Grund der Vollmacht erklärte Eintragungsbewilligung vom 21.9.1995 wegen Verstoßes gegen § 138 oder § 242 BGB nichtig oder unwirksam wäre (vgl. *Demharter* a.a.O. Anh. zu § 3 Rdnr. 20), liegen nicht vor. Aus der TE kann daher anders als in dem Fall BReg 2 Z 50/80 BayObLG vom 31.7.1980 (MDR 1981, 56 = WEM 1980, 171 = MittBayNot 1980, 210), auf den das Landgericht sich berufen hat, entnommen werden, daß die Wohnungseigentümer bereits durch die Eintragung der TE im Grundbuch aufschiebend bedingt durch die spätere Zuordnung seitens des Verwalters vom Mitgebrauch der Kfz-Abstellplätze ausgeschlossen sein sollen.

Hiernach sind die Vorentscheidungen im Umfang ihrer Anfechtung aufzuheben und ist das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen erörterten Bedenken abzusehen.

Anmerkung:

Das OLG hat die Grundlagen des Sondernutzungsrechts und die Handhabung in der Praxis mit dem in der Teilungserklärung verankerten und durch Zuweisung bedingten Sondernutzungsrecht bei Kraftfahrzeugstellplätzen, wie sie Mitte der 80er-Jahre von Rechtsprechung und Literatur entwickelt wurden, umfassend zusammengestellt. Insofern ist die Entscheidung gut begründet. Dennoch liest man sie mit gemischten Gefühlen. Die für das Verfahren maßgeblichen textlichen

Gestaltungsgrundsätze in der Teilungserklärung, genauer in der Gemeinschaftsordnung, zur Gebrauchsregelung mit bedingter Zuweisung eines Stellplatzes zu einer Wohnung mit diesbezüglichem Grundbuchvermerk, sucht man vergebens. Allerdings: Die Aufteilung stammt aus dem Jahre 1972. Der bahnbrechende Beschluß des BGH zur Rechtsnatur des Sondernutzungsrechts vom 14.6.1984 (DNotZ 1984, 695 = MittBayNot 1984, 74 mit Anm. *Schmidt*) und der wegweisende Beschluß des BayObLG zur Zulässigkeit der Stellplatzzuweisung als Bedingung (DNotZ 1986, 479) beendeten eine lange und kontroverse Diskussion und Rechtsprechung über diese Fragen. 1972 war der Begriff „Sondernutzungsrecht“ noch kaum geläufig, geschweige denn gab es die Möglichkeit, einen Stellplatz im Grundbuch unmittelbar zu vermerken (gedeckt erst durch BayObLG DNotZ 1986, 476). Die Notare mußten aber Regelungen darüber treffen, wie Käufer einer Wohnung auch einen eigenen Stellplatz, den sie bezahlt haben, allein nützen können. Die Zuständigkeit dem Verwalter, der häufig mit dem verkaufenden Bauträger identisch war, zu übertragen, bot sich als beste Lösung an. Wenn das OLG die Gemeinschaftsordnung dahingehend auslegte und handhabte, daß sie der seit 1984/1985 obergerichtlich bestätigten Rechtskonstruktion entspricht, so ist die Entscheidung jedenfalls als die Rettung der damals gefundenen Lösung zu billigen. Einige Probleme sind aber anzusprechen:

1. Die Sondernutzungsflächen müssen bestimmt bzw. bestimmbar sein. Dazu hat sich in der Praxis die Beifügung eines Lageplanes der Stellplätze zur Gemeinschaftsordnung durchgesetzt. Im Entscheidungsfall gab es keinen, vielmehr wurde nur allgemein geschrieben „Auf dem Grundstück sind Kraftfahrzeug-Stellplätze errichtet worden“, ohne ihre Zahl und Lage zu benennen. Die Lage der einzelnen Stellplätze, die von der Mitbenutzung anderer Wohnungseigentümer ausgeschlossen sind, ist aus dem Grundbuch nicht ersichtlich, also nicht bestimmt. Bestimmbar ist sie zwar in der Natur, was aber für die Grundbuchsituation nicht ausreicht, zumal auch nicht feststellbar ist, ob zwischen den heutigen und damaligen Stellplätzen Identität herrscht. Den Plan erst bei der Zuweisung einzureichen, reicht m.E. nicht, weil bei der Zuweisung durch Einsicht im Grundbuch bereits geklärt sein muß, welche Stellplätze zugewiesen werden können. Sonst würde die erste Komponente des Sondernutzungsrechts, nämlich Nutzungsausschluß, in die zweite – Alleinnutzung – hineingelegt. Die zitierte Entscheidung des Kammergerichts stützt die OLG-Entscheidung nicht, da im KG-Fall sämtliche Stellplätze betroffen waren und keine Einzelzuweisung anstand. Probleme können sich aber bei der KG-Entscheidung stellen, wenn das Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz veräußert werden soll, weil es dann an der für die Grundbuchaussage notwendigen Bestimmung und der Bestimmbarkeit des zu veräußernden Stellplatzes fehlt.

2. Ein zweiter Punkt betrifft die Vollmacht für den Verwalter in der Gemeinschaftsordnung. Sie ist äußerst weitgehend und tangiert das Selbstverwaltungsrecht der Wohnungseigentümer erheblich. Über sie konnte im Entscheidungsfall nach der im Jahre 1972 von der Rechtsprechung noch nicht abgedeckten Weise auf der Grundlage der jetzigen Möglichkeiten verfahren werden. Das hat offenbar auch das Grundbuchamt akzeptiert. Es hat aber die Vollmacht dann doch als das angesehen, was der primäre Sinn einer solchen Vollmacht ist, nämlich Rechte zu gestalten bzw. zu begründen. Dabei werden erstmals die in der Gemeinschaftsordnung angesprochenen Sondernutzungsrechte gemäß dem eingereichten Plan begrün-

det, was der Zustimmung sämtlicher Wohnungseigentümer und dinglich Berechtigter bedarf (BayObLG MittBayNot 1980, 210). Das OLG hat die für bereits bestimmte Sondernutzungsflächen rechtsprechungskonforme Lösung gewählt, bei der eine Gläubigerzustimmung nicht mehr erforderlich ist, wenn die Sondernutzungsflächen in der Gemeinschaftsordnung von Anfang an festgelegt sind (BayObLG DNotZ 1986, 476).

3. Mit der Eintragung der Stellplatzsondernutzungsrechte im Grundbuch entsteht für das berechnigte Wohnungseigentum eine quasi-dingliche Position, die ohne Zustimmung des Berechtigten nicht mehr beseitigt werden kann. Veränderungen sind dann nur noch durch Übertragungen der Sondernutzungsrechte innerhalb der Gemeinschaft möglich. Das bedeutet, daß die Vollmacht mit Durchführung der Zuteilungen verbraucht ist und erlischt, ungeachtet dessen, daß sie weiter in der Gemeinschaftsordnung steht. Der Verwalter kann also in Zukunft nicht mehr die Benutzungen anders regeln, weil die Vollmacht nicht dazu ausreicht, einem Wohnungseigentümer im Wege der Neuordnung ein Nutzungsrecht wegzunehmen. Eine solche Vollmacht wäre ein Verstoß gegen den auch für das entstandene Sondernutzungsrecht geltenden Eigentumschutz und daher nichtig.

Als Resümee ergibt sich, daß der Einzelfall wohl vernünftig gelöst ist, daß aber vor ähnlichen Gestaltungen einschließlich Vollmacht dringend zu warnen ist. Der Boden der Rechtsprechung ist klar und es bedarf keiner Lösungen mehr, wie sie 1972 gesucht wurden.

Notar *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

10. GBO § 53 Abs. 1 S. 2; WEG § 3 Abs. 2 S. 2, § 7 Abs. 4 S. 1 (Sondereigentumsfähigkeit von Pkw-Abstellplätzen auf nicht überdachtetem Parkhausoberdeck)

- 1. Die inhaltliche Unzulässigkeit einer Eintragung muß sich aus dem Eintragungsvermerk und den dort in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben; auf andere rechtliche oder tatsächliche Vorgänge und auf andere Beweismittel darf nicht zurückgegriffen werden.**
- 2. Die bescheinigte Abgeschlossenheit ist vom GBA nur in den Fällen in Frage zu stellen, in denen aufgrund der Eintragungsunterlagen unschwer beurteilt werden kann, daß es an der Abgeschlossenheit mangelt. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn an Pkw-Abstellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Parkhauses Teileigentum begründet werden soll; hierbei ist unerheblich, ob die Teilungserklärung über sämtliche in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die Sonderrechtsfähigkeit von Pkw-Stellplätzen Auskunft gibt.**

OLG Hamm, Beschluß vom 26.1.1998 – 15 W 502/97 –, mitgeteilt von Notar a.D. *Dr. Ludwig Röhl*, Günzburg und *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Die im Bestandsverzeichnis eingetragenen Miteigentumsanteile sind jeweils mit dem Teileigentum an einem näher bezeichneten Einstellplatz verbunden. Aus dem im Bezug genommenen Aufteilungsplan ergibt sich, daß Einstellplätze in einem mehrgeschossigen Garagen-

gebäude Platz finden sollten, und zwar in drei Ebenen, die jede über eine gesonderte Zufahrt verfügt. Bei der Ebene 3 handelt es sich um die Dachfläche des Gebäudes. Eine planmäßige vollständige Errichtung des Garagengebäudes unterblieb. Gebaut wurde nur der westliche Teil, der in den Plänen als erster Bauabschnitt ausgewiesen ist. Die zweite und die dritte Ebene bekamen „provisorische Zu- und Abfahrten“, die ebenfalls in den Plänen verzeichnet sind.

Die Beteiligte zu 1) ist im Grundbuch als Teileigentümerin der Stellplätze verzeichnet, die noch nicht vorhanden sind.

Die Beteiligte zu 1) hat beantragt, die in ihrem Eigentum stehenden Teileigentumsrechte zu löschen, weil der zweite Bauabschnitt des Garagengebäudes nicht errichtet worden sei. Sie hat ferner angeregt zu prüfen, ob nicht auch diejenigen Teileigentumsrechte zu löschen seien, die sich auf die im ersten Bauabschnitt errichteten Stellplätze der Ebene 3 bezögen. Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts hat den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 1) Erinnerung eingelegt, der Rechtspflegerin und Richterinnen des Amtsgerichts nicht abgeholfen haben.

Das Landgericht hat die Entscheidung des Amtsgerichts teilweise abgeändert und das Grundbuchamt angewiesen, die Miteigentumsanteile, verbunden mit dem Sondereigentum an den Stellplätzen der Ebene 3 zu löschen.

Gegen diesen Beschluß haben ein Teil der Teileigentümer, ein Vormerkungsberechtigter sowie die Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde eingelegt.

Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Im vorliegenden Fall durfte der Rechtspfleger des Grundbuchamtes die Miteigentumsanteile verbunden mit den Teileigentumseinheiten an den Abstellplätzen der 3. Ebene eintragen, weil die vorgelegte Abgeschlossenheitsbescheinigung mit einer weit verbreiteten Rechtsmeinung in Rechtsprechung und Literatur im Einklang steht, die nunmehr auch vom erkennenden Senat geteilt wird. Soweit der Senat in seiner Entscheidung vom 2.10.1974 (OLGZ 1975, 103 = NJW 1975, 60) einen anders nuancierten Standpunkt eingenommen hat, wird dieser nicht mehr aufrechterhalten. Der Senat schließt sich nunmehr dem Rechtsstandpunkt an, daß an Pkw-Abstellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Parkhauses oder einer Sammelgarage nach § 3 Abs. 2 S. 2 WEG grundsätzlich Teileigentum begründet werden kann (ebenso: OLG Köln DNotZ 1984, 700 mit zustimmender Anmerkung *Schmidt*; OLG Frankfurt OLGZ 1984, 32, 33; OLG Celle NJW-RR 1991, 1489; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 5. Auflage, Rdnr. 2835; *Meikel/Streck* a.a.O., § 53 Rdnr. 118 und Fußnote 629; *Bärman/Pick* a.a.O., § 3 Rdnr. 24 a.E.; a.A. – obiter dictum, §§ 79 Abs. 2 GBO –, KG NJW-RR 1996, 587; offengelassen von BayObLG NJW-RR 1986, 761 [= MittBayNot 1986, 79]). Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 2.10.1974 dargelegt hat, verfolgt § 3 Abs. 2 S. 1 i.V.m. S. 2 WEG ersichtlich den Zweck, die sonderrechtsfähigen Garagenstellplätze von Kraftfahrzeugstellplätzen im Freien abzugrenzen, weil Sondereigentum bzw. Teileigentum an einer bloßen Grundstücksfläche nicht bestellt werden kann. Die Dachfläche einer mehrgeschossigen Sammelgarage ist nach Auffassung des Senats als Teil des Garagengebäudes und nicht als Teil des unbebauten Grundstücks anzusehen. Der allgemeine Sprachgebrauch, nach dem der Begriff der Garage eine zumindest überdachte Stellfläche voraussetzt, bedeutet nicht, daß „Garagenstellplätze“ nur diejenigen wären, die im überdachten Flächenbereich der betreffenden Gesamtanlage belegen sind. Die Bezeichnung „Garage“ umfaßt das Bauwerk insgesamt und damit grundsätzlich auch die Stellplätze auf der obersten Ebene, ohne daß es auf die Überdachung des einzelnen Platzes

ankäme (vgl. OLG Köln, DNotZ 1984, 700, 702). Nach den vorgelegten Plänen kann hier nicht zweifelhaft sein, daß es sich bei der in Rede stehenden Teileigentumsanlage einschließlich der dritten Ebene um ein Garagengebäude in diesem Sinne handelt. Insbesondere liegt keine Fallgestaltung vor, in der von dem Grundbuchamt die Frage aufzuwerfen war, ob es sich bei den Oberdeckstellplätzen um unbebaute Grundstücksteilflächen handelt (zu einem solchen Fall s. OLG Celle NJW-RR 1991, 1489).

Bei den übrigen in der zitierten obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum angeführten Anforderungen an die Sonderrechtsfähigkeit von Pkw-Stellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes (Erreichbarkeit durch das Gebäude, Zugangssperren) handelt es sich um Voraussetzungen, die von der Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelt worden sind und zu dem sich die üblicherweise vorgelegten Pläne teilweise gar nicht verhalten können (Rollgitter, Schranke). Hinsichtlich dieser Detailfragen darf sich das Grundbuchamt grundsätzlich auf die Richtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG verlassen, deren Sinn gerade darin liegt, dem Grundbuchamt die Prüfung derartiger Punkte zu ersparen. Auch im vorliegenden Fall bestand vor der Eintragung der Miteigentumsanteile keine besondere Veranlassung, die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt hinsichtlich der Parkebene 3 in Zweifel zu ziehen.

Danach waren die von der Beteiligten zu 1 beanstandeten Eintragungen insgesamt nicht inhaltlich unzulässig.

11. BGB § 890 Abs. 1; GBO § 5 Abs. 1 Satz 1 (*Besorgnis der Verwirrung bei Grundstücksvereinigung*)

Bei der Vereinigung von Grundstücken gemäß § 890 Abs. 1 BGB besteht die Besorgnis der Verwirrung (§ 5 Abs. 1 GBO) grundsätzlich nicht, solange aus dem Grundbuch auch nach Eintragung der Vereinigung zu ersehen ist, auf welchem Teil des nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Augsburg, Beschluß vom 3.2.1998 – 4 T 239/98 –, mitgeteilt von Notar *Bernd Füger*, Augsburg

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1. und zu 2. sind als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts Eigentümer der Grundstücke Fl.Nr. 112/1 und 112/2. Mit Urkunde vom 11.11.1996 erklärten die Beteiligten, daß sie die beiden genannten Grundstücke zu einem Grundstück im Rechtssinne vereinigen. Beide Grundstückseigentümer bewilligten und beantragten, den Vollzug der Grundstücksvereinigung in das Grundbuch einzutragen.

Das Amtsgericht – Grundbuchamt – erließ eine Zwischenverfügung mit der Aufforderung, bis 20.1.1998 u. a. folgendes Eintragungshindernis zu beseitigen:

- „3. Das Grundstück Fl.Nr. 112/1 ist
- a) in Abteilung II mit dem Geh- und Fahrrecht Nr. 4, 5 belastet
 - b) mit den Grundschulden III/1, 2 für die V.-Bank belastet.
- Aufgrund der Vereinigung mit Fl.Nr. 112/2
- wird zu a) eine Pfanderstreckung angeregt. Beide Flurnummern sind so einheitlich belastet (keine Verwirrung gemäß § 5 GBO)

- ist zu b) eine Pfanderstreckung notwendig, da die Grundschulden nicht nur an einer Flurnummer lasten können.

Die zur Pfanderstreckung erforderlichen Bewilligungen haben die Eigentümer zu erklären. ...“

Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Beteiligten.

Mit Beschluß vom 12.1.1998 half die Grundbuchrechtspflegerin der Erinnerung nicht ab. Zur Klarstellung wurde ausgeführt, daß bezüglich der Geh- und Fahrrechte die Pfanderstreckung nur angeregt worden sei. Nach Vereinigung der Grundstücke könnten diese weiterhin an Fl.Nr. 112/1 lasten. Ein Vollzug hierzu könne wie beantragt erfolgen.

Belastungen in Abteilung III könnten nur am gesamten Grundstück, nicht aber an einer Teilfläche lasten. Insoweit sei die Pfanderstreckung zu erklären.

Auch der Grundbuchrichter hat der Erinnerung nicht abgeholfen und dieselbe als Beschwerde der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Nach dem klarstellenden Beschluß des Grundbuchamts – Rechtspflegerin – vom 12.1.1998 wird nunmehr lediglich ein Eintragungshindernis hinsichtlich der Belastungen in Abteilung III des Grundstücks Fl.Nr. 112/1 gesehen. Ein solches Eintragungshindernis besteht aber nicht.

Gemäß § 890 Abs. 1 BGB können mehrere Grundstücke dadurch zu einem Grundstück vereinigt werden, daß der Eigentümer sie als ein Grundstück in das Grundbuch eintragen läßt. Ein Grundstück soll jedoch nur dann mit einem anderen Grundstück vereinigt werden, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist (§ 5 Abs. 1 S. 1 GBO). Das Grundbuchamt hat zu Unrecht eine solche Verwirrung angenommen.

Verwirrung ist zu besorgen, wenn die Eintragungen derart unübersichtlich und schwer verständlich würden, daß der gesamte grundbuchliche Rechtszustand des Grundstücks nicht mit der für den Grundbuchverkehr notwendigen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar ist und die Gefahr von Streitigkeiten von real Berechtigten untereinander oder mit Dritten und von Verwicklungen namentlich im Fall der Zwangsversteigerung besteht. Ob eine Vereinigung Verwirrung befürchten läßt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei nicht nur die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen sind, sondern auch die weiteren Folgen, die sich aus dem Vollzug von Anträgen ergeben, die im Zusammenhang mit dem Antrag auf Vereinigung gestellt werden; spätere Veränderungen bleiben außer Betracht (vgl. *Demharter*, – Grundbuchordnung, 21. Aufl., Rdnr. 13 zu § 5 m.w.N.).

Grundsätzlich besteht die Besorgnis der Verwirrung nicht, solange aus dem Grundbuch auch nach Eintragung der Vereinigung zu ersehen ist, auf welchem Teil des nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet (vgl. *Demharter*, Rdnr. 14 zu § 5 GBO). Das (einheitliche) Grundstück entsteht damit aus den bisher (rechtlich) selbständigen Grundstücken; sie werden (unwesentliche) Bestandteile des neuen (einheitlichen) Grundstücks. Belastungen der (bisherigen) Einzelgrundstücke (die sich bei Grundstücksveränderungen fortsetzen) bleiben bei Vereinigung als (Einzel) Belastungen des jeweiligen Grundstücksteils weiterhin (selbständig) bestehen. Bestehende Belastungen in Abteilung II und III des Grundbuchs erstrecken sich daher gesetzlich nicht auf den jeweils anderen Grundstücksteil des neuen Grundstücks (vgl. *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht,

10. Aufl., Rdnr. 624). Die Besorgnis der Verwirrung besteht damit nur dann, wenn eine Flurstücksverschmelzung vorausgeht (vgl. *Meikel-Böttcher*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Rdnr. 29 zu § 5 GBO).

Zwar werden teilweise abweichende Meinungen vertreten. So wird vereinzelt auch Verwirrung angenommen, wenn die Belastung mit Rechten im Bestand und in der Rangfolge bei einer Vereinigung uneinheitlich ist. Eine andere Meinung nimmt die Besorgnis der Verwirrung unabhängig davon an, ob eine Flurstücksverschmelzung zugrunde liegt oder nicht (Nachweise bei *Meikel-Böttcher*, Rdnr. 28 zu § 5 GBO). *Meikel-Böttcher* (Rdnr. 29 zu § 5 GBO) weist zutreffend darauf hin, daß die Grundstücksteile ihre katastermäßige Selbständigkeit behalten, auch wenn die Vereinigung durch gemeinschaftliche Buchung der Flurstücke unter einer laufenden Nummer des Bestandsverzeichnisses erfolgte. Dies hindert auch bei unterschiedlicher Belastung nicht die Zwangsversteigerung. Die einzelnen unterschiedlich belasteten Grundstücksteile werden in der Zwangsversteigerung wie selbständige Grundstücke im Rechtssinne behandelt.

Dem Grundbuchamt ist zuzugeben, daß die bei *Haegele/Schöner/Stöber* unter Rdnr. 639 vertretene Rechtsansicht für eine Verwirrung des Grundbuches im Sinne von § 5 GBO sprechen könnte. Dort wird darauf hingewiesen, daß zu einem späteren Zeitpunkt ohne weiteres eine katastermäßige Verschmelzung der Flurstücke möglich sei. Dem sei schon bei der Vereinigung nach § 5 GBO Rechnung zu tragen. Allerdings besteht insoweit schon ein Widerspruch zur eigenen Rechtsmeinung, wie sie unter Rdnr. 624 vertreten wird. Zudem ist grundsätzlich anerkannt, daß spätere Veränderungen außer Betracht bleiben (vgl. *Demharter*, Rdnr. 13 zu § 5 GBO m.w.N.).

Aus alledem folgt, daß eine Verwirrung des Grundbuches bei Vereinigung der Grundstücke nicht vorliegt.

Soweit das Grundbuchamt in seinem Nichtabhilfebeschuß vom 12.1.1998 die Meinung vertritt, daß § 7 Abs. 1 GBO einer Vereinigung entgegenstehe, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Es ist nämlich zwischen den bisherigen Belastungen der Einzelgrundstücke und der Neubelastung auf dem neu gebildeten Grundstück zu unterscheiden. Eine Neubelastung ist nur noch auf dem neu gebildeten Grundstück und nicht mehr auf einem alten Grundstücksteil zulässig. Die bisherigen Belastungen bleiben aber weiterhin bestehen (vgl. *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 624).

Nach alledem wurde die Beseitigung eines nicht bestehenden Eintragungshindernisses verlangt. Auf die Beschwerde der Beteiligten war Ziffer 3. der angefochtenen Zwischenverfügung aufzuheben. Zugleich war anzuordnen, daß das Grundbuchamt von den erhobenen Bedenken Abstand nimmt und über den Eintragungsantrag anderweitig entscheidet (*Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 508).

12. BGB §§ 2042, 313 (*Formfreies Ausscheiden aus Erbengemeinschaft durch Abschichtung*)

1. Ein Miterbe kann auch aus einer Erbengemeinschaft, zu der ein Grundstück gehört, formfrei im Wege der Abschichtung ausscheiden. Ob seine Abfindung aus dem Nachlaß oder aus dem Privatvermögen des (oder der) anderen Erben geleistet wird, ist für die Formbedürftigkeit des Ausscheidens nicht von Bedeutung.

2. Wenn als Abfindung aber die Leistung eines Gegenstands vereinbart wird, der nur durch ein formbedürftiges Rechtsgeschäft übertragen werden kann (etwa ein Grundstück), ist die für dieses Rechtsgeschäft geltende Form zu beachten (§ 313 Satz 1 BGB).

BGH, Urteil vom 21.1.1998 – IV ZR 346/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer von ihnen privatschriftlich vereinbarten Erbauseinandersetzung. Sie sind je zur Hälfte Miterben nach dem am 10.5.1991 verstorbenen Erblasser.

Dieser hatte dem Kläger im Jahre 1985 in notarieller Urkunde ein Ankaufsrecht für sein Haus eingeräumt, das nach dem Erbfall ausgeübt werden konnte. Der Preis sollte vom Gutachterausschuß der Gemeinde ermittelt werden. Das Ankaufsrecht wurde durch Vormerkung im Grundbuch gesichert. Ferner hatte der Erblasser der Beklagten, die bereits seit 1984 seinen Haushalt versorgte und sich im Jahre 1990 verpflichtet hatte, ihn auf Lebenszeit zu pflegen, als Gegenleistung ein Wohnrecht eingeräumt, das sich nach dem Erbfall auf das ganze Haus erstrecken sollte. Deshalb wurde für die Beklagte eine Reallast im Grundbuch eingetragen.

Nach dem Tod des Erblassers stritten die Parteien zunächst mit einem anderen Erbprätendenten über die Erbfolge. Noch vor deren Klärung im Erbscheinsverfahren trafen die Parteien am 8.9.1992 eine schriftliche Vereinbarung, in der es u.a. heißt:

„Das Haus wird auf der Grundlage einer Gutachterbewertung zwischen (der Beklagten) und (dem Kläger) je zu Hälfte geteilt.

(Die Beklagte) zahlt (dem Kläger) seine Hälfte aus.

Darüber hinaus erhält (der Kläger) von (der Beklagten) 110 Taus. DM/Hundertzehntausend/

Die vorhandene 50.000 DM in der Kreissparkasse ... werden darüberhinaus je zu Hälfte zwischen (der Beklagten) und (dem Kläger) geteilt.

Sonst haben wir gegenseitig keine Forderungen mehr.“

Aufgrund dieser Vereinbarung wurde der Verkehrswert des Hauses ermittelt. Die Beklagte hält das dazu eingeholte Gutachten für grob fehlerhaft und meint darüberhinaus, die Vereinbarung vom 8.9.1992 sei nichtig, weil sie die Übertragung des Grundstücks zum Gegenstand habe und nicht notariell beurkundet worden sei.

Das Landgericht hat die im Hauptantrag zu 1) auf der Vereinbarung vom 8.9.1992 beruhende Klage mit allen weiteren Haupt- und Hilfsanträgen, von denen sich der zweite auf das Ankaufsrecht stützt, insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht seiner Klage nur bezüglich dieses zweiten Hilfsantrags stattgegeben, im übrigen aber die Abweisung bestätigt. Dagegen wenden sich sowohl der Kläger mit der Revision als auch die Beklagte mit ihrer Anschlußrevision. Die Revision des Klägers hatte bereits gegenüber der Abweisung des ersten Hauptantrags Erfolg. Sie führte deshalb zur Zurückverweisung an das Oberlandesgericht, ohne daß über die Anschlußrevision zu entscheiden war.

Aus den Gründen:

I. ...

II. 1. Nach herrschender Meinung in der Literatur kann eine Erbengemeinschaft nicht nur durch Teilung bzw. Veräußerung der Nachlaßgegenstände oder durch Übertragung von Erbteilen (dazu BGHZ 86, 379, 381) auseinandergesetzt werden. Es gibt einen dritten Weg, der zu einer persönlichen Teilausinandersetzung führt: Miterben können gegen Abfindung einverständlich aus der Erbengemeinschaft ausscheiden (Abschichtung). Ein solches Aufgeben der Mitgliedschaftsrechte an der Erbengemeinschaft, insbesondere auf das Auseinandersetzungsguthaben, ist eine weitere Gestaltungsmöglichkeit der vom Gesetz formfrei zugelassenen vertraglichen Erbaus-

einandersetzung und nicht als Verfügung über den Erbteil im Sinne von § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen. Als Folge des Ausscheidens aus der Erbengemeinschaft wächst der Erbteil des Ausgeschiedenen den verbleibenden Miterben kraft Gesetzes an. Bleibt nur ein Miterbe übrig, führt die Anwachsung zu Alleineigentum am Nachlaß und damit zur Beendigung der Erbengemeinschaft (so vor allem *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 44 III 2 b S. 1085; *MünchKomm/Dütz*, BGB 3. Aufl. § 2042 Rdnr. 14; *Soergel/M. Wolf*, BGB 12. Aufl. § 2042 Rdnr. 39; *RGRK/Kregel*, BGB 12. Aufl. § 2042 Rdnr. 18; *AK/Pardey*, BGB § 2042 Rdnr. 42; *Palandt/Edenhofer*, BGB 57. Aufl. § 2042 Rdnr. 18; *Jauernig/Stürner*, BGB 8. Aufl. § 2042 Rdnr. 10; *Leipold*, Erbrecht 11. Aufl. Rdnr. 537 Fn. 24; *Söffing*, DB 1991, 828).

Daß es einen solchen, seiner Art nach mit der Regelung des § 738 BGB vergleichbaren Weg auch zur Auflösung einer Erbengemeinschaft gebe, haben in der Rechtsprechung bisher vor allem das Kammergericht in einem obiter dictum (OLGZ 1965, 244, 247) sowie der Große Senat des Bundesfinanzhofs in seinem Urteil NJW 1991, 249, 251 f. (unter b und c) [= MittBayNot 1990, 368, 370] angenommen.

Folgt man dieser Auffassung, tritt die dingliche Rechtsänderung am verbleibenden Nachlaß, auch wenn aus der zweigliedrigen Erbengemeinschaft ein Miterbe im Wege der Abschichtung ausscheidet, nicht aufgrund eines auf die Veräußerung oder den Erwerb dieser Nachlaßgegenstände gerichteten Verkehrsgeschäfts ein, sondern kraft Gesetzes durch Anwachsung des Erbteils, den der Ausscheidende aufgibt. Auf eine solche Rechtsänderung kann, auch wenn ein Grundstück zu dem verbleibenden Nachlaß gehört, § 313 Satz 1 BGB ebensowenig angewandt werden, wie wenn ein Gesellschafter gegen Abfindung aus einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Grundeigentum ausscheidet (dazu BGHZ 86, 367, 369 ff.; Urteil vom 2.10.1997 – II ZR 249/96 – WM 1997, 2220 = ZIP 1997, 2120 [= MittBayNot 1998, 115] unter A II 3).

2. Der Senat schließt sich dieser herrschenden Meinung an.

a) Daß §§ 2033 Abs. 1, 2371 BGB dem Miterben im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 719 BGB) und zur ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1419 BGB) die Möglichkeit eröffnen, seinen Anteil auch gegen den Willen der Miterben zu veräußern, besagt weder, daß damit ein einverständliches Ausscheiden eines Miterben aus der Erbengemeinschaft gegen Abfindung ausgeschlossen sei, noch daß hierfür dieselben Formvorschriften zu gelten hätten wie für die Erbteilsübertragung (so aber insbesondere *Keller*, Die Formproblematik der Erbteilsveräußerung, 1995, Rdnr. 82; *Bühler*, BWNZ 1987, 73, 75 unter 9; *Erman/Schlüter*, BGB 9. Aufl. § 2042 Rdnr. 18). Die Übertragung des Erbteils, auch wenn sie nicht an einen Dritten, sondern an einen Miterben erfolgt und der persönlichen Teilauseinandersetzung dient (so im unveröffentlichten Urteil des BGH vom 11.3.1968 – III ZR 223/65; vgl. *Johannsen*, WM 1970, 573; *Damrau*, ZEV 1996, 361, 364 unter 2.3), läßt sich tatbestandlich vom Aufgeben des Erbteils abgrenzen: Der im Wege der Abschichtung aus der Erbengemeinschaft ausscheidende Miterbe verzichtet lediglich auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft, überträgt sie aber nicht auf bestimmte Rechtsnachfolger.

b) Die in §§ 2033 Abs. 1 Satz 2, 2371 BGB vorgeschriebene Form dient dem Schutz vor Übereilung, der Beweiserleichterung und der sachkundigen Beratung (*MünchKomm/Dütz*, § 2033 Rdnr. 2; *MünchKomm/Musielak*, § 2371 Rdnr. 1; *Staudinger/Olshausen*, BGB 13. Aufl. § 2371 Rdnr. 4). Der

Schutz gilt dem Veräußerer, der vor unüberlegtem Verlust eines Gesamtrechts bewahrt werden soll. Ferner soll im Interesse der Nachlaßgläubiger der Zeitpunkt des Vertragsschlusses als des Eintritts der Haftung des Erbschaftserwerbers eindeutig bestimmt und diesem eine Legitimationsgrundlage gegeben werden. Des Schutzes durch notarielle Beratung bedarf indessen ebensowenig ein nicht zum Kreis der Miterben gehörender Erbteilserwerber, der dem gesetzlichen Vorkaufrecht der Miterben ausgesetzt ist (§§ 2034, 2035 BGB; vgl. BGHZ 15, 102, 106) und außerdem mit seinem Eigenvermögen den Nachlaßgläubigern haftet (§§ 2382 ff. BGB). Diese besonderen Probleme einer Erbteilsübertragung stellen sich nicht in gleicher Weise bei der tatbestandlich durch §§ 2033 Abs. 1 Satz 2, 2371 BGB miterfaßten Konstellation, daß der Erwerber selbst Miterbe ist und den Nachlaßgläubigern daher ohnehin bereits gemäß §§ 2058 ff. BGB haftet. Umso weniger trifft der Schutzzweck der Formvorschriften dann zu, wenn ein Miterbe im Einverständnis mit allen anderen aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, ohne seinen Erbteil einem Rechtsnachfolger zu übertragen. Dieser Weg wirft für die Miterben, die Nachlaß- und die Eigengläubiger der Erben keine wesentlich anderen Schwierigkeiten auf als jede Erbauseinandersetzung.

c) Vor einer falschen Bewertung des Erbteils und damit der Bemessung der Gegenleistung kann der Notar die Vertragsparteien schon bei einer Erbteilsübertragung schwerlich schützen (*MünchKomm/Dütz*, § 2033 Rdnr. 2; *Lange/Kuchinke*, § 42 II 1 S. 1027). Im übrigen überläßt es das Gesetz auch bei der gegenständlichen Erbteilung der grundsätzlich formfreien Vereinbarung der Miterben, wie sie Nachlaßgegenstände bewerten und was sie dementsprechend auf jeden Miterben zur Befriedigung seiner Auseinandersetzungsansprüche in Höhe seiner Erbquote übertragen. Solange ein Grundstück nicht zu diesem Zweck übertragen wird, kann allein der Umstand, daß es für die Bemessung einer Abfindungszahlung zu bewerten ist, die Anwendung von § 313 Satz 1 BGB ebensowenig rechtfertigen wie im Fall des § 738 BGB.

d) Bedenken werden auch gegen die Anwachsung als Rechtsfolge der Abschichtung geltend gemacht (*Keller*, a.a.O. Rdnr. 80; *Erman/Schlüter*, a.a.O.). Dem Gesetz ist der Gedanke der Anwachsung von Erbteilen unter mehreren, kraft Gesetzes oder letztwilliger Verfügung berufenen Erben jedoch nicht fremd (§§ 1935, 2094, 2095 BGB). Zwar setzt die Anwachsung in diesen Fällen voraus, daß ein Miterbe mit Wirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls weggefallen ist. Anerkannt ist aber die entsprechende Anwendung dieser Vorschriften, wenn ein Erbteil einem vorkaufsberechtigten Miterben übertragen wird (*MünchKomm/Dütz*, § 2033 Rdnr. 26 sowie § 2034 Rdnr. 36 m.w.N.). Nichts anderes kann dann aber für die Folgen eines einverständlichen Ausscheidens eines Miterben aus der Erbengemeinschaft gelten.

e) Die gegen die herrschende Meinung erhobenen Bedenken überzeugen mithin nicht. Darüber hinaus führt die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, außer der Erbauseinandersetzung durch Teilung oder Veräußerung von Nachlaßgegenständen gebe es nur den Weg der Erbteilsübertragung, zu unbefriedigenden Ergebnissen: Auch bei einem Nachlaß, zu dem keine Grundstücke gehören, wäre das Ausscheiden eines Miterben gegen Abfindung nicht ohne notarielle Beurkundung wirksam. Solche Nachlässe werden jedoch seit jeher formfrei abgewickelt (*Bühler*, a.a.O. S. 75 unter 10). Um die Rechtsbeständigkeit einer formfrei vereinbarten Abschichtung eines Miterben nicht zu gefährden, müßte sie stets in

eine Übertragung aller einzelnen Nachlaßgegenstände auf die verbleibenden Miterben umgedeutet werden. Bleiben zwei oder mehr Miterben zurück, würden sie allerdings keine Erbengemeinschaft mehr bilden, die durch die unterstellte gegenständliche Auseinandersetzung aufgelöst wäre. Vielmehr müßte von einer Bruchteilsgemeinschaft ausgegangen werden. Damit wäre dem Rechtsverkehr nicht gedient.

f) Der Senat stimmt danach der Auffassung zu, daß ein Miterbe im Wege der Abschichtung formfrei auch aus einer Erbengemeinschaft ausscheiden kann, zu der ein Grundstück gehört. Ob die Abfindung aus dem Nachlaß geleistet wird oder aus dem Privatvermögen des oder der anderen Erben, ist für die Formbedürftigkeit des Ausscheidens nicht von Bedeutung. Wenn als Abfindung aber die Leistung eines Gegenstands vereinbart wird, der nur durch ein formbedürftiges Rechtsgeschäft übertragen werden kann (etwa ein Grundstück), ist die für dieses Rechtsgeschäft geltende Form zu beachten (§ 313 Satz 1 BGB).

III. Das Berufungsgericht wird daher nach Zurückverweisung zu prüfen haben, ob die Vereinbarung der Parteien vom 8.9.1992 im Sinne einer Abschichtung des Klägers mit der Folge der Anwachsung seines Erbteils zugunsten der Beklagten ausgelegt oder umgedeutet werden kann. Davon hängt die Beurteilung der weiteren Streitpunkte ab.

Anmerkung:

1. Das BGH-Urteil vom 21.1.1998 befaßt sich mit der Erbauseinandersetzung durch Abschichtung. In der notariellen Praxis standen bislang zwei andere Arten, die Erbengemeinschaft auseinanderzusetzen, im Vordergrund, nämlich die Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB und die Erbanteilsübertragung nach § 2033 BGB. Der BGH bestätigt nunmehr den „dritten Weg“: Es ist nicht nur möglich, durch gegenständliche Verteilung des Nachlasses die Gesamthandsberechtigung in eine Alleinberechtigung umzuwandeln oder die Erbengemeinschaft durch Erbanteilsübertragung zu verkleinern oder aufzulösen, ein Miterbe kann auch, meist gegen Abfindung, im Einvernehmen mit den (dem) anderen Miterben aus der Erbengemeinschaft im Wege der Abschichtung ausscheiden. Der Miterbe tritt damit aus der Erbengemeinschaft aus und gibt sein Mitgliedschaftsrecht an der Erbengemeinschaft einvernehmlich mit dinglicher Wirkung ab. Im Normalfall nimmt der durch Abschichtung ausscheidende Miterbe einen Teil des Nachlasses mit, der Bestand des Nachlasses wird damit verringert, im Gegenzug verringert sich die Zahl der Mitglieder der Erbengemeinschaft. Es kann aber auch sein, daß die Abfindung an den ausscheidenden Miterben aus sonstigem Vermögen der anderen Miterben geleistet wird.

Dieser „dritte Weg“ stellt weder eine Erbauseinandersetzung im klassischen Sinne noch eine Erbanteilsübertragung dar. Die Abschichtung unterscheidet sich vom Aufgeben des Erbanteils dadurch, daß der im Wege der Abschichtung aus der Erbengemeinschaft ausscheidende Miterbe lediglich auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft verzichtet, sie aber nicht auf bestimmte Rechtsnachfolger überträgt. Die Details der Abschichtung sind weitgehend ungeklärt (vgl. *Keller*, Formproblematik der Erbteilsveräußerung, 1995, Rdnr. 43 ff., 60; *Damrau* ZEV 1996, 361). Bis zum BGH-Urteil vom 21.1.1998 war auch offen, ob sich das Ausscheiden bei Abschichtung durch Verzicht auf den Erbteil, durch Anwachsung (nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen) oder durch Übertragung auf die übrigen Miterben und Bildung einer

Bruchteilsgemeinschaft bei diesen bezüglich des übernommenen Erbteils vollzieht.

Der BGH hat sich für die Abwicklung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen entschieden. Die Erbauseinandersetzung durch Abschichtung ist nach Auffassung des BGH wie das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der BGB-Gesellschaft mit der Folge der Anwachsung des Vermögens der Gesamthand (hier des Nachlasses) bei den verbleibenden Gesamthändern (hier den Miterben) zu behandeln; verbleibt nach der Abschichtung nur ein Miterbe, erfolgt Anwachsung bei diesem, ähnlich der Situation beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft.

2. Zwischen den nunmehr drei Wegen der Erbauseinandersetzung gibt es formelle Unterschiede.

Der schuldrechtliche Auseinandersetzungsvertrag nach § 2042 BGB bedarf als solcher keiner Form, solange er nicht Abreden enthält, die aus anderen Gründen der Form bedürfen, etwa wenn im Zuge der Erbauseinandersetzung die Verpflichtung begründet wird, ein Grundstück (§ 313 BGB) oder einen GmbH-Anteil (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG) zu übertragen (KG FamRZ 1963, 468; *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2042 Rdnr. 4). Der Erbauseinandersetzungsvertrag hat zunächst nur verpflichtende Wirkung, erst die ihn vollziehende Teilung überführt mit dinglicher Wirkung die Gesamthandberechtigung in eine Alleinberechtigung (BGH WM 1965, 1155). Das dingliche Erfüllungsgeschäft bedarf der für die Übertragung des betreffenden Gegenstandes vorgeschriebenen Form (z. B. § 925 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG).

Für die Anteilsübertragung sieht § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB die notarielle Beurkundung vor.

Der BGH wertet den Abschichtungsvertrag als Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB, damit kann der Abschichtungsvertrag nach Auffassung des BGH grundsätzlich formfrei geschlossen werden. Die dingliche Wirkung tritt, so der BGH, über das Anwachsungsprinzip ein. Der BGH sieht also in der Abschichtungsvereinbarung keine Verfügung über den Erbanteil, mit der Folge, daß die Formvorschrift, die § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB für Verfügungen über den Erbteil enthält, nicht eingreift. Der Miterbe, der durch Abschichtung aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, verzichtet nach Meinung des BGH „lediglich auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft, überträgt sie aber nicht auf bestimmte Rechtsnachfolger“.

Es sind Zweifel darüber angebracht, ob die Meinung des BGH insofern zutreffen kann. Verfügungen über den Miterbenanteil im Sinne von § 2033 BGB sind nicht nur Übertragungen im engeren Sinne, sondern auch alle Veräußerungen. Auch der Verzicht auf den Erbanteil ist eine Verfügung über diesen. Die Anlehnung an das Recht der BGB-Gesellschaft ist ebenfalls problematisch: Die §§ 705 ff. BGB enthalten – anders als die §§ 2032 ff. BGB – keine Formvorschrift für Verfügungsgeschäfte über den Gesellschaftsanteil, und zwar unabhängig davon, ob Grundbesitz zum Vermögen der Gesellschaft gehört oder nicht. Deshalb ist der Fall des Ausscheidens aus einer BGB-Gesellschaft anders zu bewerten, auch wenn er nicht durch Übertragung des Gesellschaftsanteils, sondern durch Vereinbarung des Ausscheidens und durch Anwachsung erfolgt. Bei der Erbengemeinschaft hat der Gesetzgeber jedoch eine andere Wertung vorgenommen. Deren Ergebnis ist die Formvorschrift des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Gründe, die der BGH gegen die Formbedürftigkeit der Abschichtungsvereinbarung anführt, vermögen wenig zu

überzeugen. Eine normative Bewertung des Vorgangs hätte ergeben müssen, daß eine – über die analoge Anwendung des § 738 BGB – mit dinglicher Wirkung ausgestattete Abschichtungsvereinbarung einer Erbanteilsübertragung wesentlich näher steht als ein noch zu erfüllender Erbauseinandersetzungsvertrag.

3. Auch der BGH bekräftigt indes die Formbedürftigkeit des Abschichtungsvertrages – im übrigen damit auch die Formbedürftigkeit sonstiger Erbauseinandersetzungsverträge –, wenn als Abfindung die Leistung eines Gegenstandes vereinbart wird, der nur durch ein formbedürftiges Rechtsgeschäft übertragen werden kann, also bei Grundstücken § 313 S. 1 BGB, bei GmbH-Anteilen § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG. Die Formbedürftigkeit ergibt sich also nicht aus der Konsistenz des Nachlasses, die formfreie Auseinandersetzung bleibt auch dann möglich, wenn sich Grundbesitz oder Geschäftsanteile im Nachlaß befinden und durch die Abschichtung insoweit eine Anwachsung bei den oder dem verbleibenden Miterben erfolgt. Hier ist nach Meinung des BGH die Eigentumsveränderung nur Rechtsfolge der rechtsgeschäftlichen Austrittsvereinbarung, sie wird selbst nicht rechtsgeschäftlich vereinbart. Die Formbedürftigkeit tritt aber auch nach Ansicht des BGH dann ein, wenn im Zuge des Abschichtungsvertrages ein Gegenstand von der Erbengemeinschaft auf den durch Abschichtung ausscheidenden Miterben übertragen wird, sofern zur Übertragung dieses Vermögensgegenstandes ansonsten eine besondere Form vorgeschrieben ist, wie dies für Grundstücke (§ 313 S. 1 BGB) und GmbH-Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG) vorgeschrieben ist.

4. Ist als Folge der Abschichtungsvereinbarung Anwachsung eingetreten, wie der BGH dies annimmt, erfolgt bei Zugehörigkeit von Grundbesitz zum Nachlaß lediglich Grundbuchberichtigung in der Form des § 29 GBO (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 15).

5. Sicherungsprobleme können sich dadurch ergeben, daß der durch Abschichtung ausscheidende Miterbe von Nachlaßverbindlichkeiten auch im Außenverhältnis freizustellen ist. Die vom BGH angenommene Anwachsung nach § 738 BGB führt nicht zu einer Beendigung seiner Außenhaftung. Es ist auch sicherzustellen, daß der ausscheidende Miterbe nicht seine Stellung in der Erbengemeinschaft verliert, bevor die vereinbarte Gegenleistung erbracht wurde. Insoweit stellen sich die Probleme ähnlich wie bei einem Kaufvertrag oder – einschlägiger – bei einer Erbanteilsübertragung dar. Die hierzu entwickelten Sicherungsmechanismen (vgl. dazu *Bengel/Reimann* in: Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., Abschn. C Rdnrn. 238 ff.) können auch bei der Abschichtungsvereinbarung angewandt werden. Selbst bei grundsätzlich gegebener Formfreiheit der Abschichtungsvereinbarung wird daher aus Sicherungsgründen regelmäßig die notarielle Beurkundung anzuraten sein.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

13. BGB § 2288 Abs. 2 Satz 1 (*Beeinträchtigungsabsicht des erbvertraglich gebundenen Schenkers*)

Für eine Beeinträchtigungsabsicht des erbvertraglich gebundenen Erblassers spricht im Fall des § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB bereits die Veräußerung des vermachten Gegenstands in dem Bewußtsein, daß damit dem Vermäch-

nis der Boden entzogen wird und daß die Gegenleistung für die Veräußerung keinen Ersatz für den Vermächtnisnehmer darstellt. Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers kann nur bejaht werden, wenn sich das Interesse des Erblassers gerade auf die Veräußerung des Vermächtnisgegenstands richtete und der erstrebte Zweck nicht auch durch andere wirtschaftliche Maßnahmen zu erreichen gewesen wäre (im Anschluß an BGH LM BGB § 2288 Nr. 4).

BGH, Urteil vom 17.12.1997 – IV ZR 138/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, eine politische Gemeinde, macht gegen den Beklagten zu 1) als Testamentsvollstrecker und die Beklagten zu 2) und 3) als Erben Ansprüche aus einem Vermächtnis geltend.

Die am 22.9.1991 verstorbene Erblasserin hatte mit ihrer 1972 vorverstorbenen Schwester einen Erbvertrag geschlossen. Darin setzten sich die Schwestern gegenseitig zu alleinigen Vollerben ein (§ 1). Weiter ordneten sie Testamentsvollstreckung nach dem Ableben der Letztverstorbenen zu dem Zweck an, den Nachlaß abzuwickeln (§ 2). Sodann bestimmten sie die Beklagten als Erben der Letztverstorbenen (§ 3). Nach § 4 sollte die Klägerin als Vermächtnis ein auf ihrem Gebiet liegendes Hausgrundstück erhalten, das der Testamentsvollstrecker innerhalb von sechs Monaten nach dem Tod der Letztverstorbenen lastenfrei übertragen sollte. Der Klägerin wurde zur Auflage gemacht, den Erlös im Falle einer Veräußerung des Grundbesitzes dem örtlichen Kindergarten oder einer Tagesstätte für körperlich behinderte Kinder oder beiden Zwecken zuzuführen. In § 5 des Erbvertrages setzten die Schwestern ihrer langjährigen Betreuerin, die in diesem Haus lebte, ein lebenslanges Wohnrecht als Vermächtnis aus.

Nach Beurkundung dieses Erbvertrages am 2.3.1971 übersandte der Notar der Klägerin eine Abschrift. Sie teilte mit, daß sie das Vermächtnis annehme. Nachdem 1972 nicht nur die eine der beiden Schwestern, sondern auch die in dem Haus lebende Betreuerin gestorben war, verkaufte die entfernt wohnende Erblasserin im Jahre 1974 das der Klägerin vermachte Haus gegen Übernahme noch bestehender Belastungen, Einräumung eines Wohnrechts zugunsten der Erblasserin im Obergeschoß des Hauses und Zahlung einer monatlichen Rente von 300 DM bis zu ihrem Tod. Die Erblasserin verfügte unstrittig über erheblichen weiteren Grundbesitz. Nach dem Vortrag der Beklagten veräußerte sie auch diesen weitgehend und verteilte den Erlös an Verwandte.

Die Klägerin fordert den Wert des Grundstücks, den sie für den Erbfall mit 285.000 DM angegeben hat. Die Beklagten machen u.a. geltend, die Erblasserin habe nicht in Benachteiligungsabsicht gehandelt, sondern sich wahrscheinlich von der Verwaltung des Hauses entlasten wollen. Sie berufen sich im übrigen auf Verjährung und Verwirkung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt sie noch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 190.000 DM nebst Zinsen als Gesamtschuldner. Das Rechtsmittel hatte Erfolg und führt zur Verurteilung der Beklagten dem Grunde nach sowie zur Zurückweisung wegen der Höhe des der Klägerin zustehenden Anspruchs.

Aus den Gründen:

1.–3. (...)

4. Der Klägerin steht ein Anspruch aus § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB zu, wie die Revision mit Recht geltend macht.

a) Das Berufungsgericht hat zwar die höchstrichterliche Rechtsprechung zu der auch in § 2287 Abs. 1 BGB vorausgesetzten Beeinträchtigungsabsicht in den Blick genommen. Es hat aber der besonderen Ausprägung dieses Merkmals in § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt. Hier spricht für eine Beeinträchtigungsabsicht

bereits die Tatsache der Veräußerung des vermachten Gegenstands in dem Bewußtsein, daß damit dem Vermächtnis der Boden entzogen wird und daß die Gegenleistung für die Veräußerung keinen Ersatz für den Vermächtnisnehmer darstellt. Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers, das den Mißbrauch des gemäß § 2286 BGB bestehenden Verfügungsrechts ausschließen würde, kann im Hinblick auf das erbvertragliche Vermächtnis nur bejaht werden, wenn sich das Interesse des Erblassers gerade auf die Veräußerung des Vermächtnisgegenstands richtete und der erstrebte Zweck nicht auch durch andere wirtschaftliche Maßnahmen zu erreichen gewesen wäre (BGH, Urteil vom 23.11.1983 – IVa ZR 230/81 – LM BGB § 2288 Nr. 4 = NJW 1984, 731 = FamRZ 1984, 165, jeweils unter IV; dazu *Johannsen*, WM 1985, Sonderbeilage 1 S. 26).

b) Im vorliegenden Fall war die Erblasserin unstreitig vermögend und auf den Verkauf gerade dieses Hauses nicht angewiesen. Das Berufungsgericht meint, ein lebzeitiges Eigeninteresse könne sich hier daraus ergeben, daß die Erblasserin niemand mehr gehabt habe, der sich um das Haus kümmerte. Die damals 68 Jahre alte Erblasserin hätte jedoch den Zweck, die Last der Verwaltung des Hauses loszuwerden, auch durch andere wirtschaftliche Maßnahmen erreichen können (wie etwa die Beauftragung einer gewerblichen Hausverwaltung). Das eventuelle Interesse der Erblasserin, sich von der Verwaltung des Hauses zu entlasten, wiegt jedenfalls nicht so schwer, daß dahinter ihre erbvertragliche Vertragstreue zurückzutreten hätte. Ist mithin kein die Veräußerung des Vermächtnisgegenstands rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin erkennbar, bleibt es bei der hier schon aus der Veräußerung folgenden Beeinträchtigungsabsicht. Nach dem Vorbringen der Beklagten befindet sich der Verkaufserlös nicht mehr im Nachlaß, da die Erblasserin einen großen Teil ihres Vermögens noch zu Lebzeiten verschenkt habe.

5. Der Anspruch aus § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB richtet sich im vorliegenden Fall entsprechend § 2170 Abs. 2 BGB auf Wertersatz. Die Parteien haben übereinstimmend vorgetragen, daß die Beklagten außerstande seien, der Klägerin das Hausgrundstück zu verschaffen.

Zur Begründung haben sie freilich nur angeführt, daß die Veräußerung der Erblasserin wirksam sei; die Beklagten haben ferner darauf hingewiesen, daß die Erwerber werterhöhende Aufwendungen für das Grundstück gemacht hätten. Das Berufungsgericht meint, daraus allein ergebe sich ein subjektives Unvermögen der Beklagten nicht; die Klägerin habe nicht dargelegt, welche Anstrengungen die Beklagten unternommen hätten, um das Haus zurückzukaufen.

Die Revision rügt mit Recht, daß von dem übereinstimmend vorgetragenen Unvermögen der Beklagten auszugehen sei. Soweit damit Rechtsbegriffe vorgetragen worden sind, werden diese auch im täglichen Leben gebraucht und vermitteln neben einer rechtlichen Wertung zugleich Tatsachen (vgl. BGH, Urteil vom 2.6.1995 – V ZR 304/93 – DtZ 1995, 328 = WM 1995, 1589 [= MittBayNot 1995, 450] unter II 1 m.w.N.). Hier liegt nach den gesamten Umständen nahe, daß die Erwerber keinerlei Interesse an einer Veräußerung des Hauses haben, selbst wenn ihnen dafür ein – gemessen am Verkehrswert und ihren Aufwendungen für einen Umzug – guter Preis geboten würde.

6. Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt und auch nicht verwirkt. Aus dem Umstand allein, daß die Klägerin trotz Kenntnis des Verkaufs im Jahre 1974 erst nach dem Erbfall Ansprüche geltend gemacht hat, ergibt sich kein schutzwürdi-

ger Vertrauenstatbestand zugunsten der Beklagten, da der Anspruch aus § 2288 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht vor dem Erbfall entsteht (vgl. MünchKomm/*Musielak*, a.a.O. § 2286 Rdnr. 6).

7. Der Klägerin steht daher dem Grunde nach Wertersatz zu. Die Sache wird zur Aufklärung der Höhe des Anspruchs zurückverwiesen. Für das weitere Verfahren wird zu berücksichtigen sein, daß es nach dem Senatsurteil BGHZ 124, 35, 38 regelmäßig nicht der Sinn eines erbvertraglichen Vermächtnisses ist, das Objekt unabhängig vom Interesse des Erblassers durch zusätzliche Aufwendungen zu seinen Lebzeiten zugunsten des Vermächtnisnehmers zu erhalten oder es den im Laufe der Zeit gestiegenen Anforderungen anzupassen. Also müßte zunächst der Zustand im Jahre 1974 festgestellt und dann der Wert eines solchen, nicht durch Investitionen verbesserten Hauses beim Erbfall geschätzt werden.

14. BGB §§ 1954 Abs. 1, Abs. 2, 1957 Abs. 1, 138 Abs. 1, 119 Abs. 2 (*Irrtum über Sittenwidrigkeit einer Vermögensübertragung als Grund für die Anfechtung einer Erbschaftsaus-schlagung*)

- 1. Der Irrtum über die Sittenwidrigkeit einer vertraglichen Vermögensübertragung zum Nachteil der Sozialhilfeträger als Grund für die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft.**
- 2. Zum Beginn der Anfechtungsfrist in einem solchen Fall, wenn die Frage der Sittenwidrigkeit Gegenstand eines vorangehenden Zivilprozesses ist. Die Kenntnis der Anfechtbarkeit setzt nicht die Gewißheit voraus, daß der Anfechtungsgrund auch durchgreift.**

BayObLG, Beschluß vom 22.12.1997 – 1Z BR 138/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Die Erblasserin heiratete 1970 im Alter von 68 Jahren den damals 75-jährigen S. Die Eheleute setzten sich jeweils mit Testament vom 23.10.1970 gegenseitig zu Erben ein. Mit gemeinschaftlichem Testament vom 27.3.1985 bestimmten sie den Beteiligten zu 1 als Schlußerben des Überlebenden. Am 17.12.1987 wurde er als Pfleger für die Erblasserin bestellt, die zunehmend an den Folgen der Alzheimerschen Erkrankung litt und Ende 1987 in ein Pflegeheim ein-gewiesen wurde.

2. Am 23.3.1988 stellte S. Antrag auf Sozialhilfe mit einem von ihm und dem Beteiligten zu 1 als Pfleger der Erblasserin unterzeichneten Formular, in dem die Frage nach Geldvermögen und sonstigen Vermögenswerten sowie nach der Abgabe von Vermögenswerten an Dritte in den letzten Jahren unbeantwortet blieb. Am 25.3.1988 beantragte der Beteiligte zu 1 als Pfleger der Erblasserin beim Bezirk Mittelfranken die Übernahme der Pflegekosten durch die Sozialhilfe und erklärte:

„Die Eheleute verfügen über kein Sparguthaben. Nachdem die Eheleute nicht rentenversichert sind und ihre Ersparnisse aus den Jahren der selbständigen Tätigkeit aufgebraucht sind, ...“

Die Stadt leistete in der Zeit vom 1.11.1988 bis 31.12.1990 an S. Sozialhilfe in Höhe von DM 31.374,-. Der Bezirk Mittelfranken wendete für die Erblasserin in der Zeit vom 11.4.1988 bis 11.9.1991 DM 83.273,06 auf.

3. Am 24.3.1988, also einen Tag nach dem Sozialhilfeantrag für S. und einen Tag vor dem Sozialhilfeantrag für die Erblasserin, schloß der Beteiligte zu 1, der in der Zeit vom 1.6.1981 bis 31.1.1988 an die Eheleute Unterhaltsleistungen von DM 82.600,- erbracht hatte, mit S. einen notariellen Vertrag, mit dem ihm dieser seine gesamte

Wohnungseinrichtung, insbesondere Teppiche und Gemälde im Gesamtwert von DM 319.100,- und Sparguthaben in Höhe von DM 236.076,94 zur „Absicherung und Tilgung“ darlehensweise erhaltener Unterhaltszuwendungen, übereignete. Der Vertrag sah lebenslangen Nießbrauch des S. an dem übertragenen Vermögen vor und sollte nur gelten, wenn der Beteiligte zu 1 S. überlebt; andernfalls sollte das Eigentum bei letzterem verbleiben und die Rückzahlung der darlehensweise gewährten Unterhaltszuwendungen entfallen.

4. Am 29.12.1990 starb S. Am 9.4.1991 hob der Beteiligte zu 1 die inzwischen auf DM 238.569,08 aufgelaufenen Sparguthaben des S. ab und nahm Gemälde und Teppiche aus dessen Wohnungseinrichtung im Wert von mindestens DM 107.360,- in Besitz. Am 3.6.1991 schlug der Beteiligte zu 1 für sich und als Pfleger der Erblasserin für diese die Erbschaft nach S. aus.

5. Am 13.8.1991 wurde der Beteiligte als Pfleger der Erblasserin entlassen, nachdem seine Erklärungen gegenüber den Sozialhilfeträgern einerseits und der Übereignungsvertrag vom 24.3.1988 andererseits bekanntgeworden waren. Der neu bestellte Pfleger erwirkte nach erfolgreicher Anfechtung der Erbausschlagung einen Erbschein zugunsten der Erblasserin, der sie als Alleinerbin des S. auswies.

6. Am 1.9.1991 verstarb die Erblasserin. Am 11.11.1991 eröffnete das Nachlaßgericht die letztwilligen Verfügungen der Erblasserin in Anwesenheit des Beteiligten zu 1, der sogleich die Erbschaft ausschlug. Mit Beschluß vom 25.5.1992 stellte das Nachlaßgericht fest, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. Dieser erhob gegen den Beteiligten zu 1 Klage auf Herausgabe des mit Überlassungsvertrag vom 24.3.1988 übertragenen Geld- und Sachvermögens. Mit Endurteil des Landgerichts vom 1.12.1994 wurde der Beteiligte zu 1 zur Bezahlung von DM 38.588,47 und Herausgabe von Gemälden und Teppichen verurteilt. Auf die beiderseitigen Berufungen verurteilte das Oberlandesgericht mit Endurteil vom 20.9.1995 unter Zurückweisung der Berufungen im übrigen den Beteiligten zu 1, an den Fiskus weitere DM 112.380,- zu bezahlen. Beide Gerichte stellten auf die Sittenwidrigkeit des Vertrags vom 24.3.1988 ab. Das Berufungsurteil wurde am 21.5.1996 nach Nichtannahme der Revision des Beteiligten zu 1 rechtskräftig.

7. Mit am 12.10.1995 beim Nachlaßgericht eingegangener notariell beglaubigter Erklärung vom 11.10.1995 focht der Beteiligte zu 1 die Erbschaftsausschlagung vom 11.11.1991 wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft des Nachlasses an und beantragte, den Beschluß vom 25.5.1992 aufzuheben und einen Erbschein auszustellen, der ihn als Alleinerbe der Erblasserin ausweise. Er sei erst durch Berufungsurteil darüber belehrt worden, daß der notarielle Vertrag vom 24.3.1988 nichtig sei und das ihm dort übereignete Vermögen aufgrund Erbfolge nach S. in den Nachlaß der Erblasserin falle. Diesen Antrag wies das Nachlaßgericht mit Beschluß vom 30.11.1995 zurück. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 wies das Landgericht mit Beschluß vom 30.5.1997 zurück. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 seinen Erbscheinsantrag weiter. Er nimmt in Anspruch, wirksam angefochten zu haben, weil er einem Irrtum über die Zugehörigkeit des übertragenen Vermögens zum Nachlaß und damit über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses unterlegen sei. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO). Das Landgericht hat im Ergebnis zutreffend die Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 1 bestätigt. Die vom Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft ist verspätet und daher unwirksam (§ 1954 Abs. 1 BGB), so daß dieser nicht Erbe ist (§ 1953 Abs. 1 BGB).

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, daß der Beteiligte zu 1 sich nicht über die Zugehörigkeit der Vermögenswerte zum Nachlaß der Erblasserin geirrt habe, die Gegenstand des notariellen Überlassungsvertrages vom 24.3.1988 waren. Der Beteiligte zu 1 habe nämlich sämtliche Tatsachen und Umstände gekannt, die die Nichtigkeit des Vertrages ausgemacht hätten. Es könne daher keine Rede davon

sein, daß sich der Beteiligte zu 1 über die Zugehörigkeit von Vermögensgegenständen zum Nachlaß geirrt habe. Die Frage der Rechtzeitigkeit der Anfechtung der Ausschlagung, auf die das Nachlaßgericht hilfsweise abgestellt hatte, könne daher dahingestellt bleiben.

2. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Entscheidung über das Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 nicht die Rechtskraft des Urteils des Oberlandesgerichts vom 20.9.1995 entgegensteht. Die Bindung des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit an ein Zivilurteil zwischen denselben Parteien und Beteiligten tritt nur im Umfang der Rechtskraftwirkung ein. Präjudizielle Rechtsverhältnisse oder die Entscheidung von Vorfragen werden von der Rechtskraft nicht erfaßt (vgl. BayObLGZ 1997 Nr. 72 m.w.N.). Das Oberlandesgericht hat über den Leistungsanspruch des Beteiligten zu 2 gegen den Beteiligten zu 1 entschieden, nicht aber über die Erbfolge nach der Erblasserin. Diese ist nur als Vorfrage von ihm bejaht worden.

3. Der Beteiligte zu 1 hat die Ausschlagungserklärung auf den Irrtum gestützt, er habe sich für den Eigentümer bzw. Inhaber der übertragenen Vermögenswerte gehalten und sei daher von der Wertlosigkeit des Nachlasses ausgegangen. Der Irrtum über die Zugehörigkeit bestimmter Vermögenswerte zum Nachlaß ist Eigenschaftsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB (h.M., vgl. *Palandt/Edenhofer* BGB 57. Aufl. § 1954 Rdnr. 4).

Ob die auf diesen Irrtum gestützte Anfechtungserklärung deswegen unwirksam ist, weil der Beteiligte zu 1 seine Rechtsinhaberschaft aus einem sittenwidrigen Vertrag hergeleitet hat, begegnet nach Auffassung des Senats erheblichen rechtlichen Bedenken. Diese beziehen sich zwar nicht auf die Frage der Sittenwidrigkeit des Vertrages als solchen, sondern auf die vom Landgericht daran geknüpfte Rechtsfolge. Denn die irrierte Annahme des Beteiligten zu 1, er sei bereits kraft rechtsgeschäftlichen Erwerbs Inhaber der wesentlichen Vermögenswerte der Erblasserin, wird jedenfalls nicht ohne weiteres dadurch ausgeschlossen, daß er die Umstände kannte, die die Sittenwidrigkeit des Erwerbs bedingen. Die Irrtumsfrage kann aber letztlich offenbleiben. Die Beschwerdeentscheidung ist jedenfalls im Ergebnis deshalb richtig, weil der Beteiligte zu 1 die Anfechtungsfrist versäumt und daher sein Anfechtungsrecht verloren hat.

4. Das Landgericht ist mit dem Nachlaßgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Erblasserin aufgrund Testaments vom 23.10.1970 Alleinerbin des S. geworden ist.

Im Testament der Eheleute vom 27.3.1985 wurde der Beteiligte zu 1 als Schlußerbe des überlebenden Ehegatten eingesetzt (§ 2269 Abs. 1 BGB). Am 11.11.1991 hat der Beteiligte zu 1 die Erbschaft aufgrund der ihm am selben Tag eröffneten Testamente form- und fristgerecht ausgeschlagen (§§ 1944, 1945 BGB); der Umstand, daß die Erklärung gegenüber dem örtlich unzuständigen Amtsgericht und nicht dem zuständigen Nachlaßgericht (§ 73 Abs. 1 FGG) abgegeben wurde, beeinträchtigt die Wirksamkeit der zu Protokoll des Rechtspflegers abgegebenen und von diesem entgegengenommenen Erklärung nicht (§ 7 FGG). Da keine weiteren Angehörigen der Erblasserin vorhanden waren, trat das gesetzliche Erbrecht des Fiskus ein (§ 1936 Abs. 1 Satz 1 BGB).

5. An der Alleinerbenstellung des Fiskus hat sich durch die Anfechtung der Ausschlagungserklärung nichts geändert. Die Anfechtung ist nämlich unwirksam, weil der Beteiligte zu 1 die Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 1 BGB versäumt hat.

a) Der Beteiligte zu 1 macht geltend, sich bei Ausschlagung der Erbschaft am 11.11.1991 über die Zugehörigkeit der vom Übereignungsvertrag vom 24.3.1988 erfaßten Vermögenswerte zum Nachlaß geirrt zu haben. Dieser Irrtum sei erst durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 20.9.1995 beseitigt worden.

b) Gemäß § 1954 Abs. 1, Abs. 2 BGB kann die Anfechtung der Ausschlagung nur binnen sechs Wochen von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Kenntnis vom Irrtum hat der Anfechtungsberechtigte, wenn ihm die dafür maßgeblichen Tatsachen bekannt werden und er erkennt, daß seine Erklärung eine andere Bedeutung oder Wirkung hatte, als er ihr beilegen wollte (vgl. BGH WM 1961, 785/786; RG 82, 223). Bloßes Kennenmüssen genügt ebensowenig wie das Vorliegen von Verdachtsgründen (vgl. BGH WM 1973, 751; BAG NJW 1984, 447).

Andererseits muß der Anfechtende über das Anfechtungsrecht als solches nicht unterrichtet sein (vgl. Hamm OLGZ 85, 286/289). Volle Überzeugung vom Bestehen des Anfechtungsrechts ist nicht erforderlich (vgl. Palandt a.a.O. § 1954 Rdnr. 5, MünchKomm/Kramer 3. Aufl. § 121 Rdnr. 6).

c) Der nach diesen Grundsätzen maßgebliche Zeitpunkt ist mit der Kenntnisnahme der schriftlichen Urteilsgründe des landgerichtlichen Urteils vom 1.12.1994 eingetreten. Dies war jedenfalls vor dem 7.4.1995 der Fall: In seiner Anhörung im Beschwerdeverfahren wies der Beteiligte zu 1 darauf hin, das erstinstanzliche Urteil mit seinem Prozeßbevollmächtigten besprochen zu haben, das diesem am 8.12.1994 von Amts wegen zugestellt worden war. Am 9.1.1995 hat der Beteiligte zu 1 gegen dieses Urteil Berufung einlegen und mit Schriftsatz vom 7.4.1995 damit begründen lassen, daß die Annahme des Landgerichts, der Überlassungsvertrag vom 24.3.1988 sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, unzutreffend sei.

Dieser Zeitpunkt und nicht erst der Zugang des Urteils des Oberlandesgerichts am 27.9.1995 ist für die Kenntnis des Anfechtungsgrundes entscheidend. In den Urteilsgründen der landgerichtlichen Entscheidung wurde nämlich dargelegt, daß der Beteiligte zu 1 infolge der Nichtigkeit des Übereignungsvertrages vom 24.3.1988 nicht Eigentümer bzw. Inhaber der übertragenen Vermögenswerte geworden sei. Der Beteiligte zu 1 hatte daher ab diesem Zeitpunkt Kenntnis, daß er bei seiner Ausschlagungserklärung vom 11.11.1991 irrtümlich von der Wertlosigkeit des Nachlasses der Erblasserin ausgegangen ist. Auch wenn das landgerichtliche Urteil nicht in Rechtskraft erwachsen ist, wurde dem Beteiligten zu 1 spätestens durch dessen Begründung das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes aufgezeigt. Daß das Oberlandesgericht die Auffassung des Landgerichts bestätigt hat, ist für die Frage der Kenntnis ohne weitere rechtliche Bedeutung. Abgesehen davon, daß das Berufungsurteil auch erst durch Nichtannahme der Revision rechtskräftig geworden ist, setzt die Kenntnis von der Anfechtbarkeit nicht die Gewißheit voraus, daß der Anfechtungsgrund auch durchgreift. Damit steht fest, daß der Beteiligte zu 1 spätestens am 7.4.1995 (Datum der Berufungsbegründungsschrift) Kenntnis vom Anfechtungsgrund hatte. Die Frist des § 1954 Abs. 1 BGB war daher am 11.10.1995 längst abgelaufen, so daß die an diesem Tag abgegebene Anfechtungserklärung verspätet ist.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG § 51 (*Einberufung einer Gesellschafterversammlung*)

Bestimmt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, daß bei Fehlen der Beschlußfähigkeit innerhalb von drei Wochen eine neue Gesellschafterversammlung mit gleicher Tagesordnung einberufen werden muß, ist eine Eventualeinberufung vor Durchführung der ersten Versammlung nicht zulässig.

BGH, Urteil vom 8.12.1997 – II ZR 216/96 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

16. LöschG § 2; GmbHG § 60 (*Bestellung von Liquidatoren für im Handelsregister gelöschte GmbH*)

Liquidatoren für eine im Handelsregister gelöschte GmbH können nur durch das Gericht, nicht durch die Gesellschafterversammlung bestellt werden.

BayObLG, Beschluß vom 7.1.1998 – 3Z BR 491/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

17. GmbHG §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 S. 1, 9 c (*Prüfungspflicht des Registergerichts bei längerer Dauer des Eintragungsverfahrens*)

Hat der Geschäftsführer einer GmbH bei der Anmeldung der Gesellschaft versichert, die Stammeinlage von 50.000 DM sei voll eingezahlt und stehe zu seiner freien Verfügung, verzögert sich aber die Eintragung der Gesellschaft aus anderen Gründen, so kann – wenn das Registergericht wegen des Zeitablaufs seit der Anmeldung eine ergänzende Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG und die Vorlage einer aktuellen Bilanz verlangt – die Zurückweisung des Eintragungsantrages gerechtfertigt sein, wenn der Geschäftsführer lediglich versichert, das Vermögen der Gesellschaft habe immer noch einen Wert, der dem satzungsmäßigen Nennbetrag des Stammkapitals entspreche, eine Zwischenbilanz vorlegt, die wie die Eröffnungsbilanz – lediglich Aktiva und Passiva von 50.000 DM anzeigt, und erklärt, der Betrag von 50.000 DM befinde sich seit dem Tag der Erstanmeldung „bar in den Geschäftsräumen der Gesellschaft“.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 3.12.1997 – 3 Wx 545/97 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG Düsseldorf

Aus dem Tatbestand:

Der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der betroffenen GmbH i.Gr. meldete diese am 21.2.1997 zur Eintragung an. In der Anmeldung versicherte er, die übernommene Stammeinlage sei voll in bar an die Gesellschaft eingezahlt worden, der Betrag von 50.000,00 DM befinde sich endgültig in seiner freien Verfügung als Geschäftsführer.

Im Zuge einer wegen Fehlens der erforderlichen Genehmigung nach dem Steuerberatungsgesetz erhobenen Beanstandung wies das Registergericht im Mai 1997 darauf hin, daß wegen des Zeitablaufs seit der Anmeldung eine aktuelle Bilanz der Gesellschaft und eine ergän-

zende Versicherung vorzulegen sei, aus der sich ergebe, daß das Vermögen der Gesellschaft noch immer einen wirtschaftlichen Wert habe, der dem satzungsmäßigen Nennbetrag des Stammkapitals entspreche.

Der Geschäftsführer der Gesellschaft reichte Ende Mai 1997 eine Eröffnungsbilanz der Gesellschaft auf den 21.2.1997 ein, versicherte am 17.6.1997 unter Hinweis auf die Eröffnungsbilanz, das Vermögen der Gesellschaft habe noch immer einen wirtschaftlichen Wert, der dem satzungsmäßigen Nennbetrag des Stammkapitals entspreche und reichte am 11.7.1997 eine Zwischenbilanz ein, die mit der Eröffnungsbilanz identisch war. Am 30.7.1997 schließlich teilte er mit, der in der Bilanz ausgewiesene Aktivposten „Kasse 50.000,00 DM“ solle heißen, daß sich der Betrag „in bar in den Geschäftsräumen der Gesellschaft befinde“.

Das Amtsgericht hat die Eintragung der Gesellschaft mit der Begründung abgelehnt, die Gesellschaft sei nicht ordnungsgemäß errichtet, denn es stehe nicht fest, daß das Stammkapital in der erforderlichen Höhe aufgebracht sei. Die Angabe des Geschäftsführers der Gesellschaft, der Betrag von 50.000,00 DM befinde sich seit dem 21.2.1997 in bar in den Geschäftsräumen, sei ungläubhaft.

Die gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrages gerichtete Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Auch die weitere Beschwerde war erfolglos.

Aus dem Gründen:

1. (...)

2. In der Sache halten die Entscheidungen der Vorinstanzen der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

Bei der Anmeldung der Errichtung einer GmbH hat das Registergericht gemäß § 9 c GmbHG zu prüfen, ob die Gesellschaft in formeller und materieller Hinsicht ordnungsgemäß errichtet ist. Es hat – u.a. – festzustellen, ob die vorgeschriebenen Einlageleistungen vor der Anmeldung erbracht sind und bei der Anmeldung endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers stehen. Mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber bei der GmbH-Novelle 1980 ausdrücklich davon abgesehen hat, eine Bankbestätigung oder einen sonstigen generellen Nachweis über die Leistung der Bareinlagen zu fordern (vgl. BT/Drucksache 8/3908 S. 71), reicht es für den Regelfall aus, wenn der Geschäftsführer der Gesellschaft gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG die vorgeschriebene Versicherung abgibt, die zu erbringenden Einlagen seien vor der Anmeldung bewirkt und befänden sich in der freien Verfügung des Geschäftsführers (vgl. BGH ZIP 1991, 511, 516 [= MittBayNot 1991, 125, 130]; BayObLG DB 1993, 2524 [= MittBayNot 1994, 59]).

Das Registergericht ist aber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung des Geschäftsführers, nähere Informationen oder Nachweise bezüglich der Einzahlung der Stammeinlage zu verlangen.

So liegt der Fall hier. Zwar gab die mit der Anmeldung abgegebene Erklärung des Geschäftsführers vom 21.2.1997, die übernommene Stammeinlage sei voll in bar an die Gesellschaft eingezahlt worden und der Betrag von 50.000,00 DM befinde sich endgültig in seiner freien Verfügung als Geschäftsführer, zunächst noch keinen Anlaß, an ihrer inhaltlichen Richtigkeit zu zweifeln – solche Zweifel hat das Registergericht auch nicht geäußert, denn in der Zwischenverfügung vom 18.3.1997 hat es weder Nachweise über die Einlage verlangt noch sonst erkennen lassen, daß es der Versicherung des Geschäftsführers mißtraue –. Ein begründeter Anlaß ist aber entstanden, als die Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer auf den – berechtigten – Hinweis des Gerichts in der Verfügung vom 15.5.1997, wegen des Zeitablaufs seit der

Anmeldung sei die Abgabe einer notariell beglaubigten ergänzenden Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG und die Vorlage einer aktuellen Bilanz erforderlich, lediglich am 17.6.1997 versicherte, das Vermögen der Gesellschaft habe „unter Einbeziehung der ausstehenden Einlagen“ nach Abzug aller Verbindlichkeiten und Rückstellungen – abgesehen von dem satzungsmäßig übernommenen Gründungsaufwand – zur Zeit selbst bei vorsichtiger Bewertung noch immer einen wirtschaftlichen Wert, der dem satzungsmäßigen Nennbetrag des Stammkapitals entspreche, die Zwischenbilanz vom 12.7.1997 vorlegte, die sich völlig mit der Eröffnungsbilanz deckte und dazu angab, der Betrag von 50.000,00 DM befinde sich seit dem 21.2.1997 – bar „in den Geschäftsräumen der Gesellschaft“.

Wenn auch die Einzahlungen auf die Stammeinlagen nicht unbedingt durch eine – vorbehaltlose – Gutschrift auf einem Bankkonto erfolgen müssen, das für die Gesellschaft eingerichtet worden ist, sondern auch durch Barzahlung an die Gesellschaft in Gründung erbracht werden können (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG 7. Aufl., Rdnr. 28 zu § 7), so daß eine entsprechende Versicherung des Geschäftsführers bei der Anmeldung der Gesellschaft nicht bereits auf Mißtrauen beim Registergericht stoßen muß, so widerspricht aber die vom Geschäftsführer der Gesellschaft in Gründung abgegebene Erklärung über die Bareinzahlung und Verwahrung des Geldes in den Geschäftsräumen der Gesellschaft so sehr wirtschaftlicher Vernunft, daß die Vorinstanzen sie zu Recht als wenig wahrscheinlich und ungläubhaft angesehen haben. Die Aufbewahrung eines Geldbetrages in der genannten Höhe in den Geschäftsräumen erscheint schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung fernliegend. Erst recht muß dies aber für einen in Finanzfragen nach eigenen Angaben erfahrenen Steuerberater gelten. Es ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, daß die Vorinstanzen angesichts der vorgelegten Eröffnungs- und Zwischenbilanz und der Angaben zur Aufbewahrung der 50.000,00 DM den Versicherungen des Geschäftsführers der Gesellschaft in Gründung nicht ohne weiteres glaubten, sondern die in der Verfügung des Registergerichts vom 31.7.1997 näher bezeichneten Nachweise verlangten.

18. GmbHG § 34 (*Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Einziehungsbeschlusses*)

Der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen worden ist, bleibt Mitglied der Gesellschaft, bis er die ihm zustehende Abfindung erhalten hat.

(Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 17.5.1996 – 6 U 8/95 (rechtskräftig durch Nichtannahme der Revision – BGH, Beschluß vom 28.4.1997 – II ZR 162/96 –)

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin ist Mitgesellschafterin der Beklagten.

Der Gesellschaftsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 3 Abs. 1:

Die Gesellschaft wird bis zum 31.12.2000 fest abgeschlossen. Von da an ist ihre Dauer unbestimmt.

§ 9 Abs. 2:

...

Im übrigen ist das Recht zur Kündigung auf die Kündigung aus wichtigem Grund zum Ende eines Kalenderjahres, unter

Einhaltung einer Frist von 3 Monaten, beschränkt. Zieht die Gesellschaft den Anteil gemäß § 10 Abs. 3 ein, so ist die Kündigung gegenstandslos.

§ 10 (Einziehung von Geschäftsanteilen) Abs. 1:

Die Einziehung eines Geschäftsanteils kann mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters jederzeit beschlossen werden.

Abs. 3: Die Einziehung kann ferner ohne Zustimmung erfolgen, wenn ein Gesellschafter kündigt ...

Abs. 4: Im Falle der Einziehung ... hat die Gesellschaft eine Abfindung in folgender Höhe zu leisten:

(...)

Abs. 5: Abweichend von Abs. 4 ist der Verkehrswert des Anteiles zu erstatten, wenn ein Gesellschafter aus einem wichtigen Grund, den die Gesellschaft oder die Gesamtheit der Gesellschafter zu vertreten haben, kündigt.

Abs. 6: Ein nach Abs. 4 und 5 zu zahlender Betrag wird in fünf gleichen Jahresraten ausgezahlt. Die erste Rate ist bei Ausscheiden, die übrigen jeweils am 2.1. der darauffolgenden Jahre fällig. Der jeweilige Restbetrag wird mit 2% p.a. über dem jeweils zu Beginn eines Jahres gültigen Diskontsatz verzinst.“

Mit Schreiben vom 24.9.1993 kündigte die Klägerin den Gesellschaftsvertrag zum 31.12.1993 aus wichtigem Grund. Hilfsweise erklärte sie aus wichtigem Grund ihren fristlosen Austritt aus der Gesellschaft. Zur Begründung führte sie an, sie verfüge über keinerlei sonstige Einkünfte und sei daher auf die Ausschüttung der Jahresgewinne in voller Höhe existentiell angewiesen. Gleichwohl habe man in den beiden vergangenen Jahren gegen ihr ausdrückliches Votum beschlossen, nur eine Minimalausschüttung vorzunehmen und den größten Teil der Gewinne zu thesaurieren.

(...)

Am 9.11.1993 fand eine Gesellschafterversammlung statt, bei der der Rechtsanwalt der Beklagten zugegen war. Im Protokoll der Versammlung ist zu Tagesordnungspunkt 9 folgendes festgehalten:

„... unterrichtet die Gesellschafter davon, daß Frau [Klägerin] mit Schreiben vom 24.9.1993 das Gesellschaftsverhältnis gemäß § 9 Abs. 3 Satz 3 Gesellschaftsvertrag zum 31.12.1993 gekündigt hat. Auf Antrag des ... fassen die Gesellschafter gemäß § 10 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag mit allen Stimmen (bei Stimmenthaltung der Frau [Klägerin]) folgenden Beschluß: Der Geschäftsanteil der Frau [Klägerin] wird mit Wirkung vom 31.12.1993 eingezogen.“

Die Klägerin begehrt u.a. die Feststellung, daß sie bis zur vollständigen Zahlung des gesamten Abfindungsguthabens Gesellschafterin der Beklagten bleibe und nicht aufgrund des Einziehungsbeschlusses vom 9.11.1993 zum 31.12.1993 ausgeschieden sei.

Mit Teilurteil hat das Landgericht dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die Beklagte hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Diese hat das OLG durch Teilurteil zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

1. Das Begehren der Klägerin an der gerichtlichen Feststellung, daß sie bis zur vollständigen Zahlung des gesamten Abfindungsguthabens Gesellschafterin der Beklagten bleibt und nicht schon aufgrund Einziehungsbeschlusses vom 9.11.1993 mit Wirkung zum 31.12.1993 ausgeschieden ist, ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet und daher zivilprozessual als selbständige positive Feststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO zu werten. Das erforderliche rechtliche Interesse der Klägerin an der alsbaldigen Feststellung ist schon deswegen zu bejahen, weil die Beklagte ihre Mitgliedschaftsrechte nach Belieben in Abrede stellt und demzufolge etwaige Mitwirkungsbefugnisse der Klägerin bei Gesellschafterversammlungen bestreitet.

2. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist auch begründet, weil ihre Eigenschaft als Gesellschafterin der Beklagten trotz

wirksamer Einziehung ihres Geschäftsanteils zum Stichtag 31.12.1993 aufgrund Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 9.11.1993 noch nicht geendet hat.

2.1 Der Senat geht – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des erstinstanzlichen Gerichts – davon aus, daß rechtliche Grundlage des Einziehungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 9.11.1993 die mit Schreiben der Klägerin vom 24.9.1993 erklärte Kündigung des Gesellschaftsvertrags aus wichtigem Grund war, die die Beklagte als rechtsgültig hingenommen, d. h. akzeptiert hat, und deswegen gemäß § 9 Abs. 2 letzter Satz in Verbindung mit § 10 Abs. 3 ihrer Satzung die Einziehung des Geschäftsanteils der Klägerin beschlossen hat; die Annahme des erstinstanzlichen Gerichts, die Beklagte habe damit auch zugleich die von der Klägerin bezeichneten wichtigen Gründe zur außerordentlichen Kündigung als in ihrer Sphäre liegend anerkannt, erscheint dem Senat allerdings nicht gerechtfertigt, kann aber hier dahinstehen.

Aufgrund des vorprozessualen Schriftwechsels der Parteien ist die Annahme begründet, daß die Beklagte die Kündigungserklärung der Klägerin vom 24.9.1993 zum 31.12.1993, gestützt auf das Vorliegen wichtiger Gründe, anerkannt hat.

(...)

2.2 Der Einziehungsbeschluß der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 9.11.1993 ist rechtswirksam zustande gekommen.

Der Beschluß hat seine rechtliche Grundlage in § 10 der Satzung der Beklagten, der unter bestimmten Voraussetzungen die Einziehung von Geschäftsanteilen ausdrücklich zuläßt (vgl. § 34 Abs. 1 GmbHG).

Nichtigkeitsgründe im Sinne analoger Anwendung des § 241 AktG sind weder dargetan noch ersichtlich. Eine Anfechtung des Beschlusses analog §§ 243 ff. AktG fand nicht statt; er ist daher in Bestandskraft erwachsen.

Im übrigen ist der Beschluß über die Einziehung des Geschäftsanteils der Klägerin auch nicht deswegen fehlerhaft, weil er nicht zugleich eine Regelung über die Höhe des an die Klägerin zu zahlenden Abfindungsbetrags enthält.

Ein Gesellschafterbeschluß, der über die Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters befindet, bedarf – soweit der Gesellschaftsvertrag keine gegenteilige Regelung vorsieht – nicht der gleichzeitigen Festsetzung des Abfindungsbetrags des ausscheidenden Gesellschafters (vgl. BGH NJW-RR 1995, 667, 668). Schreibt der Gesellschaftsvertrag – wie vorliegend der Fall – die gleichzeitige Festsetzung des Abfindungsbetrags nicht vor, bestimmen sich Höhe und Zahlungsmodalitäten nach der im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelung (vgl. BGH a.a.O.).

Darüber hinaus hat der Senat keine Anhaltspunkte dafür, daß der Einziehungsbeschluß gegen die Bestimmungen der §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG – Gebot der Erhaltung des Stammkapitals – verstoßen könnte; eine entsprechende Befürchtung wäre dann begründet, wenn schon bei Fassung des Einziehungsbeschlusses festgestanden hätte, daß im Augenblick der Zahlung das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angetastet werden muß (vgl. hierzu *Scholz, GmbHG*, 8. Aufl., Rdnr. 52 zu § 34 GmbHG).

Da die Beklagte selbst vorgetragen hat, für ein etwaiges Ausscheiden der Klägerin finanzielle Vorsorge durch Bildung von Rücklagen getroffen zu haben, liegt eine solche Annahme hier fern.

2.3. Der Senat schließt sich allerdings – wie schon das Landgericht – der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung an, wonach der Einziehungsbeschluß im Hinblick auf das Gebot der Kapitalerhaltung zur Sicherung des betroffenen Gesellschafters unter der aufschiebenden gesetzlichen Bedingung steht, daß die Zahlung der Abfindung ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals erfolgt. Dies hat rechtlich zur Folge, daß die Zwangseinziehung des Geschäftsanteils nicht schon mit der Bekanntgabe an den betroffenen Gesellschafter, sondern erst mit der vollständigen Zahlung des Abfindungsbetrags wirksam wird. Danach bleiben der Geschäftsanteil und mit ihm die Gesellschafterstellung bis zur endgültigen Zahlung der Abfindung bestehen. Auch das Stimmrecht besteht weiter, allerdings mit der Einschränkung, daß die Treupflicht es dem Gesellschafter verbietet, gegen Maßnahmen zu stimmen, die seine Vermögensinteressen nicht tangieren.

Der Senat verkennt nicht, daß die Ungewißheit über das Wirksamwerden der Einziehung zu erheblicher Rechtsunsicherheit – so vor allem bei langandauernden Abfindungsstreitigkeiten – führen kann; diese Konsequenzen sind aber nach herrschender und vom Senat geteilter Meinung im Interesse des betroffenen Gesellschafters in Kauf zu nehmen (s. Überblick zum Meinungsstand: BGH a.a.O., 669; Scholz a.a.O., Rdnrn. 53–56 zu § 34 GmbHG).

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann dem Wortlaut ihrer statutarischen Regelung in § 10 Abs. 6 Satz 2, wonach „die erste Rate bei Ausscheiden fällig sei“, nicht so verstanden werden, daß damit der Zeitpunkt des Verlusts des Geschäftsanteils bestimmt werden sollte. Der Senat geht vielmehr mit dem Landgericht davon aus, daß es sich hierbei lediglich um eine Fälligkeitsbestimmung handelt, mit der außerdem der Stichtag für die vermögensrechtliche Abwicklung festgelegt wurde (vgl. BGHZ 88, 320, 323).

3. zur Frage der Gültigkeit der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Höhe der der Klägerin zu leistenden Abfindung bedarf es noch der Beweisaufnahme.

19. BGB § 181; HGB §§ 161 Abs. 2, 125 Abs. 4 (*Keine Eintragungsfähigkeit der Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von § 181 BGB im Handelsregister der KG*)

Die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH vom Verbot des Selbstkontrahierens kann nicht im Handelsregister der KG eingetragen werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG München I, Beschluß vom 6.2.1997 – 17 HKT 1511/97 –, mitgeteilt von Notar Dr. Norbert Mayer, Pfarrkirchen

Aus dem Tatbestand:

Mit Schreiben vom 6.8.1996 wurde für die M. GmbH der Formwechsel der Gesellschaft in die Rechtsform einer Kommanditgesellschaft in Firma M. GmbH & Co. KG zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Der Anmeldung zufolge sind Gesellschafter der Kommanditgesellschaft die Firma M. Verwaltungs-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und Herr M. als Kommanditist mit einer Hafteinlage von DM 1 Million. Unter Ziffer 5. des Schreibens vom 6.8.1996 wurde zum Handelsregister angemeldet, daß der persönlich haftende

Gesellschafter und dessen jeweiliger Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.

Aufgrund Eintragungsverfügung des Amtsgerichts München – Registergericht – wurde die M. GmbH & Co. KG in das Handelsregister bei dem Amtsgericht München eingetragen. In Spalte 5 „Rechtsverhältnisse“ wurde u. a. eingetragen:

„Die persönlich haftende Gesellschafterin M. Verwaltungs-GmbH ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten.“

Mit Schreiben vom 6.12.1996 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der M. GmbH & Co. KG gegenüber dem Amtsgericht München, daß die in der Anmeldung vom 6.8.1996 enthaltene Regelung, wonach der jeweilige Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschaft von § 181 BGB befreit ist, nicht in das Handelsregister eingetragen wurde.

Zugleich wurde gegen die Zurückweisung des vorstehenden Antrags Erinnerung eingelegt mit dem Antrag, die Eintragung wie angemeldet vorzunehmen.

Das Amtsgericht München – Registergericht – hat der Erinnerung nicht abgeholfen und die Erinnerung dem Landgericht München I zur Entscheidung vorgelegt.

Die Erinnerung/Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Amtsgericht München – Registergericht – ist zutreffend davon ausgegangen, daß die allgemeine Befreiung der jeweiligen Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Die Beschwerde gegen die mit der Eintragung gemäß Eintragungsverfügung vom 22.11.1996 erfolgte Zurückweisung der weitergehenden Anmeldung kann daher keinen Erfolg haben.

Bei einer Kommanditgesellschaft ist gemäß § 161 Abs. 2 HGB i. V. m. § 125 Abs. 4 HGB jede vom Gesetz abweichende vertragliche Anordnung über die Vertretung der Gesellschaft zum Handelsregister anzumelden. Eintragungsfähig ist somit auch, wenn einem Vertreter der Kommanditgesellschaft das Selbstkontrahieren gestattet wird.

Diesen rechtlichen Gegebenheiten entsprechend, hat das Amtsgericht München – Registergericht – in das Handelsregister eingetragen, daß die zur Vertretung der Gesellschaft befugte, persönlich haftende Gesellschafterin M. GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Die Befreiung des jeweiligen Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin von den Beschränkungen des § 181 BGB betrifft nicht die Vertretungsbefugnis der M. Verwaltungs-GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft, sondern die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der M. Verwaltungs-GmbH. Die von den Anmeldern begehrte und vom Registergericht für unzulässig erachtete Eintragung stellt somit eine Regelung auf der Ebene der persönlich haftenden Gesellschafterin und nicht auf der Ebene der Kommanditgesellschaft dar. Damit wird der Bereich der für die Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eintragungsfähigen Tatsachen verlassen.

Die angegriffene Entscheidung des Registergerichts entspricht § 40 Ziffer 5, II d HRV. Dort ist bestimmt, daß bei Kommanditgesellschaften in Spalte 5 des Handelsregisters einzutragen sind Vereinbarungen über die Vertretungsbefugnis der persönlich haftenden Gesellschafter. § 40 HRV legt nicht fest, daß für die Kommanditgesellschaft auch in das Handelsregister einzutragen ist, durch wen und in welcher Weise die persönlich haftenden Gesellschafter vertreten werden.

Das im Beschwerdeschriftsatz vom 6.12.1996 als Argument für die Eintragungsfähigkeit genannte Bedürfnis des Rechtsverkehrs rechtfertigt keine andere Beurteilung.

Das Handelsregister dient der Offenbarung der wichtigsten Rechtsverhältnisse der Unternehmen des Handelsstandes. Das Handelsregister hat die Funktion, im Interesse der Außenstehenden über die Verhältnisse des eingetragenen Unternehmens zu informieren. Hierfür nicht unbedingt erforderliche oder registerfremde Informationen überfrachten das Handelsregister und machen es für den eigentlichen Zweck der Information des Geschäftsverkehrs schwerfällig, wenn nicht untauglich. Ein bloßes Interesse des Anmelders an der Eintragung vermag den Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen daher nicht zu erweitern.

Das Amtsgericht München – Registergericht hat es daher im Rahmen einer Abwägung zwischen den Individualinteressen der Anmelder und den Interessen des Geschäftsverkehrs zu Recht abgelehnt, die bei der Kommanditgesellschaft registerfremde Tatsache der Befreiung des jeweiligen Geschäftsführers der persönlich haftenden Gesellschafterin von den Beschränkungen des § 181 BGB in das Handelsregister einzutragen.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Westermeier*, in diesem Heft S. 155.

Beurkundungs- und Notarrecht

20. BGB §§ 117 Abs. 1, 125, 313; BeurkG § 53; BNotO § 15 Abs. 1 (*Zur Vollzugspflicht des Notars bei Schwarzkauf*)

Der Notar darf die Einreichung einer von ihm beurkundeten Auflassung eines Grundstücks beim Grundbuchamt verweigern, wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß der beurkundete Kaufvertrag wegen Unterverbriefung als Scheingeschäft nichtig ist und der gewollte Vertrag nur durch die Eintragung ins Grundbuch gültig würde.

BayObLG, Beschluß vom 28.11.1997 – 3Z BR 241/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 3 verkaufte mit notariellem Vertrag vom 16.12.1996 den Beteiligten zu 1 und 2 zu Miteigentum nach gleichen Bruchteilen mehrere Grundstücke in D. Im Vertrag wurde ein Kaufpreis von 2.300.000 DM beurkundet. In Nummer III des Vertrags wurde vereinbart, daß sich die Vertragsteile über den Eigentumsübergang an den Grundstücken einig sind und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch beantragen. Zur Sicherung des Kaufpreisanspruchs räumten die Käufer dem Verkäufer eine Sicherungshypothek in Höhe des Kaufpreises von 2.300.000 DM ein. Ferner wiesen die Beteiligten den Notar unwiderruflich an, die Eintragung der Auflassung erst zu beantragen, wenn ihm der Verkäufer schriftlich bestätigt hat, daß der Kaufpreis einschließlich der Zinsen voll bezahlt ist. In Nummer IV des notariellen Vertrags bewilligte der Verkäufer die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Der Kaufpreis sollte erst fällig sein nach Eintragung der Auflassungsvormerkung und nach Vorliegen der Gläubigererklärungen und der Grundpfandrechtsbriefe, die zur Lastenfreistellung erforderlich sind, sowie nach Vorliegen der behördlichen Eintragungsvoraussetzungen.

Am Tag nach der Beurkundung verlangte der Verkäufer von den Käufern die sofortige Zahlung des nach seiner Behauptung vereinbarten Kaufpreises. Mit Schriftsatz vom 18.12.1996 legten die Verfahrensbevollmächtigten des Verkäufers dar, auf Wunsch der Käufer sei nur ein Kaufpreis von 2.300.000 DM beurkundet worden, tatsächlich sei aber ein Kaufpreis von 4.300.000 DM vereinbart worden. Der Betrag von 2.000.000 DM habe bar bei Vertragsabschluß übergeben werden sollen. Dabei sei der Verkäufer getäuscht worden, indem die Käufer im Banksafe nicht den vor der Beurkundung vorgezeigten Geldkoffer für ihn hinterlegt hätten, sondern einen äußerlich gleichen Koffer, der aber nur Zeitschriften enthalten habe. Die Käufer bestreiten, daß ein höherer Kaufpreis vereinbart worden sei. Die Täuschung mit dem Koffer sei vom Verkäufer erfunden. Sie verlangen daher, daß der Notar den von ihm beurkundeten Vertrag vollziehe. Dieser lehnte mit Schreiben vom 9.1.1997 die Vorlage der Urkunden beim Grundbuchamt ab, weil eine Mitwirkung bei Handlungen, die unerlaubten Zwecken dienen, verlangt werde. Es lägen ihm sachlich begründete Hinweise für eine Unterverbriefung im notariellen Vertrag vor.

Die Käufer erhoben hiergegen Beschwerde und beantragten, den Notar anzuweisen, den notariellen Vertrag zu vollziehen, hilfsweise die Eintragung der Auflassungsvormerkung zu veranlassen. Am 7.4.1997 wurde auf Antrag der Käufer die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Mit Beschluß vom 15.5.1997 wies das Landgericht die Beschwerde zurück. Hiergegen und gegen die Festsetzung des Beschwerdewerts auf 4.300.000 DM richtet sich die weitere Beschwerde der Käufer, die keinen Erfolg hatte.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt, der Notar habe die Vollziehung des Kaufvertrags begründet verweigert. Widerspreche einer der Beteiligten nachträglich dem Vollzug der Urkunde, dürfe der Notar seine Vollzugstätigkeit nur aufschieben, wenn ihm der Beteiligte einen ausreichend substantiierten Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des notariell beurkundeten Vertrags vortrage, dem der andere Teil nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu entgegnen versuche. Im vorliegenden Fall sei das Vorbringen des Verkäufers in Verbindung mit dem nachträglich erlangten privaten Wissen des Notars genügend detailliert und substantiiert und daher geeignet gewesen, massive Zweifel an der Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts zu wecken. Nach dem Vorbringen des Verkäufers sei über den im notariellen Vertrag vereinbarten Kaufpreis von 2.300.000 DM zusätzlich die Zahlung von 2.000.000 DM vereinbart worden, die dem Verkäufer in einem Koffer bar übergeben werden sollten. Dieser habe aber durch ein geschicktes Täuschungsmanöver nur einen Koffer mit wertlosen Zeitschriften erhalten, weshalb er die Nichteinhaltung des Vertrags sofort am nächsten Morgen telefonisch beanstandet habe. Die Käufer hätten diese Darstellung des Verkäufers schlicht bestritten, aber keinen stichhaltigen Grund dafür nennen können, weshalb der Verkäufer so umgehend den Kaufvertrag habe annullieren wollen. Ergänzend hat das Beschwerdegericht ausgeführt, daß die im Beschwerdeverfahren eingeholte Stellungnahme des Steuerberaters des Verkäufers und die Beiziehung der Protokolle über die Zeugenaussagen in den Ermittlungsverfahren gegen die Vertragsbeteiligten das Vorbringen des Verkäufers erhärtet hätten. Insbesondere die schriftliche Stellungnahme des Steuerberaters des Verkäufers habe dessen Darstellung bestätigt. Diese Feststellungen reichten aus, um die Beschwerde gegen den Bescheid des Notars zurückzuweisen. Der Hilfsantrag habe sich ohnehin durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung auf Antrag der Käufer erledigt.

2. Die landgerichtliche Entscheidung hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO, § 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend ist das Landgericht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen. Dem Notar obliegt bei der Beurkundung von Willenserklärungen, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, die Amtspflicht, die Urkunde ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen (§ 53 BeurkG). Gegen die Weigerung des Notars, die Urkunden einzureichen, kann gemäß § 15 Abs. 1 BNotO Beschwerde eingelegt werden, da diese Tätigkeit mit der Urkundstätigkeit in so engem Zusammenhang steht, daß sie als deren Bestandteil anzusehen ist (OLG Hamm OLGZ 1994, 495; OLG Köln OLGZ 1990, 397; *Seybold/Schippel/Reithmann* BNotO 6. Aufl. § 15 Rdnr. 27 f.; *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO 3. Aufl. § 15 Rdnr. 35 f.). Die Beteiligten zu 1 und 2 waren auch in ihren Rechten durch den Bescheid des Notars beeinträchtigt (§ 20 FGG). Der Notar entscheidet in einem solchen Fall als erste Instanz (vgl. OLG Hamm a.a.O.).

b) Die Entscheidung des Landgerichts ist frei von Rechtsfehlern.

aa) Entgegen der Beanstandung der Rechtsbeschwerdeführer hat das Beschwerdegericht seine Pflicht zur Amtsermittlung (§ 12 FGG) nicht dadurch verletzt, daß eine förmliche Vernehmung der von sämtlichen Beteiligten benannten Zeugen unterblieb. Über Art und Umfang seiner Ermittlungen entscheidet das Tatsachengericht nach pflichtgemäßem Ermessen (*Jansen* FGG 2. Aufl. § 12 Rdnr. 39; *Keidel/Amelung* FGG 13. Aufl. § 12 Rdnr. 85). Die Amtsermittlungspflicht wird durch die Voraussetzungen des materiellen Rechts begrenzt. Art und Umfang der Ermittlungen richten sich stets nach der Lage des Einzelfalles (BayObLG Rpfleger 1988, 413/414). Eine persönliche Einvernahme der Zeugen war im Beschwerdeverfahren nicht geboten. Denn auch das Beschwerdegericht brauchte nicht abschließend zu klären, ob tatsächlich eine Unterverbriefung vorlag. Im Rahmen der Beschwerde nach § 15 Abs. 1 BNotO war lediglich zu prüfen, ob der Notar seine weitere Urkundstätigkeit verweigern durfte, weil einer der Beteiligten einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Unwirksamkeitsgrund vorträgt, den der andere Beteiligte nicht überzeugend entkräften kann (vgl. OLG Hamm OLGZ 1994, 495; *Keidel/Winkler* BeurkG 13. Aufl. § 53 Rdnr. 11; *Huhn/von Schuckmann* BeurkG 3. Aufl. § 53 Rdnr. 32). Daher genügte es, daß das Landgericht seine Entscheidung auf den Hinweis des Notars im Schriftsatz vom 4.2.1997 über sein privat erlangtes Wissen, die schriftliche Stellungnahme des Steuerberaters des Verkäufers und die Vernehmungsprotokolle der Zeugen in den Ermittlungsverfahren gegen die Beteiligten stützt.

(bb) Zu Recht hat das Landgericht nicht allein darauf abgestellt, daß bisher die Voraussetzungen der Nr. III des notariellen Vertrags hinsichtlich der Fälligkeit des Kaufpreises noch gar nicht vorliegen. Denn dem Bescheid des Notars ist zu entnehmen, daß er derzeit ein weiteres Tätigwerden generell ablehnt, ohne Rücksicht auf die Frage der Vollzugsreife und ohne Rücksicht darauf, ob er aufgrund des Vertrags vom 16.12.1996 weitere Maßnahmen ergreifen muß, um die Vollzugsreife herbeizuführen (vgl. hierzu *Keidel/Winkler* BeurkG § 53 Rdnr. 12 f.; *Mecke/Lerch* BeurkG 2. Aufl. § 53 Rdnr. 7; *Huhn/von Schuckmann* BeurkG § 53 Rdnr. 32).

(1) Wie das Landgericht zutreffend ausführt, sind die Auflassungserklärungen im notariellen Vertrag vom 16.12.1996 Willenserklärungen im Sinn des § 53 BeurkG, die der Notar beim Grundbuchamt nach Eintritt der Vollzugsreife alsbald

einzureichen hat. Der Notar darf hiervon nur absehen, wenn die Vertragsparteien dies verlangen; er darf von der Einreichung der Urkunde nicht schon dann Abstand nehmen, wenn nur eine Vertragspartei dies verlangt (vgl. OLG Hamm OLGZ 1994, 495; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 15 Rdnr. 4 m.w.N.; *Keidel/Winkler* BeurkG § 53 Rdnr. 11; *Huhn/von Schuckmann* § 53 Rdnr. 38). Nur unter besonderen Umständen ist der Notar berechtigt, auf den einseitigen Widerspruch eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben, nämlich wenn ihm der Beteiligte einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund vorträgt, dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht (vgl. OLG Hamm a.a.O. S. 498; *Keidel/Winkler* BeurkG § 53 Rdnr. 24; *Seybold/Schippel* § 14 Rdnr. 19). Er muß von dem Vollzug eines Vertrags auch absehen, wenn er nach der Beurkundung erfährt, daß das beurkundete Rechtsgeschäft als Scheingeschäft nichtig ist, aber das gewollte Geschäft durch Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gültig würde (§ 313 Satz 2 BGB; BGHZ 89, 41/43). Auf eine Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts hinzuwirken, ist nicht Aufgabe des Notars (*Arndt/Lerch/Sandkühler* § 14 Rdnr. 135).

(2) Das Landgericht hat das Vorbringen des Verkäufers über die Vereinbarung einer Unterverbriefung und über das Täuschungsmanöver mit dem „Schwarzgeldkoffer“ als substantiierte Darlegung eines Nichtigkeitsgrundes gewürdigt, die durch die detaillierte schriftliche Stellungnahme des Steuerberaters und den Hinweis des Notars über sein privat erlangtes Wissen bestätigt worden sei. Denn trifft das Vorbringen zu, wäre der beurkundete Kaufvertrag gemäß § 117 Abs. 1 BGB, der Kaufvertrag mit dem tatsächlich vereinbarten Kaufpreis gemäß § 313 Satz 1, § 125 Satz 1 BGB nichtig. Das Landgericht hat die Entgegnung der Käufer als „fadenscheinig“ beurteilt. Diese Würdigung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Gegen die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Sachdarstellung der Zeugen (vgl. BGH NJW 1991, 3284; *Zimmermann* ZPO 3. Aufl. § 286 Rdnr. 6 bis 9) wenden sich die Rechtsbeschwerdeführer ohne Erfolg. Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Sachdarstellung obliegt dem Gericht der Tatsacheninstanz und ist im Rechtsbeschwerdeverfahren grundsätzlich nicht nachprüfbar (ständige Rechtsprechung; vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 583 und BayObLG FamRZ 1990, 1162/1163; *Jansen* § 27 Rdnr. 19; *Keidel/Kuntze* FGG § 27 Rdnr. 47). Der vom Landgericht aus der Beweiswürdigung gezogene Schluß ist zumindest möglich. Da im Verfahren nach § 15 BNotO die Frage der Nichtigkeit des beurkundeten Kaufvertrags nicht abschließend zu klären ist, konnte das Beschwerdegericht auch darauf verzichten, wegen der einander widersprechenden Aussagen der Kaufinteressenten in den Ermittlungsverfahren zur Höhe des ihnen als Verhandlungsbasis genannten Kaufpreises weitere Ermittlungen durchzuführen.

c) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, daß sich durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Käufer am 7.4.1997 die Beschwerde insoweit erledigt.

Die Rechtsbeschwerde erweist sich somit als unbegründet.

Hinweis der Schriftleitung

Vgl. hierzu den Beitrag von *Dr. Winkler*, in diesem Heft S. 141.

21. BeurkG § 53; BNotO § 15 (*Statthaftigkeit der Beschwerde gegen Vorbescheid des Notars; zur Frage der Beachtlichkeit einer nachträglichen einseitigen Weisung nur eines Beteiligten*)

- 1. Gegen einen Vorbescheid, mit dem der Notar ankündigt, er werde die notarielle Grundstückskaufvertragsurkunde entgegen einer nachträglichen Weisung nur eines Beteiligten zum Vollzug beim Grundbuchamt einreichen, ist die Beschwerde zum Landgericht statthaft.**
- 2. Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt grundsätzlich nicht auf Weisung nur eines Beteiligten absehen. Ein Ausnahmefall kann gegeben sein, wenn der Kaufvertrag, gegebenenfalls nach Anfechtung, ersichtlich unwirksam ist oder eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß beim Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde.**

BayObLG, Beschluß vom 16.1.1998 – 3Z BR 514/97 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde vom 15.5.1996 verkaufte die Beteiligte zu 1 ein Grundstück an die Beteiligte zu 2. Der Kaufvertrag lautet auszugsweise:

IV.

Kaufpreis

1. Der Kaufpreis beträgt DM 550.000,–. Im Kaufpreis mitenthalten sind die vorhandenen Planungsunterlagen inklusive Statik und der Antrag für den Dachgeschoßausbau. ...
2. a) Die erste Kaufpreisrate in Höhe von DM 430.000,– ist zur Zahlung fällig 14 Tage nach Zugang einer Bestätigung des Notars. ...
b) Die zweite Kaufpreisrate in Höhe von DM 120.000,– ist, das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen für die 1. Kaufpreisrate vorausgesetzt, nach Aushändigung der behördlichen Genehmigung für den Dachausbau an den Käufer zur Zahlung fällig. Sollte die Genehmigung bis spätestens 31.10.1996 nicht erteilt sein, reduziert sich der Kaufpreis um DM 120.000,–. Der Käufer verpflichtet sich schon heute, alle zur Wirksamkeit erforderlichen Erklärungen abzugeben.

V.

Auflassung, Auflassungsvormerkung

1. Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf den Käufer gemäß der Vereinbarung in Ziffer II einig. Diese unbedingte Auflassung enthält ausdrücklich weder Eintragungsbewilligung noch -antrag.

Die Vertragsteile erteilen für sich und ihre Rechtsnachfolger dem beurkundenden Notar, seinem Vertreter oder Amtsnachfolger Vollmacht, die Eintragung des Eigentumswechsels zu bewilligen und zu beantragen.

Die Vertragsteile weisen den Notar gemeinsam an, die Eigentumsbeschreibung erst zu bewilligen und zu beantragen, wenn der Verkäufer die Kaufpreiszahlung (ohne Zinsen) bestätigt oder der Käufer dies nachgewiesen hat.

...

Vollmacht und Anweisung sind einseitig nicht widerruflich.

Die in IV, 2 b der Kaufvertragsurkunde erwähnte behördliche Genehmigung für den Dachausbau wurde am 19.11.1996 erteilt. Die Käuferin hat an die Verkäuferin den Betrag von 430.000 DM gezahlt und beim Notar Vollzug der Urkunde beantragt. Die Verkäuferin hat den Notar aufgefordert, die Kaufvertragsurkunde erst dann zum Vollzug beim Grundbuchamt vorzulegen, wenn der ausstehende Kaufpreisrest von 120.000 DM ebenfalls gezahlt ist. Soweit sich die Käuferin auf den verspäteten Eingang der Dachausbaugenehmigung berufe

und damit von einem geminderten Kaufpreis von 430.000 DM ausgehe, verstoße dieser Einwand im Hinblick auf die nur geringfügige, von der Verkäuferin überdies nicht zu vertretende Verzögerung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben; geschuldet sei ein Kaufpreis von 550.000 DM.

Mit Schreiben vom 21.8.1997 hat der Notar der Verkäuferin mitgeteilt, daß er den Vollzug der Auflassung beim Grundbuchamt beantragen werde und ihr anheimgebe, gegen dieses angekündigte Vorgehen gemäß § 15 BNotO Beschwerde einzulegen.

2. Die daraufhin von der Verkäuferin eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Verkäuferin blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO, §§ 27, 29 FGG); die Beschwerdebefugnis der Verkäuferin ist aufgrund der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde gegeben.

1. Die Erstbeschwerde ist zulässig. Zu Recht weist aber die Rechtsbeschwerde darauf hin, daß sich das Landgericht zur Begründung seiner Entscheidung und damit auch zur Frage der Zulässigkeit der Erstbeschwerde für den hier gegebenen Sachverhalt nicht auf § 52 BeurkG, der die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung betrifft, beziehen konnte. Aber auch die Auffassung der Rechtsbeschwerde, hier sei § 24 BNotO einschlägig, trifft nicht zu.

Auszugehen ist vielmehr von § 53 BeurkG. Dort ist bestimmt, daß der Notar, der beim Grundbuchamt einzureichende Willenserklärungen beurkundet hat, die Amtspflicht hat, diese Urkunde unverzüglich beim Grundbuchamt einzureichen. Lehnt der Notar die Vorlage ab, kann gegen einen solchen Bescheid nach § 15 Abs. 1 BNotO die Entscheidung des Landgerichts angerufen werden. Zur Urkundstätigkeit des Notars gehört auch das sich anschließende Vollzugsverfahren (vgl. OLG Hamm OLGZ 1994, 495/497; OLG Frankfurt a.M. DNotZ 1992, 389/390; OLG Köln OLGZ 1990, 397/398; *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 1997, Rdnr. 730; ders. DNotZ 1992, 18). Deshalb spielt hier die Frage, ob der Beschwerdeweg zum Landgericht auch für die Tätigkeit eines Notars nach §§ 23, 24 BNotO zulässig ist, keine Rolle (diese Frage bejahend BGH DNotZ 1980, 496; OLG Hamm DNotZ 1985, 56; so nunmehr auch ausdrücklich § 15 Abs. 2 BNotO-E, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung, BT-Drucks. 13/4184 vom 21.3.1996, S. 7). Nach überwiegender Meinung, der sich der Senat anschließt, ist die Beschwerde auch gegen die angekündigte Vornahme einer Amtshandlung zulässig (vgl. BayObLGZ 1995, 204/207; OLG Hamm a.a.O. und FGPrax 1995, 171 [= MittBayNot 1995, 411]; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1992, 61; SchlHOLG DNotZ 1993, 67; LG Frankenthal MittBayNot 1996, 321 m. Anm. *Vollhardt* S. 323; *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO 3. Aufl. § 15 Rdnr. 85; *Seybold/Schippel/Reithmann* BNotO 6. Aufl. § 15 Rdnr. 79; *Haug* a.a.O. Rdnr. 737; a.A. LG Frankfurt a. M. DNotZ 1989, 650). Gegen einen Vorbescheid, mit dem der Notar ankündigt, er werde die Urkunde zum Vollzug beim Grundbuchamt entgegen der Weisung eines Beteiligten einreichen, ist die Beschwerde nach § 15 BNotO statthaft. Durch die Ablehnung des Notars, der Weisung der Verkäuferin zu folgen, ist diese in ihren Rechten beeinträchtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Im Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO hat der Bescheid des Notars die Wirkung einer erstinstanzialen Entscheidung; der Notar ist weder Beschwerdegegner noch Verfahrensbeteiligter (vgl. OLG Hamm DNotZ 1989, 648/649).

2. Das Rechtsmittel ist unbegründet. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob die durch den Notar im Vorbescheid angekündigte Handlungsweise pflichtwidrig ist. Das ist hier zu verneinen.

Die in der Kaufvertragsurkunde vom 15.5.1996 enthaltenen Auflassungserklärungen sind Willenserklärungen im Sinne von § 53 BeurkG. Der Notar darf von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt nur absehen, wenn dies Käufer und Verkäufer verlangen. Ist Vollzugsreife gegeben, darf der Notar die Einreichung nicht schon dann unterlassen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag widerruft oder sonst Weisung zur Nichteinreichung gibt (vgl. Hamm OLGZ 1994, 495/497, OLG Köln OLGZ 1990, 397/401, *Keidel/Winkler* BeurkG 13. Aufl. § 53 Rdnr. 22; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 53 BeurkG Rdnr. 17). Nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen kann der Notar berechtigt sein, auf einseitige Weisung nur eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt kann angenommen werden, wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des Kaufvertrages oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt und der andere Beteiligte dagegen keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann. Eine Weigerung des Notars kann ferner berechtigt sein, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde (vgl. OLG Hamm a.a.O. S. 498; *Keidel/Winkler* § 53 BeurkG Rdnr. 24; *Jansen* a.a.O. § 53 BeurkG Rdnr. 18); ferner, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit feststehen würde, daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, so daß es an der Vollzugsreife fehlen würde. Solche Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

b) Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt sind nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür zu erkennen, daß der notarielle Vertrag vom 15.5.1996 unwirksam wäre oder durch seinen Vollzug das Grundbuch mit hoher Wahrscheinlichkeit unrichtig werden würde. Der Vollzug scheitert auch nicht daran, daß der Kaufpreis nicht gezahlt worden wäre. Nach den Vereinbarungen im Kaufvertrag beträgt der Kaufpreis für das Grundstück 430.000 DM, falls die behördliche Genehmigung zum Dachausbau nicht bis spätestens 31.10.1996 erteilt ist. Diese Bedingung ist eingetreten, da die Genehmigung erst nach diesem Zeitpunkt erteilt worden ist. Da der Kaufpreis von 430.000 DM gezahlt ist, handelt der Notar nicht pflichtwidrig, wenn er die Urkunde dem Grundbuchamt zum Vollzug einreicht. Dies gilt unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob der Verkäuferin gegen den Käufer ein Anspruch auf Zahlung weiterer 120.000 DM, sei es aus Treu und Glauben oder einem anderen Rechtsgrund zustehen kann. Ob dieser Anspruch im Endergebnis besteht, hat der Notar nicht zu prüfen. Der Vollzug der Urkunde hindert nicht die Geltendmachung eines solchen Anspruchs.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Dr. Winkler*, in diesem Heft S. 141.

Kostenrecht

22. KostO § 36 Abs. 2, § 38 Abs. 2 Nr. 6 a (*Höhe der Auflassungsgebühr nach Beurkundung des Grundgeschäfts im Ausland*)

Ist das einer Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem ausländischen Notar beurkundet worden, so tritt für die Beurkundung der Auflassung keine Ermäßigung der Gebühr auf 5/10 ein (wie BayObLG DNotZ 1978, 58 gegen OLG Celle JurBüro 1997, 207 u.a.).

OLG Hamm, Beschluß vom 24.2.1998 – 15 W 369/97 –

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 2) beurkundete eine Auflassung an einem Grundstück, welches zuvor von der Stadtwerke AG anlässlich der Gründung der Beteiligten zu 1) in die Gesellschaft eingebracht worden war. Der schuldrechtliche Einbringungsvertrag war in der Schweiz beurkundet worden.

Der Beteiligte zu 2) erteilte der Beteiligten zu 1) eine Kostenberechnung, die mit 14.419,85 DM abschließt. Sie weist für die Beurkundung der Auflassung eine 20/10 Gebühr aus §§ 32, 36 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 4.060.240,00 DM über 12.460,00 DM sowie geringfügige Schreibauflagen sowie „Post- und Telekommunikations-Gebühren“ nebst 15% Umsatzsteuer aus.

Gegen diese Kostenberechnung hat die Beteiligte zu 1) Beschwerde mit der Begründung eingelegt, die Gebührenermäßigung nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO (5/10 Gebühr) sei auch dann zu gewähren, wenn das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft wie hier – vor einem ausländischen Notar beurkundet worden sei.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO).

Die Ermäßigungsvorschrift des § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO findet keine Anwendung, wenn das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft von einem ausländischen Notar beurkundet worden ist.

Nach dieser Bestimmung kann der Notar für die Beurkundung der Auflassung entgegen § 36 Abs. 2 KostO, nach dem für die Beurkundung von Verträgen das Doppelte der vollen Gebühr erhoben wird, nur die Hälfte der vollen Gebühr beanspruchen, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft bereits beurkundet ist. Ob die Ermäßigungsvorschrift entsprechend ihrem Wortlaut auszulegen ist, so daß auch bei Vorbeurkundungen vor ausländischen Notaren die Gebührenermäßigung zu gewähren ist, oder ob die Norm in einem inneren Zusammenhang mit § 36 Abs. 2, § 42 KostO steht und mithin eine der Kostenordnung unterliegende Vorbeurkundung im Inland meint, wird in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur unterschiedlich beantwortet. Während eine Reihe von Oberlandesgerichten den ersten Standpunkt eingenommen hat (vgl. OLG Celle JurBüro 1997, 207 mit ablehnender Anmerkung *Bund*; OLG Düsseldorf DNotZ 1991, 410; OLG Stuttgart DNotZ 1991, 411, jeweils mit ablehnender Anmerkung *Lappe* DNotZ 1991, 413; KG DNotZ 1938, 463 f.; OLG Zweibrücken FGPrax 1995, 204; ebenso: LG Bonn BB 1971, 2405), beschränkt das Bayerische Oberste Landesgericht gefolgt von der Literatur den Anwendungsbereich der Ermäßigungsvorschrift auf die Vorbeurkundung vor deutschen Nota-

ren (BayObLG DNotZ 1978, 58; *Göttlich/Mümmeler*, Kostenordnung, 12. Aufl., Stichwort „Auflassung“ Anmerkung 2.4; *Korintenberg/Lappe*, KostO, 13. Aufl., § 38 Rdnr. 50; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 38 Rdnr. 44; vgl. auch *Wochner* DNotZ 1996, 773, 777 f.). Der erkennende Senat tritt der Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts bei. Für sie spricht entscheidend, daß die Ermäßigungstatbestände des § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO in einem inneren Zusammenhang zu den Gebührenentstehungstatbeständen insbesondere in §§ 36, 42 KostO stehen. Daraus folgt, wie das BayObLG a.a.O., *Lappe* a.a.O. und *Wochner* a.a.O. im einzelnen dargelegt haben, daß der in § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO verwandte Rechtsbegriff der Beurkundung von seiner Systematik her nichts anderes meint als ein nach den Vorschriften dieses Gesetzes gebührenpflichtiges Urkundsgeschäft.

Der von der anderen Auffassung angeführte „Normzweck“ des § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO steht dieser Auslegung nicht entgegen. In diesem Zusammenhang spielt entgegen der Begründung der Rechtsbeschwerde keine Rolle, daß die Vorbeurkundung im vorliegenden Falle gerade in der Schweiz vorgenommen worden ist und diese, wie das OLG Celle a.a.O. in einem ähnlich gelagerten Fall ausgeführt hat, dieselbe Qualität habe wie eine Beurkundung in der Bundesrepublik Deutschland, und nicht ersichtlich sei, daß Prüfungs- und Belehrungspflichten des deutschen Notars bei Vorbeurkundungen in der Schweiz wesentlich beeinflusst würden. Es kann nicht die Konsequenz kostenrechtlicher Bestimmungen sein, vor der Entscheidung über die Anwendung der Ermäßigungsvorschrift zu prüfen, welche Rechtsstellung die Urkundsperson des jeweiligen Staates hat, in dem das zugrunde liegende Rechtsgeschäft geschlossen worden ist und welche rechtliche Qualität die Vorbeurkundung im Vergleich zu einer Beurkundung vor einem deutschen Notar hat (*Bund* a.a.O. S. 208).

Unter Anlegung des sonach gebotenen abstrakten Maßstabes ist festzustellen, daß die notarielle Beurkundung der Auflassung im Blick auf die dem Notar obliegenden Prüfungs- und Belehrungspflichten erschwert wird, wenn das zugrunde liegende Geschäft durch einen ausländischen Notar beurkundet ist. Auch dies hat das Bayerische Oberste Landesgericht im einzelnen ausgeführt; hierauf wird Bezug genommen. Der weitere Grundgedanke der Ermäßigungsvorschrift, daß die nochmalige Erhebung einer doppelten Gebühr für die Auflassung unbillig wäre, trifft im Falle der vorangegangenen Beurkundung des Grundgeschäfts durch einen ausländischen Notar gleichfalls nicht zu. Die Gebühren ausländischer Urkundspersonen können sehr unterschiedlich geregelt und deshalb höher oder niedriger als die in § 36 KostO für die Beurteilung in Deutschland bestimmte Gebühr sein. Die Fassung der Ermäßigungsvorschrift zeigt jedoch, daß nicht etwa im Einzelfall die für das zugrunde liegende Geschäft anfallende Gebühr mit der Gebühr für die Beurkundung der Auflassung verglichen und in ein bestimmtes Verhältnis zu ihr gesetzt, sondern eine allgemeine Regelung getroffen werden sollte. Diese konnte jedoch nur von derjenigen Gebühr als einem feststehenden Vergleichswert ausgehen, die nach der Kostenordnung für die Beurkundung des zugrunde liegenden Geschäfts zu erheben ist (BayObLG DNotZ 1978, 58, 61).

Es muß sonach bei der angefochtenen Entscheidung verbleiben.

Hinweis der Prüfungsabteilung zu vorstehender Entscheidung:

Mit dieser Entscheidung hat das OLG Hamm die Auffassung der Prüfungsabteilung im Streifzug 4. Auflage, Rdnr. 55 bestätigt und die gegenteilige Auffassung (OLG Düsseldorf,

DNotZ 1991, 410; OLG Stuttgart, DNotZ 1991, 413 mit abl. Anmerkung von *Lappe*; PfälzOLG Zweibrücken DNotZ 1997, 245; OLG Celle, JurBüro 1997, 207) für die Berechnung einer 5/10 Gebühr abgelehnt.

23. GG Art. 97 Abs. 2; KostO § 156, § 147 Abs. 2 (*Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und Prüfung der Umschreibungsreife*)

- 1. Für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und Prüfung der Umschreibungsreife fällt jeweils eine gesonderte Gebühr nach § 147 II an.**
- 2. Der Vizepräsident des Landgerichts ist von der Mitwirkung an der Beschwerdeentscheidung ausgeschlossen, wenn er zuvor als Organ der Justizverwaltung im Wege der Dienstaufsicht dem Notar die Weisung zur Einleitung des Verfahrens erteilt hat.**

OLG Hamm, Beschluß vom 25.3.1997 – 15 W 1/97 –

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete am 3.3.1994 einen Vertrag, in dem die Beteiligte zu 2) verkaufte und aufließ. In § 4 ist bestimmt, der mit 139.610,00 DM vereinbarte Kaufpreis werde binnen 10 Tagen fällig, nachdem der Notar die Käuferin durch eingeschriebenen Brief davon unterrichtet habe, daß die bewilligte Auflassungsvormerkung entsprechend dem vereinbarten Rang im Grundbuch eingetragen sei und sämtliche zur Umschreibung erforderlichen Genehmigungen und Vollmachten mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes vorlägen. Im übrigen sollte der Notar die Eigentumsumschreibung bei dem Grundbuchamt erst dann beantragen, wenn entweder die Verkäuferin ihm die Zahlung des Kaufpreises bestätigt oder die Käuferin durch Vorlage quittierter Original-Zahlungsbelege ihm die Zahlung nachgewiesen habe.

Der Beteiligte zu 1) hat der Beteiligten zu 2) mit Schreiben vom 28.3.1994 die Fälligkeit des Kaufpreises mitgeteilt. Nachdem ihm von der Beteiligten zu 2) ein Überweisungsträger, aus dem sich die Überweisung des Kaufpreises auf das in der notariellen Urkunde bezeichnete Konto der Beteiligten zu 3) ergibt, nebst einem Kontoauszug mit der Belastungsbuchung vorgelegt worden war, hat er bei dem Grundbuchamt unter gleichzeitiger Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes den Vollzug der Eigentumsumschreibung beantragt.

Der Beteiligte zu 1) hat der Beteiligten zu 2) mit Datum vom 3.3.1994 eine notarielle Kostenberechnung erteilt, in der er u.a. zwei Gebühren gemäß § 147 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von jeweils 41.883,00 DM (= 30% des Kaufpreises) angesetzt hat, und zwar zum einen für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und zum anderen für die Überwachung der Kaufpreiszahlung.

Der Präsident des Landgerichts als Dienstvorgesetzter des Notars hat diese Kostenberechnung beanstandet. Er vertritt die Auffassung, es handele sich bei der Überwachung der Kaufpreisfälligkeit einerseits und der Umschreibungsreife andererseits kostenrechtlich um einen einheitlichen Vorgang, so daß die Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO nur einmal hätte angesetzt werden dürfen. Der Präsident des Landgerichts hat den Notar mit einer von dem Vizepräsidenten des Landgerichts gezeichneten Verfügung vom 23.8.1995 angewiesen, insoweit die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen (§ 156 Abs. 5 Satz 1 KostO).

Dieser Anweisung entsprechend hat der Notar mit Schriftsatz vom 21.9.1995 bei dem Landgericht die Entscheidung über seine Kostenberechnung beantragt. Der Anweisungsbeschwerde ist er gleichzeitig aus eigenem Recht sachlich entgegengetreten, indem er seine Auffassung näher begründet hat, eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO sei – zusätzlich zu derjenigen für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit – auch für die ihm nach dem notariellen Vertrag übertragene Überwachung der tatsächlichen Kaufpreiszahlung entstanden.

Das Landgericht hat durch Beschluß vom 14.12.1995 den Ansatz einer Gebühr für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit aufgehoben, die Kostenberechnung entsprechend neu gefaßt und einschließlich der Kürzung der anteiligen Mehrwertsteuer herabgesetzt. Diese Entscheidung hat der Senat durch Beschluß vom 4.9.1996 auf die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Landgericht hat durch Beschluß vom 4.12.1996 die Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) erneut abgeändert, indem es wiederum lediglich eine Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz gebracht und dementsprechend unter gleichzeitiger Kürzung des Mehrwertsteuerbetrages die Kostenberechnung herabgesetzt hat. Gleichzeitig hat das Landgericht die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO). Die weitere Beschwerde führt zur Wiederherstellung der mit der Anweisungsbeschwerde angefochtenen Kostenberechnung des Beteiligten zu 1).

Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einem wesentlichen Verfahrensmangel. Die Beschwerdekammer des Landgerichts hat hier unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Landgerichts als Vorsitzenden entschieden. Dieser war indessen als Richter von der Mitwirkung an der Entscheidung des Landgerichts ausgeschlossen. Denn er hat in derselben Angelegenheit gleichzeitig in seiner Eigenschaft als Vizepräsident des Landgerichts die Geschäfte der Dienstaufsicht über den Notar wahrgenommen. In dieser Eigenschaft hat er dem Notar mit Verfügung vom 23.8.1995 die Weisung erteilt, gemäß § 156 Abs. 5 KostO die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Es entspricht in der Rechtsprechung einhelliger Auffassung, daß der Präsident des Landgerichts von der Wahrnehmung seines Richteramtes bei der Entscheidung über eine Notarkostenbeschwerde ausgeschlossen ist, wenn er als Organ der Justizverwaltung im Wege der Dienstaufsicht dem Notar die Weisung zur Einleitung des Verfahrens erteilt hat (vgl. BayObLGZ 1985, 182 = NJW 1986, 1622; OLG Stuttgart DNotZ 1972, 185; *Korintenberg/Bengel* KostO, 13. Aufl., § 156 Rdnr. 67). Denn mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der Gewährleistung des sachlich unabhängigen Richters (Art. 97 Abs. 2 GG) ist es nicht vereinbar, wenn ein Richter bei einem gerichtlichen Verfahren mitwirkt, das er als Organ der Justizverwaltung veranlaßt hat und in dem die Rechtmäßigkeit gerade seines Verwaltungshandelns (Erteilung der Weisung zur Einlegung der Beschwerde) überprüft werden soll (vgl. BGH FamRZ 1963, 556, 557). Dementsprechend kann es bei sonst gleichem Sachverhalt keine Rolle spielen, daß die Weisung zur Einleitung des Verfahrens hier nicht von dem Präsidenten des Landgerichts selbst, sondern seinem Vertreter im Amt erteilt worden ist, der nunmehr seinerseits als Vorsitzender der Beschwerdekammer an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, daß der Ausschluß des Vizepräsidenten des Landgerichts von der Mitwirkung an richterlichen Entscheidungen in Notarkostensachen auch diejenigen Verfahren betrifft, in denen gemäß § 156 Abs. 1 KostO der Kostenschuldner Beschwerdeführer ist. Denn auch in diesen Fällen ist der Präsident des Landgerichts gemäß § 156 Abs. 1 Satz 2 KostO vor der Entscheidung zu hören und kann den Notar gemäß Abs. 5 der Vorschrift anweisen, gegen die Entscheidung des

Landgerichts weitere Beschwerde einzulegen (vgl. BayObLGZ 1987, 228 = Rpfleger 1987, 478; *Korintenberg/Bengel*, a.a.O.). Ferner dürfte es aus gerichtsverfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen sein, wenn sich der Vizepräsident des Landgerichts innerhalb der Beschwerdekammer in Notarkostensachen ständig vertreten läßt (vgl. BayObLGZ 1987, 281, OLG Stuttgart a.a.O.).

Der Verfahrensmangel der landgerichtlichen Entscheidung hindert indessen den Senat nicht, eine abschließende Entscheidung in der Sache zu treffen. Denn es geht hier ausschließlich um die Rechtsfrage, ob für die Tätigkeit des Beteiligten zu 1) im Zusammenhang mit der Durchführung des Grundstückskaufvertrages eine oder zwei Gebühren gemäß § 147 Abs. 2 KostO anzusetzen sind. Der dafür maßgebende Sachverhalt steht fest, bedarf also keiner tatsächlichen Würdigung, die von der Besetzung der Beschwerdekammer beeinflusst werden könnte. Diese Rechtsfrage beurteilt der Senat abweichend von dem vom Landgericht eingenommenen rechtlichen Standpunkt und gelangt so zur Wiederherstellung der angefochtenen Kostenberechnung. Dies beruht im einzelnen auf folgenden Erwägungen:

Der Beteiligte zu 1) ist in zweierlei Richtung zur Durchführung des schuldrechtlichen Kaufvertrages der Beteiligten zu 2) und 3) tätig geworden: Er hat zunächst der Käuferin die ihm in der notariellen Urkunde aufgetragene Mitteilung über die eingetretene Fälligkeit des Kaufpreises gemacht, die er zuvor nach bestimmten Maßgaben (insbesondere Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung) zu prüfen hatte. Zeitlich nachfolgend hatte der Beteiligte zu 1) als Voraussetzung für den von ihm zu stellenden Antrag auf Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu prüfen, ob aufgrund der ihm von der Käuferin zur Verfügung gestellten Belege die Kaufpreiszahlung nachgewiesen war. Daß es sich insoweit um eine nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergütende Betreuungstätigkeit des Notars handelt, ist allgemein anerkannt. Denn diese Überwachungstätigkeit fördert nicht das Amtsgeschäft des Notars (die Beurkundung des Kaufvertrages), sondern dient nur der Abwicklung des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen den Urkundsbeteiligten (vgl. etwa: BayObLG JurBüro 1984, 273, 274; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 147 Rdnr. 13, jeweils m.w.N.). Nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht für jede im Auftrag der Beteiligten vorgenommene Betreuungstätigkeit eine gesonderte Gebühr. Dies gilt nur dann nicht, wenn die einzelnen Tätigkeiten untereinander in einem so engen Zusammenhang stehen, daß sie als einheitliches Geschäft anzusehen sind (vgl. BayObLG a.a.O.).

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wird nunmehr einhellig der Standpunkt vertreten, bei der Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und der Prüfung der Umschreibungsreife durch den Urkundsnotar handele es sich um einzelne Tätigkeiten, für die jeweils gesondert eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anzusetzen sei (BayObLG a.a.O.; OLG Düsseldorf DNotZ 1978, 701 sowie FGPrax 1995, 164 = NJW RR 1996, 95 = JMBI NW 1995, 226; OLG Zweibrücken JurBüro 1982, 904; OLG Köln – 2. ZS. –, JurBüro 1990, 80 unter Aufgabe der gegenteiligen Rechtsprechung des 17. ZS. in JurBüro 1986, 1231 und 1697). Diese Auffassung wird auch überwiegend in der Literatur vertreten (vgl. *Korintenberg/Reimann*, a.a.O., § 147 Rdnr. 166; *Göttlich/Mummeler*, KostO, 12. Aufl., Stichwort: Betreuungsgebühr, Anm. 5.22). Einen anderen Standpunkt vertreten lediglich *Rohs/Wedewer* (a.a.O.; § 147, Rdnr. 13 a), die jedoch zu Unrecht die Entscheidung des KG in JurBüro 1981, 1555 als Beleg für ihre

Auffassung anführen, weil diese Entscheidung eine andere Fallgestaltung betrifft. Der Senat, der zu dieser Rechtsfrage bislang noch nicht Stellung genommen hat, tritt der überwiegend vertretenen Auffassung bei.

Richtig ist allerdings, daß beide Tätigkeiten des Notars der Durchführung des schuldrechtlichen Kaufvertrages zwischen den Beteiligten zu 2) und 3) dienen. Dieser Zweck verbindet die beiden Tätigkeiten des Notar jedoch nicht zu einem so engen sachlichen Zusammenhang, daß sie als einheitliches Geschäft zu bewerten wären. Ausschlaggebend für diese Beurteilung ist insbesondere, daß die Tätigkeit des Notars den jeweils gegenläufigen Sicherungsinteressen der beiden Vertragsparteien dient: Die Überprüfung des Eintritts der Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises dient dem Sicherungsinteresse der Käuferin, den Kaufpreis nicht zahlen zu müssen, bevor nicht durch die ranggerechte Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung ihr Anspruch auf Eigentumsübertragung dinglich gesichert ist. Die Überprüfung der erfolgten Zahlung des Kaufpreises dient dem Interesse der Verkäuferin, durch den Antrag des Notars auf Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch das Eigentum an dem Grundstück nicht zu verlieren, ohne den Kaufpreis tatsächlich erhalten zu haben (vgl. insbesondere BayObLG a.a.O. sowie OLG Köln JurBüro 1990, 80, 82). Ob daraus mit dem BayObLG (a.a.O.) die Schlußfolgerung zu ziehen ist, Kostenschuldner der beiden gesondert anzusetzenden Gebühren sei jeweils nur der Verkäufer bzw. der Käufer, mag dahinstehen. Jedenfalls handelt es sich um gesonderte Betreuungstätigkeiten, die mit ihrer Durchführung sowohl zeitlich als auch sachlich für sich abgeschlossen sind, mögen sie auch inhaltlich in der Weise aufeinander aufbauen, daß eine Überprüfung der Kaufpreiszahlung nur in Betracht kommt, nachdem der Notar zuvor der Käuferin den Eintritt der Kaufpreisfälligkeit mitgeteilt hat. Nach der Systematik des § 147 Abs. 2 KostO begründen verschiedene Betreuungstätigkeiten nicht allein deshalb ein einheitliches Geschäft, weil sie einem übergreifenden Zweck, hier der Abwicklung des schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses der Vertragsparteien, dienen (vgl. BayObLG a.a.O. Seite 275).

Der Beteiligte zu 1) hat den zweiten Gebührenansatz nach § 147 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 41.883,00 DM berechnet; das entspricht 30% des vereinbarten Kaufpreises. Diese Geschäftswertberechnung unterliegt im vorliegenden Verfahren nicht der gerichtlichen Nachprüfung. Denn die Sachentscheidungsbefugnis im Verfahren der Anweisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 5 KostO erstreckt sich nur auf diejenigen Beanstandungen, die Gegenstand der Weisung des Präsidenten des Landgerichts sind. Diese beschränkt sich hier jedoch auf den Gebührenansatz als solchen.

Öffentliches Recht

24. BGB § 242; AGBG § 10 Nr. 1 (*Bindungsfrist beim sog. Einheimischenmodell*)

Eine Bindung von zwanzig Jahren an ein im sog. Einheimischenmodell erfolgtes Kaufangebot ist nicht unangemessen lang. Ein Verstoß gegen § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz liegt nicht vor.

(*Leitsatz des Einsenders*)

OLG München, Urteil vom 20.1.1998 – 25 U 4623/97 –, mitgeteilt von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin begehrt als Grundstückseigentümerin die Freigabe ihrer Grundstücke aus einem Kaufangebot an die Beklagte, das im Rahmen eines sog. Einheimischenbaurechtsmodells abgegeben wurde.

Das Grundstück der Klägerin, das ursprünglich im Eigentum der Mutter der Klägerin stand, wurde durch eine Ortsabrundungssatzung der Gemeinde G. aus dem Jahre 1990 in den bebauten Ortsteil T. der Gemeinde einbezogen und damit baureif gemacht. Zwischen dem Bruder der Klägerin und seiner Ehefrau sowie der Gemeinde G. wurde gemäß notariellem Vertrag vom 8.8.1990 ein Ankaufsrecht der Gemeinde für das Grundstück auf die Dauer von 20 Jahren vereinbart.

Der Klägerin wurden mit Vertrag vom 16.9.1994 aus dem Grundstück eine neugebildete Teilfläche und ein Miteigentumsanteil von $\frac{1}{3}$ an einer weiteren Teilfläche überlassen; in die Vertragsbestimmungen bezüglich des Einheimischenmodells aus dem notariellen Vertrag vom 8.8.1990 ist sie in vollem Umfang eingetreten.

Die Klägerin hat vorgetragen, das Grundstück sei nicht innerhalb der Fünfjahresfrist gemäß Teil B Abschn. D des Vertrages vom 8.8.1990 verwendet worden. Der vom Gutachterausschuß des Landratsamts L. ermittelte Preis von 250,- DM/qm sei von Interessenten nicht bezahlt worden. Die Gemeinde sei auch nicht bereit, das Grundstück zu diesem Preis selbst zu übernehmen. Die Bestimmung der zwanzigjährigen Bindung an das Verkaufsangebot sei unwirksam, weil sie gegen § 10 AGBG verstoße. Die Frist sei unangemessen lang. Die Beklagte habe auch verhindert, daß ein einheimischer Kaufinteressent, der die vertraglichen Voraussetzungen erfüllt hätte, gekauft habe (§ 162 BGB).

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klägerin ist an das notarielle Kaufangebot weiterhin gebunden. Es wurden auch keine Umstände vorgetragen, die zu einer Vertragsanpassung – hier einer Reduzierung der Bindungsfrist – führen würden (§ 242 BGB).

1. Das Vorgehen der Beklagten, das zur Abgabe des Kaufangebotes im Vertrag vom 8.8.1990 führte, ist zulässig. Nach herrschender Meinung kann eine Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit die Schaffung von Baurecht von der Übernahme solcher Verpflichtungen durch die begünstigten Grundstückseigentümer abhängig machen, wenn sie damit einheimischen Bauwilligen den Erwerb von Grundstücken sichern will (vgl. u.a. BVerwG NJW 93, 2695 f. [= MittBayNot 1993, 164 ff.]).

Ob die Gemeinde mit der Verabschiedung der Ortsabrundungssatzung auch das Ziel verfolgte, im nördlichen Bereich des Grundstücks Dritten den Bau einer Gaststätte mit Postdienststelle zu ermöglichen, kann dahinstehen, nachdem dieser Teil nur einen Bruchteil von rund 10% des ursprünglichen Grundstücks betraf und auch der restliche Teil baureif gemacht wurde. Es bestand daher durchaus ein wirtschaftliches Interesse der Mutter der Klägerin, durch die Bauleitplanung der Beklagten ein baureifes und damit im Wert gestiegenes Grundstück von noch 15.788 qm zu erhalten.

2. Das Festhalten der Beklagten an dem Kaufangebot und insbesondere der zwanzigjährigen Bindungsfrist stellt sich auch nicht als unzulässige Rechtsausübung i.S. von § 242 BGB dar. Der Sachvortrag der Klägerin genügt den hieran zu stellenden Anforderungen nicht.

a) Eine Verletzung eigener Pflichten führt in der Regel zu Schadensersatzansprüchen, aber nicht zu einem Wegfall eige-

ner Rechte. Davon kann allenfalls ausgegangen werden, wenn eine eigene erhebliche Vertragsuntreue vorliegt (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 57. Aufl. § 242 Rdnr. 46 und 48). Dies ist nicht der Fall.

aa. Selbst wenn der Vortrag der Klägerin als richtig unterstellt wird, daß die Beklagte ihre Zustimmung zur Errichtung eines Doppelhauses verweigert hat, hätte die Beklagte sich zu Recht darauf berufen, daß im Rahmen ihres Einheimischenmodells die begünstigten Personen die Wohneinheiten selber bewohnen sollen. Demgemäß ist auch in Teil B Abschn. D des Vertrages vom 8.8.1990 festgehalten, daß als Erwerbsszweck zur Deckung des Wohnbedarfs für Einheimische nur die private Eigennutzung anerkannt wird. Nachdem die Klägerin selbst nur eine Hälfte des Hauses bewohnen und die andere an Dritte vermieten wollte, konnte die Beklagte das Vorhaben ablehnen.

bb. Auch im Falle des Kaufinteressenten ist – wie schon das Landgericht festgestellt hat – zumindest kein gravierendes vertragswidriges Verhalten der Beklagten behauptet worden. Dies gilt insbesondere, nachdem ein notarielles Kaufangebot gemäß Teil B Abschn. D des Vertrages vom 8.8.1990 nicht vorgelegt wurde.

b) Von einem Fehlen eines schutzwürdigen Eigeninteresses – für das die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig wäre – kann ebenfalls nicht ausgegangen werden. Nach dem Vortrag der Beklagten besteht ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des notariellen Kaufangebots angesichts einer Warteliste mit zwölf Familien, die die Voraussetzungen für die Vergabe von Grundstücken im Einheimischenmodell erfüllen. Allein der Umstand, daß sich seit Februar 1995 kein Interessent gefunden hat, der bereit gewesen wäre, den vom Gutachterausschuß ermittelten Kaufpreis von 250 DM/qm zu bezahlen, kann noch kein fehlendes öffentliches Interesse begründen. Dies kann – worauf die Beklagte zutreffend hinweist – an den derzeit allgemein ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen liegen, aber auch daran, daß hier der Verkehrswert angesetzt wird, von dem bei Einheimischenmodellen üblicherweise ein Abschlag von etwa 30% vorgenommen wird. Von einer Festschreibung des Preises kann aber nicht ausgegangen werden, zumal sich die Beklagte um eine Herabsetzung bemüht. Insoweit bleibt es der Klägerin auch unbenommen, das Grundstück günstiger anzubieten.

Jedenfalls kann angesichts der wirksam vereinbarten Bindungsfrist von 20 Jahren (vgl. hierzu unten 3.) im jetzigen Zeitpunkt noch nicht von einem fehlenden öffentlichen Interesse ausgegangen werden.

3. Die Bindungsfrist von 20 Jahren an das Kaufangebot und damit an das Einheimischenmodell ist nicht unangemessen lang, so daß sie weder wegen Verstosses gegen § 10 Nr. 1 AGBG unwirksam ist noch ein Anspruch der Klägerin auf Herabsetzung dieser Frist – etwa auf die beantragten 8 Jahre – besteht.

Wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, erfolgt die Bauleitplanung einer Gemeinde in der Regel langfristig, so daß auch die Bindung der Grundstückseigentümer an das Einheimischenmodell nur eine langfristige sein kann. Im Gegenzug dazu gewährt ihnen die Gemeinde ja ein sonst nicht gegebenes Baurecht.

Hinzu kommt, daß mit diesem Einheimischenmodell insbesondere junge Familien in die Lage versetzt werden sollen, sich ein Eigenheim zu verschaffen und diese üblicherweise

während der Dauer dieser Bindungsfrist die erstrebte Nutzung betreiben. Weiter werden damit spekulative Weiterverkäufe und auch die Begründung von Zweitwohnsitzen verhindert (vgl. *Grziwotz* NJW 93, 2665). Letzteres ist gerade im Landkreis ein häufig auftretender Umstand.

25. BGB § 157 (*Auslegung eines Grundstückskaufvertrages hinsichtlich Erschließungsbeiträgen*)

Die notariell beurkundete Vereinbarung in einem Grundstücksvertrag

„Erschließungsbeiträge nach BBauG oder BauGB und sonstige Anliegerkosten (Ausbau- und Anschlußbeiträge sowie Kostenersatz für Haus- oder Grundstücksanschlüsse) trägt der Verkäufer, soweit ihm bis zum gestrigen Tage dazu ein Heranziehungsbescheid zugegangen ist. Im übrigen leistet er dem Käufer Gewähr dafür, daß der derzeitige tatsächliche Erschließungszustand abgerechnet und bezahlt ist.

Alle übrigen Anliegerkosten trägt der Käufer.“

ist dahin auszulegen, daß sich der Verkäufer verpflichtet hat, den Käufer von Erschließungsbeiträgen freizustellen, die für vor Vertragsschluß bereits tatsächlich fertiggestellte Erschließungsmaßnahmen erst nach Vertragsschluß erhoben werden.

OLG Köln, Urteil vom 1.12.1997 – 5 U 126/97 – (rechtskräftig), mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat Ziffer III. Nr. 6 des notariellen Kaufvertrags vom 5.7.1990 zutreffend dahin ausgelegt, daß sich die Beklagten darin verpflichtet haben, die Kläger von Erschließungsbeiträgen freizustellen, die für vor Vertragsschluß bereits tatsächlich fertiggestellte Erschließungsmaßnahmen erst nach Vertragsschluß erhoben werden. Wortlaut und Sinn der Klausel können schlechterdings nicht anders verstanden werden. Die „Gewährleistung“ bezieht sich ausdrücklich darauf, daß der „derzeitige“ (also zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) *tatsächliche Erschließungszustand* (also der greifbar [sichtbar] vorhandene [fertiggestellte] bauliche Zustand) abgerechnet und bezahlt *ist*. Auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Heranziehung der Anlieger nach den Vorschriften des Baugesetzbuches sollte es gerade nicht ankommen. Die Freistellungsverpflichtung ergibt sich unzweifelhaft aus Abs. 3 der Klausel.

Das Landgericht hat es mit Recht abgelehnt, eine Beweisaufnahme über Sinn und Tragweite der eindeutigen Regelung durchzuführen. Die durch das Zeugnis der Frau D. P. unter Beweis gestellte Behauptung, der Beklagte zu 2) habe bei Abfassung der notariellen Urkunde versichert, es würden „keinerlei Altschulden mehr auf dem Grundstück lasten“ ist unerheblich. Darum geht es bei der „Gewährübernahme“ nicht. Die Kläger wollten nach dem offensichtlichen Sinn der Regelung sicher gehen, daß sie nicht später, aus welchen Gründen auch immer, mit Kosten für bereits fertiggestellte Baumaßnahmen (Erschließungsmaßnahmen) der öffentlichen Hand belastet würden. Falls die Übernahme einer bereits entstandenen Beitragspflicht von der Klausel ausgeschlossen gewesen sein sollte, wäre sie im übrigen im wesentlichen sinn-

los, denn nach §§ 127 ff. BauGB entsteht die Beitragspflicht bereits mit Fertigstellung der Anlagen bzw. deren Teilfertigstellung.

Die Ansprüche sind auch nicht verjährt. § 477 BGB ist nicht einschlägig, weil es nicht um Rechte wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft geht, sondern um die Erfüllung eines Garantieversprechens, wie das Landgericht unter Bezugnahme auf BGH-Rechtsprechung zutreffend ausgeführt hat.

Der Beklagte zu 2) macht schließlich ohne Erfolg geltend, die Heranziehungsbescheide seien rechtswidrig. Nach Abs. 3 der Klausel haben sich die Beklagten zur Freistellung verpflichtet, falls die Kläger zur Zahlung von Anliegerkosten herangezogen würden. Auf die Rechtmäßigkeit des Heranziehungsbescheids sollte es danach nicht ankommen. Den Klägern war es abgesehen davon auch nicht zuzumuten, gegen die Verwaltungsakte Rechtsbehelfe einzulegen, weil sie keinen Grund hatten, an deren Rechtmäßigkeit zu zweifeln (vgl. dazu BGHZ 90, 32; NJW-RR 91, 1459). Es wäre Sache der Beklagten, die innerhalb der Widerspruchsfrist unter Vorlage der Heranziehungsbescheide über den Sachverhalt informiert worden sind, gewesen, die Kläger unter Darlegung der Gründe und Erklärung ihrer Bereitschaft zur Kostenübernahme aufzufordern, Widerspruch einzulegen.

Steuerrecht

26. EStG § 15; GewStG § 2 Abs. 1 (*Irrelevanz der 3-Objekt-Grenze im Falle der Errichtung von Wohnobjekten in Veräußerungsabsicht?*)

Dem Großen Senat wird folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

Ist die Errichtung von Wohnobjekten (im Streitfall Eigentumswohnungen) in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht und die hiermit in sachlichem sowie zeitlichem Zusammenhang stehende Veräußerung dieser Objekte unabhängig von ihrer Zahl eine gewerbliche Tätigkeit, weil diese „dem Bild eines Bauunternehmers/Bauträgers entspricht“?

BFH, Beschluß vom 29.10.1997 – X R 183/96 –

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Eheleute und Arbeitnehmer der Firma A GmbH, die das Gipserhandwerk betreibt. Der Kläger ist auch Gesellschafter der A GmbH. Er ist außerdem an der Handwerkergruppe T in G beteiligt, deren Geschäftszweck die Errichtung und der Vertrieb von Gebäuden ist.

Die Klägerin hat im Jahre 1972 ein Einfamilienhaus erworben. Im Jahr 1988 ließ die Klägerin das Gebäude abreißen, um ein Gebäude mit zehn Wohnungen zu errichten. Während der Bauzeit wurde das Grundstück in zehn Eigentumswohnungen und sechs jeweils selbständige Reihengaragen sowie zwei Carports aufgeteilt. Mit Schenkungsvertrag vom 23.6.1989 übertrug die Klägerin von ihren Anteilen an dem Grundstück 321,12/1000 an ihren Sohn und 235,97/1000 an ihre Tochter. Danach ergaben sich folgende Eigentumsverhältnisse:

Klägerin:	5 Eigentumswohnungen, 3 Garagen,
Sohn:	3 Eigentumswohnungen, 2 Garagen, 1 Carport,
Tochter:	2 Eigentumswohnungen, 1 Garage, 1 Carport.

Die Kläger stellten den beiden Kindern die finanziellen Mittel für die Errichtung der Eigentumswohnungen und der Garagen zur Ver-

fügung. Mit den Kindern wurde die Rückzahlung im Falle eines Verkaufs der übertragenen Wohnungen durch diese vereinbart.

In den Jahren 1990 und 1991 veräußerte die Klägerin folgende Eigentumswohnungen und Garagen:

März 1990	1 Eigentumswohnung,
April 1990	1 Eigentumswohnung und 1 Garage, letztere an den Erwerber einer Eigentumswohnung des Sohnes,
Juni 1990	1 Eigentumswohnung und 1 Garage, letztere an den Erwerber einer Eigentumswohnung der Tochter,
Juli 1991	1 Garage an den Erwerber einer Wohnung des Sohnes.

Das Finanzamt behandelte diese Veräußerungen als gewerblichen Grundstückshandel.

Aus den Gründen:

I. (...)

Der Senat beabsichtigt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen, weil nach seiner Auffassung die *Errichtung* von drei Eigentumswohnungen nebst Garagen in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht und die anschließende zeitnahe Veräußerung dem „Bild des produzierenden Bauunternehmers/Bauträgers“ entsprechen und allein deswegen den Tatbestand des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen. Er geht dabei davon aus, daß die Klägerin insgesamt nicht mehr als „drei Objekte“ im Rechtssinne veräußert hat, da die Garagen „Zubehör“-Räume der Eigentumswohnungen sind und als Objekte auch dann nicht mitzählen, wenn sie an andere Erwerber als die Käufer der Eigentumswohnungen veräußert werden. Denn für eine Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „nachhaltig“ spielt es für den Regelfall eines Erwerbs von Wohn-/Teileigentum nebst Garage durch einen einzigen Erwerber keine Rolle, ob Wohnung und Garage jeweils zwei bürgerlich-rechtlich selbständige Objekte des Rechtsverkehrs sind. Nach Auffassung des Senats kann bei einer Veräußerung von Wohnungen nebst Garagen die Grenzziehung zwischen nicht-steuerbarer Vermögensverwaltung und steuerbarem Gewerbebetrieb nicht mittels einer Definition des „Objekts“ gezogen werden, die dem im Streitfall einschlägigen „Bild des Gewerbebetriebs“ keine den gesetzlichen Belastungsgrund sinnfällig abbildende und damit Rechtsklarheit verbürgende Konturen gibt. Eine „allgemeine Auffassung“, derzufolge die zur Veräußerung dreier Wohnungen hinzutretende Veräußerung von „Zubehör“-Räumen – vorausgesetzt die übrigen Voraussetzungen liegen vor – die Gesamttätigkeit als unternehmerisch prägen würde, kann nicht festgestellt werden. Geht man davon aus, daß im Streitfall die Drei-Objekt-Grenze gilt, hat die Klägerin mithin nur drei Objekte im Rechtssinne veräußert. Gleichwohl hat die Klägerin mit ihrer Tätigkeit „nach Art eines Bauträgers“ Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Eine solche Grenze hat nach Auffassung des Senats für den Fall der *Errichtung* und Veräußerung von sog. Wohneinheiten keine rechtliche Bedeutung.

II. Rechtsprechung, Verwaltungsauffassung und Literaturmeinungen zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung der Errichtung und Veräußerung von Wohneinheiten

1. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches

Unternehmen i.S. des EStG zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG). Die Tätigkeit muß die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen und darf sich nach den Umständen des Einzelfalls nicht als private Vermögensverwaltung darstellen. Die Absicht, gewerbliche Gewinne zu erzielen, muß durch eine Tätigkeit verfolgt werden, die nach allgemeiner Auffassung als unternehmerisch gewertet wird (Beschluß des Großen Senats des BFH, BStBl II 1972, 700 unter II.2.). Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und der nicht steuerbaren Sphäre ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (BFH vom 3.7.1995 GrS 1/93, BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] unter C.I.). Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (Beschluß in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] unter C.I.).

2. Auf der Rechtsgrundlage der § 2 GewStG, § 15 EStG hatte sich bis zur Entscheidung des Großen Senats in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 432] eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt.

a) Die Rechtsprechung bis zum Jahre 1986 hatte werterhöhende Produzententätigkeit im Regelfall in eine zusammenfassende Beurteilung von Bau- und Verkaufsaktivitäten einbezogen. Bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht (OVG) hat die „gewerbliche Unternehmung“ inhaltlich definiert als auf Hervorbringung von Gütern (Waren und Leistungen) einer bestimmten Art und auf den Zweck des Gewinnes gerichtete Vereinigung von Kapital und Arbeit (ausführlich *H.-D. Weber*, Der Gewerbebetrieb im Ertragsteuerrecht, 1977, S. 190 ff., 203 ff.: „Produktion für den Markt“; allgemein zum Begriff des Betriebes *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 4 EStG Anm. 4p).

„Wie ein Bauunternehmer gewerblich“ betätigt sich der Architekt, der Häuser auf eigene Rechnung baut und diese weiterveräußert (RFH vom 12.3.1941 VI 364/40, StuW 1941 Nr. 250). Bei der Errichtung des Gebäudes, der Aufteilung in Eigentumswohnungen und deren anschließender Veräußerung wurde auf „diese von vornherein geplante und aufeinander abgestimmte Gesamttätigkeit“ abgehoben (z.B. BFH, BStBl III 1957, 17). Nach dem BFH-Urteil vom 2.11.1971 VIII R 1/71 (BStBl II 1972, 360) ist „der Umfang des jeweiligen Bau- und Verkaufsprogramms als wesentlich zu betrachten“: Ein hierauf gerichteter Willensentschluß „führt zwangsläufig, planmäßig und von vornherein beabsichtigt zu einer Auffächerung der einheitlichen Entscheidung in eine Vielzahl rechtlich und wirtschaftlich eigenständiger Handlungen“. Da der Steuerpflichtige „ähnlich einem Wohnungsbauunternehmen tätig geworden“ sei, gebiete auch die Gleichmäßigkeit der Besteuerung seine Gleichstellung mit diesen Unternehmen, zu denen er in Wettbewerb getreten sei (ebenso bereits BFH-Urteil vom 21.6.1979 IV R 214/75, NV: „Betätigung wie ein Bauunternehmer“). Nach dem BFH-Urteil vom 19.12.1979 I R 119/79 (NV) stellt sich der Verkauf von fertigebauten Häusern als Ausnutzung zuvor geschaffener Vermö-

genswerte dar, die mit einer privaten Vermögensverwaltung nicht mehr vereinbar ist. Das Urteil vom 31.1.1980 IV R 13/76 (BStBl II 1980, 318) billigte die Auffassung der Vorinstanz, daß derjenige, der die Ausführung von zum Verkauf bestimmten Bauten auf eigenes Risiko übernehme, den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschreite. Das BFH-Urteil vom 17.5.1984 IV R 51/81 (NV) hat es als gewerblich angesehen, „wenn die Betätigung durch eine Wertschöpfung und deren Umsatz in Geld unternehmerisch geprägt wird und damit nach dem Gesamtbild unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung typischen Formen des gewerblichen ‚Grundstückhandels‘ jedenfalls näher steht als typischen Formen der privaten Verwaltung von Grundbesitz“. Die „Nachhaltigkeit“ wurde vor allem auf die Wertschöpfung durch den Eigentümer/Veräußerer bezogen: Werden „durch Baumaßnahmen neugeschaffene Werte am Markt in Geld umgesetzt“, deutet dies auf eine gewerbliche Tätigkeit hin (BFH/NV 1988, 154). Die Gesamtbetätigung – Bau und Veräußerung von vier Eigentumswohnungen – ergab hiernach „ein Erscheinungsbild, das durch eine unternehmerische Wertschöpfung (Bau von Eigentumswohnungen) und den Umsatz dieser Wertschöpfung in Geld unter Ausnutzung typischer Marktchancen geprägt“ wurde und damit gewerblichen Charakter hatte. Im Zusammenhang mit der Errichtung und Veräußerung von sechs Eigentumswohnungen hat das BFH-Urteil vom 22.3.1990 IV R 23/88 (BStBl II 1990, 637) ausgeführt, „diese Bau- und Veräußerungsmaßnahmen“ entsprächen dem Umfang, für den der BFH bereits mehrfach eine gewerbliche Tätigkeit bejaht habe (ähnlich BFH-Urteil vom 9.2.1983 I R 29/79, BStBl II 1983, 451). Wirkt der Eigentümer, der ein unbebautes Grundstück veräußert, über eine Gesellschaft, die als Generalunternehmer baut, bei der Errichtung von Eigentumswohnungen auf dem veräußerten Grundstück mit, geht dies über die 2. Vermögensverwaltung hinaus (vgl. BFH-Beschluß vom 12.2.1990 X B 124/88, BFH/NV 1990, 640).

Auch einige FG haben die Unterscheidung zwischen Produktion und Handel sowie die steuerrechtliche Bedeutung der grundstücksbearbeitenden Tätigkeit betont (z.B. FG des Saarlandes, Urteile vom 11.2.1983 I 642-643/81, EFG 1983, 247; vom 28.2.1992 I K 152/91, EFG 1992, 407; FG Düsseldorf, Urteil vom 23.6.1986 I 160/81 E, EFG 1987, 23).

b) Der VIII. Senat des BFH hat in seinem Urteil vom 9.12.1986 VIII R 317/82 (BStBl II 1988, 244) die Abgrenzung zur nichtsteuerbaren privaten Vermögensverwaltung hin mittels der sog. Drei-Objekt-Grenze vorgenommen und den Bau und die Veräußerung von drei Wohnungen nicht als gewerblich beurteilt: Je geringer der Umfang „von Anschaffungen und Veräußerungen“ sei, desto weniger sei anzunehmen, daß der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung – Ausnutzung substantieller Vermögenswerte – im Vordergrund stehe. Eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten trage der gebotenen Vereinfachung Rechnung. Dem zustimmend hat der erkennende Senat ergänzend hervorgehoben, gerade bei der Veräußerung von nur wenigen Objekten fehlten häufig objektive Anhaltspunkte, welche eine zweifelsfreie Beurteilung ermöglichen, daß Grundbesitz zur Ausnutzung substantieller Vermögenswerte „angeschafft und veräußert“ werde. Andererseits könne der Steuerpflichtige darauf vertrauen, innerhalb eines genau bestimmten Rahmens mit einer Tätigkeit in der Regel nicht wegen gewerblichen Grundstückshandels zur Einkommensteuer und zur Gewerbesteuer herangezogen zu werden. Die Rechtsprechung des BFH fördere somit nicht nur die Einfachheit des Gesetzesvoll-

zugs, sondern auch die Rechtssicherheit (Senatsurteil vom 18.1.1989 X R 108/88, BStBl II 1990, 1051; vgl. ferner BStBl II 1988, 293; BStBl II 1990, 637; BStBl II 1992, 283). Es wurde die Formel geprägt, daß der sog. gewerbliche Grundstücks-„Handel“ in der Regel erst dadurch zustandekommt, daß der Veräußerer eine Anzahl bestimmter Objekte (Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen – Wohneinheiten –) „zuvor gekauft oder bebaut“ und sie in zeitlichem Zusammenhang hiermit veräußert hat (BFH-Urteile BStBl II 1990, 637; BStBl II 1992, 143; BStBl II 1992, 135).

Bei der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze ist überwiegend nicht unterschieden worden zwischen den Fällen des Handels mit baulich unveränderten Objekten einerseits und den Fällen der unternehmerischen Wertschöpfung (Errichtung bzw. rechtlich gleichwertige Modernisierung von Gebäuden) in Veräußerungsabsicht (vgl. z.B. BFH BStBl II 1988, 277; BStBl II 1990, 1053; BFH/NV 1989, 784; BStBl II 1991, 345 – Erwerb von unbebauten Grundstücken durch eine Personengesellschaft, Bebauung mit Einfamilienhäusern und Veräußerung; BStBl II 1992, 1007; BStBl II 1992, 143; BFH/NV 1994, 20; BStBl II 1994, 463; BFH/NV 1997, 170 – beiläufig; vgl. auch BFH BStBl II 1996, 599). Eine private Vermögensverwaltung hat das BFH-Urteil vom 1.12.1989 III R 56/85 (BStBl II 1990, 1054) auch dann angenommen, wenn sich der Veräußerer den Erwerbern gegenüber zur schlüsselfertigen Bebauung zweier Grundstücke verpflichtet hatte (ebenso Urteil in BStBl II 1990, 1053). Auch bei der *Errichtung* und dem Verkauf von Wohnungen hat die Rechtsprechung die Nachhaltigkeit zumeist ausschließlich anhand der Zahl der Verkäufe beurteilt. Die Veräußerung gekaufter wie auch selbst errichteter Gebäude wurde hinsichtlich der vorausgesetzten Häufigkeit von *Verkaufsfällen* gleichbehandelt (z.B. BFH/NV 1992, 464; BFH/NV 1994, 94).

Die Drei-Objekt-Grenze gilt hiernach selbst dann, wenn der Veräußerer oder der Gesellschafter einer Gebäude errichtenden und veräußernden Gesellschaft einen Beruf des Baugewerbes ausübt (BFH BStBl II 1988, 277; BFH/NV 1994, 20).

3. Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluß in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] unter C.II.2. entschieden, daß die „Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf)“ für die Beurteilung am Maßstab des § 15 EStG eine indizielle Bedeutung hat:

„Die von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum ‚Bild des Gewerbebetriebes‘ – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen.“

Nach Auffassung des Großen Senats ist eine nichtsteuerbare Vermögensverwaltung im Regelfall dann anzunehmen, wenn nicht mehr als drei Wohneinheiten *angeschafft und veräußert* werden. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem ein Architekt Objekte angeschafft und ohne zwischenzeitliche Wertschöpfung veräußert hatte. Zur *Errichtung* und Veräußerung von Wohneinheiten hat der Große Senat sachverhaltsbedingt nicht Stellung genommen.

4. Im Anschluß an die Entscheidung des Großen Senats hat der erkennende Senat durch Urteil vom 24.1.1996 X R 255/93 (BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 – „Supermarkt“ [= MittBayNot 1996, 326]) entschieden: Die Bebauung eines Grundstücks des Privatvermögens *ohne* Absicht der Veräußerung ist

auch dann private Vermögensverwaltung, wenn dies in großem Umfang geschieht und hierbei erhebliche Fremdmittel eingesetzt werden. Hingegen liegt eine gewerbliche Tätigkeit vor, wenn der Bauherr „nach Art eines Bauträgers/Bauunternehmers“ zwei gewerbliche Großobjekte (Supermarktgebäude) errichtet, sofern er jedenfalls im Zeitpunkt der Bebauung die zumindest bedingte Absicht einer Veräußerung hat. Die Gesamtheit dieser Tätigkeiten stellt sich unter besonderer Berücksichtigung der Bebauung für Zwecke der Veräußerung als gewerbliche (unternehmerische) Wertschöpfung und nicht als Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten dar. Die Gewerblichkeit ergibt sich hier nicht lediglich aus der wiederholten Veräußerung von Wirtschaftsgütern im Sinne eines marktmäßigen Umschlags von Sachwerten, sondern aus der unternehmerischen Wertschöpfung für Zwecke der nachfolgenden Veräußerung. Die Errichtung von gewerblich genutzten Gebäuden der in jenem Fall zu beurteilenden Größenordnung zum Zwecke der Veräußerung entspricht dem Bild des „typischen“ – produzierenden – Unternehmers, der eigeninitiativ tätig wird und Produktionsfaktoren – die eigene Arbeitsleistung, Eigen- und Fremdkapital, selbständig und nichtselbständig erbrachte Leistungen Dritter – zu marktfähigen Güter- und Dienstleistungsangeboten bündelt und sie auf eigenes Risiko am Markt absetzt. Urbild des auf dem Grundstücksmarkt tätigen Produzenten ist der Bauunternehmer. Dieser ist auch dann gewerblich tätig, wenn er nur einen einzelnen Bauauftrag ausführt. Die Errichtung auch nur eines Gebäudes kann nachhaltig i.S. des § 15 Abs. 2 EStG sein, weil für diese Annahme ausreicht, daß die Erledigung des Bauauftrags mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert. Der erkennende Senat hat darauf hingewiesen, daß der Große Senat in seinem Beschluß in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] (unter C.II.2.) den Bauunternehmer als Beispiel für den auf dem Grundstücksmarkt gewerblich tätigen Produzenten erwähnt hat.

Ergibt sich hiernach die Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebes“ bereits unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen und mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen „Produktion für den Markt“, kann dieses Ergebnis nicht mehr aufgrund der Indizwirkung einer geringen Zahl von „Objekten“ korrigiert werden.

5. In anderen Urteilen wurde jedoch auch nach Ergehen des Beschlusses des Großen Senats in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] an der Auffassung festgehalten, daß der Bereich der privaten Vermögensverwaltung erst dann überschritten ist, wenn mindestens vier Wohnobjekte „angeschafft und errichtet und in einem engen zeitlichen Zusammenhang hiermit wieder veräußert werden“ (BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170 unter 1.b bb – beiläufig). Im Urteil vom 25.1.1996 IV R 76/92 (BFH/NV 1996, 678) hat der IV. Senat den Erwerb eines Grundstücks, die Errichtung und Veräußerung von (nur) drei Wohnungen durch eine aus zwei Architekten und einem Bauunternehmer bestehende Grundstücksgemeinschaft als private Vermögensverwaltung angesehen. Des weiteren hat der IV. Senat Gewerblichkeit in einem Fall verneint, in dem ein Architekt sich zur Veräußerung eines Grundstücks im Zustand der Bebauung zur schlüsselfertigen Fertigstellung des Gebäudes verpflichtet und eine für Zwecke der Veräußerung errichtete Teileigentumseinheit veräußert hatte (Urteil in BStBl II 1996, 599).

6. Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hatte in seinem Schreiben vom 31.3.1988 (BStBl I 1988, 125) die Auffassung vertreten, eine Vermögensverwaltung liege in der

Regel auch dann nicht mehr vor, wenn Eigentumswohnungen oder Eigenheime in der Absicht errichtet würden, sie an verschiedene Erwerber zu veräußern, und sie entsprechend dieser Absicht nach oder bereits vor Fertigstellung veräußert würden (Bezugnahme auf BFH-Urteil vom 31.1.1980 IV R 13/76, BStBl II 1980, 318). Im BMF-Schreiben vom 20.12.1990 (BStBl I 1990, 884, Tz. 17) wird zwischen den Fällen des Handels mit baulich unveränderten Objekten und der unternehmerischen Wertschöpfung insbesondere in der Form der Errichtung nicht mehr unterschieden. Die Hinweise H 137 (1) zu R 137 (1) der Einkommensteuer-Richtlinien (EStR) 1996 nehmen auf das „Supermarkt“-Urteil Bezug.

7. In der Literatur wird dem Urteil des erkennenden Senats in BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326] darin zugestimmt, daß die Drei-Objekt-Grenze als Vereinfachungsregelung zur Schaffung größerer Rechtssicherheit im Grenzbereich zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb nicht dazu herangezogen werden könne, anstelle einer gesetzlich geregelten Freigrenze „eindeutig gewerbliche Grundstücksgeschäfte“ der Besteuerung zu entziehen (so *Bitz* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, § 15 EStG Rdnr. 132 b; kritisch aber *Gosch*, StBp 1996, 219, 221).

Andererseits wird darauf hingewiesen, daß die steuerrechtliche Bewertung der Tätigkeit eines Bauträgers nicht davon abhängen könne, welche Art von Objekten – Wohngebäude oder gewerbliche Großobjekte – er errichtete (*G. Söffing*, DStZ 1996, 455, 457; *Obermeier*, NWB Fach 3 S. 10029).

Zum Teil wird für die Anwendung der Drei-Objekt-Grenze zwischen dem Handel mit Wohnobjekten und der Errichtung solcher Objekte in Veräußerungsabsicht nicht unterschieden (z.B. *Schmidt*, Einkommensteuergesetz, 16. Aufl. 1997, § 15 Rdnr. 64 f.). Andere Autoren vertreten die Ansicht, in den Fällen der produktiven Wertschöpfung sei auch bei weniger als vier Objekten Gewerblichkeit anzunehmen (*Schmidt-Liebig*, DB 1997, 346, 349; ders., FR 1997, 325, 329; *Fischer*, FR 1996, 377). *Schmidt-Liebig* hält es für notwendig, die Bereiche der Produktion und des Handels zu unterscheiden; nach seiner Auffassung (Abgrenzung zwischen gewerblichen und privaten Grundstücksgeschäften, 1993, S. 93 f.) ist die Drei-Objekt-Grenze dort nicht vertretbar, wo die Veräußerung der Schlußpunkt einer grundstücksbearbeitenden Tätigkeit sei; u.U. könne die Errichtung und Veräußerung nur eines Objekts gewerblich sein. Die Rechtsprechung sei fixiert auf die Anzahl der Verkaufsvorgänge; indes sei es gerade bei geringen Verkaufszahlen wichtig, auf die Errichtung der Wohneinheiten abzustellen und den Sachverhalt am Bild des Bauunternehmers zu messen (ders., „Gewerbe“ im Steuerrecht, 1977, S. 129).

III. Rechtsauffassung des vorlegenden Senats

1. Der erkennende Senat hält an den Rechtsgrundsätzen seines Urteils in BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303 fest: Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit und das ungeschriebene negative Merkmal des Nichtvorliegens von Vermögensverwaltung erfordern eine unterschiedliche Auslegung danach, ob es um (bloßen) *Handel mit Grundstücken* oder eine grundstücksbezogene *unternehmerische Wertschöpfung* geht. Er erachtet darüber hinaus diese Grundsätze auch in dem hier gegebenen Fall für anwendbar, daß drei Eigentumswohnungen in zumindest bedingter Absicht der Veräußerung errichtet und in zeitlichem Zusammenhang hier-

mit veräußert werden. Denn die Gesamtwürdigung ergibt – unabhängig von der Zahl der Objekte – eine Zuordnung der steuerrechtlich relevanten Tätigkeiten, die für die gewerbliche Produktion nach Art eines Bauträgers typisch sind, zum „Bild des Gewerbebetriebs“.

2. Nach dem Beschluß des Großen Senats in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] ist die *Anschaffung und Veräußerung* von drei Wohneinheiten oder entsprechenden unbebauten Grundstücken – ohne zwischenzeitliche Bebauung oder gleichzustellende werterhöhende Bearbeitung – nicht „nachhaltig“. Die Entscheidung des Großen Senats zum Anwendungsbereich der Drei-Objekt-Grenze ist indes nach Auffassung des erkennenden Senats auf das reine „Durchhandeln“ – das *Anschaffen* und Veräußern ohne zwischenzeitliche werterhöhende Bearbeitung – von Grundstücken begrenzt. Zur *Anschaffung*, *Bebauung* und Veräußerung im Rahmen eines Gesamtplans hat der Große Senat nicht Stellung genommen. Der seinerzeit zur Beurteilung gestellte Sachverhalt gab keine Veranlassung, zum „Bild der Bauunternehmung“ als dem Urbild (Prototyp) der „Produktion von Gebäuden für den Markt“ Stellung zu nehmen.

Nach Auffassung des erkennenden Senats ist die Erstreckung der „Drei-Objekt-Grenze“ auf die „typische“ Bauunternehmer-/Bauträgertätigkeit mit den vom Großen Senat des BFH in seinem Beschluß in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] aufgestellten Grundsätzen nicht vereinbar. Frühere Rechtsprechung ist durch den Beschluß des Großen Senats in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 495] überholt, soweit die zur Feststellung der Gewerblichkeit verwendeten Indizien nicht in den Dienst einer rechtslogisch vorrangigen Zuordnung entweder zum „Typus des Händlers“ oder zum „Typus des Bauunternehmers“ gestellt werden. Für die letztere Zuordnung sind die Anzahl und die Art der „produzierten“ und veräußerten Objekte grundsätzlich kein geeigneter Indikator für die Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und unternehmerisch-gewerblicher Wertschöpfung.

3. Indem die Klägerin drei Wohneinheiten sowie jedenfalls eine Garage mit zumindest bedingter Veräußerungsabsicht errichtet und veräußert hat, hat sie sich nach Art eines gewerblichen Bauträgers betätigt.

Die werterhöhende Bearbeitung von Grundstücken – Erschließung, Bebauung und die der Bebauung rechtlich gleichwertige Modernisierung (BFH-Urteil vom 10.8.1983 I R 120/80, BStBl II 1984, 137) – kann bestimmten Berufsbildern zugeordnet werden. Die Bauausführung „in eigener Regie“ zwecks Veräußerung von Neubauten gehört zum Kernbereich der – als Oberbegriff auch die Tätigkeit des Bauträgers umfassenden – „Bauunternehmung“ (vgl. – in handelsrechtlicher Sicht – *Brüggemann* in *Staub*, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 4. Aufl. 1995, § 1 Rdnr. 64). Das breite Spektrum der grundstücksbearbeitenden Tätigkeiten wird ergänzt durch die „modernen“ Tätigkeitsbilder z.B. des Bauträgers, Baubetreibers, Generalunternehmers und Generalübernehmers (vgl. zu den „Baumodellen“ hierzu *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 1989, Rdnr. C 855 ff., 862 ff.; *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Aufl. 1992, Rdnr. D 1 ff.). In steuerrechtlicher Hinsicht stellt sich die Gesamtheit der auf Gewinnerzielung gerichteten Tätigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Bebauung für Zwecke der Veräußerung als gewerbliche (unternehmerische) Wertschöpfung nach Art eines Bauunternehmers/Bauträgers

und nicht als Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten dar. Wegen der Begründung im einzelnen verweist der Senat auf sein Urteil in BStBl II 1996, 303 (dort unter 3.).

Ergänzend bemerkt der Senat zu den gesetzlichen Merkmalen der Nachhaltigkeit und der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr:

a) Verschiedentlich heißt es, die *Verkaufsfälle* müßten die sog. Drei-Objekt-Grenze übersteigen (BFH-Urteile in BStBl II 1992, 143; BFH/NV 1992, 238). Indes wird eine „eindimensionale“ Ausrichtung des Rechtsbegriffs „nachhaltig“ (§ 15 Abs. 2 EStG) an der Anzahl der *Verkaufsfälle* in Fällen wie dem vorliegenden dem Typus „Bild des gewerblichen Produzenten“ nicht gerecht, wie er vom Großen Senat als rechtlich richtungsweisend vorangestellt wird. „Nachhaltig“ tätig ist – wie vorstehend dargelegt – der produzierende Unternehmer, indem er wertschöpfend Produktionsfaktoren bündelt, um ein marktgängiges Produkt zu schaffen. Die *Errichtung* auch nur eines einzigen Gebäudes kann nachhaltig i.S. des § 15 Abs. 2 EStG sein, weil für diese Annahme ausreicht, daß die Erledigung des Bauauftrags mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert (BFH BStBl III 1961, 194, zur Rechtslage bei Arbeitsgemeinschaften vor Einfügung des § 2a GewStG; allgemein zum Rechtsbegriff „nachhaltig“ BFH BStBl II 1986, 88). Dies gilt unabhängig davon, mit welcher Anzahl von Rechtshandlungen der Unternehmer sein Produkt am Markt absetzt.

b) Auch das Tatbestandsmerkmal „Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ ist bei gleichzeitiger Wertung der zu beurteilenden Tätigkeit am „Bild des Produzenten“ typusbezogen auszulegen. Dieses Merkmal erfordert, daß Leistungen am Markt gegen Entgelt für Dritte äußerlich erkennbar angeboten und/oder daß *Leistungen Dritter zur eigenen Wertschöpfung in Anspruch genommen werden* (vgl. BFH BStBl II 1992, 143; BStBl II 1994, 463, jeweils m.w.N.). Dies ist der Fall beim Bauträger/Bauunternehmer, selbst wenn er nur ein einziges Grundstück bebaut und veräußert. Wer als Bauträger beispielsweise zwei Supermärkte errichtet, kann die Einstufung als gewerblich nicht mit der selbst nachweislichen Behauptung abwenden, er habe eine weitere Betätigung auf dem Grundstücks- und Bausektor nicht geplant. Es kann ferner nicht darauf ankommen, ob ein Gebäude von vornherein – u.U. einmalig – für einen bestimmten Auftraggeber errichtet worden ist oder ob ein „für den Markt“ geschaffenes Produkt weiteren Interessenten zum Erwerb angeboten worden ist. Die Teilnahme am allgemeinen Markt folgt aus der Inanspruchnahme von Fremdleistungen *zur Schaffung* eines – und sei es mit einem einzigen Veräußerungsakt – *abzusetzenden Produkts*.

c) Mittels dieser typologischen Betrachtung wird auch das ungeschriebene negative Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs. 2 EStG, daß keine private Vermögensverwaltung im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten vorliegen darf, inhaltlich konkretisiert.

Die Tätigkeit des „Händlers“ ist auf die Ausnutzung substantieller Werte durch Umschichtung von Vermögenswerten gerichtet; sie unterscheidet sich von der „Vermögensumschichtung im Rahmen privater Vermögensverwaltung“ durch den marktmäßigen Umschlag von Sachwerten. Die Tätigkeit des Produzenten (z.B. des Bauunternehmers) ist nach ihrem Gesamtbild unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung geprägt durch die Herstellung von Gütern, ohne daß hierfür stets eine Umschichtung von Vermögenswerten erforderlich wäre. Der Produzent setzt zwar für die Fertigung Material ein; der Umfang der Wertschöpfung wird indes nicht notwendi-

gerweise durch den Wert des Materialeinsatzes bestimmt; hochwertige Produkte können dadurch entstehen, daß geringwertige Materialien veredelt oder „kreativ“ miteinander verbunden werden. Die Dienstleistung (z.B. des Baubetreuers) hat ohnehin bereits begrifflich keinen Bezug zu einer Vermögensumschichtung. Der Bauträger, der wie ein Produzent ein Gebäude für den marktmäßigen Absatz errichtet, ist nicht um deswillen nur vermögensverwaltend tätig, weil er dem Abnehmer zusätzlich ein Grundstück mitliefert.

d) Wird ein Branchenfremder nach Art eines Bauunternehmers/Bauträgers tätig, gebietet die Gleichmäßigkeit der Besteuerung seine Gleichstellung mit diesen Unternehmungen, zu denen er in Wettbewerb getreten ist (vgl. BFH BStBl III 1967, 337; BStBl II 1972, 360).

4. Diese Auslegung ist gleichheitsrechtlich geboten, da andernfalls der steuerrechtliche Belastungsgrund des § 15 EStG nicht folgerichtig umgesetzt würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) fordert der Gleichheitssatz nicht eine immer mehr individualisierende und spezialisierende *Steuergesetzgebung*, sondern die Regelung eines allgemein verständlichen und möglichst unausweichlichen Belastungsgrundes; deshalb darf der Gesetzgeber einen steuererheblichen Vorgang um der materiellen Gleichheit willen im typischen Lebensvorgang erfassen und individuell gestaltbare Besonderheiten unberücksichtigt lassen (BVerfG BStBl II 1997, 518). Die *Steuerrechtsprechung* ihrerseits muß bei der Auslegung des Gesetzes die Verständlichkeit des Belastungsgrundes sichern. Sie muß die der Schaffung des Steuertatbestandes zugrundeliegende gesetzliche Belastungsentscheidung – hier: die Steuerbarkeit der Einkünfte von Produzenten, Händlern und Dienstleistenden auf der Rechtsgrundlage des § 15 EStG – „folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umsetzen“ (vgl. BVerfG BStBl II 1995, 655 unter C.II.1.d). Hieraus folgt:

a) Wird das „Bild“ des Produzenten geprägt durch die (angestrebte) nachhaltige Vornahme einer Vielzahl rechtlich und wirtschaftlich eigenständiger Handlungen und durch die Inanspruchnahme (und Bündelung) von am Markt angebotenen Lieferungen und Leistungen, so verringert sich nicht nur die rechtliche Relevanz des Absatzakts, sondern auch die der *Art* des geschaffenen Objekts. Folglich ist nur auf einer gleitenden Skala zwischen eindeutigen Vorgängen der Vermögensverwaltung – Beispiel: Errichtung eines Einfamilienhauses für eigene Wohnzwecke – und eindeutig gewerblichen Vorgängen – Beispiel: Errichtung eines Großobjekts, etwa eines Messeturms, oder zweier Supermärkte durch einen Bauträger zwecks Veräußerung – eine Grenzziehung zu finden, die den gesetzlichen Belastungsgrund der produktiven Wertschöpfung verdeutlicht und zu diesem Belastungsgrund in einem überzeugenden Sachzusammenhang steht.

Unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit mit dem „Bild des Produzenten“ besteht kein gleichheitsrechtlich bedeutsamer Unterschied zwischen der – eindeutig gewerblichen (Senatsurteil BStBl II 1996, 303 [= MittBayNot 1996, 326]) – Errichtung (und Veräußerung) zweier Supermärkte einerseits und von drei Eigentumswohnungen/Einfamilienhäusern andererseits. Es ist rechtlich unerheblich, ob Gegenstand des Bauträgergeschäfts ein einziger Supermarkt, ein Sechsfamilienhaus, zwei Doppelhaushälften, ein Dreifamilienhaus oder drei Eigentumswohnungen mit oder ohne Garagen sind. Gemessen an der vom Gesetz vorausgesetzten Belastung von Einkünften aus der „Produktion für den Markt“ fällt es für die gebotene Gesamtwürdigung nicht entscheidend ins Gewicht,

ob ein vom Bauträger „für den Markt“ errichtetes Vierfamilienhaus mit einem einzigen Rechtsakt veräußert wird, ob es zuvor in vier rechtlich selbständige Eigentumswohnungen aufgeteilt worden ist und ob diese an vier verschiedene Erwerber oder in einer oder in mehreren Urkunden an einen einzigen Erwerber veräußert werden. Dadurch, daß solche individuell gestaltbare Besonderheiten unberücksichtigt bleiben, wird zugleich – im Rahmen des gesetzlichen Tatbestandes – dem verfassungsrechtlichen Postulat der Unausweichlichkeit des Belastungsgrundes Rechnung getragen.

b) Indem die auch steuerrechtlich grundlegende Unterscheidung zwischen Handel und Produktion nachvollzogen wird und die Einkünfte aus jeglicher unternehmerischer Produktion für den Markt als steuerbar erfaßt werden, wird die vom Großen Senat in BStBl II 1995, 617 [= MittBayNot 1995, 492] geforderte Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistet. Wer selbständig und unter Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ein Gebäude errichtet, ist ebenso Gewerbetreibender wie der Baubetreuer, der als Dienstleistender die Wertschöpfung auf dem Bausektor organisiert, ohne dem Abnehmer zugleich ein Grundstück zu verschaffen. Ihrer Art nach gewerbliche Leistungen ändern nicht aus dem einzigen Grund die Rechtsqualität, weil der Unternehmer dem Besteller/Abnehmer zusätzlich auch das Eigentum an dem bebauten Grundstück verschafft.

5. Eine andere Rechtsauffassung zur gewerblichen Bautätigkeit läßt sich auch nicht im Hinblick auf eine wünschenswerte Vereinfachung des Steuerrechts und Praktikabilität der Steuererhebung vertreten.

Der VIII. Senat des BFH hat mit Urteil in BStBl II 1988, 244 unter Bezugnahme auf das nichtveröffentlichte Urteil des I. Senats des BFH vom 2.6.1976 I R 57/74 entschieden: Je geringer „der Umfang von Anschaffungen und Veräußerun-

gen“ ist, desto weniger sei anzunehmen, daß der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung – Ausnutzung substantieller Vermögenswerte – im Vordergrund stehe. Eine zahlenmäßige Begrenzung trage der gebotenen Vereinfachung Rechnung. Der III., IV., XI. Senat des BFH und der erkennende Senat haben dem – jedenfalls im Ergebnis – zugestimmt (oben II.2.b).

Der erkennende Senat vermag an dieser allein an die Zahl der Veräußerungen anknüpfenden Rechtsauffassung nicht mehr festzuhalten. Zwar kann ein typisierender und pauschalierender Gesetzesvollzug im Interesse der Praktikabilität und einer angemessenen Aufwand-Nutzen-Relation „unumgänglich und daher zulässig sein“ (BVerfG, BVerfGE 78, 214, 227 ff.). Eine Begrenzung nach der Zahl der veräußerten Objekte ist aber unter dem Gesichtspunkt der Einfachheit und der Verlässlichkeit der Rechtsordnung nur insoweit vertretbar, als es um den *Handel* mit sog. Wohnobjekten geht, zu dem sich der Große Senat abschließend geäußert hat. Dies folgt auch aus der Erwägung, daß für die Nachhaltigkeit einer Handelstätigkeit *grundsätzlich* auch eine Mehrzahl von Erwerbs- und Absatzgeschäften erforderlich ist. Indes besteht keine Notwendigkeit, die unternehmerische Produktion in gleicher Weise zu quantifizieren, da die Zahl der Absatzgeschäfte für das Bild des Produzenten nicht prägend ist. Während die Rechtsgrundsätze zum sachlichen und zeitlichen Zusammenhang beim bloßen *Handel* mit mindestens vier Objekten das Ergebnis einer am „Bild des Händlers“ orientierten Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale „nachhaltig“ und „Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr“ sind, liefe es auf eine vom Gesetz nicht gedeckte sachliche Steuerbefreiung hinaus, wollte man Gewinne aus unternehmerischer Wertschöpfung nicht der Steuer unterwerfen. Im Hinblick auf den steuerrechtlichen Parlamentsvorbehalt ist es den Gerichten untersagt, durch Richterrecht eine sachliche Steuerbefreiung zu schaffen.

Geschäftswert einer Registervollmacht

Notare werden immer wieder um Beglaubigungen von Unterschriften unter Handelsregistervollmachten ersucht, wobei die vorformulierten Vollmachten vom Vollmachtgeber in aller Regel vorgelegt werden. Die Tätigkeit des Notars beschränkt sich dann auf die reine Unterschriftsbeglaubigung, ohne Fertigung, Überprüfung oder Ergänzung des vorgelegten Entwurfs, die eine $\frac{1}{4}$ Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO auslöst. Die $\frac{1}{4}$ Gebühr nach § 45 KostO beträgt mindestens 20,- DM und höchstens 250,- DM.

Nach dem Inhalt der Handelsregistervollmacht erteilt der Vollmachtgeber, der einer Kommanditgesellschaft als Kommanditist beigetreten ist, meistens dem Komplementär eine umfassende Vollmacht, mit welcher der Kommanditist bei allen erforderlichen Registeranmeldungen vertreten wird. Da die Kommanditisten als Gesellschafter bei fast allen Anmeldungen mitwirken müssen (§§ 161 Abs. 2, 108, 125 Abs. 4, 143, 144 Abs. 2, 148 Abs. 1, 175 HGB), bezieht sich die Vollmacht nicht nur auf die Anmeldung zur Eintragung des Vollmachtgebers in das Handelsregister, sondern ermächtigt z. B. zur Vornahme der Anmeldungen des Beitritts und des Ausscheidens weiterer Gesellschafter und darüber hinaus zur Vornahme sämtlicher die Gesellschaft betreffenden Anmeldungen zum Handelsregister.

Der Vollmachtgeber geht in der Regel davon aus, daß die Vollmacht seine eigene Anmeldung betrifft, und sich der Geschäftswert daher für diese Unterschriftsbeglaubigung nur nach der Höhe seiner Kommanditeinlage richtet. Hinzu kommt, daß die betreffende Kommanditgesellschaft die neu hinzutretenden Kommanditisten sogar darauf hinweist, daß Beglaubigungsgebühren nur aus dem Wert der eigenen Kommanditeinlage zu berechnen sind.

Das LG Köln (MittRhNotK 1996, 108) hat erneut klargestellt, daß der Geschäftswert einer solchen Handelsregistervollmacht nicht nach der Höhe der Kommanditeinlage des Vollmachtgebers festzusetzen ist. Der Kommanditist ist auch nicht Mitberechtigter im Sinne des § 41 Abs. 3 KostO i.V.m. § 40 Abs. 2 KostO, nicht bei seiner Anmeldung, also auch nicht bei der Vollmacht für seine Anmeldung oder für Anmeldungen des Beitritts oder des Ausscheidens weiterer Gesellschafter. Auch die Änderung der §§ 40 Abs. 2 und 41 Abs. 3 KostO mit Wirkung zum 27.06.1997 ändert nichts an diesen Bewertungsgrundsätzen.

Der Geschäftswert einer Vollmacht mit dem entsprechenden Inhalt ist gemäß § 41 Abs. 2 KostO nach dem Wert der voraussichtlich künftig vorzunehmenden Anmeldungen nach freiem Ermessen zu bestimmen. Bei dieser Wertbestimmung ist im Regelfall auch die Höhe des Kommanditkapitals und die Anzahl der Kommanditisten zu berücksichtigen (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Aufl. § 41 Rdnr. 3; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 41 Rdnr. 16; BayObLG, DNotZ 1972, 244; dasselbe, DNotZ 1985, 565 = MittBayNot 1984, 271).

Rückfragen beim Vollmachtgeber ergeben meistens sehr schnell, daß für den Regelfall kein Zweifel daran bestehen kann, daß noch der Beitritt einer Anzahl weiterer Kommanditisten beabsichtigt ist. Bei der Geschäftswertbemessung ist dann von einem Vielfachen der Kommanditeinlage des Vollmachtgebers auszugehen.

Ergeben sich Anhaltspunkte, daß die größere Zahl der Kommanditisten erst nach Erteilung der konkreten Vollmacht, also nach der Unterschriftsbeglaubigung durch den Notar, beitrifft, wird sehr schnell ein Geschäftswert erreicht, der den für die Höchstgebühr nach § 45 KostO maßgebenden Geschäftswert von 600.000,- DM übersteigt.

Liegen keine Erkenntnisse darüber vor, wie viele Anmeldungen voraussichtlich mit Hilfe der konkret erteilten Vollmacht in Zukunft erfolgen werden, ist dennoch von einem Vielfachen der Kommanditeinlage des Vollmachtgebers auszugehen. Führen also die Erkenntnisse im konkreten Einzelfall zur Gewißheit, daß noch eine größere Zahl von Anmeldungen vorzunehmen ist, kann durchaus ein Geschäftswert von über 600.000,- DM in Betracht kommen. Fehlen dem Notar entsprechende Anhaltspunkte, so erscheint es angemessen, etwa das drei- bis vierfache der Einlage als Geschäftswert zugrunde zu legen.

Um eine Nachprüfung der Wertbestimmung der Rahmen der Kostenrevisionen zu ermöglichen, sollte der Notar eine Ablichtung der Registervollmacht zur Urkundensammlung nehmen. Hierzu wird auch auf die Ausführungen von *Bengel* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 13. Aufl. 154 Rdnr. 17 hingewiesen.

Von Notar i.N. *Werner Tiedtke*,
Prüfungsabteilung der Notarkasse München

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Hans Bauer, München, gest. 24.4.1998

Notar a. D. Georg Kram, Dachau, gest. 27.4.1998

NA i. N. Gumpp Alois, Pegnitz, gest. 8.4.1998

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.1998:

Notar Helmut Flesch, München

Mit Wirkung vom 1.10.1998:

Notar Dr. Alfred Koßler, Neustadt/Aisch

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.6.1998:

Weißenburg dem Notar Helmut Stigler
(bisher in Burgkunstadt)

Nürnberg dem Notar Dr. Ernst Wahl
(in Sozietät mit Notar Wacker)
(bisher in Altdorf)

München dem Notar Arno Malte Uhlig
(in Sozietät mit Notar Dr. Bader)
(bisher in Rosenheim)

Mit Wirkung vom 1.9.1998:

Friedberg der Notarassessorin
(neuerrichtete Notarstelle) Eva Maria Brandt
(bisher in Friedberg, Notarstellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.5.1998:

Georg Mehler, Bayreuth (Notarstelle Dr. Waldner)

5. Versetzungen und sonstige Veränderungen

Notarassessor Gunther Philippsen, Landau i. d. Pfalz (Notarstelle Dr. Richter) wurde mit Wirkung vom 11.5.1998 promoviert.

Notarassessor Markus Allstadt, Aschaffenburg (Verweser der Notarstelle Dr. Bölsche), ab 1.3.1998 in Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Notarassessor Martin Herrmann, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Schmidl), ab 1.4.1998 in Neumarkt (Notarstelle Land)

Notarassessor Michael Grötsch, Würzburg (Deutsches Notarinstitut), ab 1.6.1998 Wolftratshausen (Notarstelle Dr. Schulz)

Notarassessorin Eva Rumpf, München (Landesnotarkammer Bayern), ab 1.6.1998 in München (Notarstelle von Heynitz)

Notarassessor Matthias Dünninger, Heilsbronn (Notarstellen Füller/Dr. Albrecht), ab 15.6.1998 in Aschaffenburg (Notarstellen Dr. Waßner/Schad)

Notarassessor Michael Fronhöfer, Mellrichstadt (Notarstelle Schüßler), ab 15.6.1998 in München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)

Notarassessorin Susanne Zech, Landshut (Notarstelle Häusler), ab 1.7.1998 München (Notarstellen Bender/Dr. Brachvogel)

Notarassessorin Dr. Beate Kopp, Köln (Bundesnotarkammer), ab 1.7.1998 München (Notarstelle Jungsberger/Dr. Wirner)

Notarassessor Michael Habel, Mühldorf a. I. (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier), ab 1.8.1998 München (Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)

Oberinspektorin i. N. Maria Brunner, Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer), ab 16.3.1998 Lauf (Notarstelle Scheckenhofer)

Oberinspektorin i. N. Hermine Ranner, München (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner), ab 15.4.1998 Erding (Notarstellen Böck/Koch)

Oberamtsrat i. N. Bernhard Schäffer, Ansbach (Notarstelle Absmeier), ab 1.5.1998 Dinkelsbühl (Notarstelle Dr. Keidel)

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, Notarassessorin Eva Rumpf, Ottostraße 10, 80333 München ISSN 0941-4193
Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern,
Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.
Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.