

Mitteilungen

des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 8000 München 2

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

Heft 3

MittBayNot

Mai/Juni 1992

I. A b h a n d l u n g

Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die notarielle Praxis

von Notarassessor *Hans-Herrmann Weser*, Regensburg

Einleitung, gesetzgeberische Zielvorstellungen

Am 12.9.1990 hat der Deutsche Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz — im Folgenden BtG genannt —) beschlossen, das gem. Art. 11 BtG am 1.1.1992 in Kraft getreten ist. Dieses Gesetz gilt auch im Beitrittsgebiet unbeschränkt. Mit ihm hat der Gesetzgeber die bisherigen Rechtsinstitute der Entmündigung und der Gebrechlichkeitspflegschaft, welche das Gesetz beide aufhebt, zu einem einheitlichen Rechtsinstitut der Betreuung verschmolzen, das in seinem materiellen Teil nunmehr überwiegend im zweiten Titel des 3. Abschnitts des 4. Buches des BGB, also im Abschnitt Vormundschaft, geregelt ist.

Seine Zielsetzungen sind maßgeblich im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 11.5.1989, BT-Drucksache 11/4528 niedergelegt. In deren Anlage 2 findet sich auch die Stellungnahme des Bundesrates, sowie in Anlage 3 die Gegenäußerung der Bundesregierung. Zu den Vorstellungen der Gesetzesverfasser können darüberhinaus die beiden vom Bundesminister der Justiz 1987 und 1988 herausgegebenen Diskusstheorien herangezogen werden. Umfassende Nachweisungen zu den Materialien und zum Schrifttum zur Reform finden sich in der erst kurz vor Drucklegung dieses Aufsatzes erschienenen 3. Auflage des Münchener Kommentars zum BGB Band 8, Familienrecht II, bearbeitet von Dieter *Schwab*, in den Vorbemerkungen vor §§ 1896 bis 1908 i. Seine kritische Kommentierung des Betreuungsgesetzes konnte nur mehr in den Fußnoten berücksichtigt werden. Für die Bedeutung des Gesetzes in der notariellen Praxis seien vor allem die folgenden gesetzgeberischen Zielsetzungen herausgegriffen:

1. Die Bestellung eines Betreuers schränkt die Teilnahme eines Betreuten am Rechtsverkehr nicht automatisch ein. Nur dort, wo dies im Einzelfall erforderlich ist, kann das Gericht einen sogenannten „Einwilligungsvorbehalt“ anordnen (geregelt in § 1903 BGB). Ein solcher Einwilligungsvorbehalt soll nach dem Willen der Gesetzesverfasser zwar die Handlungskompetenz des Betreuten beschränken, da er ohne die

Zustimmung des Betreuers keine ihm rechtlich nachteiligen Willenserklärungen abgeben kann. Er soll jedoch ausdrücklich die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht zur Folge haben (BT-Drucks. 11/4528, S. 63 und öfter).

Das bedeutet — wie es in den Materialien an anderer Stelle heißt —, daß die Betreuung „pflegschaftlich“ ausgestaltet ist, was wohl heißen soll, daß die bisherige süddeutsche Praxis, nur mehr Gebrechlichkeitspflegschaften und keine Entmündigungen mehr anzuordnen, selbst wenn „an sich“ die Voraussetzungen für eine Entmündigung vorlagen, legalisiert wird.

Für den Gesetzesanwender hat dies zur Folge, daß er sich bei Auslegungszweifeln an der bisherigen Rechtsprechung und Literatur zu der aufgehobenen Vorschrift des § 1910 BGB orientieren kann, sofern nicht der ausdrückliche abändernde Wille des Gesetzgebers zu beachten ist.

Gleichwohl ist davor zu warnen, unbesehen wie bisher bei unter Gebrechlichkeitspflegschaft stehenden Pfleglingen zu verfahren. Zum einen bringt die dogmatisch noch unklare Figur des Einwilligungsvorbehaltes Rechtsunsicherheit bei den Vorschriften, die nach wie vor den Terminus des „beschränkt Geschäftsfähigen“ enthalten. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Anordnungsvoraussetzungen der Betreuung zu einer Erhöhung oder zu einer Herabsetzung der Eingriffsschwelle führen.¹

2. An die Stelle anonymer Verwaltung von „Fällen“ soll eine persönliche Betreuung treten.

Nach dem Willen der Gesetzesverfasser, der in § 1897 BGB nur unvollkommen seinen Niederschlag gefunden hat, soll die Betreuung künftig von Einzelbetreuern bevorzugt ge-

¹ Sollte sich beispielsweise die Auffassung von *Rausch/Rausch* (NJW 1992, 274, 278) durchsetzen, wonach das Betreuungsgesetz eine niedrigere Eingriffsschwelle für die zwangsweise Anordnung der Maßnahme statuiert als sie bisher für die Zwangspflegschaft verlangt wurde, dürfte der Notar schwerlich umhin können, zu versuchen, den Betreuten zum Beurkundungstermin hinzuzuziehen.

leistet werden, wobei die private Einzelbetreuung den Vorrang vor dem Einsatz von Vereins- und Behördeneinzelbetreuern genießt^{1a}.

Sofern sich diese Zielvorstellung der Gesetzesverfasser realisiert, wird man es künftig mehr mit rechtlich nicht vorgebildeten Betreuern zu tun haben.

Darüberhinaus läßt sich aus dieser Zielsetzung ableiten, daß die Anordnung der Betreuung und die Auswahl der Betreuungsperson in erster Linie auf das physische und psychische Wohlbefinden des Betreuten blickt und daß die optimale Vertretung des Betroffenen im Rechtsverkehr gegenüber dem Bereich der persönlichen Sorge als nachrangig betrachtet wird.

3. Die Bestellung eines Betreuers setzt die persönliche Anhörung des Betroffenen und eine genaue Sachaufklärung voraus.

Das Anordnungsverfahren ist nunmehr geregelt in den §§ 66—68 b FGG.

Gegenüber der bisherigen Rechtslage tritt hierdurch eine Änderung maßgeblich in folgenden Punkten ein:

a) An die Stelle der bisherigen gespaltenen Anordnung der Pflugschaft, welche in die Zuständigkeit des Richters fiel, und die Auswahl und Bestellung des Pflegers, welche der Rechtspfleger vornahm, tritt die sogenannte „Einheitsentscheidung“; d. h. die Betreuung tritt grundsätzlich (erst) mit der Bestellung des Betreuers ein. Für sie ist grundsätzlich der Richter zuständig; lediglich die Entscheidung über die Bestellung eines sog. „Überwachungsbetreuers“, der über einen vom Betroffenen bestellten Bevollmächtigten zu wachen hat — geregelt in § 1896 III BGB — obliegt dem Rechtspfleger (vgl. § 14 Nr. 4 RpfLG).

In Eilfällen kann gem. § 69 f FGG ein vorläufiger Betreuer bestellt werden.

Im Widerspruch zum Gedanken der Einheitsentscheidung kennt das Gesetz im § 1908 d BGB eine „Aufhebung der Betreuung“. Sie kann letztlich nur dadurch erfolgen, daß der Betreuer entlassen wird. Umgekehrt regelt § 1908 b BGB den Fall der „Entlassung des Betreuers“: Sie muß — nimmt man den Gedanken der Einheitsentscheidung ernst — stets auch die „Aufhebung der Betreuung“ bedeuten^{1b}.

Ungeklärt sind im Gesetz zwei Fragen:

- Sind ohne Betreuerbestellung Eilmaßnahmen des Gerichts gem. §§ 1908 i, 1846 BGB möglich?^{1c}
- Welche Auswirkung hat die Entlassung oder der sonstige Wegfall des Betreuers auf einen vom Gericht angeordneten Einwilligungsvorbehalt?

b) Das Gericht bestellt, soweit es zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen erforderlich ist, diesem einen Verfahrenspfleger (§ 67 FGG). Die Rechtsmacht dieses Verfahrenspflegers beschränkt sich dabei auf das Anordnungsverfahren; zu einer rechtsgeschäftlichen Vertretung des Betroffenen ist er während des laufenden Anordnungsverfahrens nicht befugt^{1d}.

c) Im Anordnungsverfahren wird neben einer gesundheitlichen Begutachtung des Betroffenen durch Sachverständige

auch eine Exploration seiner persönlichen Lebensverhältnisse stattfinden. Eine Betreuerbestellung soll nämlich nur erfolgen, soweit sie für einen bestimmten Aufgabenkreis erforderlich ist. Dazu muß die persönliche Angewiesenhitslage erforscht werden.

d) In Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung von BVerfG und BGH ist der Betroffene in Verfahren, die die Betreuung betreffen, ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit verfahrensfähig.

4. Über Betreuerbestellungen und über angeordnete Einwilligungsvorbehalte muß spätestens nach fünf Jahren neu entschieden werden.

Dieser Zeitpunkt ist notwendig im Beschlußtenor des Gerichts, mit dem es den Betreuer bestellt und/oder den Einwilligungsvorbehalt anordnet, aufzuführen (§ 69 I Nr. 5 FGG); er gehört jedoch nicht zum Sollinhalt der dem Betreuer für seine Legitimation im Rechtsverkehr gem. § 69 b FGG zu erteilenden Bestellsurkunde.

Die Nichtbefolgung dieses Überprüfungszeitpunkts hat auf den Fortbestand der Betreuung aber wohl keinen Einfluß, da die jetzt geltende Regelung erst auf Kritik des Bundesrates² an dem Regierungsentwurf, welcher eine automatische Beendigung der Betreuerbestellung nach Ablauf des im Beschluß angegebenen Zeitpunkts vorsah, zustande kam. Aus dem Gesetz läßt sich diese Rechtsfolge aus der Verweisung des § 1908 i BGB auf § 1893 BGB und dessen Weiterverweisung auf §§ 1698 a, 1698 b BGB ableiten.

Die übrigen von den Gesetzesverfassern ausformulierten Zielvorstellungen betreffen die Regelung des Aufwendersersatzes des Vormundes und des Betreuers, das Unterbringungsrecht, die Heilfürsorge, die Sterilisation und die Auflösung der Wohnung des Betroffenen; sie bleiben hier außer Betracht.

Nicht als eigene Zielvorstellung ausformuliert ist das Bestreben der Gesetzesverfasser, die Notwendigkeit der Anordnung von Betreuung dadurch überflüssig zu machen, daß Privatpersonen den Fall ihrer künftigen Fürsorgebedürftigkeit durch Erteilung sogenannter Altersvorsorgevollmachten an Personen ihres Vertrauens selbst regeln. Dieses Deregulierungskonzept ist jedoch wesentlicher Bestandteil des Gesetzeswerks; so lassen sich die Anordnungsvoraussetzungen für die Betreuung nur vor dem Hintergrund der möglichst vom Bürger selbst zu regelnden Altersvorsorge verstehen.

A) Der betreuungsbedürftige Personenkreis

1) Zu den Anordnungsvoraussetzungen:

Eine Betreuung ist anzuordnen — und zwar entweder auf Antrag des Betroffenen oder von Amts wegen, was das Gesetz im Grundsatz für gleichwertig erachtet und nur Einfluß auf die Verfahrensmodalitäten haben soll —, wenn:

— *der Betroffene volljährig ist.* Eine Ausnahme hiervon bringt § 1908 a BGB, welcher die Anordnung der Betreuung und einen Einwilligungsvorbehalt auch für einen Siebzehnjährigen vorsieht, wenn anzunehmen ist, daß dies bei Eintritt der Volljährigkeit erforderlich sein wird. Beide Maßnahmen werden dann aber erst mit dem Zeitpunkt der Volljährigkeit wirksam.

^{1a} MünchKomm-Schwab, § 1897 Rdnr. 4; ders. FamRZ 1990, 681, 683.

^{1b} Schwab, FamRZ 1990, 681, 683.

^{1c} Bejahend MünchKomm-Schwab, vor § 1896 Rdnr. 10.

^{1d} Zur Rechtsstellung des Verfahrenspflegers ausführlich MünchKomm-Schwab, § 1896 Rdnr. 84 ff., insbes. Rdnr. 88.

² BT-Drucksache 11/4528 S. 216

— beim Betroffenen eine psychische Krankheit oder eine körperliche, oder seelische Behinderung vorliegt; ein bestimmter Grad an Behinderung (z. B. „Geisteschwäche“) ist nicht Anordnungsvoraussetzung. Anzumerken ist, daß der Fall der (bloßen) Körperbehinderung den übrigen Fällen gleichgestellt ist. Es gibt nach dem Willen der Gesetzesverfasser kein Sonderrecht der Betreuung für den Fall der schlichten Körperbehinderung.

— Als Folge der Behinderung muß der Betroffene seine *Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen können*.

— Die Betreuung muß *erforderlich* sein für einen bestimmten „Aufgabenkreis“. Sie ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheit durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden kann.

Bei dieser Anordnungsvoraussetzung kommt das angesprochene *Deregulierungskonzept* des Gesetzes in doppelter Hinsicht zum Ausdruck.

Zum einen: Betreuung soll nur stattfinden, soweit es eine konkret zu ermittelnde Angewiesenhitslage erfordert. Zum anderen: In erster Linie soll der Zustand der Fürsorgebedürftigkeit durch den Bürger durch die rechtzeitige Erteilung von Vollmachten geregelt werden; hilfsweise durch Bereitstellung anderer Hilfen.

Der hiermit angesprochene Erforderlichkeitsgrundsatz durchzieht im übrigen das ganze BtG. Er ist nicht nur bei der Bestellung des Betreuers, sondern auch

- bei der Bestimmung des Aufgabenkreises
 - bei der Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes
 - bei der Genehmigung der Unterbringung des Betreuten
 - bei der vorsorglichen Bestellung eines Betreuers während der Minderjährigkeit des Betroffenen und
 - bei der Erweiterung des Aufgabenkreises des Betreuers
- zu beachten. Er ist jedoch — mit Ausnahme der Anordnungsvoraussetzung — vom Gesetz nicht hinreichend konkretisiert, so daß es seiner Durchdringung durch Rechtsprechung und Lehre anhand auftretender praktischer Fälle bedarf.

Zur Klarstellung sei nochmals darauf hingewiesen, daß Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB ausdrücklich nicht Anordnungsvoraussetzung sein soll. Es soll im Anordnungsverfahren noch nicht einmal Prüfungsgegenstand sein, ob sich der Betroffene in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand befindet bzw. hier lehne ich mich an die meines Erachtens besser formulierte Vorschrift des § 2229 Abs. 4 BGB a. F. (nunmehr Abs. 3 der Vorschrift) an — ob der Betroffene noch in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, da die Anordnung der Betreuung eine etwa vorhandene Geschäftsfähigkeit des Betroffenen ja unberührt lasse.

Soweit die geschriebenen Anordnungsvoraussetzungen, so wie sie auch das bisherige Schrifttum³, wenn auch teilweise etwas verzerrt, wiedergibt⁴. Die gem. § 1902 BGB ein-

tretende Rechtsfolge, daß der Betroffene einen gesetzlichen Vertreter erhält — und zwar nach dem Willen der Gesetzesverfasser unterschiedslos, ob die Betreuung auf Antrag oder von Amts wegen angeordnet wird und unterschiedslos danach, ob der Betroffene geschäftsfähig ist oder nicht, — wird bei der Darstellung der Anordnungsvoraussetzungen vom bisherigen Schrifttum nicht hinreichend berücksichtigt. Sie kann meines Erachtens nur zur Anhebung der Anordnungsvoraussetzungen führen:

Geringe Devianzen gegenüber dem sog. „Normalverhalten“ erlauben die Anordnung einer Betreuung nicht, es sei denn, man korrigierte das Gesetz dahin, daß es Betreuer mit und solche ohne gesetzliche Vertretungsmacht gäbe. Ein solches Zwei-Stufen-System der Betreuung haben die Gesetzesverfasser aber dezidiert widerspruchlos abgelehnt⁵.

Befremdlich erscheint mir die Ausblendung der Geschäftsfähigkeitsprüfung: Im Anordnungsverfahren wird der Betroffene umfangreich exploriert und von medizinischen Sachverständigen begutachtet. Es finden umfassende Anhörungen nicht nur des Betroffenen selbst, sondern auch seiner Angehörigen statt, die Betreuungsbehörde hat Gelegenheit zur Äußerung. Wann sonst — wenn nicht an dieser Stelle — kann ein Gericht zuverlässiger über die für den Betroffenen selbst und den Rechtsverkehr so entscheidende Frage (man denke nur an die Möglichkeit des Betroffenen zu testieren) der Geschäftsfähigkeit befinden? Zumindest in den Gerichtsakten hat meines Erachtens der die Betreuung anordnende oder ablehnende Richter seine Beurteilung der Geschäftsfähigkeit niederzulegen, um für spätere Verfahren, in denen die Frage entscheidungserheblich ist, Anhaltspunkte zu schaffen. Dies würde es auch dem Notar bei der von ihm nach wie vor gem. §§ 11, 28 BeURkG bei der Beurkundung von Willenserklärungen vorzunehmenden Geschäftsfähigkeitsprüfung erlauben, im Zweifel nachzufragen. Eine andere Verfahrensweise bedeutet m. E. eine Verschwendung ohnehin bei der Rechtspflege sehr kapp bemessener Ressourcen. Eine frühzeitige Verständigung mit den künftig in Betreuungssachen befaßten Richtern in der genannten Richtung scheint mir daher angeraten zu sein. Klarzustellen ist, daß damit der Notar nicht von der ihm obliegenden Prüfungspflicht entbunden werden soll. Da die Geschäftsfähigkeitsprüfung immer eine Momentaufnahme darstellt, in der die aktuelle Fähigkeit zu rechtsgeschäftlichem Handeln in Frage steht, kann der Vermerk des Gerichts immer nur eine (allerdings oft wertvolle) Hilfestellung sein. Andernfalls unterliefe man das Vorhaben des Betreuungsgesetzes, die konstitutive Geschäftsunfähigkeitsfeststellung abzuschaffen.

II) Die Auswahl der Betreuungsperson

1) Die Betreuungspersonen

Als Betreuungspersonen können gem. §§ 1897, 1900 BGB bestellt werden:

- (1) Der sog. private Einzelbetreuer, § 1897 I BGB.
- (2) Der Mitarbeiter eines Betreuungsvereins (sog. Vereinsbetreuer) gem. § 1897 II 1 BGB. Auch er ist Einzelbetreuer, d. h. es ist nicht wie im System der Minderjährigenvormundschaft der Verein Betreuer, sondern der Mitarbeiter
- (3) Der Mitarbeiter der Betreuungsbehörde (sog. Behördenbetreuer), § 1897 II 2 BGB. Auch er ist — wie der Vereinsbetreuer — Einzelbetreuer

⁵ BT-Drucksache 11/4528, S. 57 ff.

³ z. B. Zimmermann/Damrau NJW 1991, 538, 539

⁴ Rausch/Rausch, NJW 1992, 274, 275 reduzieren die kumulativen Anordnungsvoraussetzungen auf das der Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten als dem allein maßgeblichen.

(4) Nur hilfsweise: Ein Betreuungsverein, welcher generell hierfür der Anerkennung als Betreuungsverein bedarf. (§ 1908 f BGB), § 1900 I BGB

(5) Höchsthilfsweise: Die Betreuungsbehörde gem. § 1900 IV BGB.

Wird von der Bestellung des Betreuungsvereins bzw. der Betreuungsbehörde Gebrauch gemacht, so übertragen diese die Wahrnehmung der einzelnen Aufgaben einzelnen Personen. Es wird also so verfahren wie beim — bestehenbleibenden (!) Verfahren der Minderjährigenvormundschaft.

Die dargestellte Reihenfolge ist als Rangfolge zu verstehen, d. h. es darf immer erst die nächste Stufe betreten werden, wenn auf der vorhergehenden kein geeigneter Betreuer gefunden werden konnte.

2) Die Regelung der privaten Einzelbetreuung, § 1897 BGB

a) Bei der Bestellung eines Einzelbetreuers soll den Wünschen des Betreuten möglichst zu entsprechen sein; namentlich sind seinen Vorschlägen, die er vor dem Betreuungsverfahren hierfür gemacht hat, zu entsprechen, es sei denn, daß er an diesen erkennbar nicht festhalten will. Dies läßt Raum für die sog. Betreuungsverfügung, die in Abschnitt E behandelt wird.

b) Bei der Bestellung ist — nimmt man den Gesetzeswortlaut ernst (§§ 1897 IV, V BGB) — auf die Gefahr von Interessenkollisionen erst dann Rücksicht zu nehmen, wenn ein Vorschlag des zu Betreuenden hinsichtlich der Betreuungsperson nicht vorliegt. Da die Tendenz des Gesetzes dahin geht, möglichst viele private Personen als Betreuer zu gewinnen, und diese tatsächlich vornehmlich aus dem Verwandtschaftskreis des Betroffenen rekrutiert werden können, sind Interessenkonflikte geradezu vorprogrammiert. Hier kann es häufig sogar zu einem gesetzlichen Vertretungsverbot kommen, da § 1908 i BGB die vertretungsbeschränkenden Vorschriften der §§ 1795, 1796 BGB in Verweisung nimmt.

Es kann dann eine Prüfung notwendig sein, ob der Betreute nicht selbst zu rechtsgeschäftlichem Handeln in der Lage ist oder ob eine weitere Person zur Vertretung des Betreuten in der Angelegenheit zu bestellen ist.

Ist letzteres der Fall, erhebt sich die Rechtsfrage, ob diese Person als sog. „Mit“-betreuer gem. § 1899 I BGB zu bestellen ist oder ob Ergänzungspflegschaft angebracht ist. Für Ergänzungspflegschaft spricht, daß in der Regel nur ein im Einzelfall bestehender Interessenkonflikt überwunden werden soll. Da der Gesetzgeber § 1909 BGB in seinem Wortlaut unverändert gelassen hat, ist aber wohl die Bestellung eines Mitbetreuers intendiert, für welche § 69 i V FGG mangels Erweiterung des Aufgabenkreises hinsichtlich der einzuhaltenden Verfahrensvorschriften nur auf § 68 a FGG verweist. Dies entspricht der „pflegschaftlichen Ausgestaltung“ der Betreuung; Ergänzungspflegschaft sah das Gesetz auch bisher nur im Falle eines Vertretungsverbotes bei sonst bestehendem umfassenden Schutzverhältnis (elterliche Sorge, Vormundschaft) vor^{5a}.

3) Ausgestaltungsformen der Einzelbetreuung

a) Das Gesetz sieht neben der Möglichkeit, eine Person allein zum Betreuer zu bestellen, wie erwähnt, die Möglichkeit von Mitbetreuung entsprechend dem Modell der Mitvormundschaft bei Minderjährigen vor. Gemäß § 1899 BGB gibt es dafür drei Varianten:

(a) Es werden *mehrere Betreuer mit verschiedenem Aufgabenkreis* bestellt. Jeder Betreuer ist in seinem Aufgabenkreis unabhängig, § 1899 I BGB.

(b) Es werden *mehrere Betreuer mit demselben Aufgabenkreis* bestellt. Sie können nur gemeinsam handeln. Das Gericht kann hiervon jedoch Abweichendes bestimmen. Bei Gefahr im Verzug besteht ebenfalls eine alleinige Handlungsmöglichkeit des Betreuers, § 1899 III BGB.

(c) Das Gericht bestellt *mehrere Personen* als Betreuer in der Weise, daß *der eine* die Angelegenheiten des Betreuten nur zu besorgen hat, *soweit der andere verhindert* ist oder ihm die *Besorgung* überträgt, § 1899 IV BGB.

Obwohl in §§ 69, 69 b FGG nicht ausdrücklich so vorgesehen, muß meines Erachtens die Tatsache der Mitbetreuung im Beschlußtenor über die Anordnung der Betreuung ebenso wie in der Bestellsurkunde enthalten sein^{5b}. Gleiches hat für die besonderen Ausgestaltungsformen der Mitbetreuung nach §§ 1899 III, IV BGB zu gelten. Auch dies sollte bei den Vormundschaftsgerichten vorgebracht werden, um die sonst erforderliche Fragestellung durch den Notar nach Bestehen und Ausgestaltung der Mitbetreuung zu erübrigen und den Umfang der Vertretungsmacht dem Rechtsverkehr transparent zu machen.

b) Darüberhinaus hat der Rechtsausschuß den Gesetzentwurf vor seiner Verabschiedung durch Aufnahme der Vorschriften über die Gegenvormundschaft in die Verweisungsvorschrift des § 1908 i BGB nachgebessert und die Möglichkeit der Überwachung des Betreuers durch einen weiteren Betreuer, der wohl als „Gegenbetreuer“ bezeichnet werden muß^{5c}, geschaffen.

III. Die Legitimation des Betreuers gegenüber dem Notar

Grundsätzlich weist sich der Betreuer durch seine Bestellsurkunde im Rechtsverkehr aus, deren *Soll*inhalt § 69 b II FGG bestimmt. Gleichwohl kann zur Absicherung vom Betreuer auch die Vorlage des Beschlußtenors selbst verlangt werden, dessen *Muß*inhalt § 69 I FGG festlegt und der auch den Überprüfungszeitpunkt für die Betreuung bzw. den Einwilligungsvorbehalt enthält. Ihn hält der Betreuer in Händen, weil seine Zustellung an ihn gem. § 69 a III FGG die Entscheidung erst wirksam macht.

Zu beachten ist aber, daß der im Wege der einstweiligen Anordnung bestellte vorläufige Betreuer in aller Regel Beschlußtenor und Bestellsurkunde (noch) nicht ausgehändigt bekommen hat, da einstweilige Anordnungen gem. § 69 f IV FGG (auch) schon mit der Übergabe an die Geschäftsstelle zum Zweck der Bekanntmachung wirksam werden. Hier hilft notfalls nur eine Nachfrage beim anordnenden Gericht.

B)

Ausgewählte Vertretungsprobleme des Betreuungsrechts

1) Die Gesetzesvorgabe

Bei einem Blick in die Vorschrift des § 1902 BGB scheint die gesetzliche Vertretung des Betreuten durch den Betreuer unproblematisch zu sein. Die Vorschrift besagt lapidar „in

^{5a} MünchKomm-Schwab, § 1909 Rdnr. 1.

^{5b} Kritik an den §§ 69 und 69 b FGG übt auch MünchKomm-Schwab, § 1899 Rdnr. 11; er will auf den Inhalt der Bestellsurkunde § 1791 Abs. 2 BGB analog anwenden.

^{5c} MünchKomm-Schwab, vor § 1896 Rdnr. 17, der zu Recht die gesetzestechische Behandlung dieses Instituts rügt.

seinem Aufgabenkreis vertritt der Betreuer den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich. Man hat also lediglich anhand der vorgelegten Bestellungsurkunde bzw. dem Beschlüßtenor zu überprüfen, ob das geplante Geschäft in den Wirkungskreis des Betreuers fällt oder nicht und bei Auslegungszweifeln über den Umfang des Aufgabenkreises notfalls mit dem anordnenden Gericht Rücksprache zu nehmen. Die Möglichkeit der Außenvertretung ist nach dem Willen der Gesetzesverfasser — wie es Holzhauser auf dem 57. Deutschen Juristentag formulierte⁶ — nur die Kehrseite des angeordneten Wirkungskreises, der zunächst auf die tatsächlich zu erfüllende persönliche Sorge gegenüber dem Betreuten blickt.

Gegenüber dem Recht der Gebrechlichkeitspflegschaft ändert sich damit grundsätzlich in vertretungsrechtlicher Hinsicht nichts. Die klarere Neuformulierung des Gesetzes bietet den die Betreuung anordnenden Organen der Rechtspflege vielmehr Gelegenheit zu differenzierteren Wirkungskreisbestimmungen als bisher, wozu sie durch die Exploration der Lebensverhältnisse und der Angewiesenhitslagen des Betroffenen befähigt werden sollen.

Gleichwohl nötigen zwei höchstrichterliche Entscheidungen aus der Vergangenheit dazu, den Umfang der Vertretungsmacht und die Rechtsstellung des vom BtG bewußt^{6a} als gesetzlichen Vertreter (vgl. § 1896 II BGB) bezeichneten Betreuers näher zu beleuchten.

II) Abschied vom „staatlich bestellten Bevollmächtigten“?

Zum Recht der Gebrechlichkeitspflegschaft hat der BGH sich in BGHZ 48, S. 157 ff, dort insbesondere S. 157 ff, in einer Unterbringungssache genötigt gesehen, den Pfleger eines geschäftsfähigen Pflegebefohlenen als „staatlich bestellten Bevollmächtigten“ zu bezeichnen — und zwar als Gegenstück zum gesetzlichen Vertreter —, um den Willensvorrang des geschäftsfähigen Pfleglings gegenüber seinem Pfleger zu begründen. Der BGH hat seinerzeit — aus der Natur der Sache her argumentierend — zu Recht den fundamentalen Unterschied in der Rechtsstellung des Pflegers einer geschäftsfähigen Person gegenüber der des Pflegers eines Geschäftsunfähigen herausgestellt und Folgerungen daraus für den Willensvorrang des geschäftsfähigen Pfleglings gezogen. Zwar ging es im entschiedenen Fall primär um eine Frage des „Innenverhältnisses“ zwischen Pfleger und Pflegling, so daß die Bildung eines Gegensatzbegriffes zum gesetzlichen Vertreter in diesem Zusammenhang verwundert. An der sachlichen Richtigkeit der Entscheidung ändert dies aber nichts, auch wenn der Begriff des „staatlich bestellten Bevollmächtigten“ in sich widersprüchlich ist.^{6b}

Mehr noch: Ein Gesetz, das die Stärkung der Rechte des Betroffenen auf seine Fahnen geschrieben hat, hätte den Willensvorrang des Betroffenen auch für das „Außenverhältnis“ nutzbar machen müssen, statt mit der Bezeichnung des Betreuers als gesetzlichen Vertreter auch des geschäftsfähigen Betreuten die Fortgeltung der sachlich berechtigten Rechtsprechung des BGH in Frage zu stellen.^{6c}

⁶ Gutachten B, S. B 73

^{6a} vgl. BT-Drucksache 11/4528, S. 135.

^{6b} Müller-Freienfels FS für Coing 1982, 396, 400.

^{6c} MünchKomm-Schwab, § 1902 Rdnr. 14 setzt die gesetzgeberische Intention um und erkennt entgegenstehenden Wünschen des Betrauten, der weder geschäftsunfähig ist noch unter Einwilligungsvorbehalt steht, nur dann Folgen für die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts zu, wenn ein Fall des Mißbrauchs der Vertretungsmacht vorliegt.

III) Unbeschränktheit der gesetzlichen Vertretungsmacht im Aufgabenkreis

Weiterhin verpflichtet die Entscheidung des BVerfG vom 13. 5. 1986 BVR 1542/84 — BGBl I, S. 863, welche die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern gegenüber ihren Kindern beschränkte und die gesetzgeberisch immer noch nicht umgesetzt ist, zur Hinterfragung des vom BtG zugrundegelegten Dogmas von der grundsätzlich unumschränkten Vertretungsmacht eines gesetzlichen Vertreters und sei es auch nur innerhalb eines bestimmten Aufgabenkreises.

Zumindest über die Figur des Mißbrauchs der Vertretungsmacht können und müssen jedenfalls grobe Pflichtverletzungen des Innenverhältnisses Auswirkungen auf die Gültigkeit des Geschäfts haben und nötigen meines Erachtens den Notar zur Verweigerung der Amtstätigkeit.

Zusammengefaßt: Ein Gesetz, das dem Wohle der künftigen Betreuten verpflichtet ist, kann nicht durch die Annahme einer schrankenlosen Vertretungsmacht dem Verkehrsschutzinteresse den Vorrang vor dem Betreuteninteresse einräumen.

IV) Beschränkung der Vertretungsmacht durch die Wunschbefolgungspflicht?

Nicht ganz unproblematisch für den Umfang der Vertretungsmacht ist § 1901 II BGB, der eine Wunschbefolgungspflicht des Betreuers gegenüber dem Betreuten statuiert. Mit Schwab⁷ ist jedoch von einer fehlenden Außenwirkung der vom Gesetz in 1901 II BGB genannten Anforderungen auszugehen.

V) Ausschlußfälle der Vertretung

An dieser Stelle werden nur die Ausschlußfälle behandelt, bei denen das BtG bestehende Vorschriften geändert oder neugefaßt hat. Im übrigen bleibt es, vor allem was die Vornahme höchstpersönlicher Geschäfte angeht, bei der bisherigen Rechtslage, nach der in diesen Fällen eine Vertretung ausscheidet, wie beispielsweise beim Erbvertrag.

1. § 1411 I 4 BGB

Das BtG hat § 1411 I 4 BGB neu gefaßt: Danach kann der gesetzliche Vertreter für einen geschäftsfähigen Betreuten keinen Ehevertrag schließen.

Demgegenüber besagt der neugefaßte § 1411 II BGB, daß für einen geschäftsunfähigen Betreuten der Betreuer den Vertrag schließt, zu dem er allerdings dann die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung benötigt.

Man sieht: Das Gesetz unterscheidet sehr wohl noch zwischen geschäftsfähigen und geschäftsunfähigen Betreuten, nur daß es die Klärung der Frage der Geschäftsfähigkeit beim Ehevertrag dem Notar aufbürdet, der im Unterschied zu dem die Betreuung anordnenden Gericht noch nicht einmal von einem Sachverständigen unterstützt wird.

Etwas unübersichtlich ist die Lage dann, wenn der Betreute zwar geschäftsfähig ist, für ihn aber ein Einwilligungsvorbehalt besteht: Soweit für die Angelegenheit ein Einwilligungsvorbehalt besteht, bedarf der Betroffene zum Abschluß eines Ehevertrages der Zustimmung des Betreuers. Kein Zweifel besteht an dem Zustimmungserfordernis dann, wenn der Einwilligungsvorbehalt konkret für die Eingehung von Eheverträgen ausgesprochen ist. Es stellt sich jedoch

⁷ FamRZ 1990, S. 681, 683

die Frage, ob nicht auch anders formulierte Einwilligungsvorbehalte die Zustimmungspflicht des Betreuers begründen. Klärung kann eigentlich erst die praktische Konfrontation mit den von den Gerichten formulierten Einwilligungsvorbehalten bringen. Schon aus Gründen der Vorsicht sollte man immer versuchen, eine Zustimmung des Betreuers herbeizuführen. Darüberhinaus bedarf der Betreute, für den „in der Angelegenheit“ ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn in dem Ehevertrag der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder wenn Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben wird.

2. § 1600 d III, § 1617 II 3, § 1618 II 3, § 1720 S. 3 BGB

Weitere Vertretungsverbote bringen die Neufassungen folgender Vorschriften: § 1600 d III, § 1617 II 3, § 1618 II 3, § 1720 S. 3 BGB: Bei den darin geregelten Sachverhalten — Anerkennung der nichtehelichen Vaterschaft, Erstreckung der Änderung des Familiennamens der Mutter auf das nichteheliche Kind, Einbenennung und Anschlußklärung des Abkömmlings hinsichtlich des Ehenamens — kann ein Einwilligungsvorbehalt — im Unterschied zum Ehevertrag — nicht angeordnet werden, da in diesen Fällen ein beschränkt Geschäftsfähiger nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf (vgl. § 1903 II BGB).

Dies hat zur Folge, daß in den genannten Sachverhalten der geschäftsfähige Betreute selbst handeln muß, wohingegen der geschäftsunfähige Betreute von seinem Betreuer vertreten wird, ohne daß er selbst mitzuwirken hätte. Auch hier liegt die Prüfungskompetenz für die Geschäftsfähigkeit bei der Urkundsperson. Dies wird in praxi jedoch zumeist nicht der Notar, sondern das Jugendamt sein (vgl. §§ 59 I Nr. 1, Nr. 5 KJHG).

3. Aufhebung des § 1768 II 2 BGB

Die ersatzlose Aufhebung des bisherigen § 1768 II 2 BGB führt dazu, daß der geschäftsfähige unter Betreuung stehende Anzunehmende den Annahmeantrag selbst stellen muß, da sich aus der Verweisung des § 1767 II BGB auf § 1752 II BGB ein grundsätzliches Vertretungsverbot ergibt.⁸ Aus der Fortgeltung des bisherigen Satz 1 des § 1768 II BGB folgt jedoch, daß für den geschäftsunfähigen Betreuten sein gesetzlicher Vertreter handeln kann. Sofern die Stellung des Annahmeantrags vom Aufgabenkreis des Betreuers umfaßt ist, kann dieser den Annahmeantrag namens des Betreuten stellen.⁹ Die Prüfung der Geschäftsfähigkeit des Betreuten, welche über die jeweilige Handlungskompetenz entscheidet, obliegt dem Notar.

4. § 1908 i I BGB i. V. m. § 1795, § 1796 BGB

Im übrigen gilt kraft Verweisung in § 1908 i I BGB das Vertretungsverbot des § 1795 BGB und auch die Möglichkeit, dem Betreuer nach § 1796 BGB die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten zu entziehen. Ob von der Möglichkeit des § 1796 BGB angesichts der Alternative, den Aufgabenkreis des Betreuers einzuschränken, wie es § 1908 d I 2 BGB für den teilweisen Wegfall der Betreuungsbedürftigkeit vorsieht, Gebrauch gemacht wird, bleibt abzuwarten.

Auch hier stellte sich dann wieder die Anschlußfrage, ob für den nach § 1796 BGB entzogenen Bereich Ergänzungspflegschaft oder Mitbetreuung anzuordnen ist.

⁸ Staudinger/Frank, § 1768 Rdnr. 4

5. § 1908i II BGB i. V. m. § 1804 BGB

Darüberhinaus ist gem. § 1908i II BGB das absolute Vertretungsverbot des § 1804 BGB „sinngem. anzuwenden“, was wohl heißen soll, daß der Betreuer nicht in Vertretung des Betreuten Schenkungen, durch welche nicht einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, vornehmen kann und daher gem. der Auslegung des § 1804 BGB durch die ganz herrschende Meinung^{9a} auch seine Zustimmungszuständigkeit bei angeordnetem Einwilligungsvorbehalt ausscheidet.

Nur für Gelegenheitsgeschenke in Vertretung des Betreuten schafft § 1908i II BGB Erleichterung.

Hervorzuheben bleibt, daß der geschäftsfähige Betreute selbst schenken kann, soweit kein Einwilligungsvorbehalt besteht. Dies gilt auch für Schenkungen zugunsten des Betreuers.

VI) Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungserfordernisse

1. Grundnorm für die Erforderlichkeit

Grundnorm für die Erforderlichkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungen bleiben §§ 1812, 1821, 1822 BGB, die § 1908 i I BGB mit Ausnahme von § 1822 Nr. 5 BGB in Verweisung nimmt.

Umstritten ist, ob der geschäftsfähige Betreute durch Bevollmächtigung seines ihm bestellten Betreuers die Genehmigungserfordernisse unterlaufen kann. Die Gesetzesverfasser¹⁰ weisen dies mit dem Argument zurück, die Beseitigung der Rechtsfigur des „staatlich bestellten Bevollmächtigten“ diene auch dem Schutz des Betreuten, weswegen die Genehmigungserfordernisse auch bei Bevollmächtigung des Betreuers anzuwenden seien. Dies widerspricht aber den Grundsätzen allgemeiner Rechtsdogmatik.¹¹

2. Genehmigungserfordernis des § 1907 I BGB

Das Genehmigungserfordernis des § 1907 I BGB für die Wohnungsauflösung des Betreuten kann lediglich in der begleitenden Beratung des Publikums für den Notar praktische Bedeutung erlangen.

3. § 1615 e II 2, § 1484 II 3, § 1491 III 2, § 1492 III 2 BGB

Im übrigen ist überall dort, wo bisher bei Entmündigungen und Gebrechlichkeitspflegschaft ein Genehmigungserfordernis bestand, seine Anwendung auf die Betreuung sinnvoll. Dem hat der Gesetzgeber durch die redaktionelle Neufassung folgender Vorschriften des BGB Rechnung getragen:

- § 1615 e II 2: Vereinbarung über den Unterhalt eines nichtehelichen Kindes für die Zukunft
- § 1484 II 3: Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft
- § 1491 III 2: Verzicht auf den Anteil am Gesamtgut durch den Abkömmling
- § 1492 III 2: Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft

⁹ vgl. Staudinger/Frank, a. a. O.

^{9a} statt vieler: MünchKomm-Schwab § 1804 Rdnr. 7

¹⁰ BF-Drucksache 11/4528, S. 135

¹¹ vgl. Schwab, FamRZ 1990, S. 681, 682 f.

4. § 1908 BGB

Erwähnenswert ist schließlich noch § 1908 BGB, welcher die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für eine vom Betreuten versprochene oder gewährte Ausstattung erfordert.

C)

Kollidierendes Handeln von Betreuer und Betreutem

Hinsichtlich der Möglichkeit kollidierenden Handelns von Betreuer und Betreutem hat sich die Rechtslage im Vergleich zur Gebrechlichkeitspflegschaft nicht verändert, sieht man von der Möglichkeit des Gerichts ab, einen Einwilligungsvorbehalt anzuordnen.

Wie ausgeführt läßt die Anordnung der Betreuung die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen unberührt. Soweit Geschäftsfähigkeit des Betreuten vorliegt, besteht demnach ebenso wie bei der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht eine konkurrierende Handlungszuständigkeit.¹² Dem Notar kann sicher kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er sich angesichts der unveränderten Rechtslage der bisherigen bewährten und obergerichtlich abgesegneten Rechtsinstitute wie beispielsweise dem der sog. Doppelermächtigung bedient. Die fortbestehende Geschäftsfähigkeit des Betreuten ist aber durch ihre Betonung im Gesetzgebungsverfahren in das Blickfeld aller Rechtsanwender gerückt. Berücksichtigt man die dargestellte Rechtsunsicherheit zur Eingriffsschwelle der Zwangsbetreuung, erscheint es der Mühe wert, nach Wegen zu suchen, die drohendem kollidierendem Handeln von Betreuer und Betreutem entgegenwirken.

Hinzu kommt, daß es beim Vollzug der Urkunde zu unliebsamen Überraschungen und Hindernissen kommen kann, wenn man feststellt, daß nach der vom Betreuer wahrgenommenen Beurkundung der Betreute selbst anderweit über den Rechtsgegenstand verfügt hat.

I) Der Einwilligungsvorbehalt

Die größte Einflußmöglichkeit hat das Vormundschaftsgericht selbst. Es kann zusätzlich zur Betreuung anordnen, daß der Betreute innerhalb des Aufgabenkreises, für den Betreuung besteht, zu bestimmten Geschäften der Einwilligung seines Betreuers (sogenannter Einwilligungsvorbehalt, geregelt in § 1903 BGB) bedarf.

Der Einwilligungsvorbehalt kann sogleich mit der Betreuerbestellung, aber auch erst später in einem gesonderten Verfahren angeordnet werden. Für ihn gelten die Vorschriften über den Beschlußtenor in gleicher Weise wie für die Betreuerbestellung selbst; er soll in der Bestellsurkunde umfangmäßig enthalten sein.

Auch im Wege einstweiliger Anordnung gem. § 69 f. FGG kann er vom Gericht beschlossen werden, aus logischen Gründen aber wohl nur, wenn zuvor oder zugleich, was praktisch der Regelfall seiner einstweiligen Anordnung sein wird, Betreuung selbst — sei es im normalen Verfahren, sei es im Wege einstweiliger Anordnung — angeordnet wird.

Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts muß sich allerdings innerhalb des dem Betreuer übertragenen Aufgabenkreises halten.

Der Einwilligungsvorbehalt kann nur von Amts wegen, nicht auf Antrag angeordnet werden, was die Gesetzesverfasser damit begründen, daß er die Beachtlichkeit des Willens des Betreuten gerade einschränkt. Auch für ihn gilt der Befristungszeitraum von fünf Jahren.

In aller Regel wird der Kreis der einwilligungsbedürftigen Willenserklärungen kleiner sein als der Kreis der dem Betreuer übertragenen Aufgaben. Dies ergibt sich aus der Anwendung des das gesamte Betreuungsrecht beherrschenden Erforderlichkeitsgrundsatzes.

Ein Einwilligungsvorbehalt kann nach § 1903 II BGB nicht angeordnet werden für Willenserklärungen, die auf Eingehung einer Ehe gerichtet sind, auf Verfügungen von Todes wegen und auf Willenserklärungen, zu denen ein beschränkt Geschäftsfähiger nach den Vorschriften des 4. und 5. Buches des BGB nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedarf.

Nach Abschaffung der Entmündigung kommt für die letztere Fallgruppe nur die Gruppe der Minderjährigen zwischen 7 und 18 Jahren in Betracht. Unklar ist, was gelten soll, wenn die Zustimmungsfreiheit bzw. das Zustimmungserfordernis von einer in diesem Zeitraum liegenden Altersgrenze abhängt, beispielsweise dem Erreichen des 14. Lebensjahres.

Auch wenn ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, bedarf der Betreute nicht der Einwilligung seines Betreuers, wenn die Willenserklärung ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt.

Er bedarf auch nicht der Einwilligung trotz der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts, wenn die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, es sei denn, das Gericht ordnete anderes an. Diese Fallgruppe kann hier wohl außer Betracht bleiben.

Ist ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet, so finden §§ 108—113, 131 II und 206 BGB entsprechende Anwendung. Daraus ist wohl zu folgern, daß die schlichte Betreuungsanordnung nicht zur Ablaufhemmung nach § 206 BGB führt. Bei der Erbschaftsausschlagung, für die § 1944 II BGB auf § 206 BGB verweist, hat dies für die Beteiligten mißliche Konsequenzen.

Trotz der unverkennbaren Anleihen im Minderjährigenrecht verstehen die Gesetzesverfasser die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts nicht unmittelbar als Beschränkung der Geschäftsfähigkeit. Sie wollen den Betreuten, für den Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist, nicht als beschränkt Geschäftsfähigen angesprochen wissen.^{12a}

Voraussetzung der Anordnung des Einwilligungsvorbehalts ist, daß „dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist“. Es genügt also nicht eine Gefahr für Dritte¹³ oder die Gefahr geringfügiger Vermögensnachteile.¹⁴

Nach Meinung des Gesetzgebers wird die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts künftig die Ausnahme sein. Er geht davon aus, daß ein Einwilligungsvorbehalt dort nicht erforderlich ist, wo nach bisherigem Recht die Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft, die ja die Teilnahme des Pflinglings am Rechtsverkehr nicht ausschloß oder einschränkte, ausreichte.¹⁵

¹² Erstaunlicherweise sind keine obergerichtlichen Entscheidungen zu diesem Problemkreis bekannt, den schon *Riezler* im Jahre 1905 in der einzigen hiezu erschienenen größeren Abhandlung (AcP 1905, 372 ff.) als Fehler des Gesetzes und dringend reformbedürftig bezeichnet hat (*Riezler* a. a. O., 419 f.)

^{12a} M. a. W.: Der Einwilligungsvorbehalt schafft keinen der Person anhaftenden „Status“ beschränkter Geschäftsfähigkeit; so zutreffend MünchKomm-Schwab, § 1903 Rdnr. 1

¹³ BT-Drucksache 11/4528, S. 136

¹⁴ a. a. O., S. 137

¹⁵ a. a. O., S. 137

Er soll vor allem auch dann nicht erforderlich sein, wenn die Behinderung des Betroffenen so schwer ist, daß er seinen Willen ohnehin nicht kundtun kann bzw. wenn die Behinderung so schwer ist, daß der Rechtsverkehr den kundgetanen Willen ohnehin nicht akzeptiert, weil die Behinderung klar zutage tritt.¹⁶

Auch bei der Prüfung der Frage, ob ein Einwilligungsvorbehalt erforderlich ist, soll nach der Gesetzesbegründung¹⁷ die Frage der Geschäftsfähigkeit nicht geprüft werden. Selbst wenn der Betroffene nach Meinung des Gerichts geschäftsunfähig ist, soll sich die Notwendigkeit eines Einwilligungsvorbehaltes daraus ergeben können, daß der Betreute im Streitfall beweispflichtig dafür ist, daß er im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung geschäftsunfähig war.¹⁸

II) Vermeidungsstrategien des Notars gegenüber kollidierendem Betreuer- und Betreutenhandeln

1. Der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege

Schon um eventuelle Vollzugsprobleme zu vermeiden, aber auch wegen seiner Stellung als Organ der vorsorgenden Rechtspflege sollte es der Notar als seine Aufgabe betrachten, kollidierendes Handeln von Betreuer und Betreuten zu vermeiden, soweit ihm dazu Möglichkeiten zu Gebote stehen. Die Rechtsfolgen kollidierenden Handelns von Vertreter und Vertretenem sind schließlich auch nicht ganz unzweifelhaft.

2. Ladung von Betreuer und Betreuten zum Termin

Auf den ersten Blick der gangbarste Weg scheint die Ladung von Betreuer und Betreuten zum Termin zu sein. Man könnte dem Betreuten die einschlägigen Erklärungen vornehmen lassen und für den Betreuer die Klausel aufnehmen, daß er sämtlichen in der Urkunde abgegebenen Erklärungen des Betreuten zustimme und sie für den Fall der Unwirksamkeit der Erklärung des Betreuten als eigene Erklärung im Namen des Betreuten gelten lassen wolle.

Dieses Vorgehen müßte jedoch mit dem Vormundschaftsgericht abgestimmt werden, da beim vorsorglichen Anfordern einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für

das Handeln des Betreuers die Antwort lauten könnte, die Genehmigung werde deswegen nicht erteilt, weil der Betroffene selbst gehandelt habe und seine Geschäftsunfähigkeit nicht zur Überzeugung des Gerichts feststünde, so daß eine Genehmigung zu dem vorgenommenen Rechtsgeschäft gar nicht erforderlich sei. Letztere Schwierigkeit wird vermieden, wenn man den Betreuer als gesetzlichem Vertreter die Erklärung abgeben läßt und den Betreuten zustimmen läßt, sofern nicht das Gesetz ein Selbsthandeln des Betreuten erfordert. Befremdlich ist nur, daß Stellvertretung gewöhnlich nur stattzufinden pflegt, wo derjenige, für den gehandelt wird, zur Abgabe der Willenserklärung an der geforderten Stelle derzeit nicht in der Lage ist. Dies ist jedoch kein Begriffsmerkmal der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht.

Neben diesem und sonstigen praktischen Hindernissen stellt sich die Frage, ob der aufgezeigte Weg nicht deswegen versperrt ist, weil der Notar gem. §§ 11, 28 BeURkG die Beurkundung von Willenserklärungen Geschäftsunfähiger wegen deren Verfahrensuntfähigkeit ablehnen soll und hierzu die bestehende oder nicht bestehende Geschäftsfähigkeit prüfen muß.

Meines Erachtens sollten die genannten Vorschriften jedoch im Lichte der Bestrebung des BtG, Selbstachtung und Selbstbestimmung der Betreuten zu stärken, dahingehend ausgelegt werden, daß eine Zulassung des Betreuten, auch wenn er nach Ansicht des Notars geschäftsunfähig ist, möglich ist, sofern dadurch der Verfahrensablauf nicht in für den Geschäftsgegner unzumutbarer Weise verzögert oder erschwert wird.

Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, daß der Notar in jedem Falle versuchen muß, eine Erklärung auch des Betreuten herbeizuführen.

3. Ausschluß des Betreuten vom Beurkundungsverfahren

Eine ganz andere Frage ist, ob man den teilnahmewilligen Betreuten, der nach Auffassung des Notars nichts Sachdienliches beitragen kann, vom Beurkundungsverfahren ausschließen kann. Hierzu bietet in Ermangelung von Vorschriften über die Beteiligtenfähigkeit im FGG die analoge Anwendung des neugefaßten § 53 ZPO auf das Beurkundungsverfahren die erforderliche Handhabe, von der jedoch zurückhaltend Gebrauch zu machen ist.

4. Doppelermächtigung

Die bestehenbleibende Geschäftsfähigkeit des Betreuten nötigt auch zur Überdenkung der Figur der Doppelermächtigung für die Erteilung einer etwa erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Der bisherige Weg, vormundschaftsgerichtliche Nachgenehmigungen einzuholen, birgt das Risiko, daß der Betreute in der Zwischenzeit anderweite Rechtsgeschäfte über den Vertragsgegenstand, namentlich bereits wirksame Verfügungsgeschäfte, vornimmt.

Hinzu kommt, daß der geschäftsfähige Betreute auch verfahrensfähig ist und demzufolge kraft des ihm zustehenden Beschwerderechts gem. § 20 FGG eine erteilte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung selbst anfechten kann. Dieses Beschwerderecht wird ihm genommen, wenn man die Doppelermächtigung verwendet, da gegen die dem Vertragsgegner gegenüber wirksam gewordene Genehmigung ein Rechtsmittel nicht statthaft ist (§§ 18 I, 55 FGG). Es steht dann zu befürchten, daß die Rechtsmittelgerichte, um gleichwohl zu einer Anfechtungsmöglichkeit zu gelangen,

¹⁶ a. a. O., S. 137

¹⁷ a. a. O., S. 137

¹⁸ Dieser Auffassung treten *Zimmermann/Damrau*, NJW 1991, 538, 540 entgegen. Ihrer Meinung nach ist der Einwilligungsvorbehalt zum Schutze des Betreuten nicht erforderlich und führte zu einer Täuschung des Rechtsverkehrs, welche Staatshaftung begründen könnte. Sie schlagen statt dessen vor, ein Gutachten zu den Akten zu bringen, das die Geschäftsfähigkeit (im Original heißt es zwar Geschäftsunfähigkeit; es kann sich hierbei aber nur um einen Druckfehler handeln) verneint und einen Vermerk des Richters, daß deshalb die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts unterbleibt. Das deckt sich für einen Teilbereich mit der von mir vorgeschlagenen Lösung, generell in den Akten eine Aussage über die Geschäftsfähigkeit zu treffen. Im übrigen teile ich jedoch die Meinung von *Zimmermann* und *Damrau* keineswegs. Eine Täuschung des Rechtsverkehrs vermag ich nicht zu erkennen, solange klar ist, daß wegen mangelnder Aussage über die Geschäftsfähigkeit durch die Betreuungsanordnung generell und den Einwilligungsvorbehalt im besonderen der Einwilligungsvorbehalt nur eine Vorsichtsmaßnahme darstellt, die dem Betreuten Handlungskompetenz nimmt, nicht aber zu einer Erweiterung der Handlungsfähigkeit des Betreuers führt.

Die Frage der Wertung des Erforderlichkeitsgrundsatzes ist meines Erachtens lediglich eine solche des tauglichen Mittels. Meines Erachtens sollte man sowohl Einwilligungsvorbehalt anordnen als auch den dargestellten Vermerk zu den Akten bringen, um optimalen Schutz des Betreuten zu erreichen.

zu dem von BayObLG Z 28, 514 eröffneten Ausweg greifen, den Beteiligten arglistiges Verhalten vorzuwerfen, um den Beschwerdeweg so wieder zu eröffnen und dabei dem Urkundsnotar ins Stammbuch schreiben, er habe sich an solchem kollusivem Verhalten beteiligt.

Meines Erachtens sollte man es dem Betreuer überlassen, zwischenzeitlich erfolgte Verfügungen des Betreuten zu überwachen und notfalls zur Vermeidung von Schadensersatzpflichten das von ihm selbst vorgenommene Geschäft sanktionslos durch schlichte Nichtmitteilung der ihm erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht wirksam werden zu lassen.

Als Alternative zur Doppelbevollmächtigung kommt in Betracht, den Betreuer zur Entgegennahme seiner Mitteilung an den Geschäftsgegner von diesem unter Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens bevollmächtigen zu lassen. Darüberhinaus sei darauf hingewiesen, daß unter Beilegung eines notariellen Entwurfs schon vor Beurkundung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung angefordert werden kann (sog. Vorgenehmigung). Steht der zu beurkundende Vertragsinhalt fest (sicherlich in der Praxis der Ausnahmefall), sollte man m. E. diesen Weg beschreiten. Denn hier hat das Gericht die Möglichkeit, den Betreuten anzuhören und muß sich zu der Frage bekennen, ob es seine Genehmigung als erforderlich ansieht.

Teil D) Änderungen im Erbrecht

Auf den ersten Blick scheinen die Änderungen, die das BtG im Erbrecht bringt, unproblematisch zu sein. Nur redaktionelle Änderungen haben § 2290 III 1 BGB, der die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der Aufhebung eines Erbvertrages durch den unter Betreuung stehenden „anderen Teil“ regelt, § 2347 I BGB, welcher den Erbverzicht betrifft und § 2201 BGB, der sich mit den Voraussetzungen für die Fähigkeit befaßt, das Amt des Testamentsvollstreckers zu bekleiden, erfahren. Auch der neue § 1999 S.2 BGB regelt nur die Mitteilung der Bestimmung einer Inventarfrist und ist für die Praxis des Notars ohne Belang. Im übrigen hat sich der Gesetzgeber darauf beschränkt, diejenigen Vorschriften aus dem Testamentsrecht zu streichen, die sich mit entmündigten oder unter vorläufiger Vormundschaft stehenden Erblässern befaßten (§§ 2229 II, III, § 2253 II BGB).

Die Regelung des Erbvertrages blieb unverändert, wobei die Gesetzesbegründung für die Beibehaltung der §§ 2282, 2283 III BGB überzeugt¹⁹, wohingegen der unverändert gebliebene § 2275 I BGB zu Auslegungszweifeln Anlaß gibt.

I) Testierfähigkeit des Betreuten

Die Streichung der §§ 2229 III, 2253 II BGB hat zur Folge, daß es für die Frage, ob ein Betreuer ein Testament errichten kann, nur mehr darauf ankommt, ob der Betreute wegen der in § 2229 III BGB näher bestimmten Pathologien nicht (mehr) in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, da ein Einwilligungsvorbehalt — wie bereits erwähnt — nicht angeordnet werden kann (§ 1903 II BGB).

Dem Betreuten stehen auch alle Testamentsformen zur Verfügung. Er ist nicht wie der Minderjährige auf die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung oder Übergabe einer offenen Schrift beschränkt. Es besteht damit für das Testamentsrecht die gleiche Rechtslage wie

bei der bisherigen Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft, welche nach ständiger Rechtsprechung des BayObLG²⁰ die Testierfähigkeit unberührt ließ und noch nicht einmal eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen von Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit begründen sollte.

Man ist versucht zu formulieren, daß damit der geschäftsfähige Betreute ein Testament errichten könne, der geschäftsunfähige Betreute dagegen nicht, da die Formulierung des § 2229 III BGB wohl sachlich keine Abweichung von § 104 Nr. 2 BGB in sich birgt, wäre da nicht die Entscheidung des BayObLG vom 31.1.1991 — BReg. 1 Z 37/90 —²¹, welche antithetisch Testierunfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit einander gegenüberstellt, um zu der Aussage zu gelangen, daß Testierunfähigkeit nicht teilweise (partiell) bestehen kann, sondern nur in vollem Umfang, auch wenn sich krankhafte Störungen der Geistestätigkeit nur in einzelnen Lebensbereichen auswirken.

So richtig das vom BayObLG gefundene Ergebnis ist, daß es keine partielle Testierunfähigkeit gibt, so sehr stört die Herleitung des Ergebnisses aus der scharfen Abgrenzung einer vom Gesetz unabhängig von der Geschäftsfähigkeit geregelten Testierfähigkeit gegenüber der Geschäftsfähigkeit. Richtigerweise ist die Fähigkeit, ein Testament zu errichten — das Gesetz kennt den Begriff der Testierfähigkeit gar nicht²² —, was die psychische und gesundheitliche Disposition des Testierwilligen betrifft,²³ eine Unterart der generellen Geschäftsfähigkeit.²⁴ Mit der Formulierung, eine bestimmte Person sei testierfähig, meint man nicht nur diese Disposition, sondern auch die vom Gesetz für bestimmte Pathologien und bestimmte Altersgruppen nur beschränkt zur Verfügung stehenden Formen der Testamenterrichtung. Das BayObLG hat nur darin recht, daß der Lebensbereich „Möglichkeit, ein Testament zu errichten“ nicht einer weiteren Untergliederung zugänglich ist und innerhalb des Lebensbereichs „Errichtung einer Verfügung von Todes wegen“ eine Abschtichtung bestimmter Inhalte möglicher Verfügungen von Todes wegen als vom Testierwilligen wegen seiner gesundheitlichen und psychischen Disposition nicht leistbar nicht in Frage kommt.

II) Erbvertrag und Einwilligungsvorbehalt

Wenig Sorgfalt hat der Gesetzgeber auch bei der (Nichtneu-)regelung des § 2275 BGB verwandt. Die Vorschrift blieb inhaltlich unverändert, so daß sich die Frage stellt, was nunmehr unter „unbeschränkt geschäftsfähig“ in § 2275 I BGB zu verstehen ist.

Die Gesetzesverfasser meinen zwar²⁵, eine Änderung der Vorschrift sei nicht erforderlich gewesen, weil sich § 2275 II BGB in seinem Anwendungsbereich mit der Abschaffung der Entmündigung automatisch auf minderjährige Ehegatten und deren gesetzliche Vertreter bezöge.

Allein, es stellt sich die Frage, welche Auswirkung die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts auf die Fähigkeit eines Betreuten hat, einen Erbvertrag zu schließen.

²⁰ (besonders deutlich FamRZ 1988, 1099, 1100; zuletzt FamRZ 1990, 318)

²¹ FamRZ 1991, 990 = DNotZ 1991, 904

²² vgl. *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rdnr. 2

²³ Die Herabsetzung der Altersgrenze in § 2229 I BGB auf 16 Jahre gegenüber den allgemeinen Vorschriften bleibt hier also außer Betracht.

²⁴ vgl. *Dittmann/Reimann/Bengel*, a. a. O.

²⁵ BT-Drucksache 11/4528, S. 161

¹⁹ BT-Drucksache 11/4528, S. 161

Wie erwähnt, kann zwar für den Abschluß eines Erbvertrages unmittelbar kein Einwilligungsvorbehalt angeordnet werden (§ 1903 II BGB). Problematisch ist jedoch — nicht zuletzt wegen der erwähnten jüngsten Entscheidung des BayObLG —, ob nicht die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts für einen anderen Lebensbereich als den, von Todes wegen zu verfügen, die Fähigkeit, einen Erbvertrag zu schließen, beschränkt. Der Vertragscharakter des Erbvertrages könnte dafür sprechen, nur solche Personen zum vertragsmäßig bindenden Erbvertrag zuzulassen, die auch sonst in jeder Beziehung in der Lage sind, vertragliche Bindungen einzugehen. Auch wird in der Literatur bereits der Betreute, der einem Einwilligungsvorbehalt unterliegt, kurzerhand mit beschränkt Geschäftsfähigen gleichgestellt.²⁶ Andererseits ergibt § 1903 II BGB für Erbverträge keinen Sinn, wenn über die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts für einen anderen Lebensbereich auf indirektem Wege doch wieder ein Einwilligungsvorbehalt auch für Erbverträge statuiert würde. Wegen des Vertretungsverbot in § 2274 BGB käme es — folgt man der ersteren Lösung — für die Wirksamkeit eines vom Betreuten geschlossenen Erbvertrages auf die Zustimmung des Betreuers an, wobei man wohl in Analogie zu § 2275 II 2, 2. HS BGB zusätzlich noch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fordern müßte. Als Mittellösung böte sich an, nur bei relativ umfangreich gestalteten Einwilligungsvorbehalten eine Zustimmungspflicht zu statuieren oder gar zur gänzlichen Unmöglichkeit, einen Erbvertrag zu errichten, zu gelangen, wohingegen inhaltlich sehr beschränkte Einwilligungsvorbehalte diese Fähigkeit nicht beeinträchtigen würden. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit ist dieser Mittelweg wohl versperrt, zumal noch gänzlich ungesichert ist, in welchem Maße und mit welchem Umfang die Gerichte künftig Einwilligungsvorbehalte anordnen werden.

Die Entscheidung kann damit nur zugunsten einer der aufgezeigten Extremlösungen fallen. Hierbei verdient wohl die in § 1903 II BGB verankerte gesetzgeberische Intention, im Bereich der Verfügungen von Todes wegen den Betreuten allein entscheiden zu lassen, Berücksichtigung: Die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts für andere Lebensbereiche beschränkt die Fähigkeit, einen Erbvertrag zu errichten, nicht. Es ist jedoch vom Notar zu prüfen, ob der Betreute über die Fähigkeit, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten hinaus in der Lage ist, die Bindungswirkung und die Vertragsmäßigkeit der getroffenen Verfügungen zu verstehen, da der wesentliche Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag gerade darin liegt, daß das Testament grundsätzlich widerruflich, der Erbvertrag hingegen — wenigstens hinsichtlich vertragsmäßiger Verfügungen — grundsätzlich unwiderruflich ist.²⁷ Damit nähern sich allerdings die Anforderungen für die Fähigkeit, Erbverträge zu errichten, sehr stark an die Voraussetzungen an, die für die wirksame Errichtung eines Testaments gelten.

Bei einem Ehegatten, der unter Betreuung steht und der einem Einwilligungsvorbehalt unterliegt, kommt in Betracht, analog § 2275 II BGB zu einem Erbvertrag, den er als Erblasser mit seinem Ehegatten schließt, vorsorglich seinen Betreuer zustimmen zu lassen.

²⁶ Bork, MDR 1991, 97, 98 nimmt diese Gleichstellung vor bei der Prüfung der Prozeßfähigkeit einer unter Betreuung stehenden Person, für die ein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist.

²⁷ statt vieler: Dittmann/Reimann/Bengel, a. a. O., Vorbem. zu §§ 2274 BGB Rdnr. 11.

E) Vorausschauende Regelung künftiger Fürsorgebedürftigkeit durch privatautonome Gestaltung

1) Die Betreuungsvollmacht

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß das Betreuungsrecht nicht leicht zu handhaben ist. Es liegt daher im Interesse des gesamten Notarstandes, wenn die Betreuung unterbleiben kann, weil sie — wie es das Gesetz formuliert — nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheit des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden kann.

Die Gesetzesverfasser selbst²⁸ halten es für wünschenswert, daß von der Möglichkeit sogenannter Altersvorsorgevollmachten verstärkt Gebrauch gemacht wird und daß die Möglichkeit, durch Vollmacht eine Betreuung abzuwenden, allgemein bekannt wird.

Sie definieren sie (a. a. O.) als solche Vollmachten, die gezielt für den Eintritt einer altersbedingten Geschäftsunfähigkeit erteilt werden, wobei sie ausdrücklich auf die einschlägigen §§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB hinweisen.

Sie merken jedoch ausdrücklich an, daß § 1896 II BGB nicht nur derlei Altersvorsorgevollmachten ergreife, sondern auch andere, wie beispielsweise für altersunabhängige Fälle der Hilfsbedürftigkeit gegebene, Vollmachten.

Sogar solche Vollmachten, die ohne Bezug zu einer Hilfsbedürftigkeit erteilt werden, sollen in der Lage sein, die Bestellung eines Betreuers zu erübrigen, wenn auch nur im Einzelfall. Als Beispiel hierfür ist in den Materialien (a. a. O.) angeführt, daß ein Ehegatte dem anderen ganz allgemein Bankvollmacht erteilt hat.

Eine besondere Form ist ausdrücklich nicht vorgesehen. Zur Begründung ist angeführt (a. a. O.), daß der Rechtsverkehr auch bisher formlose Vollmachten akzeptiert habe und es den Zielen der Reform widerspreche, ohne Not den Kreis der betreuungsbedürftigen Personen zu erweitern.

Der Gesetzgeber hat den Einsatz von Vollmachten in Kenntnis der vor allem in der Überwachung des Bevollmächtigten gerade bei eingetretener Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers liegenden Risiken forciert. Er konnte dabei auf die Untersuchung von Müller-Freienfels in der Festschrift für Coing 1982, S. 396 ff zurückgreifen, in der nicht nur das Für und Wider von Altersvorsorgevollmachten sorgfältig abgewogen ist, sondern auch die Rechtsunsicherheiten dargestellt sind, welche sich für die Wirksamkeit des Vertreterhandelns aus der dogmatisch unausgegorenen Figur des „Mißbrauchs der Vertretungsmacht“ ergeben.²⁹

Gerade auf den letztgenannten Punkt hat der Gesetzgeber jedoch nicht den gebührenden Wert gelegt.

Er hat zwar das Überwachungsproblem mit der Bestellmöglichkeit eines Überwachungsbetreuers gemäß § 1896 III BGB, leidlich gelöst, wenn auch die Ausnahmeständigkeit des Rechtspflegers (vgl. § 14 Nr. 1 RPfIG) ebenso verwundert wie die These der Gesetzesverfasser,³⁰ eine Betreuerbestellung sei nicht schon dann erforderlich, wenn der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten nicht mehr hinreichend überwachen könne, sondern erst, wenn auch die Überwachung selbst erforderlich sei.

²⁸ BT-Drucksache 11/4528, S. 122 f.

²⁹ Müller-Freienfels FS Coing, S. 396 ff., 407 ff.

³⁰ BT-Drucksache 11/4528, S. 123

Zum Problem des Mißbrauchs der Vertretungsmacht liegt hingegen keine Stellungnahme der Gesetzesverfasser vor. Der Kautelarjurist kann es wohl nur dadurch in den Griff bekommen, daß er nicht nur eine Vollmacht entwirft, sondern darüberhinausgehend ein umfassendes Altersvorsorgeverhältnis konzipiert.

Im Übrigen kann für die praktische Handhabung solcher Vollmachten auf den Beitrag von Bühler, BaWüNotZ 1990, S. 1 ff. verwiesen werden, der auch einen Formulierungsvorschlag enthält (a. a. O. S. 5).³¹

Kritik üben möchte ich aber an dem Vorschlag Bühlers, eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten erst dann zu erteilen, wenn er ein ärztliches Zeugnis vorlegt, das die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers bescheinigt bzw. den Inhalt hat, daß Zweifel an der Geschäftsfähigkeit bestehen.

Zu dem praktischen Bedenken, daß Ärzte zu derlei Bescheinigungen nicht gern bereit sein werden, wenn sie von der rechtlichen Tragweite ihres Zeugnisses erfahren, gesellen sich dogmatische Unsicherheiten:

Bühler vermengt die Problematik der wirksamen Abgabe der Bevollmächtigungserklärung mit der Frage des Setzens eines zurechenbaren Rechtsscheines durch die Aushändigung der Ausfertigung.

Da sich die Frage des Rechtsscheines immer erst dann ergibt, wenn keine wirksame Bevollmächtigung vorliegt, stellt sich zunächst das Abgabeproblem. Zur Klarstellung ist in der Urkunde zu vermerken, daß trotz der Vollzugsanweisung die Erklärung bereits in Richtung auf den Erklärungsgegner abgegeben sein soll, um Schwierigkeiten mit der inzwischen eingetretenen Geschäftsunfähigkeit zu vermeiden.

Eine andere Frage ist, wann der Rechtsscheintatbestand gesetzt ist. Im Zeitpunkt der Aushändigung der Ausfertigung soll der Vollmachtgeber ja gerade geschäftsunfähig sein, was eine Zurechnung auf ihn für diesen Zeitpunkt unmöglich macht. Als Zurechnungszeitpunkt kommt damit nur der

³¹ Beizutreten ist namentlich seinen Vorschlägen zur Bestellung eines Ersatzbevollmächtigten sowie zur tunlichen Erteilung der Vollmacht an zwei Personen mit bloßer Beschränkung der Ausübungsmacht im Innenverhältnis. Hervorzuheben ist, daß bei der Bestellung zweier Bevollmächtigter wechselseitig eine Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit der Vertreterbestellung des anderen Bevollmächtigten enthalten sein muß.

der Errichtung der Urkunde in Betracht. Angesichts der zwischenzeitlich eingetretenen Geschäftsunfähigkeit und der im Prinzip gegebenen jederzeitigen Abänderungsmöglichkeit nicht nur der Vollmacht selbst, sondern auch der Vollzugsanweisung, ist auch dies ein angreifbarer Veranlassungszeitpunkt. Wie ausgeführt stellt sich das Rechtscheinproblem jedoch nur bei Unwirksamkeit der Bevollmächtigung selbst.

Vorzugswürdig scheint mir zu sein, sich vom Vorbild der transmortalen Vollmacht leiten zu lassen und dem Vollmachtgeber sogleich Ausfertigung der Urkunde zu erteilen und in der Urkunde zu vermerken, daß die erteilte Vollmacht über den Fall einer etwa eingetretenen Geschäftsunfähigkeit hinaus wirksam sein soll.

II) Die Betreuungsverfügung

Sehr viel geringeren Einfluß auf die Person des Betreuers und seine Amtsführung gibt dem Betreuten die vom Gesetz mit §§ 1897 IV 3, 1901 II 2 und § 1901 a BGB zur Verfügung gestellte Figur der sogenannten Betreuungsverfügung, die Ähnlichkeit zu den sogenannten Patiententestamenten aufweist. Es ist möglich, sowohl für die Auswahl der Person eines notwendig werdenden Betreuers wie auch für die Art und Weise seiner Amtsführung Wünsche zu äußern, welchen zu entsprechen ist, wenn nicht der Betreute erkennbar nicht an ihnen festhalten will.

Ausgestaltungsmöglichkeiten schon jetzt zu formulieren ist angesichts der starken Individualität, die solchen Betreuungsverfügungen vermutlich eigen wird, derzeit nicht hilfreich. Hingewiesen sei lediglich auf die Ablieferungspflicht nach § 1901a BGB, welche auch den Notar, der eine entsprechende Verfügung in seiner Urkundensammlung aufbewahrt, treffen dürfte.

Schon wegen der Gesetzesformulierung, daß bei erkennbarem Nichtfesthalten an den Wünschen diese nicht befolgt zu werden brauchen, sollte man jedem Rechtssuchenden, der eine Betreuungsverfügung beurkunden oder seine Unterschrift unter einer solchen beglaubigen lassen möchte, anraten, den Weg der Altersvorsorgevollmacht zu gehen, wenn er eine Person gefunden zu haben glaubt, die sein Vertrauen nicht mißbrauchen wird. Die individuelle Ausgestaltung des Altersvorsorgeverhältnisses dürfte mit Sicherheit genügend Raum für die Berücksichtigung seiner Wünsche lassen.

II. Kurze Beiträge

Notar a. D. Rudolf Ertl 70 Jahre

Am 20. Mai vollendete Notar a. D. Rudolf Ertl, der Schriftleiter dieser Zeitschrift, das 70. Lebensjahr. 1922 wurde er in München als Sohn eines Verwaltungsjuristen geboren, was zu der Annahme verleiten könnte, seine spezifisch juristische Begabung sei schon genetisch erklärbar. Nach dem Schul- und Gymnasiumsbesuch in München und Neuburg a. d. Donau sowie Kriegsdienst in Ost und West studierte er an der Universität Erlangen, um nach dem großen Staatsexamen und einem kurzen Intermezzo bei der Justiz den ihm auf den Leib (und Geist!) geschriebenen Beruf anzutreten. Seine erste Station als Notarassessor führte ihn 1952 nach Kempten und man darf es wohl als eine richtige Einschätzung seiner Qualitäten werten, daß ihn 1953 der damalige Präsident aller bayerischen Standesorganisationen, Dr. Georg Feyock, in sein Notariat nach München holte. Dort hatte ich das Glück, ab Juni 1954 als „Anfangsassessor“ ihm am Schreibtisch gegenüber zu sitzen, wo ich erlebte, hörte und von ihm lernen konnte, wie man mit Mandanten verhandelt und das Ergebnis der Verhandlung in einer Urkunde niederlegt. Rudolf Ertl war in der damals hektischen Wiederaufbauzeit nach dem Kriege in diesem großen Notariat der ruhende Pol als ständiger Vertreter des wegen seiner Standesführungspflichten häufig abwesenden Notars. Seine umfassenden Rechtskenntnisse gepaart mit stoischer Ruhe bei ihrer Nutzenanwendung im täglichen Beurkundungsbetrieb beeindruckten nicht nur mich, sondern, was viel wichtiger war, auch seine Chefs und darüber hinaus die gewiß anspruchsvolle Klientel. Seine besondere Stärke lag schon damals darin, nicht nur, wie man es in der Referendanzzeit noch ausschließlich gelernt hatte, abgeschlossene Sachverhalte unter das Gesetz zu subsumieren, sondern Lebensverhältnisse rechtlich in die Zukunft zu gestalten. Prophylaktische Vertragsgestaltung als „ars notarii“ konnte man von ihm, dem jungen Assessor, schon gründlich lernen. Trotz großer Arbeitsbelastung immer hilfsbereit, bei allem Wissen und Können nie überheblich, stets kollegial in des Wortes bester Bedeutung, brachten ihm seine vornehme Zurückhaltung und Bescheidenheit viel Sympathien ein. So ist es bis auf den heutigen Tag geblieben.

In diesen arbeitsreichen Jahren von 1952—1957 blieb für Assessor Rudolf Ertl keine Zeit, sich wissenschaftlicher Beschäftigung zu widmen. Nach seiner Ernennung zum Notar im beschaulichen mittelfränkischen Heilsbrunn am 1. März 1957 sollte sich das ändern. Nun begann er zu schreiben und seine wissenschaftliche Begabung unter Beweis zu stellen. Nach der Devise: „Eine gute Theorie ist die beste Praxis“ schätzt er die theoretische Durchleuchtung praxisbezogener Themen und besticht — man lese nur seinen letzten Aufsatz in MittBayNot 1992, 11 ff. — durch seine in alle denk-

baren Verästelungen eindringenden Gedankengänge, ohne sich dabei in reine Gedankenspielerien zu verlieren. Schon bald konzentrierten sich seine schriftstellerischen Arbeiten auf das Gebiet des materiellen und formellen Liegenschaftsrechts, das immer mehr seine Domäne werden sollte. 15 Veröffentlichungen in dieser Zeitschrift und 12 in der DNotZ habe ich allein in den Jahrgängen 1971—1990 gezählt, dazu kommen noch etliche im Rechtspfleger und geschliffene Beiträge in angesehenen Festschriften.

Den Gipfel seiner wissenschaftlichen Leistung stellt zweifellos die von ihm zum Durchbruch verholfene und überhaupt erst dogmatisch ausgebaute Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) dar. In Schrifttum und Rechtsprechung dominierte bis in die 70er Jahre die Lehre von der Doppelnatur der Eintragungsbewilligung, die sowohl eine verfahrensrechtliche als auch eine materiell-rechtliche Komponente habe. In seinem tiefeschürfenden Aufsatz in DNotZ 1964, 260 ff. widersprach Rudolf Ertl dieser Theorie und entwickelte aus der in der Zivilprozeßrechtslehre gewonnenen Erkenntnis der Trennung von Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung die Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung, die bislang nur vereinzelt von *Hesse-Saage-Fischer* im Kommentar zur GBO und von *Seufert* im *Staudinger* ohne dogmatische Durchdringung und Grundlegung vertreten worden war. In weiteren Aufsätzen (DNotZ 1967, 339 ff., 406 ff. Rpfl. 1980, 41 ff.) und in seinen Beiträgen im KEHE-Kommentar zur GBO und in der 12. Auflage des *Staudinger* hat Rudolf Ertl überzeugend dargestellt, welche klärenden systematischen und praktischen Folgerungen aus seiner Theorie gewonnen werden können. Die Klarheit und Schärfe seiner Gedanken haben ihm inzwischen durchwegs Anerkennung verschafft, so daß seine Ansicht zur herrschenden Meinung geworden ist. Ohne Übertreibung und Selbstgefälligkeit — was auch nicht seinem Charakter entsprechen würde — konnte er schon in der 3. Auflage im KEHE Rdnr. 19 zu § 19 GBO lapidar feststellen: Die Lehre von der Doppelnatur hat jede wissenschaftliche Grundlage und Unterstützung verloren. Ein Triumph, den Rudolf Ertl für sich buchen kann.

Seine Jahre am vergleichsweise ruhigen Anfangsamt in Heilsbrunn hatten ihm Zeit und Gelegenheit gegeben, die Rechtswissenschaft zu bereichern. Man ist versucht, darin einen der Vorzüge des Vorrückungsprinzips im bayerischen Notariat zu sehen, daß wissenschaftlich interessierte junge Notare auf einem kleinen Anfangsamt Muße haben, sich schriftstellerisch zu betätigen und damit auch das Ansehen des ganzen Standes zu heben, bevor man auf einem arbeitsreicheren Vorrückungsamt davon wieder mehr abgehalten wird. Das kann man aber nach der Amtssitzverlegung von

Rudolf Ertl nach Kempten im Jahre 1966 nicht sagen. An den Ausgangsort seiner beruflichen Tätigkeit zurückgekehrt, was seinem statischen Wesen fern jeder Sprunghaftigkeit entspricht, hat seine Kreativität nicht abgenommen, wie die wiederkehrenden Neuauflagen des Kommentars zur GBO (*Kuntze-Ertl-Herrmann-Eickmann*) und vor allem seine meisterhafte Bearbeitung der zentralen Vorschriften des Liegenschaftsrechts (§§ 873—878 und 925—928 BGB) in der 12. Auflage des *Staudinger* eindrucksvoll beweisen. Darin hat sich Rudolf Ertl ein bleibendes Denkmal gesetzt.

Nicht unerwähnt darf schließlich bleiben, daß sich Rudolf Ertl neben seiner beruflichen und schriftstellerischen Tätigkeit auch der Mitarbeit in Ständegremien nicht verschlossen hat, wo sein ausgewogener Rat und sein ausgleichendes Wesen gesucht und geschätzt waren. Ab 1967 gehörte er dem Verwaltungsrat der Notarkasse an und wurde alsbald als einer der Stellvertreter des Präsidenten gewählt, eine Funktion, in der er sein Wissen und seine Erfahrungen in

die Entscheidungen dieses wichtigen Organs einbringen konnte. Als Vorsitzender des Berufsbildungsausschusses hat er sich maßgeblich für die Förderung des Nachwuchses an Gehilfen und Inspektoren eingesetzt. Für diese, dem allgemeinen Ständesinteresse dienenden altruistischen Leistungen hat ihm der Bundespräsident das Bundesverdienstkreuz am Bande verliehen.

Als hoffentlich noch lange währenden Abschluß seiner wissenschaftlichen Beschäftigung hat er nach seiner Amtsniederlegung im Jahre 1989 die Schriftleitung dieser Zeitschrift übernommen und ihr schon nach kurzer Zeit seinen Qualitätsstempel aufgedrückt.

Wir danken Rudolf Ertl für seine herausragenden Leistungen und wünschen ihm noch viele Jahre schriftstellerischer Schaffenskraft bei guter Gesundheit und viel Lebensfreude im Kreis seiner Familie und Freunde.

Notar Dr. Christian Schelter, Erlangen

Fälligkeit und Verzinsung des Kaufpreises bei Ausübung eines Vorkaufsrechts

von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Das Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten die Befugnis, den vorkaufsbelasteten Gegenstand zu denselben Bedingungen zu kaufen, zu denen ihn der Verpflichtete rechtswirksam an einen Dritten verkauft hat. Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, wird er zum Vorkäufer. Das Gesetz (§ 505 Abs. 2 BGB) bestimmt, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bedingungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Der beurkundete Kaufvertrag wird als Fälligkeitvoraussetzungen in der Regel die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Käufers, die Erteilung der Negativbescheinigung hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts und etwa erforderlicher Genehmigungen sowie die Sicherung der Lastenfreistellung durch Vorliegen von Löschungsbewilligungen oder Pfandfreigaben ggf. mit Rangrücktritt bzw. bei privaten Rechten deren Löschung vorsehen¹. Wegen eines bestehenden Vorkaufsrechts für eine Privatperson ist der Verzicht auf dessen Ausübung oder der Ablauf der Frist für seine Ausübung erforderlich. Diese Fälligkeitsabrede ist für den „zweiten Kaufvertrag“² sinnentsprechend anzupassen³.

I. Kaufpreisfälligkeit im neuen Kaufvertrag

1. Wirkungen der Vorkaufsrechtsausübung

Die Regelung des § 505 Abs. 2 BGB wird allgemein dahin verstanden, daß der Berechtigte nicht in den zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten geschlossenen Vertrag eintritt. Vielmehr wird zwischen dem Berechtigten und dem

Verpflichteten ein selbständiger Kaufvertrag neu begründet zu den gleichen Bedingungen, wie er zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossen war⁴. Umstritten ist, ob der Vorkauf ein doppelt bedingter Kauf ist, oder ob es sich beim Vorkaufsrecht um ein Gestaltungsrecht handelt⁵. Im Ergebnis besteht jedoch Einigkeit darüber, daß der neue, zum Vollzug kommende Kaufvertrag wiederum der etwa erforderlichen behördlichen Genehmigungen bedarf⁶.

Im Unterschied zum Wiederkauf, bei dem der Verkäufer durch seine Erklärung im allgemeinen einen zwischen dem Käufer und ihm bereits in den Einzelheiten vereinbarten Vertrag zustande bringt, hat der Vorkaufsberechtigte auf die Ausgestaltung der Erwerbsbedingungen keinen Einfluß. Sie werden nicht zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt, sondern dem Vertrag des Vorkaufsverpflichteten mit dem Dritten entnommen. Der Vorkaufsberechtigte leitet durch die Ausübungserklärung ohne neue Vertragsverhandlungen einen ihm bis dahin fremden Vertragsinhalt gewissermaßen auf sich über⁷.

Die Folge davon ist, daß er die Konditionen eines Rechtsgeschäfts, das er nicht ausgehandelt hat und auf dessen Erfüllung er vielleicht nicht einmal vorbereitet ist, hinnehmen muß. Der erste Entwurf des BGB von 1888 enthielt noch einen § 482, der folgenden Wortlaut hatte: „Mit der gegen-

¹ Vgl. nur *Schippel*, in: Beck'sches Formularbuch, 4. Aufl., Form. III B. 1, Anm. 4 ff. u. *Albrecht*, in: *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Rdnr. 334 f.

² So *Weirich*, Grundstücksrecht, Rdnr. 516.

³ Vgl. BGH, NJW 1983, 682 u. NJW 1989, 37/38 und *Soergel/Huber*, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 16.

⁴ St. Rspr.; s. nur BGHZ 77, 359/362 u. 98, 188/190 f. u. bereits *Planck*, BGB, 1./2. Aufl., § 505 Anm. 2 sowie *Pikart*, WM 1971, 490/491; a. A. noch BGB-RGRK. 8. Aufl., § 505 Anm. 2.

⁵ Zu dieser Streitfrage Münch-Komm-Westermann, 2. Aufl., § 505 Rdnr. 5 und BGB-RGRK/Mezger, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 1.

⁶ S. statt vieler *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rdnr. 1420.

⁷ Ähnlich BGB-RGRK/Mezger, § 505 Rdnr. 3; MünchKomm-Westermann, § 505 Rdnr. 1 u. *Staudinger/Mayer-Maly*, 12. Aufl., § 505 Rdnr. 9.

über dem Verpflichteten abgegebenen Erklärung des Berechtigten, daß er das Vorkaufsrecht ausübe, gelangt der Kaufvertrag zwischen Beiden unter den in dem Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten enthaltenen Bestimmungen zum Abschlusse. Von dem Berechtigten sind insbesondere alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, welche der Dritte in dem mit ihm geschlossenen Verträge übernommen hat⁸.

2. Die Bedeutung des § 505 Abs. 2 BGB

Das Reichsgericht hat Sinn und Zweck der Bestimmung des § 505 Abs. 2 BGB als „klar“ angesehen: „Der Vorkaufsberechtigte braucht sich keine andern, insbesondere keine ungünstigeren Bedingungen gefallen zu lassen als jene, welche mit dem Dritten vereinbart worden sind“⁹. Demgegenüber geht die nunmehr herrschende Meinung¹⁰ davon aus, daß diese Vorschrift gleichrangig dem Schutz des Vorkaufsberechtigten dient: Auch er soll nicht schlechter gestellt werden, als wenn sein Vertrag mit dem Dritten abgewickelt würde. Soll § 505 Abs. 2 BGB „beide Seiten schützen“, so handelt es sich in Wirklichkeit um keine Schutznorm, sondern um eine „technische Regel zur Gewinnung eines sinnvollen Vertragsinhalts für den durch die Vorkaufserklärung zustande gebrachten Kauf“¹¹.

Im Normalfall sind weder der Vorkaufsverpflichtete noch der -berechtigte schutzbedürftig: Der Verpflichtete oder sein Rechtsvorgänger haben der Bestellung eines vertraglich eingeräumten Vorkaufsrechts zugestimmt; deshalb sind die sich bei seiner Ausübung ergebenden Belastungen grundsätzlich hinzunehmen. Zudem sind Sondervereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten sowohl vor als auch nach Ausübung des Vorkaufsrechts zulässig¹². Ferner kann er „bei Feststellung der Verkaufsbestimmungen mit dem Dritten das Nöthige bestimmen“¹³. Immobilien, für die ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht, sind im Rahmen der besonderen Sozialbindung des Grundeigentums „situationsbelastet“. Dies belegen beispielhaft das gemeindliche Vorkaufsrecht nach dem Baugesetzbuch und Baugesetzbuch-Maßnahmegesetz und das Vorkaufsrecht des Mieters nach dem Wohnungsbindungsgesetz¹⁴.

Ähnliches gilt für den Vorkaufsberechtigten. Beim vertraglich bestellten Vorkaufsrecht hat auch er es in der Hand, abweichende Bedingungen auszuhandeln. Soweit nicht das Gesetz wie beim preislimitierten Vorkaufsrecht (§§ 24 Abs. 1 Nr. 1, 28 Abs. 3 BauGB, § 3 Abs. 3 BauGB-MaßnG) ohnehin besondere Vertragsbestimmungen anordnet, bleibt es auch hier dabei, daß der Berechtigte frei in seiner Entscheidung ist, ob er einen bestimmten Vertragsinhalt für sich gelten lassen will. Ein Mehr an Rechtsmacht verleiht das Vorkaufsrecht nicht. Im Rahmen der gesetzlichen Vorkaufsrechte müßten weitergehende Eingriffsmöglichkeiten zudem den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

3. Der Schutz des Vorkaufsberechtigten

Der Berechtigte hat, soweit zwischen ihm und dem Verpflichteten nichts anderes vereinbart ist, die mit dem Dritten vereinbarten Gegenleistungen zu bewirken. Diese Pflicht erstreckt sich auf alle Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstigen Haupt- und Nebenabreden¹⁵. Den sein Vorkaufsrecht ausübenden Vorkaufsberechtigten trifft somit nicht nur die Kaufpreiszahlungspflicht. Er hat vielmehr schlechthin diejenigen Leistungen zu erbringen, die dem Dritten nach dem Kaufvertrag obgelegen hätten¹⁶. Der Verkäufer ist in der Vertragsgestaltung mit dem Erstkäufer grundsätzlich frei¹⁷. Er ist nicht einmal gehalten, dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts zu ermöglichen¹⁸.

Einschränkungen hiervon hat die Rechtsprechung zunächst nur den §§ 506, 507 BGB entnommen¹⁹. Insbesondere § 506 BGB verhindert, daß der Vorkaufsberechtigte durch Bedingungen oder Rücktrittsvorbehalte um sein Recht gebracht wird. Da dies auch durch andere Konditionen des Kaufvertrags möglich ist, haben die Gerichte auch solche das Vorkaufsrecht vereitelnde Verträge nach § 138 BGB für nichtig erklärt, die durch ihren Gesamtcharakter oder die Art und Weise ihres Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit enthielten²⁰. Neuerdings unterwirft der Bundesgerichtshof den „Erstkauf“ einer Inhaltskontrolle dergestalt, daß er Vertragsbestimmungen von der Anwendung des § 505 Abs. 2 BGB ausnimmt, also nicht Inhalt des „Zweitkaufs“ werden läßt. Voraussetzung dafür ist, daß eine Vertragsgestaltung nur wegen der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts gewählt wird, ohne daß sie im Rahmen des Erstvertrags irgendwie geartete Vorteile für den Erstverkäufer oder den Vorkaufsverpflichteten bringt²¹.

Dieser „Fremdkörpergedanke“ ist jedoch nicht geeignet, eine allgemeine gerichtliche Billigkeitskontrolle des „Erstvertrages“ zu rechtfertigen. Es bleibt vielmehr dabei, daß es der Vorkaufsberechtigte hinnehmen muß, wenn ihn der Kaufvertrag zu unangenehmen oder lästigen Leistungen verpflichtet²². Lediglich Vereinbarungen, die ausschließlich im Vorkaufsfall Bedeutung erlangen können, sind unwirksam. Es handelt sich somit nicht um Klauseln, die zu wirtschaftlichen Belastungen des Vorkaufsberechtigten führen, sondern um solche, die ihn stärker als den Käufer belasten, ihn also ungleich behandeln. Ist dagegen eine Klausel auch im Verhältnis zum Käufer ernstlich gewollt, so wird sie mit der Ausübung des Vorkaufsrechts Inhalt des Zweitkaufs und ist vom Vorkaufsberechtigten hinzunehmen.

4. Der Eintritt der Kaufpreisfälligkeit im Zweitkauf

Trotz des in § 505 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatzes hat das Gesetz in den §§ 507 und 509 BGB der Tatsache Rechnung getragen, daß der Partner eines Kaufvertrages nicht

⁸ S. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, S. LXIII.

⁹ RGZ 170, 208/213 f.; vgl. auch *Soergel/Ballerstedt*, 10. Aufl., § 505 Rdnr. 1.

¹⁰ So etwa *Palandt/Putzo*, 51. Aufl., § 505 Rdnr. 3 u. BGB-RGRK/*Mezger*, § 505 Rdnr. 3. Vgl. bereits KG, JW 1937, 1255/1256.

¹¹ Ebenso *Staudinger/Mayer-Maly*, § 505 Rdnr. 10.

¹² Allg. M. s. nur *Palandt/Putzo*, § 505 Rdnr. 5.

¹³ *Mugdan*, a. a. O. (Anm. 8), S. 193.

¹⁴ Vgl. BGH, NJW 1989, 37/38 f.

¹⁵ Ähnlich bereits BGB-RGRK, a. a. O. (Anm. 4), § 505 Anm. 2. Ähnlich BGB-RGRK/*Mezger*, § 505 Rdnr. 4.

¹⁶ S. statt vieler BGH, LM BGB § 505 Nr. 2 u. BGHZ 77, 359/362 sowie *Pikart*, WM 1971, 490/491.

¹⁷ *Jauernig/Vollkommer*, 6. Aufl., § 505 Anm. 2 b.

¹⁸ *Palandt/Putzo*, § 505 Rdnr. 6 m. w. N.

¹⁹ RG, JW 1923, 1024; ebenso BGB-RGRK, a. a. O. (Anm. 4), § 505 Anm. 2.

²⁰ Vgl. BGB-RGRK/*Mezger*, § 506 Rdnr. 2 m. w. N.

²¹ BGHZ 77, 359/362 f. u. 102, 237/241 sowie NJW 1989, 682 u. MittBayNot 1992, 37/38; ebenso *Jauernig/Vollkommer*, § 505 Anm. 2 a, bb; *Palandt/Putzo*, § 505 Rdnr. 6 u. *Erman/Weitnauer*, 8. Aufl., § 505 Rdnr. 3.

²² Ähnlich MünchKomm-*Westermann*, § 505 Rdnr. 6.

ohne weiteres auswechselbar ist. Der Vertrag mit dem Vorkaufsberechtigten muß, wenn diesem die Erfüllung nicht mehr möglich wäre, einen anderen Inhalt haben als der Vertrag mit dem Erstkäufer. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Kaufpreis schon vor Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem zwischen dem Verkäufer und dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag fällig wurde. Da diese Abrede vom Vorkaufsberechtigten nicht mehr erfüllt werden könnte, ist der Vertrag sinnentsprechend anzupassen: Die Fälligkeit kann immer erst nach Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten²³.

Sind die Genehmigungspflicht und die Sicherung der Lastenfreistellung Kaufpreisfälligkeitsetzungen für den „Erstvertrag“, so gilt das in gleicher Weise für den „zweiten“ Kaufvertrag. Umgekehrt entfällt selbstverständlich der Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. das Verstreichen der dafür erforderlichen Frist, wenn eben dieses Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Wird ein gesetzliches Vorkaufsrecht ausgeübt, so gilt dies in gleicher Weise für die Klärung privater Vorkaufsrechte, wenn das gesetzliche Vorkaufsrecht — wie im Fall des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB — Vorrang gegenüber privatrechtlichen Vorkaufsrechten genießt.

Probleme können sich jedoch hinsichtlich der Fälligkeitsetzungen „Vormerkungseintragung“ und „Teilungsgenehmigung“ sowie bei einer Zahlungsfrist ergeben. Hier kann eine sinnentsprechende Anpassung der Fälligkeitsvereinbarungen des Erstvertrages erforderlich werden.

Ist das Vorkaufsrecht nicht im Grundbuch eingetragen, so kann bei einem privatrechtlichen Vorkaufsrecht die Kaufpreisfälligkeit nicht vor Eintragung einer Vormerkung zugunsten des Berechtigten eintreten. Diese hat der Verkäufer zu bewilligen. Allerdings wird ihr die Vormerkung des Erstkäufers im Rang vorgehen. Deshalb ist deren Löschung zum Eintritt der Kaufpreisfälligkeit erforderlich. Anders ist dies, wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen ist. Das Gesetz verleiht nämlich dem dinglichen Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung (§ 1098 Abs. 2 BGB). Dadurch wirkt es selbst bei einer Umschreibung auf den Erstkäufer weiterhin; der Vorkaufsberechtigte kann vom Verkäufer die Eigentums Umschreibung fordern und vom eingetragenen Verkäufer die Zustimmung hierzu (§§ 108 Abs. 2, 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB). Aus diesem Grunde ist hier die Eintragung einer zusätzlichen Vormerkung nicht nötig. Da diese Vormerkungswirkung erst mit dem Eintritt der Verkaufslage beginnt, also nach dem wirksam geschlossenen und behördlich genehmigten Kaufvertrag, sind Belastungen vor diesem Zeitpunkt dem Verkäufer gegenüber wirksam und deshalb ihre Lastenfreistellung durchzuführen. Wegen der Verpflichtung des Verkäufers zur lastenfreien Eigentumsverschaffung hat der Bundesgerichtshof²⁴ den Eintritt der Fälligkeit verneint, wenn nach der Käufervormerkung Rechte eingetragen werden. Hieraus könnte man schließen, daß auch die Löschung der Vormerkung des Vertragskäufers Fälligkeitsetzungen sein müsse. Dies ist fraglich. Dafür spricht die vorerwähnte Pflicht und das Argument, daß der Verkäufer mit ihrer Eintragung bis zur Klärung der Ausübung oder Nichtausübung des Vorkaufsrechts warten könne. Andererseits handelt es sich bei ihrer Eintragung um keinen Fall der Eintragung belastender Rechte nach Vertragsabschluß. Der Vorkaufsberechtigte, dem die Vormerkungswirkung die Löschung ermöglicht, hat Kenntnis von der Ein-

tragung der Vormerkung zugunsten des Vertragskäufers. Außerdem ist, solange er seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag noch nicht erfüllt hat, ungewiß, ob nicht doch der „Erstkauf“ zum Vollzug kommt. Aus diesem Grund spricht manches dafür, die Sicherstellung der Löschung der Erstkäufervormerkung nicht zur Fälligkeitsetzungen zu erheben. Anders ist dies mit etwaigen Finanzierungsgrundschulden des Vertragskäufers. Weder die Eintragung der Käufervormerkung noch die Löschung der Vertragskäufervormerkung sind Voraussetzungen für die Kaufpreisfälligkeit, wenn eine Gemeinde von ihrem Vorkaufsrecht nach dem BauGB und dem BauGB-MaßnG Gebrauch macht. Sie hat nämlich nach § 28 Abs. 2 S. 3 und 6 BauGB die Möglichkeit, eine Vormerkung zu ihren Gunsten im Grundbuch eintragen und die zur Sicherung des Übereignungsanspruchs des Käufers im Grundbuch eingetragene Vormerkung löschen zu lassen²⁵.

Ist das Vorliegen der Teilungsgenehmigung nach §§ 19 ff. BauGB bzw. den entsprechenden Landesbauordnungen²⁶ bei einem Teilflächenkauf Voraussetzung der Kaufpreisfälligkeit²⁷, so ist ihre nochmalige Einholung für den „Zweitkauf“ überflüssig. Es handelt sich dabei nämlich nicht um eine Gültigkeitsetzungen für den Kaufvertrag, sondern eine Erklärung des Eigentümers, daß ein Grundstücksteil grundbuchmäßig abgeschrieben werden soll²⁸. Schwierigkeiten ergeben sich erst, wenn das Vorkaufsrecht wirksam hinsichtlich einer Teilfläche eines ganz verkauften Grundstücks ausgeübt wird. Eine derartige Beschränkung kann bei gesetzlichen Vorkaufsrechten sogar verfassungsrechtlich geboten sein²⁹. Die Kaufpreisanpassung erfolgt hier in der Weise, daß der Vorkaufsberechtigte nur den Teil des Kaufpreises zu bezahlen hat, der dem Wert der Teilfläche entspricht. § 508 BGB gilt entsprechend³⁰. Ist die Gemeinde Vorkaufsberechtigte, entfällt das Erfordernis der Teilungsgenehmigung gem. § 19 Abs. 4 Nr. 3 BauGB ohnehin. Steht dagegen einem Privaten ein auf eine Teilfläche beschränktes Vorkaufsrecht zu, kann der „Zweitkauf“ nur vollzogen werden, wenn die Teilung genehmigt wird. Dennoch kann ihre Erteilung nicht den Fälligkeitsetzungen hinzugefügt werden. Es ist das Risiko des Vorkaufsberechtigten, daß das ihm privatrechtlich eingeräumte Recht öffentlich-rechtlich nicht realisiert werden kann. Es gilt hier nichts anderes als beispielsweise bei der Genehmigungspflicht nach dem Grundstücksverkehrsgesetz. Ist diese im „Erstkauf“ nicht Fälligkeitsetzungen, weil der Erwerber Landwirt ist und deshalb hierauf verzichtet, oder zu dem in § 8 Nr. 2 GrdstVG genannten Personenkreis gehört, so kann sich der Vorkaufsberechtigte nicht darauf berufen, bei ihm sei die Genehmigung fraglich, und er erbringe deshalb eine ungesicherte Vorausleistung.

Höchstrichterlich ungeklärt ist schließlich die Behandlung einer Klausel im „Erstkauf“, wonach die Fälligkeit des Kaufpreises innerhalb von ... Tagen nach Eingang einer Bestätigung des beurkundenden Notars über das Vorliegen bestimmter Fälligkeitsetzungen eintritt. Diskutiert wird, daß dem Vorkaufsberechtigten ohnehin die Ausübungsfrist zur Überlegung und Finanzierung zusteht, er

²³ So BGH, NJW 1983, 82 an; ebenso *Haegeler/Schöner/Stöber*, a. a. O. (Anm. 6), Rdnr. 1422.

²⁴ BGH, DNotZ 1986, 275.

²⁵ Im Ergebnis wohl ebenso BGH, NJW 1983, 682 u. 1989 37/38.

²⁶ Vgl. § 8 MBO sowie z. B. Art. 11 BayBO.

²⁷ S. dazu *Albrecht*, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 515 ff.

²⁸ Vgl. § 19 Abs. 2 BauGB.

²⁹ Vgl. BGH, DVBl. 1971, 318; NJW 1991, 293 und OVG Koblenz NJW 1988, 1342 sowie z. B. Art. 34 Abs. 1 S. 2 BayNatSchG.

³⁰ S. BGH, NJW 1970, 187 u. *Mayer*, NJW 1983, 100/104 f.

deshalb also keinen weiteren Aufschub benötige, andererseits könnte ihm wegen § 505 Abs. 2 BGB der gleiche Zeitraum wie dem Vertragskäufer zustehen³¹. Der Bundesgerichtshof³² hat es beim gemeindlichen Vorkaufsrecht als „naheliegend“ bezeichnet, daß die Fälligkeit nicht — wie vereinbart — zehn Tage nach der Mitteilung des Notars, sondern zehn Tage nach Eintritt der Bestandskraft der Ausübungserklärung eintrete. Enthält der Kaufvertrag keine Regelung, so tritt die Fälligkeit des Kaufpreises grundsätzlich sofort mit ihrer Entstehung ein (§ 271 Abs. 1 BGB); die Erfüllung hat erst Zug um Zug zu erfolgen (§§ 320, 322 BGB). Beim Grundstückskauf ist eine Leistung Zug um Zug nicht möglich³³. Deshalb ist die — abgesicherte — „Vorleistung“ des Käufers die Regel. Die Leistungszeit ist deshalb beim Grundstückskauf den Umständen, wie im „Erstkauf“ vereinbart, zu entnehmen. Nur wenn dort nichts vereinbart ist, tritt die Fälligkeit mit lastenfreier Auflassung des zu übergebenden Grundstücks ein³⁴. Im übrigen ist die Fälligkeitsabrede des Erstvertrages sinnessprechend anzuwenden. Eine Frist für die Zahlung gilt deshalb nach Ansicht des BGH³⁵ auch für den neuen Vertrag. Vorliegen müssen sämtliche Fälligkeitsvoraussetzungen, die nach den obigen Ausführungen auch für den „Zweitvertrag“ gelten.

Enthält der Vertrag mit dem Dritten die Auflassung, so kann wegen des Verbots der Schlechterstellung die Fälligkeit nicht vor deren Erklärung eintreten. Ausreichend ist allerdings, daß sie der Eigentümer vorbehaltlich der Genehmigung des Vorkaufsberechtigten erklärt, da dieser es sonst in der Hand hätte, die Fälligkeit zu verzögern. Der Verkäufer soll nicht darauf angewiesen sein, entsprechend § 162 BGB das treuwidrige Verhalten der Vorkaufsberechtigten beweisen zu müssen.

Enthält die Fälligkeitsklausel des „Erstvertrags“ die Bestimmungen, daß die Fälligkeit nach einer Mitteilung des „amtierenden“ Notars über das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eintritt, gilt dies auch für den neuen Kauf. Allerdings ist es ausreichend, wenn der Notar das Bestehen der ihm vorliegenden und überprüfbaren Fälligkeitsvoraussetzungen mitteilt. Zuständig ist der Notar, der den „Erstvertrag“ beurkundet hat, falls die Parteien des „Zweitkaufs“ keine abweichenden Vereinbarungen treffen. Dies setzt voraus, daß dem Notar, der — falls er sich hierzu nicht ausdrücklich ermächtigen läßt — zur Entgegennahme der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht bevollmächtigt ist³⁶, davon Kenntnis erlangt. Der BGH³⁷ hat allerdings in der bereits zitierten Entscheidung bei einer Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts die Mitteilung des Notars für entbehrlich gehalten und die Frist ab Bestandskraft der Ausübungserklärung beginnen lassen. Da es sich bei der Ausübungserklärung der Gemeinde um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt, dessen Wirkung bei einer Anfechtung zunächst suspendiert ist³⁸, läßt sich diese Entscheidung nicht verallgemeinern. Bei Ausübung

eines privatrechtlichen Vorkaufsrechts bleibt es dabei, daß die Fälligkeit entsprechend den Vereinbarungen des „Erstvertrags“ einschließlich einer danach erforderlichen Mitteilung des Notars eintritt.

II. Verzinsung des Kaufpreises

Die Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten, die Nebenleistungen zu erbringen, die dem ursprünglichen Käufer obgelegen hätten, betrifft vor allem auch eine Verzinsung des Kaufpreises. Allerdings braucht der Vorkaufsberechtigte nicht für die Rückerstattung eines bereits bezahlten Kaufpreises Verzugszinsen bezahlen³⁹. Auch Verzugszinsen schuldet er selbstverständlich erst, wenn die Voraussetzungen des Verzugs eingetreten sind, insbesondere die Fälligkeit des Kaufpreises aus dem „Zweitkauf“.

1. Fälligkeits- und Nutzungszinsen

Anders ist dies dagegen mit vertraglich vereinbarten Zinsen. Vertraglich vereinbarte Zinsen können Fälligkeitszinsen sein, die auch in Standardformulierungen enthalten sein können⁴⁰. Vertraglich kann die Verzinsung einer Geldsumme auch unabhängig von der Fälligkeit vereinbart werden. Die Zinsschuld setzt zwar eine Kapitalschuld voraus, ohne die sie nicht zur Entstehung gelangen kann⁴¹; sie setzt jedoch keine Fälligkeit dieser Schuld voraus. Aus diesem Grunde ist nach Ansicht der Rechtsprechung⁴² auch die Fälligkeit der Kaufpreisforderung nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Nutzungszinsen i. S. von § 452 BGB.

Zinsen können allerdings nicht nur als Ausgleich für eine entgangene Nutzung vereinbart werden⁴³. So ist bei Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts zum Verkehrswert gem. §§ 28 Abs. 3, 99 Abs. 3 BauGB der Entschädigungsbetrag mit 2 vom Hundert über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank jährlich von dem Zeitpunkt der Bestandskraft des Bescheides über die Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. bei seiner Anfechtung ab der ersten gerichtlichen Entscheidung zu verzinsen⁴⁴. Bei einer Enteignung beginnt die Zinspflicht von dem Zeitpunkt an, in dem die Enteignungsbehörde über den Enteignungsantrag entscheidet. Da das Gesetz die Verzinsung nicht erst mit dem Eintritt der Rechtsänderung beginnen läßt, der Besitzverlust (Nutzungsverlust) also später eintreten kann, erhält der Eigentümer möglicherweise Zinsen für eine Zeit, in der er das Grundstück noch besitzt und nutzt. Er genießt daher „dank der Großzügigkeit des Gesetzgebers“ nicht nur die Früchte des Grundstücks, sondern auch die Zinsen des zu zahlenden Betrages⁴⁵. Das Dogma, daß Zinsen stets eine Nutzungsentschädigung darstellen, der Eigentümer keinen doppelten Nutzen haben dürfe⁴⁶, existiert somit nicht.

³¹ Vgl. BGH, NJW 1983, 682 r. Sp.

³² BGH, NJW 1989, 37/38.

³³ *Albrecht*, a. a. O. (Anm. 1), Rdnr. 362; vgl. BGH, DB 1992, 1041.

³⁴ Vgl. *Palandt/Putzo*, § 454 Rdnr. 4.

³⁵ BGH, NJW 1989, 37/38.

³⁶ BGH, NJW 1988, 92.

³⁷ BGH, NJW 1989, 37/38.

³⁸ Zur Streitfrage, ob die Wirksamkeit oder nur die Vollstreckbarkeit des Verwaltungsaktes suspendiert ist, vgl. *Eyermann/Fröhler*, VwGO. 9. Aufl., § 80 Rdnr. 4. Zur Anfechtungsbefugnis bei Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts s. nur BGH, BayVBl. 1992, 316.

³⁹ OLG Celle, NJW 1957., 1802.

⁴⁰ BGH, MittBayNot 1991, 21.

⁴¹ *Larenz*, SchuldR I, 14. Aufl., § 12 VIII u. *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl., § 12 II.

⁴² OLG Oldenburg, NJW-RR 1987, 722 (abl. *Kanzleiter*, DNotZ 1988, 370 ff.) u. OLG Hamm, NJW-RR 1989, 333.

⁴³ Dies verkennt LG München I, Urt. v. 25. 3. 1992, 9 O 16797/91 (nicht rechtskräftig), S. 12 ff., das eine im „Erstvertrag“ enthaltene Klausel, nach der der Kaufpreis unabhängig von der Fälligkeit ab einem bestimmten Zeitpunkt zu verzinsen ist, als Verstoß gegen § 242 BGB gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ansieht.

⁴⁴ S. BGHZ 98, 188 ff.

⁴⁵ Vgl. BGHZ 31, 235/237 u. *Schmidt/Abmann*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, § 99 Rdnr. 19.

⁴⁶ So aber LG München I, a. a. O. (Anm. 43), S. 15 f., das BGH, NJW 1989, 37/38 falsch interpretiert.

2. Zinsen als Modus der Kaufpreisberechnung

Der Verkäufer, der einen Grundbesitz veräußert hat, kann diesen nicht mehr voll wirtschaftlich nutzen. So ist ihm beispielsweise eine Vermietung ohne Zustimmung des Erwerbers kaum möglich. Die Fälle, in denen die Rendite einer Immobilie geringer ist als die Zinsen des Kaufpreises, dürften gegenwärtig sogar überwiegen. Deshalb kann der Verkäufer ein Interesse daran haben, daß, falls die Kaufpreisfälligkeit nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt eintritt, der Kaufpreis verzinst wird. Gründe hierfür können zeitraubende behördliche Genehmigungen oder ein langsamer Grundbuchvollzug sein. Auch der BGH⁴⁷ hat die Möglichkeit verbleibender Vermögensnachteile des Verkäufers, die nicht durch die Nutzung des Kaufgegenstandes aufgewogen werden, und von diesbezüglichen Vereinbarungen anerkannt. Es handelt sich um eine Frage von Leistung und Gegenleistung, die — abgesehen eines Mißverhältnisses gem. § 138 BGB — der Disposition der Vertragsteile unterliegt. Ist sie ernstlich — nicht nur für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts — gewollt, hat sie der Vorkaufsberechtigte hinzunehmen.

Der denkbare Einwand, erst die Ausübung des Vorkaufsrechts bringe den „Zweitkauf“ zustande, so daß erst ab

diesem Zeitpunkt eine Kaufpreisforderung entstehe, die verzinst werden könne, ist unzutreffend. Bei den vertraglich vereinbarten „Zinsen“ handelt es sich nämlich nach dem Sinn der Klausel um eine Berechnungsmethode für den Kaufpreis und nicht um Zinsen im Rechtssinne.⁴⁸ In gleicher Weise könnte festgelegt werden, daß sich der Kaufpreis ab einem bestimmten Zeitpunkt um einen bestimmten Betrag erhöht. Es handelt sich dabei um eine Geldsummenschuld, die nicht der Genehmigungspflicht nach § 3 WährG unterliegt. Auch ohne eine derartige Vereinbarung ist der Verkaufspreis bei einer erheblichen Veränderung des Geldwerts entsprechend dieser Veränderung zu erhöhen oder zu ermäßigen, wenn die Parteien bei seiner Festsetzung von dem gleichbleibenden Wert des Geldes als Wertmesser ausgegangen sind. Die betroffene Partei würde sonst ungünstiger gestellt werden, als wenn der Vertrag mit dem Dritten abgewickelt worden wäre.⁴⁹ Nichts anderes kann für eine ausdrücklich vereinbarte Verzinsungspflicht des Erstkäufers gelten. Davon, daß sie den Parteien des Erstvertrages bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringe und deshalb außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses von Leistung und Gegenleistung liege, kann keine Rede sein.

⁴⁷ BGH, NJW 1989, 37/38 f.

⁴⁸ Vgl. BGHZ 37, 269/275; 43, 120/122 f.; 88, 337 und 98, 188/193.

⁴⁹ BGB-RGRK/Mezger, § 505 Rdnr. 4 m. w. N.

Zur Sicherungspflicht des Bauträgers

von Notar *Walter Dietrich*, München

Als Ergänzung der Ausführungen von *Schmidt* (MittBayNot 1992, S. 114) will der folgende Beitrag zu einigen die tägliche Praxis beim Bauträgerkauf berührenden Fragen Stellung nehmen, insbesondere wenn das Projekt in den neuen Bundesländern verwirklicht werden soll^{1, 2}.

1. Sicherung (nur) der 1. Rate gem. § 7 MaBV

Marcks vertritt die Auffassung, daß schon bei Entgegennahme der 1. Rate der gesamte Kaufpreis abzusichern ist³ und verweist zur Begründung auf § 7 Abs. 1 Satz 2, der nur auf § 2 Abs. 5 Satz 1 — nicht auf dessen Satz 2 — Bezug nimmt, sowie auf das Urteil des OVG Bremen⁴. Bei diesem Urteil ging es indes nicht um die Sicherung der 1. Rate sondern der letzten Raten. Auch der Verweis auf die fehlende Inbezugnahme von § 2 Abs. 5 Satz 2 trägt nicht, weil es dort um die Frage der Beendigung der Bürgschaftsverpflichtung geht, nicht um dessen Beginn⁵. Eine vorzeitige Beendigung der Sicherungspflicht gegen Verwendungsnachweis kommt beim Bauträgervertrag allerdings nicht in Betracht, weil es keine „ordnungsgemäße Verwendung“ gibt, über die eine Teilabrechnung erstellt werden kann^{6, 8}. *Marcks* hat dies bei der Kommentierung zu § 2 gesehen und seine entgegengesetzte frühere Meinung aufgegeben⁷. Die Einfügung von Satz 4 in § 7 Abs. 1, wonach ein Wechsel der Sicherungsarten zulässig ist, legt hingegen die Auslegung nahe, daß nur die Rate(n) abzusichern sind, die tatsächlich angefordert werden. Auch aus dem Wort „alle“ in § 7 Abs. 1 Satz 1 kann die von *Marcks* vertretene Meinung nicht abgeleitet werden. Alle bezieht sich auf den Kreis der abzusichernden Ansprüche (Rückgewähransprüche, Auszahlungsansprüche)⁸ nicht auf die Zahl der (irgendwann) anzufordernden Raten. Die Interessenlage ist im übrigen die gleiche, wie bei § 2 Abs. 1. Die Verordnung spricht einmal von „dieser Vermögenswerte“ (§ 2), einmal von „seiner Vermögenswerte“ (§ 7). Eine unterschiedliche Behandlung sollte daraus nicht abgeleitet werden können.

Eine Bürgschaft für den gesamten Kaufpreis ist für den Käufer auch nicht sicherer, etwa weil damit die Gesamt-

finanzierung gewährleistet wäre. Wenn der Abverkauf der Einheiten einer Wohnanlage stockt, ist die Fertigstellung nicht dadurch garantiert, daß eine Bürgschaft für künftig anzufordernde Raten existiert. Die Bürgschaft sichert nämlich nicht das Erfüllungsinteresse des Käufers sondern etwaige Rückforderungsansprüche bei Rücktritt, Wandlung oder sonstiger Rückabwicklung, beschränkt auf geleistete Teilzahlungen. Anzumerken bleibt, daß die Bankpraxis durchaus das Bürgschaftsmuster (Anlage 7 der MaBVwV) verwendet, wobei die Bürgschaft (aufschiebend bedingt) sukzessive entsteht, nämlich soweit Teilzahlungen beim Globalgläubiger eingehen⁹.

2. Sicherung der letzten Rate(n)

Der h. M.¹⁰ ist im Ergebnis rechtzugeben, daß die letzte Rate nicht isoliert durch Bürgschaft gesichert werden kann, wengleich die Begründung schwerfällt¹¹. Das Argument, das vom *Marcks*¹² und vom OVG Bremen herangezogen wird¹³, überzeugt jedenfalls nicht. Danach müssen alle Leistungen des Käufers gesichert werden, weil bei der Rückabwicklung eines Bauträgervertrages „im allgemeinen nur die Rückzahlung aller Leistungen in Betracht kommt“. Dabei wird übersehen, daß bei der konventionellen Sicherung nach § 3 die Rückabwicklungsansprüche eines Käufers überhaupt nicht¹⁴ bzw. nur mittelbar im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts (§§ 273, 320 BGB) gesichert sind. Eine Kombination dieser Behelfe, betreffend die Raten 1 bis 5, mit der Bürgschaft, betreffend die Rate 6, erscheint nicht schwieriger, als wenn dem Käufer im Rahmen der Rückabwicklung nur jene Ansprüche zur Verfügung stehen.

Die Sicherungspflicht aller auch schon geleisteter Raten bei einem Wechsel von § 3 nach § 7 folgt aber aus dem Wort „Austausch“ in § 7 Abs. 1 Satz 4. Dies kann nur so verstanden werden, daß die Sicherung des Käufers entweder über §§ 2 bis 6, also insbesondere über § 3, zu erfolgen hat oder über § 7. Die Auffassung von *Reithmann*¹⁵, nur diejenigen Raten müßten bei einem Wechsel von § 3 nach § 7 durch Bürgschaft gesichert werden, die zu Beginn des Projekts aufgrund Bürgschaft nach § 7 angefordert waren, also

¹ §§ ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf die MaBV

² Zitate von *Marcks* beziehen sich auf den Kommentar zur MaBV, 5. Auflage, soweit nicht andere Auflagen genannt werden.

³ *Marcks*, § 7 Rdnr. 2 und 5.

⁴ OVG Bremen vom 27. 06. 1986, GewA 86, 327.

⁵ Teilleistungen des Bauträgers sind erst „erfüllt“, wenn das Eigentum übertragen ist.

⁶ Bei anderen Fällen des § 34 c macht der Ausschluß von § 2 Abs. 5 Satz 2 deswegen Sinn, weil § 7 auch von den §§ 4 bis 6 (Verwendung und getrennte Vermögensverwaltung) befreit.

⁷ *Marcks*, § 2 Rdnr. 17.

⁸ Auszahlungsansprüche bestehen etwa bei Darlehensvermittlern.

⁹ Gemäß der Auskunft einer bayerischen Großbank gegenüber dem Verfasser wird der Bauträger nur insoweit mit Aval-Provision belastet, als jeweils Gelder tatsächlich eingegangen sind.

¹⁰ Vgl. *Marcks*, § 7 Rdnr. 3, *Schmidt*, MittBayNot 1992, 116.

¹¹ Zweifelnd *Reithmann* in *Reithmann/Meichssner/Heymann*, Kauf vom Bauträger, 6. Auflage, Rdnr. 136.

¹² Siehe Fn 10.

¹³ Siehe Fn 4.

¹⁴ So *Schmidt*, MittBayNot 1992, 115.

¹⁵ A. a. O. Fn 11.

bei mehrfachem Wechsel zwischen § 3 und § 7, findet im Gesetz keine Stütze. § 7 Abs. 1 Satz 4 schließt nämlich nach h. M.¹⁶ eine Vermischung der Sicherheiten nach § 3 und § 7 aus.

Dieses auf den Wortlaut gestützte Ergebnis befriedigt nicht, weil die MaBV die Absicherung des Käufers entweder durch entsprechende Bautenstände oder durch Bürgschaft zuläßt und damit beide Möglichkeiten als gleichwertig anerkennt, so daß nicht zu verstehen ist, warum eine Kombination gleichwertiger Sicherheiten ausgeschlossen wird. Dabei ist vor Augen zu halten, daß die §§ 2 bis 8 nicht die Fertigstellung gewährleisten können (und wollen) sondern die Vermögenswerte der Auftraggeber schützen sollen¹⁷. Jenes ist vielmehr Aufgabe der Zurückbehaltungsrechte nach dem BGB, die durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der MaBV weder ersetzt noch ausgeschlossen werden¹⁸. Zu dieser Frage siehe Ziffer 4 des Beitrags.

3. Hinterlegung der Bürgschaft

*Reithmann*¹⁹ hält es für zulässig, daß die Bürgschaftsurkunde vom Notar aufgrund Treuhandvertrages verwahrt wird, also ggf. gegen den Widerspruch des Käufers der Bank zurückgegeben wird. Dem widerspricht der klare Wortlaut von § 2 Abs. 4 Satz 3, der auch im Rahmen von § 7 gilt²⁰. Diese Meinung ist also abzulehnen²¹. Möglich bleibt es, daß die Bürgschaftsurkunde über den Notar dem Käufer zugeleitet wird oder vom Notar ausschließlich im Interesse und nach Weisung des Käufers „aufbewahrt“ wird.

4. Hinterlegung der letzten Rate(n)

Eine Verpflichtung des Käufers, bei Sicherung nach § 3 nach Abnahme aber vor Besitzübergabe die vorletzte Rate zu hinterlegen, um diese nach Besitzübergabe dem Bauträger auszubezahlen, erscheint unproblematisch, da dies lediglich eine Modalität darstellte, um die Zug-um-Zug-Leistung durchzuführen²².

Die Hinterlegung auch der letzten Rate bei Sicherung gem. § 3 wird von der MaBV nicht verboten, solange ausgeschlossen bleibt, daß der Bauträger vor vollständiger Fertigstellung Zugriff erhält. Sie tangiert aber das Zurückbehaltungsrecht bei Mängeln²³, das bei Verträgen, die nach der BGH-Rechtsprechung unter das AGR-Gesetz fallen²⁴, nicht ausgeschlossen werden darf. Im grundlegenden BGH-Urteil²⁵ lagen allerdings schon vor der Abnahme erhebliche und erfolglos gerügte Mängel vor. Das schließt nicht aus, eine Hinterlegung der letzten Rate nach der Abnahme zu vereinbaren, wenn dem Käufer das Zurückbehaltungsrecht vorbehalten bleibt. Der Bauträger wird dann möglicherweise die Übergabe nicht vornehmen²⁶, sondern erst die Mängel beseitigen.

Anzumerken ist, daß das Zurückbehaltungsrecht auch besteht, wenn Sicherung nach § 7 erfolgt. Das Argument, daß Zurückbehaltungsrechte nicht durch Sicherheitsleistung abgewendet werden können²⁷, überzeugt auch hier.

5. Fälligkeit und Verzinsung

Im Rahmen der Sicherung nach § 3 ist die Fälligkeit vorgegeben. Im Rahmen von § 7 ist nach der MaBV jede Vereinbarung zulässig. Gleichwohl erscheint Zurückhaltung geboten, weil nach dem BGB der Werkunternehmer vorleistungspflichtig ist²⁸. Keine Bedenken bestehen wohl gegen eine sofortige Anzahlung von 30% (bei Erbbaurechten 20%) entsprechend dem Leitbild von § 3, was zur Ausnutzung steuerlicher Vorteile vor allem am Jahresende von den Erwerbern vielfach gewünscht werden wird²⁹, wobei es nicht darauf ankommen kann, wieweit die rechtliche Seite des Vertragswerks schon gediehen ist und ob mit den Erdarbeiten schon begonnen wurde.

In Erwerbermodellen nicht selten anzutreffen ist eine Regelung, wonach alle Raten, die nach § 3 Abs. 2 fällig wären, vom Baubeginn bzw. dem Bautenstand an „bis heute“ zu verzinsen sind. Die MaBV steht dieser Vereinbarung nicht entgegen. Auch das AGBG ist (meist) nicht einschlägig, denn eine offen ausgewiesene rückwirkende Verzinsung ist Hauptleistung, nicht „Geschäftsbedingung“³⁰. Im konventionellen Bauträgervertrag empfiehlt sich eine derartige Vereinbarung weniger. Hier werden vom Bauträger üblicherweise von Zeit zu Zeit Preiserhöhungen vorgenommen, womit Vorfinanzierungszinsen in den Kaufpreis eingehen.

Von der vorigen Frage zu trennen ist eine vereinbarte Verzinsung ab Fälligkeit (und nicht erst ab Verzug). Hierzu siehe Ziffer 7 des Beitrags.

6. Rechtswirksamkeit und GVVO

Die Widerrufsmöglichkeit nach § 4 GVVO löste in Literatur³¹ und Praxis Ratlosigkeit aus. Der Käufer wäre in diesem Fall völlig ungesichert, da die Rückübertragungsansprüche nicht dem Bauträger (ggf. dessen Rechtsvorgänger), sondern dem Berechtigten zustehen, dem der Käufer keine Gegenansprüche entgegensetzen kann. Das Durchgreifen des Rückübertragungsanspruchs, § 3 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (Vermögensgesetz), scheitert nicht an einem „redlichen“ Erwerb, seitens des Bauträgers bzw. seitens des Endkäufers, wenn die Veräußerung nach dem 18. 10. 1989 erfolgt ist und zum Zeitpunkt der Genehmigung eine Anmeldung vorlag, die Genehmigung also nicht hätte erteilt werden dürfen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 Vermögensgesetz). Die Rückübertragung wird auch nicht nach § 5 Vermögensgesetz ausgeschlossen³². Ob für werterhöhende Aufwendungen (Bebauung) vom Restitutionsberechtigten ein Ausgleich verlangt werden kann, erscheint

¹⁶ *Marcks* a. a. O., Fn 10.

¹⁷ *Marcks*, § 2 Rdnr. 1.

¹⁸ *Marcks*, § 3 Rdnr. 36, *Reithmann*, a. a. O. Fn 11, Rdnr. 120 ff.

¹⁹ A. a. O. Fn 11, Rdnr. 138.

²⁰ Auf diese Bestimmung wird in § 7 Abs. 1 Satz 2 verwiesen.

²¹ Ebenso *Marcks*, § 7 Rdnr. 5 und OVG Bremen a. a. O., Fn 4.

²² Zustimmung *Schmidt*, MittBayNot 1992, 115.

²³ Grundlegend *Marcks*, § 3 Rdnr. 36.

²⁴ Das sind praktisch alle Bauträgerverträge, wenn man davon ausgeht, daß i. d. R. zumindest einige Objekte nach dem gleichen Konzept/Vertragsmuster abgewickelt werden.

²⁵ BGH, Urteil vom 11. 10. 1984, MittBayNot 1985, 10.

²⁶ Dann bekommt er gem. § 3 Abs. 2 auch die vorletzte Rate nicht.

²⁷ § 273 Abs. 2, § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB; siehe BGH a. a. O., Fn 25.

²⁸ Zur Vorsicht mahndend auch *Schmidt*, MittBayNot 1992, 116.

²⁹ Das gilt insbesondere für Objekte in den neuen Bundesländern, wo Sonderabschreibungen auch auf Teilzahlungen zulässig sind.

³⁰ Im Erwerbermodell verringern sich dann die Bauzeitzinsen entsprechend, der Gesamtaufwand bleibt also unverändert. Zustimmung auch *Reithmann* a. a. O., Fn 11, Rdnr. 77.

³¹ Siehe *Schmidt*, MittBayNot 1992, 115.

³² Die Ausnahmen des § 5 Vermögensgesetz sind nicht einschlägig: Dazu müßte das errichtete Gebäude im öffentlichen Interesse stehen oder dem Gemeingebrauch gewidmet sein, bzw. im komplexen Wohnungs- oder Siedlungsbau verwendet worden oder der gewerblichen Nutzung zugeführt worden sein, was bei Nutzung zu privaten Wohnzwecken alles nicht anzunehmen ist.

äußerst fraglich. Nach § 6 des Vermögensgesetzes besteht eine Pflicht zum Wertausgleich nur, wenn die Werterhöhung aus Mitteln des Staatshaushalts finanziert wurde. Ein Rückgriff auf bereicherungsrechtliche Vorschriften (§ 812, 946 ff. BGB) dürfte an § 814 BGB analog³³ scheitern, weil der Bauträger zumindest von der Widerrufsmöglichkeit Kenntnis haben dürfte³⁴. Auch ist daran zu denken, daß die Bestimmung in § 6 Vermögensgesetz bereicherungsrechtliche Vorschriften verdrängt³⁵. Der entstehende Schaden für den Bauträger und Käufer ist bei wirksamem Restitutionsanspruch also enorm.

Anzumerken bleibt, daß bei mehrfacher Veräußerung nach dem 18. 10. 1989 der 1. Erwerb maßgebend ist. Denn wenn bei dessen Genehmigung nach § 2 GVVO noch keine Anmeldung vorlag und eine Anmeldung erst nach Ablauf der Fristen des § 3 Anmeldeverordnung (13. 10. 1990, in bestimmten Fällen 31. 03. 1991) eingegangen ist, kann dieser 1. Erwerb nicht mehr widerrufen werden. Dem Berechtigten verbleibt dann nur der Anspruch auf den Erlös aus der 1. Veräußerung (§ 3 Abs. 5 Vermögensgesetz).

Aus dem möglichen Schaden kann indes nicht die mangelnde Rechtswirksamkeit abgeleitet werden, solange die Genehmigung nach der GVVO nicht widerrufen ist, sondern gültig ist. Daß eine behördliche oder gerichtliche Genehmigung trotz Bestands- bzw. Rechtskraft „beseitigt“ werden kann, ist der Rechtsordnung nicht generell fremd³⁶. Andererseits sind Fälle außerhalb des § 4 GVVO schwer vorstellbar, bei denen der Rechtsbestand des Vertrages durch entschädigungslosen Widerruf einer behördlichen oder sonstigen Genehmigung gefährdet sein könnte. Dem Ordnungsgeber schwebte wohl vor, durch den Ausschluß des vertraglichen Rücktrittsrechts³⁷ und das Gebot der Rechtswirksamkeit alles getan zu haben, um den Bestand der Ansprüche des Käufers zu sichern³⁸. Ausgehend vom Hauptzweck der Verordnung³⁹ wäre konsequenterweise de lege ferenda zu fordern, die Unwiderruflichkeit der Genehmigung nach GVVO als Fälligkeit voraussetzung einzuführen⁴⁰. Dies de lege lata zu begründen, fällt schwer, wenn auch im Interesse des Käufers wünschenswert, denn „rechtswirksam“ ist ein Rechtsbegriff, der nicht alle Möglichkeiten ausschließt, die ein gültiges Rechtsgeschäft in der Zukunft beseitigen können⁴¹. Der Begriff beinhaltet neben der Unwirksamkeit vor allem die schwebende Unwirksamkeit und umfaßt beispielsweise nicht die Anfechtbarkeit⁴². Das Wort „rechtswirksam“ in § 3 als „rechtsbeständig“ zu verstehen, ginge über den zulässigen Auslegungsspielraum hinaus. Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu der Auffassung, daß behördliche Genehmigungen

bestandskräftig sein müssen⁴³, denn der Widerruf einer Genehmigung gem. § 4 GVVO setzt dessen Bestandskraft voraus.

Wenn *Schmidt* hierzu fordert, der Notar müsse zumindest auf die Widerrufsmöglichkeit hinweisen⁴⁴, kann dem nicht generell gefolgt werden. Der Hinweis gehört sicher in den Vertrag⁴⁵. Ist dies geschehen, so erscheint ein nochmaliger Hinweis nicht geboten.

7. Rechtswirksamkeit und Verbraucherkreditgesetz

§ 9 VerbrKrG berührt sicher die Frage der Rechtswirksamkeit, denn rechtstechnisch handelt es sich um eine typische schwebende Unwirksamkeit⁴⁶. Der Vorschlag von *Schmidt*⁴⁷ und der Landesnotarkammer⁴⁸, die Verbundenheit zwischen einer Zwischenfinanzierung und dem Kaufvertrag/Bauträgervertrag zu vermeiden, insbesondere das Zwischenfinanzierungsbaukonto auszuschließen, ist leider nicht hilfreich. Die Praxis zeigt, daß vor allem bei Projekten in den neuen Bundesländern auffällig viele Erwerber bei der Globalbank des Bauträgers finanzieren⁴⁹. Es wäre lebensfremd, daraus nicht den Schluß zu ziehen, daß die Finanzierung in irgendeiner Form vom Bauträger „mitgeliefert“ oder sonst vermittelt wird, und auch unrealistisch, wenn man glaubte, daß die Rechtsprechung dann nicht eine wirtschaftliche Einheit im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG unterstellen würde. Denn zwischen Bank und Bauträger müssen keine Rechtsbeziehungen oder sonstigen „Abmachungen“ bestehen, um die wirtschaftliche Einheit zu bejahen. Es reicht die faktische Zusammenarbeit⁵⁰, die durch den Erfolg bestens belegt wird, wenn nämlich ein Großteil der Erwerber bei der Bank des Bauträgers finanziert.

Eine Erklärung der Bank, es bestünden keine Verbindungen, wird denn auch nicht zu erlangen sein und wenn doch, so müßte deren Gehalt kritisch gewürdigt werden, nachdem es bei der Frage der wirtschaftlichen Einheit um eine Rechtsfrage, nicht um eine einfache Tatsachenfrage geht. Finanziert ein Käufer bei der Globalbank, so besteht weiterhin die Möglichkeit — je nach Bank auch die Wahrscheinlichkeit —, daß diesem neben der Endfinanzierung auch eine Zwischenfinanzierung⁵¹ gewährt wird, womit der Anwendungsbereich von §§ 7 und 9 eröffnet wäre.

Wird eine Zwischenfinanzierung gewährt, besteht sogar die Gefahr, daß die Bank aufgrund der angeforderten Erklärung

³³ Vgl. *Palandt*, BGB-Kommentar, 51. Auflage, § 951 Rdnr. 19.

³⁴ Die Genehmigungsbehörden weisen regelmäßig im Genehmigungsbescheid auf die Widerrufsmöglichkeit nach § 4 GVVO hin.

³⁵ Vgl. *Palandt*, BGB-Kommentar, 51. Auflage, § 812 Rdnr. 96 ff. Eine eingehende Diskussion dieser Fragen kann und soll im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden.

³⁶ Man denke an das Rechtsinstitut des Widerrufs eines Verwaltungsaktes und an die Möglichkeiten der Restitutionsklage.

³⁷ § 3 Abs. 1 Ziffer 1 letzte Alternative.

³⁸ Zumindest solange der Käufer seine Vertragspflichten erfüllt.

³⁹ Siehe Fn 17.

⁴⁰ Noch konsequenter wäre es, § 4 GVVO ersatzlos zu streichen.

⁴¹ Vgl. *Palandt*, BGB-Kommentar, 51. Auflage, Überblick vor § 104 Rdnr. 31 ff.

⁴² *Palandt*, a. a. O. Fn 38, Rdnr. 33.

⁴³ Das gilt nicht für auflagen- und bedingungsfreie Genehmigungen, bei denen ein Widerspruch des Antragstellers mangels Beschwer unzulässig wäre. Im Ergebnis zustimmend auch *Schmidt*, MittBayNot 1992, 114.

⁴⁴ A. a. O. Fn 43.

⁴⁵ Das folgt nicht aus § 18 BeurkG sondern aus § 17 BeurkG.

⁴⁶ Vgl. den Wortlaut von § 9 Abs. 2: „... wird erst wirksam ...“

⁴⁷ *Schmidt*, MittBayNot 1992, 115.

⁴⁸ Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern vom 19. 3. 1991 und 16. 12. 1991.

⁴⁹ Dies könnte zum einen an „technischen“ Schwierigkeiten liegen, die anderen Banken die Überprüfung der Beleihungsfähigkeit erschweren. Die Kredite können zum anderen regelmäßig mangels Vollzug der Aufteilung nicht dinglich gesichert werden. Die Übertragung/Teilung der Bürgschaft, wie es *Reithmann*, a. a. O. Fn 11 Rdnr. 140, vorschlägt, bietet im Normalfall keinerlei Sicherheit, weil diese nur die Rückabwicklungsansprüche sichert.

⁵⁰ So *Graf von Westphalen*, Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz § 9 Rdnr. 40.

⁵¹ Zum Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 Ziffer 2 VerbrKrG bei Baufinanzierungen siehe *Graf von Westphalen*, Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz § 3 Rdnr. 139, 140.

zu der (möglicherweise unzutreffenden) Auffassung gelangt, eine Verbundenheit zwischen Kaufvertrag und Kreditvertrag bestünde nicht und daraufhin unzutreffend belehrt, womit die Widerrufsfrist für beide Verträge nicht in Gang gesetzt wird (§ 9 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG). Bei unklarer Verbundenheit befindet sich die Bank in der Tat in einem Dilemma, weil die Belehrung immer verkehrt sein kann⁵². Zu empfehlen wäre, bei Zweifeln die Verbundenheit anzunehmen und nach § 9 Abs. 2 Satz 2 zu belehren, weil dann zumindest der Kaufvertrag nach Wochenfrist wirksam würde⁵³.

Eine auch für die Globalbank befriedigende Lösung des Problems im Fall des Zwischenkredits könnte in einer „Flucht nach vorn“ gefunden werden, also darin, die Verbundenheit positiv herzustellen, sei es durch massive Abmachungen zwischen Bank und Globalgläubiger, sei es durch Einführung eines Bauzwischenfinanzierungskontos in den Kaufvertrag. Dabei kann dem Käufer freigestellt werden, die Zwischenfinanzierung anzunehmen. Auf jeden Fall würde in einem frühen Stadium positiv geklärt, ob ein Widerruf nach § 9 VerbrKrG in Frage kommt oder nicht.

Für die notarielle Praxis folgt daraus, daß der Notar wohl nicht umhin kommt, bei jedem einzelnen Bauträgervertrag eine konkrete Erklärung des Globalgläubigers anzufordern, ob eine Zwischenfinanzierung gewährt wurde (und ob nach entsprechender Belehrung ein Widerruf erfolgt ist), wenn der Käufer beim Globalgläubiger finanziert.

Die Vertragspraxis zeigt erste Umgehungsversuche. Vor allem bei Erwerbmodellen finden sich Vertragsklauseln, gemäß denen dem Verkäufer das Recht vorbehalten ist, bei nicht fristgerechter Zahlung die fällige Rate auf Kosten des Erwerbers selbst zu finanzieren. Hiervon muß gewarnt werden. Eine derartige Klausel dürfte als Verstoß gegen § 11 Nr. 4 AGBG anzusehen sein, da im Ergebnis der Käufer Verzugszinsen ohne Verzug zu entrichten hätte⁵⁴. Die größere Gefahr droht indes vom VerbrKrG. Die Vereinbarung bewirkt nämlich eine Stundung oder zumindest eine Finanzierungs-

hilfe im Sinn des § 1 Abs. 2 VerbrKrG⁵⁵. Der Bauträger wird selbst zum Kreditgeber. Der Kredit ist auch entgeltlich, denn der Bauträger will seine Kosten ja dem Käufer weiterbelasten. Nachdem die „Zwischenfinanzierung“ mehrfach eintreten kann, zumindest für jede Rate angeboten wird, erscheint fraglich, ob das Geschäft noch unter die Ausnahmvorschrift des § 3 Abs. 1 Ziffer 3 VerbrKrG (Zahlungsaufschub von nicht mehr als 3 Monaten) subsumiert werden kann. Um unter die Ausnahmvorschrift des § 3 Abs. 2 Ziffer 3 VerbrKrG (notarielle Beurkundung) zu fallen, müßten wieder Jahreszins und dergleichen angegeben werden, was bei der Art der Klausel große praktische Schwierigkeiten bereiten wird. Die Rechtswirksamkeit des Vertrages ist damit erst recht unsicher geworden, denn der Bauträgervertrag wird selbst zum Kreditvertrag im Sinn des VerbrKrG, womit das Gesetz und insbesondere § 7 unmittelbar anzuwenden ist.

8. Zusammenfassung

- a) Bei der Sicherung nach § 7 müssen nur die Raten durch Bürgschaft gesichert sein, die jeweils angefordert werden. Mehrere Bürgschaftsurkunden sind zulässig.
- b) Nur die letzte Rate durch Bürgschaft zu sichern (bei erreichter Bezugsfertigkeit) ist nach § 7 nicht zulässig. Ein sachlicher Grund für diese Einschränkung besteht nicht.
- c) Die Bürgschaftsurkunden dürfen nicht treuhänderisch für Käufer und Bauträger/Bank vom Notar verwahrt werden.
- d) Eine Hinterlegungspflicht für die letzte Rate kann vereinbart werden, wenn das Zurückbehaltungsrecht vorbehalten bleibt.
- e) Bei Sicherung durch Bürgschaft ist Zurückhaltung geboten, wenn das gesamte Entgelt sofort fällig werden soll. Eine rückwirkende Verzinsung ist zulässig.
- f) Die Widerrufsmöglichkeit nach § 4 GVVO hindert de lege lata nicht den Eintritt der Rechtswirksamkeit. Ein Hinweis hierzu gehört bereits in den Kaufvertrag.
- g) Der Wegfall des Bauzwischenfinanzierungskontos vermeidet nicht die Problematik des § 9 VerbrKrG. Zu befürworten ist eher eine „Flucht nach vorn“.

⁵² Vgl. *Graf von Westphalen*, Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz § 9 Rdnr. 63, der leider nicht angibt, wie das Dilemma gelöst werden könnte.

⁵³ Entweder die Verbundenheit besteht, dann ist die Belehrung korrekt, oder die Verbundenheit besteht nicht, dann ist die Belehrung zwar falsch und die Widerrufsfrist für den Kreditvertrag beginnt nicht, aber der Kaufvertrag ist — weil nicht verbunden — trotz falscher Belehrung wirksam.

⁵⁴ *Reithmann*, a. a. O. Fn 11, Rdnr. 78.

⁵⁵ *Graf von Westphalen*, Kommentar zum Verbraucherkreditgesetz § 1 Rdnr. 115, 116.

IV. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. AGBG § 9 (Unzulässigkeit obligatorischer Schiedsgutachterabrede in AGB)

In einem Vertrag über die Lieferung eines Fertighauses ist die formularmäßige Vereinbarung einer obligatorischen Schiedsgutachterklausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam.

BGH, Urteil v. 10. Oktober 1991 — VII ZR 2/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein, der gemäß seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt. Er verfolgt insbesondere das Ziel, gegen unzulässige Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzugehen, die gegenüber Nichtkaufleuten verwendet und empfohlen werden.

Die Beklagte errichtet Fertighäuser. In den von ihr verwendeten „Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen“ hatte die Beklagte unter Nr. 10 u. a. eine obligatorische Schiedsgutachtenregelung aufgenommen. Sie wird nach Abmahnung durch den Kläger noch in der folgenden Form verwendet:

„Treten während oder nach Fertigstellung des Hauses Mängel auf, über deren Beseitigung oder Minderung zwischen den Vertragsschließenden keine Einigung erzielt werden kann, entscheidet das Urteil eines vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter. Können die Vertragsschließenden sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Aufforderung durch eine Partei auf einen bestimmten Sachverständigen einigen, wird dieser auf Antrag einer Partei von der zuständigen Industrie- und Handelskammer für beide Teile verbindlich bestimmt. Der nach den Feststellungen des Gutachters unterliegende Teil trägt die entstehenden Kosten des Gutachters; bei teilweisem Unterliegen bestimmt sich die Verteilung der Kosten nach Umfang des Obsiegens und Unterliegens. Die Feststellungen des Sachverständigen sind vorbehaltlich der §§ 317 bis 319 BGB für die Vertragsschließenden hinsichtlich der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Mängel und der Bewertung verbindlich. Im übrigen gelten die Bestimmungen der VOB/B.“

Mit seiner Klage erstrebt der Kläger, die Beklagte zur Unterlassung dieser Klausel zu verpflichten, ferner begehrt er Veröffentlichungsbefugnis.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Hiergegen wendet sich die — zugelassene — Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

I. 1. Das Berufungsgericht hält Abreden über obligatorische Schiedsgutachten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Fertighausunternehmens für unzulässig, wenn sie in Verträgen mit Erwerbern verwendet werden. Derartige Klauseln verstießen gegen § 9 Abs. 1 AGBG, weil sie den Vertragspartner des Fertighaus Herstellers entgegen den

Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligten. Solche Klauseln seien überhaupt nur dann hinzunehmen, wenn ein berechtigtes Bedürfnis für ihre Vereinbarung vorliege. Das sei bei Verträgen über die Errichtung eines Fertighauses aber nicht anzunehmen. Auch sei die Klausel jedenfalls nicht „sozialverträglich“. Ein Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses regle für die Erwerber einen besonders bedeutsamen Lebenssachverhalt. Das Interesse der Kunden gehe dahin, streitige Mängel in vollem Umfang nachprüfen lassen zu können und dabei mit Anträgen, Zweifeln und Bedenken gehört zu werden. Das aber gewährleiste ein Schiedsgutachterverfahren nicht. Die mit der Klausel verbundene Verkürzung des Rechtsschutzes sei deshalb für den Fertighausvertrag anders als etwa für den Ankauf von Kraftfahrzeugen zum Schätzwert nicht tragbar.

2. Das Berufungsgericht hält des weiteren die konkrete Ausgestaltung der Klausel für unangemessen. Sie sei nicht ausreichend durchschaubar, die Fristberechnung sei unklar, die zuständige Industrie- und Handelskammer nicht eindeutig auszumachen. Auch seien die Folgen der Abrede durch bloßen Verweis auf die §§ 317 ff. BGB für den rechtsunkundigen Kunden eher verschleiert. Bei der Auswahl des Sachverständigen habe der Verwender aus tatsächlichen und praktischen Gründen ein Übergewicht und die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Verfahren der Begutachtung sei nicht hinreichend gewährleistet.

II. Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

Die beanstandete Klausel verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG, der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist daher gem. § 13 AGBG berechtigt.

Obligatorische Schiedsgutachterklauseln beschränken Einwendungen gegen die Richtigkeit des Gutachtens und schließen weitgehend den Rückgriff auf den staatlichen Rechtsschutz aus. Darin liegt die mit ihnen verbundene Abweichung von der gesetzlichen Regelung. Das durch die Abweichung vom gesetzlichen Modell bewirkte Risiko ist im wesentlichen das der vor allem im praktischen Ergebnis weitgehenden Unangreifbarkeit eines Fehlgutachtens einschließlich der damit unter Umständen verbundenen inzidenten Fehlbeurteilung von vertraglichen Pflichten und Rechten. Die Schiedsgutachterklausel beschränkt erheblich die richterliche Kontrolle über die inhaltlichen Aussagen des Gutachtens. Im Unterschied dazu unterliegt ein Gutachten im Prozeß vielfältigen Kontrollen. So kann das Gericht auf die Ergänzung des Gutachtens hinwirken. Auch können Parteien und Gericht die mündliche Anhörung und Erläuterung des Gutachtens veranlassen. Ferner unterliegt das Gutachten der richterlichen Beweiswürdigung. Schließ-

lich hat das Gericht die Möglichkeit, eine neue Begutachtung anzuordnen. Die Klausel kann ferner die Beurteilung bestimmter Rechtsfragen, vor allem derjenigen, die sich aus der Festlegung der vertraglich geschuldeten Leistungen durch Auslegung des Vertrags ergeben, vom rechtskundigen Richter auf einen (meist technischen) Sachverständigen verlagern (vgl. hierzu etwa BGHZ 48, 25).

Die hieraus folgende Benachteiligung des Kunden durch Verkürzung des Rechtsschutzes läßt sich nach den für die Anwendung von § 9 AGBG maßgebenden Kriterien nicht unabhängig davon bewerten, welches konkrete Risiko sie bei Geschäften der fraglichen Art für den Kunden mit sich bringt.

Dieses Risiko kann je nach Art des Geschäfts sehr unterschiedlich sein. Es ist z. B. bei einem Vertrag über den Ankauf eines gebrauchten Kraftfahrzeuges oder über Kraftfahrzeugreparaturen vergleichsweise gering (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 18.5.1983 — VIII ZR 83/82 = NJW 1983, 1854 und BGH Urteil vom 14.7.1987 — X ZR 38/86 = NJW 1987, 2818). Bei einem Fertighausvertrag, wie hier vorliegend, ist es in mehrfacher Hinsicht hoch.

III. Für den Vertrag über die Lieferung eines Fertighauses muß schon die Schiedsgutachterklausel als solche ohne Rücksicht auf ihre inhaltliche Ausgestaltung als unangemessen angesehen werden, weil sie wegen der mit ihr für den Kunden verbundenen Risiken diesen unangemessen benachteiligt, § 9 AGBG.

1. Für die Risikobewertung der Schiedsgutachterklausel bei einem Fertighausvertrag sind von Bedeutung das Ausmaß der möglichen Fehler, ihre Überschaubarkeit, ihre wirtschaftliche Bedeutung für den Kunden und schließlich die Richtigkeitsgewähr einer allein technischen Begutachtung. Dabei geht es nicht, wie die Formulierungen des Berufungsgerichts es nahelegen könnten, um eine freie Bewertung der Sozialverträglichkeit, sondern um eine an den Maßstäben und Zielen der gesetzlichen Regelung orientierte Beurteilung der vom Verwender erstrebten Abweichungen vom gesetzlichen Modell.

a) Nach Umfang und Tragweite sind die Folgen möglicher Schlechtleistungen am Bau und das sich daraus ergebende Fehlerrisiko für die Begutachtung typischerweise ungleich größer als bei vielen anderen Verträgen. Das gilt vor allem für Konstruktionsmängel. Deren Folgen zu beseitigen, kann, auch wenn sie nur Teilbereiche betreffen, schnell die Kosten der gesamten Bauleistung erreichen und übersteigen. Hieraus folgt, daß auch das Risiko von Fehlbegutachtungen bei bestimmten, keineswegs nur ausnahmsweise vorkommenden Fehlern der Bauleistung dieses Ausmaß annehmen und damit außerordentlich groß werden kann.

b) Gerade das durch Konstruktionsmängel bedingte Risiko ist typischerweise schlecht durchschaubar und auch wenig bekannt. Es ist für die Kunden des Verwenders, die keine Fachleute sind, auch schon deshalb besonders schwer einzuschätzen, weil die Beurteilung solcher Fehler weit über das Handwerkliche hinausgehende Fachkenntnisse, nämlich in der Regel die Kenntnisse von akademisch vorgebildeten Sonderfachleuten, Architekten, Ingenieuren und Statikern, erfordert. Hieraus ergeben sich für den Kunden besondere Risiken, weil er die Bedeutung einer Beschränkung eines Schiedsgutachtens auf das rein Handwerkliche kaum zu durchschauen vermag.

c) Weiter sind für den Erwerber eines Fertighauses die mit dem Erwerb eines Hauses anfallenden Belastungen so gewichtig, daß er sie vielfach nur einmal im Leben tragen kann.

d) Schließlich ist bei einem Bauwerk die geschuldete Leistung komplex und häufig nur durch eine komplizierte juristische Auslegung des Vertragsinhalts zu bestimmen. Ob eine Bauleistung fehlerhaft ist, nämlich von der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit abweicht, läßt sich nicht unabhängig von dem konkreten Vertragsinhalt festlegen, von dem sie ungünstig abweichen soll. Deshalb schneidet die hier gegebene Schiedsgutachterklausel für „Mängel“ im praktischen Ergebnis und auch für Fragestellungen, bei denen die zutreffende Beurteilung durch einen technischen Sachverständigen nicht ohne weiteres erwartet werden kann, dem Kunden den Rückgriff auf die eigentlich notwendige und veranlaßte juristische Beurteilung ab (so zutreffend *Wolf/Horn/Lindacher* AGB-Gesetz, 2. Aufl., § 9 S. 11 unter Bezug auf BGHZ 48 a. a. O.), die ihm das ordentliche Gerichtsverfahren gewährleistet.

2. Unter allen genannten Gesichtspunkten ist das Risiko der Schiedsgutachterklausel für den Kunden des Verwenders unangemessen hoch.

a) Als brauchbares Indiz für die Angemessenheit erscheint dabei, ob sich ein verständiger Vertragspartner auf eine solche Klausel im Einzelfall eingelassen hatte (vgl. hierzu *Brandner* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Gesetz, 6. Aufl. Anhang §§ 9 bis 11, Rdnr. 620). Das läßt sich — bei sachgerechter Ausgestaltung der Klausel im einzelnen — bei überschaubaren, in ihrem Risiko mit Alltagswissen zu beurteilenden Klauseln für häufig vorkommende und deshalb in ihrem Risikobereich weitgehend bekannte technische Handwerksleistungen und für die Ankaufpreise von gebrauchten Kraftfahrzeugen unter Umständen durchaus bejahen, nicht aber bei Verträgen über Bauleistungen vom wirtschaftlichen Charakter eines Generalunternehmervertrags, zu dem auch der Vertrag über die Lieferung eines Fertighauses zu zählen ist.

b) Während die wirtschaftlichen Auswirkungen eines Fehlgutachtens den Kunden außerordentlich belasten können, sind die Vorteile einer Schiedsgutachterklausel für ihn gering. Sie liegen im wesentlichen bei der Beschleunigung und geringfügig auch bei den Kosten. Gerade die schnelle Abwicklung von Streitigkeiten ist aber für den Käufer eines Hauses, der wenn nicht überhaupt nur einmal, so doch jedenfalls selten ein solches Geschäft abschließt, vergleichsweise weit weniger interessant als ihre gründliche und richtige Beurteilung. Der Kostengesichtspunkt ist schon deshalb nicht so gewichtig, weil auch im Prozeß die Gutachtenkosten erfahrungsgemäß einen wesentlichen Teil der Gesamtkosten ausmachen und weil die zusätzlichen Kosten für Gericht und Anwälte hinter die möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen eines Fehlgutachtens (vgl. 1.) zurücktreten.

3. Somit wird sich ein als Maßstab gedachter verständiger Partner eines Einzelvertrags über die Lieferung eines Fertighauses nicht auf eine Schiedsgutachterklausel einlassen, zumal er ja nicht gehindert ist, zur Abwicklung eines konkreten Streitfalles nachträglich eine solche Klausel zu vereinbaren, wenn ihm das zweckmäßig erscheint.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß die Klausel den Verwender in gleicher Weise belastet. Dieses Argument ist von vornherein nicht stichhaltig, weil die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht dem Schutz des Verwenders, sondern allein dem Schutz seines Kunden dient (vgl. BGH, Urteil vom 14.7.1987 — VII ZR 38/86 = NJW 1987, 2818).

Davon abgesehen trifft es für einen Vertrag der hier vorliegenden Art auch sachlich nicht zu. Denn der Verwender verfügt hier typischerweise über überlegenes technisches Wissen. Dies gilt nicht nur allgemein, sondern vor allem auch hinsichtlich der speziellen technischen Eigenschaften und der Qualität der eigenen Leistung. Dies wirkt sich bei einem möglichen Streit u. a. deshalb zu seinen Gunsten aus, weil es bei der technischen Information des Gutachters, bei der Formulierung von Zweifeln und bei der Offenlegung von Angriffspunkten für ihn vorteilhaft sein kann. Schließlich sind die von der Schiedsgutachterklausel zu erwartenden wirtschaftlichen Vorteile, nämlich schnelle und endgültige Erledigung von Streitfällen auch auf die Gefahr von Fehlurteilen, für den Verwender als Kaufmann, der Fehlurteilen als allgemeine Risikofaktoren kalkulieren kann, weit größer als für den Kunden, der ein solches Geschäft im allgemeinen nur einmal im Leben abschließt und der deshalb jedenfalls vorrangig an einer zutreffenden Fehlerbeurteilung interessiert sein muß, während die wirtschaftlichen Vorteile der Schiedsgutachterklausel für ihn kaum eine Rolle spielen.

Die Schiedsgutachterklausel hält somit für den Fertighausvertrag ohne Rücksicht auf ihre Ausgestaltung im einzelnen der Inhaltskontrolle nicht stand.

IV. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob sie nicht auch wegen der Einzelregelungen unwirksam wäre, die, wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, eine Reihe von für den Kunden nachteiligen Ausgestaltungen aufweisen.

2. BGB § 164 Abs. 1 Satz 2, § 185; GBO § 19; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 Abs. 1 (*Vertretung und Ermächtigung bei der Vollstreckungsunterwerfung*)

1. **Auch im Grundbuchverfahren muß ein Vertreter seine Erklärung (z. B. Eintragungsbewilligung oder die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung) nicht ausdrücklich im Namen des vertretenen Betroffenen abgeben. Es genügt vielmehr, wenn sich aus den Umständen eindeutig ergibt, daß die Erklärung in fremdem Namen abgeben werden soll.**

2. **Offen bleibt, ob auf die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung § 185 Abs. 1 und Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden sind.**

BayObLG, Beschluß vom 5.9.1991 — BReg. 2 Z 105/91 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 2 verkaufte zu notarieller Urkunde vom 18.1.1991 mehrere Grundstücke für 755.000 DM an die Beteiligte zu 1 und bevollmächtigte diese (Abschnitt IV 5 der Urkunde), sie bei der Bestellung von Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises und bis zu dessen Höhe umfassend zu vertreten, insbesondere auch die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären; die Beteiligte zu 1 durfte dabei auch im eigenen Namen handeln.

Zu notarieller Urkunde vom selben Tage bestellte die Beteiligte zu 1 sodann an den gekauften (und an weiteren, teils ihr und teils der Beteiligten zu 2 gehörenden) Grundstücken eine Briefgrundschuld zu 755.000 DM. Laut Urkunde handelte sie hierbei „für sich und zugleich für die Beteiligte zu 2“ auf Grund der ihr in der Kaufvertragsurkunde erteilten Vollmacht. Die Grundschuldbestellungsurkunde bestimmt u. a.:

Die Beteiligte zu 1 — nachstehend als „der Eigentümer.“ bezeichnet — bestellt hiermit für die Beteiligte zu 2 — nachstehend als „Gläubigerin“ bezeichnet — ... eine Grundschuld ohne Brief von 755.000 DM.

II. Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung

Der Eigentümer unterwirft sich wegen aller Ansprüche an Kapital, etwaigen Nebenleistungen und Zinsen aus dieser Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in den mit der Grundschuld belasteten Grundbesitz in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundbesitzes zulässig sein soll.

Die Beteiligte zu 1 hat die Eintragung der Grundschuld samt Unterwerfungsklausel bewilligt und beantragt.

Das Grundbuchamt hat die gleichzeitig gestellten Anträge, die in der Kaufvertragsurkunde bewilligte Auflassungsvormerkung (nicht aber die Auflassung) und die Grundschuld einzutragen, mit Zwischenverfügung vom 1.2.1991 beanstandet. Unter anderem und soweit hier noch von Interesse rügt es, daß die Unterwerfungserklärung nicht eintragungsfähig sei. Die Beteiligte zu 1 habe die Unterwerfung im eigenen Namen erklärt, obwohl sie nicht Eigentümerin des Grundstücks sei. Von der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht, im Namen der Beteiligten zu 2 zu handeln, habe sie keinen Gebrauch gemacht. Die Unterwerfung durch einen Nichtberechtigten könne, da sie eine prozessuale Erklärung sei, auch nicht mit Zustimmung des Eigentümers oder durch dessen Genehmigung wirksam werden. Das Grundbuchamt hat deshalb angeregt, den Eintragungsantrag dahin einzuschränken, daß die Grundschuld ohne die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eingetragen wird.

Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten zurückgewiesen. Das Grundbuchamt hat daraufhin den Antrag, die Grundschuld einzutragen, mit der in der Zwischenverfügung gegebenen Begründung zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts eingelegt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig, obwohl das Grundbuchamt nach Erlaß der Beschwerdeentscheidung den Eintragungsantrag zurückgewiesen hat. Die Zurückweisung ist auf die Gründe gestützt, die in der vom Landgericht bestätigten Zwischenverfügung als Eintragungshindernis genannt sind. Damit ist das rechtliche Interesse der Beteiligten an der Beseitigung der Zwischenverfügung nicht entfallen. Das Grundbuchamt hätte den Zurückweisungsbeschluß wegen fehlender Rechtsgrundlage aufzuheben, falls die weitere Beschwerde erfolgreich wäre. Solange aber ist das Grundbuchamt an die Rechtsauffassung des Beschwerdeggerichts und damit an die Zurückweisung des Eintragungsantrags gebunden (BGHZ 88, 62/64; BayObLGZ 1986, 54/55 [= MittBayNot 1986, 129 = DNotZ 1986, 622]; BayObLG NJW-RR 1988, 980; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 3 a, *KEHE/Kuntze* Grundbuchrecht 3. Aufl. Rdnr. 5, jeweils zu § 78).

2. Das Landgericht hat ausgeführt: (..)

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

a) Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 Abs. 1 ZPO ist eine auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete, rein prozessuale Erklärung (BGHZ 108, 372/375 [= MittBayNot 1990, 28 = DNotZ 1990, 586]; BayObLGZ 1970, 254/258), die vom Eigentümer des zu belastenden Grundstücks erklärt werden muß. Hier ist die Unterwerfung von der Beteiligten zu 1 erklärt worden, die noch nicht Eigentümerin der Grundstücke ist. Die Fallgestaltung, daß Grundschuld und Unterwerfung zugleich mit dem Eigentumswechsel eingetragen werden sollen (vgl. BGHZ a. a. O. S. 376; BayObLG DNotZ 1987, 216 [= MittBayNot 1987, 26]), ist hier nicht gegeben; denn die Eintragung der Auflassung ist nicht beantragt und die Grundschuld soll der Finanzierung des Kaufpreises schon vor der Übereignung dienen.

b) Der Senat ist aber anders als die Vorinstanzen der Ansicht, daß die Beteiligte zu 1 die Unterwerfung auf Grund der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht wirksam als Vertreterin der Beteiligten zu 2 als derzeitiger Eigentümerin erklärt hat und daß somit der Eintragung der Grundschuld samt Unterwerfungsklausel kein Hindernis entgegensteht.

(1) Sowohl die Eintragungsbewilligung als auch die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung können durch einen Vertreter des Betroffenen erklärt werden (zur Eintragungsbewilligung allgemein *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 16, *Meikel/Lichtenberger* GBR 7. Aufl. Rdnr. 128, jeweils zu § 19; zur Unterwerfungserklärung RGZ 146, 308 ff.; BayObLGZ. 1964, 75 f.; OLG Düsseldorf Rpfleger 1989, 499). Vertretung setzt Handeln im Namen des Vertretenen voraus; nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB begründet es dabei keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen abgegeben wird oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen abgegeben werden soll. Ein Handeln ausdrücklich im Namen des Vertretenen ist also nicht erforderlich; dies hat das Landgericht verkannt. Es ist vielmehr anhand aller Umstände zu ermitteln, ob die Beteiligte zu 1 die Unterwerfungserklärung erkennbar im Namen der Beteiligten zu 2 abgegeben, ob diese rechtlich Erklärende gewesen ist (vgl. MünchKomm/Thiele BGB 2. Aufl. Rdnr. 21, *Soergel/Leptien* BGB 12. Aufl. Rdnr. 13, jeweils zu § 164). Da es sich hierbei um die Auslegung von verfahrensrechtlichen Erklärungen handelt, kann der Senat die Würdigung selbständig vornehmen.

(2) Diese Würdigung ergibt, auch bei Berücksichtigung des das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes, daß die Beteiligte zu 1 die Unterwerfung (ebenso wie die Bewilligung der Grundschuld) im Namen der Beteiligten zu 2 erklärt hat. Im Eingang der Grundschuldbestellungsurkunde ist ausgeführt, daß die Beteiligte zu 1 für sich „und zugleich“ für die Beteiligte zu 2 handelt. Wenn die Beteiligte zu 1 dann zur Vereinfachung nur noch als „der Eigentümer“ bezeichnet wird und sich „der Eigentümer“ der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, so lassen die Umstände eindeutig erkennen, daß sie hier für die Beteiligte zu 2, also in deren Namen handelt. Denn nach der rechtlichen Gestaltung durch Kaufvertrag und Grundschuldbestellung war klar, daß die Grundschuld samt Unterwerfung bereits vor dem Eigentumswechsel in das Grundbuch eingetragen werden sollte, und dies konnte nur durch die Beteiligte zu 2 bewilligt werden. Es ist auch nicht erkennbar, wo sonst die Beteiligte zu 1 in dieser Urkunde in fremdem Namen hätte handeln sollen; die materiell-rechtliche Einigung über die Bestellung der Grundschuld (§§ 873, 1192 Abs. 1 BGB) ist nicht Gegenstand der Urkunde. Daß in dem formularmäßigen, auf den regelmäßigen Ablauf abstellenden Text der Urkunde nur vom „Eigentümer“ die Rede ist und nicht ausdrücklich hervorgehoben wird, der Eigentümer handle hier im Namen der Beteiligten zu 2, fällt demgegenüber für die Auslegung nicht entscheidend ins Gewicht.

c) Der Senat weist noch auf folgendes hin, ohne abschließend dazu Stellung zu nehmen.

Es sprechen gewichtige Gründe dafür, auch auf die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 Abs. 1 ZPO entgegen der herrschenden Meinung (auch BayObLGZ 1970, 254/258) die Vorschriften des § 185 BGB oder jedenfalls dessen Absatz 1 entsprechend anzuwenden. Die Eintragungsbewilligung wird heute ganz überwiegend als rein verfahrensrechtliche Erklärung

angesehen (OLG Düsseldorf Rpfleger 1981, 177 f.; *Horber/Demharter* Anm. 5 a, KEHE/Ertl GBR 3. Aufl. Rdnr. 44, *Meikel/Lichtenberger* Rdnrn. 36 und 37, jeweils zu § 19; *Haegeler/Schöner/Stöber* Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 98); auch der Senat neigt zu dieser Ansicht (BayObLG BWNtZ 1989, 15). Es wird aber deshalb nicht in Zweifel gezogen, daß § 185 BGB auf die Eintragungsbewilligung (entsprechend) anzuwenden ist (*Horber/Demharter* Anm. 15 b, KEHE/Ertl Rdnr. 77, *Meikel/Lichtenberger* Rdnr. 268, jeweils a. a. O.; *Haegeler/Schöner/Stöber* Rdnr. 101). Es ist nicht einzusehen, warum für die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nicht das gleiche gelten soll (so ausdrücklich *Meikel/Lichtenberger* § 19 Rdnrn. 278 bis 280); zwischen einer „Verfahrenshandlung“ und einer Prozeßhandlung oder prozessualen Willenserklärung besteht kein rechtsdogmatischer Unterschied. Das Oberlandesgericht Köln (Rpfleger 1980, 222 f.; 1991, 13) hält § 185 Abs. 1, nicht aber § 185 Abs. 2 BGB für entsprechend anwendbar (ebenso MünchKomm/Thiele § 185 Rdnr. 17). Es besteht aber kein Anlaß, zwischen § 185 Abs. 1 und Abs. 2 zu differenzieren (für allgemeine entsprechende Anwendbarkeit des § 185 BGB neben *Meikel/Lichtenberger Wolfsteiner* NJW 1971, 1140 und *Zawar* NJW 1977, 585); der von *Thiele* (MünchKomm a. a. O.) gegen § 185 Abs. 2 angeführte Grund, das Zwangsvollstreckungsrecht könne einen schwebend unwirksamen Titel nicht hinnehmen, ist nicht stichhaltig, da die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Falle des § 800 ZPO erst mit der Eintragung in das Grundbuch wirksam wird (§ 800 Abs. 1 Satz 2). Übrigens begründet auch der Bundesgerichtshof (BGHZ 108, 372/376) die Wirksamkeit einer Unterwerfungserklärung, die vor dem Eigentumswechsel von dem Erwerber abgegeben und nach ihm eingetragen wird, mit § 185 Abs. 2 BGB.

3. BGB §§ 26, 58 (*Keine bedingte Vertretungs- und Vorstandsregelung in der Vereinssatzung*)

1. **Bestimmt die Vereinssatzung, daß Vorstand im Sinne des BGB der Vorsitzende und bei dessen Verhinderung der stellvertretende Vorsitzende ist, so handelt es sich hinsichtlich des stellvertretenden Vorsitzenden regelmäßig um eine bedingte Bildung des Vorstands, die unzulässig ist und nicht in das Vereinsregister eingetragen werden kann (Bestätigung von BayObLGZ 1969, 33).**
2. **Soll einer solchen Satzungsbestimmung trotz ihres Wortlauts die Bedeutung zukommen, der gesetzliche Vorstand des Vereins werde aus beiden Vorstandsmitgliedern gebildet und die Beschränkung der Vertretungsmacht wirke nur im Innenverhältnis, so hat der Rechtspfleger im Eintragsverfahren darauf hinzuwirken, daß die Satzung auch eine diesem Sinn entsprechende eindeutige Fassung erhält.**

BayObLG, Beschluß vom 27.1.1992 — BReg. 3 Z 199/91 = BayObLGZ 1992 Nr. 6 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

4. BGB § 570 (*Kein Kündigungsrecht gem. § 570 BGB für nicht beamteten Notar*)

Dem hauptberuflichen Notar, der nicht Beamter ist, steht das Recht zur außerordentlichen Kündigung gem. § 570 BGB nicht zu.

BGH, Urteil vom 27. November 1991 — XII ZR 252/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

5. ErbbauVO § 32 (Zeitpunkt für Ermittlung der Heimfallvergütung)

Der für die Höhe der Heimfallvergütung maßgebende Wert des Erbbaurechts ist nicht nur im Rahmen des § 32 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO, sondern generell nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Erfüllung des Heimfallanspruchs zu ermitteln, wenn nichts anderes vereinbart ist.

BGH, Urt. v. 22. 11. 1991 — V ZR 187/90 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte zu 2 bestellte dem Sohn und der Schwiegertochter der Klägerin durch notariellen Vertrag vom 6. 6. 1968 ein Erbbaurecht zum Zwecke der Errichtung eines Wohnhauses. In dem Vertrag verpflichteten sich die Erbbauberechtigten zur Rückübertragung des Erbbaurechts für den Fall, daß nicht bis 6. 6. 1971 das Kellergeschoß des Hauses fertiggestellt sein sollte. Diese Frist hielten sie nicht ein, auch nicht eine ihnen später gesetzte Frist zur Fertigstellung des ganzen Rohbaus. Er wurde nur zum Teil errichtet. Dabei haben die Erbbauberechtigten auf ein ihnen selbst gehörendes Grundstück übergebaut. Auf die von der Beklagten im Jahre 1981 erhobene Klage verurteilte das Landgericht Frankenthal die Erbbauberechtigten am 1. 7. 1982 rechtskräftig zur Rückübertragung des Erbbaurechts. Dieses Recht ist am 8. 6. 1983 im Grundbuch gelöscht worden. Der Erbbaurechtsvertrag enthielt unter der Voraussetzung eines Heimfalls folgende Vergütungsvereinbarung:

„Macht der Grundstückseigentümer von dem Heimfallanspruch Gebrauch, so hat er dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung, und zwar mindestens in Höhe von zwei Dritteln des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit des Heimfalls sofort bei Übertragung des Erbbaurechts . . . zu bezahlen.“

Die Parteien streiten über die Höhe der Heimfallvergütung. Insoweit hatte die Revision Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, Bezugsmaßstab für die Höhe des Anspruchs auf Zahlung einer Heimfallvergütung gem. § 32 Abs. 1 ErbbauVO sei der Wert des Erbbaurechts im Zeitpunkt der Geltendmachung des Heimfallanspruches (20. 6. 1980) und nicht — wie vom Landgericht angenommen — derjenige Wert, den das Erbbaurecht im Zeitpunkt des durch Grundbucheintragung (8. 6. 1983) vollzogenen Heimfalls hatte. Dies, so meint das Berufungsgericht, entspreche auch der Vergütungsvereinbarung in dem Erbbaurechtsvertrag vom 6. 6. 1968.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

Nach § 32 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO muß die Heimfallvergütung bei einem für den Wohnbedarf minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellten Erbbaurecht mindestens einen Betrag von zwei Dritteln des gemeinen Wertes dieses Rechts zur Zeit der Übertragung erreichen. Auf diesen vom Gesetz unter der in § 32 Abs. 2 ErbbauVO geregelten Voraussetzung als maßgeblich angesehenen Bewertungszeitpunkt ist, wenn keine abweichende Vereinbarung besteht, generell abzustellen, weil die Vergütungsforderung erst mit Erfüllung des Heimfallanspruchs entsteht. Allerdings ist der Senat in dem vom Berufungsgericht als Beleg für seinen Standpunkt angeführten Urteil vom 6. 2. 1976 — V ZR 191/74 = NJW 1976, 895 [= DNotZ 1976, 537] im Zusammenhang mit der dort bejahten Frage der Abtretbarkeit eines noch nicht fälligen Vergütungsanspruchs davon ausgegangen, der Anspruch entstehe schon mit Geltendmachung des Heimfallrechts. Hiervon abweichend hat der Senat jedoch — was dem Berufungsgericht noch nicht bekannt sein konnte — durch Urteil vom 20. 4. 1990 — V ZR 301/88 = BGHZ 111, 154 [= MittBayNot 1990, 242 = DNotZ 1991, 393] entschieden,

daß der Vergütungsanspruch aus § 32 ErbbauVO erst mit Erfüllung des Heimfallanspruchs durch dingliche Einigung und Eintragung entsteht.

Dieser Rechtsprechung läßt sich nicht, wie die Revisionserwiderung meint, entgegenhalten, daß damit dem Erbbauberechtigten in Zeiten steigender Boden- und Baupreise die Möglichkeit eröffnet werde, die Erfüllung des Heimfallanspruchs hinauszuzögern, um sich die Wertsteigerung des Erbbaurechts für seine Vergütungsforderung zunutze zu machen. Denn der Grundstückseigentümer kann den Erbbauberechtigten in Verzug setzen und gegebenenfalls Schadensersatz gem. § 286 Abs. 1 BGB verlangen. Er wäre dann so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Erfüllung des Heimfallanspruchs gestanden hätte. Sein Schaden bestünde deshalb darin, daß sich infolge des Verzuges die dem Erbbauberechtigten zu zahlende Heimfallvergütung erhöht, es sei denn, dieser Nachteil wäre dadurch ausgeglichen, daß der Eigentümer bis zum Heimfall den Erbbauzins erhält (vgl. Senatsurt. v. 18. 5. 1990 — V ZR 190/89 = WM 1990, 1556 [= DNotZ 1991, 395 = MittBayNot 1990, 352]) und diesen ohne den Verzug nicht erzielt hätte. Mit dem Schadensersatzanspruch könnte der Eigentümer gegen den entsprechenden Teil der Vergütungsforderung bei deren Fälligkeit aufrechnen. Allerdings kann der Erbbauberechtigte Verzugs Eintritt durch die Einrede vermeiden, daß ihm wegen seiner Vergütungsforderung ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Heimfallanspruch zusteht (§ 273 Abs. 1 BGB); denn dafür genügt, daß die eigene Forderung des Schuldners mit Erfüllung der Gegenforderung entsteht und fällig wird (BGHZ 111, 154, 156). Der Eigentümer ist jedoch befugt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abzuwenden (§ 273 Abs. 3 BGB) und dann den Erbbauberechtigten durch Mahnung in Verzug zu setzen. Die Schwierigkeiten, die sich für die Bemessung der Sicherheit bei Uneinigkeit über den Wert des Erbbaurechts ergeben können, sind überwindbar, weil der Erbbauberechtigte an der Wertermittlung mitwirken muß, gerade auch in dem Regelfall der — wie hier — vereinbarten Wertfeststellung durch Schiedsgutachten. Käme er der Aufforderung nicht nach, an der Einholung des Gutachtens mitzuwirken, so könnte er sich nach Treu und Glauben auf sein Zurückbehaltungsrecht nicht berufen.

Deshalb bleibt es dabei, daß sich der für die Höhe der Heimfallvergütung maßgebende Wert des Erbbaurechts nicht nur im Rahmen des § 32 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO, sondern generell nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Erfüllung des Heimfallanspruchs bestimmt, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Die tatrichterliche Auslegung, daß mit der im Erbbaurechtsvertrag getroffenen Vergütungsvereinbarung keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung gewollt gewesen sei, hätte nun allerdings gerade die gegenteilige Folge, sofern die weitere Annahme richtig wäre, daß die Vertragsparteien die Vergütungshöhe nicht „von dem von Zufälligkeiten abhängigen Zeitpunkt der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch abhängig machen wollten“. Dieser Auslegung hält die Revision jedoch zu Recht entgegen, daß der Tatrichter nicht den Wortlaut der Vereinbarung gewürdigt habe. Danach nämlich ist den Erbbauberechtigten eine Vergütung „mindestens in Höhe von zwei Dritteln des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zur Zeit des Heimfalls sofort bei Übertragung des Erbbaurechts“ zu zahlen. Stichtag für die Bewertung des Erbbaurechts sollte mithin der Heimfall sein. Da dieser aber erst mit Übertragung des Erbbaurechts eintritt,

kann den Vertragsparteien nicht unterstellt werden, daß sie mit „Heimfall“ schon die Geltendmachung des Heimfallanspruchs übereinstimmend gemeint haben. Gerade weil „Heimfall“ und „Übertragung“ des Erbbaurechts rechtlich gleichbedeutende Begriffe sind, läßt sich auch aus der Verwendung des einen Wortes für den Zeitpunkt der Wertermittlung des Erbbaurechts und des anderen Wortes für den Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung nicht ohne weiteres folgern, daß damit die Abrede eine sachliche Unterscheidung zum Ausdruck bringen sollte. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Zeitpunkt der den Heimfall herbeiführenden Grundbucheintragung von „Zufälligkeiten“ abhänge, vermag nicht den Vertragswortlaut zu verdrängen und ist auch nicht stichhaltig. Denn der Grundstückseigentümer hat es — wie dargelegt — in der Hand, den Erbbauberechtigten mit der Erfüllung des Heimfallanspruchs in Verzug zu setzen und alsdann Ersatz desjenigen Schadens zu verlangen, der ihm entstehen kann, wenn sich die Heimfallvergütung infolge einer Wertsteigerung des Erbbaurechts erhöht.

Demgemäß ist die tatrichterliche Auslegung nicht tragfähig. Da weitere Feststellungen hierzu nicht in Betracht kommen, kann das Revisionsgericht die Auslegung vornehmen (BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22). Sie führt aus den dargelegten Gründen zu dem Ergebnis, daß Stichtag für die Ermittlung des Erbbaurechtswerts die Vollziehung des Heimfallanspruchs ist, mithin hier die Löschung des Erbbaurechts am 8. 6. 1983.

Demnach hat das Berufungsgericht den Vergütungsanspruch der Klägerin zu gering bemessen, indem es sich infolge unrichtiger Vertragsauslegung der höheren Wertfeststellung in dem ersten Gutachten des Sachverständigen S. vom 14. 3. 1988 nicht angeschlossen hat. Auf der Grundlage dieses Gutachtens erhöhen sich dann allerdings — was die Revision nicht verkennt — die im Berufungsurteil von dem Sachwert des Gebäudes vorgenommenen Abzüge wegen technischer Wertminderung (Gebäudealter) von 4% auf 5% und wegen einer durch „bauliche Mängel und Schäden“ bedingten Wertminderung von 6,9% auf 9,7%.

2. Begründet ist die Revision auch insoweit, als das Berufungsgericht entsprechend den Gutachten des Sachverständigen S. „zur Anpassung des Zeitsachwerts von Gebäude und Außenanlagen an den Verkehrswert“ Abzüge von 24,2% (Gebäude) und von 24,5% (Außenanlagen) vorgenommen hat.

Unberechtigt ist allerdings die Rüge, es komme nicht auf den Verkehrswert, sondern auf den „realen“ Wert des Bauwerks an. Nach der im Erbbaurechtsvertrag getroffenen Abrede beträgt die Heimfallvergütung $\frac{2}{3}$ des „gemeinen“ Werts des Erbbaurechts. Deshalb ist auch für das in die Wertermittlung einzubeziehende Gebäude einschließlich der Außenanlagen von dem gemeinen Wert auszugehen. Darunter aber ist der Verkehrswert zu verstehen (Senatsurt. v. 3. 10. 1980 — V ZR 125/79 = NJW 1981, 1045, 1047). Soweit in dem Urteil des Senats vom 6. 12. 1974 — V ZR 95/73 = WM 1975, 256, 257 vom „realen“ Wert die Rede ist, war auch damit der Verkehrswert gemeint (so ausdrücklich dort Seite 257 unter B 1 Abs. 1), nicht etwa — worauf die Revision abzielt — der Herstellungswert unter Berücksichtigung lediglich eines durch das Alter des Gebäudes bedingten technischen Minderwerts.

Im Grunde ist auch nicht zu beanstanden, daß der Sachverständige und ihm folgend das Berufungsgericht über den technischen Minderwert sowie über den Umfang der auf „baulichen Mängeln und Schäden“ beruhenden Wertminderung hinaus einen weiteren Abzug zur Anpassung des Sach-

werts an den Verkehrswert für erforderlich gehalten haben. Denn bei einem nur teilweise im Rohbau fertiggestellten Haus ist einleuchtend, daß es im Grundstücksverkehr nicht den vollen Sachwert einbringt.

Zuzugeben ist der Revision jedoch, daß der Sachverständige für die Höhe des Abzuges von 25% — so für den im ersten Gutachten zutreffend zugrunde gelegten Stichtag 8. 6. 1983 — nur eine pauschale, aus sich heraus nicht nachprüfbare Begründung gegeben hat. Diese geht dahin, die Höhe des Abzuges ergebe sich aus der „Einbeziehung aller der zum Bewertungszeitpunkt bekannt gewordenen situationsbedingten Merkmale unter Berücksichtigung der Verwertbarkeit der baulichen Anlagen“. Um welche „Merkmale“ es sich dabei handelt und in welcher Hinsicht die „Verwertbarkeit“ des Bauwerks eingeschränkt ist, läßt sich dem Gutachten nicht entnehmen. Das gilt um so mehr, als der Sachverständige schon die Wertminderung wegen „baulicher Mängel und Schäden“ von 9,7% — bezogen auf den richtigen Stichtag — bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht damit erklärt hat, daß dieser Abzug nicht auf konkreten Mängeln und Schäden beruhe, sondern darauf, daß ein potentieller Käufer auch die Tatsache der nur in zeitlichen Abständen vorgenommenen Bauherstellung und des schon seit längerer Zeit unvollendeten Bauzustands berücksichtige. Dieser vom Berufungsgericht anerkannte — bei dem von ihm irrtümlicherweise als maßgeblich angesehenen Stichtag des 20. 6. 1980 mit 6,9% bemessene — Abzug erfaßt daher bereits einen merkantilen Minderwert. Der Tatrichter meint zwar, die in den Gutachten darüber hinaus abgezogenen 24,2% für das Gebäude bzw. 24,5% für die Außenanlagen (richtig: je 25%) mit der Erwägung rechtfertigen zu können, daß zur Ermittlung des Verkehrswerts auch andere Faktoren heranzuziehen seien, wie etwa die Lage des Grundstücks, Angebot und Nachfrage auf dem Immobilienmarkt sowie die allgemeine Wirtschaftslage; die Frage ist jedoch gerade, ob und in welchem Ausmaß sich derartige Umstände hier tatsächlich wertbeeinflussend ausgewirkt haben. Darüber geben die Gutachten des Sachverständigen keinen Aufschluß.

6. BGB § 883 Abs. 2; GBO § 23 (*Löschungserleichterung bei Rückauffassungsvormerkung nicht ohne weiteres eintragungsfähig*)

1. **Eine vormerkungswidrige Verfügung wird mit Erlöschen der Vormerkung voll wirksam, wenn bis dahin nicht der gesicherte Anspruch durchgesetzt ist.**
2. **Eine Auflassungsvormerkung kann nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt.**

BGH, Beschluß vom 26. 3. 1992 — V ZB 16/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH. (Ergangen auf Vorlagebeschluß des BayObLG MittBayNot 1991, 259).

Aus dem Tatbestand:

In notarieller Urkunde verkaufte die Beteiligte zu 1) ihr Wohnungs- und Teileigentum dem Beteiligten zu 2) unter beiderseitiger Erklärung der Auflassung. Nach dem Vertrag steht der Beteiligten zu 1) bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises ein Anspruch auf Rückauffassung zu, falls der Beteiligte zu 2)

- a) vor der Beteiligten zu 1) stirbt,
- b) er das Wohnungs- und Teileigentum ohne Zustimmung der Beteiligten zu 1) zu deren Lebzeiten veräußert oder belastet,
- c) oder er in Konkurs fällt,
- d) oder wenn die Zwangsversteigerung des Wohnungs- und Teileigentums betrieben wird.

Zur Sicherung des Rückauflassungsanspruchs bewilligten die Beteiligten die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Beteiligten zu 1) genügen soll. Den Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit der Begründung abgelehnt, die Vormerkung sei nicht auf die Lebenszeit der Beteiligten zu 1) beschränkt und daher die Löschungsklausel nicht eintragungsfähig. Erinnerung und Beschwerde der Beteiligten sind erfolglos geblieben.

Der weiteren Beschwerde möchte das Bayerische Oberste Landesgericht stattgeben. Daran sieht es sich aber im Hinblick auf den Beschluß des OLG Düsseldorf vom 1.8.1975 — 3 W 173/75, MittRhNotK 1975, 485 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt [= MittBayNot 1991, 259]. Der Senat hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

1. Die Vorlage ist statthaft (§ 79 Abs. 2 GBO).

Das vorliegende Gericht geht davon aus, die bewilligte Rückauflassungsvormerkung, nicht auch der gesicherte Anspruch, solle sich auf die Lebenszeit der Beteiligten zu 1) beschränken. An diese Auslegung ist der Senat, was die Zulässigkeit der Vorlage betrifft, gebunden (BGHZ 99, 89, 90, 92 m. w. N.). Somit stellt sich die Rechtsfrage, ob die Vormerkung, wie bewilligt und beantragt, mit der Klausel eingetragen werden kann, daß zur Löschung der Nachweis des Todes der Berechtigten genügt. Das vorliegende Gericht will dies in entsprechender Anwendung von § 23 Abs. 2 GBO bejahen. Damit würde es von dem Beschluß des OLG Düsseldorf vom 1. 8. 1975 (MittRhNotK 1975, 485) abweichen. Deshalb ist die Vorlage der Sache an den Bundesgerichtshof gerechtfertigt.

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

Sind bei einem auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten dinglichen Recht seiner Art nach Rückstände von Leistungen möglich, so erübrigt sich die gem. § 23 Abs. 1 GBO zur Löschung des Rechts nötige Bewilligung des Rechtsnachfolgers, wenn im Grundbuch eingetragen ist, daß zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt (§ 23 Abs. 2 GBO). Kommen Rückstände nicht in Betracht, bedarf es einer solchen die Löschung vereinfachenden Eintragung nicht, weil dann allein der Todesnachweis die Löschung ermöglicht (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). Ist aber die Eintragung einer Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO nicht gestattet und nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO überflüssig, so muß sie unterbleiben (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 485, 488; RGZ 119, 211, 213; RGZ 132, 106, 112 f).

Für die Löschung einer sich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkenden Auflassungsvormerkung ist seit langem umstritten, ob im Sinne des § 23 GBO Leistungsrückstände denkbar sind und deshalb diese Vorschrift entsprechend angewendet werden kann (bejahend: OLG Köln Rpfleger 1985, 290; LG Bochum Rpfleger 1971, 314; Hesse/Saage/Fischer, GBO, 4. Aufl., § 23 Anm. 1; KEHE-Ertl, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 23 GBO Rz. 22; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 7. Aufl., §§ 23, 24 GBO Rz. 38; Horber/Demharter, GBO, 19. Aufl., § 23 Anm. 3; verneinend: OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 485; LG Bonn NJW 1963, 819, 820; Planck/Streicher BGB 5. Aufl. § 886 Anm. 1 f; Predari, GBO, 2. Aufl., § 25 Anm. 1; S. 482; Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl., § 23 Rz. 6; Staudinger/Gursky, BGB, 12. Aufl., § 886 Rz. 15; Riedel, JurBüro 1979, 155, 159 f; Streuer, Rpfleger 1986, 245). Der Senat schließt sich entgegen dem Vorlagebeschluß der ablehnenden Auffassung an.

Handelt es sich, wie hier, um einen aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch, wäre er jedoch zugleich auflösend bedingt durch den Tod des Gläubigers, so würde mit dem Tod sowohl der Anspruch als auch die ihn sichernde Vormerkung erlöschen. Rückstände gem. § 23 GBO kämen nicht in Betracht (vgl. BayObLG Rpfleger 1990, 61 [= DNotZ 1990, 295]).

Ist nur die Vormerkung, nicht auch der gesicherte Auflassungsanspruch, auflösend bedingt durch den Tod des Berechtigten, wovon das vorliegende Gericht ausgeht, dann erlischt mit Eintritt dieser Bedingung lediglich die Vormerkung. In diesem Fall erlöschen aber auch die gesetzlichen Wirkungen der Vormerkung aus den §§ 883 Abs. 1 und 2, 884, 888 BGB, § 24 KO, § 48 ZVG (zutreffend OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 485; Staudinger/Gursky, a. a. O., § 886 Rz. 15; Streuer, Rpfleger 1986, 245). Damit wird eine vormerkungswidrig etwa schon vorgenommene und deshalb nach § 883 Abs. 2 BGB relativ unwirksame Verfügung voll wirksam (BGB-RGRK-Augustin, 12. Aufl., § 883 Rz. 86; Soergel/Baur, BGB, 12. Aufl., § 883 Rz. 35; MünchKomm-Wacke, BGB, 2. Aufl., § 883 Rz. 48; Staudinger/Gursky, a. a. O., § 883 Rz. 165 a. E.). Entscheidend dafür ist, daß die Vormerkung nur für deren Bestandsdauer den Berechtigten legitimiert, gem. §§ 883, 888 Abs. 1 BGB den gesicherten Anspruch durchzusetzen. Diese Rechtslage verkennt die Gegenmeinung, die Leistungsrückstände im Sinne von § 23 GBO deswegen für möglich hält, weil schon zu Lebzeiten des Berechtigten die vereinbarte aufschiebende Bedingung des Auflassungsanspruchs eingetreten sein kann, der Anspruch im Todeszeitpunkt aber noch nicht erfüllt ist (so das vorliegende Gericht m. w. N.). Das, was hier als Rückstand der „Vormerkung“ angesehen wird, betrifft allein den schuldrechtlichen Anspruch. Ist dieser aber infolge Erlöschens der Vormerkung nicht mehr gesichert, dann ist auch die Durchsetzung des Anspruchs ungesichert. Daraus ergibt sich, daß zur Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt (§ 22 Abs. 1 GBO) und daher diese Löschungsvoraussetzung keiner Eintragung bedarf, also eine Eintragung überflüssig und mithin ordnungswidrig ist.

Die angegriffene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist auch nicht deshalb aufzuheben, weil die bewilligte Löschungsklausel möglicherweise zugleich eine materielle Beschränkung der Rückauflassungsvormerkung verlaublich und somit als Erlöschensbedingung der Vormerkung eintragungsfähig wäre. Denn ob die Klausel diesen Sinn hat, ist unklar, weil sie nicht der Möglichkeit Rechnung tragen würde, daß bei Erlöschen der Vormerkung der gesicherte Anspruch zwar bereits entstanden, jedoch noch nicht erfüllt ist, im Hinblick auf den denkbaren Eintritt einer solchen Lage aber die Erhaltung der Sicherung für die Erben des Berechtigten gerade beabsichtigt sein kann. Auf diese Unklarheit hat schon Streuer (Rpfleger 1986, 245) zutreffend aufmerksam gemacht (andeutungsweise auch Haegele, Rpfleger 1971, 315).

Sie könnte im vorliegenden Fall sogar den schuldrechtlichen Rückauflassungsanspruch ergreifen. Dieser wäre nämlich, wenn die Vormerkung mit dem Tode des Berechtigten erlischt, bei einer späteren Zwangsversteigerung des veräußerten Wohnungseigentums oder im Konkurs des Erwerbers für die Erben des Veräußerers weitgehend wertlos, woraus zu folgern sein könnte, schon der Rückauflassungsanspruch selbst sei durch den Tod des Veräußerers auflösend bedingt.

Wenn das die Beteiligten, wie die Beschwerdebeurteilung nahelegt, nicht gewollt haben, vielmehr ein vor dem Tod der Berechtigten entstehender Rückkaufanspruch über den Tod hinaus durch die bewilligte Vormerkung gesichert sein soll, muß das urkundlich in Abänderung der Lösungsklausel klargestellt werden.

Anmerkung:

Dieser Beschluß des BGH befaßt sich mit der in der Praxis am häufigsten vorkommenden Vormerkungsart, der sog. Auflassungsvormerkung, die begrifflich besser und verständlicher auch als „Eigentumsvormerkung“ bezeichnet wird. Aus diesem Beschluß, der wegen seiner Bedeutung in der amtlichen Sammlung veröffentlicht wird, kann man bei flüchtiger Betrachtung leicht den Eindruck gewinnen, der BGH habe sich allgemein gegen die Zulässigkeit eines Löschungserleichterungsvermerks (§ 23 Abs. 2 GBO) bei Vormerkungen ausgesprochen, die auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind (§ 23 Abs. 1 GBO) oder mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erlöschen (§ 24 GBO).

Zur Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks bei Vormerkungen deshalb kurz wenigstens einige Gedanken:

1. Vielseitige Verwendbarkeit der Eigentumsvormerkung

a) Die Eigentumsvormerkung (§ 883 BGB) ist ein Instrument, das vielseitig verwendbar und im Rechtsleben vor allem deshalb unentbehrlich ist, weil das Gesetz (§ 925 Abs. 2 BGB) im Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs bei Grundstücken keinen Eigentumsvorbehalt und kein auflösend bedingtes oder befristetes Eigentum zuläßt (*Staudinger/Ertl* § 925 Rdnr. 91, 92)

b) Mit Hilfe einer Eigentumsvormerkung ist es möglich, kurzfristig dem Grundstückserwerber zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der Eigentumsumschreibung oder langfristig dem Vormerkungsberechtigten eine nicht zu den dinglichen Rechten gehörende, aber mit dinglichen Wirkungen ausgestattete Rechtsstellung zu verschaffen, die durch entsprechende Vereinbarungen von Bedingungen oder Zeitbestimmungen abhängig gemacht, eigentumsähnlich ausgestaltet und weitgehend den Verkehrsbedürfnissen der Beteiligten angepaßt werden kann (*Staudinger/Gursky* § 883 Rdnr. 5, 75 ff.; *KEHE/Ertl/Albrecht* Einl. L, 1, 5).

c) Gelegentlich wird die Vormerkung zum Schutz des Verkäufers eingesetzt, um ihm nach Übereignung des Grundstücks den Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums für den Fall zu sichern, daß der Käufer seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises oder anderer Gegenleistungen nicht nachkommt (*KEHE/Ertl* Einl. M 31 b). Eine solche Regelung sollte wohl in dem vom BGH behandelten Fall „bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises“ getroffen werden.

2. Zum Inhalt der Vormerkung und des Anspruchs

Ein Vermerk über die Löschungserleichterung (§ 23 Abs. 2 GBO) kann im Grundbuch nur bei einem Recht eingetragen werden, das die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 oder des § 24 GBO erfüllt, also in einer bestimmten Weise zeitlich beschränkt ist und bei dem Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind. Am Anfang der Überlegungen über die Zulässigkeit eines solchen Vermerks stehen bei Vormerkungen deshalb zwei Fragen:

a) Ist nur die Vormerkung oder nur der vorgemerkte Anspruch oder sind beide zeitlich beschränkt?

b) Welchen Inhalt hat die Vormerkung und der Anspruch? Sind bei diesem Inhalt Rückstände von Leistungen im Sinn des § 23 Abs. 1 GBO möglich?

Gibt der Wortlaut der Formulierungen wegen Unklarheiten zu Zweifeln Anlaß, dann hat das Grundbuchamt die Antwort auf diese Fragen notfalls im Wege der Auslegung oder der Aufklärung durch Zwischenverfügung zu suchen (*KEHE/Ertl* Einl. B 26, C 56). Kann auf diese Weise das Eintragungshindernis nicht beseitigt werden, dann hat das Grundbuchamt nicht nur den beantragten Löschungserleichterungsvermerk, sondern auch die Eintragung der Vormerkung abzulehnen (§ 18 GBO). In Zweifelsfällen kann es sich empfehlen, die Möglichkeit eines getrennten Vollzugs vorzusehen und dem Notar eine entsprechende Vollmacht zu erteilen.

3. Zeitliche Beschränkungen bei Vormerkungen

Bezüglich der in §§ 23 Abs. 1 und 24 GBO geregelten zeitlichen Beschränkungen sind bei Vormerkungen drei Fälle zu unterscheiden, die in der Praxis gelegentlich zu Verwechslungen und zu unrichtigen Eintragungen in das Grundbuch führen (dazu *BayObLG MittBayNot* 1989, 312; *Ertl MittBayNot* 1989, 297):

Fall 1: Nur die Vormerkung ist zeitlich beschränkt

Im Mittelpunkt des vom BGH behandelten Falles stand die ihm vom BayObLG zur Entscheidung vorgelegte Frage, ob eine Löschungserleichterung bei einer auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Eigentumsvormerkung eingetragen werden kann, wenn der durch sie gesicherte bedingte Rückkaufanspruch nicht auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist. Aus diesem Fall und aus der auf ihn abgestellten Entscheidung, in der der BGH die Eintragung dieses Vermerks abgelehnt hat, lassen sich meines Erachtens keine allgemeinen Rückschlüsse ziehen. Es liegt auf der Hand, daß eine solche rechtliche Gestaltung wegen der Gefahr, daß die Vormerkung vor dem gesicherten Anspruch erlischt, selten in Betracht kommt. Der BGH hat in seinen Entscheidungsgründen ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die im Vorlagebeschluß erfolgte Auslegung möglicherweise nicht dem Willen der Beteiligten entspricht. Denn der offensichtlich zum Schutz des Verkäufers eingeschlagene Weg kann nicht zum angestrebten Ziel führen, wenn die Vormerkung vor der Kaufpreiszahlung erlöschen und aufgrund des Löschungserleichterungsvermerks gelöscht würde.

Fall 2: Nur der vorgemerkte Anspruch ist zeitlich beschränkt

In der Praxis ist es üblich, daß nur der vorgemerkte Anspruch, nicht auch die Vormerkung zeitlich beschränkt wird. Dies war der Sachverhalt, bei dem das OLG Köln (Rpfleger 1985, 290) die entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO bejaht hat. Die h. M. hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Der BGH hat zu diesem Fall nicht Stellung genommen.

Fall 3: Anspruch und Vormerkung sind zeitlich beschränkt

Es ist rechtlich möglich, vielleicht sogar naheliegend, durch eine entsprechende, in das Grundbuch einzutragende Vereinbarung die Vormerkung von der gleichen auflösenden Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig zu machen, an die auch der vorgemerkte Anspruch geknüpft ist. In solchen Fällen wird man eben den vom BGH erwähnten Beschluß des

BayObLG vom 29. 8. 1989 (MittBayNot 1990, 37 m. Anm. Ertl = DNotZ 1990, 295), die Interessenlage und alle Umstände des Einzelfalles beachten müssen. Aus der Formulierung in der Urkunde sollte sich deshalb klar ergeben, ob der mit dem Tod des Vormerkungsberechtigten oder mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses erlöschende Anspruch auf Verschaffung des Eigentums samt der dafür bestellten Vormerkung nach dem Willen der Beteiligten bis zu seiner vollständigen Erfüllung (§ 362 BGB), also bis zur Übertragung des von vormerkungswidrigen Verfügungen freien Eigentums am Grundstück weiterbestehen soll, z. B. wenn er wirksam entstanden und geltend gemacht worden ist.

4. Sind bei Vormerkungen Rückstände möglich?

a) Nach der bis etwa 1970 geltenden h. M. hat man bei Vormerkungen Rückstände von Leistungen nicht für möglich gehalten und die Eintragungsfähigkeit eines Löschungserleichterungsvermerks deshalb allgemein verneint (so z. B. LG Bonn NJW 1963, 819 und die Grundbuchkommentare von *Horber, Meikel/Imhof/Riedel* und *Güthe/Triebele*).

b) Unter dem Eindruck der bereits früher von *Hesse/Saage/Fischer* und nach 1970 auch vom LG Bochum (MittBayNot 1971, 360), *Haegeler* (Rpfleger 1971, 315) und *Gantzer* (MittBayNot 1972, 6) dagegen vorgetragenen Argumente hat in der Folgezeit ein Meinungsumschwung eingesetzt. Nach der neueren Rechtsprechung und Literatur, die sich inzwischen weitgehend durchgesetzt hat, ist es denkbar und rechtlich möglich, daß aus der Vormerkung selbst noch zu Lebzeiten des Vormerkungsberechtigten Rechte aus §§ 883 Abs. 2, 888 BGB entstehen und mit dessen Tod nicht erlöschen, sondern auf seine Rechtsnachfolger übergehen. Solange diese Rechte wirksam weiterbestehen, sind sie als „Rückstände“ i. S. des § 23 Abs. 1 GBO anzusehen. Dies setzt allerdings eine entsprechende inhaltliche Gestaltung der Vormerkung und des vorgemerkten Anspruchs in den Fällen des § 23 und des § 24 GBO voraus (dazu *KEHE/Ertl* § 23 Rdnr. 20, 21, 22 m. w. Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen).

c) Ein ähnlicher Meinungsumschwung ist auch bei den auf Lebzeiten des Berechtigten beschränkten dinglichen Verkaufrechten (§ 1094 BGB) festzustellen (dazu OLG Hamm MittBayNot 1989, 27; OLG Zweibrücken MittBayNot 1990, 112; BayObLG MittBayNot 1990, 174; *Deimann* Rpfleger 1977, 91).

5. Bedeutung des Löschungserleichterungsvermerks

a) Die Eintragung einer Vormerkung kann sich für den Eigentümer des Grundstücks vor allem dann verhängnisvoll auswirken, wenn er sein Grundstück anderweitig veräußern oder belasten will und gezwungen ist, die Löschung der Vormerkung herbeizuführen. In solchen Fällen ist eine Löschungserleichterung, die das andernfalls bestehende Erfordernis von Löschungsbewilligungen (§ 19 GBO) von vornherein ausschließt (dazu *Gantzer* MittBayNot 1972, 6/8), für den Grundstückseigentümer von großem Vorteil. Denn die Beschaffung dieser Bewilligungen ist nicht selten mit Kosten und sonstigen Weiterungen verbunden. Man sollte bereits vor der Eintragung der Vormerkung auch an die sonstigen Folgen der in § 23 Abs. 1 GBO vorgesehenen Löschungserleichterung (Sperrjahr, Widerspruch gegen die Löschung) denken, die durch den Löschungserleichterungsvermerk vermieden werden.

b) Die Wirkungen eines Löschungserleichterungsvermerks, der eingetragen worden ist, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen haben, sind noch nicht abschließend geklärt. Überwiegend ist man der Meinung, es handle sich um einen überflüssigen Vermerk im Grundbuch, der vom Grundbuchamt bei der Löschung der Vormerkung nicht zu beachten ist. Diese Auffassung wird z. B. bei einer Reallast für Beerdigungs- und Grabpflegekosten vertreten (dazu BayObLGZ 1983, 113 = MittBayNot 1983, 170; BayObLG Rpfleger 1988, 98; *Meikel/Böttcher* § 23 Rdnr. 48; *Horber/Demharter* § 23 Anm. 6 c). Nach meiner Meinung ist nicht bei der Löschung, sondern vor der Eintragung zu prüfen, ob die Voraussetzungen der §§ 23, 24 GBO vorliegen (dazu *KEHE/Ertl* § 23 Rdnr. 33; ebenso *Amann* MittBayNot 1992, 117/118). Die Fälle der Löschung von Vormerkungen sollten dazu benützt werden, die h. M. erneut zu überdenken.

c) Der Löschungserleichterungsvermerk hat eine rein verfahrensrechtliche Natur und keine materiell-rechtlichen Wirkungen und erleichtert lediglich im Grundbuchverfahren die buchmäßige Löschung des eingetragenen Rechts (dazu BGHZ 66, 341 = DNotZ 1976, 490/494; BayObLG MittBayNot 1983, 233/234; *KEHE/Ertl* § 23 Rdnr. 34). Durch bloße Löschung geht die Vormerkung nicht unter. Es ist anerkannt, daß dingliche Rechte und auch Vormerkungen außerhalb des Grundbuchs weiterbestehen können und materiell-rechtliche Wirkungen haben, allerdings durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten untergehen oder ihre Wirkungen teilweise einbüßen können (dazu BGH 60, 46 = DNotZ 1973, 367; *Staudinger/Gursky* § 886 Rdnr. 25; § 892 Rdnr. 44). Solange die Vormerkung besteht, teilt sie das rechtliche Schicksal des zugrundeliegenden Anspruchs und sichert auch etwaige Resterfüllungsansprüche, die sich aus vormerkungswidrigen Verfügungen ergeben (vgl. *Staudinger/Gursky* § 883 Rdnr. 16; § 886 Rdnr. 9). Rechte, die als Rückstände der Vormerkung anzusehen sind, bestehen trotz der Löschung weiter, bis der gesicherte Anspruch vollständig erfüllt ist oder die Vormerkung (wie im Fall 1) vor dem Anspruch erlischt. Die bloße Löschung hat also andere Folgen als der Eintritt einer der Vormerkung selbst gesetzten auflösenden Bedingung oder Befristung (vgl. Fälle 1 und 3).

6. Überlegungen zur Vertragsgestaltung

In der notariellen Praxis und in der Fachliteratur wird man sich nach dem BGH-Beschluß vom 26. 3. 1992 unter neuen Aspekten mit der Frage befassen müssen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Löschungserleichterung bei Vormerkungen empfehlenswert ist. Die Anregungen in diesem Beitrag können nicht mehr als eine erste Hilfe sein und müssen im Laufe von Diskussionen erst ausreifen. Bei den Überlegungen zur Vertragsgestaltung halte ich folgende Gesichtspunkte für besonders wichtig:

a) In den Fällen der §§ 23, 24 GBO besteht das Bedürfnis an einer vom Gesetz zugelassenen Möglichkeit der Löschungserleichterung bei Vormerkungen. Eine Rückkehr zur früheren h. M., die die Eintragungsfähigkeit eines Löschungserleichterungsvermerks bei Vormerkungen allgemein verneint hat, hätte im Grundstücksverkehr negative Auswirkungen für die Zukunft und auch für die im Grundbuch bereits vollzogenen Rechtsgänge.

b) Die Gefahr von Auslegungsschwierigkeiten und Eintragungshindernissen kann verhindert oder jedenfalls verringert werden, wenn die Beteiligten eindeutige Erklärungen abgeben, die den Anforderungen des materiellen Rechts

und auch des strengeren Grundbuchverfahrensrechts voll entsprechen. Der BGH-Fall macht erneut deutlich, wie wichtig es ist, daß der Notar bei der Formulierung der Erklärungen dies beachtet.

c) Von den drei erörterten Fällen verdient nach dem jetzigen Meinungsstand in aller Regel die vom BGH nicht beanstandete Lösung (Fall 2) den Vorzug, bei der nur der Anspruch zeitlich beschränkt ist und durch eine im Grundbuch eingetragene unbedingte und unbefristete Vormerkung gesichert wird. Nach h. M. ist hier die analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 GBO möglich. Ob Rückstände entstehen können, hängt in diesem Fall nur vom Inhalt des Anspruchs und nicht wie in den Fällen 1 und 3 auch vom Inhalt der Vormerkung ab. Ist der vorgemerkte Anspruch vor dem für sein Erlöschen maßgeblichen Zeitpunkt wirksam entstanden, aber nicht mehr erfüllt worden und aufgrund der getroffenen Vereinbarungen trotzdem bestehen geblieben, dann wird seine Durchsetzung am sichersten dann gewährleistet, wenn die Vormerkung nicht zeitlich beschränkt ist. In diesem Fall sind und bleiben „Rückstände des Anspruchs“ zugleich „Rückstände der Vormerkung“.

Notar a. D. Rudolf Ertl, Kempten

7. GBO § 48; ZPO § 800 („Pfanderstreckung“ einer gem. § 800 ZPO vollstreckbaren Grundschuld)

1. **Erwirbt der Eigentümer eines Grundstücks, das mit einer Grundschuld mit Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO belastet ist, ein weiteres Grundstück hinzu, wobei er erklärt, daß er „die Grundschuld samt Unterwerfungsklausel“ auf den erworbenen Grundbesitz als weiteres Pfand erstreckt, so liegt darin auch die prozessuale Erklärung der Vollstreckungsunterwerfung für das hinzuerworbene Grundstück.**
2. **In dem Vermerk, daß für eine Grundschuld ein weiteres Grundstück haftet (Mithaftvermerk), braucht nicht zum Ausdruck gebracht zu werden, daß auch das mithaftende Grundstück der sofortigen Zwangsvollstreckung nach § 800 ZPO unterliegt.**

BayObLG, Beschluß vom 15.10.1991 — BReg. 2 Z 118/91 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

8. ErbbauVO § 2 Nr. 4, § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 1 (Klare Bezeichnung des lediglich schuldrechtlichen Inhalts eines Erbbauvertrages erforderlich)

1. **Soll in einem Erbbauvertragsvereinbarung vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte für alle Arten der Belastung des Erbbauvertrags der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, so muß klargestellt werden, daß die Vereinbarung für Belastungen, die nicht unter § 5 Abs. 2 ErbbauVO fallen, nur schuldrechtlich wirken soll.**
2. **Ein Heimfallanspruch kann nicht für den Fall der fehlenden Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer in § 5 Abs. 2 ErbbauVO genannten Belastung vereinbart werden.**

BayObLG, Beschluß v. 29.11.1991 — BReg. 2 Z 155/91 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 als Grundstückseigentümerin und der Beteiligte zu 2 haben einen notariellen Erbbauvertragsvereinbarung geschlossen, der den Beteiligten zu 2 berechtigt, auf dem betroffenen Grundstück eine Dorfkapelle zu errichten und zu belassen.

Der Erbbauvertragsvereinbarung enthält u. a. folgende Vereinbarungen:

Für das Erbbauvertragsvereinbarung gelten außer der Verordnung über das Erbbauvertragsvereinbarung folgende Bestimmungen:

- § 1 Zweckwidmung
- § 2 Unterhaltsverpflichtung
- § 3 Besichtigungsrecht
- § 4 Versicherungen
- § 5 Lastentragung
- § 6 Zustimmung zur Belastung, Veräußerung und Vermietung

Der Erbbauberechtigte bedarf der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers

a) zur Belastung des Erbbauvertragsvereinbarung mit Rechten in Abteilung II und III dieses Grundbuchs sowie zur Änderung des Inhalts eines solchen Rechts;

b) zur Veräußerung des Erbbauvertragsvereinbarung oder eines Teils davon.

§ 7 Der Grundstückseigentümer kann die Übertragung des Erbbauvertragsvereinbarung an sich oder einen von ihm zu bezeichnenden Dritten vor Ablauf der vereinbarten Dauer des Erbbauvertragsvereinbarung auf Kosten des Erbbauberechtigten verlangen (Heimfall), wenn

- a) der Erbbauberechtigte den in den § 1 bis 5 dieses Vertrags aufgeführten Verpflichtungen trotz Abmahnungen zuwiderhandelt oder
- b) der Erbbauberechtigte mit der Zahlung des Erbbauvertragsvereinbarungszinses in Höhe von zwei Jahresraten im Rückstand ist.

Die Beteiligten haben in der Urkunde die Eintragung des Erbbauvertragsvereinbarung bewilligt und beantragt „mit dem gesetzlichen und vertraglichen Inhalt.“

Mit Zwischenverfügung vom 17. 6. 1991 hat das Grundbuchamt beanstandet, die Einigung über die Bestellung des Erbbauvertragsvereinbarung entspreche nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil die Urkunde auch Bestimmungen enthalte, die nur rein schuldrechtlich vereinbart werden könnten. Die im Grundbuch eintragungsbaren dinglichen und die bloß schuldrechtlichen Vereinbarungen müßten in der Urkunde eindeutig bezeichnet werden.

Auf die Erinnerung der Beteiligten, in der der Notar mitteilte, daß es in § 7 der Urkunde heißen müsse „§ 1 bis 6“, hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 17. 9. 1991 klargestellt, daß die in § 5 Abs. 2 ErbbauVO genannten Belastungen nicht zur Voraussetzung des Heimfallanspruchs gemacht werden könnten.

Die dem Landgericht vorgelegte Beschwerde hat dieses zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist im Ergebnis unbegründet. Es ist lediglich erforderlich, die Eintragungshindernisse klarzustellen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die in § 6 des Erbbauvertragsvereinbarung getroffene Regelung über die Zustimmungsvorbehalte für die Beteiligte zu 1 verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und enthalte Regelungen, die nicht mit dinglicher Wirkung eingetragen werden könnten. Nach § 5 Abs. 2 ErbbauVO könne nur die Belastung des Erbbauvertragsvereinbarung mit einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder einer Reallast von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängig gemacht werden. Darunter falle aber nicht eine Dienstbarkeit oder ein Untererbbauvertragsvereinbarung. § 6 des notariellen Vertrags enthalte diese Einschränkung nicht; außerdem sei die Überschrift mißverständlich, weil sie auch die Vermietung erwähne, während der eigentliche Text der Vereinbarung dazu keine Regelung enthalte. Eine dingliche Wirkung für das Erfordernis der Zustimmung zu den in § 5 Abs. 2 ErbbauVO nicht genannten Belastungen könne auch nicht über den Weg des Heimfallanspruchs erreicht werden, weil dem § 6 Abs. 2 ErbbauVO entgegenstehe.

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

(1) Im Gegensatz zu den meisten anderen Grundstücksrechten bestimmt das Gesetz beim Erbbaurecht nicht abschließend dessen Inhalt. Der Inhalt des Erbbaurechts kann und muß sogar in gewissem Umfang erst durch Vereinbarung der Parteien konkret ausgestaltet werden, § 2 ErbbauVO. Dabei erhalten die in §§ 2-8, § 27 Abs. 1 und § 32 Abs. 1 ErbbauVO aufgezählten Vereinbarungen durch die Eintragung als Inhalt des Erbbaurechts Wirkung gegenüber jedem Rechtsnachfolger, also eine Art dingliche Wirkung. Wegen des im Sachenrecht herrschenden Typenzwangs sind freilich die Bestimmungen über die als Inhalt des Erbbaurechts möglichen Vereinbarungen eng auszulegen. Den Vertragsparteien steht es allerdings frei, daneben und darüber hinaus Vereinbarungen zu treffen, die dann nicht zum Inhalt des Erbbaurechts werden und deshalb nicht dingliche Wirkung erlangen können (BayObLGZ 1991, 97/100 m. w. Nachw.).

Das hat zur Folge, daß rein schuldrechtliche Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag der Eintragung des Erbbaurechts grundsätzlich nicht im Wege stehen können. Allerdings müssen die Parteien im Erbbaurechtsvertrag klarstellen, welche Vereinbarungen Inhalt des Erbbaurechts sein und welche nur schuldrechtliche Wirkungen haben sollen. Ein Antrag, das vereinbarte Erbbaurecht „mit dem gesetzlichen und vertraglichen Inhalt“ einzutragen, entspricht nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, wenn der Erbbaurechtsvertrag auch Vereinbarungen rein schuldrechtlichen Inhalts enthält (BayObLGZ 1991, 97/102 oben).

(2) Grundbuchamt und Landgericht haben insoweit zu Recht beanstandet, daß § 6 Buchst. a des Erbbaurechtsvertrags nicht unterscheidet, hinsichtlich welcher Belastungen das Zustimmungserfordernis zum (dinglichen) Inhalt des Erbbaurechts gemacht und hinsichtlich welcher Belastungen es lediglich mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbart werden soll. Das ist nicht eine Frage der Urkundentechnik, sondern eine Folge des Bestimmtheitsgrundsatzes (*KEHE/Ertl/Albrecht* GBR 4. Aufl. Einl. Rn. F 29). Diese klarstellende Unterscheidung in § 6 Buchst. a des Erbbaurechtsvertrags würde ausreichen, wenn der Heimfallanspruch in § 7 Buchst. a des Erbbaurechtsvertrags nur durch Verstöße gegen die Verpflichtungen in § 1 bis 5 des Vertrags ausgelöst werden soll.

(3) Dem nachträglichen, vom Verfahrensbevollmächtigten gestellten Antrag, die Begründung des Heimfallanspruchs auch an einen Verstoß gegen § 6 des Erbbaurechtsvertrags anzuknüpfen, kann so gleichfalls nicht stattgegeben werden. Einmal ist die Antragsberechtigung des Verfahrensbevollmächtigten zweifelhaft (vgl. *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 15 Anm. 5 b). In jedem Fall fehlt es an der erforderlichen, dem Grundbuchamt nach § 20 GBO nachzuweisenden Einigung über eine solche Vereinbarung. Es ist nicht offenkundig, daß die Anknüpfung an „§ 1 bis 5“ in § 7 Buchst. a des Vertrags ein Schreibfehler ist. Eine Korrektur kann daher nicht durch einfache Erklärung des Notars geschehen, sondern nur durch formgerechte Erklärungen (§ 29 GBO) der Beteiligten (*Keidel/Winkler* BeurKG 12. Aufl. § 8 Rdnr. 17). Im übrigen ergibt sich aus § 6 Abs. 2 ErbbauVO, daß der Heimfallanspruch nur bei solchen Belastungen, die nicht unter § 5 Abs. 2 ErbbauVO fallen, an die Belastung des Erbbaurechts ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers geknüpft werden kann (BayObLGZ 1991, 97/101 f. m. w. Nachw.; OLG Hamm Pflieger 1986, 51/52). Eine allgemeine Bezugnahme auf § 6 des Erbbaurechtsvertrags in § 7 Buchst. a macht die Vereinbarung des Heimfallanspruchs insgesamt unwirksam und nicht eintragungsfähig.

Bei der erforderlichen Klarstellung zu § 6 Buchst. a des Vertrags und der Änderung der Anknüpfung in § 7 Buchst. a sollte auch die Überschrift zu § 6 berichtigt werden. Dabei muß nicht nur der Eintragungsantrag eingeschränkt werden, sondern auch die dingliche Einigung (BayObLGZ 1991, 97/102).

9. BGB § 1009 Abs. 1, § 1093 (*Wohnungsrecht gem. § 428 BGB auch für Miteigentümer*)

Ein Grundstück kann zugunsten eines Miteigentümers mit einem Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB belastet werden, ohne daß ein besonderes Bedürfnis (wie die beabsichtigte Veräußerung des Miteigentumsanteils oder des Grundstücks) dafür bestehen muß.

BayObLG, Beschluß v. 19.12.1991 BReg. 2 Z 149/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 84 — mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und Notar *Schübler*, Mellrichstadt

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eheleute und Miteigentümer eines Grundstücks. Der Beteiligte zu 1 übertrug seinen Hälfteanteil zu notarieller Urkunde vom 13.5.1991 auf die gemeinsame Tochter, die Beteiligte zu 3. Die Auflassung ist erklärt und die Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. In derselben Urkunde bestellten die Beteiligten zu 2 und 3 für die Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB“ eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Wohnungsrecht an der Wohnung im Erdgeschoß und an der Garage.

Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge mit Zwischenverfügung vom 13.6.1991 beanstandet: Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag müßten bezüglich des Wohnungsrechts eingeschränkt werden; für die Beteiligte zu 2 könne kein solches Recht bestellt werden, da sie Miteigentümerin des Grundstücks sei und bleibe und für das Wohnungsrecht im Unterschied zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit allgemein typisch und zwingend die Benutzung als Wohnung „unter Ausschluß des Eigentümers“ sei.

Das Landgericht hat das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet. Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht nicht; die Wohnungsrechte sind wie beantragt in das Grundbuch einzutragen.

1. (...)

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

a) Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sollen für die Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB“ bestellt werden. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 46, 253 ff.; vgl. demgegenüber BayObLGZ 1957, 322/325) zulässig; es handelt sich dann um eine Mehrheit von Rechten, so daß jedem Beteiligten ein eigenes Recht zusteht. Die Rechte bestehen jedoch nicht unabhängig voneinander, sondern sind miteinander verbunden (BGH a. a. O. S. 255). Der Grundstückseigentümer muß bei der Gesamtberechtigung die Ausübung des Rechts durch alle Berechtigten dulden; es besteht insofern eine Ähnlichkeit mit der Gesamthandsberechtigung, ohne daß die Gläubiger eine Gesamthandsgemeinschaft bilden würden (BGH a. a. O. S. 259).

b) Ob ein Grundstück nur dann mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Grundstückseigentümer belastet werden kann, wenn ein besonderes schutzwürdiges

Interesse (vor allem mit Rücksicht auf die beabsichtigte Veräußerung des Grundstücks) besteht (so seit BGHZ 41, 209 die in Rechtsprechung und Literatur herrschende Meinung) oder ob dies ohne jede Voraussetzung zulässig ist (so vor allem *Palandt/Bassenge* BGB 50. Aufl. Rdnr. 3, *Staudinger/Ring* BGB 12. Aufl. Rdnr. 8, jeweils zu § 1090; *KEHE/Herrmann* GBR 4. Aufl. Einl. O 46; *Meikel/Sievekling* Grundbuchrecht 7. Aufl. Einl. C 140; *Weitnauer* DNotZ 1964, 716 ff.), kann dahingestellt bleiben. Denn im vorliegenden Fall greift § 1009 Abs. 1 BGB ein, wonach die gemeinschaftliche Sache (also auch ein gemeinschaftliches Grundstück) auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden kann. Die Beteiligte zu 2 ist und bleibt nur Miteigentümerin des Grundstücks, an dem das Wohnungsrecht zu ihren Gunsten bestellt werden soll. Die Vorschrift des § 1009 Abs. 1 BGB läßt die Belastung des Grundstücks zugunsten eines Miteigentümers ohne jede Einschränkung zu (vgl. *Soergel/Stürner* BGB 12. Aufl. Rdnr. 3, *Staudinger/Gursky* Rdnr. 1, jeweils zu § 1009).

c) Für das Wohnungsrecht des § 1093 BGB (und entsprechend für das Dauerwohnrecht des § 31 WEG) gelten auch nicht etwa deswegen besondere Einschränkungen, weil es zum Wohnen in einem Gebäude oder Gebäudeteil „unter Ausschluß des Eigentümers“ berechtigt.

Die Benutzung „unter Ausschluß des Eigentümers“ bedeutet nur, daß ein Mitbenutzungsrecht des Eigentümers als solchem an dem Gebäude oder Gebäudeteil, der Ausübungsbe- reich des Wohnungsrechts ist, mit einem Wohnungsrecht unvereinbar ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1981, 353). Sie bedeutet nicht, daß dem Miteigentümer allein oder in Rechts- gemeinschaft mit einem Dritten kein Wohnungsrecht an dem Grundstück eingeräumt werden kann (OLG Frankfurt Rpfleger 1984, 264 [= MittBayNot 1984, 188]; LG Wuppertal MittRhNotK 1989, 172 sowie *Weitnauer* DNotZ 1958, 352/357 für das Dauerwohnrecht). Ob und unter welchen Vorausset- zungen ein Wohnungsrecht für den Alleineigentümer des zu belastenden Grundstücks bestellt werden könnte, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (vgl. dazu aus der Recht- sprechung OLG Oldenburg Rpfleger 1967, 410; KG Rpfleger 1985, 185; LG Köln MittRhNotK 1973, 583; LG Lüneburg NJW- RR 1990, 1037; für allgemeine Zulässigkeit auch *Meikel/ Sievekling* Einleitung C 162). Denn die Belastung zugunsten eines Miteigentümers unterscheidet sich von der zugunsten des Alleineigentümers dadurch, daß der Miteigentümer nur im Rahmen der § 743 Abs. 2, § 745 Abs. 1 und 2 BGB zur Mit- benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks und der darauf errichteten Gebäude berechtigt ist. Das Wohnungs- recht des § 1093 BGB gewährt demgegenüber Rechte, die ihm als Miteigentümer nicht zustehen und die auch durch eine Benutzungsregelung nach § 745 Abs. 1, § 1010 Abs. 1 BGB nicht begründet werden können; denn eine solche Regelung wirkt, wie die Beteiligten zutreffend hervorheben, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen ist nicht bei der Aufhebung der Gemeinschaft gem. § 749 Abs. 2 BGB, nicht bei der Zwangsvollstreckung in den Anteil eines Miteigen- tümers aus einem nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel (§ 751 Satz 2 BGB) und nicht in dessen Konkurs (§ 16 Abs. 2 KO). Auch kann eine Benutzungsregelung unter Umständen durch Mehrheitsbeschluß geändert werden (§ 745 Abs. 2 BGB).

10. WEG-§ 4 Abs. 1, 3; BGB §§ 315, 883 Abs. 1 (*Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bildung weiteren Woh- nungseigentums in noch zu errichtendem Bauwerk möglich*)

Der Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Einräumung von Sondereigentum an den Räumen des Gebäudes, das er auf einer bestimmt bezeichneten Teilfläche des gemein- schaftlichen Grundstücks „nach Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung“ errichten darf, um es mit einem von seinem Miteigentumsanteil abzutrennenden Teil zu verbinden, kann durch eine Vormerkung gesichert werden. Der Anspruch ist im Hinblick auf das durch die bestimmte Bezeichnung der Teilfläche und das Erfordernis der Baugenehmigung begrenzte Bestimmungsrecht des begün- stigten Wohnungseigentümers ausreichend bestimmbar (Aufgabe von BayObLGZ 1974, 118 [= DNotZ 1975, 36])

BayObLG, Beschluß vom 13.2.1992 — 2 Z BR 3/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 10 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 1 und die Beteiligten zu 2 sind Miteigentümer zu je $\frac{1}{2}$ eines 1840 m² großen Grundstücks; mit ihrem Miteigentums- anteil ist jeweils das Sondereigentum an einer Wohnung verbunden. Den Beteiligten zu 1 gehört die Wohnung Nr. 1 und den Beteiligten zu 2 die Wohnung Nr. 2. Beim Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 ist im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung hinsichtlich einer Grundstücksteilfläche von 1.500 m² zugunsten der Beteiligten zu 1 eingetragen.

Zu notarieller Urkunde vom 5.9.1991 einigten sich die Beteiligten zu 1 und die Beteiligten zu 2 über folgende Rechtsänderungen:

Mit der Wohnung der Beteiligten zu 1 soll ein Miteigentumsanteil von $\frac{2}{3}$ und mit der der Beteiligten zu 2 ein solcher von $\frac{1}{3}$ verbunden sein; an der Grundstücksteilfläche von 1.500 m², die Gegenstand der Auflassungsvormerkung ist, soll den Beteiligten zu 1 das alleinige Nutzungsrecht zustehen; alle Betriebs-, Instandhaltungs- und Er- neuerungskosten sollen nicht nach den Miteigentumsanteilen, son- dern nach dem Verhältnis der Wohnflächen verteilt werden; die Betei- ligten zu 1 sollen berechtigt sein, auf der ihnen zur Sondernutzung zugewiesenen Grundstücksfläche von 1.500 m² „nach Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung einen Baukörper zu bilden, von ihrer Eigentumswohnung Nr. 1 einen $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundstück . . . zu trennen und mit Sondereigentum an neu zu bildenden Räumen zu verbinden, so daß künftig drei Wohnungs- eigentumseinheiten auf dem Grundstück . . . vorhanden sind“.

Es bewilligten die Beteiligten zu 1 die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung, die Beteiligten zu 1 und die Beteiligten zu 2 die Eintragung des Sondernutzungsrechts sowie der Vereinbarung über die Kostentragung als Inhalt des Sondereigen- tums und die Beteiligten zu 2 die Eintragung einer Vormerkung an ihrer Eigentumswohnung für die Beteiligten zu 1 zur Sicherung des Anspruchs auf Inhaltsänderung des Wohnungseigentums.

Der beurkundende Notar hat für die Beteiligten den Vollzug der Urkunde vom 5.9.1991 beantragt. Das Grundbuchamt hat durch Zwischenverfügung diesen Eintragungsantrag beanstandet, da der durch eine Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 zu sichernde Anspruch auf Änderung des Wohnungseigentums nicht bestimmt genug sei; es wurde die Vorlage eines Aufteilungsplans oder eines bauamtlich genehmigten Bauplans verlangt, aus dem sich die Lage und Beschaffenheit des zu errichtenden Baukörpers ergibt. Die Erin- nerung/Beschwerde hiergegen hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Ent- scheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat „die Beschwerde des Notars“ zurück- gewiesen. Ein Rechtsmittel des Notars lag jedoch nicht vor. Der Notar hat gem. § 15 GBO den Eintragungsantrag und die Erinnerung/Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht

im eigenen Namen, sondern in dem der Antragsberechtigten, nämlich der Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 eingereicht. Daher konnte nur deren Beschwerde zurückgewiesen werden (BayObLG NJW-RR 1989, 1495/1496).

2. Das Landgericht hat ausgeführt:

Werde die Eintragung einer Vormerkung bewilligt, müsse die Eintragungsbewilligung den Inhalt des vorgemerkten Anspruchs zweifelsfrei erkennen lassen. Der Anspruch sei hier weder ausreichend bestimmt noch bestimmbar, weil das beanspruchte Recht nicht so hinreichend beschrieben sei, daß die Beschränkung des Miteigentums dem Grundbuchamt ebenso wie den übrigen Beteiligten erkennbar sei. Die Lage und Beschaffenheit der künftig zu schaffenden Eigentumswohnung Nr. 3 sei noch völlig offen. Daran ändere die Bezugnahme auf die „Maßgabe der künftigen baurechtlichen Genehmigung“ nichts. Denn damit sei über die Lage und die Intensität sowie die Beschaffenheit der Bebauung auf dem 1.500 m² großen und außergewöhnlich zugeschnittenen Grundstücksteil noch nichts ausgesagt. Die Lage des späteren Gebäudes sei daher nicht bereits weitgehend bestimmt. Damit sei auch die wirtschaftliche und gemeinschaftsrechtliche Konsequenz der beabsichtigten Änderung derzeit nicht erkennbar und für die anderen Beteiligten nicht konkret genug abschätzbar.

3. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die beabsichtigte Schaffung eines neuen Wohnungseigentumsrechts dadurch, daß neues Sondereigentum in einem erst noch zu errichtenden Bauwerk auf dem gemeinschaftlichen Grundstück gebildet und mit einem Miteigentumsanteil verbunden wird, stellt eine Inhaltsänderung der derzeit bestehenden Wohnungseigentumsrechte dar (BayObLGZ 1974, 118/122 [= DNotZ 1975, 36]). Sie setzt die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und die Eintragung in das Grundbuch voraus (§ 4 WEG). Der schuldrechtliche Anspruch eines Wohnungseigentümers gegen die anderen auf Durchführung einer solchen dinglichen Rechtsänderung kann durch eine in das Grundbuch einzutragende Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs. 1 BGB). Die Vormerkung muß von allen übrigen Wohnungseigentümern bewilligt werden (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 BGB). In der Eintragungsbewilligung muß der schuldrechtliche Anspruch nach Inhalt und Umfang zweifelsfrei bestimmt oder doch bestimmbar sein (allgem. Meinung; vgl. *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anhang zu § 44 Anm. 17 c mit Rechtsprechungsnachweisen).

Das Erfordernis der Bestimmbarkeit ist dann erfüllt, wenn das Recht, die im einzelnen geschuldete Leistung zu bestimmen, dem Vertragspartner (§ 315 BGB), oder einem Dritten (§ 317 BGB) eingeräumt ist (BayObLGZ 1973, 309/312 f.; BayObLG Rpfleger 1986, 174 [= MittBayNot 1986, 75]). Dies gilt insbesondere dann, wenn das Bestimmungsrecht innerhalb eines festgelegten Höchstrahmens ausgeübt werden muß (BayObLG DNotZ 1985, 44). Die Bestimmbarkeit kann auch von der Entschließung einer Behörde abhängig sein, z. B. bei Maßgeblichkeit eines erst aufzustellenden Bebauungsplans (BayObLG a. a. O.). Das Bestimmungsrecht des Vertragspartners kann in zulässiger Weise durch das Ergebnis eines Baugenehmigungsverfahrens eingeschränkt sein (BGH MittBayNot 1981, 233).

b) Nach diesen Grundsätzen bestehen gegen die Bestimmbarkeit des Anspruchs auf Inhaltsänderung der bestehenden Wohnungseigentumsrechte, der durch Vormerkung gesichert werden soll, keine Bedenken.

Zunächst bedarf die Eintragungsbewilligung der Auslegung, die das Rechtsbeschwerdegericht jedenfalls deshalb selbst vornehmen kann, weil das Landgericht eine Auslegung unterlassen hat (BGHZ 37, 233/243; BayObLGZ 1984, 155/158; *Horber/Demharter* § 78 Anm. 4 d dd). Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich als nächstliegende Bedeutung der Erklärung für einen unbefangenen Betrachter ergibt (allgem. Meinung; vgl. *Horber/Demharter* § 19 Anm. 8 b mit Rechtsprechungsnachweisen). Danach ist den Beteiligten zu 1 in der Eintragungsbewilligung das Recht eingeräumt, auf einer hinreichend genau bestimmten Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks einen baurechtlich genehmigten Baukörper zu errichten. Damit ist der äußerste Rahmen für das Bauwerk abgesteckt, nämlich die Fläche, auf der es errichtet werden darf und die Notwendigkeit einer baurechtlichen Genehmigung. Welches Bauwerk im einzelnen innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens errichtet wird, obliegt dem Bestimmungsrecht der Beteiligten zu 1. Der durch die Vormerkung zu sichernde Anspruch der Beteiligten zu 1 gegen die Beteiligten zu 2 auf Mitwirkung bei der Inhaltsänderung der derzeit bestehenden Wohnungseigentumsrechte dadurch, daß an den Räumen in diesem Bauwerk Sondereigentum gebildet und mit einem von dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 1 abzuspaltenden $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil zu einem eigenständigen Wohnungseigentumsrecht — sei es in Form des Wohnungseigentums oder des Teileigentums — verbunden wird, ist damit ausreichend bestimmbar und somit vormerkungsfähig. Das Erfordernis der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des zu sichernden Anspruchs verlangt nicht die Vorlage eines Aufteilungsplans oder einer Bauzeichnung hinsichtlich des künftigen Bauwerks.

c) Soweit der Senat in der Entscheidung BayObLGZ 1974, 118 eine andere Rechtsansicht vertreten hat, wird daran nicht festgehalten. In dem seinerzeit zu entscheidenden Fall war einem Wohnungseigentümer das Recht eingeräumt, auf einer bestimmt bezeichneten Teilfläche des gemeinschaftlichen Grundstücks einen Hochbau gleich welcher Art, sofern er baubehördlich genehmigt wird, zu errichten und das Sondereigentum an den sämtlichen neu errichteten Baulichkeiten mit seinem Miteigentumsanteil zu verbinden und sodann dieses Wohnungseigentumsrecht in weitere Wohnungseigentumsrechte unterzuteilen. Der Senat hat den durch Vormerkung zu sichernden Anspruch auf Einräumung von Sondereigentum an einem künftigen „Hochbau gleich welcher Art“ mangels Vorlage eines Aufteilungsplans als inhaltlich völlig unbestimmt und deshalb nicht vormerkungsfähig erachtet. Einer Auslegung der Eintragungsbewilligung dahin, daß dem begünstigten Wohnungseigentümer das Bestimmungsrecht eingeräumt ist, welches Bauwerk, sofern es nur auf der bestimmt bezeichneten Teilfläche errichtet und baurechtlich genehmigt ist, geschaffen wird, ist der Senat nicht nähergetreten. Die Frage einer möglicherweise unter diesem Gesichtspunkt ausreichenden Bestimmbarkeit des Anspruchs hat er nicht erörtert.

Der Senat hat in der Entscheidung auch ausgeführt, „unabhängig von der Unbestimmtheit des Anspruchs sei dessen Erfüllung auch nicht lediglich vom Willen des Antragstellers abhängig“. Begründet wurde dies damit, daß die weitere Aufteilung des Miteigentums und die Begründung neuer Sondereigentumsrechte zu einer Verschiebung der derzeitigen Stimmrechtsverhältnisse führen würde, die wegen der noch unbekanntem Anzahl der künftigen Stimmrechte der Zustimmung aller Wohnungseigentümer bedürfe; der Antrag

auf Eintragung einer Vormerkung scheitert daher außer an der Unbestimmtheit des Anspruchsinhalts auch an der für die Geltendmachung des Anspruchs noch erforderlichen Zustimmung aller Wohnungseigentümer (BayObLGZ 1974, 118/124). Dieses Argument ist in der Zwischenzeit durch die Rechtsprechung überholt: Jeder Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer unterteilen (BGHZ 49, 250; BayObLGZ 1983, 79/82 [= DNotZ 1984, 104 = MittBayNot 1983, 124]); eine Veränderung des ursprünglichen Stimmrechts in seinem Umfang ist damit aber in keinem Fall verbunden (BGHZ 73, 150/155; BayObLG NJW-RR 1991, 910).

11. BGB § 1037 Abs. 1 (*Bebauung eines Grundstücks durch Nießbraucher als unzulässige Umgestaltung eines Grundstücks*)

1. Die Vorschrift des § 1037 Abs. 1 BGB, wonach der Nießbraucher nicht berechtigt ist, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern, kann nicht mit dinglicher Wirkung abbedungen werden.
2. Als eine unzulässige Abbedingung des § 1037 Abs. 1 BGB ist es auch anzusehen, wenn einem Nießbraucher gestattet wird, auf einem bei Nießbrauchsbestellung unbebauten Grundstück oder einer unbebauten Grundstücksteilfläche ein Gebäude zu errichten.

Kammergericht, Beschluß vom 23.7.1991 — 1 W 7919/89 —

Aus dem Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag bestellte und bewilligte die Grundstückseigentümerin der Beteiligten ein Nießbrauchsrecht an einem näher beschriebenen, nicht bebauten Teil eines Grundstücks.

Im Rahmen der für den Nießbrauch geltenden Bestimmungen vereinbarten die Grundstückseigentümerin und die Nießbraucherin folgendes:

§ 1 Bebauung des Grundstücksteils

(1) Der Nießbrauchsberechtigte ist berechtigt, im Rahmen seiner Nutzung des Grundstücksteils auf dem Grundstücksteil im Einklang mit den jeweils anwendbaren gesetzlichen Vorschriften ein Fabrikationsgebäude nebst den dazu erforderlichen Anlagen wie Hof, Parkplätzen, Zufahrtswegen, etc. (Gebäude und Anlagen im folgenden zusammen auch „Bauwerke“ genannt) sachgemäß zu errichten.

(2) Die Bauwerke sind solide auszuführen und mit den aus gesundheitlichen, gewerberechtlichen und feuerpolizeilichen Gründen erforderlichen Einrichtungen zu versehen.

(3) Der Nießbrauchsberechtigte ist verpflichtet, die Baupläne dem Grundstückseigentümer zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen sowie ihm die Herstellungskosten der Bauwerke nach Fertigstellung durch Vorlage der Unternehmerrechnung nachzuweisen.

Durch Beschluß hat der Rechtspfleger des Amtsgerichts Neukölln den Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs mit der Begründung zurückgewiesen, daß die der Nießbraucherin eingeräumte Berechtigung zur Bebauung des Grundstückes der Regelung in § 1037 Abs. 1 BGB widerspreche.

Erinnerung und Beschwerde blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die gem. §§ 78 Satz 1, 80 Abs. 1 GBO zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts läßt eine Gesetzesverletzung, auf die die weitere Beschwerde allein gestützt werden kann, nicht erkennen.

Das Landgericht hat angenommen, daß das Grundbuchamt den gestellten Eintragungsantrag mit Recht zurückgewiesen habe, weil das bestellte Nießbrauchsrecht wegen der Regelung in § 1037 Abs. 1 BGB nicht eintragungsfähig sei. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht davon ausgegangen, daß ein Nießbrauchsrecht an einem Grundstück im Grundbuch nicht eintragungsfähig ist, wenn es nach seinem Inhalt mit zwingenden gesetzlichen Vorschriften nicht im Einklang steht. Ob dies der Fall ist, hängt von der zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Nießbraucher anläßlich der Nießbrauchsbestellung getroffenen Vereinbarung ab. Mit der Begründung des Nießbrauchs entsteht zwischen dem Eigentümer der Sache und dem Nießbraucher ein gesetzliches Schuldverhältnis, durch das die Rechte und Pflichten zwischen dem Nießbraucher und dem jeweiligen Eigentümer gestaltet werden (vgl. BayObLGZ 1977, 81/84 [= DNotZ 1978, 99 = MittBayNot 1977, 120]; BayObLGZ 1979, 273/276 [= MittBayNot 1979, 165]; *Staudinger/Promberger*, 12. Aufl., Vorbem. zu §§ 1030 ff. Rdnr. 6; *Petzoldt* in MünchKomm., 2. Aufl., vor § 1030 Rdnr. 13). Dieses gesetzliche Schuldverhältnis kann grundsätzlich mit dinglicher Wirkung geändert und aufgehoben werden (vgl. BayObLGZ, a. a. O.; BGHZ 95, 99/101 [= DNotZ 1986, 23]; *Staudinger/Promberger*, a. a. O. Rdnr. 10; *Petzoldt*, a. a. O., Rdnr. 14). Eine gesetzlich zulässige Modifizierung dieses Schuldverhältnisses durch Parteivereinbarung liegt jedoch nur dann vor, wenn das Abbedingen der gesetzlichen Regelung nicht gegen das Wesen des Nießbrauchs verstößt und insbesondere nicht begriffswesentliche Grenzen zwischen Eigentum und Nießbrauch verletzt werden (BayObLGZ, a. a. O.; BGHZ, a. a. O., S. 100; *Staudinger/Promberger*, a. a. O.; *Petzoldt*, a. a. O., Rdnr. 15). Wesentliches Merkmal in diesem Sinne ist — wie das Landgericht ohne Rechtsfehler dargelegt hat — die durch § 1037 Abs. 1 BGB geschützte Erhaltung der Substanz der nießbrauchsbelasteten Sache.

Da der Nießbrauch das Recht gewährt, die Nutzungen der Sache zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB), wird der Eigentümer mit der Bestellung des Nießbrauchs einschneidend beschränkt.

Während er vorher ein umfassendes Herrschafts- und Nutzungsrecht besaß, kann er mit der Nießbrauchsbestellung nicht mehr die Früchte der Sache und die Vorteile, die der Gebrauch der Sache gewährt, ziehen (vgl. § 100 BGB), und der Nießbraucher erlangt ein Recht zum Besitz der Sache (§ 1036 Abs. 1 BGB). Damit überträgt der Eigentümer mit der Nießbrauchsbestellung wesentliche Teile seines Vollrechts auf den Nießbraucher und begibt sich zugleich weitgehend seiner unmittelbaren Einflußmöglichkeit auf die Sache. Wegen dieser weitreichenden Beschränkung des Eigentümers in seiner Rechtsposition hat der Gesetzgeber dem Nießbraucher nicht nur die Pflicht auferlegt, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren (§ 1036 Abs. 1 BGB), sondern er hat vor allem untersagt, die Sache umzugestalten und wesentlich zu verändern (§ 1037 Abs. 1 BGB). Mit diesem Verbot, das lediglich bei Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen eingeschränkt werden ist (§ 1037 Abs. 2 BGB), soll sichergestellt werden, daß dem Eigentümer die Substanz der Sache so, wie sie bei Begründung des Nießbrauchs war, unverändert erhalten bleibt (vgl. *Planck*, BGB, 5. Aufl., § 1037 Anm. 1). Diese Regelung in § 1037 Abs. 1 BGB zielt somit auf den Schutz des jeweiligen Eigentümers vor den Folgen einer Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung der nießbrauchsbelasteten Sache ab; denn anders als der den Nießbrauch bestellende Eigentümer, der sich schuldrechtlich vor Umgestaltungen oder wesentlichen Veränderungen sichern könnte, wäre

sonst wegen der dinglichen Wirkung des Nießbrauchs ein späterer Eigentümer, der nicht auch Rechtsnachfolger im obligatorischen Geschäft ist, dem nicht übersehbaren Risiko ausgesetzt, die Sache im veränderten Zustand zurückzuerhalten. Dementsprechend ist dem Nießbraucher selbst dann eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung untersagt, wenn dadurch die Sache wertvoller oder einträglicher wird (vgl. *Staudinger/Promberger*, a. a. O., § 1037 Rdnr. 1; *Petzoldt*, a. a. O., § 1037 Rdnr. 2). Nur wenn die Substanz der Sache in ihrem Gesamtcharakter nicht berührt wird, sind Umgestaltungen und Veränderungen dem jeweiligen Eigentümer zumutbar und deshalb dem Nießbraucher gestattet (vgl. *Petzoldt*, a. a. O.; *Rothe* in RGRK, 12. Aufl., § 1037 Rdnr. 1). Das den Nießbraucher treffende Gebot der Substanzerhaltung ist somit das Korrelat für die Einbuße des Eigentümers bezüglich seines aus dem Eigentum folgenden umfassenden Nutzungsrechts an der Sache, weshalb die in § 1037 Abs. 1 BGB normierte Substanzerhaltungspflicht des Nießbrauchers zum Wesen des Nießbrauchs gehört und damit § 1037 Abs. 1 BGB mit dinglicher Wirkung nicht abdingbar ist (vgl. BayObLGZ 1977, 81/85 f.; *Staudinger/Promberger*, a. a. O., Rdnr. 3; *Palandt/Bassenge*, 50. Aufl., § 1037 Anm. 1; *Erman/Michalski*, 8. Aufl., § 1037 Rdnr. 1; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rdnr. 1375; *Horber/Demharter*, GBO, 18. Aufl., Anhang zu § 44, Anm. 13 f. bb). Gehört aber die Substanzerhaltungspflicht zum Wesen des Nießbrauchs, dann kann die Abdingbarkeit des § 1037 Abs. 1 BGB mit dinglicher Wirkung auch nicht mit der Erwägung gerechtfertigt werden, daß den Nießbraucher die Verpflichtung trifft, die wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten (so BayObLGZ a. a. O., Seite 86; a. A. *Petzoldt*, a. a. O., vor § 1030 Rdnr. 16).

Eine rechtlich unzulässige Abbedingung des § 1037 Abs. 1 BGB mit dinglicher Wirkung liegt nicht nur dann vor, wenn der Eigentümer dem Nießbraucher eine Umgestaltung der Sache nach dem Belieben des Nießbrauchers gestattet. Vielmehr ist ein solcher Verstoß auch dann zu bejahen, wenn der Nießbraucher nach der Vereinbarung mit dem Eigentümer bei einem Nießbrauch an einem bisher unbebauten Grundstück berechtigt sein soll, ein Gebäude zu errichten (vgl. *Staudinger/Promberger*, a. a. O., Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge*, a. a. O.; vgl. auch *Petzoldt*, a. a. O., § 1037 Rdnr. 16; *Haegeler/Schöner/Stöber*, a. a. O., LG Köln, MittRhNotK 1986, 24). Eine solche Befreiung von der Pflicht zur Substanzerhaltung mit dinglicher Wirkung kann auch nicht unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden, daß die Parteien bei der Nießbrauchbestellung an einem bisher unbebauten Grundstück gerade die Bebauung des Grundstücks als konkrete Absicht oder auch nur als Möglichkeit in Betracht ziehen (so aber *Staudinger/Promberger*, a. a. O., Rdnr. 4). Das Argument, in solchem Falle handele es sich nicht um eine dem Grundsatz der Substanzerhaltung wesensfremde Gestaltänderung, sondern um eine Nutzung des Grundstücks im Rahmen von dessen „objektiv und durch den Willen der Parteien geprägter Beschaffenheit“ (so *Staudinger/Promberger*, a. a. O.), rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Substanz einer Sache im Sinne des § 1037 Abs. 1 BGB wird nicht durch einen Willensakt des Eigentümers oder der Parteien des Nießbrauchsbestellungsvertrages geprägt, sondern ist eine objektiv faßbare Beschaffenheit. Auch die Erwägung, daß in dem erwähnten Fall die Bebauung der Aufrechterhaltung der vom Eigentümer gewollten wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks, nämlich seiner Bebauung diene und daß deswegen die entsprechende Vereinbarung keinen Verstoß gegen das Verbot der Umge-

staltung oder der Veränderung im Sinne des § 1037 Abs. 1 BGB darstellt, vermag nicht zu überzeugen. Denn die gesetzliche Regelung, wonach dem Nießbraucher Eingriffe in die Substanz verwehrt sind, ist nicht nur eine Konkretisierung des in § 1036 Abs. 2 BGB statuierten Grundsatzes, daß der Nießbraucher die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren hat. Eine Umgestaltung oder wesentliche Veränderung der Sache kann auch dann vorliegen, wenn diese Umgestaltung einer vom Willen des Eigentümers getragenen wirtschaftlichen Zweckbestimmung entspricht (so auch BayObLGZ 1977, 81/86; vgl. auch *Staudinger/Promberger*, a. a. O., Rdnr. 1). Es ist selbstverständlich, daß der Eigentümer einem anderen die Befugnis zur Bebauung eines unbebauten Grundstücks einräumen darf. Auf Grund des § 1037 Abs. 1 BGB, der mit dinglicher Wirkung nicht abdingbar ist, kann diese Befugnis jedenfalls nicht einem Nießbraucher als Bestandteil des dinglichen Rechts eingeräumt werden. Auch die Erwägung, ein Abweichen von § 1037 Abs. 1 BGB sei dann als zulässig anzusehen, wenn dem dem Nießbraucher eingeräumten Umgestaltungs- und Veränderungsrecht die Verpflichtung des Nießbrauchers gegenübersteht, den „wirtschaftlichen Wert“ der Sache zu erhalten (so *Petzoldt*, a. a. O., Rdnr. 16), ist nicht überzeugend. Die wirtschaftliche Werterhaltung ist nicht mit der Substanzerhaltung identisch.

Der Umstand, daß im vorliegenden Fall der Nießbrauch nur an einem Teil eines Grundstücks bestellt werden soll, gibt keinen Anlaß zu abweichender rechtlicher Beurteilung. Entscheidend bleibt auch hier, daß die Bebauung einen Eingriff in die Substanz des Objekts des Nießbrauchs darstellt, die dem Nießbraucher mit dinglicher Wirkung nicht vom Eigentümer gestattet werden kann.

Wenn hiernach die Bebauung eines Grundstücks nicht als Bestandteil des dinglichen Rechts (Nießbrauchs) vereinbart werden kann, können die Parteien indessen unabhängig vom Nießbrauch die Umgestaltung oder Veränderung des Grundstücks durch schuldrechtliche Vereinbarung gestatten (siehe dazu *Staudinger/Promberger*, a. a. O., Rdnr. 5). Eine solche schuldrechtliche Vereinbarung wirkt aber nur zwischen den Vertragsparteien und deren Gesamtrechtsnachfolgern; Einzelrechtsnachfolgern gegenüber hat sie nur Bedeutung, wenn diese in die schuldrechtliche Verpflichtung eintreten (vgl. *Petzoldt*, a. a. O., Rdnr. 17). Im übrigen kann das Recht, ein Gebäude zu errichten, Gegenstand einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) sein, sofern dadurch nicht praktisch jede andere Benutzung des Grundstücks durch den Eigentümer ausgeschlossen wird (vgl. Senat, Beschluß vom 16. 4. 1991 — 1 W 453/91 —; KGJ 39 A 215; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1982, 98 m. w. N.).

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. 11. 1952 (LM Nr. 2 zu § 95 BGB) geht zwar offenbar davon aus, daß die Bebauung eines Grundstücks in Ausübung eines Nießbrauchs gestattet sein kann. Soweit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. 11. 1952 (LM Nr. 2 zu § 95 BGB) offenbar davon ausgeht, daß die Bebauung eines Grundstücks in Ausübung eines Nießbrauchs gestattet sein kann und daß demgemäß das errichtete Gebäude Bestandteil des Grundstücks ist (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB), ist eine Vorlage der weiteren Beschwerde an den Bundesgerichtshof gem. § 79 Abs. 1 Satz 2 GBO gleichwohl nicht veranlaßt. Der Senat weicht von der genannten Entscheidung nicht ab, weil der hier maßgebende Sachverhalt ein anderer ist. Nach den ver-

öffentlichem Gründen der Entscheidung der Vorinstanz (OLG Celle MDR 1952, 744) ist davon auszugehen, daß der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Bestellung eines Nießbrauchs für bergbauliche Zwecke zugrundelag, die nach Maßgabe des § 1037 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch die Befugnis zur Errichtung von Bauwerken umfaßt. Soweit der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang auch ein Wohnhaus als in Ausübung des Nießbrauchs im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz BGB errichtet angesehen hat, ergibt sich daraus nichts für die hier zu beantwortende Frage, inwieweit die Vorschrift des § 1037 Abs. 1 BGB in bezug auf die Errichtung eines Bauwerks mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann. Die in RGZ 106, 49 veröffentlichte Entscheidung des Reichsgerichts betrifft ebenfalls eine andere als die hier gegebene Fallgestaltung.

12. BGB § 883; Grundstücksverkehrsverordnung — GVVO — § 2 (Eintragungsfähigkeit einer Auflassungsvormerkung trotz schwebender Unwirksamkeit einer genehmigungspflichtigen Grundstücksveräußerung)

Das Genehmigungserfordernis nach § 2 der Grundstücksverkehrsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1991 betreffend die Veräußerung im Gebiet der ehemaligen DDR belegener Grundstücke bezieht sich nicht auf die Bewilligung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Der künftige Auflassungsanspruch ist nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB vormerkungsfähig.

Kammergericht, Beschluß v. 3. 12. 1991 — 1 W 6126/91 —

Aus dem Tatbestand:

Die elngetragenen Eigentümer verkauften den Betelligten als Käufer mit notariellem Vertrag das im Gebiet der ehemaligen DDR belegene Grundstück und bewilligten die Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung zugunsten der Käufer. Auf den vom beurkundenden Notar gestellten Antrag auf Eintragung der Vormerkung hat der Grundbuchrechtspfleger eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO erlassen, wonach für die Eintragung der Vormerkung die Vorlage der behördlichen Genehmigung nach der Verordnung über den Verkehr mit Grundstücken in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1991 (BGBl. I S. 1000) — GVVO — erforderlich sei. Gegen die Zwischenverfügung des Rechtspflegers haben die Kaufvertragsparteien die als Beschwerde geltende Erinnerung eingelegt, die das Landgericht zurückgewiesen hat. Dagegen richtet sich ihre nach §§ 78 bis 80 GBO zulässige weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet, denn das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgeführte Eintragungshindernis besteht nicht. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens ist nur die Frage, ob dieses Eintragungshindernis besteht (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl., § 71 Anm. 11 mit Nachweisen).

Das Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) GVVO und damit auch das daran anknüpfende Eintragungsverbot des § 2 Abs. 2 Satz 1 GVVO erstrecken sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht auf die Bewilligung und Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung. Der Eintragungsfähigkeit der Vormerkung steht auch nicht entgegen, daß der Auflassungsanspruch wegen der schwebenden Unwirksamkeit des Kaufvertrages noch nicht entstanden ist; denn die Eintragung einer Vormerkung ist grundsätzlich auch zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zulässig (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) GVVO bedürfen einer Genehmigung der nach § 7 GVVO zuständigen Stelle „die Veräußerung eines Grundstücks und der schuldrechtliche Vertrag hierüber“. Die Begründung einer Auflassungsvormerkung kann nicht als Veräußerung des Grundstücks und erst recht nicht als schuldrechtlicher Vertrag hierüber angesehen werden. Eine Vormerkung wird gem. § 885 Abs. 1 BGB aufgrund einseitiger Bewilligung des Betroffenen eingetragen, die zugleich die einzige materiellrechtliche Entstehungsvoraussetzung der Vormerkung ist; ihre Entstehung setzt also keine dingliche Einigung über die Begründung der Vormerkung voraus (vgl. BGHZ 28, 182/184; MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., § 885 Rdnr. 15; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 885 Rdnr. 8; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 885 Rdnr. 6). Die Rechtsnatur einer Vormerkung wird allgemein dahin gekennzeichnet, daß sie ein mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art ist; sie hat die Aufgabe, die Verwirklichung des gesicherten Anspruches in die Wege zu leiten, ihm den Rang des Rechts, auf dessen Begründung der Anspruch gerichtet ist, zu sichern und dessen künftige Eintragung vorzubereiten (BGH, a. a. O., S. 185). Die damit geschaffene dingliche Beziehung zum Grundstück kann zwar weitgehend dem zu begründenden dinglichen Recht gleichgesetzt und die Vormerkungsbewilligung als ein der Einigung des § 873 BGB ähnelndes dingliches Verfügungsgeschäft angesehen werden (vgl. BGH, a. a. O., S. 186 f.). Dennoch läßt sich die Begründung der Auflassungsvormerkung als eines bloßen Sicherungsrechts noch nicht als Veräußerung des Grundstücks und damit auch nicht als eine solche nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) GVVO auffassen. Das ist zum Beispiel für das im wesentlichen wortgleiche Genehmigungserfordernis des § 2 Abs. 1 Satz 1 des Grundstücksverkehrsgesetzes — GrdstVG — („die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks und der schuldrechtliche Vertrag hierüber bedürfen der Genehmigung“), welches sich ebenfalls nur auf die Auflassung und den zugrundeliegenden Kaufvertrag, nicht aber auf eine Auflassungsvormerkung bezieht, mit Recht anerkannt (*Haegeler*, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 3. Aufl., Rdnr. 2, 87/88; *Lange*, GrdstVG, 2. Aufl., § 2 Anm. 9d).

Eine ausdehnende Anwendung behördlicher und sonstiger Genehmigungserfordernisse, die ähnlich lauten wie § 2 Abs. 1 GVVO, auf die Auflassungsvormerkung wird nach ganz herrschender Auffassung auch sonst mit Recht abgelehnt (vgl. etwa *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 155 und § 20 Rdnr. 194 zu § 2 Abs. 1 GrdstVG sowie RGZ 108, 91/94 zur VO vom 15. März 1918 über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken; BayObLGZ 1969, 303/304 f. zu § 51 Abs. 1 Nr. 1 BBauG sogar bei anscheinend weiterreichender Genehmigungsbedürftigkeit von „Verfügungen über ein Grundstück“; BayObLGZ 1964, 237/238 m. w. N. zu § 12 WEG; allgemein auch *Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl., Anhang zu § 44 Anm. 17 d m. w. N.).

Das mag anders zu beurteilen sein, soweit Zustimmungserfordernisse nicht nur für die Veräußerung, sondern auch für die Belastung des Grundstücks festgelegt sind und sich deshalb die Frage stellt, ob die Vormerkung als „Belastung“ in diesem Sinne anzusehen ist (vgl. RGZ 134, 181 und KG JFG 7, 389, je zu § 77 RVersorgG; OLG Karlsruhe Rpfleger 1958, 221 und OLG Köln NJW 1968, 505, je zu § 5 Abs. 2 ErbbauVO). Im vorliegenden Fall sind indessen allein die Veräußerung eines Grundstücks und die schuldrechtliche Verpflichtung hierüber genehmigungspflichtig.

Es besteht auch kein Anlaß, die in § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) GVVO verwendeten, an sich eindeutigen Begriffe zum Schutz etwaiger Rechte Dritter dahin ausdehnend aufzufassen, daß damit auch die Begründung einer die Veräußerung vorbereitenden Auflassungsvormerkung gemeint ist. Zwar wird auch in anderen Fällen für die Frage der Reichweite behördlicher oder sonstiger Genehmigungserfordernisse, die sich dem Wortlaut nach nur auf bestimmte Rechtsgeschäfte beziehen, mit Recht jedenfalls ergänzend auf den Zweck des Genehmigungserfordernisses abgestellt (vgl. BayObLGZ 1964, 237 f. und 1969, 303/305 f.; MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., § 885 Rdnr. 23). Dieser Zweck erfordert indessen im vorliegenden Fall keine Anwendung der Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) GVVO über ihren Wortlaut hinaus. Der Eintragung einer Auflassungsvormerkung schon vor Erteilung der für die Begründung des Vollrechts erforderlichen Zustimmung steht unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen, wenn einerseits der Zweck des Zustimmungserfordernisses durch die Auflassungsvormerkung nicht beeinträchtigt wird, andererseits aber ein Bedürfnis besteht, den von der Erteilung der Zustimmung abhängigen (künftigen) Auflassungsanspruch schon während des Schwebezustandes zu sichern (BayObLG, a. a. O.). Beide Voraussetzungen sind hier gegeben; insbesondere hat der Käufer des Grundstücks ein schutzwürdiges Interesse an der Sicherung der bereits bindend begründeten Auflassungsverpflichtung des Verkäufers, deren wirksame Entstehung nur noch von der Erteilung der Genehmigung abhängt (vgl. auch BayObLGZ 1969, 303/306).

In Bezug auf den Zweck des Genehmigungserfordernisses lauten die Erläuterungen der Bundesregierung wie folgt, soweit die in der Deutschen Demokratischen Republik erlassene Grundstücksverkehrsverordnung vom 15. Dezember 1977 (GBl. 1978 I Nr. 5 S. 73), zuletzt geändert durch das 1. Zivilrechtsänderungsgesetz vom 18. Juni 1990 (GBl. I Nr. 39 S. 524), mit einigen, nicht § 2 betreffenden Änderungen in Kraft geblieben ist (vgl. BGBl. 1990 II S. 885, 1167):

„Das bisher für alle Grundstücksgeschäfte erforderliche Genehmigungsverfahren muß aufrechterhalten bleiben, damit die Verpflichtungen zur Rückgabe des Eigentums an frühere Eigentümer . . . gewährleistet werden können. Aufgrund der Maßgaben werden alle sonstigen Voraussetzungen zur Genehmigung gestrichen; somit bleiben nur noch die Voraussetzungen erhalten, die der Regelung der offenen Vermögensfragen im Verhältnis zur DDR dienen . . .“ (BT-Drucksache 11/7817 S. 63).

Gem. § 2 GVVO in der damaligen Fassung waren neben der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch Vertrag verschiedene andere Rechtsgeschäfte genehmigungspflichtig, und zwar auch bestimmte Belastungen des Grundstücks. Ihre jetzige Fassung mit der Beschränkung des Genehmigungserfordernisses auf die Veräußerung sowie die Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts und die schuldrechtlichen Verträge hierüber hat die Vorschrift aufgrund des Artikels 3 des Gesetzes vom 22. März 1991 (BGBl. I S. 766) erhalten. Damit hat der Gesetzgeber die behördliche Genehmigung nur noch in Bezug auf diese Rechtsgeschäfte für erforderlich gehalten, um gegebenenfalls die Verpflichtung zur Rückgabe des Eigentums an frühere Eigentümer zu gewährleisten. Im übrigen hat er unter Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen die nach § 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen — VermG — unter bestimmten Voraussetzungen bestehende grundsätzliche Verpflichtung des Verfü-

gungsberechtigten für ausreichend erachtet, den Abschluß dinglicher Rechtsgeschäfte oder die Eingehung langfristiger Verpflichtungen ohne Zustimmung des Berechtigten zu unterlassen. Dabei handelt es sich nach den Erläuterungen der Bundesregierung und der vom Senat für zutreffend erachteten herrschenden Meinung nicht um ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB, sondern um eine schuldrechtliche Unterlassungsverpflichtung, deren Verletzung die Wirksamkeit der Rechtshandlung nicht berührt (vgl. BT-Drucksache 11/7831 S. 4 f. und z. B. KG, DtZ 1991, 191; Kohler NJW 1991, 465/466; Barkam in: Rädler/Raupach/Bezenberger, Vermögen in der ehemaligen DDR, § 3 VermG Rdnr. 48 m. w. N.).

Das Genehmigungserfordernis des § 2 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b) GVVO soll nach alledem sicherstellen, daß Grundstücksveräußerungen nicht wirksam sind und grundbuchrechtlich vollzogen werden, bevor durch die zuständigen Stellen geklärt ist, inwieweit Berechtigungen im Sinne des Vermögensgesetzes in Verbindung mit der dazu ergangenen Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Oktober 1990 (BGBl. I, Seite 2162) bestehen (vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 2 GVVO), die der Veräußerung des Grundstücks durch den eingetragenen Eigentümer entgegenstünden. Dieser Zweck des Genehmigungserfordernisses wird durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht beeinträchtigt. Denn dadurch wird weder das Eigentum des Vormerkungsberechtigten begründet noch sonst vor Erteilung der Genehmigung eine die etwaige Rückübertragung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen hindernde Rechtsposition des Vormerkungsberechtigten geschaffen. Wegen der Abhängigkeit der Vormerkung vom Bestand des gesicherten Anspruchs (vgl. nur Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 883 Rdnr. 2 und § 886 Rdnr. 4; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., § 883 Rdnrn. 5 und 14) und damit im hier gegebenen Fall der Sicherung eines künftigen Anspruchs von der wirksamen Entstehung des Anspruchs erlangt der Vormerkungsberechtigte eine aufgrund der Vormerkung durchsetzbare Rechtsposition erst mit der behördlichen Genehmigung des Kaufvertrages. Wird diese bestandskräftig versagt, woran die Behörde durch die Eintragung der Vormerkung nicht gehindert ist, so erlischt die Vormerkung mit allen ihren bis dahin bestehenden Wirkungen, weil dann feststeht, daß der vorgemerkte Anspruch nicht mehr wirksam entstehen kann (vgl. OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, 495 [= DNöZ 1990, 300]; BayObLGZ 1959, 223/225 m. w. N.; MünchKomm/Wacke, a. a. O.; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 886 Rdnr. 4.; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., § 886 Rdnr. 2). Die Begründung der Auflassungsvormerkung greift daher der genehmigungspflichtigen Veräußerung des Grundstücks insoweit nicht vor, hindert insbesondere nicht eine etwaige Rückübertragung des Grundstücks nach dem Vermögensgesetz.

Soweit als Folge einer Rückübertragung des Grundstücks nach den genannten Vorschriften die Notwendigkeit einer Löschung der Auflassungsvormerkung entsteht, wird dadurch die Rückübertragung auch dann nicht wesentlich erschwert, wenn sich der eingetragene Vormerkungsberechtigte nach bestandskräftig gewordener Versagung der Genehmigung weigerte, die Löschung der gegenstandslos gewordenen Vormerkung zu bewilligen. Eine wesentliche Verzögerung der Rückübertragung, die durch eine Erstreckung des Genehmigungserfordernisses schon auf die Auflassungsvormerkung möglicherweise zu vermeiden wäre, ist aber auch dann nicht zu befürchten. Insbesondere

brauchte der etwaige Rückübertragungsempfänger den Vormerkungsberechtigten entgegen der Annahme des Grundbuchrichters im Regelfall nicht umständlich und zeitaufwendig auf Abgabe der Löschungsbewilligung zu verklagen. Vielmehr läßt sich die Grundbuchberichtigung durch Löschung einer gegenstandslos gewordenen Vormerkung ohne Mitwirkung des Vormerkungsberechtigten im vereinfachten Verfahren nach der auch auf die Vormerkung anwendbaren Vorschrift des § 22 Abs. 1 GBO durchführen (vgl. auch BayObLGZ 1969, 303/305), weil die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch Vorlage des behördlichen Bescheids oder gegebenenfalls der dazu ergangenen gerichtlichen Entscheidung über die rechtskräftige Versagung der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 GVVO ohne weiteres in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann (vgl. BayObLGZ 1959, 223/226).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann der beispielsweise in § 2 GrdstVG und auch in sonstigen ähnlichen Genehmigungserfordernissen nicht enthaltene Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 GVVO nicht entnommen werden, das Grundbuchamt dürfe Eintragungen jeglicher Art, also auch diejenige von Vormerkungen, erst vornehmen, wenn ihm die Genehmigung vorgelegt wird. Nach § 2 Abs. 2 Satz 1 GVVO darf das Grundbuchamt „aufgrund eines nach § 2 Abs. 1 GVVO genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts“ eine Eintragung in das Grundbuch erst vornehmen, wenn der Genehmigungsbescheid vorgelegt ist (ähnlich § 2 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes über besondere Investitionen in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet — BGBl. 1990 II S. 1157 — für die Eintragung einer — nach der Grundstücksverkehrsverordnung — „genehmigungsbedürftigen Verfügung“ in das Grundbuch). Die Auflassungsvormerkung wird — wie ausgeführt — nicht durch ein nach § 2 Abs. 1 GVVO genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft begründet und auch nicht aufgrund eines solchen Rechtsgeschäfts eingetragen, sondern aufgrund einseitiger Bewilligung des Betroffenen. Das Eintragungsverbot des § 2 Abs. 2 Satz 1 GVVO enthält keine über § 2 Abs. 1 GVVO hinausgehenden tatbestandlichen Voraussetzungen; es knüpft vielmehr ausdrücklich an ein „nach Absatz 1 genehmigungspflichtiges“ Rechtsgeschäft an, erweitert also das Genehmigungserfordernis nicht über den Kreis dieser Rechtsgeschäfte hinaus. Da — wie ausgeführt — auch der Zweck des Genehmigungserfordernisses keine Anwendung der Vorschriften der Grundstücksverkehrsverordnung schon auf die Auflassungsvormerkung erfordert, ist kein Raum für die vom Landgericht vorgenommene Auslegung, die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 GVVO begründe ein auch die Auflassungsvormerkung betreffendes generelles Eintragungsverbot. Unter diesen Umständen stellt sich allerdings die Frage, welchen Sinn diese Vorschrift neben dem im Eintragungsverfahren ohnehin von Amts wegen zu beachtenden (vgl. BayObLGZ 1969, 303/304) Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 1 GVVO haben soll. Dieser kann aber in der grundbuchverfahrensrechtlichen Klarstellung gesehen werden, daß der Nachweis für die Erteilung der Genehmigung nur durch Vorlage des Genehmigungsbescheids geführt werden kann.

Die vom Grundbuchamt mit Zwischenverfügung verlangte Beibringung der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 GVVO ist für die Eintragung der beantragten Auflassungsvormerkung auch nicht deshalb erforderlich, weil der zu sichernde Auflassungsanspruch erst mit der Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages (Kaufvertrages) wirksam entsteht. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 883 Abs. 1

Satz 2 BGB sind auch künftige Ansprüche vormerkbar. Diese Vorschrift ist allerdings nach allgemeiner, auch vom Senat vertretener Auffassung im Interesse des Grundbuchverkehrs (vgl. dazu RGZ 151, 75/76 f.) einschränkend dahin ausulegen, daß nicht jeder künftige Anspruch vormerkungsfähig ist (Senat OLGZ 1972, 113/114). Die erforderliche Einschränkung der Vormerkbarkeit künftiger Ansprüche wird im wesentlichen übereinstimmend in der Weise vorgenommen, daß für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit bestehen, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage vorhanden sein muß (vgl. etwa BGHZ 12, 115/118; MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., § 883 Rdnr. 24; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 883 Rdnr. 15; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 883 Rdnr. 6); insbesondere darf die Entstehung des Anspruchs nicht von der reinen Willkür des demnächst Verpflichteten abhängen (Senat, a. a. O.). Auch unter diesem Gesichtspunkt bestehen hier aber keine Bedenken gegen die Eintragung der Auflassungsvormerkung vor Erteilung der Genehmigung nach § 2 Abs. 1 GVVO.

Die genannten Voraussetzungen für die Vormerkbarkeit eines künftigen Anspruches sind hier gegeben, weil die Entstehung des Auflassungsanspruchs nur noch von der behördlichen Genehmigung des notariell beurkundeten Kaufvertrages abhängt. Denn der Kaufvertrag bindet die Beteiligten trotz seiner schwebenden Unwirksamkeit in der Weise, daß sie gehalten sind, während des Schwebezustandes alles in ihren Kräften Stehende zu tun, um die Genehmigung herbeizuführen, und alles zu unterlassen, was dieser Genehmigung hinderlich sein könnte, sie sind also insoweit an den Vertrag gebunden und aus ihm heraus verpflichtet, daran mitzuwirken, daß der Vertragszweck erfüllt wird (vgl. BGH DNotZ 1966, 739/742; Ertl, Rpfleger 1977, 345/349 m. w. N.). Es ist also nicht nur den Verkäufern als den demnächst zur Auflassung Verpflichteten, sondern darüber hinaus auch den Käufern als Auflassungsberechtigten verwehrt, sich während des Schwebezustandes einseitig vom Vertrag loszusagen. Auch sonst fehlt es nicht an der für die Entstehung des vorgemerkten Anspruchs erforderlichen hinreichend festen Grundlage. Es ist mit Recht allgemein anerkannt, daß diese Grundlage in der Regel vorhanden ist, wenn das den Anspruch begründende Rechtsgeschäft nur noch einer behördlichen Genehmigung bedarf (vgl. z. B. RGZ 108, 91/94; BayObLG Rpfleger 1977, 361 [= MittBayNot 1977, 153]; Ertl, a. a. O.; MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., § 883 Rdnr. 25; Palandt/Bassenge, a. a. O.; Soergel/Stürner, a. a. O.; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, GBO, 3. Aufl., Einl G 22/23 mit Beispielen). Zweifel daran sind nur begründet, soweit die Genehmigung grundlos verweigert werden kann (vgl. Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a. a. O. Rdnr. G 24 mit Beispielen). Sind dagegen nicht nur beide Vertragsparteien gebunden, sondern unterliegt darüber hinaus auch die Erteilung der Genehmigung bestimmten rechtlichen Voraussetzungen, so fehlt es insoweit nicht an der erforderlichen festen, weil rechtlich vorgezeichneten Grundlage für die Entstehung des Anspruchs. Die Genehmigung ist hier zu erteilen, wenn ein Versagungs- oder Aussetzungsgrund nach § 6 der Verordnung über die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Oktober 1990 (BGBl. I Seite 2162) nicht vorliegt (§ 1 Satz 2 GVVO), so daß die Genehmigungsbehörde insoweit nicht frei ist.

Der Annahme einer hinreichend festen Grundlage für die Entstehung des vorgemerkten Anspruchs steht schließlich

auch nicht entgegen, daß dieses Erfordernis in der Rechtsprechung teilweise dahin formuliert worden ist, der Rechtsboden für den Anspruch müsse durch ein rechtsverbindliches Angebot oder Abkommen zwischen den künftigen Vertragsparteien soweit vorbereitet sein, daß die Entstehung des Anspruchs „nur noch“ vom Willen des demnächst Berechtigten abhängt (vgl. z. B. BGHZ 12, 115/118; RGZ 151, 75/77; BayObLGZ 1977, 103/105 [= DNotZ 1977, 662 = MittBayNot 1977, 113] und 247/248 [= DNotZ 1978, 39 = MittBayNot 1977, 230]). Diese Eingrenzung bezieht sich aber ersichtlich lediglich auf die Frage der hinreichenden Bindung der Vertragsparteien, und zwar letztlich des demnächst Verpflichteten, die hier ohne weiteres gegeben ist. Sie kann deshalb nicht auf den hier zu entscheidenden, anders gelagerten Fall bezogen werden, daß sogar beide Vertragsparteien gebunden sind und die Entstehung des Anspruchs nur noch von einer an bestimmte Voraussetzungen gebundenen behördlichen Genehmigung abhängt. Die Formulierung wird daher mit Recht als mißverständlich bezeichnet, hilfsweise abgelehnt (vgl. MünchKomm/Wacke, 2. Aufl., § 883 Rdnr. 24; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 883 Rdnr. 15; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 883 Rdnr. 6 m. w. N.), soweit sie ihrem Wortlaut nach gegen die Vormerkbarkeit solcher Ansprüche zu sprechen scheint, und auch vom Bundesgerichtshof selbst an anderer Stelle lediglich beispielhaft verwendet (BGH NJW 1981, 446: „Jedenfalls dann, wenn . . .“; vgl. auch Senat NJW 1971, 1309: „jedenfalls“; ähnlich BayObLG Rpfleger 1977, 361 und OLG Düsseldorf MittRhNotK 1986, 195). Daher stellt sich hier auch die Vorlagefrage nach § 79 Abs. 2 GBO nicht.

Für eine Kostenerstattungsanordnung nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG besteht kein Anlaß.

13. EGBGB § 182, BayAGBGB Art. 62 (*Erlöschen von Stockwerkseigentum bei Abbruch des Gebäudes*)

Stockwerkseigentum nach bayerischem Landesrecht erlischt mit Abbruch des Gebäudes. Das verbleibende schlichte Miteigentum unterliegt uneingeschränkt dem Aufhebungsanspruch nach § 749 Abs. 1 BGB.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Kempten, Beschluß vom 17. 12. 1991 — 4 T 2330/91 —, mitgeteilt von Notar *Winfried Staudt*, Kaufbeuren.

Aus dem Tatbestand:

Die beiden Beteiligten sind Miteigentümer eines Grundstücks. Nach dem Grundbuch sind die Miteigentumsanteile verbunden mit Stockwerkseigentum an einem Gebäude. Dieses Gebäude wurde 1989 abgerissen.

Die Beteiligte zu 1) beantragte beim Vollstreckungsgericht die Durchführung der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der bestehenden Gemeinschaft.

Diesen Antrag wies der Vollstreckungspfleger ab.

Zur Begründung führte er aus:

Beim Versteigerungsobjekt handle es sich um altbayerisches Stockwerkseigentum, bei dem die Auseinandersetzung auch nach Abbruch des Gebäudes ausgeschlossen sei.

Die Beteiligte zu 1) legte gegen diesen Beschluß „Beschwerde“ ein.

Der Vollstreckungsrichter hat dem Rechtsbehelf nicht abgeholfen, sondern diesen dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Beim Rechtsbehelf der Beteiligten zu 1) handelt es sich in Wirklichkeit um eine Rechtspflegererinnerung nach § 11 Abs. 1 Satz 1 RPfIG, die erst durch die Vorlage an das Landgericht zur Beschwerde geworden ist, und zwar zur sofortigen Beschwerde (§§ 11 Abs. 2 Satz 5 RPfIG, 180, 95 ZVG, 793 ZPO).

Diese sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

Entgegen der Auffassung des Amtsgericht kann die Beteiligte zu 1) gem. § 749 Abs. 1 BGB die Aufhebung der bestehenden Gemeinschaft verlangen. Sie ist hieran nicht durch Art. 62 Satz 2 BayAGBGB gehindert. Zwar ist nach dieser Vorschrift bei bestehendem Stockwerkseigentum der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft kraft Gesetzes ausgeschlossen. Das Stockwerkseigentum der Beteiligten ist jedoch mit dem Abbruch des Gebäudes erloschen. Übrig geblieben ist ihr ungeteiltes Miteigentum am Grundstück (vgl. *Sprau*, Justizgesetze in Bayern, Art. 62 AGBGB, Rdnr. 13; *Meisner/Ring/Götz*, Nachbarrecht in Bayern, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 14 (ausführlicher 6. Aufl., § 3 I (Seite 64 ff.); *Staudinger/Kanzleitner/Hönle*, BGB, 12. Aufl., Art. 182 EGBGB Rdnr. 9). Insoweit besteht aber uneingeschränkt der Aufhebungsanspruch nach § 749 Abs. 1 BGB.

Soweit im angefochtenen Beschluß auf Art. 229 des Württ. AGBGB hingewiesen wird, kommt dieser Bestimmung lediglich eine deklaratorische Bedeutung zu. Das bedeutet, daß — auch ohne eine derartige Bestimmung — das Stockwerkseigentum auch in Bayern mit dem vollständigen Untergang des Gebäudes bzw. mit dem Untergang wesentlicher Gebäudeteile erlischt (vgl. *Sprau*, a. a. O.).

Damit war der Beschluß des Amtsgerichts aber aufzuheben. Das Amtsgericht hat die beantragte Teilungsversteigerung durchzuführen.

14. BGB § 1030, 1060, 1024, 879 (*Wohnungsrecht und Nießbrauch am selben Grundstück*)

Ein bereits eingetragenes Wohnungsrecht steht der Eintragung eines nachrangigen umfassenden Nießbrauchs nicht entgegen (Abgrenzung zu BayObLG MittBayNot 1979, 230 = DNotZ 1980, 479).

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Aschaffenburg, Beschluß vom 13. 3. 1992 — T 40/92 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Richard Bölsche*, Aschaffenburg

Aus dem Tatbestand:

In einem Überlassungsvertrag vom 7. Januar 1992 räumte der Antragsteller dem Veräußerer unter anderem ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an einem bebauten Grundstück ein.

Die Parteien vereinbarten dazu in § 3 der Urkunde:

„Der Erwerber bestellt zu Gunsten des Veräußerers ein Nießbrauchsrecht am Vertragsbesitz, für das die gesetzlichen Bestimmungen gelten sollen.“

Die Eintragung des Nießbrauchsrechts zu Gunsten des Berechtigten an nächstfolgender Rangstelle am Vertragsbesitz wird bewilligt und beantragt, mit dem Vermerk, daß zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll.“

Gem. § 15 GBO beantragte der Notar den Vollzug. Mit Zwischenverfügung vom 5. 2. 1992 teilte der Rechtspfleger beim Grundbuchamt Aschaffenburg mit, daß der Eintragung folgendes Hindernis entgegenstehe:

Im Grundbuch ist für das Grundstück ein Wohnungsrecht zu Gunsten von Frau F. eingetragen, welches sich auf einzelne Zimmer des Dach-

geschosses des Wohngebäudes erstreckt und durch den Überlassungsvertrag auf das gesamte Dachgeschoß erweitert wird. Dieses Wohnungsrecht stehe dem umfassenden Nutzungsrecht des Nießbrauchs entgegen.

Gegen diese Zwischenverfügung legte der Notar als Vertreter für den Antragsteller Erinnerung ein.

Rechtspfleger und Grundbuchrichter halfen dem Rechtsmittel nicht ab.

Aus den Gründen:

Die nach Nichtabhilfe des Rechtspflegers und Grundbuchrichters als Beschwerde des gem. § 13 Abs. 2 GBO berechtigten Antragstellers zu behandelnde Erinnerung ist gem. §§ 3 Nr. 1 h, 11 Abs. 1, 2 RPflG, § 73, 75 GBO zulässig und hat auch in der Sache selbst Erfolg.

Der beantragten Grundbucheintragung des Nießbrauchs aus der notariellen Urkunde vom 7.1.1992 steht zumindest nicht das in der Zwischenverfügung genannte Eintragungshindernis entgegen.

1. Zwar ist richtig, daß im Grundbuch für das Flurstück ein erst bei Todesnachweis lösungsfähiges Wohnungsrecht für Frau F. eingetragen ist, das in Abteilung II an erster Rangstelle steht. Dieses Wohnungsrecht umfaßt nach Erweiterung durch § 8 der Urkunde vom 7.1.1992 das gesamte Dachgeschoß des Wohnhauses.

2. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Nießbrauchsbestellung im vorliegenden Fall wegen des vermeintlichen Ausschlusses wesentlicher Nutzungsrechte unzulässig und deshalb nicht im Grundbuch eintragungsfähig ist.

a) Zutreffend führt der Rechtspfleger aus, daß der Nießbrauch dem Berechtigten grundsätzlich das umfassende Recht, die gesamten Nutzungen im Sinne des § 100 BGB des mit ihm belasteten Vermögensgegenstand zu ziehen (§ 1030 Abs. 1 BGB), gibt.

Der Nießbrauch kann aber nach § 1030 Abs. 2 BGB durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden, was nach einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung jedoch bedeutet, daß von der Übertragung der Gesamtnutzung lediglich einzelne Nutzungen ausgenommen werden können, ohne daß dadurch der Charakter des Nießbrauchs als umfassendes Nutzungsrecht beeinträchtigt werden darf.

Es ist daher insbesondere zulässig, die Nutzung von vornherein auf eine einzelne Nutzungsart oder auf verschiedene einzelne Nutzungsrechte zu beschränken, wofür das Rechtsinstitut der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 ff. BGB) vorgesehen ist (vgl. BayObLGZ 79, 361 ff. [= DNotZ 1980, 479 = MittBayNot 1979, 230]).

b) Eine solche unzulässige und damit im Grundbuch nicht eintragungsfähige Nießbrauchsbestellung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, da zum einen das Nießbrauchsrecht des Berechtigten gem. § 3 der notariellen Urkunde vom 7.1.1992 ausdrücklich ein umfassendes Nutzungsrecht im Sinne des § 1030 BGB an dem gesamten Vertragsbesitz gewährt.

Zum anderen wird der rechtliche Bestand des Nießbrauchs — entgegen der Auffassung des Rechtspflegers — nicht dadurch in Frage gestellt bzw. verhindert, daß im Grundbuch bereits ein Wohnungsrecht zugunsten von Frau F. eingetragen ist. Wie sich aus den Bestimmungen der §§ 1060 und 1024 BGB ergibt, steht der Wirksamkeit der Bestellung und Eintragung eines Nießbrauchs ein schon bestehendes Recht nicht entgegen. Vielmehr hat dies nur Auswirkung

und Bedeutung für die Rangstelle. Diesem Umstand wurde hier durch die ausdrückliche Beantragung „den Nießbrauch an nächstfolgender Rangstelle“ einzutragen, Rechnung getragen. Es kommt daher nicht zu einer Kollision.

Auch stellt die Tatsache, daß schon ein Wohnungsrecht eingetragen ist, keine faktische Grundbuchsperre dar, dergestalt, daß keine weiteren dinglichen Rechte in derselben Grundbuchabteilung eingetragen werden dürfen. Gem. §§ 879 Abs. 1, Satz 1, 1060 BGB hat dies nur Auswirkungen auf das materielle Rangverhältnis und damit auf die Reihenfolge, in der die bestehenden Rechte verwirklicht werden können.

3. Da deshalb jedenfalls das vom Rechtspfleger in seiner Zwischenverfügung angenommene Hindernis der Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs nicht entgegensteht, war dessen Entscheidung aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Entscheidung über die Vollziehung an das Amtsgericht — Grundbuchamt — Aschaffenburg zurückzugeben (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 19. Auflage, § 77 Anm. 5 b und 10 a).

4. Da die Zwischenverfügung schon wegen Nichtbestehens des angenommenen Eintragungshindernisses aufzuheben war, kommt es im Ergebnis nicht mehr darauf an, ob der Rechtspfleger die Zwischenverfügung unter Berücksichtigung seiner in der angefochtenen Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Rechtsauffassung überhaupt erlassen durfte. Bei der Annahme fehlender Eintragungsfähigkeit des Einzelrechtes im Grundbuch wäre der Eintragungsantrag sofort, d. h. ohne Zwischenverfügung zurückzuweisen (vgl. *Horber/Demharter*, Kommentar zur GBO, 19. Auflage, § 18 Anm. 3 b).

15. BGB §§ 2311, 2312, 2049 (*Auskiesungsreife Grundstücke nicht Bestandteil des Landgutes*)

Bei der Bemessung des Pflichtteils ist die Ertragswertrechnung gem. §§ 2312, 2049 BGB nicht gerechtfertigt, soweit es sich um unmittelbar an ein Kieswerk angrenzende Äcker handelt, für die die amtliche Genehmigung zum Abbau reicher Kiesvorkommen bereits erteilt ist und die dafür benötigt werden, vorausgesetzt die auskiesungsreifen Grundstücke lassen sich ohne Gefahr für die dauernde Lebensfähigkeit des Landgutes aus diesem herauslösen (Fortführung von BGHZ 98, 382).

BGH, Urt. v. 9. Oktober 1991 — IV ZR 259/90 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

16. BGB § 2369 Abs. 1; FGG § 73 Abs. 1; Einigungsvertrag Art. 8; FGG § 13 a (*Kein gegenständlich auf das Altbundesgebiet beschränkter Erbschein nach einem vor Beitritt im Gebiet der ehemaligen DDR verstorbenen Erblasser*)

Für im Gebiet der (alten) Bundesrepublik befindliche Gegenstände, die zum Nachlaß eines vor dem 3.10.1990 im Gebiet der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik verstorbenen deutschen Erblassers gehören, kann seit diesem Zeitpunkt ein gegenständlich beschränkter Erbschein nicht mehr erteilt werden; ein Verfahren, in dem ein solcher Erbschein beantragt wurde, ist in der Hauptsache erledigt.

BayObLG, Beschluß vom 17.3.1992 — BReg. 1 a Z 53/89 = BayObLGZ 1992 Nr. 14 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

17. HGB § 25 Abs. 1 Satz 1 (*Zum Haftungstatbestand des § 25 HGB*)

Eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 1 HGB liegt schon dann vor, wenn der Verkehr die neue Firma trotz vorgenommener Änderungen noch mit der alten identifiziert.

BGH, Urteil vom 4.11.1991 — II ZR 85/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte, eine seit 1958 unter der Firma K. R. im Handelsregister eingetragene und seit dem 25.11.1987 als K. R. KG firmierende Kommanditgesellschaft, aus dem Gesichtspunkt des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf die Bezahlung von Kaufpreisforderungen in Höhe von 7.671,14 DM in Anspruch, die ihr gegen die K. R. Metallwarenfabrik GmbH (im folgenden: GmbH) zustehen. Die GmbH ist laut Eintragung im Handelsregister vom 24.9.1987 aufgelöst, nachdem der Antrag, über ihr Vermögen das Konkursverfahren zu eröffnen, mangels Masse abgelehnt worden war. Die Beklagte, die bis dahin kein produzierendes Gewerbe betrieben und sich ausschließlich als Grundstücksgesellschaft betätigt hatte, nahm im Herbst 1987 auf den ihr erfolgversprechend erscheinenden Geschäftszweigen die Produktion der GmbH in den jedenfalls bis dahin an diese vermieteten Geschäftsräumen auf und führte sie bis Ende 1988 fort. Zu diesem Zweck übernahm sie achtzig Mitarbeiter der aus ca. zweihundert Beschäftigten bestehenden ehemaligen Belegschaft der GmbH und verwendete für ihre Geschäftspost Briefköpfe, auf denen sie sich unter einem schon von der GmbH verwendeten stark ins Auge fallenden Firmenemblem „R.“ mit breitem grünen Band als „K. R. KG Metallwarenfabrik“ unter Angabe der Geschäftsbereiche „Kachelofenzubehör, Stanztechnik, Schweißtechnik, Schalldämpfer“ bezeichnete. Diese Geschäftsbereiche stimmen mit den auf dem Briefkopf der GmbH bezeichneten bis auf die „Schalldämpfer“ überein, an deren Stelle diese „Briefkasten, Briefkastenanlagen“ genannt hatte. Die Angaben zu Anschrift, Postfach, Telefon und Fernschreiber sind auf beiden Briefbögen die gleichen.

Die Revision gegen die in beiden Vorinstanzen erfolgreiche Klage blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Beklagte mit Recht für verpflichtet erachtet, die gegen die frühere Geschäftsinhaberin, die K. R. Metallwarenfabrik GmbH, begründeten Kaufpreisforderungen der Klägerin zu bezahlen. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB haftet, wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt.

II. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, daß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auch auf einen Sachverhalt wie den im vorliegenden Fall zur Beurteilung stehenden anwendbar ist, lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

1. Entgegen der Ansicht der Revision hat die Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB im vorliegenden Fall nicht schon deshalb zu unterbleiben, weil die Beklagte die Produktion erst aufgenommen hat, nachdem der Antrag, das Konkursverfahren über das Vermögen der GmbH zu eröffnen, mangels Masse abgelehnt worden war und die GmbH ihren Betrieb eingestellt hatte. Eine vorübergehende Stilllegung des Geschäftsbetriebs, insbesondere auch während eines Konkursverfahrens, steht der Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht entgegen, solange die wesentlichen Grundlagen des Handelsgeschäfts, vor allem seine innere Organisation und seine Geschäftsbeziehungen zu Kunden und Lieferan-

ten, so weit intakt bleiben, daß die Möglichkeit einer Wiederaufnahme und Fortführung des Unternehmens durch den Übernehmer besteht (vgl. dazu statt aller *Heymann/Emmerich*, HGB § 25 Rdnr. 15 i. V. m. § 22 Rdnr. 4 m. w. N.). Diese Voraussetzungen waren, wie der Senat, da es dazu keiner zusätzlichen tatrichterlichen Feststellungen bedarf, selbst entscheiden kann, im vorliegenden Fall gewahrt. Ungeachtet der Kündigung der bestehenden Beschäftigungsverhältnisse war die Beklagte ohne weiteres in der Lage, den stillgelegten Geschäftsbetrieb der GmbH mit dem Stamm der bisherigen Arbeitnehmer in denselben Geschäftsräumen und mit denselben betrieblichen Einrichtungen unter Anknüpfung an die bisherigen Kunden- und Lieferantenbeziehungen wieder aufzunehmen.

2. Ebensowenig kann die Revision mit ihrem Einwand Erfolg haben, die Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf den vorliegenden Fall müsse bereits daran scheitern, daß diese Bestimmung nicht für den Erwerb eines Handelsgeschäfts vom Konkursverwalter gelte. Die Unanwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB auf Unternehmensveräußerungen durch den Konkursverwalter beruht, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 11.4.1988 (II ZR 313/87, WM 1988, 901 [= DNotZ 1989, 88]) ausgeführt hat, maßgeblich auf dem Gesichtspunkt, daß die Aufgabe des Konkursverwalters, das Unternehmen im Interesse der Gläubiger an der bestmöglichen Verwertung der Masse im ganzen zu veräußern, nicht durch eine mögliche Haftung des Erwerbers für die Schulden des bisherigen Unternehmensträgers erschwert werden soll. Dieser durch die Besonderheiten des Konkursverfahrens bedingte Gesichtspunkt trifft auf die Übernahme des Unternehmens eines überschuldeten Rechtsträgers außerhalb eines Konkursverfahrens nicht zu. Dies gilt auch für den Fall, daß die Eröffnung des Konkurses in Ermangelung einer die Verfahrenskosten deckenden Masse abgelehnt worden ist. Die in § 25 Abs. 1 HGB vorgesehene Rechtsfolge setzt entgegen der Ansicht der Revision auch nicht voraus, daß das übernommene Unternehmen einen zur Befriedigung seiner Gläubiger ausreichenden Wert verkörpert.

3. Vollends ohne Bedeutung für die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB auf den vorliegenden Fall ist schließlich der Umstand, daß die Auflösung der GmbH bereits am 24.9.1987 nach Ablehnung des Konkursantrages in das Handelsregister eingetragen worden ist. Diese Eintragung verlaublich, was die Revision verkennt, lediglich, daß die Kontinuität des Unternehmensträgers nicht mehr gegeben war. Die Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB knüpft jedoch nicht an den Fortbestand des Unternehmensträgers, also des Inhabers, sondern allein an die Kontinuität des Unternehmens an. Diese aber wird durch den Wechsel seines Inhabers, den § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB im Gegenteil gerade voraussetzt, nicht berührt.

III. Frei von Rechtsfehlern, die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen könnten, sind ferner die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht seine Annahme begründet, daß die Beklagte das Handelsgeschäft der GmbH im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB fortgeführt hat.

Nach den dazu vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen hat die Beklagte einen wesentlichen Teil der Produktion der aufgelösten GmbH mit denselben Maschinen und Einrichtungsgegenständen in denselben Räumen, mit denselben Warenbeständen und mit einem Teil des Personals der GmbH unter derselben Anschrift sowie unter Angabe desselben Postfachs, Telefon- und Fern-

schreibanschlusses und unter Verwendung eines weitestgehend ähnlichen Geschäftsbogens fortgeführt. Die gegen diese Feststellungen und die auf ihnen beruhende rechtliche Würdigung gerichteten Angriffe der Revision können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

1. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist es für die Anwendung des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht erforderlich, daß das Geschäft in seinen sämtlichen Teilen übernommen wird. Die in dieser Bestimmung vorgesehene Rechtsfolge greift vielmehr auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen werden, solange nur der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern desselben übernommen wird, so daß sich der nach außen für den Rechtsverkehr in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (BGHZ 18, 248, 250; Urt. v. 29. 3. 1982 — II ZR 166/81, WM 1982, 555, 556 [= DNotZ 1983, 191]). Es ist deshalb aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht der Einstellung der Produktion von Briefkästen und Briefkastenanlagen keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen, sondern für die rechtliche Betrachtung darauf abgestellt hat, daß die Beklagte alle vom Berufungsgericht als wesentlich gewürdigten Geschäftsbereiche der aufgelösten GmbH, nämlich die Produktionszweige Kachelofenzubehör, Stanz- und Schweißtechnik, fortgeführt hat. Diese konkreten tatsächlichen Feststellungen kann die Revision ebensowenig wie die auf ihnen beruhende rechtliche Würdigung dadurch zu Fall bringen, daß sie ohne Bezug auf einen substantiierten Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen geltend macht, die Betätigung der Beklagten auf dem früheren Produktionsgebiet der GmbH betreffe nur die Blechverarbeitung. Ebenso wenig könnte es etwas an der Fortführung des Unternehmens der GmbH in seinem wesentlichen Bestand ändern, wenn man entsprechend der dahingehenden Rüge der Revision für die Revisionsinstanz unterstellt, daß die Beklagte entsprechend dem eingeschränkten Umfang der weitergeführten Produktion auch nur einen Teil des Warenlagers der GmbH übernommen hat. Die Identität des Unternehmens, auf die es für die rechtliche Beurteilung des Vorgangs allein ankommt, würde dadurch nicht berührt.

2. Ohne Erfolg rügt die Revision ferner, es sei nicht nachgewiesen, daß der Beklagten ein Recht auf die in dem Unternehmen der GmbH zusammengefaßten Sachen und Gegenstände oder auf das Unternehmen insgesamt eingeräumt worden sei. Entscheidend für den Haftungstatbestand des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB ist allein die durch die Firmenfortführung nach außen dokumentierte Kontinuität des in seinem wesentlichen Bestand fortgeführten Unternehmens, nicht das interne Vertragsverhältnis, das, wie der Bundesgerichtshof bereits in früheren Entscheidungen (vgl. Urt. v. 16. 1. 1984 — II ZR 114/83, WM 1984, 474 [= DNotZ 1984, 580 = MittBayNot 1984, 93] und v. 10. 10. 1985 — IX ZR 153/84, WM 1985, 1475) ausgesprochen hat, sogar ganz fehlen kann. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Beklagte, wie das Berufungsgericht annimmt, die Anwartschaftsrechte der GmbH auf Rückerwerb der zur Sicherheit auf die kreditgewährende Sparkasse übertragenen Betriebseinrichtungen und Maschinen erworben oder die GmbH diese später anderweit veräußert hat. Maßgeblich ist allein die auch von der Revision als solche nicht in Abrede gestellte Tatsache, daß die Beklagte diese Gegenstände bis Ende 1988 tatsächlich, und zwar mit Einverständnis der kreditgebenden Sparkasse, übernommen und für die aufrechterhaltenen Teile der Produktion weiterbenutzt hat.

IV. Rechtlich nicht zu beanstanden sind ferner die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht auch die Fortführung der bisherigen Firma bejaht hat.

1. Entgegen der Ansicht der Revision wird die Firmenfortführung insbesondere nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Beklagte in ihrer Firma die Bezeichnung KG führt, während es sich bei dem früheren Unternehmensträger um eine GmbH handelt. Der tragende Gesichtspunkt für die in § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB vorgesehene Haftung des Nachfolgers für die im Betrieb des Unternehmens begründeten Verbindlichkeiten seines Vorgängers liegt in der Kontinuität des Unternehmens, die durch die Fortführung der bisherigen Firma (nach dem Gesetzeswortlaut zur Auslösung der Haftungskontinuität allerdings notwendigerweise) lediglich nach außen in Erscheinung tritt. Dementsprechend kann es für die Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht auf eine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung zwischen alter und neuer Firma, sondern nur darauf ankommen, ob nach der maßgeblichen Sicht des Verkehrs trotz vorgenommener Änderungen noch eine Fortführung der Firma vorliegt (vgl. statt aller BGH, Urt. v. 16. 9. 1981 — VIII ZR 111/80, WM 1981, 1255 sowie v. 10. 10. 1985 a. a. O. m. w. N.; aus dem Schrifttum *Staub/Hüffer*, HGB 4. Aufl. § 25 Rdnr. 47; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB 28. Aufl. § 25 Anm. 1 D. b). Entscheidend ist mithin allein, ob der Verkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert. Wer den Eindruck der Verlautbarung einer Unternehmenskontinuität und die an sie anknüpfende Rechtsfolge der Haftungskontinuität vermeiden und auch nicht auf die Möglichkeiten des § 25 Abs. 2 HGB zurückgreifen will, muß durch die Wahl einer eindeutig anderen Firma für den nötigen Abstand von der alten sorgen und darf sich nicht an diese „anhängen“. Nur einen besonderen Anwendungsfall dieser Regel stellt es dar, wenn der Bundesgerichtshof auch schon bisher angenommen hat, daß die Firmengleichheit im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB nicht durch Hinzufügung oder Weglassung eines auf eine Gesellschaft deutenden Zusatzes ausgeschlossen wird (Urt. v. 2. 4. 1959 — II ZR 163/58, LM HGB § 22 Nr. 1 = BB 1959, 462; v. 29. 3. 1982 a. a. O.). Derartige Zusätze sind, ob gesetzlich vorgeschrieben oder freiwillig aufgenommen, jedenfalls farblos und ohne Einfluß auf die Individualisierung der Firma. Durch ihre Änderung unter Beibehaltung des Kerns oder prägender Zusätze wird vielmehr gerade die Kontinuität des Unternehmens beim Wechsel des Unternehmensträgers hervorgehoben. Entgegen der Ansicht der Revision ist es deshalb auch ohne Bedeutung, daß die Beklagte in ihrer Firma den Zusatz KG führt, ohne daß dies durch § 19 Abs. 2 HGB, der lediglich irgendeinen das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz verlangt, zwingend vorgeschrieben wäre. Der Verkehr mußte darin, soweit er der eingetretenen Änderung überhaupt Beachtung geschenkt haben sollte, lediglich die Klarstellung sehen, daß das Unternehmen der GmbH nunmehr von einem neuen Rechts-träger in der Rechtsform einer KG unter der bisherigen Firma fortgeführt werden sollte. Das gleiche gilt entgegen der Ansicht der Revision von der angeblichen Mitteilung an Kunden und Lieferanten, die Firma „R. KG sei etwas Neues“. Eine solche Mitteilung vermag weder die tatsächlich gegebene Unternehmenskontinuität ungeschehen zu machen noch die Tatsache der Weiterführung der bisherigen Firma zu beseitigen. Sie enthält nicht mehr als einen Hinweis auf den Wechsel des Inhabers, der die Haftung für die im Unternehmen begründeten Altverbindlichkeiten unter den Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB gerade nicht auszuschließen vermag. Aus demselben Grund kann sie auch nicht die Wirkungen des § 25 Abs. 2 HGB nach sich ziehen.

Ohne Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreits ist es schließlich, daß die Beklagte bereits vor der Übernahme des Unternehmens der K. R. Metallwarenfabrik GmbH mit der im November 1987 in „K. R. KG“ geänderten Firma „K. R.“ im Handelsregister eingetragen war. Abgesehen davon, daß § 25 Abs. 1 HGB nicht verlangt, daß der ehemalige Inhaber dem neuen „seine“ Firma mitüberträgt, sondern lediglich darauf abstellt, daß sich die Firmen des neuen und des alten Geschäftsinhabers gleichen (vgl. SenUrt. v. 29. 3. 1982 a. a. O.), kommt es auf die von der Revision in diesem Zusammenhang aufgeworfene allgemeine Frage, ob ein Kaufmann von der weiteren Verwendung seiner eigenen, ähnlichen, schon bisher geführten Firma absehen muß, wenn er die Rechtsfolge des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB vermeiden will, schon deshalb nicht an, weil die Beklagte das übernommene Unternehmen der GmbH nicht unter ihrer eigenen, jedenfalls nicht unverändert gebliebenen Firma weitergeführt hat. Vielmehr hat sie von dem Zeitpunkt, in dem sie den Produktionsbetrieb der GmbH fortsetzte, für ihr Auftreten gegenüber dessen Kunden und Lieferanten ihre bisherige Firma durch den auch in der Firma der GmbH enthaltenen individualisierenden Zusatz „Metallwarenfabrik“ ergänzt und damit — von dem Gesellschaftsformzusatz abgesehen — eine vollständige Übereinstimmung ihrer im Verkehr benutzten Firma (zur Maßgeblichkeit der tatsächlich gebrauchten und nicht der im Handelsregister eingetragenen Firma vgl. SenUrt. v. 1. 12. 1986 — II ZR 303/85, WM 1987, 212 [= DNotZ 1987, 374]) mit derjenigen des bisherigen Unternehmensinhabers herbeigeführt. Ein solcher Sachverhalt aber erfüllt, wie vorstehend dargelegt, zweifelsfrei den Haftungstatbestand des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB.

18. HGB §§ 12 Abs. 2, 49 Abs. 1; FGG § 28 Abs. 2 (Zur Handelsregisteranmeldung durch Prokuristen)

Ein Prokurist kann nur dann ohne zusätzliche Vollmacht keine Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen, wenn diese die Grundlagen des „eigenen“ Handelsgeschäfts betreffen. Die Erfüllung von Anmeldepflichten der von dem Prokuristen vertretenen Gesellschaft als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft ist dagegen von der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB zustehenden Vertretungsmacht gedeckt.

BGH, Beschluß vom 2. 12. 1991 — II ZB 13/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Beschwerdeführerin ist bisher als M. G. Kommanditgesellschaft im Handelsregister des Amtsgerichts Köln eingetragen. Mit Schriftsatz vom 6. 11. 1990 hat der Notar im Namen dieser Gesellschaft unter Einreichung entsprechender Anmeldungen ihrer Gesellschafter, der E. B. Mo. GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und der E. B. GmbH & Co. als Kommanditistin, beantragt, die Änderung ihrer Firma in M. G. GmbH & Co. KG in das Handelsregister einzutragen. Die Anmeldungen beider Gesellschafter sind jeweils von denselben natürlichen Personen, dem Kaufmann Ge. S. und dem Dipl.-Sozialwirt K. W., vorgenommen worden, die für die persönlich haftende Gesellschafterin als Geschäftsführer, für die Kommanditistin als Prokuristen gezeichnet haben.

Durch Verfügung vom 17. 1. 1991 hat das Amtsgericht gegenüber dem Notar beanstandet, daß die Anmeldung der Firmenänderung seitens der Kommanditistin durch zwei Prokuristen erfolgt sei. Da die Anmeldepflicht dem gesetzlichen Vertreter obliege, werde gebeten, dessen Anmeldung nachzureichen.

Die gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde der Antragstellerin wurde durch Beschluß der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 8. 3. 1991 zurückgewiesen. Nach Ansicht des Landgerichts können Prokuristen einer Gesellschaft auch dann keine Anmeldung zum Handelsregister vornehmen, wenn diese nicht die Firma des eigenen Unternehmens, sondern die Firma einer Tochtergesellschaft betrifft. Dagegen wendet sich die weitere Beschwerde der Antragstellerin. Das Oberlandesgericht Köln möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, weil nach seiner Auffassung Prokuristen nur dann keine Anmeldung vornehmen können, wenn diese die Existenz oder Rechtsform des eigenen Unternehmens betrifft. Die Erfüllung von Anmeldepflichten der von dem Prokuristen vertretenen Gesellschaft als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft sei dagegen von der ihm nach § 49 Abs. 1 HGB zustehenden Vertretungsmacht gedeckt. Es sieht sich an dieser Entscheidung jedoch durch einen auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 14. 4. 1982 (BayObLGZ 1982, 198, 200 ff. = MittBayNot 1982, 254) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in dem genannten Beschluß die Ansicht vertreten, daß eine Handelsgesellschaft auch eine Anmeldepflicht, die ihr als Kommanditistin einer anderen Gesellschaft obliegt, nicht durch Prokuristen allein erfüllen kann. Von dieser Entscheidung müßte das vorliegende Gericht abweichen, wenn es der weiteren Beschwerde mit der von ihm für richtig gehaltenen Begründung stattgeben will.

1. Nach § 12 Abs. 2 HGB können Anmeldungen zum Handelsregister auch durch rechtsgeschäftliche Vertreter erfolgen, die dazu nach der herrschenden Auslegung der bezeichneten Vorschrift keine Spezialvollmacht benötigen, sondern lediglich eine Vollmacht, aus der sich allgemein ergibt, daß sie auch Anmeldungen der in Frage stehenden Art mit einschließt (vgl. statt aller Staub/Hüffer, HGB 4. Aufl. § 12 Rdnr. 5). Rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht ist auch die Prokura. Sie unterscheidet sich von anderen Arten gewillkürter Vollmacht lediglich dadurch, daß ihr Inhalt im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs vom Gesetz selber typisiert, sehr umfassend ausgestaltet und im Außenverhältnis zwingend festgelegt ist. Nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt sie zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb (irgend-)eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Unstreitig gehört dazu auch die Vertretung des Unternehmensträgers (Geschäftsinhabers) im Prozeß sowie die Einleitung von Verfahren und die Stellung von Anträgen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. statt aller Heymann/Sonnenschein, HGB, 1989, § 49 Rdnr. 7; Baumbach/Duden/Hopt, HGB 28. Aufl. § 49 Anm. 1 A.). Damit deckt die Prokura zumindest im Grundsatz ohne weiteres auch Anmeldungen zum Handelsregister ab, da diese der Sache nach Anträge auf Eintragung bestimmter Tatsachen in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind.

Wenn dennoch die herrschende Meinung im Schrifttum dem Prokuristen durchweg die rechtliche Fähigkeit abspricht, ohne eine zusätzliche Vollmacht Anmeldungen zum Handelsregister vorzunehmen (vgl. Staub/Hüffer a. a. O. § 12 Rdnr. 5 sowie schon Würdinger in der Vorauf. dieses Kommentars § 12 Anm. 5; Heymann/Sonnenschein a. a. O. § 12 Rdnr. 9 und § 49 Rdnr. 12; Baumbach/Duden/Hopt a. a. O. § 12 Anm. 2) A. und § 49 Anm. 1) B; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan, HGB 5. Aufl. § 12 Rdnr. 13), so beruht dies ersichtlich auf der Erwägung, daß solche Anmeldungen vielfach, wenn nicht sogar regelmäßig nicht den (laufenden)

Betrieb des Handelsgeschäfts im Sinne des § 49 Abs. 1 HGB betreffen, sondern — wie zum Beispiel die Änderung der Firma oder des Gesellschafterbestandes — die rechtlichen Grundlagen, auf denen die Existenz, Rechtsform und rechtliche Ausgestaltung des eigenen Handelsgewerbes aufbaut, für dessen Betrieb dem Prokuristen Vollmacht erteilt ist, und deshalb (wie auch die zugrundeliegenden materiellen Rechtsgeschäfte) generell dem Geschäftsinhaber oder bei einer Handelsgesellschaft den gesetzlichen Vertretungsorganen selber vorbehalten bleiben müssen (so ausdrücklich *Heymann/Sonnenschein, Staub/Hüffer* a. a. O. und *Staub/Joost*, HGB 4. Aufl. § 49 Rdnr. 17 und 40, sowie *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* a. a. O.). Derartige die Grundlagen des kaufmännischen Unternehmens berührende Geschäfte und ihre Anmeldung sind von der Prokura, da diese lediglich zur Vertretung im laufenden Betrieb des Unternehmens ermächtigt, in der Tat nicht gedeckt.

2. Diese Erwägung rechtfertigt es jedoch nicht, dem Prokuristen die ihm nach § 49 Abs. 1 HGB kraft zwingenden Rechts zustehende Vertretungsmacht für sein Unternehmen auch in den ganz anders gelagerten Fällen abzusprechen, in denen es nicht um eine Anmeldung von Tatsachen geht, welche die Rechtsform oder die Existenz des eigenen Unternehmens, also die Grundlagenentscheidungen des „Prinzips“ betreffen, von denen der Prokurist seine Vertretungsmacht überhaupt erst ableitet, sondern um Anmeldungen, die der Prokurist in Vertretung seines Unternehmens in dessen Eigenschaft als Gesellschafter, insbesondere auch als Kommanditist, einer anderen Gesellschaft abgibt. Es steht, wie bereits (oben unter 1.) dargelegt, außer Frage, daß zum Betrieb eines Handelsgewerbes auch der Erwerb, das Halten und die Aufgabe anderer Unternehmen oder von Beteiligungen an ihnen gehören können und die Vertretungsmacht des Prokuristen ohne weiteres auch alle damit verbundenen gerichtlichen wie außergerichtlichen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen umfaßt. Wenn der Prokurist mithin nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt ist, für das von ihm vertretene Handelsgeschäft Beteiligungen an anderen Unternehmen zu erwerben und die damit verbundenen Mitgliedschaftsrechte namens des von ihm vertretenen Handelsgeschäfts auszuüben, so muß er jedenfalls im Grundsatz auch ermächtigt sein, die sich aus einem solchen Beteiligungserwerb ergebenden Anmeldepflichten zu erfüllen (*Capelle/Canaris*, Handelsrecht 21. Aufl. § 14 III 1. S. 177). Dies wird auch von einem Teil der Kommentare, die bei § 12 ein Anmelde-recht des Prokuristen verneinen, ausdrücklich anerkannt (vgl. *Würdinger* a. a. O. § 49 Anm. 4 b: der vom Landgericht Koblenz, Rpfleger 1973, 307, 308 angenommene Widerspruch zwischen der Stellungnahme dieses Kommentars zu § 12 und derjenigen zu § 49 ist mithin nicht vorhanden; deutlicher noch *Schlegelberger/Schröder* a. a. O. § 49 Rdnr. 6 unter cc i. V. m. Rdnr. 7 unter a).

3. Die insbesondere vom Bayerischen Obersten Landesgericht gegen diese differenzierende Sicht eingewendeten Bedenken (a. a. O.; vgl. ferner BayObLGZ 1973, 158 sowie DNotZ 1975, 230, 232; ebenso LG Koblenz Rpfleger 1973, 307; dagegen LG Berlin Rpfleger 1973, 173 und das OLG Köln in seinem Vorlagebeschluß) sind sachlich nicht begründet. Die Gesichtspunkte, die nach dieser Ansicht den Ausschluß des Prokuristen nicht nur von Anmeldungen in Sachen des eigenen Unternehmens, sondern auch von solchen Anmeldungen erfordern sollen, die er in der Sache eines anderen Unternehmens abgibt, an dem sich das von ihm vertretene Unternehmen als Gesellschafter beteiligt hat, halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

a) Dies gilt zunächst für die Erwägung, bei Anmeldungen zum Handelsregister handle es sich nicht um eine der Vertretung durch Prokuristen zugängliche Angelegenheit, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringe, weil solche Anmeldungen von einem Kaufmann nicht unter seiner Firma, sondern unter seinem bürgerlichen Namen vorgenommen werden, die Vertretungsmacht des Kommanditisten aber, wie seine Zeichnung mit der Firma unter Beifügung eines Vertretungszusatzes zeige, auf Geschäfte beschränkt sei, die ein Kaufmann unter seiner Firma abschließe (so aber BayObLGZ 1982, 198, 201 [= MittBayNot 1982, 254]). Ungeachtet ihrer firmenrechtlichen Einkleidung ist diese Argumentation in der Sache mit dem Gesichtspunkt identisch, der Prokurist könne keine Anmeldungen zum Handelsregister vornehmen, weil diese nicht zum Betrieb des Handelsgewerbes, sondern zu den diesem Betrieb zugrundeliegenden Angelegenheiten gehörten, die der Wahrnehmung durch den „Prinzipal“ vorbehalten seien. Sie trifft deshalb ebenso wie diese aus den bereits oben bezeichneten Gründen nur für Anmeldungen in Sachen des Unternehmens zu, für das der Prokurist seine Prokura erhalten hat, nicht aber auch für Anmeldungen in den Angelegenheiten eines anderen Geschäftsbetriebes, an dem sich das von dem Prokuristen vertretene Unternehmen seinerseits beteiligt hat. Wie das Bayerische Oberste Landesgericht selber an anderer Stelle (BayObLGZ 1973, 46 = Rpfleger 1973, 175) anerkannt hat, kann selbst ein Einzelkaufmann eine Beteiligung als Kommanditist an einem anderen Unternehmen unter seiner Firma erwerben und anmelden, wenn er diese Beteiligung, wie es auch der Vermutung des § 344 HGB entspricht, nicht seinem Privatbereich, sondern seiner gewerblichen Tätigkeit, d. h. seinem Handelsgewerbe, zuordnet. Darüber hinaus ist die Unterscheidung zwischen dem „Prinzipal“ einerseits in seiner Eigenschaft als Person des allgemeinen bürgerlichen Rechts und andererseits in derjenigen des bei Betrieb seines Handelsgewerbes unter seiner Firma handelnden Kaufmanns von vornherein ohne Sinn, wenn es sich nicht um einen Einzelkaufmann sondern um eine Handelsgesellschaft handelt. Die Handelsgesellschaft hat keine von ihr als Unternehmensträger zu unterscheidende bürgerliche Existenz; sie hat dementsprechend auch keinen von ihrem Handelsnamen verschiedenen bürgerlichen Namen. Name und Firma fallen bei ihr zusammen (vgl. §§ 105, 161 i. V. m. §§ 17, 19 HGB; § 4 AktG und § 4 GmbHG). Erwirbt und hält sie Beteiligungen an einem anderen Unternehmen, so geschieht dies stets unter ihrer Firma und als Teil ihrer gewerblichen Tätigkeit, d. h. im Betrieb ihres Handelsgewerbes. Eine Anmeldung, die ihr Prokurist in den Angelegenheiten einer anderen Gesellschaft abgibt, an der sie sich als Gesellschafter beteiligt hat, erfolgt mithin stets unter der Firma des von ihm vertretenen Gesellschafters, der seinerseits Gesellschaft ist, und nicht unter dem (bürgerlichen) Namen der dahinterstehenden natürlichen Personen.

b) Ebensowenig anzuerkennen ist der Gesichtspunkt, die Anmeldepflicht treffe, auch wenn sie sich aus der Rechtsstellung der betreffenden Gesellschaft in einer anderen Gesellschaft ergebe, nicht die Gesellschaft als solche, sondern unmittelbar deren gesetzliche Vertreter persönlich (so aber *Schweyer* in seiner abl. Anm. zu LG Berlin Rpfleger 1973, 173, 174). Zwar schreibt das Gesetz in einer Reihe von Einzelfällen vor, daß die Anmeldung von allen oder sämtlichen Mitgliedern des Organs einer Gesellschaft abzugeben ist (vgl. etwa § 78 2. Halbsatz GmbHG, § 36 AktG). In solchen Fällen soll nach einer verbreiteten Ansicht eine Vertretung ausgeschlossen sein (vgl. statt aller *Staub/Hüffer* a. a. O. § 12

Rdnr. 6 m. w. N. sowie *Heymann/Sonnenschein* a. a. O. § 12 Rdnr. 13). Es kann, weil es darum im vorliegenden Fall nicht geht, dahinstehen, ob aus solchen Mengenangaben („alle“, „sämtliche“) auf eine bestimmte Abgabeform („höchstpersönlich“) geschlossen werden kann (dagegen OLG Köln NJW 1987, 135) und ob dieser Ansicht deshalb gegebenenfalls gefolgt werden könnte. Denn jedenfalls trifft, wenn sich für eine Handelsgesellschaft eine Anmeldepflicht aus ihrer Beteiligung an einer anderen Gesellschaft ergibt, wie dies bei einer Kommanditbeteiligung der Fall ist, diese Pflicht nicht jedes einzelne Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans persönlich, sondern die Gesellschaft als solche (so auch BayObLGZ 1982, 198, 200 und BayObLG DNotZ 1975, 230, 231). Die Gesellschaft als solche aber kann dabei, da es sich, wie oben dargelegt, bei Erwerb und Verwaltung einer Beteiligung an einer anderen Gesellschaft und der Erfüllung der damit verbundenen Anmeldepflichten als Gesellschafter um eine Angelegenheit handelt, die zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört, auch durch ihren Prokuristen vertreten werden.

c) Dem läßt sich auch nicht mit Erfolg das Argument entgegenhalten (so aber BayObLGZ 1982, 198, 200 f.), es sei unzulässig, die gesetzliche Anmeldepflicht auf gewillkürte Vertreter abzuwälzen, weil ihrer Erzwingung dienende Zwangsgeldverfahren nur gegen die gesetzlichen Vertreter gerichtet werden könnten. Es geht bei der vorliegend zu entscheidenden Frage nicht darum, gegen wen sich ein Zwangsgeldverfahren zu richten hat, wenn die Gesellschaft ihrer Anmeldepflicht als Gesellschafter nicht genügt, sondern allein darum, ob die Gesellschaft, die ihre Anmeldepflicht erfüllt, dabei auch durch ihren Prokuristen vertreten werden kann. Beide Fragen haben nichts miteinander zu tun. Das Gesetz verlangt keine Identität des Anmeldenden mit demjenigen, gegen den ein Zwangs- oder Ordnungsgeldverfahren einzuleiten wäre, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung unterbleibt (vgl. auch *Staub/Hüffer* a. a. O. § 14 Rdnr. 17). Andernfalls wäre die durch § 12 Abs. 2 HGB unstreitig zugelassene Wahrnehmung der Anmeldepflicht durch andere rechtsgeschäftliche Vertreter unverständlich. Eine solche Identität ist auch in der Sache nicht geboten, da die Zulassung eines Prokuristen zur vertretungsweisen Erfüllung einer Anmeldepflicht die Möglichkeit, die gesetzlichen Vertreter auf dem Wege von Ordnungsmaßnahmen zur Einhaltung nicht erfüllter Anmeldepflichten der Gesellschaft anzuhalten (vgl. *Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhan* a. a. O. § 14 Rdnr. 5), in keiner Weise berührt.

d) Mit dem Gesetz nicht in Einklang steht auch das Argument, da Eintragungen im Handelsregister für die Öffentlichkeit bestimmte Erklärungen seien, die aufgrund des Anmeldeprinzips regelmäßig ohne Prüfung auf ihre inhaltliche Richtigkeit vorgenommen würden, müsse das Registergericht in besonderem Maße darauf vertrauen können, daß die angemeldete Tatsache inhaltlich richtig sei, weshalb in der Anmeldung eine Art Garantieerklärung liege (BayObLGZ 1982, 198, 202, DNotZ 1975, 230 und BayObLG; *Gustavus*, GmbH 1978, 219, 223). Wäre dies richtig, so müßte unverständlich bleiben, warum Anmeldungen zum Handelsregister gem. § 12 Abs. 2 HGB zwar aufgrund einer allgemeinen Anmeldevollmacht sollen erfolgen können, nicht aber aufgrund einer Prokura, die anders als jene sogar zur Verwirklichung des der Anmeldung zugrundeliegenden Sachverhaltes berechtigt. Die bezeichnete Argumentation könnte sich mithin allenfalls dann auf das Gesetz berufen, wenn dieses bestimmte, daß Anmeldungen zum Handels-

register nur von dem Unternehmensträger selber oder bei fehlender eigener Handlungsfähigkeit desselben von seinem gesetzlichen Vertreter, der auch zur Herbeiführung der angemeldeten Tatsachen selber berechtigt ist, oder allenfalls von einer mit einer Spezialvollmacht für die Anmeldung ausgestatteten Person vorgenommen werden können. Dies ist jedoch, wie § 12 Abs. 2 HGB zeigt, unzweifelhaft nicht der Standpunkt des Gesetzes. Die bezeichnete Ansicht entspricht aber auch im übrigen nicht der Rechtslage. Eintragungen im Handelsregister verlaublichen nicht die Richtigkeit der eingetragenen und bekanntgemachten Tatsache als solcher, sondern lediglich den Tatbestand, daß die betreffende Tatsache in gesetzmäßiger Weise angemeldet worden ist (so auch ausdrücklich BayObLG DNotZ 1975, 230). Vollends ohne Stütze im Gesetz ist das behauptete Erfordernis einer konkludenten Garantieerklärung des Anmeldenden für die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache. Eine Garantieübernahme für die Richtigkeit der angemeldeten und eingetragenen Tatsache ist — sofern man, was besser vermieden werden sollte, in diesem Zusammenhang überhaupt von Garantie sprechen will — mit der Eintragung nur insofern verbunden, als derjenige, in dessen Angelegenheit die Tatsache einzutragen war, ihre Richtigkeit nach kodifizierten Rechtsscheingesichtspunkten (§ 15 HGB) gegen sich gelten lassen muß. Diese Haftung greift aber auch dann ein, wenn die Anmeldung durch einen Prokuristen erfolgt ist. Es besteht auch kein Grund, den Vertretenen vor unrichtigen Anmeldungen des von ihm bestellten Prokuristen stärker zu schützen als vor u. U. sehr viel einschneidenderen und folgenreicheren materiell- oder prozeßrechtlichen Handlungen eines solchen Vertreters oder vor unrichtigen Anmeldungen eines sonstigen Bevollmächtigten nach § 12 Abs. 2 HGB.

e) Ebensowenig trifft es zu, daß die Anmeldung durch einen Prokuristen dazu führen würde, daß das Registergericht gezwungen wäre, in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Tätigkeit des Prokuristen, die zur Anmeldung geführt hat, sachlich-rechtlich im Rahmen seiner Prokura liegt (so aber LG Koblenz Rpfleger 1973, 307). Da die Prokura ohne die Möglichkeit wirksamer Einschränkung im Außenverhältnis kraft Gesetzes zu allen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ist die Anmeldung, die ein Prokurist nicht für das eigene Unternehmen, sondern in seiner Eigenschaft als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Gesellschafters eines anderen Unternehmens abgibt, stets durch den zwingenden weiten Umfang seiner gesetzlich festgelegten Vertretungsmacht als Prokurist gedeckt. Schließlich ergeben sich auch aus der mit § 12 Abs. 2 HGB vorgeschriebenen Form der Vollmacht bei der Vertretung durch einen Prokuristen keine Schwierigkeiten, da die Prokura im Handelsregister eingetragen ist und ihrerseits auf einer der Form des § 12 HGB entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister beruht.

4. Da zudem der vorliegende, zur Eintragung angemeldete Sachverhalt nicht zu denjenigen Fällen gehört, in denen kraft sondergesetzlicher Bestimmungen mit der Anmeldung zusätzliche Erklärungen oder Versicherungen abzugeben sind, deren Wahrheitswidrigkeit besondere zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeiten nach sich zieht (vgl. insbesondere §§ 37, 184 Abs. 2, 188 Abs. 2, 203 AktG, 82 GmbHG), was nach überwiegender aber nicht unbestrittener Ansicht eine „höchstpersönliche“, Stellvertretung ausschließende Anmeldung erforderlich machen soll (vgl. BayObLGZ 1986, 203 [= DNotZ 1986, 692 = MittBayNot 1986, 205]; *Hachen-*

burg/Ulmer, GmbHG 8. Aufl. § 7 Rdnr. 11 f. m. w. N. auch zu abweichenden Ansichten; Baumbach/Duden/Hopt a. a. O. § 12 Anm. 2 A.; Würdinger a. a. O. § 12 Anm. 5), sind die Bedenken, die das Amts- und das Landgericht dagegen erhoben haben, daß die Kommanditistin die Änderung der Firma der beschwerdeführenden Kommanditgesellschaft durch zwei Prokuristen angemeldet hat, sachlich nicht begründet.

19. BGB §§ 133, 138; AktG 1965 §§ 243, 246; GmbHG § 34 Abs. 2 (Zur Regelung der Abfindung ausscheidender GmbH-Gesellschafter)

- a) Wird die Höhe des den Gesellschaftern einer GmbH für den Fall der Zwangseinziehung ihres Geschäftsanteiles zu gewährenden Abfindungsanspruches durch Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages reduziert, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen der Zwangseinziehung, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.
- b) Einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Bestimmung, in der die Abfindung der Gesellschafter bei deren Ausscheiden aus der Gesellschaft geregelt wird, kommt körperschaftsrechtlicher Charakter zu. Sie unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Die Gesellschaft betreffende Unterlagen, die zum Handelsregister eingereicht und damit der Allgemeinheit zugänglich gemacht worden sind, insbesondere frühere vertragliche Regelungen dieser Art, können zur Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden.
- c) Der Abfindungsbetrag ist nach dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteiles zu bemessen, soweit der Gesellschaftsvertrag keine davon abweichende, seine Höhe beschränkende Abfindungsklausel enthält. Eine Beschränkung des Abfindungsanspruches unterliegt den Grenzen des § 138 BGB. Sie ist dann als nichtig anzusehen, wenn die mit ihr verbundene Einschränkung des Abflusses von Gesellschaftskapital vollkommen außer Verhältnis zu der Beschränkung steht, die erforderlich ist, um im Interesse der verbleibenden Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft und die Fortführung des Unternehmens zu sichern.
- d) Das Recht des Gesellschafter einer GmbH, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten, gehört zu seinen zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten. Es darf nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Führt die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung zu einem groben Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen und dem nach dem Verkehrswert zu bemessenden Abfindungsanspruch, wird das Austrittsrecht des Gesellschafter in unzulässiger Weise eingeschränkt. An die Stelle der dadurch unwirksam gewordenen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel tritt ein Anspruch auf Gewährung einer angemessenen Abfindung.
- e) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Eine Abfindungsklausel, nach der den Gesellschaftern ein Abfindungsanspruch zusteht, dessen Höhe sich

aus dem Nennwert des Geschäftsanteils und einem nach Jahren der Gesellschaftszugehörigkeit bemessen, nach größeren Zeitabschnitten gestaffelten, durch einen Höchstbetrag begrenzten Betrag errechnet, verletzt diesen Grundsatz nicht.

BGH, Urt. v. 16. Dezember 1991 — II ZR 58/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Gesellschafter der Beklagten, einer in der Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführten Binnenschiffervereinigung des Unterwesergebietes. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Abfindungsregelung, die in dem am 9.12.1989 von der Gesellschafterversammlung der Beklagten mit mehr als $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen beschlossenen, zwischenzeitlich in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter getroffen worden ist.

Nach dessen § 7 sind die Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Der Geschäftsanteil des Gesellschafter ist einzuziehen, wenn er gepfändet oder über das Vermögen des Gesellschafter das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden und es dem Gesellschafter nicht gelungen ist, binnen einer ihm von der Gesellschaft eingeräumten Frist von drei Monaten die Pfändung aufheben zu lassen oder den Konkurs abzuwenden, ferner dann, wenn der Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt, soweit die Gesellschaft nicht eine Abtretung an sich oder eine von ihr zu bezeichnende Person verlangt oder der Gesellschafter — vorbehaltlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung — seinen Geschäftsanteil einer Person überträgt, welche die satzungsmäßigen Voraussetzungen der Gesellschaftereigenschaft (vgl. § 6) erfüllt und der Gesellschaft beiträgt. § 9 beschränkt den Anspruch der nach dem 31.12.1988 der Gesellschaft beigetretenen Gesellschafter bei deren Ausscheiden auf die Rückzahlung ihrer Stammeinlage. Den übrigen Gesellschaftern steht für jedes vor dem 31.12.1988 liegende Jahr der Mitgliedschaft ein Betrag von 1.000,— DM zu, der sich vom elften bis zum fünfzehnten Mitgliedsjahr um jährlich 250,— DM und ab dem sechzehnten Jahr der Zugehörigkeit zur Gesellschaft um weitere 100,— DM pro Jahr erhöht.

Die Kläger sind der Ansicht, diese Neuregelung der Abfindung habe nur mit ihrer Zustimmung wirksam beschlossen werden können, weil sie zu einer Verkürzung ihres früheren, auf der Grundlage des Verkehrswertes zu ermittelnden Abfindungsanspruches führe. Sie sei im Hinblick auf die große Diskrepanz zwischen Nennbetrag und Anteilswert nichtig, erschwere das Austrittsrecht der Gesellschafter und begünstige ohne sachlich rechtfertigenden Grund einen Teil von ihnen.

Nach Ansicht der Beklagten verkürzt die neue Regelung die Abfindungsansprüche der Gesellschafter nicht. Der Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 31.3.1956 habe eine Abfindung zum Nennwert vorgesehen. Die späteren auf Satzungsänderungen beruhenden Fassungen, zuletzt diejenige vom 23.4.1977, hätten dies durch die in § 8 Abs. 3 getroffene Regelung zum Ausdruck gebracht, der die Abfindung zum Nennwert zugrunde liege.

Die Beschränkung des Abfindungsanspruches rechtfertige sich vor allem aus der Zielsetzung der Beklagten, langfristig die wirtschaftliche Existenz ihrer Mitglieder sicherzustellen und ihnen in Havariefällen die für die Reparatur oder den Neuaufbau von Schiffen erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen.

Das Landgericht hat die Unwirksamkeit des § 9 der am 9.12.1989 beschlossenen Satzung festgestellt. Das Berufungsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht sieht in einer gesellschaftsvertraglichen Änderung, aufgrund deren der Abfindungsanspruch der aus einer GmbH ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr entsprechend der bisherigen Regelung nach dem Verkehrswert des Geschäftsanteils bemessen, sondern auf dessen Nennwert festgesetzt wird, eine Maßnahme, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der betroffenen Gesell-

schafter gem. § 53 Abs. 3 GmbHG bedürfe. Die Revision hält diese Ansicht schon deswegen für unzutreffend, weil in einem derartigen Falle eine Verkürzung von Gesellschafterrechten und nicht, wie es § 53 Abs. 3 GmbHG voraussetze, eine Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen eintrete.

Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß die in § 9 des Gesellschaftsvertrages vom 9.12.1989 getroffene Regelung auf der Grundlage des Vortrages der Kläger, nach dem alten Gesellschaftsvertrag habe die Abfindung nach dem Verkehrswert des Anteils vorgenommen werden müssen, nicht zu einer Vermehrung der Leistungen, sondern zu einer Verkürzung der Rechte der Gesellschafter führt. Eine Anwendung des § 53 Abs. 3 GmbHG auf die Verkürzung von Gesellschafterrechten durch Änderung des Gesellschaftsvertrages wird in der Literatur einhellig abgelehnt (*Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl., § 53 Rdnr. 53 m. w. N. in Fn 82; *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., § 53 Rdnr. 77; *Rowedder/Zimmermann*, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rdnr. 47; vgl. auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 53 Rdnrn. 20/22; *Baumbach/Zöllner*, GmbHG, 15. Aufl., § 53 Rdnr. 16/19).

Zu Recht weist die Revisionserwiderung jedoch darauf hin, daß eine Einschränkung des Abfindungsrechts die Einziehung des Geschäftsanteils erleichtert. Ob das die Voraussetzungen einer Leistungsvermehrung im Sinne des § 53 Abs. 3 GmbHG erfüllt (so *Rowedder/Zimmermann* a. a. O. § 53 Rdnr. 45), kann dahingestellt bleiben. Wird die Höhe des einem Gesellschafter bei Zwangseinziehung des Geschäftsanteils zu gewährenden Abfindungsanspruches durch Regelung im Gesellschaftsvertrag nachträglich eingeschränkt, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen für die Zwangseinziehung im Sinne des § 34 Abs. 2 GmbHG (vgl. *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 34 Rdnrn. 6, 18; *Scholz/H. P. Westermann* a. a. O. § 34 Rdnrn. 19, 26; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnrn. 78, 34 f.; *Paulick*, GmbHR 1978, 121, 124 m. w. N.; offengelassen bei *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 34 Rdnr. 1). Da diese Änderung im Verhältnis zu allen Gesellschaftern der Beklagten vorgenommen worden ist, bedurfte sie auch der Zustimmung aller Gesellschafter. Haben diese nicht alle zugestimmt, ist die Satzungsänderung gescheitert. Die entsprechende Klausel ist dann nach § 34 Abs. 2 GmbHG unwirksam (*Rowedder/Zimmermann* a. a. O. § 53 Rdnr. 59, 53 m. w. N.; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 37). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen haben zumindest die Kläger der Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht zugestimmt. Die in § 9 des geänderten Gesellschaftsvertrages vom 9.12.1989 für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafter und der damit nach § 7 Abs. 5 einhergehenden Einziehung des Geschäftsanteils enthaltene Abfindungsregelung stellt nach dem für die Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Parteivortrag eine Schlechterstellung gegenüber der bis zum 8.12.1989 maßgebenden Regelung dar. Sie ist unter diesen Voraussetzungen unwirksam.

II. Der von der Gesellschafterversammlung der Beklagten am 23.4.1977 beschlossene Gesellschaftsvertrag regelte eine Abfindung der Gesellschafter zum Nennwert. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Bestimmung des § 8 Abs. 3 liege die Abfindung nach dem Verkehrswert zugrunde, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23.4.1977 unterliegt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Das Recht

eines Gesellschafter, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu erhalten, wird zu seinen Grundmitgliedsrechten gerechnet (vgl. dazu *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 16 III 3 a, bb; *Scholz/Priester* a. a. O. § 53 Rdnrn. 46, 105). Da dieses Recht die gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter betrifft und auch für Gesellschaftsgläubiger von Bedeutung ist, kommt ihm körperschaftsrechtlicher Charakter zu (vgl. dazu und zur Abgrenzung von individualrechtlichen Bestimmungen *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., § 2 Rdnrn. 139, 142 ff.; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 2 Rdnr. 27 f.; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 2 Rdnr. 10 m. w. N.). Die Auslegung einer solchen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 14, 25, 36 f.; 27, 297, 300).

2. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23.4.1977 führt zu dem Ergebnis, daß § 8 Abs. 3 den Gesellschaftern bei Ausscheiden aus der Beklagten lediglich einen Anspruch auf Abfindung zum Nennwert des Geschäftsanteils gewährte.

a) § 6 Abs. 3 dieses Vertrages schreibt die Einziehung des Geschäftsanteils eines kündigenden Gesellschafter vor, soweit ihn nicht die Gesellschaft selbst übernimmt. § 8 des Vertrages, der in Absatz 2 auf diese Vorschrift Bezug nimmt, trifft in Absatz 3 folgende Regelung:

„Wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Einziehung des Geschäftsanteils erfolgt, nach der für die Gesellschaft aufgestellten Bilanz ein Gesellschaftsvermögen festgestellt wird, das unter dem Betrag des Gesellschaftskapitals liegt, ist die Stammeinlage in dem gleichen Verhältnis zu kürzen, in dem das Gesellschaftsvermögen hinter dem Gesellschaftskapital zurückbleibt.“

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erscheint es ausgeschlossen, daß dieser Bestimmung die Abfindung zum Verkehrswert des Geschäftsanteils zugrunde liegt. Unter dem Verkehrswert ist der volle wirtschaftliche Wert des Anteils zu verstehen, der für die Ermittlung des Abfindungsbetrages dann maßgebend ist, wenn der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung trifft (BGHZ 9, 157, 168; *Scholz/H. P. Westermann* a. a. O. § 34 Rdnr. 19; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 34 Rdnr. 27; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 34 Rdnr. 18). Ginge man von einer Regelung im Sinne einer Verkehrswertabfindung aus, hätte das nach dem Gesellschaftsvertrag zur Folge, daß die Abfindung dann nach dem Verkehrswert vorzunehmen ist, wenn das in der Bilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen das Stammkapital übersteigt, der ausscheidende Gesellschafter hingegen zum Nennwert abzufinden ist, wenn dieses Vermögen das Stammkapital nicht deckt. Dieses Nebeneinander der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils und dem Nennwert, der zusätzlich in dem Verhältnis zu kürzen ist, in dem das aus der Jahresbilanz ersichtliche Vermögen hinter der Stammkapitalziffer zurückbleibt, kann zu einer unterschiedlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Behandlung der Gesellschafter führen, die hinzunehmen einem ausscheidenden Gesellschafter nicht zugemutet werden kann. Liegt z. B. das in der Jahresbilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen nur geringfügig über der Stammkapitalziffer, müßten in den Abfindungsanspruch die stillen Reserven und u. U. auch der goodwill einbezogen werden. Umgekehrt müßte verfahren werden, wenn das Gesellschaftsvermögen nur geringfügig unter der Stammkapitalziffer läge. Das kann für den Gesellschafter bedeuten, daß

der ihm anteilig auszuzahlende Mehr- oder Minderbetrag erheblich, und zwar weit höher ist als der Betrag, um den das Stammkapital über- bzw. unterschritten wird. Berücksichtigt man außerdem, daß die Höhe des Gesellschaftsvermögens weitgehend von der Ausübung des Ermessens abhängig ist, dem die Bewertung des Vermögens unterliegt und von dem in sehr unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht werden kann, wird deutlich, daß eine solche Abfindungspraxis auch zu willkürlichen Ergebnissen führen kann. Es erscheint ausgeschlossen, daß die Gesellschafter, die über die Fassung des Gesellschaftsvertrages vom 23.4.1977 Beschluß gefaßt haben, derart unterschiedliche Verfahrensweisen gewollt und die aufgezeigten willkürlichen Ergebnisse in Kauf genommen haben.

b) Hingegen erscheint die Regelung dann sinnvoll, wenn die Gesellschafter, wie die Beklagte behauptet, von einer Abfindung nach Nennwerten ausgegangen sind. In diesem Falle kommt eine Kürzung des Nennwertes so lange nicht in Betracht, als die Gesellschaft noch über einen in der Bilanz ausgewiesenen Vermögenswert, der die Höhe des Stammkapitals erreicht oder übersteigt, verfügt. Evident sollte die Frage, in welchem Maße das Abfindungsrecht des ausscheidenden Gesellschafters eingeschränkt werden und hinter dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter, die Fortführung der Gesellschaft zu sichern, zurücktreten sollte (vgl. zu diesem Interessenwiderstreit *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 IV 3; *K. Schmidt* a. a. O. § 50 IV 2 b; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 79), nicht an die Regelung des § 30 Absatz 1 GmbHG gekoppelt werden. Vielmehr sollte für die Abfindung der Nennwert nur als Höchstbetrag maßgebend sein und eine verhältnismäßige Kürzung des Nennwertes bereits dann einsetzen, sobald der Buchwert des Vermögens die Kapitalziffer nicht mehr deckte.

c) Dieses aus Wortlaut, Inhalt und Zweck des Gesellschaftsvertrages vom 23.4.1977 gewonnene Auslegungsergebnis wird durch frühere gesellschaftsvertragliche Regelungen bestätigt. Da diese zum Handelsregister eingereicht worden sind (vgl. § 54 Abs. 1 GmbHG) und ihr Inhalt damit der Allgemeinheit zugänglich ist, können sie zur Auslegung der körperschaftsrechtlichen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden (*Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 2 Rdnr. 145; *Scholz/Emmerich* a. a. O. § 2 Rdnr. 37; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 2 Rdnr. 11; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 2 Rdnr. 27; *K. Schmidt* a. a. O. § 5 I 4; differenzierend und weitergehend *Wiedemann* a. a. O. § 3 II 2 a).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist die Abfindung zum Nennwert in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 31.3.1956 wie folgt geregelt gewesen:

„Mit der Einziehung erlöschen alle Rechte, die dem betroffenen Gesellschafter zustehen. An die Stelle des eingezogenen Gesellschaftsanteils tritt dessen Geldwert. Der ausscheidende Gesellschafter hat nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage. An stillen Reserven und am sonstigen Vermögen hat er keinen Anspruch.“

Hier ist ausdrücklich klargestellt, daß der ausscheidende Gesellschafter nur einen Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, nicht aber an den stillen Reserven und an dem sonstigen Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Diese Bestimmung ist in die auf Satzungsänderungen beruhenden Neufassungen des Gesellschaftsvertrages vom 31.3.1962, 24.4.1971 und 23.4.1977 nicht aufgenommen, sondern durch die bereits erwähnte Kürzungsregelung

ersetzt worden. Diese schließt dadurch, daß sie eine Kürzung der Stammeinlage in dem Verhältnis vorsieht, in dem das Gesellschaftsvermögen unter dem Betrag des Stammkapitals liegt, nach Wortlaut und Inhalt nahtlos an die Vorschrift des Vertrages vom 31.3.1956 an, nach welcher der ausscheidende Gesellschafter nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, hingegen stille Reserven und sonstiges Vermögen nicht in Ansatz gebracht werden. Als Zweck, den beide Bestimmungen verfolgen, kommt die Beschränkung der Abfindungsrechte ausscheidender Gesellschafter auf den Nennwert zum Ausdruck.

III. Nach dem Vortrag der Parteien und den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen muß jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Bestimmung wegen Beeinträchtigung des Austrittsrechtes der Gesellschafter aus wichtigem Grund unwirksam geworden und an die Stelle der Nennwertabfindung ein angemessener Abfindungsbetrag getreten war.

1. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen des Abfindungsrechts eines GmbH-Gesellschafters sind aufgrund der Satzungsautonomie grundsätzlich zulässig (*Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 78; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 34 Rdnr. 21; *Rowedder* a. a. O. § 34 Rdnr. 64). Ihr Zweck besteht darin, den Bestandsschutz der Gesellschaft durch Einschränkung des Kapitalabflusses zu gewährleisten und/oder die Berechnung der Höhe des Abfindungsanspruches zu vereinfachen (*Wiedemann* a. a. O. § 8 IV 3; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 79). Derartige Beschränkungen können jedoch auch unter Berücksichtigung solcher Zwecke nicht schrankenlos vorgenommen werden. Sie unterliegen den Grenzen der Vorschrift des § 138 BGB (*Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 87; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 34 Rdnr. 21; *K. Schmidt* a. a. O. § 50 IV 2 b bb; einschränkend *Scholz/H. P. Westermann* a. a. O. § 34 Rdnr. 29). Diese greift jedoch nur in dem Falle ein, daß die getroffene Regelung bereits bei ihrer Entstehung grob unbillig ist (*Kellermann* a. a. O. Seite 409 f.; *K. Schmidt* a. a. O. § 50 IV 2 b; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 87).

Ob diese Voraussetzungen im Zeitpunkt des Entstehens des Gesellschaftsvertrages vom 31.3.1956 oder seiner Änderungen vom 31.3.1962, 24.4.1971 und 23.4.1977 für die Abfindungsregelung des § 8 Abs. 3 gegeben waren, bedarf keiner näheren Prüfung. Auch wenn damals ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgelegen haben und die engen Voraussetzungen des § 241 Nr. 4 AktG erfüllt gewesen sein sollten (vgl. dazu SenUrt. BGHZ 101, 113, 116 [= DNotZ 1988, 185]), könnten sich die Kläger schon mit Rücksicht auf § 242 Absatz 2 AktG (zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift im GmbH-Recht vgl. SenUrt. v. 14.11.1988 — II ZR 82/88, ZIP 1989, 163, 164 = WM 1989, 58, 60) nicht auf die Nichtigkeit berufen.

2. Nach dem Vortrag der Kläger ist zumindest im Jahre 1988 der wirtschaftliche Wert des Anteils von seinem Nennwert aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten in einer Weise abgewichen, die eine Abfindung zum Nennwert grob unbillig gemacht hätte. Daraus würde folgen, daß aufgrund des eingetretenen Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und zum vollen wirtschaftlichen Wert das Recht der Kläger, aus der Beklagten auszutreten, in unzulässiger Weise eingeschränkt worden ist.

a) Dem Gesellschafter einer GmbH wird überwiegend das Recht zuerkannt, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus

der Gesellschaft auszutreten (vgl. nur BGHZ 9, 157, 162 f. — obiter dictum; *Baumbach/Hueck* a. a. O. Anhang § 34 Rdnr. 15 m. w. N.). Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten (allg. Meinung, vgl. *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. Anhang § 34 Rdnr. 44; *Scholz/Winter* a. a. O. § 14 Rdnr. 32; *K. Schmidt* a. a. O. § 16 III 3 a; *Flume*, Allgemeiner Teil des BGB I 2, 1983, § 8 III Seite 280 f.; *Wiedemann* a. a. O. § 7 IV 2 Seite 400 f.). Es kann dann geltend gemacht werden, wenn Umstände vorliegen, die dem Austrittswilligen Gesellschafter den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen (zu den Einzelheiten vgl. u. a. *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. Anhang § 34 Rdnr. 49; *Scholz/Winter* a. a. O. § 15 Rdnr. 119; *Baumbach/Hueck* a. a. O. Anhang § 34 Rdnr. 16; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 34 Rdnr. 29; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, § 7 IV 2 Seite 401; *ders.* Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften 1965, Seite 90 f.; *K. Schmidt* a. a. O. § 35 IV 3 b; *Balz*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, 1984 Seite 106 f.).

Entsteht durch die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung ein grobes Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen Abfindungsanspruch und dem nach dem vollen wirtschaftlichen Wert zu bemessenden Anspruch, wird darin ein Umstand gesehen, durch den das Recht des austrittswilligen Gesellschafters, sich zum Austritt zu entschließen, in unvertretbarer Weise eingengt wird (*Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 92; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I a. a. O., § 7 IV 2, Seite 401 f.; *ders.* Die Übertragung ... a. a. O. Seite 92; zur Unzulässigkeit der Beschränkung des Kündigungsrechts bei der Personengesellschaft vgl. SenUrt. v. 17. 4. 1989 — II ZR 258/88, ZIP 1989, 768 [= DNotZ 1991, 910 = MittBayNot 1989, 225]; v. 24. 9. 1984 — II ZR 256/83, WM 1984, 1506 [= DNotZ 1986, 31 = MittBayNot 1985, 41]; SenUrt. v. 28. 5. 1979 II ZR 217/78, WM 1979, 1064, 1065).

b) Die Kläger haben den Jahresabschluß der Beklagten per 31.12.1988 vorgelegt. Daraus ergibt sich ein Aktivvermögen der Gesellschaft in Höhe von 3,339 Mio. DM. Dem stehen auf der Passivseite das Stammkapital (225.000,— DM), eine freie Rücklage (1.075.000,— DM), ein Gewinnvortrag (911.929,81 DM) und ein Jahresüberschuß (112.525,71 DM) von insgesamt 2,325 Mio. DM, Steuer- und sonstige Rückstellungen von 99.383,— DM sowie Verbindlichkeiten von 914.778,62 DM gegenüber. Ein ähnliches Bild ergibt sich aus dem von der Beklagten überreichten Jahresabschluß per 31.12.1989. Hier stehen einem Aktivvermögen von 3,709 Mio. DM auf der Passivseite ein Betrag von 2,417 Mio. DM an Stammkapital, freien Rücklagen, Gewinnvortrag und Jahresüberschuß, Steuer- und sonstige Rückstellungen in Höhe von 215.864,— DM und Verbindlichkeiten von 1,075 Mio. DM gegenüber. Die aus diesen Jahresabschlüssen ersichtliche Entwicklung der Wirtschafts- und Vermögensverhältnisse der Beklagten gibt jedoch nur einen Anhaltspunkt dafür, wie hoch der wirkliche Wert des Gesellschaftsanteils für den maßgeblichen Zeitraum war und ob demgemäß ein das Austrittsrecht der Gesellschafter unvertretbar einengendes Mißverhältnis zwischen der Abfindung zum Nennwert und demjenigen zum vollen wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsanteils eingetreten war. Ob diese Voraussetzung in tatsächlicher Hinsicht erfüllt war, muß das Berufungsgericht noch feststellen. Dabei wird es prüfen müssen, ob im Hinblick darauf, daß die Verkehrsfähigkeit der Gesellschaftsanteile wegen der Voraussetzungen, an welche die Mitgliedschaft

in der Beklagten geknüpft ist und von denen die Abtretbarkeit der Anteile nach der Satzung abhängt, in hohem Maße eingeschränkt ist; als Verkehrswert der Betrag zu gelten hat, den ein Dritter als Erwerber zahlen würde (vgl. *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 34 Rdnr. 27; *Scholz/H. P. Westermann* a. a. O. § 34 Rdnr. 19; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 73). Im Zweifel ist der Anteilswert auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und gegebenenfalls auch des goodwill zu errechnen. Dieser ergibt sich im allgemeinen aus dem Preis, der bei einer Veräußerung des Unternehmens als Einheit erzielt würde (vgl. zur Personengesellschaft BGHZ 17, 130, 136; SenUrt. v. 20.9.1971 — II ZR 157/68, WM 1971, 1450; v. 24.9.1984 — II ZR 256/83, WM 1984, 1506); er muß in der Regel durch Einholung eines Sachverständigen-gutachtens ermittelt werden. Das Berufungsgericht wird dabei auch darüber zu befinden haben, ob der Ermittlung des Unternehmenswertes mit der heute herrschenden Auffassung die Ertragswertmethode zugrunde zu legen ist oder ob es geboten erscheint, im vorliegenden Fall von der Substanzwertmethode auszugehen (vgl. im einzelnen SenUrt. v. 24.9.1984 — II ZR 256/83, WM 1984, 1506 m. w. N.; Stellungnahme HFA II/1983, Wpg. 1983, 468 ff.; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 79 m. w. N. in Fn. 155 ff.; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 34 Rdnr. 25 m. w. N.; *Rowedder* a. a. O. § 34 Rdnr. 61; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 48 ff., 95 ff.; auch *Scholz/H. P. Westermann* a. a. O. § 34 Rdnr. 19, 24).

Das Berufungsgericht wird ferner zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Maße der Vortrag der Beklagten über ihre Zielsetzung für die Frage des Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und nach dem wirklichen wirtschaftlichen Wert zu berücksichtigen ist, wie er sich in der von ihr überreichten Stellungnahme der Treuhand-Aktiengesellschaft O. vom 22.11.1979 niedergeschlagen hat.

Stellt es ein grobes Mißverhältnis fest und ist demnach von der Unwirksamkeit der Nennwertabfindung auszugehen, trat an ihre Stelle bis zum Eintritt der Wirksamkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 9.12.1989 (vgl. § 54 Abs. 3 GmbH) eine angemessene Abfindung, deren Bemessung unter Berücksichtigung der von den Beteiligten mit der Abfindungsregelung verfolgten Zwecke und der zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Verhältnisse, insbesondere der Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft, zu erfolgen hat (SenUrt. v. 24.9.1984 a. a. O.; vgl. auch SenUrt. v. 20.6.1983 — II ZR 237/82, WM 1983, 956 [= DNotZ 1983, 768]; *Ulmer* in *Hachenburg* a. a. O. § 34 Rdnr. 106; *Mayer*, BB 1990, 1319, 1320).

IV. Das Berufungsgericht muß sodann feststellen, ob § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9.12.1989 den Abfindungsanspruch der Kläger im Vergleich zu der vorher maßgebenden Regelung einschränkt. Das ist dann der Fall, wenn der auf jeden der Kläger entfallende, unter Zugrundelegung eines angemessenen Abfindungsanspruchs ermittelte Betrag höher ist, als der Betrag, der jedem der Kläger nach § 9 des neuen Gesellschaftsvertrages zusteht und der sich aus dem Nennwert des Anteils sowie dem an der Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Beklagten orientierten, nach Jahren bemessenen und für bestimmte Zeiträume der Höhe nach gestaffelten Betrag zusammensetzt. Unter diesen Umständen wären die Voraussetzungen für die Zwangseinziehung im Sinne des § 34 Abs. 2 GmbHG erweitert worden. Da die Kläger dieser Regelung nicht zugestimmt haben, wäre sie im

Verhältnis zu ihnen unwirksam. Da davon auszugehen ist, daß die übrigen Gesellschafter der neuen Regelung nur unter der Voraussetzung zugestimmt haben, daß sie gegenüber allen Gesellschaftern wirksam wird, wäre die Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesem Punkte gescheitert und somit im Verhältnis zu allen Gesellschaftern unwirksam.

V. Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9.12.1989 keine für die Kläger im Vergleich zu dem früheren Rechtszustand ungünstige Regelung enthält, wird es die Nichtigkeit der Bestimmung nach dem Vortrag der Kläger noch unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB prüfen müssen.

1. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Klausel allerdings nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nichtig. Selbst wenn man einen solchen Verstoß unterstellt, würde das nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit entsprechend § 243 AktG führen (BGHZ 111, 224, 227; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 14 Rdnr. 15; *Ulmer in Hachenburg* a. a. O. § 14 Rdnr. 73; *Scholz/Winter* a. a. O. § 14 Rdnr. 47; *Scholz/K. Schmidt* a. a. O. § 15 Rdnr. 105; *Baumbach/Zöllner* a. a. O. Anhang § 47 Rdnr. 48; *Rowedder/Koppensteiner* a. a. O. § 47 Rdnr. 102; *K. Schmidt* a. a. O. § 16 II 4 b ee). Der auf Feststellung der Nichtigkeit gerichtete Klageantrag kann jedoch als Antrag ausgelegt werden, die angegriffene Klausel für nichtig zu erklären. Aber auch eine Anfechtungsklage kann keinen Erfolg haben, weil § 9 des am 9.12.1989 geänderten Gesellschaftsvertrages keinen Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Gesellschafter enthält.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter (*Ulmer in Hachenburg* a. a. O. § 14 Rdnrn. 68/70; *Scholz/Winter* a. a. O. § 14 Rdnr. 45; *Baumbach/Hueck* a. a. O. § 13 Rdnr. 36; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O. § 14 Rdnr. 15; *K. Schmidt* a. a. O. § 16 II 4 b aa; für das Aktienrecht BGHZ 33, 175, 186). Das bedeutet nicht, daß die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist. Sie muß lediglich sachlich berechtigt sein und darf nicht den Charakter der Willkür tragen (BGHZ a. a. O.; *K. Schmidt* a. a. O.; *Scholz/Winter* a. a. O.). Es ist zunächst festzustellen, daß eine Gleichbehandlung der Gesellschafter insoweit gewährleistet ist, als sie bei Einziehung des Geschäftsanteils den Nennbetrag ihres Geschäftsanteils zurückerhalten (§ 9 Abs. 9; § 13 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages). Eine Gleichbehandlung erfolgt auch insoweit, als die auf den 31.12.1988 folgenden Jahre der Zugehörigkeit zur Gesellschaft keinen Gesellschafter berechtigen, für diese Zeit einen Abfindungsbetrag zu verlangen. Eine unterschiedliche Behandlung setzt da ein, wo den Gesellschaftern für die Zugehörigkeit für den vor dem 31.12.1988 liegenden Zeitraum nach Jahren bemessene Abfindungsbeträge, diese nach größeren Zeitabschnitten wiederum gestaffelt, bis zu einem bestimmten Höchstbetrag beim Ausscheiden aus der Gesellschaft zuerkannt werden. Das ist jedoch sachlich nicht ungerechtfertigt. Die Gewinne der Gesellschaft, die jährlich erwirtschaftet und in der Regel auch jährlich an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sind nach dem Verhältnis der Beteiligung zu bemessen. Die Zeitkomponente der Zugehörigkeit zur Gesellschaft ist hier ohne Bedeutung. Das kann jedoch bei dem Abfindungsanspruch anders gesehen werden. Die Gesellschaft hat mit Hilfe des Stammkapitals im Laufe der Jahre Vermögen erwirtschaftet, das sie für weitere unternehmerische Maßnahmen gewinnbringend einsetzen kann. Dar-

an waren später eingetretene Gesellschafter mit ihrem Einlagekapital nicht beteiligt. Es erscheint nicht willkürlich, Gesellschaftern, deren Kapital für einen zurückliegenden Zeitraum der Gesellschaft zur Verfügung gestanden hat, dafür einen höheren Abfindungsanspruch zu gewähren als den Gesellschaftern, die der Gesellschaft erst später beigetreten sind. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es auch nicht willkürlich, wenn für gestaffelt gewählte Zeiträume unterschiedlich hohe Beträge gewährt werden. Das gilt zumindest dann, wenn die Gesellschaft in der Vergangenheit hinreichend Vermögen erwirtschaftet hat und die Gesellschafter keinen Anspruch auf Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert ihres Geschäftsanteils haben. Die Kläger tragen selbst vor, daß die Beklagte über erhebliches Vermögen verfügt, das sie in der Vergangenheit erwirtschaftet und thesauriert hat. Dann kann es aber auch kein auf Willkür beruhendes Unrecht sein, wenn die Beklagte in dem dargelegten Rahmen ihren Gesellschaftern einen nach der Dauer der Mitgliedschaft gestaffelten Abfindungsbetrag zubilligt.

2. Die Revisionserwiderung hält die angegriffene Abfindungsregelung gem. § 138 Absatz 1 BGB für nichtig, weil eine Abfindung zum Nennwert außer Verhältnis zu der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils stehe.

a) Allerdings macht ein Verstoß gegen § 138 Absatz 1 BGB einen Gesellschafterbeschuß nicht ohne weiteres nichtig. Sittenwidrige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH sind entsprechend § 241 Nummer 4 AktG nur dann nichtig, wenn sie durch ihren Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Voraussetzung ist vorliegend schon deswegen nicht erfüllt, weil der Beschußinhalt — die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter zum Nennwert — für sich allein betrachtet nicht sittenwidrig ist. Beschlüsse, die nicht nach ihrem Inhalt, sondern nach Beweggrund, Zweck oder der Art ihres Zustandekommens die Voraussetzungen des § 138 Absatz 1 BGB erfüllen, sind grundsätzlich nur anfechtbar. Die Umstände, welche die Beklagte nach ihrem Vortrag veranlaßt haben, von der Abfindung zum Verkehrswert Abstand zu nehmen und die Abfindung zum Nennwert zuzüglich der in § 9 des Gesellschaftsvertrages aufgeführten Beträge vorzusehen, gehören nicht zum Inhalt des Beschlusses der Gesellschafter, sondern sind als Beweggrund für die Regelung anzusehen, mit denen ein bestimmter Zweck verfolgt wird. Der angegriffene Beschuß ist daher nur anfechtbar im Sinne des § 246 AktG.

b) Der Nichtigkeitsantrag kann, wie bereits dargelegt, als Anfechtungsantrag ausgelegt werden. Die Anfechtungsklage ist rechtzeitig erhoben worden.

Wie der Senat schon früher ausgesprochen hat, gilt für die Anfechtungsklage im GmbH-Recht eine angemessene, nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessende Anfechtungsfrist, für die als Leitbild die Monatsfrist des § 246 Absatz 1 AktG herangezogen werden kann (BGHZ 111, 224, 225). Die Klage ist am 8.1.1990 bei dem Landgericht eingegangen. Ihre Zustellung ist jedoch erst am 5.2.1990, also vier Wochen nach Eingang, vorgenommen worden, weil die Klageschrift die genaue ladungsfähige Anschrift der Beklagten nicht enthielt. Diese Zustellung kann noch als „demnächst“ im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO angesehen werden, weil die Verzögerung bei der Mitteilung der Anschrift zu einem großen Teil dadurch eingetreten ist, daß die Kanzlei des Landgerichts zur Ausführung der richterlichen Verfügung allein dreizehn Tage benötigt hat (vgl. den ähnlich gelagerten Fall BGHZ 86, 313, 322 f.).

c) Nach dem Vortrag der Kläger ist es nicht ausgeschlossen, daß die in § 9 getroffene Abfindungsregelung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Ein an dem Maßstab der Beteiligung des Gesellschafters ausgerichtetes Abfindungsrecht hat die Höhe des Abfindungsanspruchs grundsätzlich an dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils zu messen (§§ 14, 29 Abs. 3, 72 GmbHG). Sieht daher der Gesellschaftsvertrag eine Abfindungsklausel nicht vor, ist der Verkehrswert des Anteils maßgebend. Insoweit gelten die zu seiner Ermittlung bereits früher dargestellten Erwägungen (vgl. III. 2. b). Da § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9.12.1989 gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Neuregelung enthält und die frühere Regelung nichtig war, ist die Abfindung grundsätzlich nach dem Verkehrswert vorzunehmen, soweit auch die Neuregelung nichtig ist. Die Abfindung nach § 9 weicht von dem Verkehrswert dann in vollkommen unangemessener Weise ab, wenn das an dem gesellschaftlichen Zweck orientierte Interesse der verbleibenden Gesellschafter an dem Fortbestand der Gesellschaft und des Unternehmens eine derart weitgehende Beschneidung des Abfindungsrechtes nicht erforderlich erscheinen läßt und der an dem Unternehmenswert auszurichtende volle wirtschaftliche Anteilswert den Nennwert erheblich übersteigt, möglicherweise ein Vielfaches des Nennwertes ausmacht. Unter dieser Voraussetzung stellt sich die Beschränkung des Abfindungsrechtes als willkürlich und bar jeder sachlichen Rechtfertigung dar. Ist das der Fall, erscheint die Abfindung zum Nennwert unangemessen und damit sittenwidrig (*Ulmer in Hachenburg a. a. O. § 34 Rdnr. 105*). Eine mögliche Differenz zwischen der Abfindung nach § 9 und der Abfindung zum Verkehrswert ist in gleicher Weise zu berechnen, wie das für den Unterschiedsbetrag zwischen der angemessenen Abfindung und derjenigen nach § 9 geschehen ist (vgl. III. 2. c). An die Stelle des angemessenen Abfindungswertes tritt jedoch der volle wirtschaftliche Wert (Verkehrswert). Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe im vorliegenden Falle der angemessene Abfindungswert von dem vollen wirtschaftlichen Wert tatsächlich abweicht, bleibt der Feststellung durch das Berufungsgericht vorbehalten.

VI. Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es — gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien — noch die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

20. AktG §§ 293 Abs. 3 Satz 6, 294 Abs. 1 Satz 2 (*Erforderlichkeit der Beifügung des Unternehmensvertrages auch zum Beschlußprotokoll der herrschenden Gesellschaft bei Registeranmeldung durch abhängige GmbH*)

Der Niederschrift über den Beschluß, mit dem die Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft einem mit der abhängigen GmbH abgeschlossenen Unternehmensvertrag zugestimmt hat, ist der Unternehmensvertrag als Anlage beizufügen. Der Zustimmungsbeschluß nebst Anlage ist der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen (Ergänzung zu BGHZ 105, 324 [= MittBayNot 1989, 33]).

BGH, Beschluß v. 30. 1. 1992 — II ZB 15/91 — (mitgeteilt von Notar *Dr. Asam*, München)

Aus dem Tatbestand:

Die N.-Gesellschaft mit beschränkter Haftung (künftig: N.), die ihren Sitz in D. hat und in diesem Verfahren Antragstellerin ist, hat am 10./13.3.1986 mit der S. AG mit Sitz in Berlin und München (künftig: S.),

ihrer alleinigen Gesellschafterin, einen privatschriftlichen Unternehmensvertrag geschlossen, der am 16.5.1988 neu gefaßt worden ist. Nach § 1 des Vertrages handelt N. in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit ausschließlich nach dem Willen von S. Nach dessen § 2 übernimmt S. den Jahresüberschuß von N. und verpflichtet sich, einen bei N. entstehenden Jahresfehlbetrag entsprechend § 302 AktG auszugleichen. Die Alleingesellschafterin von N. hat dem Vertrag mit notariell beurkundetem Beschluß vom 19.7.1989 zugestimmt. Die Hauptversammlung von S. hat dem Vertrag ausweislich der über die Versammlung aufgenommenen notariellen Niederschrift am 22.3.1990 mit der erforderlichen Mehrheit zugestimmt.

Das Registergericht hat die von der Antragstellerin begehrte Eintragung des abgeschlossenen Vertrages u. a. mit der Begründung zurückgewiesen, dieser sei nicht als Anlage zu der über die Hauptversammlung aufgenommenen notariellen Niederschrift genommen und ihr beigefügt worden, so daß nicht geprüft werden könne, ob der Vertrag, dem die Gesellschafterin der Antragstellerin zugestimmt habe, mit dem Vertrag identisch sei, dem die Hauptversammlung von S. zugestimmt habe. Die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Das vorliegende Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, weil es die Eintragung des Unternehmensvertrages in das Handelsregister für unzulässig hält. Daran sieht es sich durch die Entscheidung des Senats vom 24.10.1988 (BGHZ 105, 324) gehindert.

Aus den Gründen:

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

Das vorliegende Oberlandesgericht ist der Ansicht, daß der Abschluß des vorgelegten Vertrages keine in das Handelsregister einzutragende Tatsache ist und deswegen auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden darf. Mit dieser Begründung möchte es die weitere Beschwerde zurückweisen. Damit würde es sich zu dem Beschluß des Senats vom 24.10.1988 [= MittBayNot 1989, 33] in Widerspruch setzen.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27, § 29 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 4 und § 20 Abs. 2 FGG). Sie ist jedoch nicht begründet.

1. Die vom Senat in seinem Beschluß vom 24. Oktober 1988 (BGHZ 105, 324 [= MittBayNot 1989, 33]) für die Wirksamkeit eines Unternehmensvertrages entwickelten Grundsätze, der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossen worden war, treffen auch auf den Fall zu, daß ein solcher Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft als herrschender und einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossen worden ist. Die Besonderheiten und Gefahren, die sich durch den Abschluß eines Unternehmensvertrages mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft für die beteiligten Gesellschaften, ihre Gesellschafter und Gläubiger ergeben, beruhen auf der Eigenart der rechtlichen Gestaltung dieser Vertragsart und werden von der Rechtsform der herrschenden Gesellschaft im Grundsatz nicht beeinflusst. Der Senat sieht daher im Gegensatz zu der Vertragspartnerin der Antragstellerin keine Möglichkeit, die Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines mit einer GmbH als abhängigem Unternehmen abgeschlossenen Unternehmensvertrages von der Rechtsform des beteiligten herrschenden Unternehmens abhängig zu machen.

2. Zutreffend geht das Oberlandesgericht davon aus, daß der Unternehmensvertrag, dem die Hauptversammlung von S. zugestimmt hat, in entsprechender Anwendung des § 293 Abs. 3 Satz 6 AktG der über den Zustimmungsbeschluß gem. § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgenommenen notariellen Niederschrift als Anlage beizufügen und entsprechend § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG die Niederschrift mit der Anlage bei der von der abhängigen Gesellschaft vorzunehmenden Anmeldung des

Unternehmensvertrages zur Eintragung in das Handelsregister vorzulegen ist. Sinn der Vorlage des Vertrages als Anlage zum notariellen Protokoll ist es, Feststellungen über die Identität des Vertragstextes treffen zu können, dem beide Gesellschafterversammlungen zugestimmt haben (*Koppensteiner* in KK z. AktG, 2. Aufl. § 294 Rdnr. 10). Zwar gelten die Vorschriften der §§ 291 ff. AktG über den Unternehmensvertrag unmittelbar nur für Unternehmensverträge, die von Aktiengesellschaften als abhängigen Unternehmen abgeschlossen werden. Der vorstehende Gedanke beansprucht jedoch mit Rücksicht auf die in das Handelsregister vorzunehmende Eintragung aus Rechtssicherheitsgründen allgemeine Geltung. Er ist daher auch für eine Aktiengesellschaft als herrschendes Unternehmen maßgebend, die einen Unternehmensvertrag mit einer GmbH als abhängigem Unternehmen abschließt.

Es bedarf hier der Klarstellung, daß der Vertrag aus diesen Gründen auch von einer GmbH als herrschendem Unternehmen als Anlage zu dem Zustimmungsbeschluß dem Handelsregister vorzulegen ist, soweit er nicht in das Beschlußprotokoll aufgenommen worden ist. Soweit aus dem Beschluß vom 24. Oktober 1988 (BGHZ 105, 325, 343) etwas anderes zu entnehmen sein sollte, wäre daran nicht festzuhalten. Haben Registergerichte den Abschluß von Unternehmensverträgen eingetragen, ohne daß dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft der Unternehmensvertrag als Anlage beigefügt war, ist diese Eintragung wirksam und bedarf keiner Löschung gem. § 144 Abs. 2 FGG, weil der Gesellschafterbeschluß unter diesen Umständen nicht an einem inhaltlichen, sondern lediglich einem verfahrensrechtlichen Mangel leidet, der eine Löschung i. S. des § 144 Abs. 2 FGG nicht gebietet (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 12. Aufl. § 144 Rdnrn. 18, 23-27; *Jansen*, FGG, 2. Aufl. § 144 Rdnr. 14).

3. Zu Unrecht meint das Oberlandesgericht, der mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossene Unternehmensvertrag bedürfe nicht der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft. Wie sich aus der Begründung zu dem das GmbH-Konzernrecht regelnden Regierungsentwurf vom 31. Januar 1972 (BT-Drucks. VI/3088, S. 211 zu § 242 des Entwurfes) ergebe, habe der historische Gesetzgeber eine solche nur dann für erforderlich gehalten, wenn abhängiges und herrschendes Unternehmen jeweils eine Aktiengesellschaft seien, so daß außenstehende Aktionäre mit Aktien des herrschenden Unternehmens abzufinden seien. Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen.

Zwar wird nach der Begründung zu dem genannten Regierungsentwurf die auf die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien als herrschende Unternehmen beschränkte Zustimmungspflicht der Hauptversammlung (§ 293 Abs. 2 AktG) damit erklärt, der Anspruch der außenstehenden Aktionäre der abhängigen Aktiengesellschaft auf Abfindung in Aktien der herrschenden Aktiengesellschaft (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AktG) könne meistens nur durch Aktien der Aktionäre dieser Gesellschaft, die notfalls im Wege der Kapitalerhöhung aufgebracht werden müßten, erfüllt werden. Dem steht die Begründung zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes (BR-Drucks. 100/60 a, 3. Wahlperiode, S. 219; vgl. auch BT-Drucks. IV/171, S. 218) gegenüber, nach der dieser Gesichtspunkt nur als einer von mehreren (Sicherung außenstehender Aktionäre, §§ 304/305 AktG; Verlustübernahme, § 302 AktG; Sicherheitsleistung

§ 303 AktG) für die Normierung des Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung der herrschenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien von Bedeutung ist (vgl. Sen. Beschl. BGHZ 105, 324, 333 f.). Entsprechend diesen voneinander abweichenden Begründungen in den Regierungsentwürfen werden in der Literatur unterschiedliche Ansichten zu Inhalt und Regelungszweck des § 293 Abs. 2 AktG vertreten (im Sinne der Begründung zum Regierungsentwurf vom 31. Januar 1972 vgl. *Rehbinder*, ZGR 1977, 581, 612 f.; *Sonnenschein*, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976, S. 349 f.; *ders.* BB 1975, 1088, 1092; *Gäbelein*, GmbH 1989, 502, 506; *Flume* DB 1989, 665, 667; im Sinne der Begründung zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes vgl. *Hefermehl* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG, § 293 Rdnr. 60; *Würdinger* in *Großkomm. z. AktG*, 3. Aufl. § 293 Anm. 11; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 55/171; weitergehend *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1988, S. 294 ff.; unterschiedlich *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 3. Aufl. S. 206 und 389). Die Interpretation, die in der Begründung des das Konzernrecht der GmbH regelnden Regierungsentwurfs vom 31. Januar 1972 zu dem Regelungszweck des § 293 Abs. 2 AktG vorgenommen wird, widerspricht dem Umstand, daß diese Vorschrift auch auf eine Aktiengesellschaft anzuwenden ist, für die eine Abfindungsverpflichtung im Sinne des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG deswegen nicht besteht, weil es in der beherrschten Aktiengesellschaft keine außenstehenden Aktionäre gibt (vgl. Sen. Beschl. v. 24. Oktober 1988 a. a. O. S. 335). Eine teleologische Reduktion des § 293 Abs. 2 AktG, durch die der Anwendungsbereich dieser Vorschrift auf die Fälle der genannten Abfindungsverpflichtung beschränkt würde, scheidet aus, weil der Gesetzgeber den Fall einer nicht bestehenden Abfindungsverpflichtung gesehen (vgl. §§ 304 Abs. 1 Satz 3, 307 AktG), jedoch eine Einschränkung der Beschlußzuständigkeit der Hauptversammlung der herrschenden Aktiengesellschaft für diesen Fall nicht vorgenommen hat (*Hommelhoff* a. a. O. S. 296, insbes. auch Fn. 9; vgl. auch *Koppensteiner* in KK z. AktG a. a. O. § 293 Rdnr. 37). Folglich sind, wie der Senat in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 1988 (a. a. O. S. 335 f.) ausgeführt hat, für die Regelung des § 293 Abs. 2 AktG die Risiken maßgebend, die für die herrschende Gesellschaft mit dem Abschluß des Unternehmensvertrages eintreten. Der von einer Aktiengesellschaft mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft abgeschlossene Unternehmensvertrag bedarf daher in Anwendung des durch die Vorschrift des § 293 Abs. 2 AktG zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft.

4. Der Senat hält trotz der abweichenden Ansicht, die das Oberlandesgericht im Vorlagebeschluß vertritt (vgl. insoweit auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3. Juli 1987 — 3 Wx 199/87, WM 1987, 1396), und trotz der Ablehnung, auf die sein Beschluß vom 24. Oktober 1988 in der Literatur vereinzelt gestoßen ist (vgl. *Flume* DB 1989, 665; *Gäbelein* GmbH 1989, 502) daran fest, daß der mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossene Unternehmensvertrag zur Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister bedarf.

a) Das Oberlandesgericht meint, der mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossene Unternehmensvertrag falle nicht unter die §§ 53, 54 GmbHG. Der Auffassung, ein solcher Vertrag müsse wie eine Satzungsänderung behandelt werden, könne nicht gefolgt werden. Sie werde nicht durch die Erwägung getragen, der Unternehmensvertrag

laufe dem Gesellschaftszweck zuwider, sein Abschluß sei daher von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht gedeckt. Deren Grenzen würden durch die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, nicht jedoch durch den Gesellschaftszweck bestimmt.

Diese Ausführungen berücksichtigen nicht hinreichend, daß der Abschluß eines Unternehmensvertrages durch die abhängige Gesellschaft in gleicher Weise wie die Änderung des Gesellschaftsvertrages zu den sog. Grundlagengeschäften gehört, die in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung fallen. Die Änderung des Gesellschaftszwecks durch Änderung des Gesellschaftsvertrages ist der Entscheidung durch die Gesellschafterversammlung vorbehalten. Ähnlich liegt es bei dem Abschluß eines Unternehmensvertrages: Wie der Senat in seinem Beschluß vom 24. Oktober 1988 (a. a. O. S. 331) ausgeführt hat, werden bestimmte, für die erwerbswirtschaftlich selbständig tätige Gesellschaft geltende gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages durch die für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften und Regelungen für die Dauer des Bestehens eines Unternehmensvertrages ersetzt. Davon ist auch der Gesellschaftszweck betroffen. Denn an die Stelle einer unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, die zu dem selbstverständlichen Bestandteil des von einer GmbH verfolgten, im Gesellschaftsvertrag konkretisierten Gesellschaftszweckes zu rechnen ist — nach *Flume* (DB 1956, 455, 457) gehört das Eigenleben mit der Erzielung eines Eigengewinns zu dem selbstverständlichen Inhalt der Satzung einer GmbH —, tritt bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand eine dienende, dem Interesse der Konzernspitze untergeordnete gesellschaftliche Tätigkeit. Es ist daher folgerichtig, die Entscheidung über den Abschluß eines Unternehmensvertrages durch die sich in die Abhängigkeit von einer anderen Gesellschaft begebende GmbH deren Gesellschafterversammlung vorzubehalten.

b) Das Oberlandesgericht ist ferner der Ansicht, der Eintragung der Einzelheiten des Unternehmensvertrages und des dazu gefaßten Zustimmungsbeschlusses der beherrschten Gesellschaft, wie sie der Senatsbeschluß vom 24. Oktober 1988 (a. a. O. S. 345 f.) vorsieht, stehe das streng formalisierte Registerrecht entgegen. Danach dürfe in das Handelsregister nur das eingetragen werden, was das Gesetz ausdrücklich als Inhalt der Eintragung vorschreibe (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3. Juli 1987 a. a. O. S. 1397). Der mit der Eintragung verbundene Vertrauensschutz (§ 15 HGB) sei nur bei genauer Befolgung der vom Gesetzgeber getroffenen Anordnungen gewährleistet. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Ansicht des Beschwerdegerichts entspricht der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 85, 138, 141 f.). An ihr hat das Reichsgericht später in dieser Strenge nicht mehr festgehalten (vgl. RGZ 132, 138, 140 f.) und auch die Eintragung nicht vom Gesetz bestimmter und zugelassener Tatsachen für zulässig erachtet, wenn dadurch einem sachlichen, sich aus der Rechtslage ergebenden Bedürfnis entsprochen werde. Nach dem Zweck des Handelsregisters, die eingetragenen Rechtsverhältnisse nach Möglichkeit so wiederzugeben, wie sie sich nach der von den Beteiligten gewollten und mit der Rechtsordnung vereinbaren Sachlage darstellen, folge aus der Zulässigkeit der Eintragung zugleich deren gesetzliche Notwendigkeit (RG DNotZ 1944, 195, 196; vgl. ferner BayObLGZ 1978, 182, 186 [= DNotZ 1978, 692 = MittBayNot 1978, 162]; 1987, 449, 452 [= DNotZ 1988, 515]; *Pabst*, DNotZ 1957, 393, 394).

Dieser Grundsatz, dessen Entwicklung freilich auf Tatsachen begrenzt worden ist, die in engem Zusammenhang mit kraft Gesetzes einzutragenden Tatsachen stehen, kann verallgemeinert werden. Allerdings ist mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts bei der Bejahung gesetzlich nicht geregelter Eintragungen Zurückhaltung geboten. Dem kann aber bereits dadurch Rechnung getragen werden, daß derartige Eintragungen auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung beschränkt werden (*Staub/Hüffer*, 4. Aufl. § 8 Rdnrn. 31, 46; *Heymann/Sonnenschein*, HGB, 1989, § 8 Rdnr. 14; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl. § 8 Anm. 3). Eine Beschränkung auf Eintragungen mit lediglich deklaratorischer Wirkung (so *Kort*, AG 1988, 369, 371; ihm folgend *Flume*, DB 1989, 665, 669) ist durch die registerrechtlichen Erfordernisse nicht geboten. Soweit die Sicherheit des Rechtsverkehrs die konstitutive Eintragung in das Handelsregister unabweisbar macht, ist sie zu bejahen. Die Voraussetzungen dafür sind im Beschluß des Senats vom 24. Oktober 1988 im einzelnen dargelegt worden (a. a. O. S. 338 ff., insbes. 343 ff.). Aus dem Vorlagebeschluß ergeben sich keine Gesichtspunkte, die dem entgegenstehen.

Der formale Einwand des Beschwerdegerichts, es sei nicht ersichtlich, wie mit dem Unternehmensvertrag, der nicht der notariellen Beurkundung bedürfe, den formellen Anforderungen des § 54 GmbHG genügt werden könne, läßt die Ausführungen des Senates dazu außer Betracht, in welcher Weise die Anwendung des den §§ 53, 54 GmbHG entnommenen Rechtsgedankens der Eigenart des Unternehmensvertrages anzupassen ist (a. a. O. S. 341 ff.).

c) Das Oberlandesgericht folgt dem Senat darin, daß der Unternehmensvertrag ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist, der den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft satzungsgleich insbesondere dadurch ändert, daß die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung auf die herrschende Gesellschaft übertragen, der Gesellschaftszweck unter Aufhebung der unabhängigen erwerbswirtschaftlichen Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bei einem in der Regel gleichbleibenden Unternehmensgegenstand am Konzerninteresse ausgerichtet und in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird (BGHZ 103, 1, 4 f.; Beschl. v. 24. Oktober 1988 a. a. O. S. 331). Den Eintritt dieser Voraussetzungen hält es jedoch dann für zweifelhaft, wenn die herrschende Gesellschaft alleiniger Gesellschafter der abhängigen GmbH ist, weil in diesem Falle der Abschluß des Unternehmensvertrages auf die Leitung der Gesellschaft und das Gewinnbezugsrecht des einzigen Gesellschafters praktisch keinen Einfluß habe (vgl. dazu unter den Gesichtspunkten der Weisungskompetenz *Gäbelein* a. a. O. S. 503 und des Minderheitenschutzes *Flume*, DB 1989, S. 665, 666). Es ist allerdings richtig, daß der Abschluß eines Unternehmensvertrages mit dem alleinigen Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft Beteiligungsrechte anderer Gesellschafter, insbesondere deren Gewinnbezugsrecht nicht berührt, so daß der Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes ohne Bedeutung ist. Es trifft auch zu, wie *Gäbelein* (a. a. O. S. 503) ausführt, daß es eine den §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG entsprechende Regelung im GmbH-Recht nicht gibt, sondern insbesondere §§ 37 Abs. 1, 46, 46 Nr. 6 GmbHG eine Einflußnahme der Gesellschafter auf die Geschäftsführung der GmbH zulassen, so daß die Möglichkeit einer solchen Einflußnahme und die Befugnis zur Erteilung von Weisungen im Sinne des § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG

in der Regel weitgehend übereinstimmen mögen. Allein diese Umstände rechtfertigen es nicht, den organisationsrechtlichen Charakter des von der Einmann-GmbH mit ihrem Alleingesellschafter abgeschlossenen Unternehmensvertrages zu verneinen. Wie der Senat in seinem Beschluß vom 24. Oktober 1988 (a. a. O. S. 344 f.) ausdrücklich hervor gehoben hat, werden durch den Abschluß eines Unternehmensvertrages nicht nur die Belange der Minderheitsgesellschaft, sondern auch die der Gesellschaftsgläubiger betroffen. Denn dadurch, daß mit dem Unternehmensvertrag die unabhängige erwerbswirtschaftliche Teilnahme der abhängigen Gesellschaft am Wirtschaftsverkehr für die Dauer seiner Geltung außer Kraft gesetzt wird, treten für die Gesellschaftsgläubiger insbesondere auch bei der Einmann-GmbH wirtschaftliche Gefahren auf, die sie in erhöhtem Maße schutzbedürftig machen. Diese Schutzbedürftigkeit folgt auch aus einer dem Alleingesellschafter der abhängigen GmbH aufgrund des Unternehmensvertrages zustehenden Weisungskompetenz. Denn diese umfaßt — was *Gäbele* (a. a. O. S. 503) nicht berücksichtigt — gem. § 308 Abs. 1 Satz 2 AktG auch den Fall, daß eine den Belangen des herrschenden Unternehmens dienende, der abhängigen Gesellschaft nachteilige Weisung erteilt wird (vgl. dazu Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 31. Januar 1972, BT-Drucks. VI/3088 S. 270). Aufgrund dieser besonderen Umstände ist mit *Zöllner* (DB 1989, 913 f.) daher davon auszugehen, daß die Wirksamkeit eines Unternehmensvertrages, der zwischen einer abhängigen GmbH und ihrem Alleingesellschafter abgeschlossen wird, von den gleichen förmlichen Anforderungen abhängig zu machen ist wie der von einem Mehrheitsgesellschaftler abgeschlossene Unternehmensvertrag.

Nach alledem ist das Registergericht zu Recht davon ausgegangen, daß der zwischen N. und S. abgeschlossene Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit nicht nur der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung der Antragstellerin, sondern auch durch die Hauptversammlung von S. sowie der Eintragung in das Handelsregister bedarf. Es hat diese Eintragung zu Recht abgelehnt, weil die Antragstellerin den Vertragstext, dem die Hauptversammlung von S. zugestimmt hat, nicht als Anlage zum notariellen Protokoll über diesen Zustimmungsbeschluß vorgelegt und das Registergericht damit nicht in die Lage versetzt hat, die Identität der Vertragstexte festzustellen, denen die Gesellschafterversammlungen von N. und S. zugestimmt haben.

Die weitere Beschwerde war daher zurückzuweisen.

21. FGG §§ 19, 27, 142, 143, 144 Abs. 2; GmbHG § 47 (*Verbindlichkeit eines satzungsgemäß festgestellten Gesellschafterbeschlusses einer GmbH für Registergericht*)

1. Wird gegen eine bekanntgemachte Eintragungsverfügung, die aber durch Eintragung im Handelsregister bereits vollzogen ist, Beschwerde eingelegt, so ist das Rechtsmittel zulässig mit dem Ziel, daß entweder das Landgericht ein Lösungsverfahren durchführt (§ 143 FGG) oder das Amtsgericht angewiesen wird, ein Lösungsverfahren einzuleiten. Gegen eine derartige Anordnung des Landgerichts ist eine weitere Beschwerde nicht zulässig.
2. Enthält die Satzung einer GmbH für das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen besondere

Formerfordernisse, so ist die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses davon abhängig, daß diese Form eingehalten wird.

3. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH entsprechend den Satzungsbestimmungen das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter in einer Niederschrift festgestellt worden, so ist dieser Beschluß mit dem festgestellten Inhalt auch für den Registerrichter vorläufig verbindlich; der Beschluß kann regelmäßig nur durch eine Anfechtungsklage beseitigt werden.
4. Die Einschränkung des § 144 Abs. 2 FGG, wonach ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß einer Gesellschafterversammlung einer GmbH nur dann als nichtig gelöscht werden kann, wenn er einen gesetzwidrigen Inhalt hat und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse liegt, gilt nicht, wenn die Eintragung gerade wegen Nichtvorliegens eines dahin gehenden Gesellschafterbeschlusses von Amts wegen oder auf Antrag gelöscht werden soll (Ergänzung zu BayObLG BB 1991, 1729).

BayObLG, Beschluß v. 19.9.1991 — BReg. 3 Z 97/91 — = BayObLGZ 1991 Nr. 62, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die X-GmbH eingetragen. Am 27.3.1990 wurde eine Gesellschafterversammlung abgehalten, die der Geschäftsführer, der Beteiligte zu 2, leitete. Teilgenommen haben ferner der Beteiligte zu 1 als Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von 5 000 DM und ein Vertreter des Gesellschafters A., der — jedenfalls zu diesem Zeitpunkt — als Treuhänder einen Geschäftsanteil von 45 000 DM hielt.

2. Am 10.4.1990 meldete der Beteiligte zu 1 beim Registergericht einen Gesellschafterbeschluß vom 27.3.1990 zur Eintragung an, wonach

- a) der bisherige Geschäftsführer abberufen worden und
- b) der Beteiligte zu 1 zum neuen Geschäftsführer bestellt worden ist.

Am 11.4.1990 meldete der Beteiligte zu 2 beim Registergericht folgenden Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 2.4.1990 zur Eintragung an:

- a) Die Gesellschaft ist aufgelöst.
- b) Ich bin zum Liquidator bestellt. Ich bin allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt.

Am 8.5.1990 reichte der Beteiligte zu 1 beim Landgericht eine Klage gegen die GmbH ein mit folgendem Antrag:

Es wird festgestellt, daß der Gesellschafterbeschluß vom 27.3.1990 rechtswirksam ist, mit dem

- a) der bisherige Geschäftsführer abberufen worden ist,
- b) der Beteiligte zu 1 als neuer Geschäftsführer bestellt worden ist,
- c) der Geschäftsanteil des Mehrheitsgesellschafters A. eingezogen worden ist.

Diese Klage hat der Beteiligte zu 1 am 5.11.1990 zurückgenommen.

3. Das Registergericht erließ am 4.2.1991 folgende Verfügung:

- I. Der Beteiligte zu 1 wird als Geschäftsführer eingetragen.
- II. Die Eintragung
 1. Der Auflösung der Gesellschaft
 2. des Beteiligten zu 2 als Liquidator wird abgelehnt.

Am selben Tag wurde im Handelsregister die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Geschäftsführer gelöscht und der Beteiligte zu 1 als neuer Geschäftsführer eingetragen.

Auf die Beschwerde der GmbH erließ das Landgericht — Kammer für Handelssachen — folgenden Beschluß:

- I. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2 wird
 1. die Verfügung des Amtsgerichts — Registergericht — vom 4.2.1991 aufgehoben;

2. die Anmeldung des Beteiligten zu 1 abgelehnt,
3. das Amtsgericht/Registergericht angewiesen,
 - a) hinsichtlich der mit Verfügung vom 4.2.1991 angeordneten Eintragung das Amtslöschungsverfahren einzuleiten,
 - b) die Anmeldung des Beteiligten zu 2 sodann zu vollziehen.

II. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf DM 10.000,— festgesetzt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist unzulässig, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Landgericht in Nr. I 3a seines Beschlusses das Registergericht angewiesen hat, hinsichtlich der mit Verfügung vom 4. 2. 1991 angeordneten Eintragung das Amtslöschungsverfahren einzuleiten.

Soweit sich die Erstbeschwerde der GmbH gegen die Verfügung des Registergerichts richtete, den Beteiligten zu 1 als Geschäftsführer einzutragen, lag dem Landgericht eine unzulässige Beschwerde gegen eine Eintragung vor, da die Bestellung des Beteiligten zu 1 zum Geschäftsführer im Handelsregister bereits eingetragen worden war. Gegen eine Eintragungsverfügung ist eine Beschwerde nur dann zulässig, wenn die Verfügung bekanntgemacht und noch nicht vollzogen ist (OLG Stuttgart OLGZ 1970, 419 = Rpfleger 1970, 283; OLG Hamm OLGZ 1980, 389/390; *Keidel/Kuntzel/Winkler* FGG 12. Aufl. § 19 Rdnr. 5 Fußn. 11 b und § 142 Rdnr. 4; a. A. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 19 Rdnr. 15 Fußn. 14, der eine Beschwerde gegen eine Eintragungsverfügung sogar ausnahmslos für unzulässig hält). Gegen eine Eintragung im Handelsregister ist eine Beschwerde nicht statthaft (*BayObLGZ* 1986, 540/541 m. w. Nachw.; *Keidel/Kuntzel/Winkler* § 19 Rdnr. 5 und § 142 Rdnr. 4). Wird aber gegen eine bekanntgemachte Eintragungsverfügung Beschwerde eingelegt, so bleibt ein solches Rechtsmittel auch nach Vollzug dieser Verfügung durch Eintragung im Handelsregister zulässig mit dem Ziel, hinsichtlich dieser Eintragung entweder beim Landgericht ein Lösungsverfahren durchzuführen (§ 143 FGG) oder das Amtsgericht anzuweisen, ein Lösungsverfahren einzuleiten. Wird die Durchführung des Lösungsverfahrens angeordnet, so ist hiergegen eine — weitere — Beschwerde nicht zulässig (vgl. *BayObLGZ* 1977, 320/322; *Keidel/Kuntzel/Winkler* Rdnr. 13, *Jansen* Rdnr. 14, je zu § 141 m. w. Nachw.). Deshalb war hier die weitere Beschwerde insoweit zu verwerfen.

2. Die im übrigen zulässige weitere Beschwerde ist begründet, soweit das Landgericht die Nr. I der Verfügung des Registergerichts aufgehoben und die Anmeldung des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen hat (Nr. I 1 und 2 des landgerichtlichen Beschlusses). Wie oben ausgeführt, war die Erstbeschwerde der GmbH nach Eintragung der Anmeldung im Handelsregister nur noch mit dem Ziel der Löschung zulässig. Damit durfte das Landgericht weder über die Eintragungsverfügung des Registergerichts noch über die Anmeldung des Beteiligten zu 1 eine Sachentscheidung treffen, da es insoweit mangels eines zulässigen Rechtsmittels keine Entscheidungsbefugnis hatte. Deshalb war die Nr. I 2 des Beschlusses des Landgerichts aufzuheben und die Nr. I 1 entsprechend abzuändern.

3. Im übrigen ist die weitere Beschwerde unbegründet. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht die Zurückweisung der Anmeldung des Beteiligten zu 2 durch das Amtsgericht

— Auflösung der Gesellschaft und Liquidatorbestellung — aufgehoben. Allerdings hatten Landgericht und Registergericht die umstrittene Frage sachlich nicht zu prüfen, ob der Geschäftsanteil des Gesellschafters A. in der Versammlung vom 27. 3. 1990 aus wichtigem Grund wirksam eingezogen worden ist und damit dessen Stimmrecht erloschen war.

Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich aber insoweit aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO, § 27 Abs. 1 FGG).

a) Bei einer Anmeldung zum Handelsregister hat der Registerrichter ein formelles und ein materielles Prüfungsrecht. Es besteht eine Amtspflicht gegenüber dem unmittelbar Beteiligten und gegenüber allen Personen, deren Rechte und Interessen durch eine gesetzwidrige Eintragung im Handelsregister beeinträchtigt werden können, die maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften zu beachten. Das Registergericht hat darüber zu wachen, daß Erklärungen, die den gesetzlichen Erfordernissen und der Rechtslage nicht entsprechen, nicht Aufnahme in das Handelsregister und mit amtlicher Hilfe Verbreitung finden. Es obliegt dem Registergericht, die formellen Voraussetzungen der Eintragung festzustellen und — bei begründeten Bedenken — auch die Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen nachzuprüfen (§ 12 FGG). Ferner prüft das Gericht, ob das zur Eintragung angemeldete überhaupt eintragungsfähig ist und — wenn ja — ob die mitgeteilten Tatsachen die begehrte Eintragung rechtfertigen. In diesem Rahmen hat der Registerrichter auch die Rechtsgültigkeit eines Gesellschaftsvertrages und eines Gesellschafterbeschlusses grundsätzlich zu prüfen (vgl. *BayObLG BB* 1991, 1729/1730 m. w. Nachw.).

b) Im Gegensatz zum Aktienrecht (vgl. § 130 Abs. 2 AktG) schreibt das GmbHG zur Gültigkeit von Gesellschafterbeschlüssen — abgesehen vom Fall der Satzungsänderung nach § 53 Abs. 2 GmbHG; vgl. ferner *Hachenburg/Hüffer GmbHG* 8. Aufl. § 47 Rdnr. 30 — weder deren Protokollierung noch eine Ergebnisfeststellung durch den Versammlungsleiter vor; es enthält auch keine Bestimmungen über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit solcher Beschlüsse. Ferner fehlen Vorschriften über die Leitung der Gesellschafterversammlung durch den Vorsitzenden und das dabei zu beachtende Verfahren. Im vorliegenden Fall bestimmt aber insoweit § 7 Abs. 5 der Satzung der Gesellschaft:

Über alle von der Gesellschafterversammlung gefaßten Beschlüsse ist eine Niederschrift anzufertigen, soweit die Beschlüsse nicht notariell beurkundet werden. Die Niederschrift ist von der Geschäftsführung und mindestens einem Gesellschafter zu unterzeichnen.

Diesen Voraussetzungen genügt das der Anmeldung des Beteiligten zu 2 zugrunde liegende Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 2.4.1990, welches vom Geschäftsführer und vom Gesellschafter A. unterzeichnet ist. Die Maßgeblichkeit der Feststellung eines Beschlüßergebnisses durch einen Versammlungsleiter bei einer Gesellschafterversammlung der GmbH wurde lange Zeit von Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet (vgl. hierzu *Hachenburg/Hüffer* § 47 Rdnrn. 28 u. 29 m. w. Nachw.). Der Senat folgt der nunmehr auch vom Bundesgerichtshof (BGHZ 104, 66 [= DNotZ 1989, 21 = MittBayNot 1988, 188] und 97, 28/30) vertretenen Auffassung. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH entsprechend den Satzungsbestimmungen das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluß mit dem festgestellten Inhalt auch für den Registerrichter vorläufig verbindlich; formelle oder materielle Mängel, welche die Anfechtbarkeit begründen, können

nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Das gilt auch für den vorliegenden Fall, da nach h. M. die unrichtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses, insbesondere auch dann, wenn sie darauf beruht, daß Stimmen von in Wahrheit nicht stimmberechtigten Personen (z. B. § 47 Abs. 4 GmbHG) mitgezählt wurden, keinen Nichtigkeits-, sondern lediglich einen Anfechtungsgrund darstellt (vgl. BGHZ 104, 66/69 m. w. Nachw.; *Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG* 15. Aufl. Anh. § 47 Rdnr. 64; *Fischer/Lutter/Hommelhoff GmbHG* 13. Aufl. Anh. § 47 Rdnr. 39; *Scholz/Karsten Schmidt GmbHG* 7. Aufl. § 48 Rdnr. 58). Eine Anfechtungsklage wurde vom Beteiligten zu 1 insoweit ersichtlich nicht erhoben. Einer solchen bedarf es aber nur dann nicht, wenn die Feststellung des Beschlüßergebnisses durch den Versammlungsleiter offensichtlich und zweifelsfrei willkürlich ist; nur unter diesen Voraussetzungen darf auch der Registerrichter das Abstimmungsergebnis selbständig abweichend würdigen (vgl. BayObLGZ 1955, 333/334). Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen ergeben sich aber weder aus dem Beschluß des Amtsgerichts noch aus dem sonstigen Akteninhalt irgendwelche Anhaltspunkte.

c) Das Registergericht durfte die Ablehnung der Anmeldung des Beteiligten zu 2 nicht darauf stützen, daß der Geschäftsanteil des Gesellschafters A. in der Gesellschafterversammlung vom 27.3.1990 aus wichtigem Grund eingezogen und der Beteiligte zu 1 zum neuen Geschäftsführer bestellt worden wäre. Über diese Gesellschafterversammlung lag dem Registergericht ein Protokoll vor, das entsprechend § 7 Abs. 5 der Satzung vom Geschäftsführer und einem Gesellschafter, nämlich dem Gesellschafter A., unterschrieben ist und feststellt, daß die Einziehung des Geschäftsanteils dieses Gesellschafters aus wichtigem Grund mit Mehrheit abgelehnt worden ist.

Sieht die Satzung für das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen derartige Formvorschriften vor, so ist die Wirksamkeit eines solchen Beschlusses davon abhängig, daß diese Form eingehalten wird (vgl. *Hachenburg/Hüffer* § 47 Rdnr. 30 bei Fußn. 66). Daher erfüllt ein weiteres, nur vom Beteiligten zu 1 unterschriebenes „Protokoll“, das aber ebenfalls den Beteiligten zu 2 als Versammlungsleiter ausweist, die Voraussetzungen eines der Satzung entsprechenden Protokolls nicht und ist nur als eine in Protokollform gekleidete Behauptung eines Gesellschafters über angeblich mehrheitlich gefaßte Beschlüsse zu werten. Hinzu kommt, daß ein Stimmrechtsausschluß des Gesellschafters A. auch daran scheitern könnte, daß dieser seine Anteile nur treuhänderisch hält und als schonenderes Mittel vor einer Einziehung die Rückübertragung der Geschäftsanteile auf die Treugeber zu prüfen gewesen wäre, wenn wichtige Gründe für die Einziehung der Geschäftsanteile bei den Treugebern nicht vorliegen (vgl. *Baumbach/Hueck* § 1 Rdnr. 42).

4. Für das Lösungsverfahren wird zu beachten sein:

Nach § 144 Abs. 2 FGG kann ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß der Gesellschafterversammlung einer GmbH — hierzu gehören auch Beschlüsse über Bestellung und Abberufung eines Geschäftsführers — gem. §§ 142, 143 FGG als nichtig gelöscht werden, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse liegt. Das Lösungsverfahren dient nicht zur Korrektur etwaiger Fehler des Anmeldeverfahrens. Die Löschung einer Eintragung eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung kommt nur in Betracht, wenn die Nichtigkeit wegen seines gesetzwidrigen Inhalts feststeht. Andere Mängel, die zur Nichtigkeit führen

können, sind ausschließlich durch Anfechtungsklage geltend zu machen (vgl. BayObLG BB 1991, 1729). Die Einschränkung des § 144 Abs. 2 FGG, wonach ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß einer Gesellschafterversammlung einer GmbH nur dann als nichtig gelöscht werden kann, wenn er einen gesetzwidrigen Inhalt hat und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse liegt, gilt aber nicht, wenn die Eintragung gerade wegen Nichtvorliegens eines dahin gehenden Gesellschafterbeschlusses von Amts wegen oder auf Antrag gelöscht werden soll (vgl. BayObLGZ 1955, 333/334).

5. Soweit das Landgericht die Vollziehung der Anmeldung des Beteiligten zu 2 angeordnet hat, wird darauf hingewiesen, daß hierfür nicht der Abschluß des Lösungsverfahrens abgewartet werden muß, weil die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft und die eines Liquidators nicht davon abhängig sind, ob die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Geschäftsführer zu löschen ist.

6. Von der Anordnung einer Kostenerstattung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG hat der Senat abgesehen.

Der Geschäftswert war für das Rechtsbeschwerdeverfahren übereinstimmend mit dem Beschwerdewert des Landgerichts gem. § 31 Abs. 1, § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO auf 10 000 DM festzusetzen.

22. GmbHG §§ 47, 53, 54 (*Verbindlichkeit eines notariell beurkundeten Gesellschafterbeschlusses einer GmbH für Registergericht*)

Wird ein Beschluß der Gesellschafterversammlung einer GmbH notariell beurkundet, so steht er hinsichtlich der Rechtsfolgen einem vom Versammlungsleiter festgestellten Beschluß gleich. Ein solcher Beschluß ist vorbehaltlich einer erfolgreichen Anfechtungsklage mit dem festgestellten Ergebnis wirksam; der Registerrichter darf die Eintragung nicht ablehnen.

BayObLG, Beschluß v. 7.11.1991 — BReg. 3 Z 120/91 — = BayObLGZ 1991 Nr. 70, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die Firma A.-GmbH eingetragen. Am Stammkapital der Gesellschaft von 100 000 DM waren die beiden Gesellschafter A und B mit Geschäftsanteilen von jeweils insgesamt 50 000 DM beteiligt. Mit notarieller Urkunde vom 19.12.1990 trat der Gesellschafter A seine Geschäftsanteile an den Gesellschafter B ab. In der notariell beurkundeten Gesellschafterversammlung vom selben Tag wurde der Abtretung dieser Geschäftsanteile zugestimmt; ferner wurde die Satzung geändert. Diese Urkunde wurde von beiden Gesellschaftern und dem beurkundenden Notar unterschrieben.

2. Am 17.1.1991 wurde u. a. die Änderung der Satzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Am 23.4.1991 erließ das Registergericht folgende Verfügung:

„Bezugnehmend auf mein Schreiben vom 3.4.91 wird um Übersendung der vollständigen Urkunde in beglaubigter Abschrift bezüglich der Übertragung der Geschäftsanteile gebeten.

Die von ihnen gefertigte auszugsweise Abschrift genügt nicht. Es ist, sofern die Rückgabe beantragt wird, Sache des Gerichts, die für das Gericht wichtigen Punkte einer Urkunde auszugsweise abzulichten und zu beglaubigen;

Im übrigen bestehen nach wie vor erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der Gesellschafterversammlung vom 19.12.90.

Der vollständige Wortlaut des Übergabevertrags ist deshalb erforderlich.“

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wies das Landgericht als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet.

Die Ausführungen des Landgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß die Verfügung des Registergerichts vom 23.4.1991 inhaltlich eine Zwischenverfügung darstellt und damit beschwerdefähig im Sinne von § 19 FGg ist. Macht das Registergericht die Erledigung einer Anmeldung nach § 26 Satz 2 HRV von der Behebung von Beanstandungen abhängig — hier Vorlage einer Urkunde —, so handelt es sich um eine der endgültigen Entscheidung vorausgehende Verfügung, die auf Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses gerichtet ist (vgl. BayObLGZ 1987, 449/450 m. w. N.). Eine Zwischenverfügung muß unter Darlegung der Gründe das Hindernis, das zu beseitigen ist, bestimmt und vollständig bezeichnen. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Daran ändert auch nichts, daß abweichend von der Regel keine Frist zur Behebung des Hindernisses gesetzt worden ist; denn anders als nach § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO fehlt in § 26 HRV eine Bestimmung, wonach der Antrag nach dem Ablauf der Frist zurückzuweisen ist, wenn nicht inzwischen die Behebung des Hindernisses nachgewiesen worden ist. Die fehlende Fristbestimmung in einer Zwischenverfügung des Registergerichts führt — im Gegensatz zum Grundbucheintragungsverfahren; vgl. *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. § 18 Anm. 8c — nicht allein schon deshalb zur Aufhebung der Zwischenverfügung durch das Beschwerdegericht (vgl. BayObLGZ 1972, 24). Vielmehr ist bei § 26 HRV darauf abzustellen, ob der Anmelder durch das Fehlen einer Fristbestimmung beschwert ist. Dies ist regelmäßig nicht der Fall, wenn der Anmelder die in der Zwischenverfügung erhobenen Beanstandungen als ungerechtfertigt bekämpft und somit zu erkennen gibt, daß er vor der Entscheidung hierüber im Beschwerdeverfahren nicht gewillt ist, die Beanstandungen zu beheben. So liegt es hier. Die fehlende Fristbestimmung könnte erst Bedeutung erlangen, wenn die Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung erfolglos geblieben wären (vgl. BayObLG a. a. O. S. 28).

b) Zu Recht hebt die Rechtsbeschwerde hervor, daß die Mitwirkung des Gesellschafters A, der seinen GmbH-Anteil abgetreten hatte, in der Gesellschafterversammlung vom 19.12.1990 jedenfalls insoweit erforderlich war, als dort die Zustimmung zur Abtretung erteilt worden ist. Nach § 6 der GmbH-Satzung ist die Übertragung von Geschäftsanteilen nur mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zulässig, wobei diese Zustimmung entweder in einer Gesellschafterversammlung oder auf sonstigem Weg herbeizuführen ist. Die Abtretung eines Geschäftsanteils, die gem. § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf, kann wie hier durch eine entsprechende Satzungsbestimmung erschwert sein. Ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich, so hat an der Beschlußfassung der veräußernde Gesellschafter, der seine Stellung mit der bloßen Abtretung noch nicht verloren hat, und nicht der Erwerber des Geschäftsanteils mitzuwirken und zuzustimmen (vgl. BayObLGZ 1991, 127/130 f.). Wäre daher die notarielle Urkunde vom 19.12.1990, die neben der Zustimmung zur Übertragung der Geschäftsanteile u. a. auch eine Satzungsänderung enthält, nach dem Abschnitt II 1 von beiden Gesellschaftern und am Ende der Urkunde nur noch von dem Gesellschafter B unterschrieben worden, könnten Bedenken gegen die Eintragung der Anmeldung nicht mehr erhoben werden. Es spricht viel dafür, daß aus Vereinfachungsgründen die beiden Unterschriften an das Ende der Urkunde gesetzt wurden

und jede Unterschrift nur für den Teil der Urkunde gedacht ist, für den sie erforderlich ist. Dies bedarf hier aber keiner abschließenden Stellungnahme, da die Beanstandung des Registergerichts aus anderen Gründen unberechtigt ist.

c) Bei einer Anmeldung zum Handelsregister hat der Registerrichter ein formelles und ein materielles Prüfungsrecht.

(Es folgen die in *MittBayNot* 1992, 222 unter 3 a der *Beschlußgründe* abgedruckten Ausführungen).

Im Gegensatz zum Aktienrecht (§ 130 Abs. 2 AktG) schreibt das GmbHG zur Gültigkeit von Gesellschafterbeschlüssen — abgesehen von Ausnahmefällen; vgl. *Hachenburg/Hüffer* GmbHG 8. Aufl. § 47 Rdnr. 30 — u. a. eine Ergebnisfeststellung durch den Versammlungsleiter nicht vor. Ist aber in der Gesellschafterversammlung einer GmbH entsprechend den Satzungsbestimmungen das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluß mit dem festgestellten Inhalt auch für den Registerrichter vorläufig verbindlich; formelle oder materielle Mängel, welche die Anfechtbarkeit begründen, können nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Das gilt nach h. M. auch für den Fall, daß die unrichtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses, insbesondere auch dann, wenn sie darauf beruht, daß Stimmen von in Wahrheit nicht stimmberechtigten Personen (z. B. § 47 Abs. 4 GmbHG) mitgezählt wurden, keinen Nichtigkeits-, sondern lediglich einen Anfechtungsgrund darstellt (vgl. BGHZ 104, 66/69 [= DNotZ 1989, 21 = *MittBayNot* 1988, 188]; BayObLGZ 1991 Nr. 62 [= *MittBayNot* 1992, 221]; *Hachenburg/Hüffer* § 47 Rdnr. 182, je m. w. N.; ferner *Raiser* in *Festschrift für Heinsius* 1991, S. 645/648 f.). Nichts anderes kann gelten, wenn eine förmliche Feststellung des Versammlungsleiters über die Abstimmung zwar fehlt, die Gesellschafterbeschlüsse aber notariell beurkundet wurden. Auch eine in der Sache unrichtige notarielle Niederschrift hinsichtlich des Abstimmungsergebnisses bringt den Beschluß mit dem beurkundeten Inhalt jedenfalls dann zustande, wenn die Beurkundung durch das Gesetz (hier § 53 Abs. 2 GmbHG) oder durch die Satzung vorgeschrieben ist. Wird der Beschluß einer Gesellschafterversammlung notariell beurkundet und dadurch ein bestimmtes Beschlußergebnis dokumentiert, so muß dies unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hinsichtlich der Rechtsfolgen mit der bloßen Beschlußfeststellung gleichgesetzt werden (vgl. *Hachenburg/Hüffer* § 47 Rdnr. 29). Enthält die vorgelegte notarielle Urkunde — wie hier — die Feststellung, ein Beschluß sei einstimmig gefaßt worden, so ist der Beschluß mit diesem Inhalt vorläufig zustande gekommen und, vorbehaltlich einer erfolgreichen Anfechtungsklage, wirksam. Er ist für den Registerrichter bindend; dieser darf die Eintragung nicht ablehnen (vgl. *Baums* Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981, S. 89). So liegt es hier; dafür, daß eine Anfechtungsklage erhoben worden ist, hatte das Landgericht keinen Anhalt.

d) Bei dieser Sachlage kommt es auf die von den Vorinstanzen erörterte Frage, inwieweit die routinemäßige Anforderung von Urkunden über den Erwerb von Geschäftsanteilen zulässig ist, nicht an. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren aufzuheben, da das angenommene Eintragungshindernis nicht besteht.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt.

23. AktG §§ 23 Abs. 3, 42, 281; HGB § 13 (*Abweichende Bildung der Firma einer Zweigniederlassung*)

Die Firma der Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft (hier Kommanditgesellschaft auf Aktien) bedarf nur dann nicht der Aufnahme in die Satzung der Gesellschaft, wenn sie entweder mit der Firma der Hauptniederlassung identisch ist oder ergänzend hierzu nur den erklärenden Zusatz enthält, daß es sich um eine Zweigniederlassung an einem bestimmten Ort handelt. Wird aber die Firma der Zweigniederlassung abweichend gebildet, was in bestimmten Grenzen zulässig ist, so muß eine solche Firma, wie die der Hauptniederlassung, in die Satzung aufgenommen werden.

BayObLG, Beschluß vom 19. 3. 1992 — 3 Z BR 15/92 = BayObLGZ 1992 Nr. 15; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister ist die Firma X, Kommanditgesellschaft auf Aktien mit dem Sitz in A. eingetragen. Das Unternehmen hat in R. eine Zweigniederlassung, die als „SB-Modecenter Zweigniederlassung der X, Kommanditgesellschaft auf Aktien“ firmiert. Die Gesellschaft meldete, vertreten durch den verfahrensbefullmächtigten Notar, die Änderung der Firma der Zweigniederlassung in „SB Mode+Sport Zweigniederlassung der X, Kommanditgesellschaft auf Aktien“ zur Eintragung in das Handelsregister an. Der Rechtspfleger wies die Anmeldung zurück, weil die von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma der Zweigniederlassung nicht in der Satzung enthalten sei. Der hiergegen eingelegten Erinnerung halfen Rechtspfleger und Richter nicht ab. Das Landgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft. Die zuständige Industrie- und Handelskammer hält die Aufnahme der Firma der Zweigniederlassung in die Satzung nicht für erforderlich.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

2. Gegen diese Ausführungen wendet sich die weitere Beschwerde ohne Erfolg; die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

Nach § 281 Abs. 1 AktG muß auch die Satzung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien den gem. § 23 Abs. 3 AktG für Aktiengesellschaften vorgeschriebenen Mindestinhalt haben; die Satzung muß u. a. die Firma der Gesellschaft bestimmen. Umstritten ist, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen dies auch für die Firma einer Zweigniederlassung gilt.

a) Zunächst ist die Errichtung einer Zweigniederlassung ein rein tatsächlicher Akt, eine Organisationsmaßnahme der Gesellschaft, die, falls eine entgegenstehende Satzungsbestimmung fehlt, zur Verwaltungstätigkeit des Vorstands zählt und keiner Satzungsänderung bedarf (h. M.; vgl. *Großkomm/Barz* AktG 3. Aufl. § 42 Anm. 7; *KölnerKomm/Kraft* AktG 2. Aufl. § 4 Rdnr. 13 m. w. N.). Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß auch die Firmengebung oder Firmenänderung für die Zweigniederlassung in jedem Fall ohne Satzungsänderung zulässig wäre.

(1) Der Gesetzgeber hat zur Frage der Firmenbildung bei Zweigniederlassungen keine ausdrückliche Regelung getroffen. Der Bestimmung des § 42 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 2 AktG ist nur zu entnehmen, daß Zusätze zur Firma der Zweigniederlassung grundsätzlich zulässig, aber, abgesehen von den Fällen der § 30 Abs. 3, § 50 Abs. 3 HGB, nicht erforderlich sind (vgl. *RGZ* 113, 213/218; *Wessel* Die Firmengründung 5. Aufl. Rdnr. 360 m. w. N.).

Grundsätzlich können Handelsgesellschaften nur eine einzige Firma führen, da diese nicht nur der Name ist, unter dem die Gesellschaft im Handel ihre Geschäfte betreibt, sondern, im Gegensatz zur Firma des Einzelkaufmanns, der daneben einen bürgerlichen Namen führt, auch ihr alleiniger Name. Da jedes Rechtssubjekt, wenn das Gesetz nicht ausnahmsweise mehrere Bezeichnungen zuläßt, einen einzigen bestimmten Namen haben muß, mit dem es im Rechtsverkehr eindeutig identifiziert werden kann, wäre eine mehrfache Firmenführung eine Durchbrechung dieses Prinzips (vgl. *BGHZ* 67, 166/168 f.; *Staub/Hüffer* HGB 4. Aufl. § 17 Rdnr. 28, 29 m. w. N.). Nun ist aber für eine Zweigniederlassung wesentlich, daß es sich um einen räumlich getrennten Teil eines Unternehmens handelt, der auf Dauer selbständig gegenüber der Hauptniederlassung Geschäfte tätigt und in sachlicher und personeller Hinsicht die hierfür erforderliche Organisation aufweist. Dieser Eigenart entsprechend können die Firma der Hauptniederlassung und die der Zweigniederlassung identisch sein, da letztere nur ein Unternehmensteil desselben Unternehmens ist. Weil aber die Zweigniederlassung eine beschränkte Selbständigkeit aufweist, wird daraus hergeleitet, daß ihre Firma und die der Hauptniederlassung nicht in jedem Fall identisch sein müssen (vgl. *Staub/Hüffer* § 17 Rdnr. 30 m. w. N.).

(2) Umstritten war, in welchem Umfang für die Zweigniederlassung eine besondere Firma gebildet werden darf. Während man in der älteren Rechtsprechung und im früheren Schrifttum lediglich Zusätze zur Firma der Hauptniederlassung gestattete (vgl. *OLG Dresden* OLGE 2, 516; *OLG Darmstadt* OLG 13, 38; *KG KGJ* 40 A 64; *BayObLGZ* 7, 63 und *BayObLG RJA* 12, 127/128; *Brodmann* Aktienrecht 1928 § 201 HGB Anm. 1 b; wohl auch noch *Ritter* AktG 1939 § 35 Anm. 3), hat man später (vgl. *RGZ* 113, 213/217; *KG HRR* 30, 1823 = *JFG* 8, 146; *OLG Stuttgart* *JFG* 13, 62; einschränkend *OLG München* *JW* 1937, 1268/1269 mit abl. Anmerkung *Groschuff* 1269 f.) anerkannt, daß die Firmen der Haupt- und Zweigniederlassung verschieden sein können und das Unternehmen in der Wahl der Firma der Zweigniederlassung grundsätzlich frei ist, wenn nur zum Ausdruck kommt, daß es sich um die Firma eines Zweigunternehmens handelt und die Firma der Hauptniederlassung klar erkennbar ist. Der Senat teilt diese Auffassung, die auch durch die Bestimmung des § 50 Abs. 3 Satz 1 HGB gestützt wird, in welcher der Gesetzgeber davon ausgeht, daß „die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen“ betrieben werden können.

Mehrere Niederlassungen desselben Unternehmens dürfen also unterschiedliche Firmen führen, sofern dem Grundsatz der Firmenwahrheit dadurch Rechnung getragen wird, daß entweder für die Firma der Haupt- und Zweigniederlassung ein einheitlicher Firmenkern besteht, der durch Zusätze ergänzt werden kann, oder bei einem selbständigen Firmenkern in der Firma der Zweigniederlassung durch einen entsprechenden Zusatz die Zugehörigkeit zur Hauptniederlassung klargestellt wird (vgl. *KölnerKomm/Kraft* § 42 Rdnr. 22 m. w. N.; *Staub/Hüffer* § 17 Rdnr. 32, 33 m. w. N.; *Baumbach/Duden/Hopt* HGB 28. Aufl. § 13 Anm. 2 A; *Bokelmann* Das Recht der Firmen- und Geschäftsbezeichnungen 3. Aufl. Rdnr. 875, 876; *Wessel* Rdnr. 360, je m. w. N.; *Karsten Schmidt* Handelsrecht 3. Aufl. § 12 II 3 a; *Balser/Bokelmann/Piorreck* Die Aktiengesellschaft 2. Aufl. Rdnr. 431; *Hueck* Gesellschaftsrecht 19. Aufl. § 12 I 2; *Richert* MDR 1957, 339/340; *Jansen* GmbHR 1963, 163 f.; *Winkler* MittBayNot 1970, 73/76).

(3) Unterschiedlich beantwortet wird aber in der Literatur die Frage, ob die Firma der Zweigniederlassung, wenn sie nicht

mit der Firma der Hauptniederlassung identisch ist, in die Satzung aufgenommen werden muß. Grundsätzlich verneint wird dies von Großkomm/Barz § 42 Anm. 7, *Godin/Wilhelmi* AktG 4. Aufl. § 42 Anm. 4 und KölnerKomm/Kraft § 4 Rdnr. 13. Hingegen halten *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff* AktG § 42 Rdnr. 17 in einem solchen Fall die Aufnahme in die Satzung für uneingeschränkt erforderlich.

Nach Auffassung des Senats bedarf die Firma der Zweigniederlassung nur dann nicht der Aufnahme in die Satzung der Gesellschaft, wenn diese Firma entweder mit der Firma der Hauptniederlassung identisch ist oder ergänzend hierzu nur den erklärenden Zusatz enthält, daß es sich um eine Zweigniederlassung an einem bestimmten Ort handelt (vgl. OLG Dresden a. a. O.; LG Nürnberg-Fürth BB 1984, 1066 [= MittBayNot 1984, 41]; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 4 Aktiengesellschaft § 7 Rdnr. 10; Großkomm/Gadow/Heinichen AktG 2. Aufl. § 35 Anm. 7; *Hachenburg/Irmgard Heinrich/Ulmer* GmbHG 8. Aufl. § 4 Rdnr. 73 und § 12 Rdnr. 14; unklar *Baumbach/Hueck* AktG 13. Aufl. § 42 Rdnr. 9). In allen anderen Fällen muß aber die Firma der Zweigniederlassung in die Satzung aufgenommen werden; gleiches gilt für eine Firmenänderung.

Bereits in seiner Entscheidung vom 31.5.1990 (BayObLGZ 1990, 151/158) hat der Senat für die GmbH darauf hingewiesen, daß die Firmen der Haupt- und der Zweigniederlassung dann grundsätzlich identisch zu sein haben, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht eine von der Firma der Hauptniederlassung abweichende Firma der Zweigniederlassung festlegt. Die Identität in diesem Sinn ist auch dann noch gewahrt, wenn sich der Zusatz bei der Firma der Zweigniederlassung auf die Hinzufügung des Wortes „Zweigniederlassung“ und die Ortsangabe beschränkt. In allen anderen Fällen muß aber die Firma der Zweigniederlassung entweder in der Gründungssatzung enthalten sein oder später durch Satzungsänderung gebildet werden (BayObLG a. a. O. S. 158 f. m. w. N.). Dabei kann für jede zu errichtende Zweigniederlassung bereits im voraus die Firmenbildung in der Satzung festgelegt werden (vgl. z. B. den Sachverhalt zu OLG Stuttgart a. a. O.).

Der gesetzlich notwendige Satzungsinhalt ist für die Aktiengesellschaft in § 23 Abs. 3 und 4 AktG, der gem. § 281 Abs. 1 AktG auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt, niedergelegt. Daraus folgt, daß die dort aufgeführten Punkte, also auch die Firma, nur in der Satzung und nicht auf andere Weise, z. B. durch Beschluß des Vorstandes, geregelt werden können. Neben der Publizitätswirkung, die der vorgeschriebene Mindestinhalt der Satzung damit gewährleistet, liegt in der Bestimmung, daß die Firma in die Satzung aufgenommen werden muß, ferner eine vom Gesetzgeber zwingend (vgl. § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG) festgelegte innergesellschaftliche Zuständigkeitsverteilung. Diese kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht aus Zweckmäßigungs- und Vereinfachungsgründen geändert werden. Dadurch werden Fragen, die durch die Satzung geregelt werden müssen, der Entscheidung durch die Verwaltung entzogen (vgl. *Geßler/Hefermehl/Eckart/Kropff* § 23 Rdnr. 55).

Soweit die Kommentarliteratur annimmt, die Bildung der Firma der Zweigniederlassung könne in jedem Fall außerhalb der Satzung vorgenommen werden, kann dem nicht gefolgt werden. Es fehlt an einer Begründung. Lediglich *Barz* (Großkomm AktG § 42 Anm. 7), der von der zutreffenden Auffassung der Voraufgabe abweicht, weist zur Begründung auf die Entscheidung des OLG Dresden (OLGE 2, 516) hin.

Gerade darauf kann aber diese Auffassung nicht gestützt werden, weil diese Entscheidung auf der längst überholten Rechtsauffassung beruht, bei der Firma der Zweigniederlassung sei zur Firma der Hauptniederlassung nur ein Zusatz gestattet, „der die Eigenschaft des Geschäftes als einer Zweigniederlassung, sowie seine örtlichen Beziehungen zum Ausdruck bringt“. Für einen solchen Fall hält auch der Senat eine Satzungsänderung nicht für erforderlich. Andererseits hat aber später schon das OLG Jena den Standpunkt vertreten, daß eine Satzungsänderung erforderlich sei, wenn in die Firma der Zweigniederlassung weitere Zusätze, insbesondere Nachfolgezusätze, aufgenommen werden sollen (vgl. RGZ 113, 213/214).

(4) Im vorliegenden Fall soll bei der Firma der Zweigniederlassung der von der Firma der Hauptniederlassung verschiedene Firmenkern geändert werden. Dies ist nur im Wege der Satzungsänderung möglich.

Die Tatsache, daß bei der Bildung der Firma der Zweigniederlassung, obwohl ein neuer Firmenkern, nämlich SB-Modecenter, gebildet worden ist, eine Aufnahme in die Satzung unterblieb, führt nicht dazu, daß auch eine Änderung dieses Firmenkerns außerhalb der Satzung bestimmt werden könnte. Bedarf die Bildung der Firma einer Zweigniederlassung der Aufnahme in die Satzung, so muß eine Änderung dieser Firma auch dann in die Satzung aufgenommen werden, wenn die ursprüngliche Firma gesetzwidrig nicht in die Satzung aufgenommen worden ist. Die Zulässigkeit der geänderten Firma ist für sich allein zu prüfen; auf die Zulässigkeit der bisher geführten Firma kommt es nicht mehr an (vgl. BayObLGZ 1984, 129/132 m. w. N.). So liegt es hier. Da somit das Landgericht zu Recht die Eintragung der Firmenänderung abgelehnt hat, erweist sich die weitere Beschwerde als unbegründet.

24. HGB § 161 (BGB-Gesellschaft als Kommanditistin)

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin sein.

(Leitsatz nicht amtlich)

LG Nürnberg-Fürth, Beschluß vom 6.3.1992 — 4 HK T 2001/90 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Armbruster*, Nürnberg

Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister ist die „X-GmbH & Co. Immobilien Verwaltungs KG“ eingetragen. Zu notarieller Urkunde hat der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH folgendes zur Eintragung im Handelsregister angemeldet:

- 1) In die Kommanditgesellschaft ist mit Wirkung zum 27.10.1989 als weiterer Kommanditist
die BGB-Gesellschaft
mit dem Sitz in N., bestehend aus:
der Firma C-GmbH mit dem Sitz in K. und
der Firma I-GmbH mit dem Sitz in N.
eingetreten.
Die Einlage beträgt 10.000,— DM. Sie ist in bar zu erbringen.
- 2) Die Einlage der vorgenannten Kommanditistin wurde mit Wirkung zum 30.10.1989 um 5.990.000,— DM auf 6.000.000,— DM erhöht.

Mit Zwischenverfügung beanstandete der Rechtspfleger beim Registergericht die beantragte Eintragung wie folgt:

dem Vollzug der Anmeldung steht als Hindernis entgegen, daß eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht die Rechtsstellung eines Kommanditisten einnehmen kann, vgl. *Baumbach*

Duden/Hopt, Handelsgesetzbuch, 27. Aufl. München 1987, § 161 Anm. 2) A., *Schilling* In Großkomm. HGB, Berlin 1970, § 161 Anm. 19.

Gegen diese Zwischenverfügung hat der Notar Erinnerungen und für den Fall der Nichtabhilfe Beschwerde eingelegt. Rechtspfleger und Registerrichter haben nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde gegen die selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung hat Erfolg.

Zwar ist dem Erstgericht zuzugeben, daß nach bisher herrschender Meinung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht Mitglied einer Kommanditgesellschaft sein kann (vgl. beispielhaft *Baumbach/Duden/Hopt*, 28. Aufl., Anm. 2 zu § 161 HGB m. w. N., *Soergel*, 11. Aufl., Rdnr. 24 zu § 705 BGB, BGHZ 46, 296 und BGHZ 58, 317, BGH WM 1966, 188/190).

Die herrschende Meinung geht vor allem auf die zitierten BGH-Entscheidungen und noch davorliegende Entscheidungen des Reichsgerichts zurück. In der Zwischenzeit hat sich bei der rechtlichen Behandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts („GbR“) gerade als Gesellschafterin juristischer Personen ein grundlegender Wandel vollzogen. So kann eine GbR Aktionärin einer Aktiengesellschaft sein und Gesellschafterin einer GmbH bereits bei der Gründung (BGHZ 78, 311/312) oder durch spätere Übernahme eines Geschäftsanteils werden.

Neuerdings hat der Bundesgerichtshof auf entsprechende Vorlage des Bayerischen Obersten Landesgerichts hin (DB 1991, 2093) für eine GbR auch die Mitgliedsfähigkeit an einer Genossenschaft bejaht (vgl. hierzu BGH, BB 1992, 162). In dieser letztgenannten Entscheidung hat der BGH deutlich gemacht, daß eine GbR nach heutiger Auffassung grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen könne, soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen (vgl. hierzu BGH a. a. O.). Dies ist in der genannten Entscheidung für die Mitgliedschaft einer GbR in einer Genossenschaft mit eingehender Begründung verneint worden.

Die rechtsähnliche Ausgestaltung der eingetragenen Genossenschaft und der Kommanditgesellschaft erlaubt es, die tragenden Grundsätze dieser Entscheidung auch zur Beurteilung der Frage anzuwenden, ob eine GbR Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein kann.

Genossenschaft und Kommanditgesellschaft sind personalistisch ausgestaltete Gesellschaften. Beim Kommanditisten ist ähnlich wie bei Mitgliedern einer Genossenschaft die persönliche Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgeschlossen. Auch die mangelnde Publizität der GbR und die hierdurch verbundene Schwierigkeit der Feststellung welche natürlichen Personen hinter der Gesellschaft stehen, rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil sie sich auch bei einer GmbH in weitgehend gleicher Weise ergeben. Für die GmbH wird aber allgemein davon ausgegangen, daß eine GbR Gesellschafter sein kann, wie oben bereits ausgeführt worden ist.

Schließlich hat der BGH die mangelnde Publizität einer GbR auch für den Bereich der Genossenschaften als nicht ausreichend angesehen, um den Beitritt einer GbR zu verweigern, obwohl die womöglich bestehende Nachschußpflicht im Falle des Ausscheidens oder des Konkurses (§ 7 und 6 Nr. 3 GenG) bei der Genossenschaft eher als beim Kommanditisten zu Haftungsproblemen führen kann.

Nach alledem verbieten auch für die Kommanditgesellschaft weder gesetzliche Regelungen noch die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts den Beitritt einer GbR als Kommanditistin. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Es war deshalb die Zwischenverfügung des Registergerichts aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Behandlung und Entscheidung an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen.

C.

Kostenrecht

25. KostO § 30 Abs. 1, § 39 Abs. 2 (*Zum Geschäftswert einer GmbH-Geschäftsanteilsabtretung*)

1. **Beim Verkauf eines Geschäftsanteils einer GmbH stellt in der Regel der Kaufpreis den objektiven Wert des Anteils (im Rahmen der Prüfung nach § 39 Abs. 2 KostO) dar. Der Geschäftswert kann deshalb auch dem Nennwert des Anteils entsprechen.**
2. **Bei der Prüfung, ob der Kaufpreis im Einzelfall ausreichende Aussagekraft für den Wert des Anteils besitzt, kann auf Satzungsbestimmungen, die den Kaufpreis beeinflussen können, zurückgegriffen werden (Einschränkung von BayObLG MittBayNot 1985, 48).**

BayObLG, Beschluß vom 17.10.1991 — BReg. 3 Z 114/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 67 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 20. 12. 1989 den Verkauf und die Abtretung von 36 Geschäftsanteilen an einer gemeinnützigen GmbH im Nennwert von insgesamt 180 000 DM durch die Beteiligte zu 2 an die Beteiligte zu 1. Der Kaufpreis betrug 180 000 DM.

Seine Tätigkeit stellte der Notar der Beteiligten zu 1 mit Kostenrechnungen vom 21. 12. 1989 und — mit Wertangabe — 20. 3. 1990, ausgehend von einem Geschäftswert von 8 Mio DM, mit insgesamt 27 698,35 DM in Rechnung. Den Geschäftswert errechnete der Notar wie folgt:

Aktiva der GmbH	86,2 Mio DM
davon entfallen auf den Grundbesitz (Buchwert)	78,2 Mio DM
verbleiben für sonstiges Vermögen	8,0 Mio DM
zuzüglich Verkehrswert Grundbesitz	150,0 Mio DM
abzüglich Verbindlichkeiten	62,2 Mio DM
ergibt ein Reinvermögen der Gesellschaft von	95,8 Mio DM.

Der Geschäftsanteil der Beteiligten zu 2 von 180 000 DM (entspricht 8,52% des Stammkapitals) habe somit einen Wert von 8 Mio DM. Gem. § 39 Abs. 2 KostO sei von diesem höheren Wert — gemessen an dem erzielten Kaufpreis — auszugehen.

2. Mit ihrer Beschwerde gegen die Kostenberechnung rügte die Beteiligte zu 1 die Geschäftswertberechnung des Notars. Für eine Schätzung des Werts gem. § 30 Abs. 1 KostO sei angesichts des erzielten Kaufpreises, der dem eingezahlten Kapitalanteil entsprochen habe, kein Raum. Der Nennbetrag sei auch bei früheren Veräußerungen von Geschäftsanteilen als Kaufpreis zugrunde gelegt worden. Dies entspreche einer korrekten wirtschaftlichen Betrachtungsweise, da nach § 19 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der Gewinnanteil auf höchstens jährlich 4 v. H. (nach dem Gesellschaftsvertrag 5 v. H.) der Einzahlungen auf die Stammeinlage begrenzt sei und nach § 5 Abs. 1 ein Gesellschafter im Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft — wie auch im Fall der Auflösung der Gesellschaft (§ 22) — nicht mehr als seine eingezahlten Einlagen zurückerhalten dürfe. Die Gesellschaft habe nämlich nach dem erklärten Willen ihrer Mehrheitsgesellschafterin eine aufgabenorientierte Tätigkeit — Schaffung und Bereithaltung von preiswerten Wohnungen für breite Kreise der Bevölkerung zu kostendeckenden Mietpreisen — zu entfalten, nicht aber eine gewinnorientierte Tätigkeit.

Der Notar hielt an seiner Kostenberechnung fest.

Mit Beschluß des Landgerichts wurde die Kostenberechnung des Notars vom 21.12.1989 aufgehoben; die für die Beurkundung vom 20.12.1989 angefallenen Gebühren und Auslagen wurden auf 953,95 DM festgesetzt. Die weitere Beschwerde wurde — beschränkt auf die Ermittlung des Geschäftswerts — zugelassen.

3. Gegen die dem Notar zugestellte Entscheidung richtet sich dessen weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

1. Die zulässige weitere Beschwerde des Notars (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO) ist sachlich nicht begründet.

Das Landgericht hat zur Ermittlung des der Kostenberechnung des Notars zugrunde zu legenden Geschäftswerts in zutreffender Weise den in der Vertragsurkunde vom 20.12.1989 vereinbarten Kaufpreis von 180 000 DM herangezogen, der im vorliegenden Fall dem Nennwert der von der Beteiligten zu 1 erworbenen 36 Geschäftsanteile entspricht. Es ist dabei von der Gleichwertigkeit der Leistungen im Rahmen des vorliegenden Austauschvertrages gem. § 39 Abs. 2 KostO ausgegangen.

Ein Geschäftsanteil an einer GmbH ist ein Vermögensgegenstand, für den weder die §§ 19 bis 29 KostO noch die speziellen Vorschriften des zweiten Abschnitts dieses Gesetzes eine Wertregelung enthalten. Es steht hier auch kein bestimmter Geldwert fest, da der Nennbetrag in der Regel nicht dem wirtschaftlichen Wert des Anteils entspricht. Der Wert des Geschäftsanteils ist deshalb gem. § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen festzusetzen; er soll mit den im Wirtschaftsleben zugrunde gelegten Werten möglichst übereinstimmen. Läßt sich der Wert nicht aus Verkäufen feststellen, so wird es für möglich gehalten, ihn auch nach dem sog. Stuttgarter Verfahren unter Berücksichtigung des Vermögens (Substanzwert) und der Ertragsaussichten der GmbH zu schätzen (vgl. BayObLGZ 1982, 395/398 f. [= MittBayNot 1983, 246], 1977, 50/51 f. [= MittBayNot 1977, 139]; BayObLG JurBüro 1988, 1199 und 1985, 583/585).

Beim Verkauf eines Geschäftsanteils stellt in der Regel der Kaufpreis den objektiven Wert dar (BGH NJW 1975, 1417; BayObLGZ 1982, 395/398; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 3 Rdnr. 10). Denn er zeigt, wie weit sich ein vom Sachverständigen geschätzter oder sonstwie ermittelter Wert tatsächlich realisieren läßt. Wenn das Landgericht deshalb zu dem Ergebnis kam, daß es sich um einen Verkauf zu „normalen“ Bedingungen handelte, so brauchte es nicht mehr auf weitere Bewertungskriterien wie Gesellschaftsvermögen und Ertragsaussichten zurückgreifen. Es erübrigte sich auch, den bei gemeinnützigen Kapitalgesellschaften üblichen Abschlag (10 bis 30%) von dem sonst errechneten Wert (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 12. Aufl. § 30 Rdnr. 13) vorzunehmen.

Vorliegend handelt es sich um einen für den objektiven Wert der Geschäftsanteile aussagekräftigen Kaufpreis und nicht etwa um einen Verkauf „unter Wert“. Dies zeigen schon die von der Beteiligten zu 1 vorgelegten bisherigen Geschäftsanteilsverkäufe in der Zeit vom 2.1.1959 bis 18.3.1980, bei denen jeweils der Nennbetrag als Kaufpreis vereinbart wurde. Dies hat nach den Darlegungen des Landgerichts seinen Grund darin, daß nach der Satzung der Gewinnanteil auf jährlich 5% der jeweiligen Einzahlungen auf die Stammeinlage begrenzt ist (§ 19 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages) und sonstige Vermögensvorteile, die nicht als angemessene Gegenleistung für besondere geldwerte Leistungen anzu-

sehen sind, den Gesellschaftern nicht zugewendet werden (§ 19 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages). Im Falle des Ausscheidens aus der Gesellschaft dürfen Gesellschafter unter Berücksichtigung von § 10 der Gemeinnützigkeitsverordnung nicht mehr als ihre eingezahlten Einlagen zurückerhalten (§ 5 des Gesellschaftsvertrages). Bei Auflösung der Gesellschaft erhalten die Gesellschafter nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger unter Berücksichtigung von § 10 der Gemeinnützigkeitsverordnung — in Abweichung von § 72 Satz 1 GmbHG, der dispositives Recht ist (BGHZ 14, 264/272) — nicht mehr als ihre eingezahlten Einlagen ausbezahlt. Ein etwa verbleibender Rest des Gesellschaftsvermögens ist der Mehrheitsgesellschafterin zu überweisen und von dieser ausschließlich für den in § 2 dieses Vertrages bezeichneten gemeinnützigen Zweck (Bau von Kleinwohnungen im eigenen Namen und die Betreuung des Baues von Kleinwohnungen) zu verwenden (§ 22 des Gesellschaftsvertrages). Diese Satzungsbestimmungen wirken sich dahin aus, daß sich der Marktpreis, also der gemeine Wert, der Geschäftsanteile nach oben durch den Nennwert begrenzt.

Die gemeinnützige Aufgabe obliegt der GmbH nach dem Gesellschaftsvertrag auch unabhängig von den Bestimmungen des nur kurze Zeit nach Vertragsschluß außer Kraft getretenen Gesetzes über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen. Der Kaufpreis ist deshalb nicht aus diesem Grund unrealistisch. Für die Vermutung des Beschwerdeführers, daß die Gesellschaft die einschränkenden Bestimmungen der Satzung dem neuen Gesetzesstand anpassen werde, hatte das Landgericht keinen Anhaltspunkt; es brauchte deshalb hierauf nicht einzugehen (§ 25 FGG). Auf neue Tatsachen kann die weitere Beschwerde nicht gestützt werden (vgl. *Jansen* FGG 2. Aufl. § 27 Rdnr. 38).

Die vom Landgericht zitierte Entscheidung des Senats vom 19.11.1984 BReg. 3 Z 137/82 (JurBüro 1985, 583 [= MittBayNot 1985, 48]) steht der Berücksichtigung der einschränkenden Satzungsbestimmungen jedenfalls bei der Prüfung der Aussagekraft des Kaufpreises im Rahmen der Wertbestimmung nach § 39 Abs. 2 KostO nicht entgegen. Da bei dieser Entscheidung der zu bewertende Vertrag einen Austausch von Leistungen nicht zum Gegenstand hatte, wurde der Geschäftswert nach dem Wert des Rechtsverhältnisses bemessen, auf das sich der beurkundete Abtretungsvertrag bezog (§§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO). Das war dort ausschließlich der abgetretene Geschäftsanteil. Die Satzung war nicht Gegenstand der Beurkundung und die aus ihr sich ergebenden Ertrags- und Verfügungsbeschränkungen und deren Auswirkungen auf die Geschäftsanteile wurden deshalb außer Betracht gelassen. Vorliegend ist nicht wie bei § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO auf den Wert des Rechtsverhältnisses abzustellen, auf das sich die beurkundete Erklärung bezieht, sondern auf den Wert der beiderseitigen Leistungen des Austauschvertrages, der wesentlich vom Kaufpreis bestimmt ist, für den hier wiederum die Satzung ein wertbildender Faktor ist. Es bedarf deshalb keiner Erörterung, inwieweit an der genannten Entscheidung festgehalten werden kann.

Die Rechtsprechung zu der Bewertung verkehrsunfähiger Sachen (vgl. BayObLGZ 1986, 281 und 1985, 325 [= MittBayNot 1986, 145 = DNotZ 1986, 435]) kann hier nicht herangezogen werden, weil der Kaufpreis gerade einen Anhaltspunkt für den Wert des Gegenstands gibt.

26. KostO § 31 Abs. 1 Satz 1, § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1, § 107 Abs. 2 Satz 1, § 19 Abs. 4 (Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 KostO)

1. Gehört zum Nachlaß ein landwirtschaftlicher Betrieb, so ist für die Festsetzung des Geschäftswerts eines Beschwerdeverfahrens, das die Erteilung eines Erbscheins zum Gegenstand hat, die Wertbegünstigungsvorschrift des § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden.
2. Privilegiert ist das Geschäft dann, wenn der landwirtschaftliche Betrieb im Zeitpunkt des Erbfalls objektiv fortführbar ist und wenn er nach dem erkennbar gewordenen Willen des Erblassers fortgeführt werden soll.

BayObLG, Beschluß vom 12.11.1991 — BReg. 1 Z 43/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 73 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayOBLG

Aus dem Tatbestand:

Der Erblasser ist im Jahr 1990 im Alter von 76 Jahren verstorben. Aus seiner Ehe mit der Beteiligten zu 2 ist als einziges Kind die Beteiligte zu 3 hervorgegangen.

In einem notariell beurkundeten Testament vom 12.12.1989 hat der Erblasser einen mit ihm verwandten Landwirt, den Beteiligten zu 1, als „alleinigen und uneingeschränkten Erben“ eingesetzt, weil dieser der geeignete Nachfolger zur Fortführung seines landwirtschaftlichen Anwesens sei. Ersatzerbin sollte die Ehefrau des Erblassers sein. Zu deren Gunsten hat der Erblasser verschiedene Vermächtnisse angeordnet, damit ihr „Lebensabend“ gesichert sei. Seiner Tochter entzog er „jeden gesetzlichen Pflichtteilsanspruch“, weil sie sich ihm gegenüber eines schweren vorsätzlichen Vergehens schuldig gemacht habe. Er wandte ihr jedoch vermächtnisweise einen Betrag von 100.000 DM zu.

Der Verkehrswert des landwirtschaftlichen Anwesens, dessen Alleineigentümer der Erblasser war, beträgt nach den Feststellungen des Nachlaßgerichts 1.949.194 DM; der Einheitswert wurde vom Finanzamt zum 1.1.1964 auf 59.300 DM festgesetzt. Der übrige Nachlaß besteht im wesentlichen aus Bankguthaben in Höhe von insgesamt 42.430 DM.

Der Beteiligte zu 1 erklärte vor dem Nachlaßgericht, er benötige keinen Erbschein, weil sein Erbrecht auf einer öffentlichen Urkunde beruhe. Grundbuchberichtigung „allerorts“ werde jedoch beantragt. Eine Abschrift des Testaments und der Niederschrift vom 30.3.1990 wurden ihm ausgehändigt. Die Beteiligte zu 3 beantragte einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweise. Ferner beantragte sie, das dem „vermeintlichen Erben“ ausgehändigte Testament einzuziehen und vorläufig für kraftlos zu erklären. Zur Begründung trug sie vor, daß das Testament vom 12.12.1989 nicht vom Erblasser unterschrieben worden und somit unwirksam sei. Die Beteiligte zu 2 sei erbunwürdig, weil sie die Unterschrift des Erblassers auf der Testamentsurkunde „nachgemacht“ oder diesen zur Unterschriftsleistung gezwungen habe. Hierauf verfügte der Rechtspfleger des Nachlaßgerichts, daß der Antrag auf Grundbuchumschreibung bis zur weiteren Klärung des Sachverhalts dem Grundbuchamt nicht vorgelegt werde.

Der Nachlaßrichter lehnte am 27.7.1990 die Anträge der Beteiligten zu 3 auf Erteilung eines Erbscheins und auf Einziehung des dem Beteiligten zu 1 ausgehändigten Testaments ab. Ferner ordnete er an, daß die Beteiligte zu 3 die den Beteiligten zu 1 und 2 entstandenen Kosten zu erstatten habe. Den Geschäftswert setzte er auf 1.990.000 DM fest. Zur Begründung führte er im wesentlichen aus, daß die Beteiligte zu 3 nicht Erbin geworden sei, denn der Beteiligte zu 1 sei wirksam zum Alleinerben eingesetzt. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen sei das Testament vom 12.12.1989 vom Erblasser im Beisein des Notars unterzeichnet worden. Für eine Einziehung des Testaments fehle es unabhängig von der materiellen Erbrechtslage an einer gesetzlichen Grundlage.

Gegen diese Entscheidung legte die Beteiligte zu 3 Beschwerde ein, die das Landgericht zurückwies. Ein Geschäftswert wurde nicht festgesetzt.

Die Beteiligte zu 3 hat weitere Beschwerde eingelegt, welche jedoch später zurückgenommen wurde.

Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen, die ihnen entstandenen Kosten der Beteiligten zu 3 aufzuerlegen.

Aus den Gründen:

1. Nach Zurücknahme einer weiteren Beschwerde bedarf es grundsätzlich keiner Entscheidung über die Gerichtskosten. Wer die Gebühr gem. § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO zu tragen hat, ergibt sich aus der Kostenordnung (BayObLG FamRZ 1983, 96). Hingegen ist über die Erstattung der den Beteiligten entstandenen außergerichtlichen Kosten gem. § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG nach billigem Ermessen zu befinden (BGHZ 28, 117/121; BayObLG a. a. O.). Bei der Zurücknahme eines Rechtsmittels entspricht es regelmäßig der Billigkeit, daß derjenige, der ein Rechtsmittelverfahren in Gang gebracht hat, die einem anderen Beteiligten dadurch entstandenen Kosten erstattet. Besondere Umstände, die eine andere Beurteilung rechtfertigen könnten, sind hier nicht ersichtlich. (*wird ausgeführt*)

2. Der gem. § 31 Abs. 1 Satz 1 KostO festzusetzende Geschäftswert des Rechtsbeschwerdeverfahrens richtet sich gem. § 131 Abs. 2 KostO in allen Fällen nach § 30 KostO. (...)

a) Die Beteiligte zu 3 hat mit ihrer weiteren Beschwerde ihren Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund Gesetzes weiterverfolgt.

Das Interesse der Beteiligten zu 3 am Erfolg ihres Erbscheinsantrags ergibt sich aus dem Unterschied zwischen dem Wert des von ihr als Alleinerbin erstrebten Nachlasses und dem Vermächtnis, das ihr im Fall der Wirksamkeit des von ihr angegriffenen Testaments zustehen kann.

aa) Gemäß § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO ist für die Erbscheinserteilung der Reinnachlaß im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend, also der Wert des Nachlasses nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten. Diese für den ersten Rechtszug maßgebliche Vorschrift ist im Beschwerdeverfahren zwar nicht unmittelbar anzuwenden, kann aber als Anhaltspunkt für die gem. § 30 Abs. 1 KostO vorzunehmende Schätzung herangezogen werden (*wird ausgeführt*). Die Bewertung des zum Nachlaß gehörenden Grundbesitzes richtet sich nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO (...). Gehört zum Nachlaß ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb mit Hofstelle, so ist gem. § 107 Abs. 2 Satz 1 zweiter Halbsatz, § 19 Abs. 4 KostO seit 1.7.1989 (Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger kostenrechtlicher Vorschriften v. 15.6.1989, BGBl I S. 1082) bei einem Geschäft, das die Überlassung des Betriebs durch Testament betrifft, nicht mehr der Verkehrswert maßgebend (vgl. zur früheren Rechtslage BayObLGZ 1975, 244/248 m. w. N.; *Reimann* MittBayNot 1987, 117), sondern das Vierfache des zuletzt festgesetzten Einheitswerts. Diese Vorschrift ist nach ihrem Zweck, leistungsfähige landwirtschaftliche Betriebe zu erhalten (vgl. BT-Drucks. 11/2343 S. 6; BayObLGZ 1991, 200/202), auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden, welches die Erteilung eines Erbscheins zum Gegenstand hat. Die Voraussetzungen einer derartigen Privilegierung liegen hier vor. Unter Berücksichtigung der Besonderheiten, die sich aus dem Erbscheinsverfahren ergeben, sind dies: das Bestehen eines fortführbaren landwirtschaftlichen Betriebs (objektive Komponente) und (als subjektive Komponente) die Absicht des Erblassers, die Fortführung des Betriebs zu ermöglichen (vgl. *Korintenberg/Bengel* KostO 12. Aufl. § 19 Rdnr. 79—81). Wie sich aus den vom Senat eingeholten Auskünften des zuständigen Amts für Landwirtschaft und des Bayerischen Bauernverbands ergibt (vgl. hierzu BayObLGZ 1975, 244/249), gehörte jedenfalls in dem für die Geschäftswertfestsetzung maßgeblichen Zeitpunkt

des Erbfalls (vgl. § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO) zum Betrieb des Erblassers eine „Hofstelle“, von der aus seine Bewirtschaftung erfolgte, wenngleich ein Teil des Grundbesitzes bereits damals an den Beteiligten zu 1 verpachtet war. Somit war der Betrieb fortführbar; die objektive Komponente der für die Privilegierung der Überlassung erforderlichen Fortführungstendenz war daher gegeben. Es braucht hier nicht entschieden zu werden, welche Anforderungen im einzelnen an die Feststellung der Absicht des Erblassers zu stellen sind. Insbesondere kann offenbleiben, ob im Zweifel davon auszugehen ist, daß der Erblasser die Fortführung des Betriebs ermöglichen will. Hier ergibt sich diese Absicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Testaments, in dem der Erblasser ausgeführt hat, der von ihm als Erbe eingesetzte Beteiligte zu 1 sei der geeignete Nachfolger zur Fortführung des landwirtschaftlichen Anwesens. Grundsätzlich nicht entscheidend ist hingegen, ob ein Erbe den Betrieb tatsächlich fortführt. Das folgt schon daraus, daß im Zeitpunkt einer Geschäftswertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren oft noch gar nicht feststeht, wer Erbe ist und ob der Betrieb fortgesetzt wird.

Nach den Feststellungen des Nachlaßgerichts wurde der Einheitswert des landwirtschaftlichen Anwesens zuletzt auf 59.300 DM festgestellt, so daß für dessen Bewertung ein Betrag von 237.200 DM maßgebend ist. (. . .)

27. KostO § 20 Abs. 1 (Geschäftswert der Auflassung bei Nebenentschädigungen)

Bei einem Grundstückskauf für Zwecke des Straßenbaus gehören zum Kaufpreis auch Entschädigungen für Nachteile, die dadurch entstehen, daß die Bewirtschaftung der Restgrundstücke erschwert wird.

BayObLG, Beschluß vom 5.12.1991 — BReg. 3 Z 132/91 = BayObLGZ 1991 Nr. 81 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Mit notariellen Urkunden kaufte die Beteiligte zu 1 von den Beteiligten zu 2 und 3 zum Teil amtlich noch nicht vermessene, sondern nur annähernd errechnete Grundstücksflächen für Baumaßnahmen der Autobahn. Als „Entschädigung bzw. als „Kaufpreis und Nebenentschädigung“ hatte die Käuferin an die Verkäufer für die abgetretenen Grundstücksflächen selbst einen bestimmten Quadratmeterpreis zu zahlen; der Gesamtkaufpreis insoweit sollte vom amtlichen Vermessungsergebnis abhängen. Außerdem hatte die Käuferin Entschädigungen für den Waldbestand, die Betriebserschwerung, entgangene Sandentnahme, Rand- und technische Schäden, Jagdwertminderung, An- und Durchschneidungen sowie für Erwerbsverlust zu jeweils bereits feststehenden Beträgen zu entrichten.

Mit Urkunden des beteiligten Notars wurde die Messungsanerkennung und Auflassung beurkundet. Hierfür stellte der Notar der Beteiligten zu 1 Kosten in Rechnung, denen er hinsichtlich der beurkundeten Auflassungen einen Grundstückswert zugrundelegte, der außer dem endgültigen Grundstückskaufpreis auch die gezahlten Entschädigungen enthielt.

2. Gegen diese Kostenberechnungen erhob die Beteiligte zu 1 dem Notar gegenüber insoweit Einwendungen, als dem Geschäftswert (endgültiger Grundstückskaufpreis) auch die bereits bezahlte einmalige Entschädigungssumme hinzugerechnet worden sei. Diese Beträge dürften bei der Beurkundung der Messungsanerkennung und Auflassung nicht noch einmal berücksichtigt werden, da sie sich durch die Vermessung nicht verändert hätten. Die Gebühr für die Entschädigungen sei bereits mit der Kostenrechnung für die Kaufvertragsurkunde abgegolten. Unabhängig davon seien bestimmte Nebenentschädigungen für Betriebserschwerung nicht für die erworbene Fläche gezahlt, sondern als Entschädigung des verkauften Landwirts für die verbleibende Restfläche.

Der Notar beantragte die Entscheidung des Landgerichts.

Mit Beschluß wies das Landgericht die Beschwerde zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Zur Begründung wird ausgeführt, daß sich der Geschäftswert für die Beurkundung der Auflassung gem. § 20 Abs. 1 KostO nach dem Kaufpreis bestimme. Diesem seien die im vorliegenden Fall von der Beteiligten zu 1 neben dem Grundstückskaufpreis geschuldeten Entschädigungsbeträge als vom Käufer übernommene oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegende Leistungen hinzuzurechnen.

3. Gegen die Entscheidung des Landgerichts legte die Beteiligte zu 1 weitere Beschwerde ein.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die landgerichtliche Entscheidung hält der im Rechtsbeschwerdeverfahren allein möglichen rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

1. Zwar hätten die Beteiligten zu 2 und 3, die neben der Beteiligten zu 1 als Kostenschuldner in Betracht kommen (§§ 141, 5, 2 Nr. 1 KostO), an dem der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden Beschwerdeverfahren grundsätzlich beteiligt werden müssen; denn Entscheidungen im Notarkostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO wirken ebenso wie solche im Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren über den Kostenansatz gem. § 14 KostO nach herrschender Meinung ihrer Natur nach für und gegen alle Kostenschuldner und gebieten deshalb aus Gründen des rechtlichen Gehörs im Regelfall deren Beteiligung (vgl. hierzu BayObLG MDR 1980, 858 = JurBüro 1980, 1378; *Rohs/Wedewer*, KostO 3. Aufl. § 156 Rdnr. 35 a, § 14 Rdnr. 17; *Korintenberg/Lappel/Bengel/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. § 156 Rdnrn. 52 und 95). Die Übernahme der Beurkundungskosten durch die Beteiligte zu 1 in den beiden Verträgen hat auch nicht zur Folge, daß der sonst Verpflichtete von seiner Zahlungspflicht befreit wird (*Rohs/Wedewer* § 3 Rdnr. 14).

Vorliegend kann jedoch an der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit (vgl. auch § 449 BGB) der Beteiligten zu 1 im Falle einer ihr ungünstigen Entscheidung kein Zweifel bestehen, so daß eine Inanspruchnahme der Beteiligten zu 2 und 3 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht in Betracht kommt und deshalb ihre Anhörung durch das Landgericht nicht geboten war (vgl. BayObLG a. a. O.).

2. Die angefochtenen Kostenberechnungen, die den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO entsprechen, sind nicht zu beanstanden.

a) Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist nur die Frage, ob die die Auflassung betreffenden notariellen Verträge im Hinblick auf die Mitberücksichtigung der von der Beteiligten zu 1 zu zahlenden Entschädigungen richtig bewertet wurden. Das Rechtsbeschwerdegericht ist insoweit an die Anträge der Beteiligten zu 1 als Kostenschuldnerin im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren gebunden (BayObLGZ 1987, 186/190; *Korintenberg* § 156 Rdnr. 58 ff. und 88; *Schneider* Die Notarkosten-Beschwerde S. 38, 40 und 122).

b) Der beteiligte Notar hat seinen Kostenberechnungen hinsichtlich der Beurkundung der Auflassungen einen zutreffenden Geschäftswert zugrunde gelegt.

(1) Nach allgemeiner Meinung (vgl. BayObLGZ 1955, 79/86; BayObLG Rpfleger 1987, 198; JurBüro 1982, 1548; *Rohs/Wedewer* § 20 Rdnr. 2; *Korintenberg* § 38 Rdnr. 53; *Gött-*

lich/Mümmeler KostO 10. Aufl. Stichwort Auflassung S. 80; Hartmann Kostengesetze 24. Aufl. § 20 KostO Anm. 1) gilt die Wertvorschrift des § 20 KostO, wenn wie hier ein Grundstückskauf vorliegt, auch für die Beurkundung der Auflassung. Maßgebend ist daher nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO grundsätzlich der Kaufpreis, wobei es nicht darauf ankommt, ob dieser — wie bei den Entschädigungen — zum Teil schon feststeht, zum Teil — wie beim eigentlichen Grundstückskaufpreis wegen dessen Abhängigkeit von der amtlichen Vermessung — aber erst noch ermittelt werden muß. Es kann auch nicht davon gesprochen werden, daß die aus dem Wert der Entschädigungen resultierenden Kosten bereits mit den Gebühren für die Beurkundung des Kaufvertrages abgegolten seien. Denn nach der gesetzlichen Regelung ist zur Bewertung der Auflassungsbeurkundung erneut auf den vollen Geschäftswert des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO, somit den Kaufpreis, zurückzugreifen; eine Vergünstigung kommt lediglich in der Gebührenhöhe nach § 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO zum Ausdruck.

(2) Als Kaufpreis i. S. des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO gilt dessen Nennbetrag (*Rohs/Wedewer* § 20 Rdnr. 3; *Korintenberg* § 20 Rdnr. 7). Vorliegend sind somit die Entschädigungen unmittelbar Teil des Kaufpreises und nicht nur dem Käufer sonst infolge der Veräußerung obliegende Leistungen i. S. des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO. Die Entschädigungen sind als neben dem Kaufpreis für die Grundstücke noch zu zahlende besondere Entgelte vereinbart und deshalb dem eigentlichen Grundstückskaufpreis hinzuzurechnen (*Rohs/Wedewer* a. a. O.). Dies gilt auch hinsichtlich der Entschädigungen für Betriebserschwernisse und findet seine Rechtfertigung darin, daß sich der Kaufpreis nach bürgerlichem Recht (§ 433 Abs. 2 BGB) bestimmt, er sonach derjenige Geldbetrag ist, den der Käufer vereinbarungsgemäß aufzuwenden hat, um die Kaufsache vom Verkäufer zu erhalten (vgl. BayObLGZ 1971, 7/11 f.). Ohne die genannten Entschädigungen aber hätte die Beteiligte zu 1 die Grundstücke nicht erhalten; die Entschädigungen sind keineswegs Gegenleistungen für weitere Leistungen der Verkäufer.

Ohne Bedeutung ist, daß hier die Höhe des Kaufpreises einschließlich der Nebenentschädigungen durch das Enteignungsrecht mitbeeinflußt sein mag; dies ändert nichts daran, daß es sich vorliegend um einen Kauf handelt.

28. KostO § 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Satz 1, § 8, 141 (*Wahlrecht des Notars bei Kostengesamtschuldnern*)

Dem Notar steht es auch dann frei, einen von mehreren Kostengesamtschuldern in Anspruch zu nehmen, wenn ein anderer von ihnen die Kosten im Innenverhältnis übernommen hat. Unterläßt es der Notar, von dem einen Kostengesamtschuldner einen Kostenvorschuß anzufordern, so kann der andere, in Anspruch genommene Kostengesamtschuldner die Zahlung der Kosten nicht mit der Begründung verweigern, darin liege eine Amtspflichtverletzung.

BayObLG, Beschluß vom 6. 2. 1992 — BReg. 3 Z 179/91 = BayObLGZ 1992 Nr. 8 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Der beteiligte Notar beurkundete am 22. 8. 1990 eine „Verpflichtung zur Annahme eines Vertragsangebotes und Verpflichtung zur Übertragung und zum Erwerb von Grundbesitz“ zwischen der Beteiligten

zu 2) (einer GmbH) und dem Beteiligten zu 1). Den in dieser Urkunde eingegangenen Verpflichtungen der Beteiligten zu 2) trat der Beteiligte zu 3) auch persönlich bei. In der Urkunde wurde bestimmt, daß die Kosten der Urkunde von der Beteiligten zu 2) zu tragen seien. Ein Vorschuß nach § 8 KostO auf die Kosten wurde nicht erhoben.

Der Notar stellte die Kosten der Beurkundung zunächst mit Kostenrechnung vom 24. 8. 1990 der Beteiligten zu 2) in Rechnung. Die Rechnung wurde jedoch nicht bezahlt. Es stellte sich heraus, daß für die Beteiligte zu 2) bereits Konkurs angemeldet war und der Beteiligte zu 3) die eidesstattliche Versicherung abgeleistet hatte.

2. Daraufhin nahm der Notar mit Kostenrechnung vom 18. 7. 1991 den Beteiligten zu 1) als Gesamtschuldner auf Zahlung des Gesamtkostenbetrages von 1.877,12 DM in Anspruch.

Der Beteiligte zu 1) erhob hiergegen Einwendungen. Er ist der Meinung, daß er nicht als weiterer Kostenschuldner in Anspruch genommen werden könne, da es der Notar unterlassen habe, von der Beteiligten zu 2) oder dem Beteiligten zu 3) einen Kostenvorschuß anzufordern.

Der Notar beantragte, der Beschwerde stattzugeben, da er — nach der nunmehrigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 103, 268) pflichtwidrig — keinen Vorschuß verlangt habe, obgleich amtsbekannt gewesen sei, daß die Vermögenslage der GmbH schon damals nicht sehr günstig gewesen sei. Es sei kein Grund ersichtlich, warum der in Anspruch genommene Zweitschuldner diese Pflichtwidrigkeit nicht geltend machen könne.

Der Präsident des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars hielt die Beschwerde für unbegründet.

Das Landgericht folgte der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers und des Notars und hob die Kostenrechnung des Notars auf; die weitere Beschwerde ließ es zu.

3. Gegen die dem Notar zugestellte Entscheidung des Landgerichts legte dieser auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts weitere Beschwerde ein, die er allerdings für unbegründet hält.

Aus den Gründen:

1. Die gem. § 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 KostO zulässige weitere Beschwerde des Notars ist sachlich auch begründet. Die Rechtsmeinung des Landgerichts, der Notar dürfe den Beteiligten zu 1) als Gesamtschuldner der ihm gegenüber bestehenden Kostenschuld nicht in Anspruch nehmen, weil er es pflichtwidrig unterlassen habe, von der Beteiligten zu 2) als einer weiteren Kostenschuldnerin gem. § 8 KostO einen Vorschuß anzufordern, hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO) nicht stand.

a) Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften ist jeder Teil, dessen Erklärung beurkundet ist, zur Zahlung der Kosten verpflichtet (§ 2 Nr. 1 KostO); mehrere Kostenschuldner — wie hier die Beteiligten zu 1) bis 3) — haften als Gesamtschuldner (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KostO). Als Gläubiger einer gesamtschuldnerischen Leistung kann der Kostengläubiger die nur einmal zu erbringende Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern (§ 421 Satz 1 BGB).

Für die Notare, denen die Gebühren selbst zufließen, gilt auch § 8 KostVfg nicht. Sie können daher ihre Beurkundungsgebühren nach freier Wahl von jedem Kostenschuldner einfordern (*Rohs/Wedewer* 3. Aufl. § 5 Rdnr. 8; *Göttlich/Mümmeler* KostO 10. Aufl. S. 715; *Hartmann* Kostengesetze 24. Aufl. § 5 KostO Anm. 1). Die Tatsache, daß die Beteiligte zu 2) in der Urkunde die Kosten der Beurkundung übernommen hat, und die Übung der Notare, in solchen Fällen zunächst den hiernach Haftenden in Anspruch zu nehmen, vermögen hieran nichts zu ändern, da es sich hierbei um eine Vereinbarung handelt, die lediglich das Innenverhältnis der Urkundsbeteiligten betrifft (BayObLG JurBüro 1988, 89/90; *Rohs/Wedewer* § 2 Rdnr. 12).

Das OLG Düsseldorf (DNotZ 1986, 763 f.) stellt unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. auch BGH NJW 1991, 1289) zutreffend fest, aus dieser Wahlfreiheit folge, daß dem Gläubiger von einem Gesamtschuldner nicht entgegengehalten werden darf, bei der Rechtsverfolgung gegenüber einem anderen Gesamtschuldner nachlässig gewesen zu sein, und zwar auch dann nicht, wenn dieser im Innenverhältnis allein haftet. Dies gelte bis an die Grenze der Arglist (§ 242 BGB) und auch dann, wenn der andere, im Innenverhältnis allein haftende Gesamtschuldner in Konkurs gefallen sei und der Notar ihn zur Zeit noch bestehender Zahlungsfähigkeit hätte in Anspruch nehmen können.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts, daß der Notar den anderen Kostengesamtschuldner nicht mehr in Anspruch nehmen dürfe, wenn er von dem ersten keinen Kostenvorschuß verlangt habe, würde letztlich zu einer fast vollständigen Aufhebung der genannten Wahlfreiheit des Notars, wenn er als Kostenschuldner zur Zahlung heranzieht, führen. Für das Bestehen einer derartigen Einwendung des weiteren Kostengesamtschuldners gibt das Gesetz in § 5 KostO keinen Anhalt.

b) Macht der Kostenschuldner — wie hier — im Notarkostenbeschwerdeverfahren geltend, er schulde die vom Notar berechneten Kosten nicht, weil dieser ihm gegenüber eine Amtspflichtverletzung begangen habe, so ist auch zu prüfen, ob eine Nichterhebung von Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung (§§ 141, 143, 16 Abs. 1 KostO) oder eine Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung nach § 19 Abs. 1 BNotO in Betracht kommt (vgl. BayObLGZ 1989, 256/258 [= DNotZ 1990, 667]). Schon aus obigen Ausführungen Nr. 1 a) ist ersichtlich, daß hier beide Möglichkeiten eines Zahlungsverweigerungsrechts nicht vorliegen können.

Daran vermag auch die vom Beteiligten zu 1) und dem Notar angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 108, 268 [= DNotZ 1990, 313 = MittBayNot 1989, 280] nichts zu ändern. Der Bundesgerichtshof hat zwar eine Pflichtwidrigkeit des Notars im Fall der Nichteinforderung eines Kostenvorschusses nach § 8 KostO bejaht, hieraus jedoch — entgegen der Auffassung des Landgerichts und des Notars (vgl. auch *Hansens* NJW 1990, 1831 f.) — keineswegs einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch des auf Zahlung der Verzugszinsen in Anspruch genommenen Kostenschuldners abgeleitet, sondern lediglich darauf hingewiesen, daß für den Notar nach der KostO von vornherein

keine Rechtsgrundlage bestehe, Verzugszinsen einzufordern; es bestehe keine Gesetzeslücke, die eine analoge Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Verzugsregeln rechtfertigen könnte, weil hierfür im Hinblick auf die Möglichkeit der Vorschubeinhebung nach § 8 KostO kein Bedürfnis bestehe.

Tatsächlich kann — worauf der Präsident des Landgerichts zu Recht hinweist — der Kostenschuldner aus der genannten Pflichtwidrigkeit des Notars für sich keinen Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO ableiten. Dieser hätte die Verletzung der dem Notar „einem anderen gegenüber“ obliegenden Amtspflicht zur Voraussetzung. Hierunter ist zu verstehen, daß eine Beziehung der verletzten Amtspflicht zu dem geschädigten Dritten erforderlich ist; die Beziehung besteht, wenn sie den Schutz des Dritten bezweckt oder mitbezweckt, wobei Dritter nicht jeder ist, dessen Belange durch die Amtshandlung beeinträchtigt werden, sondern nur derjenige, dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäftes gerade durch die einzelne statuierte Amtspflicht gegen Beeinträchtigung geschützt werden sollten. Im letzteren Fall ist Dritter auch der, der durch die Amtshandlung nur mittelbar und unbeabsichtigt betroffen wird (BGH DNotZ 1960, 157; *Seybold/Hornig* Bundesnotarordnung 5. Aufl. § 19 Rdnr. 5).

Die Vorschubeinforderung nach § 8 KostO dient dem Kostensicherungsinteresse des Notars (BGHZ 108, 268/272; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 12. Aufl. § 8 Rdnr. 28). Die Regelung will jedoch nach ihrem Schutzzweck nicht den oder die Kostenschuldner vor Inanspruchnahme auf die Kosten schützen. Die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs enthält auch nicht andeutungsweise einen Hinweis darauf, daß die Nichterhebung eines Vorschusses die Verletzung einer einem Dritten gegenüber bestehenden Amtspflicht darstelle. Dem Beteiligten zu 1) steht somit gegen den Notar kein Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO zu. Mangels unrichtiger Sachbehandlung des Notars entfällt eine Kostenerhebung auch nicht nach § 16 Abs. 1 KostO.

2. Insgesamt erwies sich die auf Weisung der vorgesetzten Dienstbehörde eingelegte weitere Beschwerde des Notars als begründet, so daß — das Rechtsbeschwerdegericht ist an die im Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren gestellten Anträge gebunden (BayObLGZ 1987, 186/190) — seine Kostenrechnung unter Aufhebung der gegenteiligen Entscheidung des Landgerichts zu bestätigen war.

V. Hinweise für die Praxis

1. Spekulationsgeschäfte bei Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft, zu deren Gesamthandsvermögen Grundstücke gehören — Nichtanwendungserlaß des BMF —

BMF-Schreiben vom 27. 2. 1992, IV B 3 — S 2256 — 3/92 —

Mit Urteil v. 4. 10. 1990, X R 148/88 (BStBl. II 1992, 211) hat der BFH entschieden, daß § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a EStG auf den Erwerb und die Veräußerung von (Unter-)Beteiligungen an einer Personengesellschaft auch dann nicht anzuwenden ist, wenn deren Gesamthandsvermögen nur aus Grundstücken besteht.

Nach Auffassung des BFH sind (Unter-)Beteiligungen an Personengesellschaften, deren Gesamthandsvermögen aus Grundstücken besteht, weder Grundstücke noch grundstücksgleiche Rechte i. S. d. zivilrechtlich bestimmten Tatbestandes des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG. Eine anteilige Zurechnung der im Gesamthandsvermögen befindlichen Grundstücke bei den Gesellschaftern nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO lehnt er ab.

Die Auffassung des BFH führt im Rahmen des § 23 EStG zu einer dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht entsprechenden unterschiedlichen Besteuerung der Veräußerung von Anteilen an Gesamthandsgemeinschaften und von Miteigentumsanteilen. Sie weicht zudem von der Rechtsprechung anderer Senate des BFH und des Großen Senats des BFH (BFH-Urt. v. 26. 6. 1990, VIII R 81/85, DStR 1990, 635, und Beschl. des GrS v. 25. 2. 1991, BStBl. II 1991, 691) zur steuerlichen Behandlung von Anteilen an Personengesellschaften ab und führt insoweit zu einer unterschiedlichen Auslegung des Begriffs Wirtschaftsgut in § 23 EStG und bei der Gewinnermittlung nach den §§ 4, 5 EStG. Nach dem Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind daher aus dem Urteil keine über den entschiedenen Einzelfall hinausgehenden Folgerungen zu ziehen. Die einzelnen Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens einer Personengesellschaft sind für Zwecke des § 23 EStG den einzelnen Gesellschaftern nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Der Leitsatz des zitierten Urteils des BFH vom 4. 10. 1990 X R 148/88, BStBl. II 1992, 211, hat folgenden Wortlaut:

1. Der Erwerb und die Veräußerung von (Unter-)Beteiligungen an einer Personengesellschaft fallen auch dann nicht unter § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG, wenn das Gesamthandsvermögen nur aus Grundstücken besteht.

2. Die Zurechnungsregelung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 erlaubt es nicht, Veräußerungsgeschäfte, die eine gesamthänderische (Unter-)Beteiligung zum Gegenstand haben, in Veräußerungsgeschäfte umzuqualifizieren, die Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte i. S. des § 23 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a EStG betreffen.

2. Wertsicherungsklauseln: keine Genehmigungsfähigkeit bei Bindung an einen für die neuen Bundesländer berechneten Preisindex

— Pressemitteilung der Deutschen Bundesbank vom 6. 4. 1992 —

Wertsicherungsklauseln sind gem. § 3 Währungsgesetz grundsätzlich genehmigungsbedürftig. Die Bundesbank genehmigt Wertsicherungsklauseln u. a. beim Abschluß langfristiger Verträge (z. B. Miet-, Pacht-, Erbbaurechtsverträge etc.), bei denen der Lebenshaltungspreisindex als Bezugsgröße gewählt wird. In diesem Zusammenhang ist an die Deutsche Bundesbank wiederholt die Frage herangetragen worden, ob die Vertragsparteien einen für die neuen Bundesländer einschließlich Ost-Berlin berechneten Lebenshaltungspreisindex als Wertmesser verwenden können.

Die Deutsche Bundesbank weist darauf hin, daß Klauseln, nach denen ein in Deutscher Mark geschuldeter Betrag an die Entwicklung eines für die neuen Bundesländer einschließlich Ost-Berlin berechneten Preisindex gebunden wird, bis auf weiteres nicht genehmigt werden.

Die Entwicklung eines ostdeutschen Lebenshaltungspreisindex ist derzeit nicht geeignet, den allgemeinen Kaufkraftverlust der D-Mark widerzuspiegeln. Dieser Index wird noch längere Zeit von administrativen Maßnahmen, insbesondere von der Anpassung reglementierter Preise und Mieten an ein Marktpreisniveau, beeinflußt sein.