

# Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

| Inhalt                                                                                                 | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Prof. Böhringer, Rechtslage nach Wiederherstellung der Grundbuch-Publizität in den neuen Ländern ..... | 1     |
| Hofstetter, Baulandverkauf durch Kommunen und AGBGB .....                                              | 5     |
| Dr. Klebs, Peter M. Tiersma: Legal Language .....                                                      | 8     |
| Götz, Das Mietervorkaufsrecht nach § 570b BGB .....                                                    | 9     |
| Bühler, Aufhebung einer Betreuung mit<br>Einwilligungsvorbehalt .....                                  | 12    |
| Rechtsprechung .....                                                                                   | 13    |
| Buchbesprechungen .....                                                                                | 22    |

**1/2000**

Januar/Februar

## Rechtslage rund um die Grundbuch-Publizität in den neuen Ländern aus notarieller Sicht

Von Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Mit der Wiedervereinigung Deutschlands am 3. 10. 1990 wurde das BGB-Sachenrecht um DDR-spezifische Sachenrechtsfiguren erweitert. Nach Art. 231 § 5 und Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB bleiben nämlich bestimmte dingliche Nutzungsrechte / das Gebäudeeigentum und Mitbenutzungsrechte, das Anlagen- und Anpflanzungseigentum sowie die ZGB-Hypotheken und Aufbaugrundschulden bestehen. Das Gebäudeeigentum und die Mitbenutzungsrechte waren bisher nicht immer im Grundbuch eingetragen, werden aber bis 31. 12. 2000 gegen gutgläubig lastenfreien (gebäudeeigentumsfreien) „Weg-erwerb“ geschützt. Zum 1. 1. 2001 wird überwiegend das Vertrauen in das Grundbuch wieder hergestellt. Auch in den neuen Ländern gilt dann wieder der Grundsatz, daß das Grundbuch der Spiegel aller privaten Rechtsverhältnisse an einem Grundstück.

### I. Grundsatz

Der Grundstücksverkehr in den neuen Ländern wird zum 1. 1. 2001 wieder auf sichere Grundlagen gestellt; die über zehnjährige Entwertung des Grundbuchs ist dann beendet<sup>1</sup>. Die vielen bisher nicht oder nicht richtig aus dem Grundbuch erkennbaren Rechtspositionen müssen jetzt zur Vermeidung von Rechtsnachteilen im Grundbuch dokumentiert sein. Der Erwerber eines Grundstücks kann sich nach den allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen des BGB ab 1. 1. 2001 grundsätzlich darauf verlassen, da dieses nur mit Rechten belastet ist, die im Grundbuch eingetragen sind.

### II. Wiederhergestellte Grundbuchpublizität

#### 1. Dingliches Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum

##### a. Rechtserwerb am Grundstück

In der ehemaligen DDR wurden Gebäude weithin auf fremdem Grund und Boden errichtet. An den Gebäuden entstand überwiegend selbständiges Gebäudeeigentum, während die Eigentumsverhältnisse am Grundstück unverändert blieben. Das Gebäudeeigentum konnte selbstständig belastet werden. Für die Gebäude wurde regelmäßig ein besonderes Gebäudegrundbuchblatt angelegt; dies wurde im Grundbuchblatt des Grundstücks aber nicht immer vermerkt. Zudem hatten die Vermerke in der Regel nur deklaratorische Bedeutung. Art. 231 § 5 Abs. 3 und Art. 233 § 4 EGBGB schützten ab 3. 10. 1990 den Weiterbestand dieser Rechtspositionen.

Ab 1. 1. 2001 werden DDR-spezifische Nutzungsrechte<sup>2</sup> als auch das Gebäudeeigentum selbst wie eine Belastung des Grundstückseigentums behandelt. Das Gebäudeeigentum und das etwa ihm zugrundeliegende dingliche Nutzungsrecht werden damit zu diesem Stichtag zu einer den Gutgläubensbestimmungen unterliegenden Belastung des Eigentums am Grundstück. Der temporale Schutz des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums ist dann ausgelaufen. Das Vertrau-

en auf das Grundbuch bedeutet, daß bei ab 1. 1. 2001 beim Grundbuchamt eingegangenen Anträgen auf Eintragung einer rechtsgeschäftlichen Eigentumsänderung (§ 925 BGB) der Erwerber eines Grundstücks gutgläubig lastenfrei (gebäudeeigentumsfrei) das belastete/betroffene Grundstück erwerben kann.

Die Wiederherstellung der Gutgläubenswirkungen des Grundbuchs bedeutet, daß das dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum erst erlischt, wenn es auf Grund eines Verkehrsgeschäftes (i. S. von § 892 BGB) zu einem gutgläubig lastenfreien (gebäudeeigentumsfreien) Grundstückserwerb gekommen ist. Das Gebäudeeigentum erlischt also nicht mit Ablauf des 31. 12. 2000. Bösgläubig ist der Rechtserwerber dann, wenn er von dem Gebäudeeigentum Kenntnis hat; er ist nicht verpflichtet, das Grundstücksgrundbuch oder ein etwa angelegtes Gebäudegrundbuchblatt einzusehen. Darauf, ob ein Gebäudegrundbuchblatt überhaupt angelegt ist, kommt es ohnehin nicht an<sup>3</sup>. Der Inhalt des Grundstücksgrundbuchs spricht für und gegen den Rechtserwerber. Maßgeblicher Rechtsscheinträger ist nach Art. 231 § 5 Abs. 3 EGBGB allein das Grundbuch des belasteten/betroffenen Grundstücks. Dort vorhandene Hinweise auf das Bestehen eines dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums machen den Rechtserwerber bösgläubig. Dabei spielt es keine Rolle, ob ein entsprechender Vermerk in Abt. II, im Bestandsverzeichnis (Bestandsblatt) oder in Abt. I des Grundstücksgrundbuchs eingetragen ist.

Die Redlichkeit des Erwerbers des Grundstücks oder eines dinglichen Rechtes daran muß im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Rechtsänderung beim Grundbuchamt vorliegen. Der Rechtserwerber muß seine Redlichkeit nicht nachweisen, vielmehr hat der Gebäudeeigentümer den Beweis der Unredlichkeit des Rechtserwerbers zu erbringen. Dem Rechtserwerber schadet nur positive Kenntnis. Das Gesetz (§ 892 BGB) hebt auf die Kenntnis eines Rechtszustandes ab. Es kommt nicht auf die Kenntnis von Tatsachen an, aus denen sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt. Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist erst dann gegeben, wenn der Rechtserwerber aus den ihm bekannten Tatsachen auch die richtige rechtliche Schlußfolgerung gezogen hat<sup>4</sup>. Grobe Fahrlässigkeit oder begründete Zweifel und das Unterlassen von Erkundigungen nach der Rechtslage reichen für eine Bösgläubigkeit des Rechtserwerbers nicht aus. Der Rechtserwerber braucht keine Erkundigungen über das Bestehen eines Gebäudeeigentums und das Vorhandensein eines Gebäudegrundbuchblattes anzustellen.

Es genügt für die Bösgläubigkeit des Rechtserwerbers nicht, daß er vom Vorhandensein eines Gebäudes auf dem Grundstück Kenntnis hat; er kann gem. §§ 93, 94 Abs. 1 BGB davon ausgehen, daß das Gebäude Bestandteil des Grundstücks ist. Anders als bei der bis 31. 12. 2000 geltenden Gutgläubensregelung, kommt es ab 1. 1. 2001 nicht mehr auf außerhalb

<sup>1</sup> Das 2. EFG v. 20. 12. 1999 (BGBl. I, 2493) verlängerte die Suspendierungsfristen um ein Jahr auf 31. 12. 2000. Die Grundbuchpublizität wird ab 1. 1. 2001 wieder hergestellt.

<sup>2</sup> Rechtsquellen bei Böhringer in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, Art. 233 Rz. 6a EGBGB. Einzelheiten Böhringer BWNotZ 1992, 3.

<sup>3</sup> Ebenso Schmidt VIZ 1995, 383; Staudinger/Rauscher, Art. 233 § 4 Rz. 45 EGBGB.  
<sup>4</sup> Staudinger/Gursky, § 892 Rz. 116 ff. BGB.

des Grundstücksgrundbuchs liegende tatsächliche Umstände an. Die Kenntnis des Rechtserwerbers wird nicht mehr durch einen äußeren Anschein (Vorhandensein eines Gebäudes auf dem Grundstück) fingiert. Bösgläubig ist der Rechtserwerber allerdings dann, wenn er weiß, daß ein Gebäudegrundbuchblatt angelegt ist oder der Grundstücksveräußerer keinerlei Herrschaft über das Gebäude hat.

Das Liegenschaftsrecht in den neuen Ländern kennt vielerlei Sicherungsinstrumentarien, die die Rechtspositionen an Grundstücken sichern können<sup>5</sup>. Ein gutgläubiger, von der Last des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums freier Erwerb des Grundstücks wird ausgeschlossen, wenn das dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum im Grundbuch des belasteten/betroffenen Grundstücks eingetragen ist oder zumindest Sicherungsmittel hierfür eingetragen sind. Gutgläubiger Wegerwerb ist nicht möglich, wenn im Grundstücksgrundbuch ein Widerspruch gemäß § 899 BGB gegen das Nichteintragungsein des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums eingetragen ist. Denkbar ist auch ein Besitzrechtsvermerk nach Art. 233 § 2c Abs. 2 EGBGB und der Verfahrensvermerk wegen Einleitung eines notariellen Vermittlungsverfahrens zur Sachenrechtsbereinigung nach § 92 Abs. 5 SachenRBERG<sup>6</sup>. Bösgläubig ist der Rechtserwerber auch dann, wenn im Grundstücksgrundbuch ein Vermerk nach §§ 5 und 6 GGV<sup>7</sup> eingetragen ist. In den Fällen des Art. 233 §§ 2b und 8 EGBGB kann auf Antrag der Zuordnungsbehörde die Eintragung eines Widerspruchs nach § 2 Abs. 1 S. 5 VZOG<sup>8</sup> zu Gunsten des Gebäudeeigentümers im Grundstücksgrundbuch vorhanden sein und den Gutgläubenserwerb ausschließen.

Soweit wegen des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums Ansprüche nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz bestehen, bewirkt der ab 1. 1. 2001 bestehende sachenrechtliche Verkehrsschutz bei einem gutgläubig lastenfreien Rechtserwerb das Erlöschen bestimmter schuldrechtlicher Ansprüche. Verhindert werden kann dies, wenn im Grundstücksgrundbuch ein Rechtshängigkeitsvermerk eingetragen ist (§ 111 SachenRBERG).

Gutgläubig ist ein Rechtserwerber nur dann, wenn der Antrag auf Rechtsänderung nach dem 31. 12. 2000 beim Grundbuchamt gestellt wird. Auf das Datum des Abschlusses des kausalen oder dinglichen Rechtsgeschäftes kommt es nicht an. Der Rechtserwerber tut also gut daran, sich bei einer Antragstellung beim Grundbuchamt über Voranträge zu erkundigen. Der Nutzungsberechtigte/Gebäudeeigentümer könnte nämlich vor Ablauf des 31. 12. 2000 beim Grundbuchamt die Eintragung des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums oder eines Sicherungsmittels hierzu beantragt haben. Allerdings müßte der Eintragungsantrag zum Vollzug führen und nicht etwa der Zurückweisung verfallen, wobei eine Zwischenverfügung allein aber noch nicht schädlich ist. Auf den Eintragungszeitpunkt des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums kommt es bei fristgerechter Stellung des Eintragungsantrags (vor dem 1. 1. 2001) nicht an. Den Parteien der Grundstücksübertragung bleibt es auch unbenommen, einen vor dem 1. 1. 2001 gestellten Eintragungsantrag wieder zurückzunehmen und ihn erneut nach dem 31. 12. 2000 zu stellen, um damit in den Genuss der Gutgläubensregelung zu kommen und das Grundstück nun gebäudeeigentumsfrei erwerben zu können.

Liegt ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des belasteten/betroffenen Grundstücks nach dem 31. 12. 2000 vor, so wird das Gebäude in einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks

zurückgeführt. Das dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum erlischt mit Wirkung für die Zukunft. Das Gebäude wird gleichzeitig vom Haftungsumfang für am Grundstück eingetragene Grundpfandrechte und Reallasten erfasst, weil sich deren Umfang durch die nachträgliche Verbindung neuer Bestandteile automatisch erweitert. Damit scheidet dann das Gebäude aus der Haftung für bisherige (nun erlöschende) Rechte (am bisherigen Gebäudeeigentum) aus und haftet kraft Gesetzes für Belastungen des Grundstücks. Ein bereits angelegtes Gebäudegrundbuchblatt wird unrichtig und ist im Wege der Grundbuchberichtigung nach §§ 22, 19, 29 GBO zu schließen<sup>9</sup>. Die am Gebäudeeigentum bestehenden und im Gebäudegrundbuchblatt eingetragenen beschränkten dinglichen Rechte erlöschen am Gebäudeeigentum; Grundpfandrechte werden allerdings – analog der Vorschrift des § 16 VermG – kraft Gesetzes zu Pfandrechten an dem Wertersatzanspruch (Art. 231 § 5 Abs. 3 EGBGB), der dem Inhaber des Gebäudeeigentums gegen den Veräußerer des Grundstücks zusteht. Andere dingliche Rechte am Gebäudeeigentum erlöschen ohne irgend welchen Ersatzanspruch oder Sicherungsrechte.

In einer nach dem 31. 12. 2000 angeordneten Versteigerung<sup>10</sup> eines Grundstücks erfasst die Beschlagnahme gem. § 9a Abs. 1 EGZVG auch das Gebäudeeigentum; der Zuschlag erfasst sodann auch das Grundstück, § 55 Abs. 1 ZVG.

#### b. Erwerb beschränkter dinglicher Rechte am Grundstück

Die Gutgläubensvorschriften gelten nicht nur für den Erwerb des mit einem dinglichen Nutzungsrecht belasteten bzw. von einem Gebäudeeigentum betroffenen Grundstücks, sondern auch für den Erwerb eines beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück. Dies ist hinsichtlich des Ranges des beschränkten dinglichen Rechts und seines Belastungsumfanges wichtig, bei Dienstbarkeiten auch wegen der inhaltlichen Ausübungsbefugnisse und deren tatsächlichem Umfang.

Liegen die Gutgläubensvoraussetzungen bei einem rechtsgeschäftlich bestellten beschränkten dinglichen Recht am Grundstück vor, so ergibt sich als Rechtsfolge, daß das Gebäude für den Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück – entsprechend der Regelung in § 94 Abs. 1 BGB – als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gilt. Das nicht im Grundstücksgrundbuch eingetragene dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum bleibt zwar bestehen, wird aber zu Gunsten des Erwerbers des beschränkten dinglichen Rechts von diesem mitbelastet<sup>11</sup>. Die neue Belastung am Grundstück geht allen beschränkten dinglichen Rechte, die ausschließlich am Gebäudeeigentum bestehen, im Range vor<sup>12</sup>. Der gutgläubige Rechtserwerber kann sich nämlich darauf verlassen, daß das Gebäude nicht Gegenstand besonderer Rechte ist (§ 93 BGB).

Das am Grundstück (samt Gebäude) erworbene beschränkte dingliche Recht ist nicht aus dem Gebäudegrundbuchblatt ersichtlich, obwohl es ja auch das Gebäude belastet. Nach Art. 233 § 2c Abs. 2 EGBGB ist allerdings der gutgläubige Erwerb des selbstständigen Gebäudes sowie dinglicher Rechte daran nicht möglich.

#### c. Rechtserwerb am Gebäudeeigentum

Für Gebäudeeigentum nach § 288 Abs. 3 und § 292 Abs. 3 DDR-ZGB sowie nach Art. 233 §§ 2b, 4 und 8 EGBGB gelten seit dem 3. 10. 1990 die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB mit Ausnahme der §§ 927 und 928 BGB. Verfügungen über das als grundstücksgleiches Recht anerkannte Gebäudeeigentum richten sich seither nach den

5 Ausführlich Böhlinger VIZ 1999, 569.

6 Sachenrechtsbereinigungsgesetz v. 21. 9. 1994 (BGBl. 1994 I, 2457), zuletzt geändert durch Gesetz v. 28. 12. 1998 (BGBl. I, 3836).

7 Gebäudegrundbuchverordnung v. 15. 7. 1994 (BGBl. I, 1606).

8 Vermögenszuordnungsgesetz v. 22. 3. 1991 (BGBl. I, 766) i. d. F. vom 29. 3. 1994 (BGBl. I, 709), zuletzt geändert durch Gesetz v. 20. 10. 1998 (BGBl. I, 3180).

9 Böhlinger DtZ 1994, 50; ders., Rpfleger 1995, 51; MüKo/von Oefele, Art. 233 § 4 Rz. 38 EGBGB.

10 Zur Problematik Eickmann ZfR 1997, 61.

11 BT-Drucks. 12/5553 S. 126.

12 So auch Staudinger/Rauscher, Art. 231 § 5 Rz. 86 EGBGB.

Vorschriften des BGB für Verfügungen über Grundeigentum. Die notwendigen Grundbucheintragungen hierzu (mit Ausnahme der Aufhebung des Gebäudeeigentums) sind im Gebäudegrundbuchblatt vorzunehmen.

Die Übertragung des dinglichen Nutzungsrechts/selbstständigen Gebäudeeigentums erfolgt nach §§ 873, 925 BGB, der Kausalvertrag dazu bedarf der Form des § 313 BGB. Für die Belastung des Gebäudeeigentums mit beschränkten dinglichen Rechten gelten die Sachenrechtsvorschriften des BGB. Das Gebäudeeigentum kann auch mit Dienstbarkeiten insoweit belastet werden, als sie sich aus dem Rechtsinhalt des dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums ergeben, vgl. dazu z. B. § 9 Abs. 1 S. 3 GBBerG<sup>13</sup>.

Zu den anwendbaren Grundstücksvorschriften gehört auch die Anerkennung redlichen Erwerbs dinglicher Rechte (§ 892 BGB). Gutgläubiger Erwerb von Gebäudeeigentum und beschränkten dinglichen Rechten hieran ist allerdings nur noch möglich, wenn das Gebäudeeigentum auch bei dem belasteten/betroffenen Grundstück wie eine Belastung eingetragen ist<sup>14</sup>, Art. 233 § 2c Abs. 3 EGBGB. Dies ist weitere Tatbestandsvoraussetzung für den Gutgläubenserwerb über § 892 BGB hinaus. Aus dem Grundbuch für das Grundstück kann der Erwerber des Gebäudes oder eines beschränkten dinglichen Rechts daran die Mitbelastung durch das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück erkennen; er ist also nicht mehr gutgläubig. Die Regelung verhindert so, daß eine nach Art. 231 § 5 Abs. 4 EGBGB entstandene Mitbelastung des Gebäudes, die aus dem Gebäudegrundbuchblatt nicht ersichtlich ist, durch gutgläubigen Erwerb des Gebäudeeigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechts am Gebäude erlischt bzw. einen Rangverlust erleidet. Da sich demnach die Belastungen des Gebäudes auch aus dem Grundstücksgrundbuch ergeben, ist Grundbuch i. S. der Gutgläubensbestimmungen des § 892 BGB nicht nur das Gebäudegrundbuchblatt, sondern auch das Grundbuch des mit dem dinglichen Recht belasteten/vom Gebäudeeigentum betroffenen Grundstücks. Bei Verfügungen über das Gebäudeeigentum sollte also jeder aus der Verfügung Begünstigte sich vergewissern, ob das dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum im Grundstücksgrundbuch vermerkt ist; notfalls ist auf die Eintragung im Grundstücksgrundbuch zu drängen, weil er sonst Gefahr läuft, daß ein gutgläubiger Erwerber das Grundstück gebäudeeigentumsfrei erwerben kann.

## 2. Mitbenutzungsrechte

Art. 233 § 5 Abs. 1 EGBGB lässt die Mitbenutzungsrechte nach §§ 321, 322 DDR-ZGB als beschränkte dingliche Rechte eigener Art an Grundstücken über den 2. 10. 1990 hinaus weiter bestehen, allerdings wurde der öffentliche Glaube des Grundbuchs suspendiert. Die Aufrechterhaltung nicht im Grundbuch eingetragener Mitbenutzungsrechte ist befristet bis 31. 12. 2000<sup>15</sup>. § 8 GBBerG und Art. 233 § 5 Abs. 2 EGBGB stellen ab 1. 1. 2001 die Registerpublizität wieder her. Nach § 8 Abs. 1 S. 1 GBBerG erlöschen die Mitbenutzungsrechte mit dem Ablauf des 31. 12. 2000, wenn nicht der Grundstückseigentümer vorher das Bestehen des Rechts in der Form des § 29 GBO anerkannt und die entsprechende Grundbuchberichtigung bewilligt oder der Mitbenutzungsberechtigte von dem Grundstückseigentümer vorher die Abgabe dieser Erklärungen in einer zur Unterbrechung der Verjährung nach § 209 BGB geeigneten Weise verlangt hat. Gleiches gilt für altrechtliche Dienstbarkeiten nach Art. 184 und 187 EGBGB.

Solche rechtzeitig anerkannte Rechte bleiben gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs weiterhin – auch ohne Grundbucheintragung – bestandskräftig. Ab 1. 1. 2001 ist aber gutgläubiger Wegerwerb der Mitbenutzungsrechte möglich. Altrechtliche Dienstbarkeiten gemäß Art. 187 EGBGB bleiben ohne Grundbucheintragung ebenfalls bestehen; gutgläubiger lastenfreier Grundstückserwerb ist jedoch nicht möglich.

Bösgläubig ist ein Erwerber des belasteten Grundstücks bzw. eines beschränkten dinglichen Rechts am Grundstück hinsichtlich des Mitbenutzungsrechts dann, wenn er von dem Mitbenutzungsrecht Kenntnis hat oder wenn es im Grundbuch eingetragen oder dessen Eintragung gesichert ist. Hat der Mitbenutzungsberechtigte noch bis zum Ablauf des 31. 12. 2000 beim Grundbuchamt die Eintragung seines Mitbenutzungsrechts beantragt, so braucht er keinen Rechtsverlust zu befürchten. Gemäß § 17 GBO muß dieser Antrag vor einem später gestellten, auf das selbe Grundstück bezogenen Antrag bearbeitet werden. Im Ergebnis bedeutet dies bei ordnungsgemäßigem Eintragungsverhalten des Grundbuchamts, daß gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks immer ausscheidet, wenn der Mitbenutzungsberechtigte bis zum Ablauf des 31. 12. 2000 einen entsprechenden Eintragungsantrag stellt, dem dann die Grundbucheintragung folgt. Das Eintragungsdatum kann dann auch nach dem 31. 12. 2000 liegen. Eine Zwischenverfügung für den Eintragungsantrag schadet noch nicht.

§ 8 GBBerG ermöglicht es, die Folgen des gutgläubigen Erwerbs auch dann zu verhindern, wenn der Antrag auf Eintragung des Rechts im Grundbuch bzw. des Sicherungsmittels hierzu nicht vor Ablauf des 31. 12. 2000 gestellt werden kann, weil das Recht vorher eingeklagt werden muß<sup>16</sup>. Es kann im Grundbuch ein Rechtshängigkeitsvermerk eingetragen werden, §§ 265, 325 ZPO. Ein weiteres Sicherungsmittel wäre der Widerspruch nach § 899 BGB.

Bei nicht rechtzeitigen Anerkennungshandlungen tritt mit Ablauf des 31. 12. 2000 das Erlöschen des Mitbenutzungsrechts und der altrechtlichen Dienstbarkeiten nach Art. 184, 187 EGBGB kraft Gesetzes ein. Eine Eintragung dieser Tatsache im Grundbuch ist nicht erforderlich und auch nicht zulässig. Für das Erlöschen des Mitbenutzungsrechts ist keine Veräußerung des Grundstücks notwendig<sup>17</sup>.

## 3. Ungebuchter Miteigentumsanteil für volkseigene Betriebe

§ 459 DDR-ZGB sah vor, daß bei Investitionen volkseigener Betrieben u. a. auf privaten Grundstücken am errichteten Gebäude kraft Gesetzes Gebäudeeigentum oder ein Miteigentumsanteil des Nutzers am Grundstück entstand. Der Rechtsnachfolger des volkseigenen Betriebes und der Grundstückseigentümer haben nach § 113 Abs. 1 SachenRBerG einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung mit dem Ziel der Eintragung des nach § 459 DDR-ZGB entstandenen Miteigentumsanteils. Bei (dinglichen) Rechtsgeschäften, die nach dem 31. 12. 2000 abgeschlossen werden, kann der Rechtserwerber das Grundstück frei von dem Berichtigungsanspruch erwerben<sup>18</sup>. Bösgläubig ist der Grundstückserwerber dann, wenn er Kenntnis vom Bestehen des Miteigentumsanteils für den Rechtsnachfolger des volkseigenen Betriebes hat oder wenn die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB erfolgt oder vorgängig beantragt ist oder wenn ein Rechtshängigkeitsvermerk nach § 113 Abs. 3 SachenRBerG eingetragen oder dessen Eintragung beantragt worden ist.

<sup>13</sup> Grundbuchbereinigungsgesetz v. 20. 12. 1993 (BGBl. I, 2182, 2192) i. d. F. vom 21. 9. 1994 (BGBl. I, 2457, 2490), zuletzt geändert durch Gesetz v. 17. 12. 1997 (BGBl. I, 3039, 3046).

<sup>14</sup> BT-Drucks. 12/5553 S. 132.

<sup>15</sup> Vgl. § 13 SachenR-DV (Sachenrechts-Durchführungsverordnung v. 20. 12. 1994 – BGBl. I, 3900).

<sup>16</sup> Zu Sicherungsmaßnahmen Flik/Keller DiZ 1996, 330; Böhringer DiZ. 1996, 34; ders., VIZ 1999, 569.

<sup>17</sup> Anders die Regelung für das Erlöschen eines dinglichen Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums.

<sup>18</sup> §§ 111 Abs. 2 und § 113 Abs. 4 SachenRBerG.

#### 4. Wegfall grundstücksbezogener Ansprüche

##### a. Sachenrechtsbereinigungsansprüche

Eine Besonderheit im Liegenschaftsrecht in den neuen Ländern sind die gesetzlichen Ansprüche des Nutzers auf Durchführung der Sachenrechtsbereinigung nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz. Nach § 111 Abs. 1 SachenRBERG ist ein gutgläubig lastenfreier (sachenrechtsbereinigungsfreier) Erwerb des Grundstücks oder eines beschränkten dinglichen Rechts daran möglich, sofern nicht das dingliche Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum im Grundstücksgrundbuch vermerkt ist. Bösgläubigkeit liegt auch vor, wenn der Rechtserwerber die Ansprüche kennt oder im Grundstücksgrundbuch bestimmte Vermerke eingetragen sind (Widerspruch nach § 899 BGB, Zustimmungsvorbehalt nach § 13 GBBerG, Verfahrensvermerke nach Art. 233 § 2a EGBGB und § 92 Abs. 5 SachenRBERG).

##### b. Erschließungsdienstbarkeiten

In der ehemaligen DDR wurden vielfach Wege, Versorgungs- und Entsorgungsleitungen über andere Grundstücke verlegt, ohne daß die Mitbenutzung nach §§ 321, 322 DDR-ZGB gesichert wurde oder durch andere Rechtsvorschriften gestattet war. Diese Rechte können durch eine Dienstbarkeit gesichert werden. Nach § 116 SachenRBERG hat der Mitbenutzer einen Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit<sup>19</sup>. Über §§ 116 und 122 SachenRBERG gelten die Grundsätze der §§ 111 und 113 Abs. 3 SachenRBERG. Demnach ist der Anspruch nicht mehr durchsetzbar, wenn auf Grund eines nach dem 31. 12. 2000 abgeschlossenen dinglichen Rechtsgeschäfts ein Dritter ein Recht am Grundstück erwirbt und zu seinen Gunsten § 111 SachenRBERG wirkt. Der Dritte ist redlich, wenn weder eine Vormerkung noch ein Rechtshängigkeitsvermerk im Grundbuch eingetragen ist und der Dritte auch das Bestehen des Anspruchs nicht kennt.

##### c. Einreden gegen Hypothek

Nach § 38 Abs. 2 S. 4 SachenRBERG erlischt eine zur Absicherung des Aufwendungsersatzanspruchs des Nutzers für diese im Grundbuch eingetragene Hypothek kraft Gesetzes. Soweit es sich dabei um eine Verkehrshypothek (Brief- oder Buchrecht) handelt, kann diese ab 1. 1. 2001 gutgläubig „eindrefrei“ im Wege der Abtretung (§ 1154 BGB) erworben werden. Sichern kann sich der Grundstückseigentümer durch Löschung der Hypothek oder durch Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 899 BGB wegen des Bestehens einer Einrede. Auch ein Vermerk auf dem Brief gemäß §§ 1140, 1157 BGB zerstört gutgläubigen Erwerb.

### III. Fortdauernde Besonderheiten

#### 1. Baulichkeiteneigentum

Vertraglich vereinbarte Nutzungsrechte gemäß §§ 312 ff. DDR-ZGB (zur kleingärtnerischen Nutzung, Erholung, Freizeitgestaltung) waren schuldrechtliche Nutzungsrechte, die nicht den immobilienrechtlichen Regeln unterstanden. Die auf Grund des Nutzungsrechts errichteten Wochenendhäuser („Datschen“) und andere Baulichkeiten wurden Eigentum des Nutzers mit der Besonderheit, daß dieses Eigentum juristisch als bewegliche Sache (§ 296 Abs. 1 S. 2 DDR-ZGB) behandelt wurde. Für dieses Baulichkeiteneigentum wurde kein Gebäudegrundbuchblatt angelegt, auch kein Vermerk im Grundstücksgrundbuch angebracht; ein Gebäudegrundbuchblatt kann heute nicht angelegt werden. Als Scheinbestandteil des Grundstücks wird das Baulichkeiteneigentum nach § 929 BGB übertragen. Erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geht das selbstständige Baulichkeiteneigentum auf den

Grundstückseigentümer über und wird dann in der Regel<sup>20</sup> wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 11 SchuldR-AnpG<sup>21</sup>).

#### 2. Versorgungs-Mitbenutzungsrechte

Mitbenutzungsrechte für Energiefortleitungs- und -Anlagenrechte öffentlicher Versorgungsunternehmen unterliegen nicht den Regelungen in Art. 233 § 5 EGBGB und § 8 Abs. 3 GBBerG. Für sie gelten über § 8 Abs. 3 GBBerG und §§ 321 Abs. 4 DDR-ZGB die Regelungen in § 9 GBBerG sowie Art. 19 Abs. 2 RegVBG<sup>22</sup>. Gleiches gilt für Anlagen nach § 40 Abs. 1 Buchst. c) des Wassergesetzes vom 2. 7. 1982<sup>23</sup>. Alle diese Mitbenutzungsrechte erlöschen, wenn sie nach § 9 GBBerG im Grundbuch durch Eintragung einer Dienstbarkeit gesichert sind. Solange dies nicht der Fall ist, bleiben die Mitbenutzungsrechte bis 31. 12. 2010 bestehen, die Gutgläubensregeln des § 892 BGB sind bis dahin dann suspendiert.

Am 25. 12. 1993<sup>26</sup> sind nach § 9 Abs. 1 GBBerG für gewisse Energiefortleitungsanlagen beschränkte persönliche Dienstbarkeiten kraft Gesetzes – außerhalb des Grundbuchs – begründet worden. Eine ähnliche Regelung besteht für Telekommunikationsanlagen und Ölleitungen, § 9 Abs. 11 GBBerG. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ist in Ansehung des Bestandes dieser Dienstbarkeiten eingeschränkt. Ein gutgläubiger Wegenerwerb einer solchen Dienstbarkeit ist bis 31. 12. 2010<sup>27</sup> nicht möglich, wohl aber ein gutgläubiger Vorrangserwerb neuer rechtsgeschäftlich bestellter beschränkter dinglicher Rechte<sup>28</sup> an dem belasteten Grundstück. Uneingeschränkte Anwendung findet § 892 BGB also erst ab dem 1. 1. 2011; bei Veräußerungsfällen für nach dem 31. 12. 2010 beim Grundbuchamt gestellte Eintragungsanträge.

#### 3. Umstellung wertbeständiger Rechte

Die nach §§ 1-3 GBBerG eingetretenen Änderungen haben das Grundbuch unrichtig gemacht. Grundsätzlich kann gem. § 22 GBO das Grundbuch berichtigt werden. Die eingetretenen Änderungen bedürfen zum Erhalt ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs einer Grundbucheintragung (§ 4 GBBerG). Der Zessionar eines wertbeständigen Rechts wird demnach nicht geschützt; er kann auf das Grundbuch nicht vertrauen, also sich nicht auf die im Grundbuch eingetragene Leistungspflicht berufen. Das gleiche gilt auch für einen Grundstückserwerber oder den Erwerber eines nachrangigen beschränkten dinglichen Rechts; dieser kann sich nicht darauf berufen, er hätte das Grundstück bzw. Recht mit der Verpflichtung zur Leistung bestimmter Waren, Leistungen und ausländischer Währung erworben<sup>29</sup> – auch für diese gilt die Umstellung. § 4 S. 1 GBBerG schließt den Gutgläubenserwerb nur für den Fall aus, daß die sich aus §§ 1-3 GBBerG ergebenden Änderungen noch nicht im Grundbuch eingetragen sind. Sobald die Änderungen im Grundbuch eingetragen werden, unterstehen die Wirkungen der Eintragung den allgemeinen Vorschriften des Liegenschaftsrechts.

<sup>20</sup> Eine Ausnahme besteht dann, wenn wegen der Befristung des Vertrags die Baulichkeit nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden worden ist; in einem solchen Fall ist die Baulichkeit ein unwesentlicher Bestandteil des Grundstücks, § 11 Abs. 1 S. 2 SchuldR-AnpG.

<sup>21</sup> Schuldrechtsanpassungsgesetz v. 21. 9. 1994 (BGBl. I, 2538).

<sup>22</sup> Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz v. 20. 12. 1993 (BGBl. I, 2182, 2233), zuletzt geändert durch Gesetz v. 17. 7. 1997 (BGBl. I, 1823, 1831).

<sup>23</sup> DDR-GBl. 1982 I Nr. 26 S. 467.

<sup>24</sup> Zum Eintragungsverfahren beim Grundbuchamt § 8 SachenR-DV.

<sup>25</sup> Einigungsvertrag Anlage II Kapitel V Sachgebiet D Abschnitt III Nr. 4 (BGBl. 1990 II, 889, 1202).

<sup>26</sup> Inkrafttreten des GBBerG.

<sup>27</sup> § 9 Abs. 1 S. 2 GBBerG.

<sup>28</sup> Gilt nicht für Zwangseintragungen wie Zwangshypotheken, Arresthypotheken und Eintragungen auf Grund einstweiliger Verfügungen.

<sup>29</sup> Maaß in: Bauer/von Oefele, § 4 Rz. 3 GBBerG.

#### 4. Entschuldungsfälle

Beim Eintritt in eine Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft wurden allen Klein- und Mittelbauern grundsätzlich sämtliche vor dem 9. 5. 1945 entstandenen und dem Volkseigentum zustehenden Forderungen, die durch Grundpfandrechte gesichert waren, erlassen. Daraufhin wurde das Grundpfandrecht im Grundbuch gelöscht und zwar mit einem besonderen Lösungsvermerk. In bestimmten Fällen lebte – auch nach dem 2. 10. 1990 – die schuldrechtliche Forderung und automatisch damit auch das dingliche Sicherungsrecht wieder auf. Das Grundbuch wird in solchen Fällen durch Wiedereintragung des dinglichen Rechts berichtigt. Die Rechtslage ist durch Art. 233 §§ 3, 6 EGBGB und § 144 Abs. 1 Nr. 3 GBO konserviert. Der damalige, besonders formulierte Lösungsvermerk sollte gutgläubig lastenfreien Erwerb des vormals entschuldeten Grundstücks verhindern und hat auch heute noch diese Bedeutung<sup>30</sup>.

#### IV. Sonstige Rechtspositionen

##### 1. Erlöschen eines Entwässerungsleitungsrechts

Das nach § 14 MeAnlG<sup>31</sup> gesetzlich begründete Durchleitungsrecht war ursprünglich bis 31.12.1999 befristet. Durch Art. 1 Nr. 3c) MeAnlÄndG<sup>32</sup> ist diese Rechtsposition nicht mehr verfristet.

##### 2. Meliorationsanlagen

Spätestens mit Ablauf des 31. 12. 2000 geht das Eigentum an einer Anlage zur Bewässerung von Grundstücken oder zur

<sup>30</sup> Dazu Kulaszewski NJ 1968, 593; Böhringer DtZ 1994, 130.

<sup>31</sup> Meliorationsanlagengesetz v. 21. 9. 1994 (BGBl. I, 2538, 2550), zuletzt geändert durch Art. 1 des Eigentumsfristengesetzes v. 20. 12. 1996 (BGBl. I, 2028) und Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Meliorationsanlagengesetzes (MeAnlÄndG) v. 17. 12. 1999 (BGBl. I, 2450).

<sup>32</sup> Vom 17. 12. 1999, BGBl. I, 2450.

Berechnung auf den Grundstückseigentümer über und wird nach § 10 Abs. 1 MeAnlG wesentlicher Bestandteil des Grundstücks; ab 1. 1. 2001 gilt wieder das Bodenakzessionsprinzip, die Anlage ist nicht mehr sonderrechtsfähig.

##### 3. Anpflanzungen

Die auf Grund des Bodennutzungsrechts von Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften nach § 18 LPGG<sup>33</sup> vorgenommenen Anpflanzungen<sup>34</sup> wurden – abweichend von § 93 BGB losgelöst vom Grundstückseigentum – Eigentum der LPG. Gemäß Art. 231 § 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB ist dieses selbstständige Anpflanzungseigentum am 3. 10. 1990 bestehen geblieben, allerdings mit Ablauf des 31. 12. 1999 erloschen. Die Anpflanzungen wurden nach § 2 AnpflEigentG<sup>35</sup> wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§§ 93, 94 Abs. 1 S. 2 BGB) und sind damit sonderrechtsunfähig. Soweit ein dingliches Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum besteht, werden die dem Gebäude zugeordneten Anpflanzungen durch § 1 S. 3 AnpflEigentG von dieser Eigentumszuordnung (auf den Grundstückseigentümer) ausgenommen; die Anpflanzungen gelten insoweit als Bestandteile des Gebäudes, dessen rechtliches Schicksal sie somit teilen.

Auch das bisher vom Boden unabhängige Eigentum der LPGen an Waldbeständen ging gem. § 64a LwAnpG<sup>36</sup> auf den Grundstückseigentümer über. Insoweit wurde bereits schon früher die Eigentumszuordnung nach dem BGB wieder hergestellt.

<sup>33</sup> Gesetz über die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften v. 2. 7. 1982 (DDR-GBl. I, 443).

<sup>34</sup> Jede durch Einbringung – Aussaat oder Einpflanzung – in den Boden entstandene Pflanze ist Anpflanzung in diesem Sinne. Dazu zählen z. B. Feldfrüchte, Obst- und Beerenkulturen, Blumen, Ziergehölze, Windschutzpflanzungen und andere Gehölze.

<sup>35</sup> Anpflanzungseigentumsgesetz v. 21. 9. 1994 (BGBl. I, 2538, 2549).

<sup>36</sup> Landwirtschaftsanpassungsgesetz v. 29. 6. 1990 (DDR-GBl. I, 642) i. d. F. v. 3. 7. 1991 (BGBl. I, 1418), zuletzt geändert durch Gesetz v. 22. 12. 1997 (BGBl. I, 3224, 3240).

## Baulandverkauf durch Kommunen und AGBG\*

Von Ludger Hofstetter, Notar in Lahr

### I. Einführung

Verträge über den Verkauf von Bauland durch Kommunen an Private befinden sich an einer Schnittstelle zwischen bürgerlichem Kaufvertragsrecht und städtebaulicher Gestaltung durch die Gemeinden. In neuerer Zeit sind wiederholt von den Gemeinden vorgegebenen Bestandteile von Kaufverträgen, die aus städtebaulichen Gründen in den Vertrag aufgenommen wurden, Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen geworden<sup>1</sup>.

Es handelt sich hierbei insbesondere um sog. Bauverpflichtungen, wonach der Grundstückskäufer binnen bestimmter Fristen ein Gebäude – gem. Bebauungsplan – zu errichten hat, wie auch um Nutzungsbeschränkungen, wodurch dem Käufer z.B. eine Vermietung des von ihm errichteten Gebäudes für eine mehrjährige Frist untersagt wird. Pflichtverletzungen werden nicht selten durch Rückgabeverpflichtungen, welche durch Auflassungsvormerkung gesichert werden, sanktioniert. Im Hintergrund steht bei diesen Verträgen regelmäßig eine Unterstützung einheimischer Bauwilliger oder Unternehmen. Diese erhalten die Grundstücke oft unter dem Verkehrswert. Diese Käufer sollen durch die bezeichneten Verpflichtungen

an einer Spekulation mit dem Grundstück gehindert werden, die Baugebiete sollen zügig bebaut werden. In neuer Zeit sind zudem Verpflichtungen wie z. B. der Zwang zum Anschluß an das kommunale Fernwärmenetz und die Verpflichtung zur Niedrigenergiebauweise bekannt geworden. Auch solche Vorgaben bezwecken die Absicherung von kommunalen städtebaulichen Konzepten.

Die Kommunen haben somit aus städtebaulichen Gründen ein Interesse, den Grundstückskäufern Verpflichtungen aufzuerlegen, welche in Verträgen zwischen Privaten fast nie zu finden sind.

Die Käufer stehen den Vorgaben der Kommunen regelmäßig ohne Verhandlungsmöglichkeit gegenüber. Die Verträge werden oft von den Gemeindeverwaltungen vorformuliert und vielfach verwandt. Wo dies nicht der Fall ist, legen die Gemeinden zurecht Wert auf die gleichlautende Formulierungen der Kaufverträge, da kein Käufer bevorzugt oder benachteiligt werden soll.

Die zivilrechtliche Natur solcher Verträge ist seit der Entscheidung des BVerwG vom 11. 2. 1993<sup>2</sup> unstrittig. Die Anwendung des Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen auf diese Verträge wurde von den Zivilgerichten bislang nicht problematisiert<sup>3</sup>.

\* zugleich Anmerkung zur Entscheidung des BayVGh vom 22.12.1998 (BWNotZ 1999, 95 = MittBayNot 1999, 400 = DNotZ 1999, 639)

<sup>1</sup> OLG München, MittBayNot 1994, 464; OLG Hamm, NJW 1996, 2104; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1992, 18; OLG Koblenz, DNotl-Report 1998, 25; LG Karlsruhe, BWNotZ 1998, 44

<sup>2</sup> NJW 1993, 2695 = DNotZ 1994, 63

<sup>3</sup> vergl. die in Ziff. 1 genannten Entscheidungen, kritisch aber bereits Grziwotz, NVwZ 1997, 237/238 und Stich, Berliner Schwerpunkte Kommentar zum BauGB 1998, § 11 Rdnr. 19 ff.

## II. Die Entscheidung des BayVGH

### 1. Sachverhalt, Gründe

Die Entscheidung betraf den Streit über die Wirksamkeit einer Klausel, durch welche dem Käufer eines gewerblich zu nutzenden Grundstücks untersagt worden war, die von ihm errichteten Gewerberäume an nicht in die Gemeinde ansässige Gewerbetreibende zu vermieten. Nachdem dies doch geschehen war, verlangte die Gemeinde Unterlassung. Der Grundstückserwerber wollte die Unwirksamkeit der Nutzungsregelung gerichtlich feststellen lassen, er berief sich hierzu u. a. auf § 9 AGBG. Das angerufene Landgericht verwies den Rechtsstreit – auch nach Ansicht des BayVGH zu Unrecht – in der Hauptsache an das Verwaltungsgericht.

Der BayVGH vertritt in dieser Entscheidung die Ansicht, es spreche vieles dafür, „dass § 11 BauGB eine spezialgesetzliche Regelung ist, die die Anwendung des AGBG ausschließt“<sup>4</sup>. Das AGBG sei nicht auf Baulandverträge beim Verkauf durch Kommunen anzuwenden. Im übrigen käme es darauf nicht an, da der Begriff der Angemessenheit in § 9 AGBG ebenso auszulegen sei, wie der Begriff der Angemessenheit in § 11 BauGB<sup>5</sup>.

### 2. Kritik an dieser Entscheidung

Die Urteilsgründe des BayVGH überzeugen nicht.

a) § 11 BauGB ist kein das ABGB verdrängendes Spezialgesetz. Die Vorschrift soll – wie die vorausgehenden Vorschriften § 124 Abs. 2 BauGB und § 6 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG – klarstellen, in welchen Bereichen die Gemeinden durch Vertrag Regelungen treffen können<sup>6</sup>. Durch diese Norm wird die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit von Verträgen auf dem Gebiet des Städtebaurechts dokumentiert, weiter werden die den Gemeinden dabei obliegenden Grenzen aufgezeigt. Die in Abs. 1 der Vorschrift aufgeführten Gegenstände städtebaulicher Verträge sind nicht abschließend aufgeführt, § 11 Abs. 4 BauGB<sup>7</sup>. Eine solche offene Regelung kann schwerlich die Verdrängung anderer Gesetze bezwecken. Auch die Einordnung der Vorschrift über städtebauliche Verträge im BauGB zeigt, dass es bei dieser Norm um das öffentlich-rechtliche Dürfen, nicht um das privatrechtliche Können der Kommunen geht.

Zweck des § 11 BauGB ist somit die Darstellung allgemeiner Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit von Verträgen zwischen der Gemeinde und Dritten. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb durch diese Vorschrift des BauGB den Kommunen beim Abschluß von Kaufverträgen mehr Rechte zustehen sollten, als anderen Teilnehmern am Grundstücksverkehr. Der Grundsatz, dass alle Vorschriften des Zivilrechts in bürgerlich-rechtlichen Verträgen auch dann anzuwenden sind, wenn Körperschaften des öffentlichen Rechts am Vertrag beteiligt sind<sup>8</sup>, gilt daher auch für städtebauliche Verträge. Wäre eine Einschränkung des AGBG durch Vorschriften des BauGB gewollt gewesen, so hätte eine Ergänzung des § 23 Abs. 2 AGBG um städtebauliche Verträge zwischen Gebietskörperschaften und Privaten nahegelegen. Eine solche Gesetzesänderung mag zweckmäßig erscheinen, sie ist nicht erfolgt.

b) Die vom BayVGH postulierte Gleichsetzung des Angemessenheitsbegriffs in AGBG und BauGB ist dogmatisch nicht haltbar<sup>9</sup>.

Bereits der Prüfungsgegenstand ist unterschiedlich: Während es bei § 11 Abs. 2 BauGB um die Angemessenheit der vereinbarten Leistungen geht, also eine Abwägung aller Leistungen und Gegenleistungen aus dem gesamten Vertragswerk stattfindet, ist bei § 9 AGBG für jede einzelne Bestimmung des Vertrages zu prüfen, ob sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt. Eine Gesamtabwägung aller Leistungen findet bei § 9 AGBG gerade nicht statt.

Im übrigen sind wertungsbedürftige Gesetzesformulierungen – wie z. B. „Angemessenheit“ – nach dem jeweiligen Gesetzeszweck auszulegen<sup>10</sup>. Zweck des AGBG ist der Schutz desjenigen, der den Vertragstext nicht gestalten konnte<sup>11</sup>, er darf nicht unangemessenen Benachteiligungen ausgesetzt werden. Daher ist bei der Prüfung nach § 9 AGBG z. B. abzuklären, ob eine vom Verwender vorgegebene Nutzungsbeschränkung Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Kaufrechts missachtet. Dies könnte der Fall sein, da es zu den Rechten des Käufers gehört, nach seinem Belieben mit dem Kaufgegenstand zu verfahren. Dies gilt auch beim Kauf eines Grundstücks, da der Käufer üblicherweise nur durch öffentlich-rechtliche Beschränkungen in den Möglichkeiten zur Nutzung seines Grundstücks eingeschränkt wird.

Der Zweck des § 11 BauGB ist wie gezeigt nicht mit dem des AGBG identisch. Dass die vereinbarten Leistungen nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB „angemessen“ sein müssen, ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welcher bei jedem Verwaltungshandeln zu beachten ist<sup>12</sup>. § 11 Abs. 2 BauGB soll also den Vertragspartner der Gemeinde vor übermäßiger Belastung schützen, hier ist ein ganz allgemeiner Maßstab anzulegen. Dass die Angemessenheitsklausel in § 11 Abs. 2 BauGB den Bürger schützen soll, folgt auch aus der Systematik des Gesetzes, denn der folgende Satz in § 11 Abs. 2 BauGB enthält das nur die Gemeinde bindende Kopplungsverbot, wonach die Gemeinde keine Gegenleistung für Leistungen verlangen darf, auf die der Vertragspartner bereits aufgrund Gesetzes einen Anspruch hat. Die vom BayVGH gefundene Auslegung des § 11 Abs. 2 BauGB bewirkt aber nicht den Schutz des Bürgers, vielmehr wird dem Vertragspartner der Gemeinde der Schutz durch das AGBG genommen.

Da Gegenstand und Zwecke von AGBG und BauGB unterschiedlich sind, ist dieser Weg nicht richtig. Hier kann auch die Einheitlichkeit der Rechtsordnung nicht als Begründung für die Anwendung der zu § 11 BauGB gefundenen Wertung auf die nach § 9 AGBG vorzunehmende Wertung – oder umgekehrt – dienen<sup>13</sup>.

c) Im Ergebnis hätte das Gericht somit die angegriffene Klausel auch der konkreten Inhaltskontrolle nach §§ 9 ff. AGBG aussetzen müssen. Es handelt sich um eine im allgemeinen Kaufvertragsrecht ungewöhnliche Klausel, welche den Käufer in sehr starkem Maße in seinem Recht, den Gegenstand des Kaufvertrags nach Belieben zu nutzen, einschränkt.

Das Gericht hätte sich mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Gewährung eines unter dem Verkehrswert liegenden Kaufpreises bei der Abwägung zu berücksichtigen ist. Grundsätzlich wird die Höhe des Entgelts bei der Angemessenheitsprüfung nicht berücksichtigt<sup>14</sup>. Der Gesetzgeber wollte das Preisargument jedoch nicht völlig ausschließen<sup>15</sup>. Einzelne Gerichte haben die Subventionierung des Käufers beim

4 so bereits Busse, DNotZ 1998, 486/487 und Grziwotz, NJW 1997, 237.

5 ebenso bereits Busse, a. a. O.

6 näher zu Zweck und Geschichte der Vorschrift Krautzbberger in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rdnr. 6 ff.

7 Krautzbberger, a. a. O., Rz. 5.

8 Staudinger-Coester, § 9 AGBG (1998) Rn 19

9 Im übrigen bleibt die Inhaltskontrolle nach §§ 10, 11 AGBG unberührt. Diese Auslegung ist für die Gemeinden somit auch nur in Grenzen hilfreich.

10 Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995 S. 145 ff.; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. S. 290.

11 Palandt-Heinrichs, 58. Aufl., Einf. AGBG Rz. 5; Locher, JuS 1997, 398

12 Krautzbberger, a. a. O., Rz. 166

13 Im übrigen müssen selbst gleichlautende Begriffe in Gesetzen mit unterschiedlichem Regelungsgehalt nicht notwendig gleich verstanden werden, wie z. B. die unterschiedliche Interpretation des Eigentumsbegriffs in Art. 14 GG und im BGB oder der Begriff der Sache in § 90 und § 119 Abs. 1 BGB zeigt

14 ständige Rechtsprechung seit BGHZ 22, 98

15 BT-Drucksache 7/3919 S. 22

Einheimischenmodell in die Bewertung mit einbezogen<sup>16</sup>. Nach ganz h. M. ist das Preisargument aber nicht zur Rechtfertigung nachteiliger Bedingungen geeignet<sup>17</sup>. Angesichts der restriktiven Entscheidungen der Obergerichte zum Preisargument und der mit 20 Jahren sehr langen Bindungswirkung der Nutzungsregelung wäre die Feststellung einer Unwirksamkeit nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG somit naheliegend gewesen<sup>18</sup>.

### III. Andere Möglichkeiten zur Sicherung der städtebaulichen Planung

Es stellt sich die Frage, ob die von der Gemeinde gewünschte Verpflichtung des Käufers durch eine andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeit erreichbar gewesen wäre. Die Entscheidung des BayVGH ist dogmatisch nicht haltbar, im Ergebnis aber durchaus nachvollziehbar. Wie können bei der gegenwärtigen Gesetzeslage die vom Käufer übernommenen Nutzungsverpflichtungen, die bei der Vergabe des Grundstücks und der Bemessung des Kaufpreises berücksichtigt wurden, wirksam vereinbart werden?

#### 1. Individualabrede

Zu denken ist zunächst an individuelle Vereinbarungen. Wo aufgrund einer Vielzahl von Verkäufen zu gleichbleibenden Vertragsbedingungen, zu deren Vereinbarung die Kommunen aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes verpflichtet sind, vorformulierte Texte verwendet werden, ist eine Individualvereinbarung aber nicht möglich.

#### 2. Baulast

Nach § 71 Abs. 1 der Baden-Württembergischen LBO können Grundstückseigentümer – dies sind auch Gemeinden, die Grundstücke später verkaufen – „öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zu einem ihre Grundstücke betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen übernehmen“<sup>19</sup>. Es bestehen keine Bedenken, derartige Verpflichtungen bei der Beurkundung eines Kaufvertrags in die Urkunde mit aufzunehmen, sofern die Gemeinde als Grundstückseigentümerin nicht vorab selbst die Eintragung der Baulast bewirkt hat<sup>20</sup>. Die Baulast entsteht mit Vorlage der Urkunde beim Bauamt. Sie ist gegenüber dem Rechtsnachfolger wirksam, § 71 Abs. 1 S. 2 LBO, und kann von der Baubehörde durch entsprechende Verfügungen ohne gerichtliches Verfahren durchgesetzt werden.

Voraussetzung einer Baulast ist eine baurechtliche Bedeutung<sup>21</sup>. In der Praxis werden Baulasten meist im Zusammenhang mit einem konkreten Bauvorhaben anlässlich der Erteilung einer Baugenehmigung übernommen. Da die Baulast innerhalb des Bauordnungsrechts normiert ist, könnten Bedenken gegen die Bestellung von Baulasten aus städtebaulichen Gründen bestehen. Nach herrschender Ansicht genügt jedoch für die Begründung einer Baulast, dass ein baurechtlich relevantes öffentliches Interesse in irgendeinem Zusammenhang mit dem Baugeschehen gegeben ist<sup>22</sup>; eine Baulast kann auch „auf Vorrat“ übernommen werden<sup>23</sup>. Die Begrün-

dung von Baulasten aus bauplanungsrechtlichen Gründen ist inzwischen allgemein anerkannt<sup>24</sup>. Baulasten, durch die der Eigentümer aus städtebaulichen Gründen in der Art der Nutzung eingeschränkt wird, sind kein juristisches Neuland<sup>25</sup>. Allerdings ist die Grenze, welche Verpflichtungen durch Baulast vorgegeben werden können, noch nicht abschließend gezogen, zumal die Baulasten betreffenden Vorschriften in den verschiedenen Landesbauordnungen nicht gleichlautend sind<sup>26</sup>.

Aufgrund der weiten Formulierung der Baulast in der Baden-Württembergischen LBO ist davon auszugehen, dass ein städtebauliches Interesse, welches die Gemeinde anlässlich des Abschlusses eines Kaufvertrages über Bauland verfolgt, zur Begründung einer Baulast genügt.

Die Absicherung städtebaulicher Vorgaben durch Baulast hätte gegenüber der z. Zt. üblichen privatrechtlichen Absicherung folgende Vorteile:

Bei zivilrechtlichen Gestaltungen von Nutzungsverpflichtungen und einer Mehrzahl von Verträgen ist immer das AGBG zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung, ob die dem Käufer auferlegten Bindungen nach § 9 Abs. 1 AGBG unangemessen sind, wird nach herrschender Ansicht das Preisargument nicht berücksichtigt. Die Wirksamkeit der Klauseln ist damit zumindest gefährdet. Dies führt zu Ergebnissen, die mit dem Gerechtigkeitsempfinden nicht im Einklang stehen.

Die Eintragung von Vormerkungen zur Absicherung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde wäre obsolet. Damit wären auch die Probleme beseitigt, die bei einer späteren Belastung des Baugrundstückes mit Finanzierungsgrundschulden – insbesondere beim Bauträgervertrag – verbunden sind.

Die spezifisch städtebauliche Verpflichtung des Grundstückseigentümers wäre öffentlich-rechtlicher Natur; Streitigkeiten wären beim Verwaltungsgericht auszutragen, welches auch für die in der verbilligten Grundstücksvergabe liegende öffentlich-rechtliche Subventionsentscheidung<sup>27</sup> sowie für Fragen des Städtebaurechts zuständig ist.

### IV. Ergebnisse

Dem Urteil des BayVGH ist nicht zu folgen. Das AGBG ist beim Baulandverkauf durch Kommunen nicht durch § 11 BauGB ausgeschlossen. Diese Vorschrift hat auch keine Bedeutung für die Prüfung, ob eine Klausel den Käufer unangemessen benachteiligt.

Will eine Gemeinde dem Käufer aus städtebaulichen Gründen Bindungen über die weitere Nutzung des Grundstücks auferlegen, so kann dies – zumindest in Baden-Württemberg – durch die Eintragung entsprechender Baulasten geschehen.

<sup>16</sup> so LG Ravensburg a. a. O. und LG Karlsruhe a. a. O.

<sup>17</sup> Staudinger/Coester (1998), § 9 AGBG Rn 94; MünchKomm/Kötz, 3. Aufl., § 9 AGBG Rn 7; Soergel/Stein, § 9 AGBG Rn 28; Ulmer/Brandner, § 9 AGBG Rn 103

<sup>18</sup> vergl. OLG Hamm, a. a. O. mit zustimmender Anmerkung Medicus in EwIR, § 9 AGBG 7/96, 243

<sup>19</sup> ähnliche Regelungen finden sich in den Landesbauordnungen von 13 weiteren Bundesländern.

<sup>20</sup> Die gleichzeitige Beurkundung öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen anlässlich eines Grundstückskaufs ist insbesondere bei der Ablösung von Erschließungskosten nicht selten, vergl. BVerwG NJW 1990, 1679 = DNotZ 1991, 309

<sup>21</sup> Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, 3. Aufl. 1998, § 71 Rz. 15

<sup>22</sup> Sauter, a. a. O. Rz. 16 ff.

<sup>23</sup> ebenda

<sup>24</sup> Dürr, Baurecht, 9. Aufl. Rn 241; OVG Hamburg, NJW 1987, 915; Schwarz, Die Entwicklung des Baulastenrechts seit 1994 in: BauR 1998, 446, 447

<sup>25</sup> vergl. die zahlreichen Beispiele bei Stich, Baulasten in der Umlegung, Grenzregelung, Sanierung u. städtebaulichen Entwicklung, Bonn 1996, 19 sowie Masloh, NJW 1995, 1993

<sup>26</sup> Zurecht hat daher Schwarz a. a. O. S. 457 die Begründung einer bundeseinheitlichen Baulastregelung im Zusammenhang mit § 11 BauGB gefordert

<sup>27</sup> vergl. die Gerichtsentscheidungen bei Palandt, 58. Aufl., Vor § 1 Rz. 41

## Peter M. Tiersma: Legal Language

Besprechung von Dr. Paul Klebs, Notariatsdirektor i. R. in Mannheim

Interdisziplinäre Forschung ist mehr als eine Modeerscheinung. In unserem Zeitalter der Spezialisten und der wissenschaftlichen Zersplitterung baut sie Brücken, über die zu gehen sich von beiden Seiten lohnt. Ist es das Jus, was sich auf der einen Seite der Brücke befindet, erwartet man auf der anderen allenfalls Wirtschaftswissenschaften oder Soziologie, dagegen kaum Untersuchungen dessen, was doch der eigentlichen Rohstoff der Juristenarbeit ist, nämlich die Sprache. Man denke nur an die bekannte Entscheidung des VGH Mannheim, NJW 1988, 2633, zur Frage, ob schwere Sprachmängel in einer juristischen Examensarbeit eine nicht ausreichende Note bedingen, obwohl die rechtlichen Ausführungen noch mit „genügend“ bewertet werden können. So mag die Tatsache, daß durch Jahrhunderte hindurch kaum ein anderer Stand unter Literaten so zahlreich vertreten ist wie der des Juristen, zumindest auch etwas damit zu tun haben, daß Gegenstand beider Berufe sprachliche Gestaltung ist.

Zwar widmet eine bekannte juristische Zeitschrift alljährlich ein ganzes Heft juristischen Publikationen über Werke der schönen Literatur und deren Autoren. Doch obgleich gerade der Begründer der Germanistik Jakob Grimm mit seinen Forschungen (Deutsche Rechtsaltertümer, erste Auflage 1828) den Weg auch in die umgekehrte Richtung gewiesen hat, ist dieser von den modernen Germanisten und Linguisten nicht weiter beschritten worden. Jedenfalls ist dem Rezensenten kein umfassendes Werk über das „Juristendeutsch“ bekannt. Für Hinweise wäre er denkbar.

Anders liegen die Dinge im angelsächsischen Sprach- und Rechtsraum. Vielleicht einfach deshalb weil durch die englischen Kolonisierungen und als deren letzte Folge die USA mit ihrer Weltmachtstellung die englische Sprache und angelsächsisches Recht bzw. Rechtsdenken sich Hand in Hand Weltgeltung in einem Umfang verschafft haben, wie es das Latein und römisches Recht in ihren besten Zeiten nicht geschafft haben. Aus diesem Grund steht natürlich auch ein umfangreiches Lesepublikum für Untersuchungen der englischen Juristensprache des „legalese“ zur Verfügung, wie sie der amerikanische Rechtsprofessor und Linguist Peter M. Tiersma in Los Angeles in seinem breit angelegten aber dennoch kurzweilig zu lesenden Buch „Legal Language“ vorgelegt hat. Das „feindlichen take-over“ der englischen Rechtssprache bei internationalen Verträgen, das mit Sicherheit durch keinen „white knight“ verhindert werden wird, macht Untersuchungen wie die genannte besonders wertvoll. Wie auf dem 26. Deutsch-Französischen Juristentreffen vom 30. 9. bis zum 2. 10. 1999 in Stuttgart von den beiden Referenten Maitre Hugues Pelissier Avocat à la Cour, Lyon und Dr. Günther Falke Hoechst AG Frankfurt zum Thema „Internationale Firmenfusionen“ aus erster Hand zu erfahren war, war die Verhandlungssprache anlässlich der Fusionsverhandlungen zwischen der deutschen Hoechst und der französischen Rhône-Poulenc ausschließlich englisch und wurde auch der Fusionsvertrag in englisch formuliert und unterzeichnet. Der Autor befaßt sich zunächst mit den philologischen Wurzeln, dem germanischen Angelsächsisch und dem normanischen Französisch. Interessant für den deutschen Juristen ist das Überleben der germanischen Stabreime im modernen Rechtsenglisch wie z. B. „aid and abet“, „clear and convincing“, „safe and sound“, „rack and ruin“. Als deutsches „juristisches Gegenstück“ fällt dem Rezensenten hierzu nur „Kind und Kegel“ ein. (Deutsches Wörterbuch von Jakob und Wilhelm Grimm, 5. Bd. Bearbeitet von Dr. Rudolf Hildebrand, Leipzig 1873, Spalte 389 „KEGEL filius spurius unehelicher Sohn“) Über das normanische Französisch kamen natürlich auch

zahlreiche lateinische Rechtsausdrücke. (Sie wurden und werden auch heute noch im Wesentlichen nur als solche gebraucht. Im Gegensatz zum Kontinent kam es nur zu einem rudimentären römischrechtlichen Denken.) Französisch blieb auch dann noch geraume Zeit die Juristensprache als die politischen Bindungen zu Frankreich erloschen waren, und auch der Hof und die Oberschicht „englisch“ sprach, d. h. die mit unzähligen französischen Lehnwörtern durchsetzte Sprache, die auch das heutige Englisch kennzeichnet.

Historisch bedingt ist auch das Trachten nach Sollemnität durch Wiederholung des gleichen Sinns durch zwei oder drei Synonyme, z. B. die dem wohl jedem baden-württembergischen Notar und Nachlaßrichter geläufige englische Testamentsformeln wie „Last Will and Testament“ oder „All the rest, residue and remainder I give, devise and bequeath to...“ (Eine der Ursachen dafür, dass obwohl die englische Sprache im allgemeinen im Verhältnis neun zu zehn „kürzer“ ist als die deutsche, englische Testamente drei mal so lang wie deutsche sind.)

Tiersma schließt sein Schilderung der historische Entwicklung mit der Feststellung, dass diese zu einem Charakteristikum der Juristensprache, nämlich Verwendung tradierter fremdsprachlicher Ausdrücke und ebenso Beharren auf obsolet gewordenen englischen Wörtern, geführt hat. Als deutscher Jurist mag man an den „Gemeingebrauch“ denken, unter dem sich der Laie gar nichts oder eine Perfidität vorstellt.

Aber dies ist vielleicht nicht einmal die wichtigste Ursache der Kluff zwischen dem Juristenenglisch – „Talking like a Lawyer“ heißt ein Kapitel – und dem „plain“ dem einfachen und normalen Englisch. Zwingt das berufliche Erfordernis der Präzision den angelsächsischen wie den deutschen Kautelarjuristen an hergebrachten und daher eindeutigen Begriffen fest zu halten, hat der angelsächsische noch das zusätzliche Problem, daß mangels gesetzlicher Begriffe in vielen Fällen durch umfangreiche Formulierungen jegliches erdenkliche „Schlupfloch verstopft“ werden muß. Tiersma bringt aber auch Gegenbeispiele, in denen die einen Vertrag aushandelnden Lawyers bewußt Formulierungen suchen, die ihrer Partei möglichst viele Interpretationsfreiheiten lassen. Es gibt eben keinen § 17 BeurkG im Lande der unbegrenzten Möglichkeiten. Zugleich hat das „legalese“ den Charakter einer Fachsprache, deren die Juristerei wie jeder andere Beruf bedarf. Hieraus entstehen naturgemäß die gleichen Verständigungsprobleme die bei jeder sprachlichen Kommunikation zwischen Fach- und einem Nichtfachmann vorhanden sind. Im „legalese“ kommen noch zwei weitere Elemente hinzu, die sich historisch gleichfalls weit zurück verfolgen lassen. Einmal das Bestreben, im Laien die Vorstellung zu erwecken und aufrecht zu erhalten, er brauche den Juristen als Dolmetscher. (Die französische Juristensprache des englischen Mittelalters mag zur gleichen Verunsicherung der Laien geführt haben, wie die lateinische in Deutschland.)

Das zweite Element ist das Bedürfnis sich gegenüber den Kollegen als solchen zu erkennen zu geben, zu betonen, dass man zum gleichen Club gehört, der sich gegenüber den Nichtmitgliedern abgrenzt und dessen Zusammenhalt gefördert werden soll. Dieses Element bedingt eine Art sich nur in Wortbrocken und Abkürzungen auszudrücken, die als Jargon zu werten ist. Die vom Autor aufgezeigte Folge all dessen wie technisches Vokabular „Arkanismen“, archaische und ungebräuchliche Wörter, unpersönlichen Konstruktionen, Nominalisation und Passivformern, lange und komplexe Sätze, trifft auf das Juristendeutsch genau so zu.

Andererseits beherrschen gerade amerikanische Juristen eine mehr als simple Sprache, um Laienrichter wenn nicht zu überzeugen so doch wenigstens zu überreden. Tiersma demonstriert dies anhand von ausführlicher Protokollauszügen des auch bei uns bekannten Simpsonprozesses. Auch der rasche der jeweiligen Situation angepaßte und zumeist nicht bewußt gesteuerte Wechsel zwischen der Fachsprache und der des Laien, das sogenannte „code-switching“ von Tiersma als weiteres Sprachcharakteristikum aufgezeigt, ist sicher ebenso jedem Notar vertraut, der zu seinem Glück in der Lage ist mit z. B. ländlicher Klientel sofort in den örtlichen Dialekt zu verfallen. In einem Anhang gibt der Autor schließlich noch fünf besonders lesenswerte Beispiele, die von einer frommen frühmittelalterlichen Schenkungsurkunde in angelsächsisch über ein Urteil in französisch aus dem Jahre 1319, ein erstaunlich kurzes modernes Testament, die Rechtsbelehrung der Geschworenen im Simpsonprozeß zu einer „promisory note“ der Citibank (von der Bank fromularmäßig verwendetes Schuldanerkenntnis des Darlehensnehmers mit den Zahlungs-, Verzinsungs- und Absicherungsbedingungen) in deren erster sowohl sprachlich als auch druckgraphisch kaum verständlichen und ihrer zweiten revidierten Form, die auch einem Laien durchaus verständlich sein mag. Die Lektüre der Geschworenenbelehrung weist zudem interessante Parallelen zwischen der Belehrungspflicht des Richters und der eines deutschen Notars auf. Ungenügende Belehrung der Geschworenen ist ein Hauptgrund erfolgreicher Revision. So hält sich der Richter denn an gewohnte reversionssichere Muster, obwohl es ein offenes Geheimnis ist, daß diese für die Laienrichter unverständlich sind. Welcher Notar kennt nicht einen ähnlichen

Konflikt zwischen der Dokumentation „Haftung ausschließender“ Belehrung und seiner Bemühung sich dem Sprach- und Intelligenzniveau des Klienten anzupassen.

Tiersma schließt sein Werk mit der Erwartung, dass es auch in Zukunft eine besondere Juristensprache geben wird, in der aber unter die Zwängen der Realität den Spreu vom Weizen getrennt haben und die nur die sprachlichen Eigenheiten beibehält, die das Funktionieren des Rechtssystems verbessern, und die anderen, die keinem gerechtfertigten Zweck dienen, ausgeschieden hat.

Das Buch ist so unterhaltend geschrieben, dass auch ein deutscher Jurist, der nicht die Weihen eines öffentlich bestellten und vereidigten Übersetzers erlangt hat „etwas davon hat.“ Wie nicht wenige angelsächsische Hochschullehrer hält Tiersma es nicht nur für keine Schande sich allgemein verständlich auszudrücken, sondern besitzt diese Fähigkeit in so hohem Maße, dass das „legalese“ zwar sein Thema aber nicht seine Sprache ist. Daher mag man auch dem Autor die bis zur Marotte getriebene, aber wie Erkundigungen ergaben, bei amerikanischen Universitätslehrern allgemein „übertriebene“ „political correctness“ nachsehen, als Personalpronomen für „lawyer, judge, attorney“ u. s. w. (fast) stets die weibliche Form zu wählen. Jedenfalls glaubt sich der Rezensent zu erinnern, daß ihm auf den nach Abzug des Quellenverzeichnisses und des fünfteiligen Anhangs verbleibenden 244 Buchseiten nur ein einziges „he“ begegnet ist.

Peter M. Tiersma: Legal Language, erschienen 1999 im Verlag The University of Chicago Press in Chicago und London, 314 S. gebunden \$ 24,-.

## Das Mieterverkaufsrecht nach § 570b BGB

Notar Bernhard Götz, Notariat Waldshut-Tiengen

### 1) Vorbemerkung

Das Mieterverkaufsrecht wurde bekanntlich kurzfristig aufgrund Verhandlungen im Vermittlungsausschuß von Bundestag und Bundesrat durch Gesetz vom 1. 7. 1993 mit Wirkung zum 1. 9. 1993 ohne vorherige Diskussion in der Fachpresse mit § 570 b in das BGB eingefügt. Die Rechtspraxis der Notare hatte Mühe sich rechtzeitig darauf einzustellen. Bei der Bestimmung handelt es sich um eine Nachbildung von § 2b WoBindG, so daß die Rechtsprechung dazu bei Rechtsproblemen berücksichtigt werden muß. Gesetzeszweck ist der Bestandsschutz des Mieters anlässlich einer Veräußerung seiner angemieteten Wohnung. Auch soll der Erwerb von Eigentumswohnungen durch die Mieter gefördert werden. Ausgelöst wurde das Gesetzesvorhaben durch Sanierungen, vor allem „Luxussanierungen“ von Geschoßwohnbauten in Großstädten, die auch mit „Entmietungen“ verbunden waren. Wegen des Gesetzeszwecks ist das Vorkaufsrecht nach § 570b Abs. 4 durch Vereinbarungen mit dem Mieter nicht abdingbar.

### 2) Anwendungsbereich

Das Gesetz (§ 570b) gilt nur für Wohnraummietverhältnisse, die nicht der Wohnungsbindung unterliegen. Für diese gilt nur das Vorkaufsrecht nach dem WoBindG. Wegen des Schutzzweckes kommt es auf die tatsächliche Nutzung an, so daß es dem Vermieter nicht hilft, wenn die Wohnung grundbuchrechtlich Teileigentum ist<sup>1</sup>.

Damit stellt sich wie beispielsweise beim Kündigungsschutz das Problem der Mischmietverhältnisse (z. B. ein einheitlicher

Miet-/Pachtvertrag über einen Gaststätten(betrieb) mit Wohnwohnung). Die dort ergangene Rechtsprechung kann für die Frage des Bestehens des Vorkaufsrechts wohl entsprechend herangezogen werden<sup>2</sup>. Danach ist in erster Linie auf den Schwerpunkt der Nutzung, dann auf den vorhersehbaren Vertragszweck und die Höhe des für die Nutzungsbereiche vereinbarten Mietzinses abzustellen. Bleiben Zweifel soll es nach der mieterfreundlichen Vorschrift gehen. Die getrennte Behandlung des Wohnraums und der übrigen Mietobjekte ist nur zulässig, wenn der Mietvertrag dies (nach Auslegung) zuläßt. Dies gilt sogar für später hinzu gemietete Objekte, es sei denn es handelt sich um getrennte Verträge mit eigenen Fristen<sup>3</sup>. So wird beim typischen Problem der mitvermieteten und mitverkauften Garage, sich das Vorkaufsrecht in der Regel auch auf die Garage erstrecken.

Von der Rechtsprechung bisher nicht gelöste Probleme ergeben sich, wenn der Eigentümer die Wohnung des Mieters, aber eine andere Garage veräußert oder die Garage des Mieters mit einer anderen Wohnung verkauft. Nach dem Wortlaut des Gesetzes werden jedenfalls die Garagen mangels Wohnraumeigenschaft, bzw. weil kein Mietverhältnis vorliegt, nicht vom Vorkaufsrecht erfaßt. Nach Wirth a. a. O. soll entweder das Vorkaufsrecht auf eine neu der Wohnung des Mieters zugeordnete Garage sich erstrecken oder aus § 242 ein Anspruch auf Zuteilung einer Garage dem Mieter gem. § 242 zustehen, auf die sich im ersten Fall dann das Vorkaufsrecht erstrecken würde. Gerechtfertigt wird dies mit dem Gesetzeszweck (Bestandsschutz für den Mieter und der Wichtigkeit der Garage in Ballungsräumen). Entsprechendes gilt für Stellplätze.

1 Wirth, MittBayNot 1998 9

2 Palandt, BGB, 58. Aufl., § 535 Rn 72  
3 Palandt aaO § 564 Rn 11

Weiter ungelöst ist die Frage, ob beim Verkauf einer Wohnung bzw. Garage oder Stellplatz, der Verkäufer verlangen kann, daß der vorkaufsberechtigte Mieter auch die Garage nimmt. Unter den Voraussetzungen von § 508 Satz 2 wird dies teilweise bejaht, von anderen in der Literatur abgelehnt<sup>4</sup>.

In zeitlicher Hinsicht besteht das Vorkaufsrecht auch an Wohnraum in Anlagen, die vor dem 1. 9. 1993 in Wohnungseigentum aufgeteilt worden sind, wenn die Räume bei der Aufteilung schon an den Mieter überlassen waren<sup>5</sup>. Dies ergibt sich im Umkehrschluß daraus, daß nach Art. 6 Abs. 4 des 4. Mietrechtsänderungsgesetzes, mit dem das § 570b eingeführt wurde, normiert ist, daß das Gesetz nicht auf Kaufverträge, die vor dem 1. 9. 1993 geschlossen wurden, anwendbar ist.

### 3) Voraussetzungen für das Bestehen des Mietervorkaufsrechts

a) Ein Mietverhältnis muß bei der Beurkundung des Kaufvertrages bestehen. Es schadet nicht, wenn es schon gekündigt oder auf einen späteren Zeitpunkt der Mietvertrag aufgehoben ist, das Mietverhältnis aber noch nicht beendet ist. Es wird zwar die Meinung vertreten<sup>6</sup>, daß insbesondere bei einer Kündigung durch den Mieter das Vorkaufsrecht ausgeschlossen sei. Dies läßt sich auch mit dem Schutzzweck des Gesetzes begründen. Angesichts des Wortlautes des Gesetzes kann sich der Notar im Interesse der Beteiligten jedoch nicht diesen Literaturmeinungen anschließen.

b) Das Mietverhältnis muß außerdem bei Begründung des Wohnungseigentums, also der Anlegung der Grundbücher bzw. bei konkretisiert beabsichtigter Begründung von Wohnungseigentum bestanden haben. Letzteres liegt vor, wenn die Teilungserklärung beglaubigt oder beurkundet ist, oder eine Eigentumswohnung mit Teilungsverpflichtung verkauft wird. Innere Absichten von Verkäufer oder Käufer genügen jedoch nicht. Nötig sind konkrete Umsetzungs- und Vorbereitungshandlungen, die über die behördliche Abgeschlossenheitsbescheinigung hinausgehen<sup>7</sup>. Außerdem muß der Wohnraum dem Mieter zu diesem Zeitpunkt überlassen sein. Problematisch sind die Fälle, bei denen nach Beurkundung der Teilungserklärung aber vor deren Vollzug im Grundbuch Wohnraum schon vermietet und überlassen wurde. Hier mußte der Mieter mit Wohnungseigentum und Veräußerung rechnen. Deshalb ist fraglich, ob er schutzbedürftig ist. Schutzbedürftig sind nach dem Gesetzeszweck die Mieter, die mit einem längeren Mietverhältnis rechnen, weil sie nicht eine Eigentumswohnung mieten. Nach dem Normzweck und dem von § 570b vorausgesetzten Vertrauenstatbestand wird deshalb zumindest dann, wenn der Mieter bei der Anmietung von der Aufteilungsabsicht gewußt hat, ein Vorkaufsrecht von einem Teil der Literatur abgelehnt<sup>8</sup>. Nach dem Wortlaut des Gesetzes besteht aber das Vorkaufsrecht schon, wenn bei Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet werden soll. „Worden ist“ und „werden soll“ stehen alternativ neben einander. Deshalb bejaht die Rechtsprechung<sup>9</sup> und Literatur<sup>10</sup> in diesem Fall das Vorkaufsrecht und nicht nur, wenn schon vor der Aufteilungsabsicht überlassen worden ist. Dem Notar kann kaum geraten werden, der abweichenden Literaturmeinung zu folgen.

c) Blockverkauf: Besonders problematisch für den Notar ist der Fall, daß vermieteter und überlassener Wohnraum an verschiedene Käufer, die sich in der Regel kennen, verkauft wird und diese dann aufteilen (wollen). In manchen Fällen teilt

schon der Verkäufer, weil es die Erwerber so verlangen, auf. Dann besteht eindeutig das Vorkaufsrecht. Im zuvor genannten Fall besteht das Vorkaufsrecht, wenn die einzelnen Wohnungen bestimmten Käufern im Kaufvertrag zugeordnet sind. Nach Wirth<sup>11</sup> soll das Vorkaufsrecht selbst bei einer Aufteilungspflicht nicht entstehen, wenn im Kaufvertrag die einzelne Wohnung als Teilobjekt des Veräußerungsvertrags nicht so hinreichend bestimmt ist, daß sie Gegenstand eines selbständigen Kaufvertrags sein könnte. Es soll vom Notar daher darauf geachtet werden, daß der Kaufgegenstand als Mehrfamilienhaus ohne Individualisierung einzelner Wohnungen umschrieben wird. Allerdings wird in der Regel der Sachverhalt so liegen, daß die verschiedenen Käufer bei Vertragschluß schon genau wissen, welche Wohnung sie wollen. Der Kauf ihres Miteigentums wird normalerweise damit stehen und fallen, welche Wohnung ihnen später zugeteilt wird, womit die Zuteilung beurkundungspflichtig wird. Die Empfehlung von Wirth kann wohl in der Praxis nur greifen, wenn der Blockverkauf an eine Käuferpartei erfolgt.

Beim Blockverkauf an einen Käufer muß mit einem Vorkaufsrecht immer dann nach der Rechtsprechung des BayObLG zu § 2b WoBindG gerechnet werden, wenn die betroffene Wohnung, wie oben beschrieben, individualisierbar ist und nach der Beschreibung im Kaufvertrag selbständiges Kaufobjekt sein könnte<sup>12</sup>. Diese Rechtsprechung läßt sich entsprechend heranziehen<sup>13</sup>. Die Literatur und Rechtsprechung zum Blockverkauf kann für den Verkauf mehrerer Wohnungen in einer Einheit wiederum analog herangezogen werden<sup>14</sup>.

d) Es muß ein Verkauf an einen Dritten erfolgen. Hier ist § 504 heranzuziehen, der gleich lautet. Danach genügt der Verkauf eines Anteils an einen Miteigentümer nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nicht. Auch ein Erbteilskauf würde nicht genügen. Nach der Rechtsprechung des BGH hat nämlich der Ausschluß des Vorkaufsrecht in diesen Fällen den Sinn, vor Überfremdung zu schützen<sup>15</sup>. Beim Verkauf eines Miteigentumsanteils an Wohnungseigentum an einen Miteigentümer ist also nicht mit einem Vorkaufsrecht zu rechnen, wohl aber beim Verkauf an einen anderen Wohnungseigentümer der gleichen Anlage. Dazu gibt es zwar noch keine Rechtsprechung. Das Ergebnis läßt sich aber daraus ableiten, daß bei einer Wohnungseigentümergeinschaft wegen des grundstücksgleichen Charakters von Wohnungseigentum und dessen rechtlicher Eigenständigkeit kein Überfremdungsschutz wie bei ideellem Miteigentum erforderlich ist<sup>16</sup>.

Genauso wenig genügt der Verkauf an eine Person, die zum Hausstand des Vermieters oder zu seinen Familienangehörigen gehört. Damit ist der gleiche Personenkreis erfaßt, für den eine Eigenbedarfskündigung nach § 564b zulässig wäre. Dazu hat die Rechtsprechung schon eine reichhaltige Kasuistik entwickelt<sup>17</sup>. Eine Selbstnutzungsabsicht dieser Käufer ist nicht erforderlich, um das Vorkaufsrecht auszuschließen.

e) Es muß ein Kauf vorliegen. Der Zuschlag in der Zwangsversteigerung genügt nicht (§ 512 BGB). Der Kaufvertrag muß rechtswirksam, also alle erforderlichen Genehmigungen (z. B. Verwalterzustimmung) müssen erteilt sein.

### 4) Ausübung und Wirkung

a) Das Vorkaufsrecht kann nach Eintritt der Rechtswirksamkeit des Kaufvertrags und gem. § 510 BGB binnen 2 Monaten (binnen 6 Monaten beim Vorkaufsrecht nach dem WoBindG) nach Mitteilung des Kaufvertrags einschließlich erforderlicher

4 Nachweise bei Wirth a. a.O. 10

5 Langhein DNotZ 93 650 653

6 Commichau NJW 1995 1010, Brambring ZAP 1993 965 967

7 Langhein a. a.O. 654

8 Wirth a. a.O. 11, Langhein a. a.O. 656

9 bis jetzt nur AG Frankfurt NJW 1995 1034

10 Palandt a. a.O. Rn 3

11 Wirth a. a.O. 12, 16

12 BayObLG MittbayNot 1992 260

13 Wirth a. a.O. 11

14 Wirth a. a.O. 12

15 Palandt § 504 Rn 6 mit Nachweisen

16 Wirth a. a.O. 13

17 Palandt § 564 b Rn 45

Genehmigungen (Ausschlußfrist) ausgeübt werden. Die Ausübung vor dem Vorliegen der Genehmigungen ist auf den Zeitpunkt des Vorliegens der Genehmigungen möglich (BGH DNotZ 98 895). Als Besonderheit kommt beim § 570b hinzu, daß der Mieter auch über sein Vorkaufsrecht unterrichtet werden muß. Unterbleibt die Unterrichtung oder ist die Unterrichtung mangelhaft, läuft die Ausübungsfrist nicht. Allen Partnern eines Mietverhältnisses muß die Mitteilung zugehen. Die Mitteilung des Inhalts des Kaufvertrags und die Unterrichtung über das Vorkaufsrecht ist formfrei möglich. Die Schriftform ist aber aus Beweisgründen unerlässlich. Bei der Ermittlung der Mieter kann es durchaus zu erheblichen Rechtsunsicherheiten kommen. Falls ein Vorkaufsrecht nach dem WoBindG in Frage kommt, ist nicht nur die Information der zuständigen Verwaltungsbehörde über den Verkauf und den Mieter nach § 2a WoBindG vorzunehmen, sondern auch eine Information des Mieters nach § 570 b empfehlenswert, da einzeln vertreten wird, daß die Vorkaufsrechte nebeneinander anwendbar seien (Heintzmann in MK 12. Aufl. Rz 3; a. A. Palandt § 570b Rz 1). Streitig ist (war), in welcher Form das Vorkaufsrecht ausgeübt werden muß. Nach § 505 bedarf die Erklärung nicht der für den Kaufvertrag erforderlichen Form. Dies ist gerechtfertigt, weil die Bestellung eines vertraglichen Vorkaufsrechts der notariellen Form bedarf, also der Erwerber in der Regel (nicht wenn das Vorkaufsrecht, jedenfalls das schuldrechtliche, in Form eines Vertrags zugunsten Dritter begründet wurde) dort schon notariell betreut, informiert, gewarnt und beraten ist entsprechend dem Gesetzeszweck von § 313. Nach dem Wortlaut des Gesetzes entfällt also der notarielle Schutz des Erwerbers beim gesetzlichen Vorkaufsrecht nach § 570b und dem WoBindG. Ein Teil der Literatur meint, die Ausübungserklärung sei zum Schutz des Erwerbers beurkundungspflichtig<sup>18</sup>. Die Frage ist inzwischen von der Rechtsprechung im Sinn von Formfreiheit richtig entschieden<sup>19</sup>. Der Gesetzgeber hat bei der Unterrichtung über das Vorkaufsrecht schon nicht vorgeesehen, daß über die Formfrage unterrichtet wird. Wäre die Ausübungserklärung formbedürftig, könnte faktisch kaum ein Mieter das Recht ausüben, weil er mit der Formbedürftigkeit nicht rechnet. Der Gesetzeszweck wäre also verfehlt. Schließlich kennt der Mieter das Kaufobjekt auch genauer und kann den Wert besser einschätzen als der normale Käufer, was die unglückliche Lösung des Gesetzgebers etwas rechtfertigen mag. Der BGH geht in seinen Entscheidungen zum Vorkaufsrecht auf die Formfrage gar nicht ein, er setzt anscheinend eine wirksame formlose Ausübungserklärung voraus (BGH DNotl 1999 112). Die Ausübungserklärung ist im übrigen bedingungsfeindlich. Steht das Vorkaufsrecht mehreren Personen zu (Dies wird häufig vorkommen, weil oft Ehepartner Mieter sind), ist es zunächst gemeinschaftlich auszuüben. Übt einer sein Vorkaufsrecht nicht aus, können die anderen es im ganzen ausüben. Ihre Erklärung muß wohl erkennen lassen, ob sie im ganzen überhaupt ausüben wollen. Eventuell können sie die Erklärung nicht rechtzeitig abgeben, wenn einer der Beteiligten sich nicht äußert und die Frist verstreichen läßt. Dies dürfte wohl Risiko der Vorkaufsberechtigten sein, da sie in einem Gemeinschaftsverhältnis stehen. Ein weiteres Problem besteht im Gemeinschaftsverhältnis. Beim Vorkaufsrecht muß bekanntlich kein Gemeinschaftsverhältnis nach § 47 GBO angegeben werden. Fraglich ist, ob nach einer Ausübungserklärung die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses immer noch nicht erforderlich ist, was teilweise diskutiert wird<sup>20</sup>. Wenn man dies verneint, müssen die Vorkaufsberechtigten bei der Ausübungserklärung (fristgerecht) oder erst bei der Auf-

lösung ein Gemeinschaftsverhältnis wählen und angeben. Im Zweifel oder wenn sich durch Auslegung kein Gemeinschaftsverhältnis ermitteln läßt, erwerben sie zu gleichen Miteigentumsquoten<sup>21</sup> (§ 741 BGB). Die Fragen sind in der Literatur und Rechtsprechung ungeklärt<sup>22</sup>.

b) Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, kommt ein Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verkäufer zustande und zwar zu den gleichen Bedingungen wie mit dem Erstkäufer. Irgendwelche Änderungen kann der Vorkaufsberechtigte nicht verlangen. Insbesondere hinsichtlich der Kaufpreisfälligkeit und des Zustandbringens einer Finanzierung kann deshalb der Vorkaufsberechtigte nach § 570b in beträchtliche Schwierigkeiten kommen. Strittig in diesem Zusammenhang ist, ob Preisvergünstigungen bei einem Paketverkauf mehrerer Eigentumswohnungen (Mengenrabatte) dem Vorkaufsberechtigten zugute kommen. Ein ähnliches Problem besteht für die Frage eines Zuschlags auf den Kaufpreis für den Vorkaufsberechtigten, weil dieser im Gegensatz zum Drittkäufer eine mietfreie Wohnung erhält, die am Markt mehr wert ist. In der Literatur wird ein abweichender Preis für den Vorkaufsberechtigten überwiegend wegen des Wortlautes der §§ 502 Abs. 2 und 506 (Unwirksamkeit von Hinderungsgeschäften) abgelehnt. Das OLG Düsseldorf hat sich dem angeschlossen mit dem Argument, daß beim Verkauf mehrerer Wohnungen der Verkäufer die Ziele der Gewährung von Mengenrabatt erreicht, auch wenn eine der Wohnungen an einen Vorkaufsberechtigten geht<sup>23</sup>. Damit bleibt aber für das OLG Düsseldorf offenbar das Problem für andere Fallgestaltungen noch offen, insbesondere wenn der Drittkäufer wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts die restlichen Wohnungen nicht abnehmen muß.

c) Da nach Ausübung eines Vorkaufsrechts der Verkäufer zwei Kaufverträge über das gleiche Vertragsobjekt erfüllen müßte, ist die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts für den Verkäufer im Kaufvertrag mit dem Erstkäufer wie bei anderen Vorkaufsrechten, wenn das Vorkaufsrecht in Betracht kommt, dringend ratsam.

d) Weil es sich bei dem Vorkaufsrecht um ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall handeln soll, erlischt das Vorkaufsrecht, wenn es nicht beim ersten Verkauf ausgeübt wird<sup>24</sup>. Damit stellt sich aber auch die Frage, ob das Vorkaufsrecht auch dann nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn die erste rechtsgeschäftliche Veräußerung kein Verkauf war, sondern beispielsweise eine Übergabe. Dieser Effekt ergibt sich daraus, daß ein Verkaufsfall nach § 504 nur dann vorliegt, wenn der Vorkauf"verpflichtete" verkauft und nicht, wenn ein anderer, z. B. jemand dem das Vorkaufsobjekt geschenkt wurde, verkauft<sup>25</sup>. Ob sich hier für das Miervorkaufsrecht leichte Umgehungsmöglichkeiten eröffnen, ist fraglich. Der Wortlaut des § 507b spricht eher dafür, daß der jeweilige Vermieter Vorkaufsverpflichteter ist, ohne Rücksicht darauf, ob er aufgeteilt hat. Für das Vorkaufsrecht nach dem Wohnungsbindungsgesetz ergibt sich der gleiche Befund. Allerdings gäbe der Wortlaut beider Vorschriften auch ein Vorkaufsrecht für jeden Verkaufsfall her. Anders entscheidet der BGH<sup>26</sup>. Die Wahrung der Schutzbedürftigkeit des Mieters führe nicht dazu, daß ein einer nicht zum Verkauf berechtigenden Zwangsversteigerung folgender Verkauf zum Verkauf berechtige. Der BGH meint, daß Umgehungsgeschäften mit § 242 begegnet werden könne. Ein Vorkaufsrecht für jeden Verkaufsfall würde den Vermieter zu

21 BGH DNotZ 1998 292 294

22 Schmidt a. a. O.

23 OLG Düsseldorf DNotZ 1999 491 494 mit Anmerkung von Wirth und Literaturhinweisen

24 BGH DNotl 1999 112, a. A. Heintzmann in Soergel 12. Aufl. § 570b Rz 8, der wegen der

leichten Umgehungsmöglichkeit bei Annahme eines Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle bejaht

25 OLG Stuttgart BWNtZ 1997 125

26 BGH DNotl 1999 112

18 Schmidt MittbayNot 1994 286, Hammen DNotZ 1997 543

19 OLG Düsseldorf DNotZ 1999 491

20 Schmidt a. a. O. 288

stark einschränken. Nach einem ersten Verkaufsfall sei im übrigen der Mieter einem normalen Mieter einer Eigentumswohnung gleichzustellen. Eine Zwischenlösung dahin, daß das Vorkaufsrecht nur und erst erlischt, wenn ein Verkauf stattfindet, wie es auch in der Kautelarjurisprudenz als zu vereinbarendes Vorkaufsrecht vorgeschlagen wird, wird soweit ersichtlich nirgends erwogen.

e) Gefragt wird der Notar bei der Erörterung von Vorkaufsrechten, was mit den Kosten des Drittverkaufs ist. Da ein Kaufvertrag mit den gleichen Bedingungen wie mit dem Drittkäufer durch bloße Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommt, trägt der Vorkaufsberechtigte die Kosten des Kaufs, wenn dies dort vereinbart ist und damit auch des Drittkaufs, ohne den das Vorkaufsrecht ja nicht ausgeübt werden kann. Insoweit besteht ein Anspruch des Verkäufers gegen den Vorkaufsberechtigten. Der Drittkäufer hat einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegen den Verkäufer, wenn er schon gezahlt hat, oder einen Freistellungsanspruch. Zu den Vertragskosten gehören auch die Kosten der Eintragung der vom Verkäufer bewilligten Auflassungsvormerkung. Wenn der Makler vom Verkäufer beauftragt war und der Käufer die Maklerkosten übernommen hat, sind sie ebenfalls erstattungsfähig, nicht jedoch die Käufermaklerkosten. Diese sollen nach der regelmäßigen Auslegung des Maklervertrags gegenüber dem Makler entfallen, weil dem Drittkäufer kein Vorteil mehr nach Ausübung des Vorkaufsrechts zufließt<sup>27</sup>. Gegen den Vorkaufsberechtigten steht dem Drittkäufer ein Bereicherungsausgleich (Rückgriffskondition) zu, da er eine fremde Verbindlichkeit erfüllt hat<sup>28</sup>.

f) Ein Verzicht auf das Vorkaufsrecht durch den Mieter ist weder im Mietvertrag noch später bis zum Abschluß eines Kaufvertrages möglich (§ 570b). Damit scheidet auch ein Erlaßvertrag über das Vorkaufsrecht, wie dies beim vertraglichen Vorkaufsrecht möglich wäre, vor Abschluß mit einem Drittkäufer aus. Nach Mitteilung des Kaufvertrags und vor dessen Rechtswirksamkeit ist aber ein Verzicht möglich, denn zu diesem Zeitpunkt hat der Mieter alle Informationen, die für seine Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts erforderlich sind<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> BGH NJW 1982 2662  
<sup>28</sup> so Huber in Soergel 12. Aufl. § 505 Rz 14 mit Einzelheiten  
<sup>29</sup> Wirth a. a. O. 14; Reibold in Notarhandbuch 2. Aufl. A 1 Rz 96

## 5) Folgen der Nichtbeachtung des Vorkaufsrechts des Mieters

Falls der Mieter nicht benachrichtigt wird und der Drittkäufer aufgrund des Kaufvertrages im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird, kann der Mieter zwar sein Vorkaufsrecht theoretisch wohl 30 Jahre lang noch gegen den Verkäufer geltend machen und einen Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten zustande bringen, wenn nicht mit der unsicheren Verwirklichungsmöglichkeit geholfen werden kann. Dem Verkäufer ist dann die Leistung nicht mehr möglich (Unvermögen). Der Mieter hat gegen den Verkäufer also Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung gem. § 325 BGB. Diese Waffe ist nicht allzu scharf, die Bezifferung eines Schadens dürfte nicht immer einfach sein. Die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und einem höheren Deckungskaufpreis für ein gleichartiges Objekt wäre als Schaden denkbar. Schäden wegen einer Kündigung durch den Käufer sind auch nicht gerade wahrscheinlich wegen der 5-jährigen Kündigungssperrfrist nach § 564b Abs. 1 Nr. 3 BGB. Vielfach wird ein Mieter einen Rechtsstreit mit diesem Hintergrund meiden wollen.

Ansprüche gegen den Drittkäufer sind mangels Rechtsbeziehungen grundsätzlich nicht möglich. Nicht auszuschließen ist vielleicht im Einzelfall ein Anspruch nach § 826 BGB, wenn der Drittkäufer vom Vorkaufsrecht gewußt hat und im Zusammenwirken mit dem Verkäufer den Mieter um die Chance, sein Vorkaufsrecht durchzusetzen, gebracht hat. Der Anspruch könnte dann auf Naturalrestitution, also Veräußerung an den Mieter, wie wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt wurde, gehen.

## 6) Schlußbemerkungen

Der Nutzen des Mietervorkaufsrechts ist unmittelbar für den Mieter nicht allzu hoch, da es leicht umgehbar ist, nicht dinglich wirkt und die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung für die anderen Beteiligten sich in Grenzen halten. Auf der anderen Seite löst das Vorkaufsrecht beim Verkauf vermieteter Objekte doch beachtlichen Mehraufwand und Rechtsunsicherheit aus. Für die Notare sind Haftungsrisiken nicht von der Hand zu weisen. Indirekt mögen die Mieter insofern einen Nutzen haben, als die bloße Existenz des Vorkaufsrechts vermietetes Wohnungseigentum für Kaufinteressenten weniger attraktiv macht, wenn Vorkaufsberechtigte vorhanden sind. Dies mag dazu führen, daß bei Aufteilungen die Wohnungen in erster Linie günstig den Mietern selber angeboten werden. Damit dürfte der Gesetzgeber wahrscheinlich seinem Ziel, günstigen Wohnraum zu erhalten, nähergekommen sein. Ob dies die entstandene Rechtsunsicherheit, den neuen Regelungsbedarf, die Schwierigkeiten, Risiken und Unzulänglichkeiten des § 570b rechtfertigt, ist fraglich.

## Verfahren bei Aufhebung einer Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt

Bezirksnotar a. D. Martin Bühler, Stuttgart

In § 37 Abs. 1 Nr. 6 LFGG (GBl. 1999, 664) ist bestimmt, dass das Amtsgericht für die Aufhebung eines Einwilligungsvorbehalts zuständig ist, wobei die Entscheidung dem Richter vorbehalten ist (§ 14 Ziff. 4 RpfLG). Das Notariat-Vormundschaftsgericht kann deshalb über die Aufhebung einer Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt erst entscheiden, wenn das Amtsgericht zuvor über die Aufhebung des Einwilligungsvorbehalts entschieden hat. Würde das Notariat die Betreuung aufheben, so wäre auch der Einwilligungsvorbehalt „stillschweigend“ aufgehoben, weil er stets eine Betreuung voraussetzt (Palandt-Diederichsen § 1903 BGB Rz 3). Eine solche „Aufhebung“ des Einwilligungsvorbehalts wäre unwirksam, weil sie gegen die eingangs genannte Zuständigkeitsregelung (Richtervorbehalt) verstoßen würde (vgl. Richter-Hammel LFGG, 3. Auflage § 37 Rz 3).

Außerhalb des württ. Rechtsgebiets wird in der Regel in einem einheitlichen Verfahren über die Aufhebung der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts entschieden; ein getrenntes Verfahren ist jedoch auch dort denkbar (Palandt-Diederichsen a. a. O.). Angesichts der Aufspaltung der Zuständigkeit des Amtsgericht und des Notariats in Betreuungssachen, wie sie sich aus § 37 Abs. 1 Nr. 6 LFGG ergibt, ist im württ. Rechtsgebiet bei der Aufhebung einer Betreuung und eines Einwilligungsvorbehalts ein getrenntes Verfahren ebenso unausweichlich, wie dies bei der Anordnung dieser Maßnahmen der Fall ist. Sollte die angesprochene Zuständigkeitsregelung zwischen Amtsgericht und Notariat streitig sein, so müßte das übergeordnete Landgericht in entsprechender Anwendung von § 36 Nr. 6 ZPO entscheiden (BGH Rpfleger 1988, 530).

## Rechtsprechung

### BNotO §§ 19, 14; BeurkG § 17

**1. Die betreuende Belehrungspflicht gemäß § 14 I BNotO verpflichtet den Notar nicht, die Beteiligten auf sich aus tatsächlichen Gründen ergebende, möglicherweise wirtschaftlich nachteilige Folgen eines Geschäftes hinzuweisen, denn die Klärung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit eines Geschäftes obliegt den Vertragsparteien. Kann aber ein wirtschaftlicher Schaden aus der Annahme des Vertragswerks oder der vorgesehenen Art der Durchführung entstehen, kann ein Anlaß für einen aufklärenden Hinweis des Notars gegeben sein.**

**2. Der Notar ist grundsätzlich nicht verpflichtet, auf die steuerrechtlichen Folgen eines Geschäftes hinzuweisen. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn Steuerfragen das geplante Rechtsgeschäft unmittelbar berühren oder wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls Anlaß zu der Vermutung besteht, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens seiner besonderen Steuerpflicht nicht bewußt ist.**

Schleswig-Holsteinisches OLG; Urt. v. 1. 7. 1999 – 11 U 95/97  
(mit Anmerkung von Käser)

#### Aus den Gründen:

1.) Die Klägerin nimmt den Beklagten aufgrund seiner Tätigkeit als Notar in Anspruch, so daß alleinige Anspruchsgrundlage § 19 BNotO i. V. m. Art. 34 GG ist.

2.) Die Schadensersatzforderung wegen Amtspflichtverletzung scheidet daran, daß dem Beklagten auch unter Zugrundelegung des Vortrags der Klägerin kein Vorwurf gemacht werden kann, ihr gegenüber bestehende Amtspflichten verletzt zu haben. Aufgrund der von der Rechtsprechung gezogenen engen Grenzen der betreuenden Belehrungspflicht des § 14 BNotO bestand für den Beklagten weder ein Anlaß, der Klägerin einen Hinweis wegen eines Mißverständnisses der Vorfälligkeitsregelung in § 3 Nr. 9 des Kaufangebots vom 1. 4. 1993 zu geben noch etwaige steuerrechtliche Nachteile bei der Überweisung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto zu klären.

a) Nachdem ein wirksamer Kaufvertrag über eine noch zu errichtende Eigentumswohnung aufgrund notarieller Angebots- und Annahmeerklärungen zustande gekommen war, bat die Klägerin nach vorangegangenem Schriftwechsel mit der Verkäuferin den Beklagten mit Schreiben vom 8. 12. 1993 um Angabe der Notaranderkontonummer, um den Kaufpreis von 293 000 DM noch 1993 bezahlen zu können. Durch Schreiben vom 9. 12. 1993 erfüllte der Beklagte den Wunsch der Klägerin und teilte ihr die erbetene Kontoverbindung mit. Die daraufhin von der Klägerin veranlaßte Überweisung des Kaufpreises in Höhe von 293 000 DM ging am 21. 12. 1993 auf dem Notaranderkonto des Beklagten ein. Die Klägerin wirft dem Beklagten keine Fehler bei der Verwaltung des auf Notaranderkonto eingezahlten Kaufpreises vor, sondern ihr Vorwurf geht allein dahin, der Beklagte habe durch einen aufklärenden Hinweis die Überweisung des Kaufpreises auf Notaranderkonto verhindern müssen, weil die Klägerin ersichtlich der irrigen Annahme gewesen sei, mit der vorzeitigen Überweisung des Kaufpreises auf Notaranderkonto die vergünstigende Vorfälligkeitsregelung des § 3 Nr. 9 des Kaufangebots in Anspruch nehmen zu können. Auch habe er die Klägerin darüber belehren müssen, daß die Inanspruchnahme von Steuervorteilen bei einer Zahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto nicht möglich sei, sondern die Zahlung an den Verkäufer geleistet werden müsse.

b) Die von der Klägerin vermißten Belehrungen durch den Beklagten in seiner Eigenschaft als Notar fallen unter die betreuende Belehrungspflicht des Notars nach § 14 Abs. 1 BNotO. Diese Belehrungspflicht besteht, wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände Anlaß zu der Vermutung haben muß, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil der Beteiligte sich der Rechtslage und der daraus sich ergebenden Gefahren nicht bewußt ist. Der Notar darf es nicht geschehen lassen, daß ein Beteiligter, der sich über die rechtlichen Folgen seiner Erklärung falsche Vorstellungen gemacht hat, durch die Abgabe der irrigen Erklärungen seine Vermögensinteressen ver-

meidbar gefährdet. Die Grenzen der Aufklärungspflicht liegen dort, wo der Notar sonst seine Pflicht zur Unparteilichkeit verletzen würde, weil er zum Nachteil einer anderen Vertragspartei über mögliche wirtschaftliche Auswirkungen des Urkundsgeschäfts beraten würde (BGH DNotZ 1987, 157, 158 f.; 1989, 45, 47 f.; 1991, 759; 1992, 813, 815). Nur wenn der Notar sichere Kenntnis davon hat, daß die Vertragspartei die Gefahrenmomente kennt und gewillt ist, sich auf diese einzulassen, kann der Notar von einer Belehrung absehen (BGH NJW 1995, 2713, 2714).

Für die Belehrung des Notars nach § 14 Abs. 1 BNotO muß zunächst ein objektiver Anlaß bestehen. Hierbei reicht es nicht aus, daß ein Geschäft aus tatsächlichen Gründen für einen Beteiligten wirtschaftlich nachteilig ist, denn der Notar ist kein Wirtschaftsberater; die Klärung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit eines Geschäftes obliegt der Vertragspartei selbst. Kann aber ein wirtschaftlicher Schaden aus der rechtlichen Anlage des Vertragswerks oder der vorgesehenen Art der Durchführung entstehen und ist die Vertragspartei sich dieser Gefahr nicht bewußt, besteht ein Anlaß für einen aufklärenden Hinweis des Notars. Neben dem objektiven Anlaß ist zusätzlich als subjektive Voraussetzung erforderlich, daß auch der Notar Anlaß für die Besorgnis haben muß, einem der Beteiligten drohe ein Schaden der genannten Art. Hierzu ist es erforderlich, daß der Notar die Umstände, welche die Gefahrenlage begründen, kennt und zutreffend bewertet, ohne den erforderlichen Hinweis zu geben oder die Voraussetzungen einer nach den Umständen naheliegenden Belehrungspflicht fehleinschätzt. Hinzu kommen muß die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis eines drohenden Schadens (Ganther, Zweifelsfragen im Notarhaftungsrecht, DNotZ 1998, 851, 856 ff.).

Unter Zugrundelegung der vorgenannten Voraussetzungen hat der Beklagte die betreuende Belehrungspflicht nicht verletzt. Aufgrund der Übersendung der Abschrift des Schreibens vom 11. 5. 1993 des von der Klägerin beauftragten Notars K., der auch die Annahmeerklärung beurkundet hatte, war der Beklagte davon unterrichtet, daß die Klägerin beabsichtigte, den Kaufpreis unter Inanspruchnahme der Vorfälligkeitsregelung des § 3 Nr. 9 des Kaufangebotes vom 1. 4. 1993 zu zahlen. Dem Schreiben vom 11. 5. 1993, von dem auch die Klägerin eine Abschrift erhalten hat, läßt sich entnehmen, daß die Voraussetzungen unter denen nach § 3 Nr. 9 des Kaufangebots eine Zinsvergünstigung in Anspruch genommen werden konnte, in allen Einzelheiten bekannt waren. Die Zinsvergünstigung sollte eintreten, wenn die Klägerin als Käuferin den Kaufpreis vor der im Vertrag bestimmten Fälligkeit, direkt an die Verkäuferin leistete. Diese Funktionsweise war der Klägerin und dem Notar K. trotz des in § 3 Nr. 9 Satz 1 des Kaufangebots enthaltenen Schreibfehlers bekannt. Die Sicherung der von der Klägerin vor Fälligkeit geleisteten Kaufpreiszahlung sollte durch eine von der Verkäuferin zu stellende selbstschuldnerische, unbefristete Bankbürgschaft erfolgen. Die übrigen Bestimmungen des § 3 Nr. 9 des Kaufangebots betreffen die Rückabwicklung hinsichtlich der Bankbürgschaftsurkunde und sind für diesen Fall ohne Belang.

Der Klägerin mußte nicht nur aufgrund des Wortlautes des § 3 Nr. 9 des Kaufangebots die Notwendigkeit einer Direktzahlung an die Verkäuferin bekannt sein, sondern dies war ohne weiteres dem an die Verkäuferin gerichteten Schreiben des Notars K. vom 11. 5. 1993 zu entnehmen, denn dort heißt es:

„Frau L. kann und will den gesamten Kaufpreis unter den Bedingungen von § 3 Ziffer 9 an Sie überweisen, ...“

Die Verwendung der Formulierung „an Sie“ im Schreiben des Notars K. vom 11. 5. 1993 belegt unzweifelhaft die Kenntnis von der Notwendigkeit einer Direktzahlung. Demzufolge fehlt es bereits an einem objektiven Anlaß für einen belehrenden Hinweis gem. § 14 BNotO.

Das Schreiben des Notars K. vom 11. 5. 1993 enthält Änderungswünsche, nämlich die Forderung der Eintragung einer im Kaufvertrag nicht vorgesehenen Auflassungsvormerkung und die Erstreckung der Bankbürgschaft auf die Vorfälligkeitszinsen. Dem vorletzten Absatz dieses Schreibens ist zu entnehmen, daß der Notar K. von der Verkäuferin eine Stellungnahme zu seinen Änderungswünschen erwartete. Blieb eine Stellungnahme aus, bedeutete

dies, daß die Verkäuferin sich auf die Änderungswünsche der Klägerin nicht einlassen wollte. Nachdem weder die Klägerin noch der Notar K. dem Beklagten mitgeteilt hatten, daß die Verhandlungen mit der Verkäuferin gescheitert waren, war für den Beklagten ein eventuell nachträglich entstandener Irrtum der Klägerin darüber, daß eine Zahlung auf Notaranderkonto auch die Vorfälligkeitsverzinsung nach § 3 Nr. 9 des Kaufangebots auslösen konnte, nicht erkennbar. Der Klägerin war die Notwendigkeit einer Direktzahlung, wie das Schreiben des Notars K. vom 11. 5. 1993 ergibt, an sich bekannt. Deshalb ist ein eventuelles Zustandekommen der irrigen Vorstellung, auch mit einer Zahlung auf Notaranderkonto die Zinsvergünstigung in Anspruch nehmen zu können, nicht erklärbar und auch vom Beklagten nicht zu erkennen gewesen, denn aus dem Wortlaut des Schreibens der Klägerin vom 8. 12. 1993 ergibt sich lediglich, daß sie auf jeden Fall noch im Jahr 1993 den Kaufpreis zahlen wollte. Ein Hinweis darauf, daß sie eine Zinsvergünstigung durch vorzeitige Zahlung des Kaufpreises in Anspruch nehmen wollte, fehlt diesem Schreiben. Wenn eine Vertragspartei klar und unmißverständlich zum Ausdruck bringt, einen Kaufpreis noch in einem bestimmten Jahr auf Notaranderkonto zahlen zu wollen, kann vom Notar nicht verlangt werden, die Motive für eine möglicherweise verfrühte Zahlung durch Rückfrage beim Käufer zu klären, denn für die wirtschaftliche Tragweite einer Handlung des Käufers trifft diesen selbst die Verantwortung. Dies gilt um so mehr, wenn der Käufer durch einen anderen Notar die vorzeitige Zahlung des Kaufpreises klären und abwickeln läßt. Damit fehlt auch ein subjektiver Anlaß für eine Belehrung nach § 14 BNotO im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der vereinbarten Zinsvergünstigung.

c) Auch der Vorwurf, der Beklagte habe die Klägerin darauf hinweisen müssen, bei einer vorzeitigen Zahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto keine Steuervorteile in Anspruch nehmen zu können, ist unbegründet, weil der Beklagte weder die steuerliche Beratung der Klägerin übernommen noch aufgrund der konkreten Situation ein Anlaß zu einem aufklärenden Hinweis bestanden hat.

Der Notar ist anläßlich der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags mit Ausnahme der in § 19 BeurkG festgelegten Hinweispflicht grundsätzlich nicht verpflichtet, auf die steuerrechtlichen Folgen des Geschäfts hinzuweisen. Im Bedarfsfall müssen sich die Beteiligten über Steuerfragen von Fachkräften gesondert beraten lassen. Ausnahmsweise ist der Notar im Rahmen seiner allgemeinen Betreuungspflicht nach § 14 Abs. 1 BNotO gehalten, auch auf steuerliche Gefahren aufmerksam zu machen, wenn Steuerfragen das geplante Rechtsgeschäft unmittelbar berühren oder wenn er aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls Anlaß zu der Vermutung haben muß, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr des Entstehens seiner besonderen Steuerpflicht nicht bewußt ist. Der Notar ist aber nicht verpflichtet, von sich aus Ermittlungen über Tatsachen, die für Steuertatbestände von Bedeutung sein können, anzustellen (BGH NJW 1995, 2794). Da die Klägerin dem Beklagten nicht mitgeteilt hatte, aus steuerlichen Gründen eine vorzeitige Zahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto leisten zu wollen, bestand für den Beklagten kein Anlaß, etwaige steuerliche Fehlvorstellungen der Klägerin aufklären zu müssen.

Mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Käser, Stuttgart

Urteilsanmerkungen von Rechtsanwalt Dr. Käser, Stuttgart

Der Notar ist dazu verpflichtet, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des von Ihnen vorgenommenen Geschäftes zu belehren. Diese Pflicht stößt allerdings, wie das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 1. 7. 1999 zeigt, dann an ihre Grenzen, wenn der Notar nur noch im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Geschäftes mit – für sich genommen – eindeutigen Wünschen der Beteiligten konfrontiert wird, streitgegenständlich der Mitteilung der Anderkontonummer.

Er muß in einem solchen Fall, solange kein objektiv nachvollziehbarer Anlaß zu anderem besteht, die Beteiligten nicht mehr über die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des von ihnen geplanten Verhaltens informieren. Ihm obliegt es in einem solchen Fall nicht, steuerrechtliche Folgen zu erläutern, die nur im mittelbaren Zusammenhang zum Rechtsgeschäft stehen.

Damit hat das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht aus der Sicht eines unbedarften Verbrauchers die Belehrungs- und Betreuungspflichten des Notars kurz gefaßt, aus Sicht des Notars die Belehrungspflichten allerdings begrüßenswert eng gehalten. Dabei darf jedoch die Besonderheit des Falles nicht übersehen werden, die darin lag, daß die Klägerin ihren Wunsch (Mitteilung des Notaranderkontos) recht eindeutig formuliert hat. Nicht entschieden ist die Frage, wie weit die Belehrungspflicht des Notars gereicht hätte, wenn die Klägerin eine neutralere Formulierung, beispielsweise „bitte ich um Angabe des Kontos, auf das ich zahlen soll“, gewählt hätte. Wie weit in solchen Fällen die Belehrungspflichten des Notars reichen, wird in Zukunft jeweils noch zu klären sein und wird sich die Lösung vermutlich weiterhin am Einzelfall zu orientieren haben.

#### BeurkG § 53; BNotO § 15

- 1. Gegen einen Vorbescheid, mit dem der Notar ankündigt, er werde die notarielle Grundstückskaufvertragsurkunde entgegen einer nachträglichen Weisung nur eines Beteiligten zum Vollzug beim Grundbuchamt einreichen, ist die Beschwerde zum Landgericht statthaft.**
- 2. Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt grundsätzlich nicht auf Weisung nur eines Beteiligten absehen. Ein Ausnahmefall kann gegeben sein, wenn der Kaufvertrag, gegebenenfalls nach Anfechtung, ersichtlich unwirksam ist oder eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß beim Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde.**

BayObLG, 3. Zivilsenat, Beschl. v. 16. 1. 1998, 3Z BR 514/97

#### Gründe:

I. Mit notarieller Urkunde vom 15. 5. 1996 verkaufte die Beteiligte zu 1 ein Grundstück an die Beteiligte zu 2. Der Kaufvertrag lautet auszugsweise:

#### IV. Kaufpreis

1. Der Kaufpreis beträgt DM 550 000,—.

Im Kaufpreis mitenthalten sind die vorhandenen Planungsunterlagen inklusive Statik und der Antrag für den Dachgeschoßausbau...

2. Die erste Kaufpreisrate in Höhe von DM 430 000,— ist zur Zahlung fällig 14 Tage nach Zugang einer Bestätigung des Notars...

b) Die zweite Kaufpreisrate in Höhe von DM 120 000,— ist, das Vorliegen der Fälligkeitvoraussetzungen für die 1. Kaufpreisrate vorausgesetzt, nach Aushändigung der behördlichen Genehmigung für den Dachausbau an den Käufer zur Zahlung fällig. Sollte die Genehmigung bis spätestens 31. 10. 1996 nicht erteilt sein, reduziert sich der Kaufpreis um DM 120 000,—. Der Käufer verpflichtet sich schon heute, alle zur Wirksamkeit erforderlichen Erklärungen abzugeben.

#### V. Auflassung, Auflassungsvormerkung

1. Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf den Käufer gemäß der Vereinbarung in Ziffer II einig. Diese unbedingte Auflassung enthält ausdrücklich weder Eintragungsbewilligung noch Antrag. Die Vertragsteile erteilen für sich und ihre Rechtsnachfolger dem beurkundenden Notar, seinem Vertreter oder Amtsnachfolger Vollmacht, die Eintragung des Eigentumswechsels zu bewilligen und zu beantragen.

Die Vertragsteile weisen den Notar gemeinsam an, die Eigentumsbeschreibung erst zu bewilligen und zu beantragen, wenn der Verkäufer die Kaufpreiszahlung (ohne Zinsen) bestätigt oder der Käufer dies nachgewiesen hat. ...

Vollmacht und Anweisung sind einseitig nicht widerruflich.

Die in IV, 2b der Kaufvertragsurkunde erwähnte behördliche Genehmigung für den Dachausbau wurde am 19. 11. 1996 erteilt. Die Käuferin hat an die Verkäuferin den Betrag von 430 000 DM gezahlt und beim Notar Vollzug der Urkunde beantragt. Die Verkäuferin hat den Notar aufgefordert, die Kaufvertragsurkunde erst dann zum Vollzug

beim Grundbuchamt vorzulegen, wenn der ausstehende Kaufpreisrest von 120 000 DM ebenfalls gezahlt ist. Soweit sich die Käuferin auf den verspäteten Eingang der Dachausbaugenehmigung berufe und damit von einem geminderten Kaufpreis von 430 000 DM ausgehe, verstoße dieser Einwand im Hinblick auf die nur geringfügige, von der Verkäuferin überdies nicht zu vertretende Verzögerung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben; geschuldet sei ein Kaufpreis von 550 000 DM.

Mit Schreiben vom 21. 8. 1997 hat der Notar der Verkäuferin mitgeteilt, daß er den Vollzug der Auflassung beim Grundbuchamt beantragen werde und ihr anheimgebe, gegen dieses angekündigte Vorgehen gemäß § 15 BNotO Beschwerde einzulegen.

2. Die daraufhin von der Verkäuferin eingelegte Beschwerde hat das Landgericht mit Beschluß vom 24. 11. 1997 zurückgewiesen (Ausspruch II), die von der Käuferin wegen des Nichtvollzuges eingelegte Beschwerde hat es als unzulässig verworfen (Ausspruch I). In Ausspruch III hat das Landgericht entschieden, daß die Beschwerdeführer jeweils die Kosten ihres Rechtsmittels zu tragen haben. Gegen diese Entscheidung hat die Verkäuferin, soweit sie beschwert ist, weitere Beschwerde eingelegt; die Käuferin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO, §§ 27, 29 FGG); die Beschwerdebefugnis der Verkäuferin ist aufgrund der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde gegeben.

1. Die Erstbeschwerde ist zulässig. Zu Recht weist aber die Rechtsbeschwerde darauf hin, daß sich das Landgericht zur Begründung seiner Entscheidung und damit auch zur Frage der Zulässigkeit der Erstbeschwerde für den hier gegebenen Sachverhalt nicht auf § 52 BeurkG, der die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung betrifft, beziehen konnte. Aber auch die Auffassung der Rechtsbeschwerde, hier sei § 24 BNotO einschlägig, trifft nicht zu.

Auszugehen ist vielmehr von § 53 BeurkG. Dort ist bestimmt, daß der Notar, der beim Grundbuchamt einzureichende Willenserklärungen beurkundet hat, die Amtspflicht hat, diese Urkunde unverzüglich beim Grundbuchamt einzureichen. Lehnt der Notar die Vorlage ab, kann gegen einen solchen Becheid nach § 15 Abs. 1 BNotO die Entscheidung des Landgerichts angerufen werden. Zur Urkundstätigkeit des Notars gehört auch das sich anschließende Vollzugsverfahren (vgl. OLG Hamm OLGZ 1994, 495/497; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1992, 389/390; OLG Köln OLGZ 1990, 397/398; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1997, Rn. 730; ders. DNotZ 1992, 18). Deshalb spielt hier die Frage, ob der Beschwerdeweg zum Landgericht auch für die Tätigkeit eines Notars nach §§ 23, 24 BNotO zulässig ist, keine Rolle (diese Frage bejahend BGH DNotZ 1980, 496; OLG Hamm DNotZ 1985, 56; so nunmehr auch ausdrücklich § 15 Abs. 2 BNotO-E, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung, BT-Drucks. 13/4184 vom 21. 3. 1996, S. 7). Nach überwiegender Meinung, der sich der Senat anschließt, ist die Beschwerde auch gegen die angekündigte Vornahme einer Amtshandlung zulässig (vgl. BayObLGZ 1995, 204/207; OLG Hamm a. a. O. und FGPrax 1995, 171; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1992, 61; SchlHOLG DNotZ 1993, 67; LG Frankenthal MittBayNot 1996, 321 m. Anm. Vollhardt S. 323; Arndt/Lerch/Sandkühler BNotO 3. Aufl. § 15 Rn. 85; Seybold/Schippel/Reithmann BNotO 6. Aufl. § 15 Rn. 79; Haug a. a. O. Rn. 737; a. A. LG Frankfurt a. M. DNotZ 1989, 650). Gegen einen Vorbescheid, mit dem der Notar ankündigt, er werde die Urkunde zum Vollzug beim Grundbuchamt entgegen der Weisung eines Beteiligten einreichen, ist die Beschwerde nach § 15 BNotO statthaft. Durch die Ablehnung des Notars, der Weisung der Verkäuferin zu folgen, ist diese in ihren Rechten beeinträchtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Im Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO hat der Bescheid des Notars die Wirkung einer erstinstanzialen Entscheidung; der Notar ist weder Beschwerdegegner noch Verfahrensbeteiligter (vgl. OLG Hamm DNotZ 1989, 648/649).

2. Das Rechtsmittel ist unbegründet. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gerichtliche Entscheidungen nach § 15 BNotO haben ausschließlich darüber zu befinden, ob die durch den Notar im Vorbescheid angekündigte Handlungsweise pflichtwidrig ist. Das ist hier zu verneinen.

Die in der Kaufvertragsurkunde vom 15. 5. 1996 enthaltenen Auflassungserklärungen sind Willenserklärungen im Sinne von § 53 BeurkG. Der Notar darf von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt nur absehen, wenn dies Käufer und Verkäufer verlangen. Ist Vollzugsreife gegeben, darf der Notar die Einreichung nicht schon dann unterlassen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag widerruft oder sonst Weisung zur Nichteinreichung gibt (vgl. Hamm OLGZ 1994, 495/497; OLG Köln OLGZ 1990, 397/401; Keidel/Winkler BeurkG 13. Aufl. § 53 Rn. 22; Jansen FGG 2. Aufl. § 53 BeurkG Rn. 17). Nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen kann der Notar berechtigt sein, auf einseitige Weisung nur eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt kann angenommen werden, wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vorträgt, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des Kaufvertrages oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen läßt und der andere Beteiligte dagegen keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen kann. Ein Weigerung des Notars kann ferner berechtigt sein, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß durch den Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde (vgl. OLG Hamm a. a. O. S. 498; Keidel/Winkler § 53 BeurkG Rn. 24; Jansen a. a. O. § 53 BeurkG Rn. 18); ferner, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit feststehen würde, daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt ist, so daß es an der Vollzugsreife fehlen würde. Solche Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

b) Bei dem hier vorliegenden Sachverhalt sind nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür zu erkennen, daß der notarielle Vertrag vom 15. 5. 1996 unwirksam wäre oder durch seinen Vollzug das Grundbuch mit hoher Wahrscheinlichkeit unrichtig werden würde. Der Vollzug scheitert auch nicht daran, daß der Kaufpreis nicht gezahlt worden wäre. Nach den Vereinbarungen im Kaufvertrag beträgt der Kaufpreis für das Grundstück 430 000 DM, falls die behördliche Genehmigung zum Dachausbau nicht bis spätestens 31. 10. 1996 erteilt ist. Diese Bedingung ist eingetreten, da die Genehmigung erst nach diesem Zeitpunkt erteilt worden ist. Da der Kaufpreis von 430 000 DM gezahlt ist, handelt der Notar nicht pflichtwidrig, wenn er die Urkunde dem Grundbuchamt zum Vollzug einreicht. Dies gilt unabhängig von der Beantwortung der Frage, ob der Verkäuferin gegen den Käufer ein Anspruch auf Zahlung weiterer 120 000 DM, sei es aus Treu und Glauben oder einem anderen Rechtsgrund zustehen kann. Ob dieser Anspruch im Endergebnis besteht, hat der Notar nicht zu prüfen. Der Vollzug der Urkunde hindert nicht die Geltendmachung eines solchen Anspruchs.

3. Die Anordnung der Kostenerstattung beruht auf der zwingenden Vorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG. Die Kostenentscheidung des Landgerichts in Nr. III ist aufzuheben, da sich die Kostenpflicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und das Landgericht, obwohl es auf § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG Bezug nimmt, eine Kostenerstattung nicht angeordnet hat. Dies kann nach § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG unterbleiben.

Die Festsetzung des Geschäftswertes, der hier dem Interesse des Rechtsbeschwerdeführers zu entnehmen ist, beruht auf § 131 Abs. 2, § 31 Abs. 1 Satz 1, § 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

### BGB § 1105 Abs. 1; ErbbauVO § 9 Abs. 1 und 2

**Seit der Änderung von § 9 Abs. 2 ErbbauVO durch das Sachenrechtsänderungsgesetz kann eine echte, automatisch wirkende Gleitklausel zum Inhalt einer Erbbauzins-Reallast gemacht werden.**

BayObLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 18. 7. 1996 2Z BR 73/96

Gründe:

I. Der Beteiligte zu 1 bestellte zu notarieller Urkunde vom 12. 12. 1994 an ihm gehörenden Grundbesitz für die Beteiligte zu 2 ein Erbbaurecht. In der notariellen Urkunde ist der Erbbauzins gere-

gelt, er beträgt derzeit jährlich 10 368 DM. Als „Inhalt des Erbbauzinses“ ist weiter folgendes vereinbart:

Ändert sich künftig der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Preisindex für die Gesamtlebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen im Bundesgebiet im Vergleich zu dem gleichen Index des Monats Dezember 1994 (Grundlage für die erste Anpassung), so ändert sich im gleichen Verhältnis nach unten oder oben die Höhe des jährlichen Erbbauzinses. Die Angleichung erfolgt alle fünf Jahre. ...

Das Grundbuchamt hat die Anträge, Erbbaurecht, Erbbauzins und andere mit der Bestellung zusammenhängende Rechte in das Grundbuch einzutragen, mit Zwischenverfügung vom 12. 7. 1995 beanstandet. So wie vereinbart, könne der Erbbauzins nicht eingetragen werden; nach der gesetzlichen Neuregelung genüge zwar, daß dessen Höhe bestimmbar sei, eine betragsmäßige Festlegung für die Zukunft sei nicht mehr erforderlich; Inhalt des Erbbauzinses könne auch eine Verpflichtung zur Anpassung an geänderte Verhältnisse sein; eine automatische Anpassung der Erbbauzins-Reallast wie bewilligt, könne aber nicht zum Inhalt des Rechts gemacht werden.

Das gegen die Zwischenverfügung gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten, dem Grundbuchrechtspfleger und -richter nicht abgeholfen haben, hat das Landgericht mit Beschluß vom 6. 5. 1996 zurückgewiesen. Die Beteiligten haben weitere Beschwerde eingelegt.

II. Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die vereinbarte Wertsicherungsklausel könne nicht eingetragen werden. Die Eintragungsfähigkeit folge nicht aus § 9 Abs. 2 ErbbauVO. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO in der bis zum 30. 9. 1994 gültigen Fassung habe der dingliche Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die ganze Dauer des Erbbaurechts im Voraus bestimmt sein müssen. Nach der Neufassung des Gesetzes könne es so sein. Aus dem Vergleich der alten und der neuen Regelung sei zu schließen, daß die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Reallast nicht mehr zwingend durch das Erfordernis der Bestimmtheit eingeschränkt sei. Die Eintragung eines nur bestimmbar, wertgesicherten Erbbauzinses müsse nunmehr wie allgemein bei Reallasten als zulässig angesehen werden. Damit könne eine dingliche Wertsicherung zum Inhalt der Erbbauzins-Reallast gemacht werden. Daß dies wie sonst bei Reallasten in der Form einer automatischen Anpassung des Erbbauzinses ohne weitere Erklärung der Vertragsparteien und Zustimmung der übrigen Beteiligten möglich sei, könne dem Gesetz aber nicht entnommen werden. Dies entspreche nicht dem Wortlaut der Neuregelung, die von einer „Verpflichtung zur Anpassung“ spreche. Gegen die Möglichkeit, die automatische Anpassung der Erbbauzins-Reallast zu vereinbaren und einzutragen, spreche auch die vom Gesetzgeber für erforderlich erachtete Zustimmung der Gläubiger anderer Rechte, deren Werthaltigkeit dadurch geschützt werden solle. Die gleich- und nachrangig Berechtigten seien schutzbedürftig, weil die Anpassung am Rang der Erbbauzins-Reallast teilnehme, die gleich- und vorrangig Berechtigten, weil die Anpassung am übrigen Rechtsinhalt der Reallast teilnehme.

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

a) Als „Inhalt des Erbbauzinses“ soll hier eine Klausel eingetragen werden, die bei Eintritt der näher bestimmten Voraussetzungen automatisch und ohne weitere Eintragung zu einer Verringerung oder Erhöhung des jährlichen Erbbauzinses führt. Die Klausel unterscheidet sich damit von derjenigen, die in dem Senatsbeschluß vom 21. 5. 1996 (2Z BR 50/96 = BayObLGZ 1996, 114) vereinbart war: Dort hatten sich Eigentümer und Erbbauberechtigter zu einer Anpassung des Erbbauzinses unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet; der Senat hatte an dieser, der Formulierung des § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO in der seit dem 1. 10. 1994 gültigen Fassung entsprechenden Klausel nichts auszusetzen und brauchte die Frage, ob nach Eintragung dieser Anpassungsvereinbarung eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses automatisch, also ohne neue Einigung und weitere Eintragung, eintrete, nicht zu entscheiden. Es heißt in dem Beschluß weiter, der Senat neige zu der Annahme, „daß dann, wenn wie hier keine echte Gleitklausel als Inhalt der Reallast einge-

tragen werden solle, eine künftige Erhöhung des Erbbauzinses eine Einigung und weitere Eintragung voraussetzt“.

b) Hier soll eine solche echte Gleitklausel eingetragen werden. Dem steht kein rechtliches Hindernis entgegen.

(1) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO finden auf den Erbbauzins die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Reallasten entsprechende Anwendung. Der Inhalt einer Reallast bestehe nach § 1105 Abs. 1 BGB darin, daß an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. Es ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß diese Leistungen nach Umfang und Höhe nicht von vornherein für die ganze Dauer der Reallast fest bestimmt sein müssen, daß dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vielmehr auch dann Genüge getan ist, wenn Umfang und Höhe der Leistungen aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sind (vgl. BGH WPM 1989, 956/957; NJW 1995, 2780/2781; BayObLGZ 1993, 228/231; OLG Celle DNotZ 1977, 548/549; OLG Hamm OLGZ 1988, 261/262 f.; Palandt/Bassenge BGB 55. Aufl. § 1105 Rn. 6). Die Erhöhung kann zusätzlich vom Verlangen des Gläubigers abhängig gemacht werden (BGHZ 111, 324/326 f.), was aber am Wesen als automatischer Gleitklausel nichts ändert. Wenn der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung (und in BGHZ 130, 342/345 f. = NJW 1995, 2780/2781) als Voraussetzung der Bestimmbarkeit zusätzlich fordert, daß auch der höchstmögliche Umfang der Belastung für einen Dritten erkennbar sein muß, so ist dies nicht so zu verstehen, daß ähnlich wie bei einer Zinsgleitklausel (vgl. BGHZ 35, 22/24) die zu irgendeinem späteren Zeitpunkt höchstmögliche Belastung mit einem bestimmten Betrag angegeben werden muß; denn sonst wären die meisten bei einer Reallast eingetragenen Wertsicherungsklauseln unwirksam. Die Angabe des absoluten Höchstbetrages der Belastung ist vielmehr ebenso wie das Verlangen des Gläubigers ein möglicher, aber nicht notwendiger Inhalt einer Reallast.

(2) Diese Grundsätze gelten entgegen der Ansicht des Landgerichts seit dem 1. 10. 1994 auch für den Inhalt einer Erbbauzins-Reallast. Früher stand § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO in der bis zum 30. 9. 1994 geltenden Fassung beim Erbbauzins der Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel mit automatischer Veränderung im Wege; eine solche Vereinbarung wäre nichtig gewesen. Mit dieser Bestimmung sollte die Beleihbarkeit des Erbbaurechts mit nachrangigen Hypotheken und Grundschulden gefördert werden (vgl. BGHZ 22, 220/222; Palandt/Bassenge 53. Aufl. § 9 ErbbauVO Rn. 4; Ingenstau Erbbaurecht 7. Aufl. § 9 Rn. 20). § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO a. F. wurde durch Art. 2 § 1 des Gesetzes zur Änderung sachenrechtlicher Bestimmungen vom 21. 9. 1994 (SachenRÄndG, BGBl. S. 2457 ff.) aufgehoben. § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO in der seit dem 1. 10. 1994 geltenden Fassung (Art. 3 SachenRÄndG) bestimmt nunmehr, daß der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die gesamte Erbbauzeit im Voraus bestimmt werden kann. Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO n. F. kann auch eine „Verpflichtung zu seiner Anpassung“ an veränderte Verhältnisse zum Inhalt des Erbbauzinses und damit der Reallast gemacht werden. Diese Bestimmung wird unterschiedlich ausgelegt. Sie wurde auf Vorschlag des Bundesrats in die Erbbaurechtsverordnung aufgenommen. Nach dessen Stellungnahme (vgl. BT-Drucks. 12/5992 S. 192 ff.) sollte damit unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Reallast im allgemeinen (BGHZ 111, 324/326; OLG Celle DNotZ 1977, 548/549) abweichend von § 9 Abs. 2 Satz 1 a. F. eine Anpassung der Erbbauzinsreallast an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse ermöglicht werden.

Die Bestimmung mache die heute übliche Wertsicherung durch schuldrechtliche Vereinbarung über die Anpassung und die Sicherung dieses Anspruchs durch eine Vormerkung entbehrlich; die Änderung führe dazu, daß die Anpassung unmittelbar gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten durchzusetzen sei. Vor allem unter Berufung auf diese Gesetzesmaterialien (vgl. auch BT-Drucks. 12/7425 S. 84) wird im Schrifttum die Meinung vertreten, daß eine Anpassungsvereinbarung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO n. F. unmittelbar zur Veränderung (Erhöhung oder Herabsetzung) der Erbbauzins-Reallast führe, wenn sich die Bezugsgrößen entsprechend verändert hätten (von Oefele/Winkler Handbuch des Erbbaurechts 2. Aufl. Rn. 6.79; Eichel MittRhNotK 1995, 193/194; von Oefele DNotZ 1995, 643/650 f.; Wilke DNotZ 1995, 654/661 und 663). Die andere, mehr am Wortlaut orientierte Auslegung, der auch

der Senat in seinem Beschluß vom 21. 5. 1996 zuneigt, sieht hingegen in der neuen Bestimmung nur die Rechtsgrundlage für eine dingliche Anpassungsverpflichtung, die zwar die rangwahrende Vormerkung überflüssig macht, aber nicht zur automatischen Änderung des Erbbauzinses führe; diese bedürfe vielmehr einer neuerlichen Einigung und Eintragung in das Grundbuch (Senatsbeschluß vom 21. 5. 1996; Palandt/Bassenge § 9 ErbbauVO Rn. 9 und 10; Klawikowski Ppfleger 1995, 145; H. und Ch. Mohrbutter ZIP 1995, 806/807 f.; Eickmann Sachenrechtsbereinigung § 9 ErbbauVO Rn. 7; wohl auch Vossius SachenRBERG § 52 Rn. 29). Diese Eintragung nimmt dann am Rang der ursprünglichen Erbbauzins-Reallast teil.

(3) Der Senat braucht die Frage, wie § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO auszulegen ist, auch jetzt nicht zu entscheiden. Denn weder aus dieser Bestimmung – wenn sie im Sinne einer Anpassungsverpflichtung ausgelegt wird – noch aus § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO, der in eine Kannvorschrift abgeändert worden ist, läßt sich ein Verbot herleiten, eine echte, automatisch wirkende Wertsicherungsklausel zum Inhalt der Erbbauzins-Reallast zu machen; auch dies ist in dem wiederholt zitierten Senatsbeschluß vom 21. 5. 1996 bereits angedeutet (ebenso Palandt/Bassenge § 9 ErbbauVO Rn. 4 – anders noch die 54. Aufl. –; Klawikowski a. a. O. S. 145; H. und Ch. Mohrbutter a. a. O. S. 809 f.; a. A. wohl Eickmann a. a. O.). Die systematische Auslegung der jetzt geltenden Bestimmungen, § 9 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO und § 1105 Abs. 1 BGB, sowie der Vergleich der neuen mit der alten Regelung lassen entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht den Schluß zu, daß § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO n. F. die automatische Gleitklausel bei der Erbbauzins-Reallast ausschließt, zumal zwischen dem Wortlaut der Bestimmung und den in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Motiven der Neuregelung Widersprüche bestehen.

Sachlich besteht ein Unterschied zwischen einer automatischen Wertsicherungsklausel und einer Anpassungsverpflichtung; beide dienen den Interessen von Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem in unterschiedlicher Weise. Die Anpassungsverpflichtung hat zur Folge, daß jeder Erhöhung oder Minderung des Erbbauzinses neu in das Grundbuch eingetragen werden muß, um dingliche Wirkung zu entfalten; andererseits wird dadurch das Ausmaß der Belastung nach Eintragung der Anpassung für Dritte, insbesondere für nachrangige Berechtigte, deutlicher. Außerdem wird wegen der Mitwirkungspflicht des Erbbauberechtigten sogleich abschließend zwischen den Beteiligten und mit Wirkung für Dritte geklärt, ob und in welchem Umfang eine Veränderung eingetreten ist.

(4) Die Berufung des Landgerichts auf § 9 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO, der für die Anpassungsvereinbarung die Zustimmung der Inhaber dinglicher Rechte am Erbbaurecht vorschreibt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Wenn entsprechend dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO eine Anpassungsverpflichtung als Inhalt der Erbbauzins-Reallast eingetragen wird, ist die Zustimmung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO dazu, und nicht zur späteren Änderung des Erbbauzinses erforderlich (so die fast einhellige Meinung, nunmehr auch Palandt/Bassenge § 9 ErbbauVO Rn. 11 im Gegensatz zur 54. Aufl.; a. A. wohl nur Klawikowski a. a. O. S. 146). Die Zustimmung bewirkt, daß die später eingetragenen Erbbauzinsserhöhungen den Rang des Stammsrechts teilen. Würde man die Zustimmung erst für die Vereinbarung und Eintragung der Erbbauzinsserhöhung selbst verlangen, würde die Anpassungsverpflichtung den Interessen des Grundstückseigentümers nicht mehr gerecht. Denn mangels Zustimmung etwa eines Grundschuldgläubigers, dessen Recht nach der Eintragung der Anpassungsverpflichtung eingetragen worden ist, würde die Erhöhung nur den schlechteren Rang haben. Das Zustimmungserfordernis des § 9 Abs. 2 Satz 3 ErbbauVO gilt im Unterschied zu dem des § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauVO auch nur für die gleich- und nachrangigen Berechtigten (Vossius § 52 Rn. 30; Wilke DNotZ 1995, 654/661 f.). Die Bestimmung wird praktisch nur dann eingreifen, wenn die Anpassungsverpflichtung nachträglich zum Inhalt der Erbbauzins-Reallast gemacht werden soll, in der Zwischenzeit aber weitere dingliche Rechte am Erbbaurecht eingetragen worden sind.

Bei einer echten Gleitklausel gilt nichts anderes; wird sie nachträglich zum Inhalt der Erbbauzins-Reallast gemacht, ergibt sich das Erfordernis der Zustimmung dinglich Berechtigter am Erbbaurecht aus der entsprechenden Anwendung von § 876 Satz 1, § 877 BGB (vgl. Palandt/Bassenge § 877 Rn. 6 m. w. N.).

c) Der beanstandeten Eintragung steht somit das von den Vorinstanzen angenommene Hindernis nicht im Wege. Die Anpassung ist auch nach Zeit und Wertmaßstab – der vom Statistischen Bundesamt regelmäßig veröffentlichte Preisindex für die Lebenshaltung von 4-Personen-Haushalten von Arbeitern und Angestellten mit mittlerem Einkommen – eindeutig bestimmbar. Daß die automatische Erhöhung ohne ein entsprechendes Verlangen des Gläubigers eintritt, steht der Eintragung der Gleitklausel gleichfalls nicht entgegen. Nach BGHZ 111, 324 ff. kann, muß dies aber nicht zum Bestandteil der Wertsicherungsklausel gemacht werden. Für die Erbbauzins-Reallast, deren Inhalt sich nach § 1105 Abs. 1 BGB bestimmt, kann entgegen einer vereinzelt vertretenen (Limmer in Czub/Schmid-Ränsch/Frenz SachenRBERG § 46 Rn. 11, zitiert nach Wilke DNotZ 1995, 661 Fn. 20), anscheinend auch von den Beteiligten übernommenen Meinung nichts anderes gelten. Aus § 9 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO n. F. ergibt sich dazu nichts.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

### **BGB § 1154 Abs. 1 Satz 2, § 1192 Abs. 1; ZPO § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1**

**Ein Versäumnisurteil, das den Beklagten verpflichtet, eine Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen zu lassen, vermag weder den zur Erteilung einer Vollstreckungsklausel erforderlichen Nachweis der Rechtsnachfolge zu erbringen noch die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung zu ersetzen.**

BayObLG, 3. Zivilsenat, Beschluß vom 26. 2. 1997, 3Z BR 330/96

Aus den Gründen:

I. Gemäß notarieller Urkunde vom 19. 3. 1991 bestellten die Eheleute Sch. als Eigentümer eines Grundstücks an diesem für sich selbst eine Grundschuld mit Brief in Höhe von 101 000 DM mit jährlichen Zinsen in Höhe von 18%. Die Urkunde hat u. a. folgenden weiteren Inhalt:

#### **II. Zwangsvollstreckungsunterwerfung**

Wegen des Grundschuldkapitals samt Zinsen und etwaiger Nebenleistungen unterwirft sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz aus dieser Urkunde in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Pfandbesitzes zulässig ist.

#### **IV. Persönliche Haftung**

Für den Fall der Abtretung dieser Grundschuld übernimmt der Eigentümer – mehrere als Gesamtschuldner – für den Eingang eines dem Grundschuldkapital samt Zinsen entsprechenden Betrages schon jetzt dem Abtretungsempfänger gegenüber die volle persönliche Haftung.

Der Eigentümer unterwirft sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen, mit der Maßgabe, daß er schon vor der Vollstreckung in den Pfandbesitz in Anspruch genommen werden kann.

Mit Urkunde vom 13. 4. 1993 traten die Eheleute Sch. die Briefgrundschuld an die Beteiligte ab. Gemäß Versäumnisurteil vom 23. 2. 1996 – rechtskräftig seit 14. 8. 1996 – haben sie die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen zu lassen.

Mit Schreiben vom 27. 3. 1996 beantragte die Beteiligte bei dem Notar unter Vorlage der Abtretungserklärung und des von ihr erwirkten Versäumnisurteils die Beglaubigung der Unterschriften der Eheleute Sch. und die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde vom 19. 3. 1991.

Dies lehnte der Notar mit Bescheid vom 25. 4. 1996 ab. Die Rechtsnachfolge der Beteiligten sei nicht in der erforderlichen Form nachgewiesen. Die Abtretungserklärung sei nicht öffentlich beglaubigt. Das Versäumnisurteil könne die Beglaubigung nicht ersetzen. § 894 ZPO komme nicht zur Anwendung. Vielmehr seien die Eheleute Sch. zu einer unvertretbaren Handlung verurteilt, die nach § 888 ZPO zu vollstrecken sei, da die Beglaubigung einer Unterschrift voraussetze, daß diese persönlich vor dem Notar vollzogen oder anerkannt werde.

Mit ihrer gegen diesen Bescheid eingelegten Beschwerde machte die Beteiligte geltend, einer Vollstreckung nach § 888 ZPO bedürfe es nicht, das das gemäß § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB erwirkte Versäumnisurteil entgegen der Auffassung des Notars die Beglaubigung der Abtretungserklärung ersetze.

Das Landgericht hat die Beschwerde, der der Notar nicht abgeholfen hat, am 19. 9. 1996 unter Festsetzung des Beschwerdewerts auf 10 000 DM zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde. Sie hält ihren Rechtsstandpunkt aufrecht und bringt des weiteren vor, der Notar hätte die öffentliche Beglaubigung auch in Abwesenheit der Eheleute Sch. vornehmen und damit die Voraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde schaffen können, da sich aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil ergebe, daß die Abtretungserklärung von den Eheleuten Sch. stamme und diese verpflichtet seien, sie öffentlich beglaubigen zu lassen.

II. Die weitere Beschwerde (vgl. hierzu BayObLGZ 1970, 125/128 ff.) ist zulässig, hat aber keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Nach § 795 Satz 1, § 727 ZPO setze die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger voraus, daß die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sei. Die Abtretungserklärung der Eheleute Sch. sei dagegen nur privatschriftlich. Das rechtskräftige Versäumnisurteil vom 23. 2. 1996 vermöge die öffentliche Beglaubigung nicht zu ersetzen. Nach § 894 ZPO könne nur eine Willenserklärung, jedoch nicht eine tatsächliche Handlung ersetzt werden, die hier darin bestehe, daß der Notar aufgesucht und zur Erstellung des Beglaubigungsvermerks veranlaßt werde. Insoweit sei nach § 888 ZPO zu verfahren.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Für die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde ist eine mit einer Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Urkunde notwendig. Darüber, ob dem Antragsteller als Rechtsnachfolger eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen ist, entscheidet der Notar gemäß den Vorschriften der ZPO (§ 52 BeurkG). Danach ist dem Antrag zu entsprechen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel gegeben sind und die behauptete Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche bzw. öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§ 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO; Schuschke Vollstreckung und Vorläufiger Vollstreckungsschutz Bd. I ZPO § 727 Rn. 26; Stein/Jonas/Münzberg ZPO 21. Aufl. § 727 Rn. 37; Zöller/Stöber ZPO 20. Aufl. § 727 Rn. 25).

b) Die Beteiligte hat die behauptete Rechtsnachfolge nicht in der erforderlichen Form nachgewiesen.

(1) Das Versäumnisurteil vom 23. 2. 1996 ist zwar eine öffentliche Urkunde (§ 415 Abs. 1, § 417 ZPO), begründet jedoch keinen Beweis für die Rechtsnachfolge der Beteiligten. Die materielle Rechtskraft eines Urteils ist auf dessen unmittelbaren Gegenstand beschränkt, d. h. auf diejenige Rechtsfolge, die aufgrund der Klage den Gegenstand der Entscheidung bildet (§ 322 Abs. 1 ZPO; BGH NJW 1995, 967/968, 2993; BayObLGZ 1987, 325/333; 1988, 426/430 f.). Sie umfaßt bei dem vorliegenden Versäumnisurteil die Feststellung, daß der von der Beteiligten gegen die Eheleute Sch. auf der Grundlage von § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB geltend gemachte Anspruch, die Abtretungserklärung vom 13. 4. 1993 öffentlich beglaubigen zu lassen, besteht. Dies setzt zwar voraus, daß die Eheleute Sch. die Abtretungserklärung abgegeben haben. Die Rechtskraft des Versäumnisurteils erstreckt sich jedoch nicht auch hierauf (vgl. BGH a. a. O.; BayObLGZ 1987, 325/333 m. w. N.; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 55. Aufl. § 322 Rn. 16; Thomas/Putzo ZPO 19. Aufl. § 322 Rn. 28, 29). Die Möglichkeit, aus dem Versäumnisurteil auf den Rechtsübergang zu schließen, reicht zum Nachweis der Rechtsnachfolge im Sinne von § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO nicht aus (vgl. Erman/Räfle BGB 9. Aufl. § 1156 Rn. 5).

(2) Das Versäumnisurteil vom 23. 2. 1996 vermag die fehlende öffentliche Beglaubigung der Unterschriften der Abtretungserklärung

vom 13. 4. 1993 (§ 129 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht zu ersetzen (vgl. BayObLG JW 1934, 2247; Demharter GBO 21. Aufl. § 26 Rn. 15; Ertl in Kuntze/Herrmann/Ertl/Eickmann Grundbuchrecht 4. Aufl. § 26 GBO Rn. 23; Meikel/Böttcher Grundbuchrecht 7. Aufl. § 26 GBO Rn. 36; a. A. BGB-RGRK/Mattern 12. Aufl. § 1154 Anm. 20; Kernert JW 1934, 2247).

Zur Abtretung eines Briefrechts ist die Abtretungserklärung in schriftlicher Form, die (formfreie) Annahme der Abtretungserklärung und die Übergabe des Briefs erforderlich (§ 1154 Abs. 1 Satz 1, § 1192 Abs. 1, § 2000 Abs. 1 BGB). Nach § 1154 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der bisherige Gläubiger auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen zu lassen. Gemäß § 129 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine Erklärung dann als öffentlich beglaubigt anzusehen, wenn die Unterschriften beglaubigt worden ist (vgl. BGH NJW 1972, 44/45; Huhn/von Schuckmann BeurkG 3. Aufl. § 40 Rn. 3). Die Beglaubigung einer Unterschrift setzt sich aus zwei Akten zusammen: einmal aus der Vollziehung der Unterschrift oder, wenn sie – wie hier – bereits vollzogen ist, der Anerkennung ihrer Echtheit in Gegenwart des Notars und zum anderen aus dem eigentlichen Beglaubigungsgeschäft, dem Beglaubigungsvermerk des Notars (vgl. BGH a. a. O.; BayObLG JW 1934, 2247).

Ist der bisherige Gläubiger verurteilt, die Abtretungserklärung öffentlich beglaubigen zu lassen, erschöpft sich das Urteil nach seinem Inhalt (vgl. BayObLG JW 1934, 2247) nicht in der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, d. h. der Anerkennung der bereits geleisteten Unterschrift (vgl. BGH NJW 1972, 44/45), sondern begründet darüber hinaus die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung, die darin besteht, daß der Notar aufgesucht und veranlaßt wird, den Beglaubigungsvermerk unter die Unterschrift zu setzen (vgl. BayObLG a. a. O.). Demgemäß ist das Versäumnisurteil vom 23. 2. 1996 nicht geeignet, die Beglaubigung der Abtretungserklärung vom 13. 4. 1993 durch den Notar zu ersetzen (vgl. BayObLG a. a. O., Demharter § 26 Rn. 15). Hierzu müssen die Eheleute Sch. vielmehr auf dem Wege des § 888 ZPO angehalten werden (vgl. RGZ 115, 303/310; BayObLG a. a. O.; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 887 Rn. 22; Ertl in Kuntze/Herrmann/Ertl/Eickmann § 26 GBO Rn. 23; Meikel/Böttcher § 26 GBO Rn. 36; Stein/Jonas/Brehm § 894 Rn. 16; a. A. Erman/Räfle § 1154 Rn. 10; Palandt/Bassenge BGB 56. Aufl. § 1154 Rn. 9).

(3) Die Beglaubigung der Unterschriften der Abtretungserklärung vom 13. 4. 1993 in Abwesenheit der Eheleute Sch., wie sie die Beteiligte beantragt, ist unzulässig.

Die Beglaubigung einer Unterschrift gemäß § 129 BGB ist die Beurkundung der Tatsache, daß die Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt, daß ihr Aussteller sie persönlich vor dem Notar vollzogen bzw. als von ihm eigenhändig vollzogen vor dem Notar anerkannt hat (vgl. BGHZ 37, 79/86; Bernhard in Beck'sches Notar-Handbuch 2. Aufl. F 296; Jansen FGG 2. Aufl. § 40 BeurkG Rn. 11; Keidel/Kuntze/Winkler FG 12. Aufl. § 40 BeurkG Rn. 2; Mecke/Lerch BeurkG 2. Aufl. § 40 Rn. 1). Der Beglaubigungsvermerk ist eine öffentliche Urkunde und begründet den vollen Beweis für die Echtheit der Unterschrift (§ 418 ZPO, Bernhard a. a. O.; Jansen § 40 BeurkG Rn. 11; Mecke/Lerch § 40 Rn. 18). Wegen dieser der Beglaubigung im Rechtsverkehr zukommenden erheblichen Bedeutung (vgl. BGH DNotZ 1988, 259) erfordert die Beglaubigung eine besonders sorgfältige Überprüfung der Identität desjenigen, dessen Unterschrift beglaubigt werden soll; hierin liegt der eigentliche Zweck der Beglaubigung (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 DNotO; BGH DNotZ 1956, 502/503; Huhn/von Schuckmann § 40 Rn. 26; Jansen § 40 BeurkG Rn. 27; Keidel/Kuntze/Winkler § 40 BeurkG Rn. 49; Riedel/Feil BeurkG § 40 Rn. 40; Weingärtner DNotO 5. Aufl. § 25 Rn. 386; Winkler DNotZ 1971, 140/145 f.). Dies verlangt die Anwesenheit des Unterzeichnenden bzw. eine Unterschrift Anerkennenden bei dem Notar. Die notwendige volle Überzeugung von der Echtheit der Unterschrift (vgl. Jansen a. a. O.) darf sich der Notar nur dadurch verschaffen, daß die Unterschrift in seiner Gegenwart vollzogen oder die bereits vollzogene, dem Notar vorliegende Unterschrift von dem angeblichen Aussteller in Gegenwart des Notars als eigenhändige Unterschrift anerkannt wird (vgl. BGH DNotZ 1988, 259; Bernhard in Beck'sches Notar-Handbuch F 300; Jansen § 40 BeurkG Rn. 21; Keidel/Kuntze/Winkler § 40 BeurkG Rn. 30;

Mecke/Lerch § 40 Rn. 5; Riedel/Feil § 40 Rn. 16; Seybold/Schippel/Reithmann BNotO 6. Aufl. § 20 Rn. 12; Winkler DNotZ 1971, 140/145). Mit der Formulierung in § 40 Abs. 1 BeurkG, daß eine Unterschrift nur beglaubigt werden „soll“, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt worden ist, hat der Gesetzgeber das Erfordernis „in Gegenwart des Notars“ nicht etwa zu einer bloßen Empfehlung herabstufen wollen (vgl. BGH a. a. O.).

3. Die Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswerts für das Rechtsbeschwerdeverfahren beruht auf § 131 Abs. 2, § 31 Abs. 1 Satz 1, § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO (vgl. Hartmann Kostengesetze 27. Aufl. § 133 KostO Rn. 11; Korintenberg/Reimann KostO 13. Aufl. § 133 Rn. 20; Rohs/Wedewer KostO 3. Aufl. § 133 Rn. 9). Gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 KostO war auch der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren auf 101 000 DM festzusetzen.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

### BGB § 1909, LFGG § 36

**Auch nach dem 1. 7. 1998 ist bei gesetzlicher Verhinderung der Eltern für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft das Vormundschaftsgericht, somit im württembergischen Rechtsgebiet gem. § 36 LFGG das Notariat zuständig.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 15. 11. 1999 – 16 AR 9/99

Entsprechend § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO wird als zuständiges Gericht das Vormundschaftsgericht (Notariat III) bestimmt.

Bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts folgt der Senat, abweichend von der Ansicht des 18. Zivilsenats (vgl. Beschluß vom 16. 12. 1998, 18 WF 562/98; BWNNotZ 1999, 49 f), der Ansicht von Kraiß (BWNNotZ 1999, 50), wonach § 1693 BGB nur eine Rechtsgrundlage zum unmittelbaren Eingreifen des Familiengerichts in Eilfällen und sonstigen Ausnahmesituationen bietet, während grundsätzlich für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB das Vormundschaftsgericht zuständig ist (§ 35 FGG), im württembergischen Rechtsgebiet somit gem. § 36 LFGG das Notariat.

Mitgeteilt von Harro Kraiß, Notar in Neresheim

### BGB § 1909, LFGG § 36

**Auch nach dem 1. 7. 1998 ist bei gesetzlicher Verhinderung der Eltern für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft das Vormundschaftsgericht, somit im württembergische Rechtsgebiet gem. § 36 LFGG das Notariat zuständig.**

**Der 18. Zivilsenat (Familiensenat) des OLG Stuttgart hat auf Rückfrage mitgeteilt, daß er an seiner im Beschluß vom 16. 12. 1998 (BWNNotZ 1999, 49) geäußerten Rechtsansicht nicht mehr festhält.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 6. 12. 1999 – 16 WV 537/99 –

Aus den Gründen:

Wie der Senat bereits in einem anderen Verfahren (16 AR 9/99) entschieden hat, folgt er bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts – abweichend von der Ansicht des 18. Zivilsenats (vgl. Beschluß vom 16. 12. 1998, 18 WF 562/98, BWNNotZ 1999, 49 f.) – der Ansicht von Kraiß (BW NotZ 1999, 50), wonach § 1693 BGB nur eine Rechtsgrundlage zum unmittelbaren Eingreifen des Familiengerichts in Eilfällen und sonstigen Ausnahmesituationen bietet, während grundsätzlich für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB das Vormundschaftsgericht zuständig ist (§ 35 FGG), im württembergischen Rechtsgebiet somit gem. § 36 LFGG das Notariat. Der 18. Zivilsenat (Familiensenat) des OLG Stuttgart hat auf Rückfrage mitgeteilt, daß er an seiner im Beschluß vom 16. 12. 1998 (18 WF 562/98, BW NotZ 1999, 49 f.) geäußerten Rechtsansicht nicht mehr festhält.

Mitgeteilt von Harro Kraiß, Notar in Neresheim

### BGB §§ 2276, 2278 Abs. 2, 2289

**Im Erbvertrag muß trotz des Änderungsvorbehalts eine verträglich nach §§ 2278 Abs. 2 BGB zu treffende Verfügung erhalten bleiben. Die Bestimmung in einem Erbvertrag: „Der überlebende Ehegatte ist berechtigt, seine Bestimmungen wieder aufzuheben oder abzuändern und frei von Todes wegen über seinen Nachlaß zu verfügen“ stellt einen zulässigen Vorbehalt dar. Der Vorbehalt regelt nur die freie Verfügung des überlebenden Ehegatten über den Nachlaß, läßt die verträgliche gegenseitige Erbeinsetzung der Vertragspartner zu Alleinerben aber unveränderbar.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 10. 8. 1999 – 8 W 393/99 –

Aus den Gründen:

I. Die Antragstellerin begehrt die Erteilung eines Erbscheins, wonach sie und sechs weitere Nichten und Neffen des Erblassers und seiner am 27. 2. 1997 verstorbenen Ehefrau aufgrund des Erbvertrags der Eheleute H. vom 28. 11. 1985 zu je 1/7 Erben des am 4. 8. 1997 verstorbenen Erblassers sind.

Das Nachlaßgericht hat die Erteilung des Erbscheins abgelehnt; das Landgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Die Vorinstanzen gehen davon aus, daß der Erblasser aufgrund eines im Erbvertrag vom 28. 11. 1985 enthaltenen Vorbehalts in der Verfügung über den Nachlaß frei gewesen sei und deshalb durch das Testament vom 3. 4. 1997 eine vom Erbvertrag abweichende Erbeinsetzung habe vornehmen können.

II. Das Rechtsmittel ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Auch die Beschwerdeführerin wendet sich nicht dagegen, daß es mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit, die auch für den Abschluß von Erbverträgen gilt, grundsätzlich zulässig ist, daß die Vertragspartner eines Erbvertrags dem Erblasser das Recht vorbehalten, in gewissem Umfang letztwillige Verfügungen zu treffen, die mit den im Erbvertrag getroffenen unvereinbar sind, solange der Vorbehalt in der Form des § 2276 BGB vereinbart, der Erbvertrag damit nicht seines eigentlichen Wesens entkleidet wird und in ihm eine verträglich nach § 2278 Abs. 2 BGB zu treffende Verfügung enthalten bleibt (vgl. BGHZ 26, 204; s. auch Staudinger/Kanzleiter, 13. Bearb., § 2278 Rn. 11 ff.; MüKo/Musielak, 3. Aufl. Bd. 9, § 2278 Rn. 13 ff., jew. m. weiteren Nachw.).

Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Beschwerdegericht im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung dieser Vorgaben zu dem Ergebnis kommt, daß der Erbvertrag der Eheleute H. vom 28. 11. 1985 in § 8 mit der Regelung – „der überlebende Ehegatte ist berechtigt, seine Bestimmungen wieder aufzuheben oder abzuändern und frei von Todes wegen über seinen Nachlaß zu verfügen“ – einen zulässigen Vorbehalt enthält, der dazu führt, daß § 2289 BGB keine Anwendung findet und die geänderte Erbeinsetzung im Testament des Erblassers vom 3. 4. 1997 wirksam ist.

1. Das Beschwerdegericht befindet sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats (OLGZ 85, 434), soweit es die Voraussetzung, daß im Erbvertrag trotz des Vorbehalts eine verträglich nach § 2278 Abs. 2 BGB zu treffende Verfügung erhalten bleiben muß, damit der Erbvertrag seinen Vertragscharakter behält und nicht als gemeinschaftliches Testament anzusehen ist, als erfüllt ansieht, weil der Vorbehalt nur die freie Verfügung des überlebenden Ehegatten über den Nachlaß regelt, die verträgliche gegenseitige Einsetzung der Vertragspartner zu Alleinerben aber unveränderbar läßt (s. auch Staudinger/Kanzleiter, a. a. O., Rn. 12, MüKo/Musielak, a. a. O., Rn. 15/16; BayObLG NJW-RR 97, 1027).

2. Die Auslegung des Erbvertrags, durch die festzustellen ist, wie die Parteien den Vertrag und seinen Wortlaut übereinstimmend verstanden haben, obliegt den Gerichten der Tatsacheninstanz. Deren Auslegungsergebnis bindet das Gericht der weiteren Beschwerde, sofern es nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den Auslegungsgrundsätzen und den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Urkunde nicht widerspricht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. Keidel/Kuntze/Kahl, FGG, 14. Aufl., § 27 Rn. 48 m. w. N.).

a) Die Auslegung des Wortlauts des Vorbehalts dahingehend, daß die freie Verfügbarkeit den gesamten Nachlaß und nicht nur das

Vermögen des Erblassers umfaßt, ist zwar nicht die einzig denkbare, aber eine mögliche Auslegung, die der eingeschränkten rechtlichen Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht standhält.

b) Ebenso ist nicht zu beanstanden, daß das Landgericht dem Vorbehalt keine Einschränkung auf eine Verfügung zugunsten von Familienangehörigen entnimmt. Dafür ergibt sich aus dem Wortlaut des § 8 des Erbvertrags keinerlei Anhaltspunkt. Auch der Umstand, daß es die Eheleute über 12 Jahre unverändert bei der Schlußerbeneinsetzung der Nichten und Neffen belassen haben, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Es mag sein, daß die Ehefrau im Falle des Vorversterbens des Ehemanns keine Änderung vorgenommen hätte; dies ändert jedoch nichts daran, daß dem überlebenden Ehegatten eben gerade eine nachträgliche einseitige Änderung des von den Vertragspartnern gemeinsam Vereinbarten möglich sein sollte. Eine Beschränkung auf den Kreis der Familienangehörigen als Schlußerben hätte im Vorbehalt unschwer zum Ausdruck gebracht werden können. Wie kurzfristig nach dem Tode des Erstversterbenden die Änderung vorgenommen wird, ist ohne Belang.

Mitgeteilt von Notar Mann, Wiesensteig

### BGB § 2287 Abs. 1

**Hat der durch Erbvertrag gebundene Erblasser an einer die Vertragserben objektiv beeinträchtigenden Schenkung kein ersichtliches lebzeitiges Eigeninteresse, so ist von seiner Absicht auszugehen, die Vertragserben zu beeinträchtigen. Der Begünstigte muß dann die Umstände im einzelnen darlegen, die nach seiner Meinung den Erblasser zu der Verfügung bewogen haben und die ein Eigeninteresse begründen könnten.**

OLG Köln, Urt. v. 28. 6. 1999 – 16 U 7/99

Aus den Gründen:

Die Parteien sind zusammen mit vier weiteren Geschwistern der Klägerin Vertragserben der am 31. 10. 1997 verstorbenen Frau G. H..

Die Erblasserin und ihre Ende 1991 verstorbene Schwester C. H. hatten sich durch notariellen Erbvertrag vom 25. 2. 1991 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und bestimmt, dass nach dem Tode der Längstlebenden ihre vier Nichten und Neffen, darunter die Klägerin, sowie der Beklagte als ihr Großneffe zu je 1/5 zu gleichen Teilen Erbe werden sollten.

Bis zum Tode der Frau C. H. besuchte der Beklagte die Erblasserin und ihre Schwester monatlich ca. 2-3 mal. Er kümmerte sich um Haus und Garten und ging mit ihnen einkaufen. Nach dem Tode der Schwester der Erblasserin wurden seine Besuche häufiger. Über seine bisher geleistete Unterstützung hinaus half er der Erblasserin nunmehr bei den Dingen, zu denen die Erblasserin selbst nicht mehr in der Lage war. Er übernahm insbesondere ihren Schriftverkehr in Steuerangelegenheiten und Abrechnungen mit der Krankenkasse. Er begleitete sie zu notwendigen Arztbesuchen, unterstützte sie in der Anwendung ärztlich verordneter Therapien und besuchte sie nahezu täglich während mehrerer Krankenhausaufenthalte. Im Jahre 1993 zog der Beklagte auf Wunsch der Erblasserin in eine Wohnung im Obergeschoß des von ihr ebenfalls bewohnten Hauses, nachdem die Erblasserin, die inzwischen auf ständige Hilfeleistungen angewiesen war, zuvor erfolglos versucht hatte, Mieter zu finden, die bereit waren, sich um Haus und Garten zu kümmern und ihr die benötigte Hilfe zu leisten. Der Beklagte nutzte die Wohnung, deren Mietwert 1 000 DM betrug, seitdem unentgeltlich und unterstützte die Erblasserin weiterhin in der oben beschriebenen Weise. Im Verlaufe des Jahres 1994 verschlechterte sich der Gesundheitszustand der Erblasserin. Aufgrund dessen intensivierte der Beklagte seine Leistungen für die Erblasserin, bis sie Ende 1994 in ein Altenheim übersiedelte. Auch danach kümmerte er sich weiterhin um sie.

Mit notariellem Vertrag vom 28. 12. 1995 übertrug die Erblasserin dem Beklagten ihren im Grundbuch von H. unter Blatt 3434 verzeichneten Grundbesitz. Im Gegenzug verpflichtete sich der Beklagte, der Erblasserin an dem übertragenen Grundbesitz ein lebenslangliches unentgeltliches Nießbrauchsrecht einzuräumen,

dessen Wert 38 054,40 DM betrug. Der Beklagte verpflichtete sich außerdem, der Erblasserin den Grundbesitz u. a. dann zurückzuübertragen, wenn sie außerstande werden würde, ihren angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten oder die übrigen Voraussetzungen des § 528 BGB vorlägen.

Die Klägerin hat behauptet, dass die Übertragung des Grundbesitzes auf den Beklagten ohne ein die Übertragung rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin erfolgt sei. Sie ist der Auffassung gewesen, dass der Beklagte daher zur Übertragung des ihm nach dem Erbvertrag zustehenden 1/5 Anteils des Grundbesitzes verpflichtet sei.

Das Landgericht hat der Klage unter Abweisung im Übrigen stattgegeben Zug um Zug gegen Zahlung von 8 049,27 DM.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig; in der Sache hat sie jedoch kein Erfolg.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten gemäß § 2287 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 812 ff. BGB einen Anspruch auf Übertragung von einem 1/5 Anteil der Flurstücke 896, 934, 935 Zug um Zug gegen die Zahlung eines Betrages i. H. v. insgesamt 8 049,27 DM.

Der Beklagte ist zur Übertragung der Grundstücksanteile verpflichtet, denn die Erblasserin hatte dem Beklagten in der Absicht, die Vertragserben und damit die Klägerin i. S. d. § 2287 Abs. 1 BGB zu beeinträchtigen, durch den notariellen Vertrag vom 28. 12. 1995 eine (gemischte) Schenkung gemacht. Die Schenkung war hier nicht durch ein „lebzeitiges Eigeninteresse“ der Erblasserin gerechtfertigt und deshalb ein Missbrauch des der Erblasserin grundsätzlich zustehenden Verfügungsrechtes nach § 2286 BGB nicht ausgeschlossen.

Der Rückübertragungsanspruch gemäß § 2287 Abs. 1 BGB setzt über seinen Wortlaut hinaus zusätzlich zu dem subjektiven Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht voraus, dass der Erblasser sein Recht zu lebzeitigen Verfügungen nach § 2286 BGB missbraucht hat. Denn allein das Merkmal der Beeinträchtigungsabsicht ist als Abgrenzungskriterium unzureichend, da es mit der Absicht, den Beschenkten zu begünstigen, meist untrennbar verbunden und daher praktisch immer gegeben ist (vgl. BGH WM 1973, 107, 109; BGHZ 66, 8, 15; BGH WM 1986, 977, 978). Die Abgrenzung zwischen den Fallgestaltungen des Missbrauchs und den Fällen, in denen der Vertragserbe schutzlos bleibt, ist vielmehr durch Klärung der Frage vorzunehmen, ob der Erblasser an der Verfügung ein lebzeitiges Eigeninteresse hatte (vgl. BGH NJW 1992, 2630, 2631; BGH NJW 1992, 564, 566; BGH WM 1973, 107, 108; OLG Köln OLG-Report 1995, 43, 44). Hierfür kommt es darauf an, ob die Gründe, die den Erblasser zu der Verfügung bestimmt haben, ihrer Art nach so sind, dass der Vertragserbe sie anerkennen und die Beeinträchtigung hinnehmen muss. Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist danach anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der ervertraglichen Bindung als billigenwert und gerechtfertigt erscheint (BGH WM 1980, 1126, 1127). Dabei sind sämtliche Umstände des Falles zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen (vgl. BGHZ 88, 269, 271). So ist eine Schenkung in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn der Erblasser allein wegen eines auf Korrektur des Vertrages gerichteten Sinneswandels ohne Veränderung der bei Abschluss des Erbvertrags vorhandenen Umstände anstelle der bedachten Partei einem anderen wesentliche Vermögenswerte ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, nur weil er dem Erblasser genehmer ist (vgl. BGH WM 1980, 1126, 1127; BGHZ 66, 8, 16; OLG Köln OLG-Report 1995, 43, 44). Auch reicht es nicht aus, wenn der Erblasser aufgrund eines Sinneswandels nach Abschluss des Erbvertrages engere personale Bindungen zum Beschenkten entwickelt hat und dieser Zuneigung durch die Schenkung Ausdruck verleihen möchte (vgl. OLG Köln NJW RR 1992, 200; OLG Köln OLG-Report 1995, 43, 44). Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist andererseits zu bejahen, wenn der Erblasser die Verfügung getroffen hat, um die Versorgung für sein Alter sicherzustellen oder zu verbessern, wobei weiter davon auszugehen ist, dass das Bedürfnis alleinstehender Erblasser, im Alter versorgt und gegebenenfalls auch gepflegt zu werden, mit den Jahren immer dringender und gewichtiger wird (vgl. OLG

Köln OLG-Report 1995, 43, 44). Eine weitere Rechtfertigung ist die Schenkung als Dank für geleistete oder noch zu leistende Dienste, Pflege oder Hilfe (vgl. OLG Köln OLG-Report 1995, 43, 44 m. w. N.). Schließlich ist das Bedürfnis eines alleinstehenden Erblassers nach einer seinen persönlichen Vorstellungen entsprechenden Versorgung und Pflege im Alter ein vom Vertragserben anzuerkennendes Eigeninteresse, wenn der Erblasser es dadurch zu verwirklichen sucht, dass er eine ihm nahestehende Person durch Schenkung an sich bindet (vgl. BGH NJW 1992, 2360, 2361; BGHZ 88, 269, 270; OLG Köln OLG-Report 1995, 43, 44).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist ein die Schenkung rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin nicht feststellbar. Zwar hat grundsätzlich der durch die Verfügung benachteiligte Vertragserbe, hier die Klägerin, zu beweisen, dass die Verfügung ohne ein sie rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse des Verfügenden getroffen worden ist. Da jedoch allenfalls der Begünstigte wissen kann, warum der Erblasser ihn in dieser Weise bevorzugt hat oder bevorzugt haben könnte, muss dieser die Umstände darlegen, die nach seiner Meinung den Erblasser zu der Verfügung bewogen haben könnten, um dem Beweispflichtigen die Erfüllung seiner Aufgabe zu ermöglichen (vgl. BGHZ 66, 8, 17; BGH NJW 1982, 43, 45). Ausreichende Umstände, die ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an der Schenkung begründen könnten, lassen sich dem Vortrag des Beklagten indessen nicht entnehmen.

Der Beklagte hat im wesentlichen vorgebracht, dass die Übertragung des Grundbesitzes aus Dank für bisher erbrachte aufopferungsvolle Leistungen und zur Sicherung künftiger entsprechender Leistungen erfolgt sei. Dem steht jedoch bereits entgegen, dass der Beklagte sich schon seit Jahren um die Erblasserin und ihre Schwester gekümmert hatte. Aufgrund dieser Sorge für die Erblasserin und ihre Schwester und dadurch (möglichweise weiter) gewachsener persönlicher Bindungen erfolgte offensichtlich die Berücksichtigung des Beklagten als Großneffe im Erbvertrag neben den übrigen verwandtschaftlich näher stehenden Begünstigten. Die weitere Zuwendung der Erblasserin kann daher nur durch darüber hinaus bestehende Umstände gerechtfertigt sein. Wenn der Beklagte sich auch nach dem Tode der Schwester in verstärktem Maße um die Erblasserin gekümmert und sogar zu diesem Zweck in das Haus der Erblasserin eingezogen ist, vermag der Senat darin gleichwohl keine die Schenkung rechtfertigenden Umstände zu erblicken. Denn die Leistungen, die der Beklagte nach seinem Einzug (anstelle der zuvor erfolglos gesuchten Mieter) erbrachte, waren durch das kostenfreie Wohnen abgegolten. Weitere Zuwendungen waren als Dank deshalb nicht mehr erforderlich.

Der Beklagte hat weiter nicht in ausreichendem Maße dargetan, dass es der Erblasserin mit der Schenkung darum ging, ihn für eine zukünftige Pflege und Versorgung an sich zu binden. Dagegen spricht zwar nicht schon, dass die Erblasserin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Altenheim lebte, denn es könnte der Erblasserin gerade darauf angekommen sein, sich auch dort vertraute und persönliche Versorgung und Zuwendung zu sichern. Es sind jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Erblasserin durch die Schenkung den Beklagten als eine ihr nahestehende Person soweit an sich binden wollte, dass dadurch eine ihren persönlichen Vorstellungen entsprechende Versorgung und Pflege im Alter sichergestellt werden sollte. Dem Sachvortrag des Beklagten, dass er die Erblasserin fast täglich besuchte und sich weiterhin um ihre persönlichen Angelegenheiten kümmerte, ist weder zu entnehmen, welche Vorstellungen die Erblasserin überhaupt von der Gestaltung ihres Lebensabends hatte noch dass sie dem Beklagten ihren Grundbesitz gerade deshalb überlassen hatte, damit er sich wie geschehen um sie kümmerte. Daran, dass die Erblasserin mit der Schenkung entsprechende Ziele verfolgte, ergeben sich darüber hinaus deshalb Zweifel, weil die Erblasserin sich in dem notariellen Übertragungsvertrag ausdrücklich eine Rückgewähr der Grundstücke vorbehielt für den Fall, dass sie außerstande werden würde, ihren angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten. Gerade dieser Vorbehalt zeigt, dass die Erblasserin allenfalls eine persönliche Betreuung und Sorge durch den Beklagten in Dingen erwartete, die nicht ihren

notwendigen Lebensunterhalt betrafen oder die sie nicht auch durch Dritte sicherstellen konnte. Allein eine solche, grundsätzlich schon aufgrund von verwandtschaftlichen Beziehungen gerechtfertigte Erwartung, reicht indessen nach den Gesamtumständen des Falles nicht aus, ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin zu bejahen, sondern deutet nur auf eine starke persönliche und emotionale Bindung an den Beklagten.

Zurückbehaltungsrechte, die über den in der Entscheidung des Landgerichts berücksichtigten Umfang hinausgehen, stehen dem Beklagten nicht zu.

Die gezahlte Schenkungssteuer kann der Beklagte nicht bereicherungsmindernd geltend machen. Er ist insoweit nicht entreichert, weil er die von ihm bezahlte Steuer zurückverlangen kann. Der Beklagte hat mit der Berufung nichts mehr vorgebracht, was eine andere Entscheidung rechtfertigen könnte.

Der Beklagte hat weiterhin keine Gegenansprüche gegen die Klägerin aufgrund der von ihm getätigten Aufwendungen.

Die von ihm getätigten Aufwendungen aus der Zeit von Mitte 1993 bis zur Übertragung des Hausgrundstückes auf ihn waren wirtschaftlich gesehen neben den Pflegeleistungen Teil des von ihm geschuldeten Mietzinses. Nach dem sich aus der gesamten Sachlage ergebenden Willen der Erblasserin und des Beklagten sollte die Obergeschosswohnung dem Beklagten nämlich nicht unentgeltlich überlassen werden. Der Beklagte hat vielmehr Ersatz für die früheren Mieter und die in Aussicht genommenen Nachfolgemietler, an die die Wohnung u. a. im Gegenzug für die Erbringung von Hilfeleistungen für die Erblasserin und Sorge um Haus und Garten überlassen werden sollte. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich ein Bereicherungsanspruch lediglich nach Maßgabe der Grundsätze, die für den Ausgleich von Mieterleistungen (Baukostenzuschuss, eigene Aus-/Umbauten) bei vorzeitiger Beendigung langfristiger Miet- und Pachtverhältnisse gelten (vgl. dazu BGH NJW 1985, 313, 315). Für die Bereicherung ist dabei allerdings auf die Vorteile abzustellen, die der Vermieter daraus hat erzielen können, dass er vorzeitig in den Genuss derjenigen Nutzungsmöglichkeiten des vermieteten Objektes gelangt ist, die dem Mieter für die Zeit nach tatsächlicher Vertragsbeendigung bis zum vorgesehenen Vertragsablauf entgangen sind. Eine etwaige Bereicherung des Vermieters bzw. hier seines Rechtsnachfolgers bestimmt sich demzufolge in den genannten Fällen danach, inwieweit es ihm gelingt, die Räume anderweitig zu einem höheren Mietzins zu vermieten bzw. sonst gewinnbringend zu nutzen (vgl. BGH a. a. O.). Zur Beurteilung dessen fehlt es an substantiiertem Sachvortrag des Beklagten. Es ist weder ersichtlich, dass die vom Beklagten behaupteten Werterhöhungen überhaupt noch vorhanden und nicht bereits durch die langjährige Nutzung wieder „abgewohnt“ worden sind, noch dass die Aufwendungen überhaupt zu einer dauerhaften Steigerung des Mietwertes geführt hätten.

Die nach dem Erwerb des Grundstückes getätigten Aufwendungen kann der Beklagte ebenfalls nicht bereicherungsmindernd im Wege des § 818 Abs. 3 BGB geltend machen.

Im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB sind zwar grundsätzlich alle diejenigen Vermögensnachteile abzugsfähig, die adäquat kausal auf dem rechtsgrundlosen Erwerb beruhen. Dabei ist allerdings nicht jeder Vermögensnachteil zu berücksichtigen, sondern es ist weiter die der Saldotheorie zugrundeliegende Risikoverteilung zu beachten. Im Einzelfall ist deshalb zu prüfen, inwieweit das jeweilige Entreicherungsrisiko gemäß § 818 Abs. 3 BGB nach den Vorschriften über das fehlgeschlagene Geschäft oder nach dem Willen der Vertragsschließenden jeweils der einen oder anderen Partei zugewiesen sein sollte (vgl. BGH NJW 1992, 1037, 1038) und der Bereicherungsschuldner die Aufwendungen im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit der Verfügung, hier der Schenkung der Erblasserin gemacht hat (vgl. BGH NJW 1980, 1789, 1790). Der Erwerb des Hausgrundstückes war von vornherein für den Beklagten mit dem Risiko behaftet, dass er das Erlangte an die Mieter herausgeben musste. Der Beklagte konnte deshalb nicht auf die Rechtsbeständigkeit des Erwerbs vertrauen. Vor diesem Hintergrund ist es aber seinem Risikobereich zuzuweisen, wenn er Aufwendungen für den geschenkten Gegenstand erbringt, obwohl er damit rechnen musste, ihn herauszugeben.

Mitgeteilt von Vors. Richter am OLG, Lothar Jäger, Köln

## Buchbesprechungen

**Rohs/Wedewer, Kostenordnung.** Kommentar. Von Dr. Günther Rohs, Landgerichtsdirektor a. D., und Paul Wedewer, Oberregierungsrat a. D., bearbeitet von Günther Rohs, Ministerialdirigent, und Peter Rohs, Vizepräsident des Landgerichts und Dr. Wolfram Waldner, Notar. 3. Auflage. Loseblattwerk in 2 Ordnern. 2 300 Seiten. DM 248,-. R. v. Decker's Verlag, Hühlig GmbH, Heidelberg

Aus den Presseinformationen des Verlags:

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bietet dem Praktiker die Möglichkeit, sich umfassend über alle Fragen der Kostenordnung zu informieren. Das einheitliche Schriftbild, die differenzierte Aufgliederung des behandelten Stoffes und das hervorragende Sachregister unterstreichen die eingehende und gründliche Kommentierung.

Eine wichtige Hilfe bei der Auslegung des Gesetzestextes bieten die den Erläuterungen vorangestellten Hinweise zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Bedeutsam sind überdies die erschöpfenden Nachweise zur Rechtsprechung sowie die zahlreichen Literaturhinweise.

Für die kostenrechtliche Praxis, vor allem der Notare und Gerichte, ist dieses aktuelle Standardwerk zur Kostenordnung unentbehrlich.

69. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/34. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage; 194 Seiten. DM 100,88

Aus dem Inhalt:

Die vorliegende Ergänzungslieferung berücksichtigt im Text alle Änderungen bis zum Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung mit seiner Neufassung insbesondere des § 150. Die am 1. 1. 1999 in Kraft tretenden Änderungen der Insolvenzordnung sind ebenfalls eingearbeitet. Einen Schwerpunkt der Neukommentierung bilden die §§ 147 und 150 und die durch die Änderungen im materiellen Familienrecht vielfach geänderten §§ 91-99, aber auch die Einführung des Euro wirft – in § 26 – bereits ihre Schatten voraus.

70. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/35. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage; 136 Seiten. DM 70,72

Aus dem Inhalt:

Die vorliegende Ergänzungslieferung enthält das überarbeitete und aktualisierte Sachregister.

71. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/36. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage; 144 Seiten. DM 74,88

Aus dem Inhalt:

Mit der vorliegenden Ergänzungslieferung konnte die Neubearbeitung des Kommentars abgeschlossen werden. Neben der Bearbeitung einiger seltener benötigter Vorschriften ist vor allem neue Rechtsprechung insbesondere zu den §§ 2, 11, 14, 17, 79, 94 und 161 berücksichtigt.

72. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/37. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage; Stand August 1999, 174 Seiten und 17 Registerblätter, 2 Seiten unberechnet. DM 93,-

Aus dem Inhalt:

Die vorliegende Ergänzungslieferung enthält unter anderem eine Neubearbeitung der Kommentierung zu § 146 KostO und eines Abschnitts zu § 145 KostO, ferner bei §§ 26, 79 die Folgerungen, die in Rechtsprechung und Kostenpraxis aus dem Urteil des EuGH zu den Handelsregistern gezogen werden und neue Entscheidungen zum Wert der allgemeinen Registervollmacht eines Kommanditisten. Die Kommentierungen der §§ 7, 8, 10 und 16 sind unter Berücksichtigung neuer Rechtsprechung ergänzt; erstmals kommentiert sind in Ordner II Teil B II. die Kostenvorschriften der Hausratsverordnung. Staudenmaier

### Mietkaution für Wohn- und Gewerberäume.

Von Erwin Ruff. Herausgegeben vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband e.V., Bonn. Sparkassenheft 210, 68 Seiten mit Stichwortverzeichnis, Broschur, 32,- DM. ISBN 3-09-305664-0, Deutscher Sparkassen Verlag GmbH, Stuttgart.

Die Mietkaution ist erst seit 1983 in § 550b BGB gesetzlich geregelt.

Zwar hat der Gesetzgeber damit einen verbindlichen Rahmen vorgegeben, trotzdem sind viele Einzelfragen offengeblieben. Selbst Fachleute und die Mietgerichte sind nicht immer einer Meinung. Das macht es für Vermieter und Mieter nicht einfach, beim Thema Mietkaution den rechten Durchblick zu behalten.

Der Autor gibt eine verständliche Übersicht über die gesetzlichen Bestimmungen zur Mietkaution und orientiert sich dabei an der umfangreichen Rechtsprechung. Für den Mieter ist die sichere und zinsbringende Anlage seiner Barkaution besonders wichtig. Hierzu erläutert der Autor eingehend, welche Anlagemöglichkeiten bei Banken und Sparkassen in Frage kommen und was bezüglich der Zinsabschlagsteuer zu beachten ist. Auch die Auswirkungen der neuen Währung Euro auf die Mietkaution sind berücksichtigt. Praktische Hinweise und Tips für Vermieter und Mieter sowie Vertragsmuster runden die Abhandlung ab.

### Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz.

14., neubearbeitete Auflage. 1999, 612 Seiten. Verlag C. H. Beck, München. 178 DM.

Mit der Neuauflage des Keidel/Kuntze/Winkler: Freiwillige Gerichtsbarkeit ist die Aufspaltung des Kommentars in die Teile A (FGG) und B (BeurkG) aufgegeben worden. Das angezeigte Werk wird jetzt als eigenständiger Kommentar weiter geführt und von Winkler allein kommentiert. Der bewährte Kommentar erläutert die vielfältigen Rechtsfragen des Beurkundungsrechts klar, profund und aktuell. Die Neuauflage gibt eine gute Orientierung über das notarielle Beurkundungsrecht und berücksichtigt sämtliche Änderungen der letzten Zeit. So wurden u. a. die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG erheblich erweitert und in § 17 Abs. 2 BeurkG bestimmt, da beehrungsbedürftige Beteiligte von der Beurkundung nicht ausgeschlossen werden dürfen. Der neue eingefügte § 44a BeurkG übernimmt die bisher in § 30 Abs. 3 und 3 DONot enthaltenen Bestimmungen über die Änderung notarieller Urkunden. Ein Schwerpunkt der Kommentierung liegt naturgemäß auf den Verwahrungsvorschriften, die als 5. Abschnitt des Beurkundungsgesetzes neu in dieses aufgenommen wurden. Die Verwaltungsvorschrift regelt die notarielle Verwahrung von Bargeld sowie alle damit zusammenhängenden Rechtsfragen, daneben auch die notarielle Verwahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten. So ist die Kommentierung auf die besonderen Anforderungen der Notarpraxis zugeschnitten und ermöglicht dem Benutzer einen schnellen Zugriff auf das gesamte Spektrum des Beurkundungsverfahrens einschließlich von Grundzügen des Internationalen Beurkundungsrechts. Selbstverständlich werden auch Probleme neuer Techniken im Beurkundungsverfahren angesprochen, so z. B. die Verlesung des Urkundentextes vom Bildschirm und die Vorlesung bei Neuausdruck (§ 13 BeurkG Rz. 11a, 11b), Fragen nach der effektiven Überwachung einer mittels Computer durchgeführten Verlosung/Auslosung (Vorbem. 19 zu § 39 BeurkG), Erstellung von Abschriften im EDV-Schreibsystem (§ 42 BeurkG Rz. 10). Das Werk entspricht in hohem Maße den Bedürfnissen der Praxis nach rascher und präziser Information. Es kann jedem Notar uneingeschränkt empfohlen werden und darf in keinem Notariat fehlen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Langenfeld/Günther: Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht.** Schenkung, Ausstattung, Vorweggenommene Erbfolge, Ehebedingte Zuwendung, Betriebsnachfolge, Steuergünstige Gestaltungen. Von Notariatsdirektor Prof. Dr. Gerrit Langenfeld und Diplom-Finanzwirt Karl-Heinz Günther. 4., völlig neue bearbeitete Auflage. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1999. 338 Seiten, Lexikonformat, 98 DM.

Unentgeltliche Grundstückszuwendungen unter Lebenden gewinnen als Teil der Vermögensnachfolge nach über fünfzig Friedensjahren stetig an Bedeutung. Sie sind zunehmend Gegenstand von Gerichtsentscheidungen, Literatur und Gesetzgebung vor allem

auch im steuerlichen Bereich. So ist aus dem schmalen Bändchen der 1977 erschienenen Erstauflage in der 4. Auflage ein Handbuch geworden, das sich mit einer Fülle neuer Aspekte und Probleme auseinandersetzt. Wie gewohnt behandelt auch die neue Auflage den gesamten Bereich der nicht voll entgeltlichen Grundstückszuwendungen, der von der Schenkung über die Ausstattung von Kindern, die vorweggenommene Erbfolge und die ehebedingte Zuwendung bis hin zur Übergabe von Betrieben mit Grundbesitz reicht. Das Buch verbindet die zivilrechtlichen Überlegungen mit steuerlichen Anmerkungen und trägt damit dem Umstand Rechnung, daß dem Steuerrecht bei den unentgeltlichen Grundstückszuwendungen eine bestimmende Rolle zukommt. So hat etwa die Rechtsprechung des BFG und ihre Umsetzung durch die Finanzverwaltung der Hausübergabe mit dauernder Last und Mietvertrag zu neuer Aktualität verholfen. Zunehmenden Einfluß auf die Vertragsgestaltung hat zudem das Sozialrecht durch die Überleitung von Rückforderungsansprüchen wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 BGB; auch das Pflegeversicherungsgesetz gilt es zu berücksichtigen. Das Werk bietet jedem einen umfassenden Überblick über die zivil- und steuerrechtlichen Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten bei Grundstückszuwendungen. Der völlig neu erstellte und wesentlich erweiterte Musterteil ermöglicht die Umsetzung in die Gestaltung des jeweiligen Einzelfalls.

Die Neuauflage ist hervorragend gelungen. Das Werk zeichnet sich gerade dadurch aus, daß die Systematik sehr anschaulich erläutert wird und den Nutzer in vorzüglicher Weise durch das schwierige Gebiet der verschiedenen Grundstückszuwendungen führt. Das Buch ist klar gegliedert, trotz der komplexen Materie verständlich und prägnant. Das Werk ist aus der Praxis für die Praxis geschrieben, weiß sich aber auch der Wissenschaft verpflichtet. Das hervorragend gelungene Werk gehört zum Handwerkszeug eines jeden Notars.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**FGG/RpflG. Bassenge/Herbst. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtspflegergesetz.** Kommentar von Dr. Peter Bassenge, Vorsitzender Richter am Landgericht Lübeck, und Dr. Gerhard Herbst, Präsident des BayObLG a. D. 8., überarbeitete Auflage 1999, 855 Seiten. 158 DM. C. F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Das Werk hat längst seinen festen Platz in der Praxis. Es ist deshalb zu begrüßen, daß es wieder auf das Laufende gebracht wurde, denn in den letzten Jahren wurden nämlich die Praktiker mit vielen Reformgesetzen „überflutet“. Im Kindschaftsrecht, im Eheschließungsrecht, im Handels- und Registerrecht waren weitreichende und umfangreiche Gesetzesänderungen zu berücksichtigen. Auch die Fortentwicklung der Rechtsprechung die fast ausufernde Zahl von Abhandlungen galt es in der überarbeiteten Auflage auszuwerten. Das Werk erfuhr deshalb eine gewisse Erweiterung, damit die Praxis weiterhin auf viele Hinweise und Lösungsansätze – vor allem bei der Anwendung des neuen Rechts – zurückgreifen kann. Selbstverständlich sind auch die Änderungen im allgemeinen Teil des Rechtspflegerrechts und das neue Insolvenzrecht dargestellt. Das Werk erlaubt es jedem, sich eine schnelle Übersicht über die ihn interessierenden Sachfragen zu verschaffen; es bietet zudem einen guten Einstieg in Detailprobleme und erleichtert dem Nutzer die zeitnahe Einstellung auf die neuen Gesetzeslagen. Seinen Zweck als komprimiertes Nachschlagewerk erfüllt der Kommentar hervorragend. Wer als Nutzer wechselnde „Einsatzorte“ hat, bei dem darf das vorzügliche, handliche und kompakte Erläuterungsbuch nicht fehlen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Rahm/Künkel, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens mit Auslands- und Formularteil.**

Herausgegeben von RiOLG Bernd Künkel. Verlag Dr. Otto Schmidt

KG, Köln, 1998. Loseblattausgabe, 4. Aufl., 3962 Seiten, DIN A5, einschl. 3 Ordnern 198 DM. Erg. Lieferung 34 (476 Seiten, 129,80 DM).

Die 34. Lieferung steht ganz im Zeichen des neuen Familienrechts. Den Schwerpunkt bilden das Unterhaltsrecht und das Ehe-recht. Außerdem wurde das Kapitel über den einstweiligen Rechtsschutz auf den Rechtsstand des KindUG gebracht. Aktualisiert wurden Paragraphenübersicht, stichwortbezogenes Literaturverzeichnis und alphabetische Auflistung der Familiensachen. Neu ist die alphabetische Erläuterung einzelner Unterhaltsbegriffe von Altersunterhalt bis Zweitarbeit. Neu aufgenommen wurden auch der Elternunterhalt und die Ansprüche nicht miteinander verheirateter Eltern. Vervollständigt wurde der Tabellenteil: Regelsätze nach § 22 BSHG, Bremer Tabelle zum Vorsorgeunterhalt, Bremer Leitlinien, Dresdner Leitlinien u. a. Eingearbeitet wurden Änderungen, die durch die Kindschaftsreform und das KindUG erforderlich wurden. Berücksichtigt wurde auch die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle und die Insolvenzordnung. Wiederum wurden sämtliche Probleme praxisnah erläutert. Der Praktiker ist mit der Lieferung wieder aktuell im Rechtsalltag.

Notar Prof. Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Handbuch der Immobiliervollstreckung.**

Von Udo Hintzen, Dipl.-Rechtspfleger, Dozent an der Fachhochschule für Rechtspflege Bad Münstereifel. 3. Aufl., 1999, 408 Seiten. 118 DM. Verlag C. H. Beck, München.

Das Werk füllt eine Lücke zwischen den vorhandenen Kommentaren und Erläuterungswerken zur Zwangsversteigerung, Auseinandersetzungsversteigerung und Zwangsverwaltung. Die Neuauflage berücksichtigt u. a. das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und anderer Gesetze vom 18. 2. 1998, die zahlreichen Neuerungen auf Grund der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle, die Insolvenzordnung, das EGInsO, die Änderung im Familienprozessrecht z. B. durch das Beistandtschaftsgesetz oder das Kindschaftsrechtsreformgesetz, das EuroEG, das Handelsrechtsreformgesetz wie auch spezielle Neuerungen im Liegenschaftsrecht in den neuen Bundesländern. Im ersten Kapitel wird das Grundbuch dargestellt, die Bedeutung der dinglichen Rechte und Verfügungsbeschränkungen am Grundstück. Erweitert wurde das für die Befriedigungsreihenfolge in der Zwangsversteigerung unerläßliche Rangverhältnis der Rechte mit Zinsen und anderen Nebenleistungen am Grundstück. Sehr gut gelungen ist das Kapitel über die Zwangssicherungshypothek im Grundbuch. Hier bereitet die Verknüpfung zwischen Zwangsvollstreckung, Sachenrecht und Grundbuchrecht die meisten Probleme, denn die Komplexität des Immobiliervollstreckungsrecht setzt umfassende Kenntnisse in den genannten Rechtsgebieten voraus. Auf die für den Praktiker bedeutsamen Kostenfragen wurde ebenfalls eingegangen. Antragsmuster für alle Verfahren, gerichtliche Beschlußformen und Verfügungen, wie sie in der Praxis beispielhaft verwendet werden, sind als Anlagen und in der Reihenfolge eines Verfahrensablaufes aufgeführt. Die Besonderheiten in den neuen Ländern, insbesondere hinsichtlich der Versteigerungsfähigkeit von Gebäudeeigentum ab der Wiederherstellung der Grundbuchpublizität am 1. 1. 2000, sind gebührend berücksichtigt.

Das Werk gibt zuverlässig Auskunft auf alle wichtigen Fragestellungen, die bei der Zwangsvollstreckung in Immobilien auftreten können. Die Erläuterungen sind gut fundiert, orientieren sich stets an der herrschenden Meinung, ohne allerdings gegenteilige Standpunkte zu verschweigen. Stets merkt man, daß der Autor dem Rechtspraktiker rechtlich haltbare und praxisnahe Lösungen vermitteln will. Das Buch gibt auch in außergewöhnlichen Problemlagen eine verläßliche Hilfestellung. Zusätzlichen Praxisnutzen garantieren die klare, verständliche Sprache und die präzise Darstellungsweise der Problematik und ihrer Lösungsansätze. Das Werk ist für jeden, der sich mit dem schwierigen Gebiet der Zwangsvollstreckung in Immobilien zu befassen hat, ein überaus wertvoller Ratgeber. Es ist ein Handbuch, das es in sich hat.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

## Buchbesprechungen

**Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und BGH.** Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des BGH (BGB-RGRK) 12. neubearbeitete Auflage. Verlag Walter de Gruyter, Berlin. Erscheint in Lieferungen. Abnahmeverpflichtung für das Gesamtwerk. Lieferung 74: §§ 1303 bis 1320; Bearbeiter: Friedrich Lohmann, 1999, DM 140,-; Lieferung 75: §§ 1835-1921; Bearbeiter: Karl Ernst Dickescheid, 1999, DM 280,-

Die Lieferung 74 enthält das Eheschließungsrecht und berücksichtigt Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis 1998. Damit liegt jetzt die Kommentierung zum Eherecht vollständig vor.

Die Lieferung 75 enthält Teile des Vormundschaftsrechts und das Betreuungsrecht. Abgedruckt sind auch die durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998 geänderten §§ 1835 bis 1836e, die schon in der 69. Lieferung kommentiert sind. In die Kommentierung der §§ 1837 ff. ist ebenfalls auf die durch das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998 eingetretenen Änderungen hingewiesen. Stichproben ergeben, daß die Kommentierung auf alle wesentlichen Fragen des Betreuungsrechts umfassend und mit eingehender Begründung eingeht.

Notar Keller, Stuttgart

**Rohs/Wedewer, Kostenordnung,** Kommentar. Von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Ministerialdirigent, Peter Rohs, Vizepräsident des Landgerichts und Dr. Wolfgang Waldner, Notar. 3. Auflage. Loseblattwerk in zwei Ordnern. 2 338 Seiten. DM 248,-. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg; 73. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/38. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage, Stand November 1999. 138 Seiten. DM 96,60.

Inhalt: Die vorliegende Ergänzungslieferung enthält das vollständig überarbeitete Sachregister. 74. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/39. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage, Stand Dezember 1999. 188 Seiten. DM 131,60.

Aus dem Waschzettel des Verlags:

In der vorliegenden Ergänzungslieferung sind die Anmerkungen zur Eintragung des Wirksamkeitsvermerks (Rdnr. 10c zu § 62 und Rdnr. 13 2. Abs. zu § 67), zur Globalgrundschuld (Rdnr. 6b zu § 68) und zur kostenrechtlichen Behandlung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der BGB-Gesellschaft (Rdnr. 2a letzter Absatz zu § 61) ergänzt worden. Die Kommentierung berücksichtigt ferner § 26a Grundbuchmaßnahmengesetz, eingefügt durch Art. 2 Abs. 4 Nr. 1 des Überweisungsgesetzes vom 21. 7. 1999 (BGBl. I S. 1642), in Kraft seit 14. 8. 1999. Diese Bestimmung regelt die Eintragungen im Zusammenhang mit der Einführung des Euro (vgl. Rdnrn. 29-33 zu § 67 KostO, die durch das Kindesunterhaltsgesetz vom 6. 4. 1998 (BGBl. I S. 666) geändert worden sind, überarbeitet worden. Überarbeitet wurden die Kommentierungen zum Geschäftswert einer Bauverpflichtung (§ 30 Rdnrn. 14 ff.) und zur getrennten Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung (§ 44 Rdnr. 17a). Ebenfalls auf den neuesten Stand gebracht wurde § 16, der die Nichterhebung von Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung regelt.

**Bärmann/Pick/Merle, Wohnungseigentumsgesetz,** Kommentar, 8. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2000, DM 228,-, ISBN: 3-406-45728-2

Bereits nach knapp drei Jahren war eine Neubearbeitung des von Eckhart Pick und Werner Merle bearbeiteten Standardkommentars für das Recht des Wohnungseigentums erforderlich geworden.

Neu erläutert wurde insbesondere das Gebiet der vereinbarungseretzenden Beschlüsse, in dessen Rahmen auch durch bestandskräftigen Beschluss eingeräumte besondere Rechte am Gemeinschaftseigentum, gleichsam „Sondernutzungsrechte“ entstehen können. Pick stellt in seiner Kommentierung zu § 10 WEG (Rdn. 63) die Problematik

anhand der neueren Rechtsprechung und Literatur dar und kommt zutreffend zu dem Schluss, dass Korrektiv in diesen Fällen nur Treu und Glauben (§ 242 BGB) sein kann. Obwohl die Rechtsprechung (OLG Köln, ZMR 1998, 520 = NZM 1998, 967) diese Pseudovereinbarungen eindeutig dem Schuldrecht zuordnet und mit dem Gedanken der korporativen Verbundenheit (vgl. Sandweg, BWNNotZ 1995, 29 ff) eine schuldrechtliche Problemlösung in Sicht ist, meint Pick an der „dinglichen“ Wirkung solcher Beschlüsse festhalten zu sollen, da die Frage der Unterscheidung „im Grunde keine Rolle mehr spielen“, wenn „faktisch“ in das Gemeinschaftseigentum eingegriffen werde. Konsequenterweise bejaht er daher auch entgegen der herrschenden Meinung die Möglichkeit der Eintragung solcher Beschlüsse in das Grundbuch (§ 10 Rdn. 64).

Auch an anderer Stelle kommt bei Pick die Vernachlässigung des personenrechtlichen Beteiligungsverhältnisses in einer Wohnungseigentümergeinschaft zum Ausdruck, indem – ebenfalls entgegen herrschender Meinung – die Dereliktion des Wohnungseigentums möglich sein soll (§ 3 Rdn. 80).

Gegenüber der Voraufgabe ist jedenfalls der Diskussionsstand hinsichtlich des Verhältnisses von Beschluss und Vereinbarung differenzierter und umfassender aufgearbeitet, so dass der Nutzer des Kommentars durch weiterführende Literaturangaben schnell zu einer eigenen Meinungsbildung kommen kann.

Ausführlich neu kommentiert wurde auch im Rahmen des § 22 WEG (Rdn. 219 ff) die Kostentragungspflicht bei baulichen Veränderungen und insbesondere die Befreiungsvorschrift des § 16 Abs. 3 WEG. Hier ist eine deutliche Abwendung von der schon früher kritisierten (Sandweg, DNotZ 1993, 707) rigorosen Haltung zu bemerken, mit der insbesondere Demharter (MDR 1988, 265 ff) für die Pflicht zur Beteiligung an den Kosten ausschließlich auf die Zustimmung zu der baulichen Veränderung abstellt.

Missverständlich sind demgegenüber die Ausführungen zu sogenannten „Einmannbeschlüssen“. Merle meint einerseits (§ 23 Rdn. 17), der teilende Alleineigentümer könne keine Beschlüsse fassen, da das WEG die Rechtsfigur der Einmann-GmbH nicht kenne, ein „Beschluss“ des Alleineigentümers sei damit als „juristisches Nihil“ aufzufassen. Etwas anderes gelte für „Entschlüsse“ des teilenden Alleineigentümers, die gem. § 8 Abs. 2 WEG zum formellen Bestandteil der Gemeinschaftsordnung gemacht werden. Die Wirksamkeit einer Willenserklärung will er aber doch andererseits nicht davon abhängig machen, ob sie als „Beschluss“ oder als „Entschluss“ bezeichnet wird, und zutreffend wird an anderer Stelle (§ 26 Rdn. 59) die Gleichsetzung in den Rechtsfolgen postuliert. Als weitere kleine Ungereimtheit ist zu erwähnen, dass in § 16 Rdn. 103 zutreffend die neue Insolvenzordnung bezüglich des Wohnungseigentums erläutert ist, während nur drei Seiten weiter (§ 16 Rdn. 105) noch von Konkurs, dem Konkursverwalter und § 51 KO die Rede ist.

Für die notarielle Praxis zu begrüßen sind die klarstellenden Ausführungen zur Zulässigkeit von Auflassungsvormerkungen hinsichtlich der Ansprüche auf noch nicht gebildetes Wohnungseigentum, nach denen praktisch die Teilungserklärung vorliegen muss (§ 8 Rdn. 29), um die Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eintragen zu können. Jedoch muss man die notarielle Praxis vor der Umsetzung von Ideen warnen, die die Unterwerfung wegen des Wohngelds unter die Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum nach § 800 ZPO als Inhalt des Wohnungseigentums zu vereinbaren (§ 17 Rdn. 154), und bei mehreren Gebäuden auf einem Grundstück die konstituiven Teile einzelner Gebäude zum Sondereigentum zu erklären (§ 3 Rdn. 22 ff; § 5 Rdn. 42), zum Gegenstand haben. Um die Probleme bei solchen Fallgestaltungen zu lösen, hält die notarielle Praxis probatere Mittel bereit. Insgesamt haben die Bearbeiter des Kommentars ein für die Praxis wertvolles und umfangreiches Werk vorgelegt, das die Rechtsprechung und Literatur nach dem Stand vom 1. 9. 1999 ausführlich wiedergibt.

Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar in Müllheim/Baden

### Impressum:

Schrieffeiler: Herbert Staudenmaier, Notar, 73525 Schwäbisch Gmünd, Uhlandstraße 3 (Tel. 0 71 71/60 25 58), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 76133 Karlsruhe 1, Kaiserstraße 184 (Tel. 07 21/9 26 51 62). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellun-

gen sind zu richten an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51). Bezugspreis jährlich DM 75,-, Einzelnummer DM 10,-. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16-18 (Tel. 0 73 21 / 35 00-0, Fax 0 73 21 / 35 00 15).