

# 3 MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2002

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleiterin:

Dr. Helene Förtig  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)



Rundschreiben  
schon vorab  
im Internet  
unter der Rubrik  
**Rundschreiben  
superaktuell**

## Abhandlungen

*Bülow/Baronikians*, Marken- und firmenrechtliche  
Beratung bei der Unternehmensgründung 137

## Kurze Beiträge

*Nachreiner*, Verwendung der privaten Rente  
für das Eigenheim 148

*Giehl*, Zum Erfordernis der Bewilligung einer  
Mehrzahl von Vormerkungen 158

## Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

*Selbherr*, Immobilien in Spanien im Erbfall 165

## Rechtsprechung

Pflegeverpflichtung und Sozialhilferegress  
(BGH, Urteil vom 21.9.2002 – V ZR 14/01 –)  
mit kurzem Beitrag von *J. Mayer* 179  
152

Einseitige Einschränkung der Verwahrungsanweisung  
nach Kaufpreishinterlegung  
(BGH, Urteil vom 25.20.2001 – IX ZR 427/98 –) 181  
Leitsatz mit Anmerkung *Hertel* 181

Stimmrecht des Wohnungseigentümers bei  
Nießbrauchsbelastung  
(BGH, Beschluss vom 7.3.2002 – V ZB 24/01 –) 184  
mit Anmerkung *F. Schmidt* 188

Vormerkung an Wohnungseigentum für Anspruch  
gegen die Eigentümergemeinschaft  
(BayObLG, Beschluss vom 7.2.2002 – 2 Z BR 166/01 –) 189  
mit kurzem Beitrag von *Hoffmann* 155

Löschung einer Gesamtgrundschuld  
(LG Gera, Beschluss vom 25.9.2001 – 5 T 469/01 –) 190  
mit Anmerkung *Munzig* 191

Einziehung eines unbeschränkt erteilten Fremdrechts-  
erbscheins (iranisches Erbrecht)  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom  
27.9.2001 – 3 W 124/01 –) 203  
mit Anmerkung *Riering* 204

Grunderwerbsteuer bei Eintritt in Generalübernehmer-  
vertrag (BFH, Beschluss vom 16.1.2002 – II R 16/00 –) 219  
mit Anmerkung *Gottwald* 221

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlung</b>	
<i>Bülow/Baronikians</i> , Marken- und firmenrechtliche Beratung bei der Unternehmensgründung	137
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Nachreiner</i> , Verwendung der privaten Rente für das Eigenheim	148
<i>Mayer</i> , Pflegeverpflichtung und Sozialhilferegress – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.9.2001 – V ZR 14/01	152
<i>Hoffmann</i> , Vormerkung am Miteigentumsanteil bei Teilflächenveräußerung – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 7.2.2001 – 2 Z BR 166/01	155
<i>Giehl</i> , Zum Erfordernis der Bewilligung einer Mehrzahl von Vormerkungen – zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 17.10.2001 – 2 Z BR 75/01	158
<b>Tagungsberichte</b>	
<i>Krebs</i> , Aktuelle Fragen zur Notarhaftung (Bericht über das Notarforum des DAI in Berlin am 16.3.2002)	162
<i>Frank</i> , Erbrecht und Vermögensnachfolge (Bericht über die ZEV-Jahrestagung in Berlin am 25./26.1.2002)	163
<b>Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“</b>	
<i>Selbherr</i> , Immobilien in Spanien im Erbfall	165
<b>Buchbesprechungen</b>	
Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts ( <i>Hertel</i> )	173
Canaris und Huber/Faust, jeweils: Schuldrechtsmodernisierung ( <i>Wicke</i> )	174
Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Musielak, Zöllner und Thomas/Putzo, jeweils: Zivilprozessordnung ( <i>Heinemann</i> )	174
Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz ( <i>Heckschen</i> )	176
Handzik, Erbschaft- und Schenkungsteuer ( <i>Wälzholz</i> )	177
Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung ( <i>Krebs</i> )	178
Henrich/Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich ( <i>Döbereiner</i> )	178
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>Europarecht</b>	
1. Anwendbarkeit der Gesellschaftsteuerrichtlinie (69/335/EWG) auf Gebühren der badischen Amtsnotare (Leitsatz) (EuGH, Beschluss vom 21.3.2002 – C-264/00 –)	179

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Allgemeines</i>	
2. Pflegeverpflichtung und Sozialhilferegress (BGH, Urteil vom 21.9.2002 – V ZR 14/01 –)	179
3. Einseitige Einschränkung der Verwahrungsanweisung nach Kaufpreishinterlegung (BGH, Urteil vom 25.10.2001 – IX ZR 427/98 –)	181
Leitsatz mit Anmerkung <i>Hertel</i>	181
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
4. Stimmrecht des Wohnungseigentümers bei Nießbrauchsbelastung (BGH, Beschluss vom 7.3.2002 – V ZB 24/01 –)	184
mit Anmerkung <i>F. Schmidt</i>	188
5. Vormerkung an Wohnungseigentum für Anspruch gegen die Eigentümergemeinschaft (BayObLG, Beschluss vom 7.2.2002 – 2 Z BR 166/01 –)	189
6. Löschung einer Gesamtgrundschuld (LG Gera, Beschluss vom 25.9.2001 – 5 T 469/01 –)	190
mit Anmerkung <i>Munzig</i>	191
<i>Erbrecht</i>	
7. Aufhebung Erbvertrag durch Ehegattentestament, Auslegung (BayObLG, Beschluss vom 18.3.2002 – 1 Z BR 46/01 –)	194
8. Vernichtung eines früheren Testaments nach Errichtung eines formunwirksamen Widerrufstestaments (OLG Hamm, Beschluss vom 11.9.2001 – 15 W 224/01 –)	196
<b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
9. Übernahmeerklärung bei Euroglättung (BayObLG, Beschluss vom 20.2.2002 – 3 Z BR 30/02 –)	199
10. Wirksamkeit einer Satzungsbestimmung zur Beschlussfassung über die Gewinnverwendung (BayObLG, Beschluss vom 23.5.2001 – 3 Z BR 31/01 –)	201
11. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen fehlender eigener Wahrnehmung des Notars (LG Wuppertal, Urteil vom 15.1.2002 – 14 O 82/01 –)	202
<b>Internationales Privatrecht</b>	
12. Einziehung eines unbeschränkt erteilten Fremdrechtserscheins (iranisches Erbrecht) (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.9.2001 – 3 W 124/01 –)	203
mit Anmerkung <i>Riering</i>	204
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
13. Einseitiger Widerruf der Anweisung zur Vorlage der Auflassung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.9.2001 – 3 Wx 288/01 –)	206

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<b>Kostenrecht</b>	
14. Gegenstandsgleichheit von Kaufvertrag und Belastungsvollmacht (OLG Rostock, Beschluss vom 22.1.2002 – 2 W 17/02 –)	207
15. Bewertung von Bauerwartungsland (BayObLG, Beschluss vom 19.4.2002 – 3 Z BR 389/01 –)	207
16. Hebegebühr bei notarieller Auszahlungsanweisung auf ein abstraktes Schuldversprechen (OLG Hamm, Beschluss vom 8.11.2001 – 15 W 209/01 –)	208
17. Bewertung von Verzichtserklärungen in einem beurkundeten Umwandlungsvorgang (OLG Hamm, Beschluss vom 6.12.2001 – 15 W 314/01 –)	210
<b>Öffentliches Recht</b>	
18. Vorkaufsrecht nach Art. 34 BayNatSchG (VGH München, Urteil vom 31.5.2001 – 9 B 99.2581)	212
<b>Steuerrecht</b>	
19. Drei-Objekt-Grenze gilt auch bei Errichtung von Wohnobjekten (BFH, Beschluss vom 10. Dezember 2001 – GrS 1/98 –)	217
20. Grunderwerbsteuer bei Eintritt in Generalübernehmervertrag (BFH, Beschluss vom 16.1.2002 – II R 16/00 –) mit Anmerkung <i>Gottwald</i>	219 221
21. Grunderwerbsteuer auf neben Kaufvertrag abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag (FG Düsseldorf, Urteil vom 25.7.2001 – 7 K 156/98 GE –)	222
22. Nießbrauchsverzicht als Schenkung (FG Hamburg, Urteil vom 10.10.2001 – III 71/01 –)	224
<b>Standesnachrichten</b>	226
<b>Sonstiges</b>	III
<b>Veranstaltungen</b>	III
<b>Neuerscheinungen</b>	IV

# 3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2002 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notare  
Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal  
Grafische Betriebe Manz und Mülhthaler GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München-Allach  
Gedruckt auf 100% chlorfrei gebleichten Faserstoffen

## ABHANDLUNG

### Marken- und firmenrechtliche Beratung bei der Unternehmensgründung

Von Notar *Dr. Lorenz Bülow*, Immenstadt i. Allg., und Rechtsanwalt *Dr. Patrick Baronikians<sup>1</sup>*, München

Im Rahmen der Gründungsberatung fragen die Beteiligten nicht selten nach Umfang und Reichweite der firmenrechtlichen Schutzwirkung der Handelsregistereintragung. Nicht weniger selten herrschen bei Gesellschaftern, Geschäftsführern und Einzelkaufleuten Fehlvorstellungen darüber, welche Wirkungen die Registereintragung insoweit entfaltet. Die Verfasser erläutern den handelsrechtlichen Schutz der Firma und zeigen unter komprimierter Schilderung der markenrechtlichen Rahmenbedingungen mögliche zusätzliche Schutzmaßnahmen auf.

#### A. Einführung

Bei der Gründung von Unternehmen wird auf die Wahl der Firma bzw. des Namens nicht selten große Mühe verwendet. Schließlich ist die Unternehmensbezeichnung – bei Geschäftslokalen häufig im wahrsten Sinne des Wortes – das Aushängeschild des Unternehmens und stellt einen erheblichen, wenn nicht sogar den wesentlichen Firmenwert dar<sup>2</sup>. Oft wird aber nicht geprüft, ob die gefundene Bezeichnung zu Kollisionen mit älteren Unternehmensbezeichnungen führt. Eine etwa vom „besser Berechtigten“ erzwungene sofortige Aufgabe der Bezeichnung aufgrund Verletzung älterer Kennzeichen kann zu einem erheblichen Schaden führen. Unternehmensgründern ist deshalb zu empfehlen, frühzeitig marken- und firmenrechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen, damit ausreichend Zeit für die Namenswahl verbleibt. Die nachfolgenden Ausführungen geben einen Einblick in die praktischen und rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Wahl und Schutz einer Unternehmensbezeichnung.

#### B. Für welche Unternehmen ist die Wahl ihrer Bezeichnung von Bedeutung?

Grundsätzlich sollte bei allen Neugründungen von Unternehmen sorgfältig auf die Wahl der Unternehmensbezeichnung geachtet werden. Geringere Bedeutung kommt dieser lediglich in folgenden Fällen zu:

- Soll das Unternehmen nicht nach außen auftreten, sondern zum Beispiel lediglich innerhalb des Konzerns bestimmte Funktionen erfüllen, ist die Wahl der Bezeichnung von geringerer Bedeutung. Es sollte aber jedenfalls darauf geachtet werden, eine Bezeichnung zu finden, die die Gesellschaft von den anderen Konzernteilen deutlich abgrenzt, also z.B. „XY Vermietungs GmbH“ in Abgrenzung zur „XY Grundbesitz GmbH“.
- Plant das Unternehmen, seine Waren oder Dienstleistungen nicht unter Verwendung der Firma anzubieten, sondern ausschließlich unter hiervon abweichenden Produktnamen, kommt der Unternehmensbezeichnung ebenfalls geringere Bedeutung zu. Als Beispiel ist etwa die *SCA HYGIENE PRODUCTS GmbH* zu nennen, die ihre Papiertaschentücher unter der Bezeichnung „Softis“ vertreibt. Auch in einem solchen Fall empfiehlt sich allerdings eine sorgfältige Recherche, um unnötige Auseinandersetzungen mit Inhabern älterer Kennzeichen zu vermeiden.
- Der Bedarf an Beratung bei Auswahl und Schutz der Bezeichnung ist darüber hinaus bei solchen Unternehmen gering, bei denen gesetzliche, insbesondere berufsrechtliche Vorgaben die Freiheit der Namenswahl beschränken, beispielsweise bei Ärzten<sup>3</sup>. Hier kann eine Individualisierung durch ein als Bildmarke schutzfähiges Logo empfehlenswert sein.

#### C. Wahl der Unternehmensbezeichnung

Wie schwierig es ist, eine gute Bezeichnung zu finden, zeigt sich daran, dass sich auf Namens- bzw. Markencreation spezialisierte Agenturen etabliert haben. Die Inanspruchnahme dieser Dienstleister kommt für kleinere Unternehmen i.d.R.

<sup>1</sup> Dr. Baronikians ist schwerpunktmäßig im Markenrecht tätig (Kanzlei *SchwarzKurtzeSchniewindKelwingWicke*, München).

<sup>2</sup> Vgl. zum Markenwert und dessen Beurteilung, u.a. *Kaeuffer*, Die Marke in Euro und Cent, Markenrecht 2000, 396 f.; *Berger*, Aspekte der Bewertung von Marken im Unternehmensvermögen, Markenrecht 1999, 271 ff.

<sup>3</sup> Vgl. D. I. Nr. 2 ff. der Musterberufsordnung.

aus Kostengründen nicht in Frage. Zu beachten ist, dass von Marken- und Werbeagenturen Namen häufig ausschließlich unter kreativen, nicht aber auch rechtlichen Gesichtspunkten ausgesucht werden. Insoweit ist insbesondere bei Komplettangeboten, die beispielsweise über das Internet angeboten werden und Bezeichnungsfindung, -schutz und -überwachung umfassen, eine kritische Prüfung des Angebots zu empfehlen<sup>4</sup>.

Die Namensfindung könnte in folgenden fünf Schritten erfolgen, wobei deren Reihenfolge unter Kostengesichtspunkten vorgeschlagen wird: Die ersten beiden Schritte verursachen keine oder nur geringfügige Kosten.

#### ● Schritt 1 (Er-)findung der Bezeichnung

Soll die Bezeichnung dazu dienen, den Geschäftsgegenstand zu erfassen und obendrein einprägsam sein, ist eine beschreibende Firma geeignet, also zum Beispiel „Wein und mehr“ für eine Weinhandlung. In rechtlicher Hinsicht gilt: Je beschreibender die Bezeichnung ist, desto unwahrscheinlicher ist eine Auseinandersetzung mit Dritten, da ein besonderes, andere ausschließendes Recht eines Dritten an rein beschreibenden Begriffen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Die Nachteile beschreibender Geschäftsbezeichnungen liegen in ihrer Verwechselbarkeit mit anderen Namen und der von ihnen ausgehenden Einengung auf eine bestimmte Branche. I.d.R. ist daher ein „starker“ Name vorzuziehen, der eine deutliche Abgrenzung zu Konkurrenten schafft. Ein solcher kann zum Beispiel ein bedeutungsloses, aber eingängiges Kunstwort sein, ein im Zusammenhang mit den angebotenen Produkten ungewöhnlicher Begriff oder ein Wortspiel.

#### ● Schritt 2 Domainprüfung

Internetauftritt und E-Mail-Adresse gehören heute nicht nur bei Unternehmen aus dem Informationsbereich zum Standard. Es ist deshalb möglichst frühzeitig zu recherchieren, ob die gewünschte Bezeichnung noch als Internetdomain frei ist. Eine solche Recherche kann kostenlos per Internet in den sogenannten „Whois“-Registern der Domainvergabe bestellt werden. Für deutsche Unternehmen sind insbesondere Internetdomains mit den Topleveldomains (also Endungen) „.de“, „.com“ und neuerdings auch „.info“ interessant<sup>5</sup>.

Ist die Domain bereits vergeben und wird sie darüber hinaus für eine Internetseite verwendet, kann dies auch Aufschluss über mögliche bestehende ältere Rechte an dem gewünschten Namen geben. Möglicherweise empfiehlt es sich (eventuell über einen Dritten) mit dem Domaininhaber Kontakt aufzunehmen und über den Erwerb der Domain zu verhandeln.

#### ● Schritt 3 Linguistische Prüfung

Ist eine Ausweitung der Geschäftstätigkeit auch in das Ausland denkbar, empfiehlt sich die Durchführung einer linguistischen Prüfung der gefundenen Bezeichnung, die von spezialisierten Markenrechercheunternehmen für i.d.R. unter € 500 angeboten werden. Ziel der linguistischen Prüfung ist es, herauszufinden, ob der gewünschte Name in einer anderen Sprache eine negative Bedeutung oder Konnotation hat. Be-

kannte Negativbeispiele sind der Mitsubishi „Pajero“, der im Spanischen eine obszöne Bedeutung hat, und der zunächst als „Silver Mist“ geplante Rolls-Royce, der aus naheliegenden Gründen schließlich von 1965–1980 als „Silver Shadow“ vertrieben wurde. Überprüft werden sollte auch die gute Aussprechbarkeit des Namens im Ausland.

#### ● Schritt 4 Überprüfung des Namens im Hinblick auf Handelsregisterrecht

Gemäß § 18 HGB muss die Firma zur Kennzeichnung geeignet und unterscheidungskräftig sein. Sie darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführend zu machen. Die Registergerichte legen der Beurteilung der firmenrechtlichen Zulässigkeit oft eine gutachtliche Stellungnahme der IHK zu Grunde und wenden in der Sache – aus dem Blickwinkel des Marken- und Wettbewerbsrechts betrachtet – die Vorschrift des § 18 HGB großzügig an. Die IHK prüft auch, ob es an demselben Ort bereits identische oder ähnliche eingetragene Firmen gibt (§ 30 HGB). Die Einholung einer Stellungnahme der IHK, die dem Registergericht mit der Registeranmeldung vorgelegt wird, ist daher in vielen Notariaten bewährte Praxis.

#### ● Schritt 5 Kennzeichenrechtliche Überprüfung

Die nun noch in Betracht kommenden Bezeichnungen sind darauf zu überprüfen, ob es ältere identische oder verwechslungsfähig ähnliche Kennzeichen gibt. Entsprechende Recherchen werden von verschiedenen Unternehmen angeboten. Die Kosten übersteigen je nach Umfang der Recherche und der hierfür aufgewandten Zeit € 500 i.d.R. nicht. Auswertung und Beurteilung der Markenrecherche sollten einem im Markenrecht erfahrenen Rechtsanwalt überlassen werden, da die Frage, ob im Einzelfall Verwechslungsgefahr vorliegt, nur bei Kenntnis der aktuellen einschlägigen Rechtsprechung zuverlässig beantwortet werden kann.

### D. Schutz der Bezeichnung

Der Schutz der Geschäftsbezeichnung kann sich aus verschiedenen Rechtsgrundlagen ergeben. Zu nennen sind das Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung gemäß § 5 MarkenG, das Namensrecht und Markenrecht.

#### I. Schutz der Firma gem. §§ 17 ff. HGB

Das Recht an einer bestimmten Firma ist zunächst nach den Bestimmungen des HGB geschützt. Jede neue Firma muss sich gem. § 30 Abs. 1 HGB von den am selben Ort bestehenden und in das Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen deutlich unterscheiden. Der Registerrichter holt zu dieser Frage nach Handelsregisterverfügung 23 ein Gutachten der Industrie- und Handelskammer ein. Bei unzulässigem Firmengebrauch kann das Registergericht gem. § 37 Abs. 1 HGB durch Androhung bzw. Festsetzung von Ordnungsgeld zur Unterlassung auffordern. Daneben kann jedermann, der durch den Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt wird, vom Verletzer gemäß § 37 Abs. 2 HGB Unterlassung verlangen. Das Gesetz bedient sich damit zum Schutz des öffentlichen Interesses an der Einhaltung des Firmenrechts im Geschäftsverkehr der Privaten<sup>6</sup>. Unbefugter Firmengebrauch im Sinne der Vorschrift liegt ausschließlich bei Verstößen gegen die Bestimmungen der §§ 17 ff. HGB

<sup>4</sup> Von Volker Bugdahl gibt es eine Vielzahl informativer Abhandlungen zum Thema Markennamensfindung. Neben Aufsätzen in der Zeitschrift „Markenrecht“ ist besonders sein Buch „Marken machen Märkte“, München, 1998, empfehlenswert, in dem auch weitere Fragen im Zusammenhang mit Marken fundiert, aber auch für den Laien verständlich erklärt werden.

<sup>5</sup> Die entsprechenden „Whois“-Register können unter den Internetadressen [www.denic.de](http://www.denic.de), [www.nic.com](http://www.nic.com) sowie [www.info.info](http://www.info.info) aufgerufen werden.

<sup>6</sup> Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage, § 37, Rdnr. 1.

und allen sonstigen firmenrechtlichen Bestimmungen vor<sup>7</sup>. § 37 HGB hat allerdings praktisch schon wegen seines örtlich beschränkten Schutzbereichs nur geringe Bedeutung.

## II. Namensschutz gem. § 12 BGB

Der Namensschutz des § 12 BGB wird extensiv angewandt, auch die Firma und sonstige Unternehmensbezeichnungen sollen Namensschutz genießen. Seit In-Kraft-Treten des Markengesetzes kommt dem Schutz nach § 12 BGB im geschäftlichen Verkehr aber nur noch geringe Bedeutung zu. Teilweise – wohl zu Recht – wird von einem Anwendungsvorrang des Markengesetzes, insbesondere § 15 MarkenG, für die Fälle ausgegangen, in denen der Tatbestand durch das Markengesetz geregelt wird<sup>8</sup>. Sofern § 12 BGB für anwendbar gehalten wird, wird bei den auch im Markengesetz geregelten Tatbeständen bei der Prüfung des § 12 BGB der jeweilige markenrechtliche Tatbestand mit berücksichtigt, so dass § 12 BGB zu keinem anderen Ergebnis führt als eine rein markenrechtliche Prüfung<sup>9</sup>. Der Namensschutz hat im geschäftlichen Verkehr damit nur hinsichtlich der Fallgruppe der Namensleugnung eine eigene Bedeutung. Eine Namensleugnung oder Namensbestreitung liegt dann vor, wenn jemand dem Namensträger das Recht zum Gebrauch des Namens bestreitet, also den Bestand des Namensrechts in Frage stellt. Dies kann ausdrücklich geschehen oder durch konkludente Handlungen, etwa das dauernde Benennen mit einem anderen Namen<sup>10</sup>. Bei Namensleugnung besteht ein Unterlassungs- sowie ein verschuldensabhängiger Schadensersatzanspruch.

## III. Schutz der geschäftlichen Bezeichnung (§ 5 MarkenG)

Als geschäftliche Bezeichnung werden gemäß § 5 MarkenG unter anderem die Firma eines Kaufmanns bzw. einer Personen- oder Kapitalgesellschaft geschützt.

### 1. Schutzvoraussetzung

Den Schutz nach § 5 MarkenG genießen nur solche Bezeichnungen, die unterscheidungskräftig sind. Unterscheidungskraft liegt vor, wenn die Bezeichnung eine ausreichende individuelle Eigenart besitzt, um den Verkehr die Kennzeichnung als einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstehen zu lassen<sup>11</sup>. Unternehmensbezeichnungen, die nicht unterscheidungskräftig sind, genießen nur dann Schutz, wenn sie Verkehrsgeltung haben<sup>12</sup>. Dies ist bei neuen Bezeichnungen i.d.R. ausgeschlossen.

Die Rechtsprechung ist bei der Annahme von Unterscheidungskraft großzügig. Schon eine geringe Abweichung von

den üblichen Angaben, etwa das Hinzufügen oder Weglassen von nicht ganz unwesentlichen Buchstaben können genügen. Auch die Mehrdeutigkeit einer Bezeichnung spricht gegen eine rein beschreibende Angabe. Als unterscheidungskräftig für die jeweils entsprechende Branche wurden beispielsweise bewertet: *Wach- und Schließ*<sup>13</sup>, *Blitzblank*<sup>14</sup> und *Garant-Möbel*<sup>15</sup>. Wegen fehlender Unterscheidungskraft wurden dagegen nicht anerkannt: *Management-Seminare*<sup>16</sup>, *alta moda*<sup>17</sup> und *Mitwohzentrale*<sup>18</sup>. Die Beispiele zeigen, dass die Rechtsprechung zur Unterscheidungskraft von Geschäftsbezeichnungen schwer verständlich ist, weshalb sich im konkreten Fall die Hinzuziehung eines Experten empfiehlt.

### 2. Zeitliche Grenze

Der Schutz des § 5 MarkenG entsteht – unabhängig von einer Registrierung – durch und mit der tatsächlichen Benutzungsaufnahme. Diese setzt „Benutzungshandlungen im Inland voraus, die auf den Beginn einer dauerhaften wirtschaftlichen Betätigung schließen lassen, ohne dass es dabei darauf ankommt, dass die Kennzeichnung bereits im Verkehr eine gewisse Anerkennung gefunden hat“<sup>19</sup>. Eine Benutzung kann beispielsweise bewiesen werden durch die Verwendung der Kennzeichnung auf Geschäftspapieren, die Anmietung von Büroräumen oder die Durchführung von Informationsveranstaltungen<sup>20</sup>. Auch die Eintragung im Handelsregister kann, wenn es danach zu einer dauernden wirtschaftlichen Betätigung kommt, ein Benutzungstatbestand sein<sup>21</sup>. Sie stellt aber keineswegs stets den Beginn der Benutzung dar. Andererseits beendet die Löschung einer Firma im Handelsregister auch nicht gleichzeitig den Kennzeichenschutz. Der Schutz endet vielmehr erst bei „endgültiger Aufgabe“<sup>22</sup>.

### 3. Räumliche Grenze

Der Schutzbereich der geschäftlichen Bezeichnung beschränkt sich auf den bestimmten abgrenzbaren Wirtschaftsraum, in dem man das jeweilige Unternehmen kennt und in dem noch mit seiner werbenden Tätigkeit gerechnet wird<sup>23</sup>. Dieser Bereich kann örtlich begrenzt sein. Dies ist beispielsweise bei kleineren Einzelhandelsbetrieben mit ausschließlich lokalem Kundenkreis der Fall. Der Schutzbereich kann sich aber auch über das gesamte Bundesgebiet erstrecken, wenn ein entsprechendes Ausdehnungspotenzial besteht, etwa bei größeren Fabrikationsbetrieben oder Internetunternehmen. Unternehmen, deren Tätigkeit nicht üblicherweise von vornherein örtlich begrenzt ist, wird ein Schutzbereich für die Weiterentwicklung zugestanden, der das Gebiet umfasst, das nach dem Gegenstand des Unternehmens und den jeweiligen Umständen nicht ganz fernliegend ist<sup>24</sup>. Exakte Feststellungen zu den räumlichen Grenzen des Schutzes aus einer geschäftlichen Bezeichnung sind im Vorhinein aber ebenso schwer zu treffen wie konkrete Aussagen zu den zeitlichen Grenzen.

<sup>7</sup> *Lieb/Krebs* in: MünchKomm, Handelsgesetzbuch, 1996, § 37, Rdnr. 42; a. A. *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Auflage, 2000, § 37, Rdnr. 5.

<sup>8</sup> *Goldmann*, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2000, Seite 280.

<sup>9</sup> *Soergel/Heinrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, 2000, § 12, Rdnr. 166.

<sup>10</sup> Vgl. ausführlich *Soergel/Heinrich*, § 12, Rdnr. 170 f.

<sup>11</sup> BGH NJW RR 1996, 230 – COTTON LINE.

<sup>12</sup> Wann von einer Durchsetzung innerhalb beteiligter Verkehrskreise gesprochen werden kann, ist sehr strittig und vom Einzelfall abhängig. Teilweise ließ die Rechtsprechung schon 15 % ausreichen, teilweise wurden mehr als 80 % gefordert (vgl. *Klaka* in *Althammer/Ströbele/Klaka*, MarkenG, 6. Auflage, 2000, § 4, Rdnr. 34, und *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 1998, § 4, Rdnr. 16 f.).

<sup>13</sup> BGH BB 1976, 58 – Wach- und Schließ.

<sup>14</sup> OLG Hamburg GRUR 1986, 475 – Blitzblank.

<sup>15</sup> BGH GRUR 1995, 156 – Garant-Möbel.

<sup>16</sup> BGH GRUR 1976, 254 – Management-Seminare.

<sup>17</sup> OLG Frankfurt WRP 1986, 339 – alta moda.

<sup>18</sup> OLG Frankfurt GRUR 1991, 251 – Mitwohzentrale.

<sup>19</sup> BGH NJW 1997, 2952, 2953 – GARONOR.

<sup>20</sup> Beispiele nach *Klaka* in *Althammer/Ströbele/Klaka*, § 5, Rdnr. 31.

<sup>21</sup> BGH NJW 1970, 997, 998 – Napoléon III.

<sup>22</sup> BGH BB 1985, 1932 – Hydair.

<sup>23</sup> BGHZ 24, 238, 243 – tabu I.

<sup>24</sup> BGH NJW 1985, 741 – consilia.

#### 4. Inhalt des Anspruchs aus dem Recht an einer geschäftlichen Bezeichnung

Gemäß § 15 MarkenG steht dem Inhaber einer geschäftlichen Bezeichnung ein verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch gegenüber solchen Dritten zu, die die geschäftliche Bezeichnung oder ein ähnliches Zeichen im geschäftlichen Verkehr unbefugt in einer Weise benutzen, die geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen. Wurde die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen, besteht auch ein Schadensersatz- sowie zu dessen Durchsetzung ein Auskunftsanspruch. In der Praxis kommt dem Schadensersatzanspruch im Vergleich zum Unterlassungsanspruch nur geringe Bedeutung zu, weil ein Schaden trotz der Möglichkeit der richterlichen Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO oft kaum dargelegt werden kann.

#### IV. Schutz der eingetragenen Marke (®)

Eine Unternehmensbezeichnung kann nicht nur als geschäftliche Bezeichnung gemäß § 5 MarkenG und namensrechtlich Schutz genießen, sondern auch als eingetragene Marke. Als Marke werden aber nur solche Zeichen geschützt, die zur Kennzeichnung von Waren und/oder Dienstleistungen verwendet werden. Die Eintragung einer Unternehmensbezeichnung als Marke ist deshalb grundsätzlich nur dann sinnvoll, wenn unter der gleichen Bezeichnung auch Waren und/oder Dienstleistungen angeboten werden sollen<sup>25</sup>.

Der Markeninhaber kann von Dritten, die das gleiche oder ähnliche Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren und/oder Dienstleistungen verwenden, Unterlassung und bei Verschulden Schadensersatz verlangen (§ 14 MarkenG). In der Praxis spielt der Schadensersatzanspruch allerdings gegenüber dem Unterlassungsanspruch aus den eben geschilderten Gründen (Nachweisproblematik) nur eine deutlich untergeordnete Rolle.

##### 1. Unterschiede zwischen Marke und Geschäftsbezeichnung bzw. Namensrecht

Der wesentliche Nachteil des Markenschutzes gegenüber dem Namens- bzw. dem Geschäftsbezeichnungsschutz ist, dass Anmeldung und Eintragung der Marke mit Kosten verbunden sind. Die Mindestgebühren des Deutschen Patent- und Markenamtes<sup>26</sup> (DPMA) für eine Marke belaufen sich beispielsweise gegenwärtig<sup>27</sup> auf € 300<sup>28</sup>. Marken werden für zunächst zehn Jahre eingetragen. Sie können aber beliebig oft verlängert werden, wobei die Verlängerungsgebühr des DPMA derzeit € 600 beträgt.

Gleichwohl ist eine Markenmeldung zumeist empfehlenswert. Denn Namensschutz und Schutz der geschäftlichen Be-

zeichnung können den Schutz, den eine Marke bietet, nicht in vollem Umfang ersetzen:

- Der Geschäftsbezeichnungs- und der Namensschutz beginnen mit der Benutzungsaufnahme, deren Nachweis häufig Schwierigkeiten bereitet. Bei der eingetragenen Marke beginnt der Schutz dagegen mit dem Tag der Anmeldung, der sich aus der Markenurkunde ergibt.
- Während der Kennzeichenschutz aufgrund eines Geschäftsbezeichnungsrechts bei Beendigung der Kennzeichenverwendung erlischt, kann eine Marke erst bei einer Nichtbenutzung innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraums von fünf Jahren gelöscht werden (sogenannter „Verfall“ gemäß § 49 MarkenG). Eine vorübergehende Nichtbenutzung führt also nicht zum Verlust des Rechts. Der Markeninhaber ist damit im Streitfall auch nicht auf einen lückenlosen Benutzungsnachweis angewiesen, der sich in der Praxis oft als schwierig erweist.

Wegen der fünfjährigen Benutzungsschonfrist ist es im Übrigen auch möglich und sinnvoll, Marken schon vor der Aufnahme der Geschäftstätigkeit anzumelden. Dies empfiehlt sich insbesondere, um anderen zuvorzukommen, die unmittelbar nach Bekanntwerden des neuen Firmennamens und noch vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit diesen als Marke für sich eintragen lassen, beispielsweise um sie zu überhöhten Preisen dem Firmengründer zum Kauf anzubieten.

- Marken genießen nicht nur in dem Gebiet Schutz, in dem sie auch tatsächlich benutzt werden, sondern innerhalb des gesamten Territoriums, für das sie eingetragen sind. Eine deutsche Marke gilt also auch in den Teilen Deutschlands, in denen sie nicht verwendet wird. Dies ist dann ein erheblicher Vorteil, wenn das Tätigkeitsgebiet nach und nach ausgeweitet wird. Beschränkt sich der Schutz der Unternehmensbezeichnung auf den Schutz für geschäftliche Bezeichnungen oder auf Namensrecht, droht dem expandierenden Unternehmen eine Kollision mit Konkurrenten, die ihre Tätigkeit in dem betreffenden Gebiet früher als das expandierende Unternehmen aufgenommen haben.
- Ein nicht zu unterschätzender Wert ist darüber hinaus, dass es sich bei der eingetragenen Marke um ein beurkundetes und im amtlichen Register eingetragenes Recht handelt. Dieser Vorteil zeigt sich insbesondere bei der (in Deutschland fakultativen) Verwendung des ®-Zeichens hinter einer eingetragenen Marke. Es vermittelt dem Auftritt nicht nur „Professionalität“, sondern es verdeutlicht auch Dritten, dass das Zeichen markenrechtlich geschützt ist und hilft so, unabsichtliche Kennzeichenrechtsverletzungen zu verhindern.

##### 2. Markenfähigkeit und Markenform

*„Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackungen sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“* (§ 3 Abs. 1 MarkenG)

Es gibt also keine Beschränkung auf bestimmte Markenformen. Möglich sind beispielsweise auch Hörmarken (so wäre etwa die „Intel inside“-Melodie schutzfähig) oder auch Geruchsmarken, wie „etwa der Geruch frisch geschnittenen Grases“ für Tennisbälle<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Hiervon abgesehen kann eine Markenmeldung allerdings auch dann sinnvoll sein, wenn die fünfjährige Benutzungsschonfrist gemäß § 26 Abs. 5 MarkenG in Anspruch genommen werden soll.

<sup>26</sup> Das Deutsche Patentamt wurde im November 1998 umbenannt in Deutsches Patent- und Markenamt, auch um die gestiegene Bedeutung des Markenrechts zum Ausdruck zu bringen.

<sup>27</sup> Im Laufe des Jahres 2002 beabsichtigt das Deutsche Patent- und Markenamt die Einführung eines elektronischen Anmeldeverfahrens. Die Kosten einer solchen Anmeldung sollen sich dann nur noch auf EUR 290,00 belaufen.

<sup>28</sup> Die Gebühren hängen von der Zahl der beanspruchten Waren- und/oder Dienstleistungsklassen ab. In den angegebenen Mindestgebühren sind jeweils drei Klassen enthalten. Darüber hinaus kann sich eine Anmeldung durch einen Antrag auf beschleunigte Prüfung verteuern.

<sup>29</sup> HABM WRP 1999, 681 – The Smell Of Fresh Cut Grass.



Alle Markenformen, insbesondere also auch die Grundformen (Wortmarken, Bildmarken oder deren Kombinationen, sogenannte Wort-/Bildmarken), sind eintragungsfähig, wenn sie die Schutzvoraussetzungen gemäß § 8 MarkenG erfüllen, d.h. insbesondere dann, wenn sie unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig für die Waren/Dienstleistungen sind, für die sie Schutz genießen sollen. Unter Unterscheidungskraft versteht man die Fähigkeit eines Zeichens, die Ware, für die es verwendet wird, von der Ware anderer Hersteller zu unterscheiden. Freihaltebedürftig sind solche Zeichen, die nicht monopolisiert werden sollen, weil der Verkehr ein berechtigtes Interesse an ihrer Verwendung hat. Häufig, aber nicht immer, fallen diese beiden sogenannten absoluten Schutzhindernisse zusammen. So ist beispielsweise der Begriff „Torte“ nicht geeignet, unter diesem Zeichen angebotene feine Backwaren von den feinen Backwaren anderer Hersteller zu unterscheiden. Das Deutsche Patent- und Markenamt würde die Anmeldung von „Torte“ als Wortmarke für die Ware „feine Backwaren“ deshalb wegen mangelnder Unterscheidungskraft zurückweisen. Darüber hinaus bestünde insoweit auch ein Freihaltebedürfnis, weil jedermann die Möglichkeit haben muss, bestimmte feine Backwaren als Torten zu bezeichnen. Wichtig ist – dies wird in Beanstandungen des DPMA bisweilen übersehen –, dass die absoluten Schutzhindernisse stets konkret bezogen auf die Waren und Dienstleistungen zu prüfen sind, für die das jeweilige Zeichen Schutz genießen soll. Aus diesem Grunde wäre „Torte“ beispielsweise für Computerhardware durchaus als Wortmarke eintragungsfähig.

Soweit im Hinblick auf die absoluten Schutzhindernisse möglich, ist die Anmeldung einer reinen Wortmarke vorzuziehen. Bestehen hier jedoch Bedenken, kann auf eine Wort-/Bildmarke ausgewichen werden, also beispielsweise das zu schützende Wort in einer besonders gearteten grafischen Gestaltung, wobei diese allerdings über eine schlichte Werbegrafik hinausgehen muss. Der Schutzbereich einer solchen Wort-/Bildmarke ist geringer als der einer reinen Wortmarke: Der Markeninhaber kann gegen Gestaltungen, die nicht verwechslungsfähig ähnlich sind, nicht erfolgreich vorgehen. Wichtig ist, dass im deutschen Recht eine Nachbesserung einer Markenmeldung, also beispielsweise die Ergänzung einer unzulässigen Wortmarkenmeldung um einen unterscheidungskräftigen Bildbestandteil, nicht möglich ist. Der Markenmelder geht also ggf. das Risiko ein, dass die Kosten für eine Wortmarkenmeldung vergebens aufgewendet sind. Im Einzelfall kann deshalb aus Kostengründen eine Wort-/Bildmarke vorzuziehen sein.

### 3. Markenmeldung

#### a. Die verschiedenen Markenregister

Markenschutz in Deutschland kann nicht nur durch eine Anmeldung einer Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt in München bzw. der Außenstelle in Jena erreicht werden. Vielmehr genießen auch die sogenannten Gemeinschaftsmarken, die bei dem *Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt* in *Alicante/Spanien* angemeldet werden, den gleichen Schutz. Darüber hinaus besteht für Inhaber einer ausländischen Marke die Möglichkeit, Markenschutz in Deutschland durch eine sogenannte internationale Registrierung (kurz IR-Marke) zu erlangen:

#### ● Deutsche Markenmeldung

Die Anmeldung einer deutschen Marke<sup>30</sup> ist dann sinnvoll, wenn der Markeninhaber seine Waren/Dienstleistungen aus-

schließlich in Deutschland anbietet und auch in Zukunft nur hier tätig sein möchte. Darüber hinaus empfiehlt sich die deutsche Markenmeldung, wenn das jeweilige Zeichen neben Deutschland in weiteren Ländern geschützt werden soll. Die deutsche Marke kann dann als Basismarke für eine IR-Marke<sup>31</sup> oder zur Begründung einer günstigen Priorität bei weiteren Markenmeldungen in anderen Ländern dienen<sup>32</sup>. Die Mindestgebühr für eine deutsche Marke beträgt wie schon erwähnt € 300. Das Amt benötigt für die Prüfung und Eintragung einer Marke, wenn sie nicht beanstandet wird, etwa vier bis sechs Monate.

#### ● Gemeinschaftsmarke

Bei dem *Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt* (kurz: „HABM“) in *Alicante/Spanien* können sogenannte Gemeinschaftsmarken angemeldet werden<sup>33</sup>.

Die Gemeinschaftsmarke verleiht Schutz in allen Ländern der EU. Dabei ist entscheidend, dass sie kein Bündel von nationalen Einzelmarken ist, sondern eine einheitliche Marke. Dies bedeutet, dass eine ältere Marke, die nur in einem der Länder der EU Schutz genießt, zur Löschung einer Gemeinschaftsmarke für alle Länder der EU führen kann. In solchen Fällen ist eine Umwandlung der Gemeinschaftsmarke in einzelne nationale Marken möglich (Art. 108 ff. GMVO). Dieses Verfahren ist aber aufwendig und teuer.

Zwischen Anmeldung und Eintragung einer Gemeinschaftsmarke vergeht üblicherweise mindestens ein Jahr. Die Mindestamtsgebühren für Anmeldung und Eintragung einer Gemeinschaftsmarke betragen € 2.075. Das HABM prüft Marken nicht nach nationalem Recht, sondern nach der Gemeinschaftsmarkenverordnung<sup>34</sup>. Da sowohl die Gemeinschaftsmarkenverordnung als auch das deutsche Markengesetz zur Umsetzung bzw. in Übereinstimmung mit der Markenrichtlinie<sup>35</sup> erlassen wurden, bestehen zwar weitgehende Übereinstimmungen. Es haben sich aber zwischenzeitlich Besonderheiten der jeweiligen Amtsverfahren bzw. in der jeweiligen Rechtsprechung (Bundespatentgericht und BGH auf der einen Seite bzw. EuG und EuGH auf der anderen Seite) entwickelt, die bei der Beurteilung, ob eine Gemeinschaftsmarkenmeldung sinnvoll ist, Berücksichtigung finden müssen.

#### ● IR-Marke<sup>36</sup>

Die sogenannte IR-Marke, die über die *Weltorganisation für das geistige Eigentum* in *Genf* (abgekürzt: OMPI oder WIPO)<sup>37</sup> beantragt wird, ist, anders als die Gemeinschaftsmarke, keine einheitliche Marke, sondern ein Markenbündel<sup>38</sup>. Der Antragsteller kann zu einem gegenüber einzelnen nationalen Markenmeldungen günstigen Preis Markenschutz in den Ländern beantragen, die den Abkommen über die IR-Marke, nämlich dem *Madriider* Markenabkommen

<sup>31</sup> Vgl. die nachfolgenden Ausführungen zur IR-Marke.

<sup>32</sup> Vgl. Artikel 4 A und C Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ).

<sup>33</sup> *Kersten/Bühling/Bartenbach*, 21. Auflage, Rdnr. 253; vgl. auch die Informationen auf der Internetseite des HABM [www.oami.eu.int](http://www.oami.eu.int).

<sup>34</sup> Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20.12.1993.

<sup>35</sup> Erste Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken vom 21.12.1998, 89/104/EWG.

<sup>36</sup> Vgl. auch die Informationen auf der Internetseite von OMPI [www.OMPI.int](http://www.OMPI.int).

<sup>37</sup> OMPI = *Organisation mondiale propriétaire industrielle*; WIPO = *World Intellectual Property Organization*.

<sup>38</sup> *Kersten/Bühling/Bartenbach*, 21. Auflage, Rdnr. 251.

<sup>30</sup> *Kersten/Bühling/Bartenbach*, 21. Auflage, Rdnr. 235, vgl. auch die Informationen auf der Internetseite des Deutschen Patent- und Markenamtes [www.dpma.de](http://www.dpma.de).

(MMA) bzw. dem Protokoll zum *Madriider* Markenabkommen (PMMA) beigetreten sind. Gegenwärtig sind dies 68 Länder<sup>39</sup>, wobei u.a. die USA und Kanada bislang nicht dazu gehören. Dort kann Markenschutz deshalb nur durch eine nationale Anmeldung erlangt werden.

Voraussetzung für eine IR-Marke ist die Inhaberschaft einer entsprechenden nationalen Marke aus einem der Mitgliedsländer von MMA oder PMMA, d. h. zum Beispiel einer beim DPMA eingetragenen Marke. Die internationale Marke baut auf einer solchen sogenannten Basismarke auf. Es wird also in den beanspruchten Ländern eine mit der Basismarke inhaltsgleiche Marke geschützt<sup>40</sup>.

Die Registrierung einer internationalen Marke durch OMPI erfolgt innerhalb einiger Monate. Da die IR-Marke aber nur ein Bündel einzelner Marken ist, haben die Markenämter der Länder, in denen das jeweilige Zeichen Schutz genießen soll, zwischen 12 und 18 Monaten Gelegenheit, zu prüfen, ob nach den nationalen Gesetzen der Schutz gewährt werden kann. Verweigert eines der Markenämter den Schutz endgültig, hat dies keine Auswirkung auf den Schutz in den übrigen Ländern. Die Kosten für eine internationale Marke hängen von der Zahl der Länder ab, in denen sie gelten soll. So kostet beispielsweise die Erstreckung einer deutschen Marke auf die Länder Österreich, Schweiz und Italien rund € 700. Wird zusätzlich auch Schutz in Polen und Frankreich begehrt, belaufen sich die Kosten auf insgesamt rund € 850.

#### b) Markenmeldung und Eintragungsverfahren

Für die Anmeldung einer Marke stellen die jeweiligen Markenämter u.a. über das Internet kostenlos Formulare mit zumeist gut verständlichen Ausfüllhinweisen zur Verfügung<sup>41</sup>. Die Verwendung dieser Formulare ist zwar nicht vorgeschrieben, aber allgemein üblich und sinnvoll, weil sie das Anmeldeverfahren erleichtert. Als Anlage ist dem Beitrag ein als Muster ausgefülltes Formular einer deutschen Markenmeldung beigelegt: Die Sultan Fahrrad GmbH i. G. hat den Notar, der ihre Gesellschaftsgründung beurkundet hat, beauftragt, den Namen „Sultan“ als Marke schützen zu lassen. Zum besseren Verständnis der Musteranmeldung „Sultan“ sollen nachstehende Hinweise dienen:

Zu Feld (8) des Anmeldeformulars, dem Verzeichnis der Waren/Dienstleistungen ist anzumerken: Sämtliche Waren und Dienstleistungen sind in Klassen unterteilt. In den meisten Ländern gilt die ebenfalls im Anhang zu diesem Beitrag abgedruckte sogenannte Klassifikation von *Nizza*, die seit 1.1.2002 in der 8. Fassung vorliegt. Die Waren und Dienstleistungen sind hiernach in insgesamt 45 Klassen (34 Warenklassen und 11 Dienstleistungsklassen) unterteilt. Bei einer

Markenmeldung müssen nicht ausschließlich die in der Klassifikation angegebenen Begriffe und auch nicht jeweils die ganzen Klassen angegeben werden. So wurde in der Musteranmeldung „Sultan“ in Klasse 12 nicht Schutz für „Fahrzeuge; Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser“ beantragt, sondern lediglich für „Fahrräder“. Dies kann sinnvoll sein, weil auf diesem Wege Konflikte mit dem etwaigen Inhaber einer ähnlichen Marke für „Fahrzeuge und Apparate zur Beförderung auf dem Wasser“ vermieden werden. Die Sultan Fahrrad GmbH möchte allerdings nicht nur Fahrräder mit dem Markenzeichen „Sultan“ vertreiben, sondern auch T-Shirts, Kopfbedeckungen und Sonnenbrillen. Die Anmeldung erfolgte deshalb neben der Klasse 12 auch für die Klassen 9 und 25.

Die Bestimmung der geeigneten Waren- und Dienstleistungsklassen erfordert die genaue Kenntnis der Benutzungspläne des Anmelders sowie etwaiger älterer verwechslungsfähiger Zeichen: Eine Marke mit einem **zu schmalen** Waren- und Dienstleistungsverzeichnis kann ein „stumpfes Schwert“ sein, weil der Inhaber die Verwendung „seines“ Zeichens für andere als die geschützten Waren/Dienstleistungen nicht verhindern kann. Zu beachten ist, dass eine Marke **nicht** nachträglich um zusätzliche Klassen erweitert werden kann. Stellt sich heraus, dass das Zeichen für weitere Klassen geschützt werden muss, bleibt nur der teure Weg der **Anmeldung einer weiteren Marke** für die hinzutretenden Waren/Dienstleistungen. Im gegebenen Fall müsste die Sultan Fahrrad GmbH die Marke „Sultan“ nachträglich nochmals z.B. für die Klasse 9 und 25 anmelden, um außer für Fahrräder auch Schutz für die Waren T-Shirts, Kopfbedeckungen und Sonnenbrillen zu bewirken. Ein **zu weites** Waren- und Dienstleistungsverzeichnis führt dagegen möglicherweise zu unnötigen Auseinandersetzungen mit Dritten und verteuert darüber hinaus die Anmeldung, da die Kosten von der Zahl der beanspruchten Klassen abhängen.

Das DPMA bestätigt den Empfang der Markenmeldung in der Regel etwa drei Wochen nach Eingang. Wenn die Anmeldekosten in voller Höhe einbezahlt sind, wird die Anmeldung auf formelle Richtigkeit und die absoluten Schutzvoraussetzungen geprüft, also insbesondere festgestellt, ob Unterscheidungskraft und fehlendes Freihaltebedürfnis gegeben sind. Bestehen insoweit Bedenken, gibt das Amt dem Anmelder bzw. dessen Vertreter unter angemessener Fristsetzung Gelegenheit, Mängel nachzubessern oder eine abweichende Rechtsauffassung darzulegen (dem Notar fällt spontan die enge Verwandtschaft zur Zwischenverfügung auf). Können die Amtsbedenken ausgeräumt werden, übersendet das DPMA die Markenurkunde und veröffentlicht die neue Marke im Markenblatt. Andernfalls ergeht ein rechtsmittelfähiger Beschluss.

Ab Eintragung ist die Marke wirksam. Dritte mit vermeintlich älteren Markenrechten (sog. relative Gründe) können aber noch drei Monate ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung beim DPMA Widerspruch einlegen. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist kann eine Marke aus relativen Gründen nur noch durch Klage vor einem ordentlichen Gericht gelöscht werden. In dem im Anhang abgedruckten Musterschreiben wird der Markenmelder u.a. hierauf aufmerksam gemacht.

<sup>39</sup> Der jeweilige Mitgliederstand kann auf der Internetseite von OMPI abgerufen werden.

<sup>40</sup> Möglich ist auch eine hinsichtlich der Waren und Dienstleistungen eingeschränkte Erstreckung der Basismarke.

<sup>41</sup> Unter <http://www.dpma.de/formulare/w7005hilfe.html> findet sich beispielsweise ein interaktives Anmeldeformular für deutsche Marken mit Ausfüllhinweisen des DPMA.

## Anhang

### Klasseneinteilung von Waren- und Dienstleistungen gemäß der 8. Auflage der Klassifikation von Nizza

#### Klasse 1

Chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke; Kunstharze im Rohzustand, Kunststoffe im Rohzustand, Düngemittel; Feuerlöschmittel; Mittel zum Härten und Lötten von Metallen; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln; Gerbmittel, Klebstoffe für gewerbliche Zwecke.

#### Klasse 2

Farben, Firnisse, Lacke; Rostschutzmittel, Holzkonservierungsmittel; Färbemittel; Beizen; Naturharze im Rohzustand; Blattmetalle und Metalle in Pulverform für Maler, Dekorateure, Drucker und Künstler.

#### Klasse 3

Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel.

#### Klasse 4

Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Staubabsorbierungs-, Staubbenetzungs- und Staubbindemittel; Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe) und Leuchtstoffe; Kerzen und Dochte für Beleuchtungszwecke.

#### Klasse 5

Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide.

#### Klasse 6

Unedle Metalle und deren Legierungen; Baumaterialien aus Metall; transportable Bauten aus Metall; Schienenbaumaterial aus Metall; Kabel und Drähte aus Metall (nicht für elektrische Zwecke); Schlosserwaren und Kleineisenwaren; Metallrohre; Geldschränke; Waren aus Metall, soweit in Klasse 6 enthalten; Erze.

#### Klasse 7

Maschinen (Erläuterung erforderlich) und Werkzeugmaschinen; Motoren (ausgenommen Motoren für Landfahrzeuge); Kupplungen und Vorrichtungen zur Kraftübertragung (ausgenommen solche für Landfahrzeuge); nicht handbetätigte landwirtschaftliche Geräte; Brutapparate für Eier.

#### Klasse 8

Handbetätigte Werkzeuge und Geräte (Erläuterung erforderlich); Messerschmiedewaren, Gabeln und Löffel; Hieb- und Stichwaffen; Rasierapparate.

#### Klasse 9

Wissenschaftliche, Schifffahrts-, Vermessungs-, fotografische, Film-, optische, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs-

und Unterrichtsapparate und -instrumente; Apparate und Instrumente zum Leiten, Schalten, Umwandeln, Speichern, Regeln und Kontrollieren von Elektrizität; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computer; Feuerlöschgeräte.

#### Klasse 10

Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nähmaterial.

#### Klasse 11

Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräte; sanitäre Anlagen.

#### Klasse 12

Fahrzeuge; Apparate zur Beförderung auf dem Lande, in der Luft oder auf dem Wasser.

#### Klasse 13

Schusswaffen; Munition und Geschosse, Sprengstoffe; Feuerwerkskörper.

#### Klasse 14

Edelmetalle und deren Legierungen sowie daraus hergestellte oder damit plattierte Waren, soweit in Klasse 14 enthalten sind, Juwelierwaren, Schmuckwaren, Edelsteine; Uhren und Zeitmessinstrumente.

#### Klasse 15

Musikinstrumente.

#### Klasse 16

Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit in Klasse 16 enthalten; Druckereierzeugnisse; Buchbindeartikel; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff; soweit in Klasse 16 enthalten; Spielkarten; Drucklettern; Druckstöcke.

#### Klasse 17

Kautschuk, Guttapercha, Gummi, Asbest und Glimmer und Waren daraus, soweit in Klasse 17 enthalten; Waren aus Kunststoffen (Halbfabrikate); Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial; Schläuche (nicht aus Metall).

#### Klasse 18

Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit in Klasse 18 enthalten; Häute und Felle; Reise- und Handkoffer; Regen- und Sonnenschirme; Spazierstöcke; Peitschen; Pferdegeschirre und Sattlerwaren.

#### Klasse 19

Baumaterialien; Rohre für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen; transportable Bauten; Denkmäler (alle Waren nicht aus Metall).

**Klasse 20**

Möbel, Spiegel, Rahmen; Waren, soweit in Klasse 20 enthalten, aus Holz, Kork, Rohr, Binsen, Weide, Horn, Knochen, Elfenbein, Fischbein, Schildplatt, Bernstein, Perlmutter, Meeresschaum und deren Ersatzstoffe oder aus Kunststoffen.

**Klasse 21**

Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder plattiert); Käbme und Schwämme; Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlspäne; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan, Steingut, soweit in Klasse 21 enthalten.

**Klasse 22**

Seile, Bindfaden, Netze, Zelte, Planen, Segel, Säcke (soweit in Klasse 22 enthalten); Polsterfüllstoffe (außer Kautschuk oder Kunststoffen); rohe Gespinnstfasern.

**Klasse 23**

Garne und Fäden für textile Zwecke.

**Klasse 24**

Webstoff und Textilwaren, soweit in Klasse 24 enthalten; Bett- und Tischdecken.

**Klasse 25**

Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren.

**Klasse 26**

Spitzen und Stickereien, Bänder und Schnürbänder; Knöpfe, Haken, Ösen, Nadeln; Künstliche Blumen.

**Klasse 27**

Teppiche, Fußmatten, Matten, Linoleum und andere Bodenbelege; Tapeten (ausgenommen aus textilem Material).

**Klasse 28**

Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten; Christbaumschmuck.

**Klasse 29**

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees); Konfitüren, Kompotte; Eier, Milch, Milchprodukte; Speiseöle und -fette.

**Klasse 30**

Kaffee, Tee, Kakao; Zucker; Reis; Tapioka; Sago; Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz; Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühlis.

**Klasse 31**

Land-, garten- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse sowie Samenkörner, soweit in Klasse 31 enthalten; lebende Tiere; frisches Obst und Gemüse; Sämereien, lebende Pflanzen und natürliche Blumen; Futtermittel, Malz.

**Klasse 32**

Biere; Mineralwasser und kohlenstoffhaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken.

**Klasse 33**

Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere).

**Klasse 34**

Tabak; Raucherartikel; Streichhölzer.

**Klasse 35**

Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten.

**Klasse 36**

Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen.

**Klasse 37**

Bauwesen; Reparaturwesen (Erläuterung erforderlich); Installationsarbeiten.

**Klasse 38**

Telekommunikation.

**Klasse 39**

Transportwesen; Verpackung und Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen.

**Klasse 40**

Materialbearbeitung.

**Klasse 41**

Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten.

**Klasse 42**

Wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen; industrielle Analyse und Forschungsdienstleistungen; Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und -software; Rechtsberatung und -vertretung.

**Klasse 43**

Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen.

**Klasse 44**

Medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen, Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere; Dienstleistungen im Bereich der Land-, Garten- und Forstwirtschaft.

**Klasse 45**

Persönliche und soziale Dienstleistungen betreffend individuelle Bedürfnisse; Sicherheitsdienste zum Schutz von Sachwerten oder Personen.

## Anhang

**Markenanmeldung Nr. \_\_\_\_\_ – „\_\_\_\_\_“**

**hier: Markenurkunde**

Sehr geehrte \_\_\_\_\_,

ich freue mich, Ihnen mitteilen zu können, dass das Deutsche Patent- und Markenamt Ihre Marke „\_\_\_\_\_“ inzwischen eingetragen hat. Anbei übersende ich Ihnen das Original der Markenurkunde. Bitte bewahren Sie dieses wertvolle Dokument gut geschützt auf.

Im Zusammenhang mit der Marke weise ich auf Folgendes hin:

### 1. Widerspruch

Innerhalb einer Frist von drei Monaten ab dem Tag der Veröffentlichung, also bis zum

\_\_\_\_\_,

können Dritte mit der Behauptung, ein älteres Markenrecht zu besitzen, Widerspruch gegen die Marke einlegen. Das Amt wird uns ggf. hiervon unterrichten.

Nach Ablauf der Widerspruchsfrist ist ein Vorgehen von Inhabern angeblich älterer Rechte gegen die Marke eher unwahrscheinlich, denn derjenige, der sein Markenrecht verteidigt, geht gewöhnlich so schnell und kostengünstig wie möglich und deshalb über den Weg des amtlichen Widerspruchsverfahrens vor. Gleichwohl kann auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist ein Dritter mit einem angeblich besseren Recht auf Löschung der Marke „\_\_\_\_\_“ klagen.

### 2. Benutzungsschonfrist

Für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Marke, also bis zum

\_\_\_\_\_,

besteht die sogenannte Benutzungsschonfrist. Die Marke ist in dieser Zeit voll wirksam, auch wenn sie nicht oder nicht für alle angemeldeten Waren und Dienstleistungen benutzt wird. Nach Ablauf der Benutzungsschonfrist ist es für den Erhalt der Marke unbedingt erforderlich, dass diese auch tatsächlich ernsthaft benutzt wird und die Benutzung auch nachgewiesen werden kann (hierzu sogleich). Sollten Sie die Benutzung daher nicht umgehend aufnehmen, empfehle ich Ihnen, die vorstehend genannte Frist zu notieren.

### 3. Benutzungsform

Es ist entscheidend, dass die Marke in „rechtserhaltender Weise“ benutzt wird. Am sichersten wird dies gewährleistet, wenn die Marke in unveränderter Form und nicht in Verbindung mit anderen Kennzeichen verwendet wird. In bestimmtem Umfang lässt die Rechtsprechung aber auch Veränderungen sowie Kombinationen mit anderen Zeichen zu. Sollten Sie eine Änderung gegenüber der eingetragenen Form beabsichtigen, ist zu empfehlen, die neue Form vorab zu überprüfen.

### 4. Verwendung des ®-Symbols

In Deutschland ist die Verwendung des Symbols ® nicht Voraussetzung für den Markenschutz. Es empfiehlt sich aber trotzdem, Marken im geschäftlichen Verkehr mit diesem Zeichen zu versehen, da dadurch Dritten signalisiert wird, dass das Zeichen als Marke geschützt ist.

## 5. Schutzerstreckung auf weitere Länder

Deutschland ist Mitglied des Madrider Markenabkommens. Dieses ermöglicht Ihnen, einen der deutschen Marke entsprechenden Schutz auch in weiteren Ländern kostengünstig zu erlangen. Anbei übersenden wir Ihnen eine Auflistung der Länder, die gegenwärtig über eine entsprechende Anmeldung erreicht werden können. Sollten Sie an einem internationalem Schutz Ihrer Marke interessiert sein, bin ich Ihnen hierbei gerne behilflich.

## 6. Markenüberwachung

Das Deutsche Patent- und Markenamt prüft nicht, ob es ältere ähnliche Marken gibt. Es obliegt vielmehr dem Inhaber einer Marke selbst, sein Recht gegenüber jüngeren Zeichen durch Widerspruch bzw. Abmahnung und/oder Klage zu verteidigen.

Es ist deshalb ratsam, regelmäßig zu überwachen, ob eine Marke durch jüngere Zeichen verletzt wird. Spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien bieten zu diesem Zweck einen Überwachungsservice an, der Sie laufend auf relevante neue Zeichen (eingetragene Marken und/oder Firmen) aufmerksam macht.

## 7. Veränderung der Registerangaben

Die in der Markenurkunde genannten Angaben sind unseres Erachtens korrekt. Bitte prüfen Sie diese aber noch einmal. Sollte eine Unrichtigkeit bestehen oder sich zukünftig eine Änderung ergeben, also z. B. eine neue Anschrift, bitte ich um entsprechende Mitteilung. Ich werde sodann eine Korrektur des Registerintrags veranlassen.

## 8. Warnung vor „Registerschwindlern“

Die Amtsgebühren für die Marke sind bereits bezahlt, so dass gegenwärtig mit keinen weiteren Gebühren zu rechnen ist. Bisweilen erhalten Inhaber neuer Marken aber Zahlungsaufforderungen von **unseriösen Firmen** (sog. Registerschwindlern) für gar keine oder wertlose Leistungen. Die Gestaltung dieser Rechnungen oder Angebote erweckt den Schein amtlicher Tätigkeit. Sollten Sie im Zusammenhang mit Ihrer Marke eine Rechnung erhalten, empfehle ich Ihnen, diese **nicht zu bezahlen**. Gerne können Sie mir die entsprechende Rechnung zur Prüfung zuleiten.

## 9. Schutzdauer

Die Schutzdauer Ihrer Marke beträgt zehn Jahre ab Ablauf des Monats, in dem die Anmeldung erfolgte. Der Markenschutz endet also am

\_\_\_\_\_.

Es ist möglich, die Schutzdauer – beliebig oft – um jeweils zehn weitere Jahre zu verlängern. Die hierfür anfallenden Gebühren sind im letzten Jahr der Schutzdauer zu entrichten. Bitte merken Sie sich den Ablauf der Schutzdauer unbedingt vor.

Für Rückfragen im Zusammenhang mit Ihrer Marke stehe ich Ihnen stets gerne zur Verfügung. Nach Ablauf der Dreimonatsfrist (siehe Ziffer 1) werde ich Kontakt mit dem Deutschen Patent- und Markenamt aufnehmen und klären, ob von dritter Seite Widerspruch erhoben wurde und Sie ggf. hiervon unterrichten.

Mit freundlichen Grüßen

Notar/-in

Anlage

Original der Markenurkunde

An das  
**Deutsche Patent- und Markenamt**  
**Markenabteilungen**  
 81534 München

**DEUTSCHES PATENT- UND MARKENAMT**

Bitte beachten Sie die Hinweise zum Ausfüllen dieses Formulars auch im Internet (<http://www.dpma.de>)  
 Schraffierte Felder werden vom Deutschen Patent- und Markenamt ausgefüllt

(1) Name/Firma Str./Haus-Nr. PLZ/Ort ggf. Postf.	<b>Sendungen des Deutschen Patent- und Markenamts sind zu richten an:</b> Notariat Martin Muster Wittelsbacher Platz 27  80333 München	<b>Anmeldung zur                  Eintragung einer                  Marke in das                  Register</b>	<b>3</b>
		<input checked="" type="checkbox"/> TELEFAX vorab am 23.04.2002	
	Aktenzeichen		
(2) Zeichen des Anmelders/Vertreters (max. 20 Stellen) mm/pb-1088-02	Telefon-Nr. des Anm./Vertr. 089/2866 - 352	Telefax-Nr. des Anm./Vertr. 089/2866 - 100	Datum 23.04.2002
(3) Der obengenannte Empfänger in Feld (1) ist <input type="checkbox"/> Anmelder <input checked="" type="checkbox"/> Zustellungsbevollmächtigter <input checked="" type="checkbox"/> Vertreter	ggf. Nr. der Allgemeinen Vollmacht		
(4) Name/Firma Str./Haus-Nr. PLZ/Ort ggf. Postf., wenn abwei- chend Von Feld (1)	<b>Anmelder</b> Sultan GmbH i.G. Industriestraße 4 85604 Zorneding	<b>Vertreter</b> siehe Feld (1)	
	Anmeldercode-Nr.	Vertretercode-Nr.	Zustelladresscode-Nr.
(5) <b>Wiedergabe der Marke</b> Sultan	<input type="checkbox"/> siehe Anlage <input type="checkbox"/> Farbige Eintragung mit folgenden Farben: <span style="float: right;"><input type="checkbox"/> Eintragung schwarz/weiß</span>		
(6) <b>Zur Markenform werden folgende Angaben gemacht</b> (bitte nur ein Feld ankreuzen):	<input checked="" type="checkbox"/> Wortmarke (in der vom Patent- und Markenamt verwendeten Druckschrift) <input type="checkbox"/> Dreidimensionale Marke <input type="checkbox"/> Bildmarke; Wort-/Bildmarke (in der vom Anmelder gewählten graphischen Wiedergabe) <input type="checkbox"/> Hörmarke <input type="checkbox"/> Sonstige Markenform <input type="checkbox"/> Kennfadenmarke		
(7) <input type="checkbox"/> <b>Antrag auf beschleunigte Prüfung nach § 38 Markengesetz</b> (gebührenpflichtig)			
(8) <b>Verzeichnis der Waren/Dienstleistungen</b> (in der Reihenfolge der Klasseneinteilung geordnet) <input type="checkbox"/> siehe Anlage	Klasse:                      Bezeichnung: 9                                  Sonnenbrillen 12                                Fahrräder 25                                Bekleidung, Kopfbedeckungen  Leitklassenvorschlag des Anmelders:		
(9) <input type="checkbox"/> <b>Es wird die Eintragung als Kollektivmarke (§§ 97 ff. Markengesetz) beantragt</b>			
(10) <b>Priorität</b> <input type="checkbox"/> ausländische Priorität (Datum, Staat, Aktenzeichen) <input type="checkbox"/> Ausstellungspriorität (Bezeichnung d. Ausstellung, Messe und Tag der erstmaligen Zurschaustellung)			
(11) <input type="checkbox"/> <b>Die Anmeldung wird auf Artikel 6 quinquies der PVÜ (Telle-quelle-Marke) gestützt</b>			
(12) <b>Gebühreuzahlung</b>	<input type="checkbox"/> Erteilung einer <b>Einzugsermächtigung</b> von einem Inlandskonto ( <b>A 9507</b> ) ist beigefügt <input checked="" type="checkbox"/> <b>Überweisung</b> auf ein Konto der Zahlstelle (nach Erhalt der Empfangsbescheinigung) <input type="checkbox"/> <b>Abbuchung</b> von meinem/unserem Abbuchungskonto bei der Dresdner Bank AG, München <b>Abbuchungsauftrag (V 1244)</b> ist beigefügt		
Erläuterung und Kostenhinweise s. Rückseite	EUR    300,00                      Anmeldegebühr (einschl. bis zu 3 Klassen) EUR                                      Klassengebühr(en) (für jede weitere ab der vierten Klasse) EUR                                      Beschleunigungsgebühr  EUR    300,00 <b>Insgesamt</b>		
Die Gebühren sind <b>innerhalb von 3 Monaten</b> nach Einreichung der Anmeldung zu zahlen (siehe Kostenhinweise)			

**Anlagen**

- |   |   |
|---|---|
| 1. <input type="checkbox"/> Vier übereinstimmende zweidimensionale graphische Wiedergaben der Marke (außer bei der Anmeldung einer Wortmarke)<br>2. <input type="checkbox"/> Klangliche Wiedergabe bei Anmeldung der Hörmarke<br>3. <input type="checkbox"/> Beschreibung der Marke<br>4. <input type="checkbox"/> Verzeichnis der Waren/Dienstleistungen (sofern die Aufzählung Nicht bereits in Feld 8 wiedergegeben ist) | 5. <input type="checkbox"/> Markensatzung (bei<br>6. <input type="checkbox"/> Prioritätsbescheinigung<br>7. <input type="checkbox"/> Vertretervollmacht<br>8. <input type="checkbox"/> Einzugsermächtigung<br>9. <input type="checkbox"/> Abbuchungsauftrag<br>10. <input type="checkbox"/> |
|---|---|

W 7005 (o) 1.02

\_\_\_\_\_  
 Unterschrift(en) (ggf. Firmenstempel)

## KURZE BEITRÄGE

## Verwendung der privaten Rente für das Eigenheim – Die Regelungen des Altersvermögensgesetzes betreffend die Verwendung des Altersvorsorgekapitals für eine eigenen Wohnzwecken dienende Wohnung („modifiziertes Entnahmemodell“)\*

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dr. *Andreas Nachreiner*, München

Die Rentenreform war präsentestes politisches Thema des letzten Jahres. Die nunmehr verabschiedeten gesetzlichen Regelungen sind im Detail kompliziert. Der folgende Beitrag gibt einen kurzen Überblick über das System der Förderung der privaten Altersvorsorge, die Teil der Rentenreform<sup>1</sup> ist, und behandelt insbesondere die Regelungen betreffend die Förderung eines Eigenheims. Zukunftsgerichtete Überlegungen werden hinsichtlich des Einsatzes von Grundpfandrechten zur Absicherung der Rückzahlungsverpflichtungen bei zweckwidriger Verwendung der erhaltenen Fördermittel angestellt.

### I. Einführung

Mit dem „Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz – AVmG)“<sup>2</sup> ist nach langem Hin und Her und einer schier endlosen Zahl von Änderungen und Nachbesserungen am ursprünglichen Gesetzesvorhaben die Rentenreform am 1.1.2002 in Kraft getreten<sup>3</sup>. Zentraler Bestandteil ist auch die Förderung der privaten Altersvorsorge als zukünftig zweites Standbein neben der gesetzlichen Rentenversicherung. Bis zuletzt war umstritten, ob und wie das selbstbewohnte Eigenheim, das für viele bereits jetzt eine Form der Altersvorsorge darstellt, in dem System privater Vorsorge und staatlicher Förderung Berücksichtigung finden kann. Das im Vermittlungsverfahren gefundene Ergebnis sieht folgendermaßen aus: Für die Anschaffung oder Herstellung des selbstbewohnten Hauses bzw. einer Eigentumswohnung kann von dem für die Altersvorsorge angesparten und durch staatliche Zulagen geförderten Kapital in bestimmten Grenzen ein Betrag entnommen werden, der bis zum Renteneintritt wieder zurückgeführt werden muss („Modifiziertes Entnahmemodell“). Das Eigenheim wird also nicht direkt gefördert, vielmehr kann die private Altersvorsorge zur Zwischenfinanzierung verwendet werden. Die entsprechenden Regelungen finden sich in den eingefügten §§ 92a und b EStG.

### II. Die Regelungen über die private Altersvorsorge im Allgemeinen

Die private Altersvorsorge ist freiwilliger Natur – der kurzzeitig diskutierte Zwang zur Privatvorsorge<sup>4</sup> wurde nicht verwirklicht. Ihre Förderung wird hauptsächlich im Einkommensteuergesetz geregelt. Dort wird u. a. ein neuer Abschnitt XI

mit der Überschrift „Altersvorsorgezulage“ eingefügt<sup>5</sup>. Neben der Änderung einiger anderer Gesetze wurde ein „Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen“<sup>6</sup> geschaffen. Weitere – hier nicht besprochene – Regelungen des AVmG betreffen die Neuerung des Betriebsrentenrechts (BetrAVG)<sup>7</sup>.

Grundsätzlich werden für private Altersvorsorgebeiträge staatliche Zulagen gewährt. Die Altersvorsorgebeiträge zuzüglich der Zulagen können in bestimmten Grenzen jedoch als Sonderausgaben im Rahmen der Einkommensbesteuerung abgezogen werden, wenn dies für den Steuerpflichtigen günstiger ist<sup>8</sup>. Ist die Zulage günstiger, scheidet der Sonderausgabenabzug aus<sup>9</sup>. Förderungsfähige Altersvorsorgebeiträge sind in § 82 EStG definiert: Es handelt sich dabei um Beiträge eines in der gesetzlichen Rentenversicherung Pflichtversicherten bzw. einer gemäß § 10a EStG n.F. gleichgestellten Person<sup>10</sup> zu Gunsten eines auf seinen Namen lautenden Altersvorsorgevertrages. Dieser muss gemäß § 5 des „Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetzes“ (hier abgekürzt: „AVVZertG“) vom Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen bzw. einer privaten Zertifizierungsstelle<sup>11</sup> zertifiziert sein, d. h. es muss festgestellt werden, dass die Vertragsbedingungen des Altersvorsorgevertrages den Anforderungen

<sup>5</sup> Art. 6 AVmG; im ursprünglichen Gesetzentwurf war die gesamte Regelung noch in § 10a EStG n.F. untergebracht, vgl. Art. 6 Nr. 4 der Gesetzentwürfe der Regierungsfractionen und der Bundesregierung, BT-Drs. 14/4595 und 14/5068

<sup>6</sup> Art. 7 AVmG.

<sup>7</sup> Vgl. den kurzen Hinweis im NJW-Wochenspiegel, Heft 23/2001 sowie *Reinecke*, NJW 2001, S. 3511 ff.

<sup>8</sup> Gemäß § 10a EStG n.F.; sog. Kombimodell, vgl. Begründung zu Art. 6 Nr. 4 AVmG, BT-Drs. 14/4595, S. 62. Die sog. „Günstigerprüfung“ ist in § 10a Abs. 2 EStG niedergelegt. Die Zulage ist im Fall des Sonderausgabenabzugs der tariflichen Einkommensteuer hinzuzurechnen, § 2 Abs. 6 S. 2 EStG n.F. Im Endeffekt findet dann keine staatliche Förderung mehr statt, da die Vorsorgebeiträge bei Auszahlung voll versteuert werden müssen, s. u.

<sup>9</sup> § 10a Abs. 2 S. 2 EStG n.F.

<sup>10</sup> Versicherungspflichtige nach dem Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte, gemeldete Arbeitslose und der zusammenveranlagte Ehegatte, wenn ein auf dessen Namen lautender Altersvorsorgevertrag besteht; vgl. *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1270 ff.

<sup>11</sup> Vgl. § 1 Abs. 4 i.V.m. §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 AVVZertG.

\* Der Beitrag wurde erstveröffentlicht in NJW 2001, S. 3517 ff. und geringfügig überarbeitet.

<sup>1</sup> Vgl. allgemein *Ruland*, NJW 2001, S. 3505 ff.

<sup>2</sup> BGBl. I 2001, S. 1310.

<sup>3</sup> Soweit nicht für einzelne Regelungen abweichende Termine gelten, Art. 24 Abs. 1 AVmG.

<sup>4</sup> Vgl. Begründung zu Art. 6 Nr. 4 des ursprünglichen Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 14/4595 und 14/5068, S. 62.



des AVVZertG entsprechen<sup>12</sup>. Dies setzt voraus, dass die Zertifizierungsvoraussetzungen des § 1 AVVZertG erfüllt sind, insbesondere dass die Auszahlung frühestens ab Vollendung des 60. Lebensjahres bzw. dem Beginn der gesetzlichen Altersrente<sup>13</sup> in Form einer lebenslangen Rente<sup>14</sup> erfolgt und dass die eingezahlten Beiträge nur in bestimmte Anlageformen angelegt werden<sup>15</sup>. In § 1 Abs. 1 S. 2 AVVZertG wird klargestellt, dass auch Verträge, die die Förderung selbst genutzten Wohnungseigentums ermöglichen, anerkannt werden können. Zulässige Anbieter von Altersvorsorgeverträgen sind Lebensversicherungsunternehmen, Kreditinstitute und Kapitalanlagegesellschaften mit Sitz im Inland bzw. im EU-Ausland, wenn sie die einschlägigen EU-Richtlinien erfüllen, sowie unter bestimmten Voraussetzungen mit Sitz außerhalb der EU<sup>16</sup>. Zu Altersvorsorgebeiträgen gehören u.a. auch die Zahlungen des Arbeitnehmers in einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung, wenn diese Einrichtungen eine lebenslange Altersversorgung gewährleisten<sup>17</sup>.

Die staatliche Zulage setzt sich aus einer Grund- und einer Kinderzulage zusammen<sup>18</sup>. Die Zulagen haben eine bestimmte Höhe, die bis zum Jahre 2008 im 2-Jahres-Rhythmus steigt<sup>19</sup>. Der Zulageberechtigte muss jedoch einen Mindesteigenbeitrag leisten, andernfalls die Zulage im Verhältnis der Vorsorgebeiträge zum Mindesteigenbetrag gekürzt wird<sup>20</sup>. Der Anspruch auf Zulage entsteht jeweils mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Altersvorsorgebeiträge abgeführt wurden<sup>21</sup>. Es ist ein Antragsverfahren bei der „zentralen Stelle“, nämlich der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA)<sup>22</sup>, durchzuführen<sup>23</sup>. Die zentrale Stelle veranlasst auch die Auszahlung der Zulagen<sup>24</sup>. Es ist möglich, über den Mindestbeitrag hinaus Vorsorgebeiträge für die Altersversorgung zu leisten. Diese führen dann nicht zu einer höheren Zulage; die Zulagebeträge sind fix. Beiträge plus Zulage können jedoch bis zu bestimmten Höchstsätzen<sup>25</sup> als Sonderausgaben abgezogen werden, wenn der daraus resultierende Steuervorteil höher ist als die Zulage. In diesem Fall wird aber die erhaltene

Zulage der Einkommensteuer hinzugerechnet<sup>26</sup>, so dass im Ergebnis die staatliche Förderung der privaten Altersvorsorge in dem aus dem Sonderausgabenabzug folgenden Steuervorteil besteht.

Bei schädlicher Verwendung des angesparten Vorsorgevermögens, nämlich bei Auszahlung in Abweichung von den Vorschriften über die Zertifizierung der Altersvorsorgeverträge (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5, 10 lit. c AVVZertG) oder entsprechend bei Beendigung der unbeschränkten Steuerpflicht des Zulageberechtigten<sup>27</sup>, sind die Zulagen und die etwaigen Steuervorteile aufgrund Sonderausgabenabzugs zurückzuzahlen<sup>28</sup>. Unklar ist, ob auch die Übertragung angesparten und geförderten Vorsorgekapitals eine schädliche Verwendung darstellt, da § 97 EStG zwar festlegt, dass das geförderte Altersvorsorgevermögen nicht übertragbar ist und gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 AVVZertG die „Übertragung von Forderungen oder Eigentumsrechten aus dem Vertrag“ ausgeschlossen sein muss, auf diese Vorschriften aber nicht in § 93 EStG (Schädliche Verwendung) Bezug genommen wird.

Die schädliche Verwendung ist vom Anbieter anzuzeigen<sup>29</sup> und die Rückzahlungsbeträge von diesem einzubehalten<sup>30</sup>. Der Anbieter des Vorsorgevertrages haftet gemäß § 96 Abs. 2 EStG n.F. als Gesamtschuldner neben dem Zulageempfänger für die Zulagen und die Sonderausgaben-Steuervorteile, die wegen seiner vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung zu Unrecht ausgezahlt, von ihm nicht einbehalten oder nicht zurückgezahlt worden sind. Diesbezüglich hat die zentrale Stelle Ermittlungsbefugnisse wie bei einer steuerlichen Außenprüfung<sup>31</sup>.

Die Leistungen aus Altersvorsorgeverträgen sind gemäß § 22 Nr. 5 S. 1 EStG n.F. im Zeitpunkt der Auszahlung beim Versorgungsberechtigten steuerbar<sup>32</sup>. Dies entspricht dem Prinzip der nachgelagerten Besteuerung, da durch die Zahlung der Zulage bzw. der Abzugsmöglichkeit der Beiträge als Sonderausgabe die eingezahlten Beträge (faktisch) steuerbefreit waren. Andersherum betrachtet ergibt sich daraus jedoch, dass in den Fällen, in denen die Eigenbeiträge so hoch sind, dass der Sonderausgabenabzug die Zulage übersteigt, im Endeffekt keine Förderung stattfindet, da nur eine Steuerfreistellung im Zeitpunkt der Einzahlung erfolgt, die Beiträge aber später (bei Auszahlung) in voller Höhe besteuert werden, so dass sich der Vorteil des Sonderausgabenabzugs neutralisiert<sup>33</sup>. Versteuert werden müssen im Falle einer schädlichen Verwendung die ausgezahlten Beträge abzüglich der Eigenbeiträge und der Förderbeträge<sup>34</sup>.

<sup>12</sup> § 1 Abs. 3 AVVZertG; das BMF kann durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über das Zertifizierungsverfahren treffen, § 6 AVVZertG.

<sup>13</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 2 AVVZertG.

<sup>14</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 4 AVVZertG.

<sup>15</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 7 AVVZertG.

<sup>16</sup> § 1 Abs. 2 S. 2 AVVZertG; die weiteren Voraussetzungen sind dargestellt bei *Risthaus*, BB 2001, S. 1269 f.

<sup>17</sup> § 82 Abs. 2 S. 1 EStG.

<sup>18</sup> § 83 EStG.

<sup>19</sup> Grundzulage: In den Jahren 2002/2003: 38 €, 2004/2005: 76 €, 2006/2007: 114 €, ab 2008: 154 € (§ 84 EStG); Kinderzulage für jedes kindergeldgeförderte Kind: 2002/2003: 46 €, 2004/2005: 92 €, 2006/2007: 138 €, ab 2008: 185 € (§ 85 EStG).

<sup>20</sup> Vgl. § 86 EStG: Danach beträgt der Mindesteigenbetrag in den Jahren 2002/2003 1%, 2004/2005 2%, 2006/2007 3% und ab 2008 4% der im jeweils vorangegangenen Kalenderjahr erzielten beitragspflichtigen Einnahmen i. S. d. SGB VI; Sondervorschriften für nicht pflichtversicherte Ehegatten in § 86 Abs. 2 EStG und für Versicherungspflichtige nach dem Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte in § 86 Abs. 3 EStG.

<sup>21</sup> § 88 EStG.

<sup>22</sup> Vgl. § 81 EStG.

<sup>23</sup> §§ 89 ff. EStG; *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1279 ff.

<sup>24</sup> § 90 Abs. 2 S. 1 EStG.

<sup>25</sup> in 2002/2003: 525 €, 2004/2005: 1.050 €, 2006/2007: 1.575 €, ab 2008: 2.100 €; Beiträge oberhalb dieser Grenzen sind aus versteuertem Einkommen zu zahlen, dafür ist bei Auszahlung nur der Ertragsanteil zu versteuern, § 22 Nr. 5 S. 2 i. V.m. Nr. 1 S. 3 lit. a EStG n.F.

<sup>26</sup> § 10 a Abs. 2 S. 1 EStG n.F.

<sup>27</sup> Vgl. § 95 EStG; *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1278.

<sup>28</sup> § 93 Abs. 1 EStG.

<sup>29</sup> § 94 Abs. 1 S. 1 EStG.

<sup>30</sup> § 94 Abs. 1 S. 3 EStG; *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1280.

<sup>31</sup> § 96 Abs. 4 EStG.

<sup>32</sup> Soweit die Altersvorsorge mit Beiträgen aufgebaut wurde, die nicht steuerbefreit waren bzw. nicht mit geförderten Beiträgen gebildet wurden, gelten S. 2 und 3.

<sup>33</sup> Die Gesetzesbegründung ist insofern irreführend, als sie auch den Sonderausgabenabzug als Maßnahme der steuerlichen Förderung bezeichnet vgl. BT-Drs. 14/4595, S. 62. Auch *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1275, berücksichtigt die Neutralisierung nicht, wenn sie den Sonderausgabenabzug für eine „nicht gerechtfertigte Förderung der Besserverdienenden“ hält.

<sup>34</sup> § 22 Nr. 5 S. 4 EStG n.F. Dies hat zur Folge, dass im Ergebnis die Eigenbeiträge und die Erträge aus dem Vorsorgevertrag versteuert werden müssen, da die Eigenbeiträge zwar von der nachgelagerten Besteuerung ausgenommen sind, die Zulagen bzw. die Steuervorteile aber zurückgezahlt werden müssen.

### III. Die Regelungen über die Verwendung von gefördertem Altersvorsorgekapital für eine eigenen Wohnzwecken dienende Wohnung (§§ 92a und 92b EStG n.F.)

Die nach den Neuregelungen geförderte Altersversorgung kann für die Anschaffung oder Herstellung eines zu eigenen Wohnzwecken dienenden Hauses oder einer Eigentumswohnung verwendet werden, vorausgesetzt, das Objekt ist im Inland belegen. Die Entnahme („Altersvorsorge-Eigenheimbetrag“) muss mindestens 10.000 und darf höchstens 50.000 € betragen<sup>35</sup>. Dass eine solche Entnahme möglich ist, ist Voraussetzung für die Zertifizierung des Vorsorgevertrages<sup>36</sup>.

Der entnommene Betrag ist vom Zulageberechtigten bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres, also bis zum regelmäßigen Rentenalter, in monatlich gleichen Raten jeweils am ersten Tag eines Monats zurückzuzahlen; Zinsen fallen nicht an. Die Rückzahlung muss spätestens im zweiten auf das Jahr der Verwendung folgenden Jahr beginnen. Bei Verwendung muss ein Altersvorsorgevertrag benannt werden, auf den die Rückzahlungen zu leisten sind; es muss sich dabei nicht um den Vertrag handeln, aus dem der Eigenheimbetrag entnommen wurde. Eine über die Monatsraten hinausgehende Rückzahlung ist zulässig<sup>37</sup>.

Dieses Konzept wurde „modifiziertes Entnahmemodell“ getauft. Es setzt voraus, dass der Eigenheim-Erwerber zunächst ausreichend Kapital für seine Altersvorsorge angesammelt hat. Er kann dieses dann für den Hauskauf bzw. -bau verwenden, muss es aber zurückzahlen. Er wird sozusagen sein eigener Schuldner. Die Ersparnis liegt in den Zinsen für das entnommene Kapital, bis zur vollständigen Rückführung entsteht aber freilich ein Ertragsverlust bei der privaten Altersversorgung. Außerdem wird die Rückführung der Entnahmebeträge nicht mehr staatlich gefördert. Die Entnahme ist also nur dann für ihn günstig, wenn der ersparte Zins höher ist als die Rendite in der Altersversorgung zuzüglich Zulagen, was in den meisten Fällen zweifelhaft sein dürfte. Wenn der Erwerber während der Rückführung weiterhin staatliche Förderung seiner Altersvorsorge in Anspruch nehmen will, muss er zusätzlich Beiträge in die Altersversorgung einzahlen. Diese Doppelbelastung dürfte aber für viele Normalverdiener nicht zu meistern sein. Fraglich ist schließlich auch, ob diese Form der Eigenfinanzierung von den kreditgebenden Banken als solche anerkannt wird<sup>38</sup>.

Die Entnahme ist bei der BfA unter Beifügung der „notwendigen Nachweise“ zu beantragen. Dabei sind die Verträge zu bestimmen, aus denen der Eigenheimbetrag entnommen wird und auf die die Rückzahlungen geleistet werden<sup>39</sup>. Daraufhin wird dem Berechtigten und den betroffenen Anbietern mitgeteilt, welche Beträge förderunschädlich ausgezahlt werden können und welche Beträge zurückzuzahlen sind<sup>40</sup>. Erst dann darf ausgezahlt werden<sup>41</sup>.

Eine Pflicht zur Rückzahlung der Förderbeträge entsteht, wenn

- a) der Zulageberechtigte mit der Rückzahlung von mehr als zwölf Monatsraten in Rückstand gerät<sup>42</sup>, was der Anbieter unverzüglich der BfA mitzuteilen hat<sup>43</sup>,
- b) wenn die Wohnung nicht nur vorübergehend nicht mehr eigenen Wohnzwecken dient, bevor der entnommene Betrag vollständig zurückgezahlt ist<sup>44</sup>, oder
- c) der Zulageberechtigte vorher verstirbt<sup>45</sup>.

Nicht schädlich ist es jedoch, wenn der nicht zurückgezahlte Eigenheimbetrag innerhalb eines Jahres für eine weitere eigengenutzte Wohnung verwendet oder zurückgezahlt wird<sup>46</sup>. Im Falle des Todes des Zulageberechtigten kann dessen Ehegatte mit der Rückzahlung fortfahren, wenn er Eigentümer der Wohnung wird, sie weiter zu eigenen Wohnzwecken nutzt und mit dem Verstorbenen zusammenveranlagt wurde<sup>47</sup>.

Der Rückzahlungsbetrag wird durch Rückforderungsbescheid festgesetzt und ist innerhalb eines Monats nach dessen Bekanntgabe zu entrichten<sup>48</sup>. Ein Einbehalt durch den Anbieter, wie er bei schädlicher Verwendung im Regelfall durch § 93 Abs. 1 EStG vorgesehen ist, ist nicht möglich, da die Rückzahlungspflicht erst nach Auszahlung festgestellt werden kann. Denkbar wäre, dass der Anbieter wenigstens die vom Kunden zurückgeführten Beträge oder, falls dieser noch einen weiteren Vorsorgevertrag hat, der nicht für die Finanzierung des Eigenheims verwendet wurde, dessen Anbieter den Rückforderungsbetrag einbehalten muss. Dies ist jedoch nicht vorgesehen, da in § 92b Abs. 5 EStG nur auf § 94 Abs. 2 EStG, nicht aber auf Abs. 1 verwiesen wird.

Bei gesetzeswidriger Verwendung der entnommenen Mittel werden der Auszahlungsbetrag abzüglich Eigenbeiträgen<sup>49</sup> und Zulagen<sup>50</sup> und darüber hinaus die Zinsersparnis für die entnommenen Mittel, die mit jährlich 5% des nicht zurückgezahlten Entnahmebetrages fingiert wird<sup>51</sup>, im Zeitpunkt der Entstehung des Rückforderungsanspruchs gemäß § 22 Nr. 5 S. 5 EStG n.F. der Einkommensteuer unterworfen. Eine Milderung des infolge der Besteuerung in einem Veranlagungszeitraum eintretenden Progressionsnachteils ist nicht vorgesehen.

### IV. Sicherungsbedürfnis bezüglich des Rückzahlungsanspruchs bei gesetzeswidriger Verwendung

Da die Rückzahlungsverpflichtung im Falle der schädlichen Verwendung des Entnahmebetrages bzw. bei nicht fristgerechter Rückzahlung nicht durch einen Einbehalt des Altersvorsorgevermögens durch den Anbieter gesichert wird bzw. werden kann, besteht ein Sicherungsbedürfnis. Dieses trifft primär den Staat, da dieser den Rückzahlungsanspruch hat. Sekundär aber wird auch der Anbieter des Vertrages berührt, aus dem der Eigenheimbetrag entnommen wurde, da er für die Förderbeträge neben dem Berechtigten als Gesamtschuldner haftet<sup>52</sup>. Im Innenverhältnis hat der Anbieter bei Inanspruchnahme als Haftungsschuldner einen Erstattungsanspruch gegen seinen Kunden.

<sup>35</sup> § 92a Abs. 1 EStG.

<sup>36</sup> § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 lit. c AVVZertG.

<sup>37</sup> § 92a Abs. 2 S. 3 EStG.

<sup>38</sup> Insgesamt kritisch gegenüber dem Entnahmemodell auch *Risthaus*, DB 2001, S. 1269/1281.

<sup>39</sup> § 92b Abs. 1 EStG.

<sup>40</sup> § 92b Abs. 2 EStG.

<sup>41</sup> § 92b Abs. 3 EStG.

<sup>42</sup> § 92a Abs. 3 EStG.

<sup>43</sup> § 92b Abs. 4 EStG.

<sup>44</sup> § 92a Abs. 4 S. 1 EStG.

<sup>45</sup> § 92a Abs. 4 S. 2 EStG.

<sup>46</sup> § 92a Abs. 4 S. 3 Nr. 1 und 2 EStG.

<sup>47</sup> § 92a Abs. 4 S. 3 Nr. 3 EStG.

<sup>48</sup> § 92b Abs. 5 S. 4 i.V.m. § 94 Abs. 2.

<sup>49</sup> Da diese bereits aus versteuertem Einkommen geleistet wurden.

<sup>50</sup> Da diese zusätzlich zurückgezahlt werden müssen.

<sup>51</sup> Da bei Kreditaufnahme die Zinsen aus versteuertem Einkommen hätten gezahlt werden müssen.

<sup>52</sup> S. o. II.; § 96 Abs. 2 EStG.

Für den staatlichen Rückforderungsanspruch ist das Sicherungsinteresse freilich geringer. Der Rückforderungsbetrag wird durch Verwaltungsakt festgesetzt, der ggf. vollstreckt werden kann, was zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek führen kann<sup>53</sup>. Dies setzt jedoch voraus, dass das finanzierte Objekt bzw. ein Ersatzobjekt beim Zulageempfänger noch vorhanden ist und dass keine anderen Belastungen vorgehen. Aus diesem Grund würde sich eine grundpfandrechtl. Sicherung des etwaigen Rückzahlungsanspruches bereits vor Genehmigung der Entnahme anbieten. Fraglich ist aber, ob diese möglich ist, wenn sie nicht im Einvernehmen mit dem Zulageempfänger erfolgt. Dagegen spricht jedenfalls, dass die gesetzlichen Neuregelungen dies nicht vorsehen, für diese belastende Maßnahme aber wohl eine gesetzliche Grundlage notwendig wäre. Bei Ermessensentscheidungen von Fall zu Fall besteht schnell die Gefahr einer unzulässigen Ungleichbehandlung.

Ungleich größer ist das Sicherungsinteresse hingegen beim auszahlenden Anbieter. Zwar haftet er für die Förderbeträge nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, die Voraussetzungen für die Annahme von grober Fahrlässigkeit sind jedoch völlig offen. Muss sich der Anbieter vergewissern, für welches Objekt die entnommenen Beträge verwendet werden? Oder genügt die behördliche Genehmigung? Muss er der Behörde im Laufe der Rückzahlung ihm bekannt gewordene Umstände über einen Zahlungsrückstand hinaus melden? Muss er die zurückgezählten Beträge vor Auszahlung als Rente doch einbehalten, auch wenn dies gesetzlich nicht vorgesehen ist? Außerdem ist der Anbieter gegenüber der staatlichen Haftungsforderung in der Klägerstellung, da er durch Haftungsbescheid in Anspruch genommen würde, gegen den er vorgehen müsste. Die spätere Regressmöglichkeit gegen seinen Kunden hilft ihm wenig, wenn dieser – ggf. nach einem langwierigen Regressprozess – über kein verwertbares Vermögen mehr verfügt.

Für den Anbieter bestehen daher unabschbare rechtliche und tatsächliche Risiken. Er wird gut daran tun, sich vor Auszahlung gegen einen Ausfall abzusichern. In bestimmten Fällen wird man sogar grobe Fahrlässigkeit und damit eine Haftung des Anbieters bejahen müssen, wenn er eine Absicherung nicht vornimmt, beispielsweise bei Auszahlung in Kenntnis, dass bei dem Kunden die Liquidität für die regelmäßige Rückzahlung nicht gesichert ist. Naheliegend ist eine Absicherung durch Bestellung eines Grundpfandrechts an dem Grundbesitz, der mithilfe der entnommenen Beträge finanziert wird. Die im Banken- und Versicherungsbereich übliche Grundschuld dürfte hier indes nur dann in Betracht kommen, wenn der Anbieter gegen seinen Kunden neben der etwaigen Regressforderung noch andere Ansprüche hat, z. B. aus Darlehen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass sich der Anbieter aufgrund der fehlenden Akzessorietät und durch entsprechende Ausgestaltung der Sicherungsabrede ein Sicherungsmittel beschaffen würde, das die Bonität des Kunden unnötig belastet und für dessen Weite kein Bedürfnis besteht. Im Regelfall wird daher unter Beachtung der Berücksichtigung auch der Interessen des Kunden die Hypothek, u. U. sogar als Sicherungshypothek<sup>54</sup>, das passendere Sicherungsmittel sein.

Die grundpfandrechtl. Sicherung des Auszahlungsbetrages ist nicht zuletzt auch im Interesse des Eigenheimerwerbers. Kann er nämlich den entnommenen Betrag nicht regelmäßig zurückzahlen oder wird die geförderte Wohnung

zwangsversteigert, würde er nicht nur seine Förderung, sondern auch seine Altersversorgung verlieren. Hauptzweck des AVmG ist aber gerade die angemessene Aufstockung der gesetzlichen Rente. Wird für die Rückzahlungspflicht ein Grundpfandrecht bestellt, ist die Rückzahlung des Entnahmebetrages gesichert mit der Folge, dass selbst bei Verlust des Eigenheims wenigstens die Altersversorgung bestehen bleibt.

## V. Gestaltungsvorschläge

Das weitest gehende Sicherungsinteresse ist das des Eigentümers. Während für den Fiskus nur die Rückzahlung der gewährten Zulagen bzw. des aufgrund des Sonderausgabenabzugs entstandenen Steuervorteils und für den Anbieter der Regressanspruch für eine etwaige Haftung abzusichern wäre, nützt dem Eigentümer nur die Absicherung des gesamten Entnahmebetrages, da er diesen vollständig zurückzahlen muss, um seiner geförderten Altersrente nicht verlustig zu gehen.

Der entnommene Betrag ist an den Anbieter zurückzuzahlen. Zur Sicherung dieses Anspruchs wäre daher ein Grundpfandrecht am geförderten Grundbesitz zu bestellen. Die Pflicht zur Rückzahlung des entnommenen Betrages dürfte im Regelfall auch bei zweckwidriger Verwendung nicht entfallen. Durch das Grundpfandrecht könnte zusätzlich der Rückgriffsanspruch aufgrund Inanspruchnahme des Anbieters im Haftungswege abgesichert werden. Eine zusätzliche Sicherung für den Staat würde sich dann erübrigen, weil er, wenn er den Rückzahlungsanspruch nicht direkt gegenüber dem Geförderten durchsetzen kann, den Anbieter auf Haftung in Anspruch nehmen kann, und dieser wiederum eine gesicherte Regressmöglichkeit hat.

### Formulierungsvorschlag:

Der Eigentümer hat mit dem Anbieter einen Altersvorsorgevertrag im Sinne des Gesetzes über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen abgeschlossen. Von dem angesparten Altersvorsorgekapital hat der Eigentümer für die Anschaffung bzw. Herstellung einer zu eigenen Wohnzwecken dienenden Wohnung einen Betrag in Höhe von x € (Altersvorsorge-Eigenheimbetrag) entnommen. Diesen Betrag hat der Eigentümer bis spätestens ... (Vollendung des 65. Lebensjahres des Eigentümers) gemäß § 92a Abs. 2 Einkommensteuergesetz zurückzuzahlen.

Der Anbieter haftet gemäß § 96 Abs. 2 Einkommensteuergesetz unter bestimmten Voraussetzungen als Gesamtschuldner neben dem Eigentümer für gewährte Zulagen und Steuervorteile, insbesondere wenn der Altersvorsorge-Eigenheimbetrag schädlich verwendet wurde oder nicht regelmäßig zurückgezahlt wird. Dieser mögliche Haftungsanspruch beläuft sich auf y €<sup>55</sup>. Im Falle der Inanspruchnahme als Haftungsschuldner hat der Anbieter einen Regressanspruch gegen den Eigentümer in gleicher Höhe.

Der Eigentümer bestellt hiermit für den Anbieter zur Sicherung der vorstehend näher bezeichneten Ansprüche eine Sicherungshypothek in Höhe von (x+y) € nebst z% Zinsen<sup>56</sup>. Er bewilligt und beantragt deren Eintragung am ... (Beschreibung des Pfandbesitzes und Rangbestimmungserklärungen).

<sup>53</sup> Vgl. Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, § 38, Rdnr. 86.

<sup>54</sup> Wegen der strengen Akzessorietät, vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 60. Aufl. (2001), § 1184, Rdnrn. 2 ff.

<sup>55</sup> Zulagen und Steuervorteile, die im entnommenen Betrag stecken.

<sup>56</sup> Im Altersvorsorgevertrag dürften i.d.R. Zinsregelungen hinsichtlich des Anspruchs auf Rückzahlung des entnommenen Betrages enthalten sein. Auf den Regressanspruch sind Zinsen in gesetzlicher Höhe zu zahlen, wenn nicht eine besondere vertragliche Regelung besteht. Der Zinsanspruch ist daher u. U. aufzuspalten.

## VI. Fazit

Die schwer verständlichen Neuregelungen über die Förderung der privaten Altersversorgung lassen in bestimmten Grenzen die Verwendung geförderten Vorsorgekapitals für selbstbewohntes (Wohn-)Eigentum zu, das jedoch bis zum Rentenbeginn zurückgezahlt werden muss. Das sog. „modifizierte Entnahmmodell“ ist indes wenig attraktiv. Verstößt der

Geförderte gegen die Voraussetzungen für die Entnahme solcher Beträge, entsteht ein Rückerstattungsanspruch bezüglich der Förderbeträge, für dessen Erfüllung der Anbieter des Vorsorgevertrages u. U. haftet. Daraus folgt für den Staat, insbesondere aber für den Anbieter aufgrund dessen gesamtschuldnerischer Haftung ein Sicherungsinteresse, das durch Eintragung eines Grundpfandrechtes auf dem geförderten Grundstück befriedigt werden kann und sollte. Eine solche Sicherung ist auch im Interesse des geförderten Eigentümers.

# Pflegeverpflichtung und Sozialhilferegress

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.9.2001 – V ZR 14/01 –<sup>1</sup>

von Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

Mit Urteil vom 21.9.2001 – V ZR 14/01 – hat der BGH entschieden, dass der Übernehmer, der sich in einem Übergabevertrag zur Pflege des Übergebers verpflichtet hat, dem Sozialhilfeträger bei späterer stationärer Pflege des Altenteilers die Heimkosten anteilig in der Höhe zu erstatten hat, in der er eigene Pflegeaufwendungen erspart. Der Autor würdigt diese Entscheidung kritisch und stellt ihre Auswirkungen auf die notarielle Belehrungspflicht und die Gestaltung von Übergabeverträgen dar.

## 1. Der steigende Einfluss des Sozialhilferechts auf die Vertragsgestaltung

Im Jahre 1992 veröffentlichte *Hans-Frieder Krauß* in dieser Zeitschrift einen viel beachteten, ja grundlegenden Aufsatz unter dem Titel „Überlassungen und Übergaben im Lichte des Sozialrechts“ (MittBayNot 1992, 77). Nun, was die sozialhilferechtlichen Probleme anbelangt, scheinen sich die Schatten zu vermehren, die dieses Rechtsgebiet auf die notarielle Vertragsgestaltung wirft: Die vielfach vereinbarten Rückerwerbsrechte, die bei einer Belastung eines verschenkten Grundstücks für den Schenker vereinbart werden, sollen dann nicht ausgeübt werden können, wenn die Belastung zur dinglichen Sicherung von darlehensweiser gewährter Sozialhilfe erfolgt, weil das Rückerwerbsverlangen dann sittenwidrig sei (VG Gießen DNotZ 2001, 784 m. Anm. J. Mayer). Die Ausschlagung eines Betreuers gegen Abfindungsleistung als „Reparaturmaßnahme“, wenn die Errichtung eines Behinderten-Testaments versäumt wurde, soll vormundschaftsgerichtlich nicht genehmigungsfähig, ja sittenwidrig sein, wenn dadurch der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die dem Sozialhilfempfänger hinterlassene Erbschaft verhindert wird (OLG Stuttgart NJW 2001, 3484). In die Tendenz dieser Entscheidungen, die die Rechte des Sozialhilfeträgers stärken, fügt sich die vorliegende Entscheidung des BGH nahtlos ein, die sich mit der Frage eines Sozialhilferegresses bezüglich der vereinbarten Wart- und Pflegeleistung bei einer Heimunterbringung des Übergebers befasst

## 2. Die Entscheidung

In dem Streitgegenständlichen Übergabevertrag war eine sehr weit gehende Verpflichtung der Übernehmerin gegenüber ihrem Vater zur Pflege und zur Erstattung von Kosten für Arzneimittel, Ärzte und Krankenhausaufenthalt vereinbart worden, bezüglich der genannten Kosten aber nur so weit, als diese von der gesetzlichen Krankenversicherung nicht getragen werden. Nach der Unterbringung des Vaters in einem Pflegeheim bezahlte der Sozialhilfeträger zunächst zwar die durch

die Rente nicht gedeckten Kosten, leitete aber die dem Vater zustehenden Rechte über und nahm die beklagte Tochter auf Erstattung von Pflegekosten in Höhe von 28.160,30 DM in Anspruch.

Das OLG Hamm als Vorinstanz hatte angenommen, bei der Unterbringung des Vaters im Pflegeheim werde die Tochter von sämtlichen ihrem Vater gegenüber übernommenen Verpflichtungen frei, weil der Vertrag keine ausdrückliche Regelung für den Fall der Heimunterbringung enthalte. Insoweit hatte es auch eine Auslegungsfähigkeit des Vertrags verneint.

Der BGH lehnte jedoch die Annahme einer solch eingeschränkten Leistungspflicht ab, weil die Auslegung der Vorinstanz darauf hinauslief, dass dann die Vertragspartner hinsichtlich der Verpflichtung zur Tragung der Heimkosten einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich des zuständigen Sozialhilfeträgers abgeschlossen hätten. Zudem verletze eine solche Auslegung auch die Interessenlage des Vaters. „Die Vorstellung, zum ‚Sozialfall‘ zu werden, ist in bürgerlichen Kreisen geradezu unerträglich.“ (Ziff. II 2 b der Urteilsgründe). Gerade um dies zu verhindern, würden bei der Übergabe solch weit reichenden Verpflichtungen vereinbart. Eine sachgerechte ergänzende Vertragsauslegung ergebe allerdings, dass die Übernehmerin nicht die vollen Kosten der Heimunterbringung zu tragen habe. Dies scheidet schon deswegen aus, weil die Vertragsparteien die Pflege nur auf dem Hof vereinbart hätten. Demnach habe die Beklagte zu den Heimkosten nur einen Betrag in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen beizutragen. Sie würde dadurch auf Grund der Heimunterbringung des Vaters weder zusätzlich belastet, noch ungerechtfertigt auf Kosten der Allgemeinheit entlastet. Was offensichtlich als Trost für die Übernehmerin gedacht war, kostete sie aber immerhin die stattliche Summe von über 28.000,- DM.

## 3. Reaktionen der Sozialhilfeträger

Unter den meisten Notaren sorgte die Entscheidung des BGH zunächst nicht für allzu große Beunruhigung. Der eilige Leser begnügte sich oftmals nur mit der Feststellung des ersten

<sup>1</sup> MittBayNot 2002, S. 179 (in diesem Heft).

Halbsatzes des Leitsatzes, wonach ohne besondere Abrede die Kosten der Heimunterbringung nicht zu tragen seien. Wer etwas tiefer einstieg, meinte oftmals, dass es hier nur um die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung einer viel zu weit reichenden Vertragsklausel gehe, und solche würde man ohnehin heute nicht mehr vereinbaren, sondern leistungseinschränkende Klauseln, wonach nur die häusliche Pflege geschuldet werde, i.d.R. weiter eingeschränkt nach Pflegestufen, zeitlichem Aufwand oder Zumutbarkeitskriterien. Dazu hat jedoch *Kornxl* in seiner Anmerkung zu dem Urteil (ZEV 2002, 117) festgestellt, dass die vom BGH gemachten Ausführungen genauso Anwendung finden, wenn von vornherein ausdrücklich im Vertrag eine solche Leistungseinschränkung vereinbart wird. Das Argument des Vertrags zu Lasten Dritter – akzeptiert man es im Ansatz – trifft hier wohl genauso zu. Der BGH hält solche Leistungseinschränkungen auf der **Tatbestandsseite** der Pflegeverpflichtungen für unbeachtlich und misst ihnen nur bezüglich der Rechtsfolgenseite bei der Bemessung der zu erstattenden Aufwendungen Bedeutung zu.

Von daher ist die logische Konsequenz, dass die Sozialhilfeträger diese Rechtsprechung des BGH übernehmen werden. Während sie zumindest in Bayern bisher Vereinbarungen, die die Austragsleistungen auf das Vertragsanwesen beschränkten, offensichtlich akzeptierten, und keinerlei weiter gehende Ansprüche, insbesondere keine Wertersatzansprüche nach Art. 18 EGBGB bei der Heimunterbringung aus Leibgedingsrechten herleiteten, steht nun zu befürchten, dass daran nicht mehr fest gehalten wird. Mir liegt bereits eine Stellungnahme des Bezirks Oberfranken – Sozialverwaltung – vor, wonach dieses Urteil entsprechend umgesetzt und als ersparte Aufwendungen die Hälfte des Pflegegelds nach der Pflegestufe I (= 102,50 Euro monatlich) angesetzt werden. Die Sozialhilfeträger der anderen bayerischen Bezirke werden dies nicht anders handhaben, scheinen aber noch zu zögern. *Kornxls* Einschätzung (ZEV 2002, 118), es handle sich um keine Grundlagenentscheidung des BGH und „die Beratungspraxis sollte deshalb davon ausgehen, dass der BGH sein Zwei-Satz-Argument über den Vertrag zu Lasten Dritter nicht als Wegbereiter für einen schrankenlosen Zugriff der Sozialhilfeträger ... verstanden hat“, wird sich daher (leider) nicht bewahrheiten.

Die genannte Abgeltungssumme mag nun im ersten Moment vielleicht angesichts der wahren Werte, der bei Übergaben übertragen werden, nicht so hoch erscheinen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass meist noch andere umfangreiche Leibgedingsleistungen vereinbart werden, etwa freie Verköstigung und die Zahlung dauernder Lasten. Dann ist gerade in der Landwirtschaft, die ohnehin finanziell nicht gerade auf Rosen gebettet ist, die Grenze der Zumutbarkeit rasch erreicht. Ob dann der Übergeber nicht doch lieber Sozialhilfe beantragen würde, bevor sein Hof wegen der Pflegeheimkosten „zertrümmert“ wird?

#### 4. Zum Urteil selbst

Hierzu seien nur einige kurze Anmerkungen erlaubt. Das zentrale und fast ausschließliche Argument des BGH ist der unzulässige Vertrag zu Lasten Dritter und nicht das sonst in diesem sozialhilferechtlichen Kontext öfter gebrauchte Argument der Sittenwidrigkeit. Dass Verträge zu Lasten Dritter mit den Grundsätzen der Privatautonomie nicht vereinbart sind, ist seit langem anerkannt (vgl. etwa RGZ 111, 166). Darunter werden aber nur solche Verträge verstanden, durch die von den Vertragsparteien in ihrem eigenen Namen **unmittelbar ein Dritter verpflichtet** werden soll (*Staudinger/Jagmann*, BGB, 2001, Vorbem. 42 zu §§ 328 ff.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl. 2001, Einf. 10 vor § 328). Davon zu unter-

scheiden ist der Fall, dass ein Vertrag einen Dritten durch seine Auswirkungen wirtschaftlich mittelbar belastet. Handelt es sich dabei um eine bewusst herbei geführte belastende Auswirkung ist dies nur dann unwirksam, wenn eine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist (*Staudinger/Jagmann*, Vorbem. 45 zu §§ 328 ff.; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O.); diese Grundsätze gelten auch im öffentlich-rechtlichen Zusammenhang (vgl. etwa *Grziwotz* NJW 1995, 1927, 1928).

Die vom BGH beanstandete nachteilige Auswirkung einer vertraglichen Leistungseinschränkung ist aber gerade eine solche mittelbare: Der Sozialhilfeträger hat grundsätzlich bei einer entsprechenden Bedürftigkeit nach den Bestimmungen des BSHG Sozialhilfe zu leisten. Werden vertragliche Verpflichtungen nicht im entsprechenden Umfang vereinbart, so wird der Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 BSHG) eingeschränkt, die Einstandspflicht des Sozialhilfeträgers dagegen vergrößert. Daher hätte der BGH für die Beurteilung der Auslegung der Vorinstanz allenfalls auf seine Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht abstellen sollen (vgl. BGHZ 86, 82 = NJW 1983, 1851). Die vom BGH stattdessen herangezogene Entscheidung BGHZ 78, 369, 374 betraf dagegen die Frage, inwieweit ein Garantievertrag eines Automobilherstellers gegenüber dem Endabnehmer auf kostenlose Reparatur auch eine unmittelbare Verpflichtung des Vertragshändlers enthält, was als unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter angesehen wurde.

Doch zurück zu unserem Fall: Hier kann sich letztlich nur die Frage stellen, ob es eine „sozialhilferechtliche Obliegenheit“ des Übergebers gibt, im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge ausreichende Rechte und Ansprüche zu vereinbaren, damit man später nicht ein Sozialhilfefall wird. Dies wird man für den Normalfall, bei dem ein Sozialhilfebezug nicht unmittelbar bevorsteht, verneinen müssen, zumal sich aus § 528 BGB, der mittlerweile ohnehin zu einem sozialhilferechtlichen Erstattungsanspruch „umfunktioniert“ wurde, der Gegenschluss ergibt, dass auch bei rein unentgeltlichen Zuwendungen ein Sozialhilferegress nur in den zeitlichen Grenzen des § 529 BGB möglich ist. Allein die Überlegung, die Vermögensweggabe sei kausal für die später leichter eintretende Sozialhilfebedürftigkeit, genügt zur Annahme der hier i.d.R. allein möglichen Umstandssittenwidrigkeit nicht (*Köbl* ZfSH/SGB 1990, 449, 457; *G. C. Schwarz* JZ 1997, 545; eingehend zu diesen Fragen *Wahl*, Vertragliche Versorgungsrechte in Übergabeverträgen und sozialrechtliche Ansprüche, Diss. Bayreuth 1989, 189; *Littig/Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdrrn. 33 ff.).

Die Einschränkung der vertraglich vereinbarten Pflegeleistung, die mittlerweile guter notarieller Standard war, und von den Sozialhilfeträgern so auch akzeptiert wurde, ist nach ganz überkommener Auffassung **keine** unzulässige *Nachrangvereinbarung*, die den Subsidiaritätsgrundsatz des § 2 BSHG bewusst in dem Sinne umkehren will, dass vertragliche Leistungen erst dann zu erbringen sind, wenn keine Leistungen des Sozialhilfeträgers zu erlangen waren. Es handelt sich vielmehr um eine zulässige, ja dem Willen der Vertragsteile regelmäßig entsprechende Konkretisierung der Vertragspflichten, die nur den geschuldeten Leistungsumfang festlegt (für Zulässigkeit etwa *Wahl*, a.a.O., S. 287; *Weyland* MittRhNotK 1997, 65, 73; *Rastätter* ZEV 1996, 281, 288; *Küfner* ZfSH/SGB 1985, 66; *Krauß* MittBayNot 1992, 99; restriktiver aber *Littig*, a.a.O., Rdrrn. 282). Denn niemand will sich zu Unmöglichem verpflichten: Eine „häusliche Pflege“ mit einer „Rund um die Uhr“-Betreuung, wie dies etwa für die Pflegestufe III kennzeichnend ist, ist in den heute durchweg gegebenen Kleinfamilien mit Berufstätigkeit des Übernehmers und meist auch seines Ehegatten i.d.R. nicht mehr möglich und zumutbar.

## 5. Folgerungen für die Kautelarpraxis

Der vom Notar zur Vermeidung einer Haftung zu beschreibende „sichere Weg“ macht es notwendig, sich auf das Urteil des BGH und die geänderte Praxis der Sozialhilfeträger einzustellen.

### 5.1 Pflegepflichten

Welche Konsequenzen ergeben sich damit für die Kautelarpraxis? Für die übernehmenden Kinder, die über ein so gutes Einkommen verfügen, dass sie ohnehin im Pflegefall mit einer Inanspruchnahme durch den Sozialhilfeträger rechnen müssen (§§ 91 BSHG, 1601 ff. BGB), bewirkt die Vereinbarung von Pflegepflichten keine Erhöhung des Sozialhilferegresses, hat aber den Vorteil, dass die sich hieraus ergebende Zahlungspflicht als dauernde Last (§§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 22 Nr. 1 EStG) bei der Einkommensteuer abziehbar ist, während dies für Leistungen auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht nur als außergewöhnliche Belastung in beschränktem Maß möglich wäre.

In den meisten Fällen werden die Beteiligten nach entsprechender Beratung überhaupt davon Abstand nehmen, eine Pflegeverpflichtung zu vereinbaren. Dies wird nur in Ausnahmefällen, besonders bei bereits erheblicher Pflegebedürftigkeit und unmittelbar bevorstehenden Sozialhilfebezug als sittenwidrig angesehen werden können (siehe Abschnitt 4.). Allerdings vergrößert sich damit der unentgeltliche Teil der Zuwendung, was sich insbesondere bei der Bemessung des Wertersatzes nach § 528 BGB, aber auch bei der Höhe von Pflichtteilergänzungsansprüchen nachteilig für den Übernehmer bemerkbar machen kann. Jedoch setzt die Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 BGB den Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers zeitliche Grenzen. Nach Ablauf der Frist besteht dann aber die Gefahr, dass die Altenteiler umso leichter ins Pflegeheim abgeschoben werden können, wenn nicht wegen des guten Einkommens des Übernehmers ein Regress wegen seiner Unterhaltspflicht droht. Und dies zeigt, dass die Entscheidung letztlich auch den Sozialhilfeträgern eher Steine als Brot gibt. Denn gerade im landwirtschaftlichen Bereich wird oftmals sehr früh übergeben (55 bis 60 Jahre), und das Einkommen der Übernehmer ist oftmals relativ niedrig.

Ohne Vereinbarung einer vertraglichen Pflegeverpflichtung wächst allerdings die Gefahr, dass die weichenden Geschwister, die oft ohne große Gegenleistungen einen (beschränkten) Pflichtteilsverzicht abgeben, für die Heimkosten in Anspruch genommen werden können. Damit steigt der Bedarf für **Freistellungsverpflichtungen**, wonach sich der Übernehmer verpflichtet, seine Geschwister von der Inanspruchnahme durch den Sozialhilfeträger im bestimmten Umfang freizustellen. Diese Vereinbarungen sind nicht einfach zu formulieren (eingehend dazu *Rastätter ZEV* 1996, 281, 288 f.; dazu bereits *Waldner/H. Ott MittBayNot* 1988, 65; *Weyland MittRhNotK* 1997, 73 f.) und lösen zusätzlich das Problem aus, dass der Freistellungsanspruch ausreichend zu sichern oder zumindest über das Risiko der fehlenden Sicherung zu belehren ist (dazu *J. Mayer ZEV* 1997, 176, 180 f.). Dies führt erfahrungsgemäß zu endlosen Diskussionen; zudem ist dem Übernehmer von der Eingehung einer solcher Verpflichtung tendenziell abzuraten, da der Übergeber oftmals die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB „überleben“ und sich danach erst das Pflegerisiko verwirklichen wird und damit der Übernehmer für die Sozialhilfekosten haftet, obgleich er eigentlich keine Pflichtteilergänzung zu leisten gehabt hätte.

Ob eine „*Kommerzialisierung*“ des Vertragsverhältnisses eine Lösung des Problems bringt, wonach der Übergeber vom

Übernehmer eine entsprechende wiederkehrende Geldleistung erhält, der Übernehmer sich aber verpflichtet, gegen entsprechende (Rück-)Zahlung die häusliche Pflege zu übernehmen, bleibt abzuwarten. Eine solche synallagmatische Verknüpfung wird allerdings oftmals nicht dem eigentlichen Willen der Beteiligten entsprechen; auch gilt es dabei steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Folgen zu bedenken.

### 5.2 Auswirkungen auf andere Vertragsklauseln

Die Argumentation des BGH betrifft ihrem Kern nach nicht nur die eingeschränkte Verpflichtung zur Pflege und Beschränkung der Übernahme von Arzt- oder Heilbehandlungskosten, sondern jede Art von Leistungseinschränkungen, und zwar auch die an sich sachgerechten *Mehrbedarfsausschlussklauseln* bei einem Wegzug des Leibgedingsberechtigten. In Gefahr ist somit auch die alleits empfohlene (vgl. *Krauß, a.a.O.*, 100) Einschränkung der *Abänderungsmöglichkeit* bei einer dauernden Last (§ 323 ZPO) für den Fall, dass der Berechtigte vom Vertragsanwesen wegzieht. Erst recht gilt dies für die bislang schon äußerst umstrittenen, *totalen Leistungsausschlussklauseln* hinsichtlich reiner Geldleistungen oder Naturalleistungen bei Verlassen des Anwesens oder bei sozialleistungsverdächtigem Kontext, wie der Verpflichtung zur Tragung von Kosten für Essen und Wohnung. Hier ist auch ein Umwandausschluss der Primärleistung unzulässig, wonach ein sich nach Landesrecht (etwa Art. 18 BayAGBGB) oder nach § 313 BGB n.F. (Wegfall der Geschäftsgrundlage) bei Wegzug des Altenteilers an Stelle des Naturalleistungsanspruchs ergebender Wertersatz ersatzlos ausgeschlossen wird (vgl. dazu bereits *Littig/J. Mayer, a.a.O., Rdnrn.* 132 ff.).

### 5.3 Belehrungspflicht, Rechtsprechungsprognose

Hinsichtlich der vom Notar geschuldeten Belehrungspflicht ist zunächst zu beachten, dass der Notar grundsätzlich nur über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts zu belehren hat (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG; vgl. etwa *Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz*, 14. Aufl. 1999, § 17 Rdnr. 77 m.w.N.). Dieser Begriff wird von der Rechtsprechung relativ eng ausgelegt; er umfasst im Wesentlichen nur die Belehrung darüber, welche unmittelbaren Rechtsfolgen die abgegebene Willenserklärung hat, ob und unter welchen Voraussetzungen der erstrebte rechtliche Erfolg eintritt und welche unmittelbaren Rechtswirkungen sich an ihn knüpfen (*Keidel/Winkler* § 17 Rdnr. 82; *Reithmann in Reithmann/Blank/Rinck, Notarpraxis*, 2. Aufl. 2001, D Rdnr. 16). Die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG bezieht sich nicht auf die wirtschaftliche und steuerliche Tragweite des beurkundeten Rechtsgeschäfts (*Keidel/Winkler* § 17 Rdnr. 89 m.w.N.); Gleiches wird für die sozialrechtlichen Folgen gelten müssen (*Wahl, a.a.O.*, S. 297), so dass sich allein hieraus keine Belehrungspflicht über den drohenden Sozialhilferegress in Höhe der ersparten Aufwendungen ergeben kann.

Anders liegt es bei den Klauseln, die wie die totalen Leistungsausschlussklauseln bei Geldleistungen wegen Verstoßes gegen § 138 BGB nichtig sein können. Hier hat der Notar nach § 17 Abs. 2 BeurkG zu verfahren.

Über die Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG hinaus hat der BGH aber eine weitere konsultative Pflicht begründet, die zu einer **erweiterten Belehrungspflicht** aus Betreuung führt (§ 14 BNotO). Hierzu ist objektiv erforderlich, dass einem Beteiligten aus der rechtlichen Anlage des Vertragswerks oder der vorgesehenen Art der Durchführung ein wirtschaftlicher Schaden entstehen kann, und er diese Gefahr nicht erkennt; in subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Notar Anlass zu der Besorgnis hat, einem der Beteiligten drohe ein solcher

Schaden. In diesen Fällen trifft den Notar auch eine Belehrungspflicht über die weitergehenden wirtschaftlichen Folgen (*Keidel/Winkler* § 17 Rdnrn. 94 ff.; *Reithmann*, a.a.O., D Rdnrn. 48 ff.).

Angesichts der weit reichenden Wirkungen und des Überraschungsmoments, das die neue Entscheidung des BGH zum Sozialhilferegress nach sich zieht, wird man nicht ausschließen können, dass die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang nicht doch eine erweiterte Belehrungspflicht bei den in Zukunft anfallenden Beurkundungen bejaht und sollte daher vorsorglich entsprechend über die neue Rechtsprechung des BGH belehren und dies beweismäßig sichern. Eine umfassende Pflicht zur Aufklärung über die Gefahren des Sozialhilferegresses besteht für den Notar auf alle Fälle dann, wenn er einen besonderen Auftrag (§ 24 BNotO) zur „**planenden Beratung**“ der vorweggenommenen Erbfolge mit ausdrück-

licher Erstreckung auf diese Risiken übernimmt (dazu im Allgemeinen etwa *Reithmann*, a.a.O., D Rdnrn. 69 ff.), was aber angesichts der Schwierigkeiten dieses Rechtsgebiets der Ausnahmefall sein dürfte

Für die in der **Vergangenheit** beurkundeten Verträge wird man dem Notar keinen Vorwurf machen können, wenn er entsprechend der h.M. (siehe Abschn. 4) eine gegenüber dem Sozialhilfeträger wirksame Einschränkung der vertraglichen Pflegeverpflichtung annahm und beurkundete. Auch bei sorgfältiger Rechtsprechungsprognose konnte man eine so weit reichende Entscheidung nicht vorhersehen. Nach **Verkündung** der BGH-Entscheidung wird man auf Grund der sehr kurzen und keineswegs überzeugenden Begründung des Gerichts dem Notar auch noch eine gewisse Überlegungsfrist für die Anpassung an die neue Rechtsprechung zubilligen müssen.

## Vormerkung am Miteigentumsanteil bei Teilflächenveräußerung

– Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 7.2.2001 – 2 Z BR 166/01 –\*

Von Notar *Dr. Klaus Hoffmann*, Amberg

Die Verfügung über Grundbesitz, der einer Vielzahl von Miteigentümern gehört, bereitet in der Praxis oft erhebliche Schwierigkeiten. Ein Miteigentümer allein kann – von Ausnahmen abgesehen<sup>1</sup> – die Verfügung verhindern. Bis der letzte Miteigentümer unterschrieben hat, hat das Eigentum an den anderen Anteilen längst gewechselt, von zusätzlichen Belastungen ganz zu schweigen<sup>2</sup>. Es wird daher versucht, den Anspruch auf Verfügung zumindest bei den Eigentümern zu „sichern“, die bereits mitgewirkt haben. Das klassische Mittel ist die Eintragung einer Vormerkung. Die Entscheidung des Gerichts scheint diesen Weg für nicht gangbar anzusehen. Andererseits sind Vormerkungen auch nur an Miteigentumsanteilen nicht unbekannt.

1. Für das normale Miteigentum bestimmt § 747 Satz 1 BGB, dass jeder Miteigentümer über seinen Anteil verfügen kann. Nach § 747 Satz 2 BGB können die Miteigentümer über den gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen jedoch nur gemeinschaftlich verfügen.

Es ist bestritten, ob diese Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand eine koordinierte Verfügung aller Miteigentümer über ihre Bruchteile anzusehen ist, oder – ähnlich wie bei der Gesamthand – eine einheitliche Verfügung „der Gemeinschaft“ als Gruppe über den gemeinschaftlichen Gegenstand insgesamt<sup>3</sup>. Im ersteren Fall verfügt jeder Miteigentümer nur über seinen Anteil. Ist eine einzelne Verfügung unwirksam, entscheidet sich das Schicksal des gesamten Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB. Nach der Gegenmeinung bezieht sich die Verfügung jedes einzelnen Miteigentümers auf den ganzen Gegenstand. Fehlt eine Verfügung oder ist sie

unwirksam, liegt die Verfügung eines Nicht(allein)berechtigten über den ganzen Gegenstand vor. Ob diese als Verfügung lediglich über den Anteil des Verfügenden aufrechterhalten werden kann, entscheidet sich nach § 140 BGB.

Der BGH<sup>4</sup> hat sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen. Von ihr hat die Praxis auszugehen.

Aber auch wenn man der vom BGH vertretenen Auffassung folgt, ist es möglich, Alleineigentum an einem mehreren Miteigentümern gehörenden Grundstück dadurch zu übertragen, dass durch gesonderte Verfügung eines jeden einzelnen Miteigentümers dessen Anteil übereignet wird und sich mit Vollzug der Auflassungen im Grundbuch alle Anteile in einer Person vereinigen. Ein solches „Bündel“ von Einzelverfügungen ließe sich auch in einer Urkunde zusammenfassen. Wenn das SchlHOLG (a.a.O.) dahin zitiert wird, dass die Summe der Einzelverfügungen des Einzelnen über seinen Anteil der gemeinschaftlichen Verfügung über den Gesamtgegenstand nicht gleichstehe<sup>5</sup>, darf das nicht dahin verstanden werden, dass nicht in bestimmten Fällen eine Verfügung über den Gesamtgegenstand auch durch Verfügungen über die einzelnen Anteile erreicht werden kann. Dies geht natürlich nur, soweit eine Verfügung auch über den einzelnen Anteil möglich ist, wie z.B. bei einer Übereignung, nicht dagegen etwa bei der Bestellung einer Dienstbarkeit. Sie kann nicht an einem An-

\* MittBayNot 2002, S. 189 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> Vgl. §§ 744 II, 745 I BGB; *Palandt*, BGB, 61. Aufl. § 747 Rdnr. 5; zur Frage, ob Straßengrundabtretungen durch Stimmenmehrheit beschlossen werden können und ob der Verwalter den Beschluss nach außen vollziehen kann vgl. *Staudinger/Rapp*, WEG, § 1 Rdnr. 38; zur Frage der Ermächtigung des Verwalters zu Straßengrundabtretungen *Rapp*, Beck'sches Notarhandbuch A III Rdnr. 139; die verdinglichte Ermächtigung ablehnend BayObLG MittBayNot 1998/99

<sup>2</sup> Vgl. bereits *Ertl* DNotZ 77/670.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. MünchKomm/Schmidt, BGB, 3. Aufl. § 747 Rdnr. 22, der die praktischen Auswirkungen der beiden Auffassungen jedoch für kaum erheblich ansieht.

<sup>4</sup> NJW 1994/1470; ebenso BayObLG DNotZ 1975/36(41) – s. hierzu unten Ziff. 2 a.E. –; SchlHOG SchlHA 1974/85.

<sup>5</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. Rdnr. 2982; *Bauer/v. Oefele*, Grundbuchordnung, AT V 382.

teil allein begründet werden kann (dieser Fall lag der Entscheidung des SchlHOLG zugrunde).

Entsprechend dieser Unterscheidung auf sachenrechtlicher Ebene können auch unterschiedliche schuldrechtliche Verpflichtungen begründet werden. Die Miteigentümer können sich verpflichten, das Eigentum an einem Grundstück durch eine Gesamtverfügung zu übertragen. Sie können sich aber auch verpflichten, dem Erwerber Alleineigentum dadurch zu verschaffen, dass sie jeweils gesondert über ihren Miteigentumsanteil verfügen.

Je nachdem, welche Gestaltung gewählt wurde, ist die zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs begründete Vormerkung einzutragen. Ist der Anspruch auf Übereignung eines Miteigentumsanteil gerichtet, so kann an diesem Anteil – selbstverständlich – eine Vormerkung eingetragen werden, jedenfalls wenn es sich um einen Anteil an einem ganzen Grundstück handelt. Ist der Anspruch dagegen auf Übereignung des ganzen Grundstücks selbst gerichtet, kann nach der Entscheidung des BayObLG auch nur eine Vormerkung am ganzen Grundstück eingetragen werden (s. jedoch unten Ziff. 5).

2. Es stellt sich die Frage, ob die für die Übereignung eines ganzen Grundstücks gefundenen Ergebnisse auch auf die Übereignung einer Teilfläche anzuwenden sind.

a) Unproblematisch ist es sicher wieder, wenn alle Miteigentümer gemeinschaftlich über diese Teilfläche verfügen.

Schwieriger ist es, wenn lediglich ein Miteigentümer seinen Anteil an einer Teilfläche übereignen will, da hier der durch Vormerkung zu sichernde Anspruch nicht ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer erfüllt werden kann. Notwendig zur Eigentumsumschreibung ist die vorherige Grundstücksteilung und diese kann nur von allen Miteigentümern vorgenommen werden. Dennoch wird auch hier die Eintragung einer Vormerkung für zulässig angesehen<sup>6</sup>.

b) Die besprochene Entscheidung verlangt jedoch, dass der Schuldner des vorgemerkten Anspruchs zu dessen Erfüllung „selbst“ in der Lage sein müsse und führt aus, dass dies im zu entscheidenden Fall nicht gegeben sei, da der Miteigentümer den Auflassungsanspruch nicht „allein erfüllen“ könne. Er könne lediglich bei der Auflassung „mitwirken“<sup>7</sup>. Soll dagegen ein Miteigentumsanteil an einer Teilfläche übertragen werden, kann der Miteigentümer die Auflassung allein und nur er allein erklären. Er kann lediglich eine zusätzliche, zur Erfüllung notwendige Verfügung – die Teilung – nicht allein bewirken. Wie die Aussage des Gerichts im Hinblick auf diesen Sachverhalt zu verstehen ist, ist der Entscheidung nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Die Frage, ob der zugrunde liegende Vertrag dahin ausgelegt oder dahin umgedeutet werden könne, dass lediglich ein Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an der betroffenen Fläche begründet werden sollte, und die Anschlussfrage, ob dieser durch Vormerkung sicherbar sei, hat das Gericht nicht gestellt, so dass aus den Entscheidungen m.E. auch keine Stellungnahme zu dieser Frage hergeleitet werden kann.

<sup>6</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 1505; *Staudinger/Gursky*, BGB, (1996) § 883 Rdnr. 71, der darauf hinweist, dass auch nach altem Recht nur ein Fall des anfänglichen Unvermögens, nicht aber eine anfängliche objektive Unmöglichkeit im Sinn des § 306 BGB vorlag.

<sup>7</sup> Ebenso bereits BayObLG DNofZ 75/36. Auf diese Entscheidung verweist der jetzige Beschluss und wiederholt die dort enthaltenen Aussagen z.T. wörtlich.

c) Für die Ansicht, auch der Anspruch auf Übereignung eines Anteils an einer Teilfläche könne durch Vormerkung gesichert werden, spricht, dass auch in einer Vielzahl anderer Fälle eine Vormerkung für möglich angesehen wird, obwohl der Schuldner zur Erfüllung des Anspruchs der Mitwirkung anderer bedarf, etwa wenn bestimmte behördliche Genehmigungen, eine Zustimmung nach § 12 WEG oder § 5 ErbbauVO oder die Ehegattenzustimmung nach § 1365 BGB<sup>8</sup> erforderlich sind.

Auch der Umstand, dass in den zitierten Fällen die Erteilung der Zustimmung bzw. Genehmigung nicht ins freie Belieben des Berechtigten gestellt ist, die Mitwirkung bei der Grundstücksteilung von den anderen Miteigentümern dagegen grundsätzlich ohne Begründung verweigert werden kann, steht dem nicht entgegen. Auch bedingte Ansprüche sind vormerkbar. Die Erfüllung der Bedingung kann dabei im freien Belieben eines anderen stehen<sup>9</sup>.

Der Anspruch auf Übereignung des Anteils an einer Teilfläche könnte unter der rechtsgeschäftlichen Bedingung begründet werden, dass die Eigentümergemeinschaft das Grundstück – später einmal – teilt. Ohne eine solche Regelung bleibt die Grundstücksteilung gesetzliche Erfüllbarkeitsbedingung. Es besteht kein Grund, sie anders als rechtsgeschäftliche Bedingungen zu behandeln<sup>10</sup>.

Die Aussage des Gerichts, der Schuldner müsse „selbst“ zur Erfüllung des gegen ihn gerichteten Anspruchs in der Lage sein, kann daher am ehesten dahin verstanden werden, dass er alleiniger Inhaber der Verfügungsbefugnis sein muss, mag er auch in dieser Befugnis eingeschränkt sein. Dann steht die Entscheidung aber der Eintragung einer Vormerkung bei dem hier untersuchten Fall nicht entgegen.

4. Es fragt sich weiter, ob das für das „normale“ Eigentum gefundene Ergebnis auch auf das Wohnungseigentum übertragen werden kann.

Mögen die Auffassungen über die Natur des Wohnungseigentums differieren, zumindest die überwiegende Meinung bejaht jedenfalls Miteigentum nach Bruchteilen am Gemeinschaftseigentum als ein Element des Wohnungseigentums<sup>11</sup>. Durch die Vormerkung soll der Anspruch auf Übereignung eines Anteils an dem Gemeinschaftseigentum gesichert werden, sodass auch hier die Eintragung einer Vormerkung möglich ist<sup>12</sup>. Wird nur oder auch Sondereigentum betroffen, ist die Eintragung der Vormerkung sowieso kein Problem.

Es ist bestritten, ob hier außer der Teilung die Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft notwendig ist<sup>13</sup>. Auch wenn dies so ist, handelt es sich auch wieder nur um eine Erfüllbarkeitsvoraussetzung, die wie die Teilung die Eintragung einer Vormerkung nicht hindert.

<sup>8</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 1490 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 1489.

<sup>10</sup> Auch der BGH ist in MittBayNot 2000, 560 offensichtlich davon ausgegangen, dass eine rechtsgeschäftliche Erfüllbarkeitsbedingung die Eintragung einer Vormerkung nicht hindert.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *Staudinger-Rapp*, a.a.O., Einl. zum WEG Rdnr. 24; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 2800.

<sup>12</sup> So auch MünchKomm/Röll a.a.O. vor § 1 WEG Rdnr. 22: „Die Vormerkung bei den einzelnen Wohnungen könnte angesehen werden als Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung eines Miteigentumsanteils an einer Teilfläche, bedingt durch die Eingehung der gleichen Verpflichtung aller anderen Eigentümer.“ Ob eine Eintragung auch dann möglich ist, wenn man einer „verbandlichen“ Theorie folgt, kann hier dahinstehen.

<sup>13</sup> Vgl. *Bauer/v. Oefele*, a.a.O., AT V 382; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 2982.



Es kann also nicht nur bei „normalem“ Miteigentum, sondern auch bei Wohnungseigentum der Anspruch auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einer Teilfläche durch Vormerkung abgesichert werden.

5. Eine solche Vormerkung sichert den Übereignungsanspruch. Damit ist noch nicht gesagt, ob die Vormerkung auch den Anspruch auf Grundstücksteilung und ggf. Aufhebung der Wohnungseigentümergeinschaft absichert.

Nach der besprochenen Entscheidung ist dies nicht möglich. Grundstücksteilung und Aufhebung der Eigentümergeinschaft sind Verfügungen, die nur von allen Miteigentümern getroffen werden können. Eine Aufspaltung in selbständig vollziehbare Verfügungen lediglich über einzelne Miteigentumsanteile ist hier nicht möglich. Diese Verfügung kann der einzelne Miteigentümer nicht „selbst“ treffen. Er ist nur zur Mitwirkung verpflichtet und dies kann nach Ansicht des Gerichts nicht durch Vormerkung gesichert werden.

Diese Auffassung erscheint jedoch nicht zwingend. Es besteht ein schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung. Dieser muss sich nach h. M.<sup>14</sup> gegen denjenigen richten, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen ist. Der Schuldner des Anspruchs muss der gegenwärtige Inhaber des betroffenen Rechts sein („Identitätsgebot“). Dies wird damit begründet, dass die Vormerkung den Gläubiger nur gegen nachträgliches, nicht gegen anfängliches Unvermögen schützen soll<sup>15</sup>. Das Identitätsgebot soll einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes, der immer mit einer Einschränkung der Verkehrsfähigkeit verbunden ist, vorbeugen<sup>16</sup>.

Im vorliegenden Fall ist der Schuldner des Anspruchs (auf Teilung usw.) zwar nicht Alleininhaber aber doch Mitinhaber des betroffenen Rechts. Wird die Vormerkung nur an seinem Anteil eingetragen, ist das Identitätsgebot insoweit gewahrt, als die mit der Vormerkung verbundene Verfügungsbeschränkung nur das Recht erfasst, aus dem sich die Verfügungsbefugnis des Schuldners des Anspruchs herleitet. Sie schützt nur gegen den nachträglichen Verlust seiner Rechtszuständigkeit. Von einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes kann nicht die Rede sein.

Die Aufstellung des Identitätsgebotes beruht – wie ausgeführt – auf einer wertenden Gesetzeseseinschränkung praeter legem und hat letztlich das gleiche Ziel wie die bekannte Einschränkung der Vormerkbarkeit bedingter und künftiger Ansprüche<sup>17</sup>. Mögen hier auch die Abgrenzungen im Einzelnen streitig sein, besteht doch inzwischen Einigkeit, dass jedenfalls bei bedingten Ansprüchen die Art der Bedingung

grundsätzlich gleichgültig ist<sup>18</sup>. Bei künftigen Ansprüchen wird allerdings teilweise verlangt, dass deren Entstehung nur noch vom Willen des demnächst Berechtigten abhängen dürfe<sup>19</sup>. Die Frage kann hier dahinstehen. Der Anspruch gegen den Schuldner auf Mitwirkung bei der Teilung ist entstanden. Er kann allerdings nur erfüllt werden, wenn auch die anderen Miteigentümer eine gleichlautende Verfügung treffen. Wird zur Sicherung eine Vormerkung am Anteil des Schuldners eingetragen, wird die Verkehrsfähigkeit nicht mehr beeinträchtigt als bei bedingten Ansprüchen, etwa wenn sich die gesamte Eigentümergeinschaft zur Teilung verpflichtet unter der Bedingung, dass auch ein anderen Personen gehörendes Grundstück geteilt wird.

Der Absicherung des Anspruchs gegen einen Miteigentümer auf Mitwirkung bei einer Gesamtverfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand durch Eintragung einer Vormerkung am Anteil des Miteigentümers stehen daher keine anerkannten Grundsätze des Vormerkungsrechts entgegen. Die Auslegung befriedigt auch ein erhebliches Bedürfnis der Praxis. Dieser Gesichtspunkt kann bei der genannten wertenden Gesetzesauslegung durchaus mit einbezogen werden. So waren es im Wesentlichen praktische Überlegungen, die zu einer Änderung der Rechtsprechung des BayObLG zur Frage führten, wieweit bedingte Ansprüche vormerkbar seien (s. o. Fn. 17).

6. Als Ergebnis lässt sich festhalten:

Der Anspruch auf Übereignung eines Miteigentumsanteils an einer Teilfläche kann durch Vormerkung am Anteil des Schuldners des Anspruchs abgesichert werden. Dies gilt bei „normalem“ Miteigentum ebenso wie bei Wohnungseigentum. Die Rechtsprechung hat dies jedoch noch nicht ausdrücklich bestätigt.

In gleicher Weise kann der Anspruch auf Mitwirkung eines Miteigentümers bei einer Gesamtverfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand (hier bei der Teilung und ggf. Aufhebung des Sondereigentums, aber auch z.B. bei der Bestellung einer Dienstbarkeit) durch Vormerkung an seinem Anteil gesichert werden. Die wird jedoch vom BayObLG ausdrücklich abgelehnt.

Die Praxis wird daher in den Fällen, in denen die Aufspaltung der Gesamtverfügung in ein „Bündel“ von Einzelverfügungen möglich ist, also insbes. bei einer Eigentumsübertragung diese Aufspaltung vornehmen. Wollen Veräußerer oder Erwerber das Rechtsgeschäft letztlich nur dann, wenn das gesamte Eigentum übergeht, können zusätzliche Bedingungen oder Rücktrittsrechte aufgenommen werden.

<sup>14</sup> Vgl. *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 883 Rdnr. 46 mit Nachw.

<sup>15</sup> *Staudinger/Gursky*, a.a.O., MünchKomm/Wacke, a.a.O., § 883 Rdnr. 17, wo es allerdings wohl statt „Leistungsvermögen“ richtig „Leistungsunvermögen“ heißen muss.

<sup>16</sup> *Amann DNotZ* 95/253.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 883 Rdnrn. 123 ff., *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 1489; BayObLG DNotZ 1978/39.

<sup>18</sup> *Bauer/v. Oefele*, a.a.O., AT III 11.

<sup>19</sup> BayObLG MittBayNot 95/207; a.A. die überwiegende Literaturmeinung; vgl. *Staudinger/Gursky*, a.a.O., § 833 Rdnr. 126; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 1489; MünchKomm/Wacke, a.a.O., § 833 Rdnr. 24; *Bauer/v. Oefele*, a.a.O., AT III 10; *Palandt*, a.a.O., § 883 Rdnr. 15.

## Zum Erfordernis der Bewilligung einer Mehrzahl von Vormerkungen – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 17.10.2001 – ZZ BR 75/01 –<sup>1</sup>

Von Notar Dr. Christoph Giehl, Erlangen

Aus Anlass der Entscheidung des BayObLG vom 17.10.2001 – ZZ BR 75/01 – untersucht dieser Beitrag die Frage, wann ein einheitlicher Anspruch i.S.d. §§ 883, 888 BGB vorliegt und stellt klar, unter welchen Voraussetzungen die Eintragung einer einzigen Vormerkung ausreicht bzw. wann mehrere Vormerkungen einzutragen sind.

### I. Sicherungswirkung der Vormerkung bei einer Mehrzahl von Ansprüchen

Die Frage, ob die Absicherung von vormerkungsfähigen Ansprüchen i.S.d. § 883 Abs. 1 BGB durch eine oder mehrere Vormerkungen zu bewerkstelligen ist, wurde von Rechtsprechung und Literatur längst in dem Sinne geklärt, dass für jeden Anspruch eine gesonderte Vormerkung bestellt werden muss, da aufgrund der Akzessorietät der Vormerkung diese nicht mehrere, sondern immer nur einen Anspruch sichern kann (Amann, MittBayNot 1990, 225 f.; BayObLG DNotZ 1991, 892; BayObLG MittBayNot 1995, 204 f.). Dieses Ergebnis ist vor allem in zweierlei Hinsicht von Relevanz:

#### 1. Materiell-rechtliche Folge einer fehlenden Vormerkung

Fehlt es an der zur Sicherung eines Anspruchs erforderlichen gesonderten Vormerkung, so gewährt die fälschlicherweise für ausreichend angesehene, aber auf einen gleichzeitig begründeten anderen Anspruch bezogene Vormerkung nicht den Schutz der §§ 883 Abs. 2 und 3, 888 BGB.

Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn die unter der gleichen Nummer erfolgte Eintragung der Vormerkung sich als eine zwar verfahrensfehlerhafte, materiell-rechtlich aber ausreichende Eintragung einer Mehrheit ranggleicher, inhaltlich aber differierender Vormerkungen auslegen lässt (in diesem Sinne Staudinger/Gursky § 883, 64 a m.w.N. und auch schon BayObLG MittBayNot 1995, 204/206). Angesichts der in § 892 BGB normierten positiven und negativen Rechtscheinwirkung des Grundbuchs erfordert eine solche Auslegung allerdings einen Grundbucheintrag, der den Bezug auf die betreffende Anspruchsmehrheit eindeutig erkennbar macht (i. E. so auch BayObLG MittBayNot 1995, 204/206).

#### 2. Die Kostenseite

Können also der Rechtspfleger, indem er für die Vormerkung vorsorglich einen genügend Interpretationsspielraum zulassenden Grundbucheintrag wählt, und der Notar durch entsprechende Hinwirkung hierauf das mit dem Verlust des Vormerkungsschutzes verbundene Haftungsrisiko regelmäßig vermeiden, so verbleibt für die Praxis immer noch der kostenrechtliche Aspekt:

Sind mehrere Vormerkungen erforderlich und beharrt der Rechtspfleger hierauf, so vervielfachen sich die Kosten der Grundbucheintragung in entsprechender Weise.

### II. Der Anspruchsbegriff des § 883 Abs. 1 BGB

Wann sich aus einem Lebenssachverhalt ein einziger Anspruch und wann mehrere Ansprüche ergeben, war zwar

bereits öfter Gegenstand ober- und höchstgerichtlicher Entscheidungen, kann aber nach wie vor nicht zweifelsfrei beantwortet werden.

Insbesondere das BayObLG hat sich in mehreren Entscheidungen mit dem Anspruchsbegriff des § 883 Abs. 1 BGB beschäftigt. Dessen jüngste Entscheidung vom 17.10.2001, welche den Anlass zu diesem Kurzbeitrag gegeben hat, betrifft ein bisher nur am Rande gestreiftes Thema der Anspruchsthematik, nämlich die Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen der Bestellung mehrerer dinglicher Rechte ein einziger und deshalb auch nur durch eine Vormerkung sicherbarer Anspruch zugrunde liegen kann.

Vor einer Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung erscheint es sinnvoll, den bisherigen Erkenntnisstand von Rechtsprechung und Literatur zum Anspruch i.S.d. § 883 Abs. 1 BGB in aller Kürze darzustellen. Hiernach sind folgende Fallgruppen zu betrachten:

#### 1. Anspruch auf sukzessive Einräumung inhaltsgleicher dinglicher (Teil-)rechte

Die Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB soll nicht nur einen Anspruch auf Einräumung eines einzigen dinglichen Rechts, sondern – soweit der Anspruch selbst teilbar ist – auch einen Anspruch auf sukzessive Einräumung mehrerer dinglicher (Teil-)rechte sichern können; so entschieden für die Vormerkung auf Bestellung einer Reallast für jede zukünftige Erhöhung des Erbbauszinses (BayObLGZ 1977, 93 ff.) sowie für die Vormerkung auf Bestellung sukzessiver Sicherungshypotheken (BayObLGZ 1962, 322 ff. = NJW 1963, 157). Dieses Ergebnis wurde m.E. zu Recht daraus abgeleitet, dass ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch unzweifelhaft im Nachhinein durch Teilabtretungen in mehrere Forderungen zerlegt werden kann, mit der Folge, dass damit Ansprüche auf Eintragung mehrerer dinglicher Rechte im Range des durch die Vormerkung gesicherten Gesamtanspruchs entstehen, und damit auch bereits im Vorfeld eine Ausgestaltung des Anspruchs als in mehreren Teilen stufenweise ausübbar zulässig sein muss (BayObLGZ 1962, 327).

#### 2. Anspruch auf wahlweise Einräumung eines von mehreren dinglichen Rechten

Bei einer *Wahlschuld* kommt immer nur eine Vormerkung in Betracht, da dem Wahlschuldverhältnis – etwa auf Übertragung oder Belastung eines von mehreren Grundstücken – eine einheitliche schuldrechtliche Vereinbarung zugrunde liegt (OLG Frankfurt, MittBayNot 1983, 59; BayObLGZ 1973, 309/314). Es bestehen nicht zwei aufschiebende bedingte, sondern *ein inhaltlich zu konkretisierender Anspruch*.

#### 3. Anspruch zugunsten des jeweiligen Inhabers eines subjektiv-dinglichen Rechts

Die Begründung eines Anspruchs für den jeweiligen Inhaber eines dinglichen Rechts kann nach der h. L. und Rechtspre-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2002, S. 293 (Heft 4).

chung angesichts des bestehenden praktischen Bedürfnisses durch *eine Vormerkung* (sog. subjektiv-dingliche Vormerkung) abgesichert werden (vgl. dazu *Staudinger/Gursky*, § 883, Rdnr. 58), so etwa der Erbbauzinsröhunganspruch für den jeweiligen Eigentümer des Erbbaugrundstücks oder das Ankaufsrecht zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten.

Hiervon streng zu unterscheiden ist die Vormerkung *gegen* den jeweiligen Inhaber eines dinglichen Rechts, welche – unabhängig vom Problem der Zahl der Ansprüche – am Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter scheitert (BGH DNotZ 1993, 506).

#### 4. Anspruch zugunsten mehrerer zeitlich aufeinander folgender Berechtigter

Die in Fallgruppe 3. beschriebene subjektiv-dingliche Vormerkung bildet ihrerseits einen Spezialfall zur allgemeinen Frage der Absicherung eines inhaltsgleichen Anspruchs mehrerer zeitlich aufeinander folgender Berechtigter, welche unter dem Stichwort der sog. *Sukzessivberechtigung* behandelt wird.

Das Verdienst, hierzu eine weitgehende Klärung herbeigeführt zu haben, teilen sich vor allem das BayObLG und *Amann*: In seiner Entscheidung vom 15.2.1990 (MittBayNot 1990, 243) erkannte das Gericht, dass mehrere von Anfang an nebeneinander stehende, lediglich in ihrer Abfolge zeitlich bedingte Ansprüche unterschiedlicher Berechtigter durch verschiedene Vormerkungen zu sichern sind; so entschieden für den für bestimmte Fälle vorbehaltenen gütergemeinschaftlichen Rückforderungsanspruch zweier Ehegatten, der nach dem Ableben eines von ihnen (unabhängig von der Erbfolge) dem anderen allein zusteht. In dem als Reaktion hierauf erschienenen grundlegenden Aufsatz von *Amann* (MittBayNot 1990, 225 ff.) arbeitete dieser heraus, dass das Rechtssystem des BGB die Existenz eines einzigen (identischen) Anspruchs trotz sukzessiver Berechtigung lediglich in den Fällen der Universalsukzession, insbesondere also bei Erbfolge, der Abtretung sowie der inhaltlichen Ausgestaltung eines Anspruchs durch Gläubigermehrheit gemäß §§ 420, 428, 432 BGB zulässt. Wenn eine Vorausabtretung nicht ausdrücklich vereinbart sei und sich mangels Abtretbarkeit des betreffenden Rechts – wie etwa beim Wohnungs- oder Nießbrauchsrecht – auch nicht im Wege der Auslegung finden lasse, so könne doch eine „Sukzessivberechtigung“ unter Mitwirkung des Schuldners als entsprechende inhaltliche Ausgestaltung eines einzigen Anspruchs zumindest dann begründet werden, wenn die zeitlich nachfolgend Berechtigten von Anfang an in einem *Gesamtberechtigungsverhältnis nach § 428 BGB* stünden (a.a.O. S. 228). § 428 BGB könne insofern auch eine bestehende Gütergemeinschaft überlagern. Das BayObLG hat sich dieser Ansicht in seiner Entscheidung vom 6.4.1995 angeschlossen (BayObLG 1995, 204 ff.).

Vom BayObLG und in letzter Konsequenz auch von *Amann* offen gelassen ist allerdings die Frage, ob auch eine *echte sukzessive Berechtigung* durch Begründung eines einheitlichen nicht abtretbaren Anspruchs zuerst allein für den einen und im Anschluss daran allein für einen anderen vorstellbar sei. Eine Rechtsgrundlage für eine derartige Konstruktion lässt sich weder in § 428 BGB noch in einer anderen Rechtsnorm des BGB finden. Für nicht abtretbare Rechte fehlt es darüber hinaus aber auch an jeglichem Bedürfnis, eine Sukzessivberechtigung zuzulassen. Soweit erforderlich, kann jedes Recht so umgestaltet oder ausgetauscht werden, dass eine Abtretung möglich wird; z.B. könnte ein nicht übertragbares Wohnrecht nach § 1093 BGB durch ein übertragbares Dauerwohnrecht gemäß § 31 WEG ersetzt werden.

### III. Die Entscheidung des BayObLG vom 17.10.2001

#### 1. Sachverhalt

Dem Beschluss des BayObLG vom 17.10.2001 2Z BR 75/01 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Durch notariellen Erbaurechtsvertrag waren 35 inhaltsgleiche Erbaurechte an entsprechenden Teilflächen eines Grundstücks und zugunsten jedes Erbbauberechtigten eine Stellplatzdienstbarkeit an einer weiteren Teilfläche bestellt worden, außerdem zur Absicherung der dauerhaften Zuordnung aller Stellplatzrechte eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Freistaats Bayern. Da die betreffenden Rechte mangels Vermessung noch nicht eingetragen werden konnten, wurde zur Absicherung des Bestellungsanspruchs die Eintragung zweier Vormerkungen bewilligt und beantragt: die eine zur Absicherung des Anspruchs auf Eintragung von 35 Erbaurechten, die andere zur Absicherung des Anspruchs auf Eintragung der 35 Stellplatz-Dienstbarkeiten für den jeweiligen Erbbauberechtigten und der entsprechenden Sicherungsdienstbarkeit für den Freistaat Bayern.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag unter Hinweis darauf, dass nicht zwei, sondern insgesamt 71 Vormerkungen für jedes einzelne Recht bestellt werden müssten, zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde beim LG blieb erfolglos.

Die hiermit angesprochene Frage nach der Zahl der bestehenden Ansprüche und demnach notwendigen Vormerkungen findet in keiner der oben geschilderten Fallgruppen ihre Entsprechung. Der Anspruch auf Einräumung der 35 Erbaurechte und insgesamt 36 Dienstbarkeiten ähnelt zwar einem Anspruch auf sukzessive Einräumung inhaltsgleicher dinglicher (Teil-)rechte, unterscheidet sich von diesem allerdings dadurch, dass

- a) es sich mangels Teilbarkeit nicht von vornherein um Teile eines Gesamtrechts, sondern um selbstständige Einzelrechte handelt,
- b) Erbaurechte und Dienstbarkeiten sich inhaltlich unterscheiden,
- c) die Dienstbarkeiten zugunsten unterschiedlicher Berechtigter bestellt sind.

#### 2. Tenor und Gründe

In seinem Beschluss kommt das BayObLG zu dem Ergebnis, es bestehe jeweils *ein Anspruch auf Bestellung von Erbaurechten* und *ein weiterer Anspruch auf Bestellung von Dienstbarkeiten*, die jeweils durch eine einzige Vormerkung zu sichern seien.

In seiner sehr knappen Begründung setzt sich das Gericht unter Hinweis auf *Larenz/Wolf* (Allg. Teil des BGB, 8. Aufl. § 18 Rdnr. 35) vor allem mit dem Anspruchsbegriff auseinander: Ein einziger materiell-rechtlicher Anspruch sei gegeben, wenn ein einheitlicher Lebensvorgang zugrunde liege, über den Anspruch nur einheitlich verfügt werden könne, er im Übrigen auch nur einheitlich in einem Prozess und nicht in getrennten Prozessen eingeklagt werden könne. Sei der im Vertrag geregelte Lebenssachverhalt ein einheitlicher, so sei auch dann von einem einzigen materiell-rechtlichen Anspruch auszugehen, wenn aufgrund der vertraglichen Verpflichtung mehrere Gegenstände geschuldet seien. Würden im Vertrag dagegen mehrere anspruchsbegründende Lebensvorgänge geregelt, lägen auch mehrere materiell-rechtliche Ansprüche vor.

Der Anspruch auf Bestellung der 35 Erbaurechte und der Anspruch auf Bestellung der 36 Dienstbarkeiten (35 Grunddienstbarkeiten zugunsten der jeweiligen Erbbauberechtigten

und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Freistaat Bayern) beruhen auf *schuldrechtlich jeweils einheitlich geregelten Lebensvorgängen* zwischen *denselben Parteien*; dass die Dienstbarkeiten für unterschiedliche Berechtigte begründet seien, ändere hieran ebensowenig wie die Tatsache, dass nicht ein, sondern 35 inhaltsgleiche Erbbaurechte bzw. Grunddienstbarkeiten bestellt seien.

### 3. Der einheitliche Lebenssachverhalt

Der Beschluss des BayObLG vom 17.10.2001 enthält eine früheren Entscheidungen fehlende Rückbesinnung auf die dogmatischen Grundlagen des materiell-rechtlichen Anspruchsbegriffs. Mit dem bekannten Topos des einheitlichen Lebenssachverhalts findet das Gericht dabei einen Tatbestand, unter den sich auch die oben geschilderten Fallgruppen des § 883 Abs. 1 BGB problemlos unterordnen lassen und der eine weitere Durchdringung der Problematik des materiell-rechtlichen Anspruchs ermöglicht.

So erfreulich die dogmatische Befestigung des Anspruchsbegriffs ist, unmittelbare Ausführungen dazu, unter welchen Voraussetzungen ein einheitlicher Lebenssachverhalt angenommen werden kann, bleibt das BayObLG leider schuldig.

Nach Ansicht des Verfassers muss die vertragliche Regelung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes folgende Kriterien erfüllen:

- a) Vorliegen eines einheitlichen Vertrages;
- b) ein Anspruchsgegenstand oder bei mehreren Anspruchsgegenständen:
  - aa) Identität von Schuldner und Gläubiger und
  - bb) Einheitlichkeit der Anspruchsgegenstände;
- c) Kontinuität des Schuldners;
- d) Kontinuität des Gläubigers.

Schuldnerkontinuität trotz eines Schuldnerwechsels ist dabei nur im Falle der Gesamtrechtsnachfolge gewährleistet, da die Vormerkung bei einem Schuldnerwechsel durch befreiende Schuldübernahme erlischt (vgl. *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1493). Gläubigerkontinuität trotz Gläubigerwechsels besteht demgegenüber auch im Falle der Einzelrechtsnachfolge durch Abtretung.

### 4. Einheitlichkeit mehrerer Anspruchsgegenstände i.S.d. § 883 Abs. 1 BGB und Gläubigeridentität im Besonderen

Wann in § 883 Abs. 1 BGB genannte Rechte als einheitlich angesehen werden können, ist nicht nur einer wie auch immer gearteten Verkehrsauffassung zu entnehmen, sondern auch dem Schutzzweck der Vormerkung, der Verfügungen, welche den Anspruch auf Einräumung des geschützten Rechts gefährden, dem Berechtigten gegenüber unwirksam sein lässt und den Rang des geschützten Rechtes wahrt, § 883 Abs. 2 und 3 BGB.

Als einheitlich anzusehen sind deshalb dingliche Rechte, wenn sie derart in einem sachlichen Zusammenhang stehen, dass der isolierte Schutz nur eines einzelnen Rechts von den Vertragspartnern als unvollständig begriffen würde, weil es ihnen in letzter Konsequenz nicht um Teilrechte, sondern um ein einheitliches dingliches Gesamtrecht geht.

Regelmäßig als *einheitlicher Anspruch* zu begreifen ist demnach:

- a) der Anspruch auf *sukzessive Einräumung inhaltsgleicher (Teil-)rechte*;

- b) der Anspruch auf *gleichzeitige Einräumung inhaltsgleicher Rechte* betreffend verschiedene Grundstücke oder Grundstücksteilflächen;

denn in beiden Fällen könnten die Teilrechte vom Gläubiger in direkter oder entsprechender Anwendung von § 890 Abs. 1 BGB zu einem einheitlichen Recht vereinigt werden, ohne dass der Schuldner mitwirken muss (*Vereinigungsfähigkeit*).

Insoweit ist der Entscheidung des BayObLG zuzustimmen. Dass die Bestellung von Erbbaurechten und von Dienstbarkeiten unterschiedliche Lebenssachverhalte betrifft und diese deshalb als jeweils eigenständige materiell-rechtliche Ansprüche zu begreifen sind, überzeugt im Grundsatz ebenfalls, denn Erbbaurecht und Dienstbarkeit werden zunächst einmal nicht als Gesamtrecht begriffen. Auch ist die Möglichkeit einer Vereinigung dieser Rechte nach § 890 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen.

Gleichwohl übersieht das BayObLG einen entscheidenden Gesichtspunkt: Jede der 35 Grunddienstbarkeiten wurde zugunsten eines der Inhaber der 35 Erbbaurechte bestellt. Gemäß § 96 BGB gelten sie als Bestandteil des betreffenden Erbbaurechts. Weil sie nicht vom Erbbaurecht getrennt werden können, bilden sie nicht nur einen einfachen, sondern einen *wesentlichen Bestandteil* im Sinne von § 93 BGB (*Palandt-Heinrichs*, BGB, § 96, Rdnr. 2). Für die Beurteilung, ob die 35 Erbbaurechte und die zugunsten von deren Inhabern bestellten Grunddienstbarkeiten ihrer Art nach ein *einheitliches Gesamtrecht* bilden, kann diese gesetzliche Fiktion nicht außer Betracht bleiben. Es ist deshalb auch insoweit vom Vorliegen eines einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruchs auszugehen. Entsprechendes gilt im Übrigen auch für das regelmäßig zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Erbbaurechtes bestellte dingliche *Vorkaufsrecht*.

Auf den ersten Blick problematischer erscheint die Einbeziehung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Freistaat Bayern in einen einheitlichen Anspruch zusammen mit dem Anspruch auf Bestellung der 35 Grunddienstbarkeiten zugunsten der jeweiligen Erbbauberechtigten. Diese setzt zunächst neben der Schuldneridentität auch *Gläubigeridentität* voraus:

Gläubiger hinsichtlich der 35 Stellplatz-Grunddienstbarkeiten sind die jeweiligen Erbbauberechtigten (sog. subjektiv-dingliche Vormerkung, hierzu siehe oben II.3.). Da im Zeitpunkt der Anspruchs begründung der konkrete Vertragspartner selbst Erbbauberechtigter ist, steht ihm der Anspruch zunächst einmal auch selbst zu. Bei Abtretung eines Erbbaurechts geht eine zugunsten des betreffenden Erbbauberechtigten im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit als Rechtsbestandteil mit über; ist sie dagegen noch nicht eingetragen, geht sie nur im Falle einer zusätzlichen Anspruchsabtretung über oder aber, wenn der Dienstbarkeitsbestellungsvertrag gleichzeitig *auch* gemäß § 328 BGB als *Vertrag zugunsten Dritter* (nämlich der künftigen Erbbaurechtszessionare) auszulegen ist. Dies ist nach Wortlaut und Zweck eindeutig zu bejahen. Als Vormerkungsberechtigte sind deshalb – eine entsprechende Bewilligung vorausgesetzt – im Grundbuch einzutragen: der Versprechensempfänger *und* die jeweiligen Erbbauberechtigten (vgl. *Palandt/Bassenge* § 883, Rdnr. 12). Der Eintragungsvermerk im Grundbuch wäre etwa wie folgt zu formulieren:

„*Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs von X und der jeweiligen Inhaber der 35 zur Urkunde ... bestellten Erbbaurechte auf Eintragung je einer Stellplatzdienstbarkeit zugunsten jeden Inhabers eines dieser Erbbaurechte.*“

Gläubiger hinsichtlich des Anspruchs auf Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Freistaat

Bayern und damit als Vormerkungsberechtigte zu bewilligen und einzutragen sind ebenfalls sowohl der konkrete Vertragspartner (= Versprechensempfänger) als auch der Freistaat Bayern, da diesem nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung ein eigener Anspruch eingeräumt werden soll.

Der – auch – vorgemerkte Anspruch des konkreten Vertragspartners auf Bestellung beschränkter dinglicher Rechte, die dem jeweiligen Erbbauberechtigten oder dem Freistaat Bayern, in beiden Fällen also Dritten i.S.d. § 328 BGB, zustehen, *verklammert* deshalb die verschiedenen Anspruchsgegenstände und begründet Gläubigeridentität.

Das zur Bejahung eines einheitlichen Anspruchs neben der Gläubigeridentität erforderliche weitere Kriterium der *Einheitlichkeit der Anspruchsgegenstände* wird dadurch erfüllt, dass die Grunddienstbarkeiten zugunsten der Erbbauberechtigten und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit für den Freistaat Bayern sich lediglich durch die Person des Anspruchsberechtigten, nicht aber in ihrem Inhalt gegenüber dem jeweiligen Schuldner unterscheiden: Der Freistaat Bayern kann neben dem jeweiligen Erbbauberechtigten die Aufrechterhaltung des diesem durch inhaltsgleiche Grunddienstbarkeit eingeräumten Stellplatzrechtes verlangen; insofern handelt es sich also nur um eine durch den Sicherungscharakter der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bedingte zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 420, 428, 432 BGB hinzutretende besondere Art der Gläubiger-mehrheit.

Die Einheitlichkeit mehrerer Anspruchsgegenstände i.S.d. § 883 Abs. 1 BGB kann sich deshalb nicht nur über die Vereinigungsfähigkeit, sondern auch über die *Sonderrechtsunfähigkeit subjektiv-dinglicher Rechte* sowie den *Sicherungscharakter* inhaltsgleicher Dienstbarkeiten ergeben.

#### IV. Umschreibung der Vormerkung

Die gerade in Hinblick auf die Rangwahrung für rangfähige Rechte gemäß § 883 Abs. 3 BGB bedeutsame „Umschreibung“ der Vormerkung in das durch sie gesicherte Recht wird gemäß §§ 12 Abs. 1 b, c, 19 GBVfg durch Eintragung in die neben der Vormerkung freigelassene rechte Halbspalte bewirkt. Für das Eigentum selbst gibt es mangels Rangfähigkeit keine Umschreibungsmöglichkeit.

Es ist allgemein anerkannt, dass im Falle von Teilabtretungen eines durch eine einzige Vormerkung gesicherten einheitlichen Anspruchs diese Vormerkung in ranggleiche Einzelrechte umgeschrieben werden kann.

In gleicher Weise muss eine Umschreibung auch dann erfolgen können, wenn eine Vormerkung von vornherein auf die

Verschaffung mehrerer dinglicher Einzelrechte, ggf. auch unterschiedlicher (lediglich durch einen identischen Versprechensempfänger i.S.v. § 328 BGB verklammerter) Rechtsinhaber ausgerichtet ist.

Eine zugunsten des Vertragspartners als Versprechensempfänger und zugunsten Dritter i.S.d. § 328 BGB bestellte Vormerkung kann unproblematisch in das dem Dritten einzuräumende Recht umgeschrieben werden. Hieraus ist nach Ansicht des Verfassers zu folgern, dass auch eine – etwa mangels ausreichender Bestimmbarkeit des Dritten – lediglich zugunsten des Vertragspartners als Versprechensempfänger bestellte Vormerkung in das Recht des Dritten umgeschrieben werden kann, wenn der Versprechensempfänger eine entsprechende Bewilligung abgibt und damit den Anspruchsinhalt analog zur Abtretung eines Eigentümerrechtes konkretisiert. Ohne weiteres kann daher z.B. eine Vormerkung für X auf Einräumung einer Grunddienstbarkeit umgeschrieben werden durch Eintragung dieser Grunddienstbarkeit.

#### V. Zusammenfassung

Verschiedene materiell-rechtliche Ansprüche sind jeweils durch gesonderte Vormerkungen zu sichern. Ihre Sammelbuchung unter einer laufenden Nummer ist zwar verfahrensfehlerhaft, aber gleichwohl wirksam. Ist es zweifelhaft, ob eine oder mehrere materiell-rechtliche Vormerkungen vorliegen, ist ihre Buchung unter einer laufenden Nummer unter ausreichender Bezeichnung des Vormerkungsinhalts vorzunehmen, um eine Auslegung als Sammelbuchung mehrerer Ansprüche zu ermöglichen und hierdurch eine etwaige Lücke im Vormerkungsschutz zu verhindern.

Das Vorliegen nur eines einzigen vertraglichen Anspruchs richtet sich danach, ob im Vertrag ein einheitlicher oder mehrere Lebenssachverhalte geregelt werden. Das Vorliegen eines einheitlichen Lebenssachverhalts setzt grundsätzlich einen einheitlichen Vertrag, einen Anspruchsgegenstand sowie die vertragliche Kontinuität von Gläubiger und Schuldner voraus.

Mehrere Anspruchsgegenstände können lediglich dann einem einheitlichen Lebensvorgang entspringen, wenn für alle Anspruchsgegenstände Gläubiger und Schuldner identisch sind und wenn die einzelnen Anspruchsgegenstände von den Vertragsteilen als Gesamtrecht begriffen werden. Letzteres ist zu bejahen, wenn es sich um inhaltsgleiche und deshalb vereinigungsfähige (Teil-)rechte handelt, das eine Recht einen wesentlichen Bestandteil des anderen bildet („subjektiv-dingliches Recht“) oder die inhaltliche Abweichung zweier Rechte lediglich dadurch bedingt ist, dass das eine den Fortbestand des anderen sichern soll („Sicherungsdienstbarkeit“).

## TAGUNGSBERICHTE

## Aktuelle Fragen zur Notarhaftung

– Bericht über das Notarforum des DAI in Berlin am 16. 3. 2002 –

Von Notarassessor *Dr. Markus Krebs*, München

Die Notarhaftung spielt in der Praxis eine immer wichtigere Rolle. Im Mittelpunkt der Veranstaltung standen aktuelle BGH-Urteile, vorgestellt von langjährigen Berichterstattern im bisher zuständigen IX. Zivilsenat; darüber hinaus wurden Vermeidungsstrategien bei der notariellen Beurkundungs- und Betreuungstätigkeit erörtert. Am Forum beteiligt war auch ein Vertreter der Versicherungswirtschaft.

Rein rechnerisch kommt auf jeden Notar alle zwei bis drei Jahre ein Haftpflichtfall – Tendenz steigend. Diese Statistik stellt den Notaren zwar ein gutes Zeugnis aus bei der Zahl der in diesem Zeitraum verfassten Urkunden. Sie zeigt aber auch, dass die Haftpflichtgefahr leider zum Berufsalltag gehört. Umso erstaunlicher ist, dass die vom Deutschen Anwaltsinstitut am 16. 3. 2002 in Berlin durchgeführte Veranstaltung „Aktuelle Fragen zur Notarhaftung“ nach langer Zeit die erste war, die sich ausschließlich mit der Notarhaftung beschäftigte.

Im Mittelpunkt stand die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Der Zeitpunkt war günstig gewählt, denn seit dem Geschäftsjahr 2002 liegt die Zuständigkeit für die Notarhaftung nicht mehr beim IX. Zivilsenat. Richter am BGH a. D. *Dr. Horst Zugehör* als dessen ehemaliges und Richter am BGH *Dr. Hans-Gerhard Ganter* als derzeitiges Mitglied konnten daher gleichsam ein Fazit ziehen und aus der ganzen Fülle ihrer Erfahrung berichten, bevor nun der III. Zivilsenat die Rechtsprechung fortführen wird.

*Zugehör* begann mit „Aktuellen Fragen der Notarhaftung am Beispiel aktueller Urteile des BGH“. Sein nach den Anspruchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 1 BNotO klar gegliederter Vortrag ließ keine dieser Fragen offen. Besonderes Gewicht legte *Zugehör* auf den sozialen Schutzauftrag, den der BGH stärker betont, während die ältere Judikatur noch die Unparteilichkeit des Notars herausgestellt hatte. Der Notar müsse aber in keinem Fall selbst Tatsachen ermitteln, die erst zu einer Belehrungspflicht führen würden. Bemerkenswert war die These, dass der III. Zivilsenat in Zukunft den Grundsatz der entschuldigenden Wirkung von Kollegialgerichtsentscheidungen wieder stärker betonen könnte, wie bei der Haftpflicht von Beamten, wofür derselbe Senat zuständig ist.

Im Anschluss behandelte *Ganter* „Ausgewählte Probleme der Amtspflichtverletzung bei Urkundstätigkeit“. Der ausführliche Vortrag ging von der Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung von unwirksamen Rechtsgeschäften über die Pflicht zur Klärung des Sachverhalts, zur Klauselkontrolle, zur Beratung und Belehrung bei ungesicherter Vorleistung bis zur Belehrung über die steuerlichen Folgen. Hier warnte *Ganter* die

Notare davor, mehr an Steuerberatung zu übernehmen, als sie müssten. Wer eine umfassende Betreuung anbiete, dürfe sich auch nicht wundern, wenn sich später ein erweitertes Haftungsrisiko verwirkliche.

Ein anderes Tätigkeitsfeld des Notars beleuchtete nach der Mittagspause Notar a. D. *Christian Hertel* mit seinem Beitrag „Amtspflichtverletzung bei notarieller Rechtsbetreuung“. Hier wiegen Fehler besonders schwer, da der Subsidiaritätsgrundsatz des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO nicht gilt. Insbesondere die notarielle Verwahrung wurde von *Hertel* umfassend auf Haftungsgefahren hin untersucht. Eine lebhaft Diskus-sion entspann sich zum Urteil des BGH vom 25. 10. 2001 – IX ZR 427/98, wonach der Treuhandauftrag der finanzierenden Bank spätestens mit Überweisung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto erteilt oder erkennbar vorbehalten sein muss<sup>1</sup>. Hier wollte nach Meinung *Hertels*, die von *Zugehör* bestätigt wurde, der BGH strenge Maßstäbe setzen und letztlich die Notare schützen. Diese täten also gut daran, auf Beachtung dieser Entscheidung zu drängen.

Abschließend schilderte Abteilungsleiter *Heinz Schlee* von der Allianz Versicherungs-AG die „Praxis der Notarhaftung aus Sicht eines Haftpflichtversicherers“. Er würzte seinen Vortrag über typische Fehler der Praxis mit zahlreichen, oft überraschenden Statistiken, unter anderem auch der eingangs erwähnten. Schließlich leistete *Schlee* „praktische Lebenshilfe“ und zeigte auf, wie man einen Schadenfall richtig bei der Versicherung anmeldet.

Am Ende stand seine versöhnliche Erkenntnis, dass immerhin gut zwei Drittel aller Notare nie einen Schadenfall melden müssen. Damit dies so bleibt, ist jedoch ständige Fortbildung nötig, und so kann man dem Diskussionsleiter, Notar *Dr. Norbert Frenz*, nur zustimmen, wenn er die etwa 70 Teilnehmer in der Hoffnung entließ, das Notarforum zu aktuellen Haftungsfragen möge sich zu einer regelmäßigen Einrichtung entwickeln.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Anmerkung von *Hertel* in MittBayNot 2002, S. 181 (in diesem Heft).

## Erbrecht und Vermögensnachfolge

### Bericht über die ZEV-Jahrestagung am 25./26.1.2002 in Berlin

Von Notarassessorin *Dr. Susanne Frank*, München

Bereits zum fünften Male hat im Januar unter großer Beteiligung die Jahrestagung der Zeitschrift ZEV (C.H. Beck Verlag, München) zum Thema „Erbrecht und Vermögensnachfolge“ stattgefunden. Eine inhaltsgleiche Veranstaltung erfolgte bereits im vergangenen Oktober in München. Zehn namhafte Referenten aus dem In- und Ausland vermittelten einen umfassenden Überblick zu den aktuellen zivil- und steuerrechtlichen Entwicklungen der Nachfolgeplanung im privaten sowie unternehmerischen Bereich. Erstmals wurden auch internationale Fragestellungen berücksichtigt.

Mit dem Eingangsreferat verschaffte Notar Prof. *Dr. Manfred Bengel*, Fürth, einen Überblick über die Entwicklungen auf dem Gebiet des Zivilrechts. Vorgestellt wurde zunächst das am 1.8.2001 in Kraft getretene Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften (LPartG), insbesondere der seit 1.11.2001 geltende bayerische Sonderweg der Schließung der Lebenspartnerschaft durch Notare. In den ersten zwei Monaten wurden 127 Paare registriert. In diesem Zusammenhang stellt sich künftig die Frage, inwieweit die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB auf die Lebenspartnerschaft anwendbar ist; umstritten ist bereits jetzt der Beginn der Frist. Auch andere erbrechtliche Streitpunkte wurden diskutiert: Bei der Berechnung des Nachlasswertes für Pflichtteilsansprüche gemäß § 2311 BGB wird aus aktuellem Anlaß – dem 11. September 2001 – das starre Festhalten am Stichtagsprinzip in manchen Fällen zu unangemessenen Ergebnissen für Erbe oder Pflichtteilsberechtigten führen; eine Einzelfallkorrektur aus Treu und Glauben ist z.B. aufgrund der Entwicklung der Aktienkurse in krassen Fällen neu zu überdenken. Die Diskussion um das sog. „Behindertentestament“ wurde in jüngerer Zeit wieder neu belebt. Neben dem „Klassiker“ durch Vor- und Nacherbfolge wird die Vermächtnislösung als die einfachere, aber ebenso wirkungsvolle Gestaltungsvariante wieder propagiert. Endgültige Rechtssicherheit ist hierfür aber noch nicht gegeben. In der notariellen Gestaltungspraxis ist daher Vorsicht geboten.

Zur Unternehmensnachfolge referierte Notar Prof. *Dr. Gerrit Langenfeld*, Karlsruhe, das Beispiel der „Übergabe eines Handwerksbetriebs“ aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht. Einer der Schwerpunkte der Darstellung lag auf den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten von vertraglichen Rückforderungsrechten des Übergebers. Aufgrund der durch die Schuldrechtsreform geänderten §§ 346 ff. BGB sind Einzelheiten bei der Gestaltung an die neuen Vorschriften anzupassen (Vgl. hierzu auch *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509 (512)).

Anhand prominenter Beispielsfälle, wie dem jahrelang dauernden Erbstreit um den testamentslos verstorbenen Pablo Picasso, warnte Rechtsanwalt *Dr. Hans Flick*, Bonn, vor der „Unterschätzung von Erbstreitigkeiten und deren Folgen“. Nach einer Emnid-Umfrage aus dem Jahr 1998 entstehen in mindestens 20 % der Fälle bei Abwicklung eines Erbfalltes Streitigkeiten zwischen den Beteiligten. Grund dafür sind neben fehlenden, widerstreitenden und überholten Testamenten die steigende Komplexität der Sachverhalte aufgrund werthaltiger Nachlässe, verworrenere Familienverhältnisse sowie Auslandsbezug. Durch eine sorgfältig angelegte und regelmäßig überprüfte Nachfolgeplanung können Erbstreitigkeiten in den allermeisten Fällen vermieden werden. Die Gestaltung durch den Notar ist hier mehr den je gefragt!

Notar Prof. *Dr. Wolfgang Reimann*, Passau, referierte zum Thema „Unternehmenssteuerreform und Unternehmensnachfolge“ die zivil- und steuerrechtlichen Überlegungen zur Wahl der richtigen Unternehmensform. Außersteuerlich sind die durch das CapCoRiLiG geänderten Publizitätspflichten zu beachten, die nunmehr auch die „kapitalistische“ Kommanditgesellschaft einbeziehen. Zivilrechtlich spricht für die Personengesellschaft die Möglichkeit, durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages das Unternehmen dem potenziellen Nachfolger im Todesfall direkt zuzuweisen. Die zivil- und steuerrechtliche Gesamtbetrachtung darf aber nicht aus den Augen verloren werden. Die durch die Unternehmenssteuerreform 2001 veränderten Rahmenbedingungen lassen keine eindeutige Zuordnung zur einen oder anderen Rechtsform zu. Ertragsteuerlich sind neben der Frage der Thesaurierung oder Ausschüttung auch die konkrete Einkommen- sowie Gewerbesteuerbelastung zu berücksichtigen, erbschaftsteuerlich spielt die unterschiedliche Anteilsbewertung u.a. die ausschlaggebende Rolle.

Mit zwei Beiträgen wurden erstmals auch internationale Aspekte der Nachfolgeplanung berücksichtigt. In seinem Eingangsreferat stellte Prof. *Dr. Ulrich Haas*, Mainz, die internationalprivat- sowie -verfahrenrechtlichen Aspekte vor, die für den „Deutschen Erblasser mit Auslandsvermögen“ unbedingt zu beachten sind. Im Anschluss daran wurde beispielhaft als Länderbericht „Frankreich“ herausgegriffen und von Herrn Notar *Edmond Gresser*, La Wantzenau/Frankreich, unter dem Aspekt „Nachfolgeplanung für Immobilien in Frankreich“ moderiert. Die große Erbrechtsreform, welche durch das Gesetz vom 3.12.2001 durch den französischen Gesetzgeber verabschiedet wurde und zum 1.7.2002 in Kraft treten wird, wird die bislang subsidiäre Erbenstellung des Ehegatten des Erblassers zumindest teilweise verbessern. Mangels Abkömmlingen oder Verwandten in aufsteigender Linie steht ihm künftig sogar ein Noterbrecht zu. Die Neuregelungen gelten auch für deutsche Erblasser mit Immobilienvermögen in Frankreich, da dieses aufgrund der kollisionsrechtlichen Anknüpfung zwingend französischem Erbrecht unterliegt. Bei der Nachfolgeplanung ist diese Nachlassspaltung zu berücksichtigen.

Die neueren Entwicklungen im Testamentsvollstreckerrecht präsentierten Rechtsanwalt und Richter am Landgericht a.D. Prof. *Dr. Jürgen Damrau*, Konstanz, und Notar *Dr. Jörg Mayer*, Pottenstein. Der Schwerpunkt der Darstellung lag auf möglichen Vereinbarungen zwischen Testamentsvollstrecker und Erben einerseits und den Problemen der Testamentsvollstreckung über GmbH-Geschäftsanteile andererseits. Problematisch ist hierbei die Verwaltungsvollstreckung: Der Testamentsvollstrecker darf höchstpersönliche Gesellschafterrechte nicht wahrnehmen. Grenzen seiner Rechtsmacht ergeben sich ferner aus den §§ 2206 f. BGB z.B. bei Kapitaler-

höhungen, die eine Einlageverpflichtung begründen. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht können Satzungsbeschränkungen die Ausübung von Verwaltungsrechten für den Testamentvollstrecker unmöglich machen. Die GmbH-Satzung ist bei entsprechender testamentarischer Gestaltung daher zu überprüfen.

Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater *Dr. Reinhard Geck*, Hannover, verschaffte einen Überblick über die steuerlichen Entwicklungen seit der letzten Tagung. Neben einem Abriss der ertragsteuerlichen Änderungen durch das Steuersenkungsgesetz 2001 und das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts wurden u.a. die jüngsten verfassungsrechtlichen Bedenken des II. Senats des BFH gegen Teile des ErbStG erörtert. Diskutiert wurden insbesondere die Konsequenzen des Beiladungsbeschlusses vom 24.10.2001 (abgedruckt in MittBayNot 2002, 63), der für die Beratungspraxis bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine erneute Unsicherheit über die Inanspruchnahme steuerlicher Privilegien bedeutet.

Mit dem Abschlussreferat der Tagung berichtete Rechtsanwalt Prof. *Dr. Detlev J. Piltz*, Bonn, über „Neues zur Unternehmensbewertung im Zivil- und Steuerrecht“. Mangels Börsenkurses wird der Unternehmenswert nach den IDW Standards 2000 der Wirtschaftsprüfer traditionell nach der

Ertragswertmethode ermittelt. Daneben hat jüngst auch die Discounted Cashflow-Methode (DCF-Methode) Eingang in die Standards gefunden und sich als Bewertungsmethode etabliert. Erkennbar ist ferner die Tendenz, auch die Ertragsteuern bei der Bewertung zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Einkommensteuer auf einen fiktiven Veräußerungsgewinn. Da sich der Wert des Unternehmens dadurch erheblich ändern kann, ist zu erwarten, dass die Gerichte kurz über lang mit dieser Frage befasst werden.

Abschließend ist festzuhalten:

Die Hochkarätigkeit der Referenten einerseits, das breite Spektrum der ausgewählten Themen andererseits waren bereits Garantie für das Gelingen der Tagung. Dank der großen Aktualität der Beiträge, der praktischen Gestaltungshinweise und der fruchtbaren Diskussionen war die Veranstaltung insbesondere für den Vertragsgestalter von sehr großem Gewinn. Vor allem die steuerlichen Bewegungen, aber auch zivilrechtliche Gerichtsentscheidungen und Gesetzesänderungen führen zu einer ständigen Weiterentwicklung des Spektrums der Vermögensnachfolge. Der Notar hat die sich laufend ändernde Rechtslage zu beobachten und bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen. Erbrecht und Vermögensnachfolge gehören zu den Kernbereichen der notariellen Tätigkeit, die zu bewahren es durch sorgsame Gestaltung unbedingt gilt.



## SONDERREIHE „AUSLANDSIMMOBILIEN IN DER NOTARIELLEN PRAXIS“

### Immobilien in Spanien im Erbfall

Von Notarassessor *Benedikt Selbherr*, München

Immer mehr Deutsche besitzen Immobilien im Ausland; Spanien ist von jeher besonders beliebt. Von dieser Entwicklung bleibt auch die notarielle Praxis nicht unberührt. Neben Rechtsfragen zum Erwerb tritt zunehmend die Frage in den Vordergrund, wie Immobilien in Spanien im Erbfall behandelt werden.

Der Beitrag skizziert die kollisionsrechtliche Ausgangslage und stellt Grundzüge des gemeinspanischen Erbrechts dar. Es folgen Hinweise zur Nachlassplanung und Nachlassabwicklung für den Fall, dass in Spanien belegener Grundbesitz in den (künftigen) Nachlass deutscher Staatsbürger fällt. Da steuerliche Fragen in diesem Kontext eine große Rolle spielen, gibt der Beitrag auch einen knappen Überblick zum spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht und zur Besteuerung deutsch-spanischer Erbfälle\*.

#### I. Erbstatut

Aus deutscher Sicht richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen regelmäßig nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte, Art. 25 Abs. 1 EGBGB. Das Internationale Privatrecht Spaniens stellt gem. Art. 9 Nr. 1 und Nr. 8 des Spanischen Zivilgesetzbuchs (*Código Civil* – CC)<sup>1</sup> hinsichtlich des anwendbaren Erbrechts ebenfalls auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Augenblick seines Todes ab. Eine Rechtswahl ist nicht möglich. In beiden Ländern gilt das Prinzip der Nachlassseinheit, sodass bewegliches und unbewegliches Vermögen im Erbfall kollisionsrechtlich gleich behandelt werden<sup>2</sup>. Die Privatrechtsordnung Spaniens ist zum Teil zwar räumlich gespalten, die Spaltung betrifft allerdings nicht das Internationale Privatrecht; hier herrscht Rechtseinheit<sup>3</sup>.

#### II. Grundzüge des spanischen Erbrechts

In Spanien gilt kein einheitliches materielles Erbrecht. In einigen Gebieten gelten vom gemeinspanischen Erbrecht abweichende Teilrechtsordnungen (so genannte Foralrechte); dies gilt für Teile des Baskenlands, Katalonien, Galizien, Aragon, Navarra und die Balearen<sup>4</sup>. Die folgenden Ausführungen beschränken sich mit Ausnahme einiger Hinweise auf das gemeinspanische Erbrecht.

\* Herrn Notar Prof. Dr. Peter *Gantzer*, München, und Herrn Notar Alejandro *Ruiz-Ayúcar Seifert*, La Orotava/Tenerife, danke ich herzlich für anregende Gespräche und wertvolle Hinweise.

<sup>1</sup> Die meisten der hier genannten spanischen Gesetze kann man unter [www.jurisweb.com/legislación/civil](http://www.jurisweb.com/legislación/civil) kostenlos abrufen.

<sup>2</sup> Im spanischen IPR – anders als im deutschen – ausdrücklich geregelt in Art. 9 Nr. 8 CC.

<sup>3</sup> *Schotten*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 412; *Gantzer*, Spanisches Immobilienrecht, 8. Aufl. 1999, S. 91; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2002, 73 ff.

<sup>4</sup> Einzelheiten zur Anwendbarkeit der Foralrechte bei *Staudinger-Dörner*, Anhang zu Art. 25 EGBGB, Neubearbeitung 2000, Rdnr. 629 ff. *Hierneis* in *Ferid / Firsching / Lichtenberger*, Internationales Erbrecht, Spanien, Stand: 1.10.1998, S. 4 bietet eine geographische Übersichtskarte der Foralrechtsgebiete.

#### 1. Gesetzliche Erbfolge (*sucesión intestada*)

Die gesetzliche Erbfolge tritt gem. Art. 912 CC ein, wenn beim Ableben des Erblassers kein wirksames Testament vorhanden ist bzw. soweit ein Testament nicht alle Nachlassgüter umfasst. Gesetzliche Erben nach spanischem Recht sind in erster Linie die Abkömmlinge des Erblassers zu untereinander gleichen Teilen, Art. 930, 921 Abs. 2 CC. In zweiter Linie erben die Vorfahren des Erblassers in gerader Linie aufsteigend, also ohne deren Abkömmlinge, Art. 935 CC. Die Eltern erben zu gleichen Teilen; sie schließen – auch wenn nur ein Elternteil den Erbfall erlebt – die anderen Aszendenten von der Erbfolge aus, Art. 936 f. CC. Hinterlässt der Erblasser weder Abkömmlinge noch Aszendenten, wird er von seinem Ehegatten beerbt; hinterlässt er auch keinen Ehegatten, erben die Seitenverwandten, Art. 943 ff. CC. An letzter Stelle ist gem. Art. 956 CC der Staat als gesetzlicher Erbe berufen.

Der Ehegatte wird mithin bei der gesetzlichen Erbfolge häufig nicht Erbe; ihm steht lediglich ein Anspruch auf Einräumung eines Nießbrauchs (*usufructo*) an einem Teil des Nachlasses zu. Bei Vorhandensein von Abkömmlingen hat er Anspruch auf den Nießbrauch an einem Drittel des Nachlasses Art. 834 CC. Trifft der Ehegatte mit Aszendenten des Erblassers zusammen, steht ihm der Nießbrauch an der Hälfte des Nachlasses nach Maßgabe von Art. 837 CC zu. Der Ehegatte wird insoweit regelmäßig erbrechtlich schlechter gestellt als der Ehegatte im deutschen Erbrecht. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass dem Ehegatten beim gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft (*sociedad de gananciales*), Art. 1344 ff. CC, ferner die Hälfte dessen zusteht, was zum gemeinsamen Vermögen der Errungenschaftsgemeinschaft gehört, Art. 1392, 85, 1404 CC. Lediglich die andere Hälfte dieses Vermögens fällt überhaupt in den Nachlass.

#### 2. Gewillkürte Erbfolge (*sucesión testamentaria / voluntaria*)

Testierfähig ist grundsätzlich, wer das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, Art. 663 Nr. 1 CC. Ähnlich dem deutschen kennt auch das spanische Erbrecht verschiedene Testamentformen und unterschiedliche inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten für letztwillige Verfügungen. Die Testierfreiheit des Erblassers ist allerdings durch Zwangserbteile (*legítimas*) erheblich eingeschränkt (dazu unter 3.).

### a. Testamentsarten

Das spanische Recht unterscheidet zwischen gewöhnlichen Testamenten und Sondertestamenten. Innerhalb der gewöhnlichen Testamente wird zwischen dem eigenhändigen, dem offenen und dem verschlossenen Testament differenziert, Art. 676 CC. Das eigenhändige Testament, Art. 688 ff. CC, kann nur von Volljährigen errichtet werden. Es muss vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden, die Angabe des vollständigen Errichtungsdatums ist zwingend. In der notariellen Praxis von Bedeutung ist besonders das offene Testament, Art. 694 ff. CC, das vor einem Notar errichtet wird. Die Hinzuziehung von Zeugen ist regelmäßig nicht erforderlich. Ein verschlossenes Testament gem. Art. 706 ff. CC liegt vor, wenn der Erblasser einem Notar das von ihm unterschriebene Testament in einem verschlossenen und versiegelten Umschlag mit der Erklärung übergibt, die Schrift enthalte seinen letzten Willen. Dieses Testament ist allerdings keine öffentliche Urkunde. Es spielt im Übrigen in der Praxis kaum eine Rolle. Sondertestamente sind das Militärtestament, das Seetestament und das im Ausland errichtete Testament<sup>5</sup>. Die Notare informieren das Zentrale Nachlassregister in Madrid (*Registro de Actos de Última Voluntad*) über sämtliche bei ihnen errichtete oder abgegebene Testamente<sup>6</sup>.

Alle Testamente können gem. Art. 737 ff. CC jederzeit – auch nur teilweise – widerrufen werden. Ein später errichtetes Testament bewirkt grundsätzlich den Widerruf des gesamten früheren Testaments, es sei denn, der Erblasser bringt einen anderen Willen ausdrücklich zum Ausdruck.

### b. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag

Gemeinschaftliche Testamente sind nach gemeinspanischem Recht – anders als in manchen Foralrechtsgebieten<sup>7</sup> – auch Ehegatten verboten, Art. 669 CC. Insbesondere ist ein gemeinschaftliches Testament unwirksam, das spanische Staatsangehörige im Ausland errichten, und zwar auch dann, wenn es nach dem Recht des Errichtungsorts zulässig ist, Art. 733 CC. Aus der systematischen Stellung dieser Vorschriften wird abgeleitet, dass es sich hier nicht lediglich um Formvorschriften, sondern um ein materiell-rechtliches Verbot handelt<sup>8</sup>. Erbverträge sind nach spanischem Recht ebenfalls nicht zulässig, Art. 1271 CC. Die Verbotsnormen des gemeinspanischen Zivilrechts gehören nicht zum spanischen *orden public* (*orden público*)<sup>9</sup>. Errichten Ausländer ein nach ihrem Heimatrecht zulässiges gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag, wird diese Verfügung von Todes wegen in Spanien daher anerkannt<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Zu den verschiedenen Testamentsformen eingehend *Rudolph, MittRhNotK* 1990, 93 (99 f.), teilweise zur alten Rechtslage.

<sup>6</sup> Zu diesem Register *Löber, Erben und Vererben in Spanien*, 3. Aufl. 1998, S. 51 ff.; *Ruiz-Ayúcar Seifert/Selbherr, MittBayNot* 2002, 23 (25).

<sup>7</sup> Erlaubt sind gemeinschaftliche Testamente zum Beispiel in Aragon und Navarra; Erbverträge kennt das Zivilrecht u.a. in Katalonien und Galizien. Im Einzelnen herrschen hinsichtlich dieser Institute zwischen den verschiedenen Foralrechten indes erhebliche Unterschiede. Einen Überblick geben *Schuck, DAI-Skript* 2001 „Internationale Erbfälle“, S. 213 ff., und *Rudolph, MittRhNotK* 1990, 93 (103 ff.); eingehend *Carrión García de Parada, DAI-Skript* 1997 „Notarieller Rechtsverkehr mit Spanien“, S. 130 ff.

<sup>8</sup> *Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall*, 1999, Rdnr. 891; *Löber* (oben Fn. 6), S. 42 f.

<sup>9</sup> Das spanische IPR normiert in Art. 12 Nr. 3 CC einen *orden public*-Vorbehalt.

<sup>10</sup> *Flick/Piltz* (oben Fn. 8), Rdnr. 891; *Löber* (oben Fn. 6), S. 42 f., 49, der auch auf die Rechtslage bei deutsch-spanischen Ehen hinweist. Vgl. DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2002, 73 ff., sowie zur Rechtslage, wenn ein Ehegatte deutscher, der andere spanischer Staatsangehöriger ist DNotI-Gutachten Dokumentennummer 1470 (Stand 17. Mai 2001).

### c. Möglicher Inhalt letztwilliger Verfügungen

Als wichtigste erbrechtliche Gestaltungsmittel stehen dem Erblasser die Erbeinsetzung (*institución de heredero*), Art. 763 ff. CC, und das Vermächtnis (*legado*), Art. 858 ff. CC, zur Verfügung<sup>11</sup>. Die Erbeinsetzung führt zur Gesamtrechtsnachfolge, Art. 659 ff. CC; der Erblasser kann letztwillig eine Teilungsanordnung treffen, Art. 1056 ff. CC. Ein Vermächtnis kann ganz unterschiedlich ausgestaltet werden, z. B. als Verschaffungs-, Nießbrauchs- oder Rentenvermächtnis. Bezieht sich das Vermächtnis auf eine Sache des Erblassers, begründet es als Vindikationslegat nach Art. 882 CC mit dem Tod des Erblassers unmittelbar Eigentum an der vermachten Sache. Sowohl Erbeinsetzung als auch Vermächtniszurwendung sind unter Bedingungen und Befristungen zulässig, Art. 790 ff. CC. Möglich ist weiter die Benennung von Ersatzerben, Art. 774 CC; das Gesetz spricht hier von *sustitución*.

Einen Sonderfall bildet die *sustitución fideicomisaria* der Art. 781 ff. CC, kraft derer der Erbe damit beauftragt wird, den Nachlass ganz oder zum Teil für einen Dritten zu erhalten und auf ihn zu übertragen. Dieses Institut weist eine gewisse Ähnlichkeit zur Vor- und Nacherbschaft auf, weicht in den Einzelheiten jedoch stark von den Regeln der §§ 2100 ff. BGB ab.

Das gemeinspanische Erbrecht kennt auch die Testamentsvollstreckung<sup>12</sup>. Das Gesetz unterscheidet die Rechtsfigur des Testamentsvollstreckers (*albacea*), Art. 892 bis 911 CC, und die des Nachlassstellers (*contador-partidor*), Art. 1057 CC. Das Verhältnis zwischen diesen Rechtsfiguren ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten; insbesondere ist aufgrund der lückenhaften gesetzlichen Regelung unklar, inwieweit es sich überhaupt um unterschiedliche Institute handelt<sup>13</sup>. Die folgenden Bemerkungen beschränken sich auf den *albacea*. Dessen Rechtsmacht hängt im Wesentlichen vom Willen des Erblassers ab. Das Amt des Testamentsvollstreckers ist höchstpersönlicher Natur, freiwillig und befristet. Überträgt der Erblasser nicht ausdrücklich weitergehende Aufgaben auf den Testamentsvollstrecker, hat dieser lediglich eine Art Überwachungsfunktion mit recht eingeschränkten Befugnissen gem. Art. 902 CC. Insbesondere hat er den Nachlass weder zu verwalten noch zwischen den Erben auseinander zu setzen; er ist grundsätzlich nicht berechtigt, über Nachlassgegenstände zu verfügen. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker im Testament allerdings mit weitergehenden Befugnissen ausstatten, Art. 901 CC. Das Testament und eine Sterbeurkunde des Erblassers dienen als Nachweis der Testamentsvollstreckerstellung im Rechtsverkehr. Im Eigentumsregister (*registro de la propiedad*)<sup>14</sup> wird die Testamentsvollstreckung nicht eingetragen, Art. 20 Abs. 4 des spanischen Hypothekengesetzes (*Ley Hipotecaria* – LH).

<sup>11</sup> Ausführlich zu diesen Verfügungsmöglichkeiten *Carrión García de Parada, DAI-Skript* 1997 „Notarieller Rechtsverkehr mit Spanien“, S. 119 ff.; *Rudolph, MittRhNotK* 1990, 93 (100).

<sup>12</sup> Hierzu eingehend *Haas/López i Salaver in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung*, 3. Aufl. 2001, Rdnrn. 344–374 mit zahlreichen Nachweisen. Zu Besonderheiten in der Foralgesetzgebung *Carrión García de Parada, DAI-Skript* 1997 „Notarieller Rechtsverkehr mit Spanien“, S. 124.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu eingehend *Haas/López i Salaver* (oben Fn. 12), Rdnrn. 352–354.

<sup>14</sup> In diesem öffentlichen Register werden Verträge und Rechte eingetragen, die Immobilien betreffen. Zu Parallelen und Unterschieden des Eigentumsregisters in Spanien im Vergleich zum deutschen Grundbuch ausführlich *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 43 ff.; instruktiv auch *Eberl, MittBayNot* 2000, 515 (518), und *Meyer, ZfIR* 2000, 431 (432 f.), sowie *Meyer, ZfIR* 2002, 255 f.

Der Erblasser kann seine gesetzlichen Erben unter bestimmten Voraussetzungen enterben, Art. 848 ff. CC. Erforderlich sind im Wesentlichen das Vorliegen eines Enterbungsgrundes und die Anordnung der Enterbung unter Angabe des Grundes in einem Testament. Die Enterbungsgründe sind eng gefasst, Art. 852 ff. CC. Durch spätere Versöhnung wird die bereits vorgenommene Enterbung hinfällig, Art. 856 CC. Strukturell ist diese Enterbung mit der deutschen Pflichtteilsentziehung nach den §§ 2333 ff. BGB vergleichbar, da sie sich ebenfalls auf die Entziehung der gesetzlichen Mindestbeteiligung eines Erben am Nachlass – in Spanien die sogenannte *legítima* – bezieht.

### 3. Zwangserbteile (*legítimas*)

Die Testierfreiheit des Erblassers ist durch Zwangserbteile (*legítimas*) erheblich eingeschränkt. Nur wer keine zwingenden Erben (*herederos forzosos*) hat, kann über sein gesamtes Vermögen frei verfügen, Art. 763, 806 CC.

Hinterlässt der Erblasser Abkömmlinge, kann er nur über ein Drittel des Nachlasses frei verfügen, Art. 808 Abs. 3 CC. Zwingende Erben sind in erster Linie die Abkömmlinge des Erblassers, Art. 807 Nr. 1 CC, mit einer Quote von zwei Dritteln am gesamten Nachlass, Art. 808 Abs. 1 CC. Von diesen zwei Dritteln gebührt eines den Abkömmlingen zwingend zu gleichen Teilen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Das andere Drittel kann der Erblasser so, wie er es für richtig hält, abweichend von der gesetzlichen Erbfolge unter den Abkömmlingen zur Aufbesserung (*mejora*) verteilen, Art. 808 Abs. 2, 823 ff. CC<sup>15</sup>.

Gibt es keine Abkömmlinge, sind die Vorfahren der aufsteigenden Linie zwangserbberechtigt, Art. 807 Nr. 2 CC. Die Quote beträgt hier die Hälfte, falls ein Ehegatte vorhanden ist ein Drittel des Nachlasses, Art. 809 CC. Der gesetzliche Nießbrauch des Ehegatten ist ebenfalls zwingend, Art. 807 Nr. 3 CC, und zwar in dem in den Art. 834 ff. CC bestimmten Umfang (oben II.1.). Erben die Abkömmlinge, besteht der Nießbrauch an dem zur Aufbesserung (*mejora*) bestimmten Drittel, Art. 834 CC. Trifft der Ehegatte als Zwangserbberechtigter mit Seitenverwandten des Erblassers zusammen, steht ihm gemäß Art. 838 CC mindestens der Nießbrauch an zwei Dritteln des Nachlasses zu.

Die Zwangserbteile sind – anders als der deutsche Pflichtteil – kein bloßer Geldanspruch, sondern ein echtes (Not-)Erbrecht<sup>16</sup>. Sie können nicht mit einer Bedingung versehen oder sonstwie eingeschränkt werden, Art. 813 CC, insbesondere nicht durch eine Teilungsanordnung, Art. 1056 CC, oder eine *sustitución fideicomisaria*, Art. 782 CC. Dem Zwangserben steht ferner ein Ergänzungsanspruch zur Verfügung. Ein Verzicht auf zukünftige Zwangserbteile ist nichtig, Art. 816 CC, lebzeitige Schenkungen sind nach Maßgabe der Art. 818 ff. CC zu berücksichtigen.

Eine über den frei verfügbaren Nachlassteil hinausgehende Erbeinsetzung ist nicht automatisch unwirksam. Übergangene Zwangserben müssen die Einräumung bzw. Ergänzung ihres Zwangserbrechts geltend machen, Art. 815 CC, notfalls im Klageweg.

### 4. Erbfall

Obwohl das spanische Erbrecht grundsätzlich von der Universal sukzession ausgeht, Art. 657, 659 CC und besonders

Art. 661 CC die Vermögensnachfolge „aufgrund der bloßen Tatsache des Todes“ des Erblassers anordnet („*por el hecho sólo de su muerte*“), ist nach Art. 988 ff. CC eine Annahme der Erbschaft (*aceptación de herencia*) durch den Erben erforderlich. Mit dem Eintritt des Erbfalles erwirbt der Erbe das – vererbliche – Wahlrecht zwischen Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Bis zur Annahme spricht man von einer „ruhenden Erbschaft“ (*herencia yacente*); die Annahme wirkt auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurück<sup>17</sup>. In der Praxis wird die Annahme, die grundsätzlich nicht form- und fristgebunden ist, stets ausdrücklich erklärt. Fallen Immobilien in den Nachlass, muss die Annahme zu notarieller Urkunde erklärt werden, da sonst gem. Art. 14 des spanischen Hypothekengesetzes (*Ley Hipotecaria* – LH) und Art. 76 ff. der spanischen Hypothekenverordnung (*Reglamento Hipotecario* – RH) eine Eintragung der Erbfolge im Eigentumsregister nicht erfolgen kann<sup>18</sup>.

Mehrere Erben bilden eine in den Art. 1051 ff. CC nur knapp geregelte Erbgemeinschaft<sup>19</sup>. Was deren Rechtsnatur betrifft, weist sie zur Erbgemeinschaft nach den §§ 2032 ff. BGB insofern Ähnlichkeit auf, als auch nach spanischem Recht den Erben keine Bruchteile an einzelnen Nachlassgegenständen zustehen; es handelt sich vielmehr um eine Gesamthandsgemeinschaft<sup>20</sup>. Besonderheiten hinsichtlich der Erbauseinandersetzung (*partición*) gelten, wenn sich Immobilien im Nachlass befinden: Damit diese im Eigentumsregister umgeschrieben werden können, muss der Grundbesitz gewissermaßen aus der Gesamthand dem oder den übernehmenden Erben zugewiesen werden. Auch diese Zuweisung der Erbschaft (*adjudicación de herencia*) muss – wie die Annahmeerklärung – gem. Art. 14 LH, Art. 76 RH vor einem Notar erklärt werden<sup>21</sup>. Erbschaftsannahme und Zuweisung werden in der notariellen Praxis häufig in einer Urkunde zusammengefasst.

Einen einheitlichen Erbschein kennt das gemeinsspanische Erbrecht nicht. Die testamentarische Erbfolge wird durch die Vorlage eines – in Spanien die Regel – offenen (notariellen) Testaments und einer Bestätigung des Zentralen Nachlassregisters nachgewiesen. Sind Abkömmlinge oder Ascendenden – gegebenenfalls mit dem Ehegatten – als gesetzliche Erben berufen, kann die Erbfolge mittels eines notariellen Offenkundigkeitsprotokolls (*acta notarial – declaración de herencia*<sup>22</sup>) nachgewiesen werden. Andere Fällen der gesetz-

<sup>15</sup> Zur *mejora* rechtsvergleichend Henrich, DNotZ 2001, 441 (449 f.).

<sup>16</sup> Anders in manchen Foralrechten (schuldrechtlicher Anspruch), Schuck, DAI-Skript 2001 „Internationale Erbfälle“, S. 213 ff.

<sup>17</sup> Vgl. im Einzelnen Hellwege, Die Besteuerung deutsch-spanischer Erb- und Schenkungsfälle, 2002, S. 3 f. Die dogmatische Struktur und Wirkung dieser Annahme, besonders das Verhältnis zu Art. 661 CC, der auf einen Von-selbst-Erwerb der Erbschaft zu deuten scheint, ist in der Lehre nicht vollständig geklärt, Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (derecho de familia, derecho de sucesiones)*, 7. ed. 1997, p. 529 ff.

<sup>18</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 94. Ausführlich zur Annahme und zum – wenig praxisrelevanten – Vorbehalt einer Inventarerrichtung Rudolph, MittRhNotK 1990, 93 (102).

<sup>19</sup> Hilfsweise ist auf die allgemeinen Regeln der Gemeinschaft gem. Art. 392 ff. CC zurückzugreifen, vgl. Hellwege (oben Fn. 17), S. 22.

<sup>20</sup> Auf den Einfluss des deutschen Rechts an diesem Punkt weist Löber (oben Fn. 6), S. 72 m.w.N. hin. Im Einzelnen ist die Rechtsnatur der gemeinsspanischen Erbgemeinschaft indes umstritten, vgl. Díez-Picazo/Gullón (oben Fn. 17), p. 569 f.; Hellwege (oben Fn. 17), S. 22.

<sup>21</sup> Hellwege (oben Fn. 17), S. 48 f.; Löber (oben Fn. 6), S. 66 f.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 979 des spanischen Zivilprozessgesetzes (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC) i. V. m. Art. 209 bis der spanischen Notariatsverordnung (*Reglamento Notarial* – RN).

lichen Erbfolge sowie die Erbfolge aufgrund eines verschlossenen oder eigenhändigen Testaments werden gerichtlich festgestellt<sup>23</sup>.

## 5. Erbschaftsteuer

Rechtsgrundlage für die Erbschaftsteuer in Spanien ist in erster Linie das Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz (*Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones – ISD*), das am 1.1.1988 in Kraft getreten ist, ergänzt durch Erbschaftsteuer-richtlinien (*Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*)<sup>24</sup>. Ebenso wie der deutsche hat auch der spanische Steuergesetzgeber die Erbschaftsteuer als Erbanfallsteuer, nicht als Nachlasssteuer ausgestaltet: besteuert wird nicht die Nachlassmasse als solche, sondern die Bereicherung beim Erben. Das spanische Erbschaftsteuerrecht gilt als weniger gestaltungsoffen als das deutsche<sup>25</sup>.

In Spanien gibt es kein Bewertungsgesetz. Als Besteuerungsgrundlage ist der Verkehrswert des Nachlasses zugrunde zu legen (Art. 9 ISD) abzüglich bestimmter Lasten, Schulden und Kosten (Art. 12 bis 14 ISD). Das bedeutet für Immobilien, dass im Rahmen des Besteuerungsverfahrens entweder der Katasterwert, der letzte Kaufpreis oder der von der Finanzverwaltung im Rahmen eines anderen Steuerverfahrens ermittelte Wert herangezogen wird, und zwar der jeweils höchste, Art. 10 ISD.

Maßgebende Faktoren für die konkrete Höhe der Steuer sind vier Steuerklassen, die sich nach der verwandtschaftlichen Nähe des Erwerbers richten, sowie ein progressiver Steuersatz und das Vorvermögen des Erwerbers. Ferner gelten im Rahmen der Erbschaftsteuer (nicht bei der Schenkungsteuer) je nach Verwandtschaftsgrad zum Erblasser und Alter des Erben bestimmte persönliche Freibeträge, Art. 20 ISD<sup>26</sup>.

Im Erbfall ist der Erwerber verpflichtet, die Steuererklärung innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis vom Tod des Erblassers abzugeben; die Frist kann auf Antrag um sechs Monate verlängert werden. Der Steuerpflichtige kann grundsätzlich zwischen der Veranlagung von Amts wegen und der Selbstveranlagung wählen. Die Erbschaftsteuer verjährt grundsätzlich innerhalb von vier Jahren, Art. 25 ISD; sie beginnt im Regelfall mit Ablauf der Erklärungsfrist<sup>27</sup>.

Das spanische Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz besteuert Schenkungen im Ergebnis schärfer als den Erwerb von Todes wegen. So kennt das Gesetz keinerlei Freibeträge im Rahmen von Schenkungen. Darüber hinaus sucht es, durch sukzessive unentgeltliche Vermögensübertragung angestrebte Progressionsvorteile über diverse gesetzliche Vermutungen zu verhindern<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> *Hellwege* (oben Fn. 17), S. 48 f.; 54 f.

<sup>24</sup> Zum spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht eingehend *Hellwege*, (oben Fn. 17), S. 59 – 181; *Gebel*, Erbschaftsteuer bei deutsch-spanischen Nachlässen, 1999, passim, mit dem Gesetzestext auf Spanisch und in deutscher Übersetzung; *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 99 ff.; *Löber* (oben Fn. 6), S. 101; *Herzig/Watrin/Walter*, ZEV 2000, 473–482.

<sup>25</sup> *Gebel* (oben Fn. 24), S. 18.

<sup>26</sup> Freibetragstabellen in EURO finden sich bei *Noll*, DAI-Skript 2001 „Internationale Erbfälle“, S. 226 f.; in Pesetas bei *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 151 ff.; *Löber* (oben Fn. 6), S. 107 ff.; *Herzig/Watrin/Walter*, ZEV 2000, 473 (481 f.).

<sup>27</sup> Einzelheiten bei *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 101, und *Hellwege* (oben Fn. 17), S. 160 ff.

<sup>28</sup> *Herzig/Watrin/Walter*, ZEV 2000, 473 (481 f.); *Jülicher*, ZErB 2000, 139 (142).

Fällt in den Nachlass auch ein Grundstück, wird neben der Erbschaftssteuer noch eine kommunale Wertzuwachssteuer (*plusvalía*) erhoben. Als Bemessungsgrundlage wird ausschließlich der Wert von Grund und Boden, nicht der von Gebäuden oder Wohnungen herangezogen; die Steuersätze sind von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich<sup>29</sup>.

## 6. Vorweggenommene Erbfolge

Die vorweggenommene Erbfolge spielt in der notariellen Praxis Spaniens nahezu keine Rolle. Das hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen bietet das spanische Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht keine Anreize für eine Vermögensübertragung zu Lebzeiten; der unentgeltliche Erwerb unter Lebenden wird sogar schärfer besteuert als der Erwerb von Todes wegen (oben II. 5.). Zum anderen ist ein Verzicht auf zukünftige Zwangserbteile nicht möglich (oben II. 3.), so dass das Gesamtgefüge der vorweggenommenen Erbfolge bei Eintritt des Erbfalls stets in Frage gestellt werden könnte.

## III. Deutsche Erblasser mit Immobilien in Spanien

### 1. Nachlassplanung

Häufig stellen deutsche Staatsbürger, die Immobilien in Spanien besitzen, die Frage, ob sie hinsichtlich ihres Vermögens in Spanien ein gesondertes Testament errichten sollen. Bei der Beurteilung dieser Frage ist vor allem zu berücksichtigen, wo der Erblasser seinen Lebensmittelpunkt hat und wo sich sein Nachlassvermögen befindet. Das spielt zwar für die Frage, nach welchem Recht der Erblasser beerbt wird, keine Rolle, denn in aller Regel findet bei einem deutschen Staatsangehörigen deutsches Erbrecht Anwendung (oben I.). Es kann jedoch eine Frage der Zweckmäßigkeit sein, in Spanien zu testieren.

#### a. Deutscher Erblasser mit spanischer Ferienwohnung

In vielen Fällen lebt der Erblasser in Deutschland und hält dort seine wesentlichen Vermögenswerte; in Spanien besitzt er lediglich eine Ferienwohnung und eventuell noch etwas Geldvermögen. In der Regel empfiehlt sich hier kein territorial beschränktes, gar in Spanien errichtetes Testament aus folgenden Gründen.

Die Errichtung unterschiedlicher Testamente für einzelne Vermögensmassen birgt stets das Risiko einander widersprechender Verfügungen. Das gilt vor allem, wenn es sich um privatschriftliche Testamente handelt. Die Gefahr fehlender Einheitlichkeit und fehlender Abstimmung mehrerer Verfügungen von Todes wegen ist aber auch nicht gebannt, wenn das weitere Testament vor einem spanischen Notar errichtet wird, weil dieser – jedenfalls in aller Regel – das deutsche Erbrecht nicht hinreichend kennt.

Dazu kommt, dass im Rahmen der Nachlassabwicklung sowohl in Deutschland als auch in Spanien regelmäßig ein deutscher Erbschein benötigt wird. Wird nun ein Testament vor einem spanischen Notar errichtet, so geschieht dies zu meist in spanischer Sprache (siehe aber unten III. 1. b.). Das macht im Rahmen des Erbscheinverfahrens in Deutschland eine Übersetzung der Urkunde erforderlich. Abgesehen von diesem zusätzlichen Aufwand besteht die Gefahr, dass der Erblasserwille aufgrund der Übersetzung verwischt wird<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Vgl. *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 100, 105 f.; *Jülicher*, ZErB 2000, 139 (142).

<sup>30</sup> *Löber* (oben Fn. 6), S. 33.

Im Übrigen bereitet die Anerkennung von in Deutschland errichteten Verfügungen von Todes wegen in der Praxis in Spanien im Normalfall keine Probleme. Hervorzuheben ist insbesondere, dass in Deutschland errichtete gemeinschaftliche Testamente wie auch Erbverträge von Deutschen, die Grundbesitz in Spanien halten, dort Anerkennung finden, sofern sie den Anforderungen des deutschen Rechts entsprechen, obwohl diese Verfügungen von Todes wegen nach gemeinspanischem Erbrecht nicht zulässig sind (siehe oben II. 2. b.).

Schließlich wird inzwischen der deutsche Erbschein – versehen mit Übersetzung und Apostille – ohne praktische Schwierigkeiten als Nachweis der Erbfolge in Spanien anerkannt<sup>31</sup>, sodass auch nicht die erleichterte Nachweisbarkeit der Erbfolge für die Errichtung eines gesonderten Testaments in Spanien spricht.

In Anbetracht der Gesamtumstände sollte ein deutscher Erblasser mit Immobilien in Spanien eine einheitliche Verfügung von Todes wegen in Deutschland errichten. Stets empfiehlt sich die Beratung durch einen Notar oder Rechtsanwalt.

Unter Umständen ist es ratsam, die Verfügung von Todes wegen in das Zentrale Nachlassregister in Madrid eintragen zu lassen. Das ist grundsätzlich möglich und besonders für den Fall zu empfehlen, dass bereits eine letztwillige Verfügung in Spanien errichtet und registriert wurde. Eine Ausfertigung des Testaments und eine beglaubigte Übersetzung sind – jeweils mit Apostille versehen – an folgende Adresse zu schicken<sup>32</sup>:

*Servicio del Registro General de Actos de Ultima Voluntad  
– Dirección General de los Registros y del Notariado –  
Ministerio de Justicia  
Calle San Bernardo 45 y 62  
28071 Madrid – Spanien*

#### **b. Deutscher Erblasser mit Lebensmittelpunkt und wesentlichem Vermögen in Spanien**

Anders stellt sich die Situation dar, wenn der deutsche Erblasser seinen Lebensmittelpunkt nach Spanien verlegt hat, und der Schwerpunkt seiner Vermögensinteressen auch dort gelegen ist. An der Anwendbarkeit deutschen Erbrechts ändert das zwar nichts. Da sich hier unter Umständen jedoch nahezu die gesamte Nachlassabwicklung in Spanien abspielt, mag es sinnvoll sein, auch in Spanien zu testieren.

Es empfiehlt sich hier die Errichtung eines offenen Testaments vor einem spanischen Notar (oben II. 2. a). Nach Art. 150 Abs. 2 der spanischen Notariatsverordnung (*Reglamento Notarial* – RN), die unter anderem das Beurkundungsverfahren spanischer Notare regelt<sup>33</sup>, ist es möglich, die Erklärungen in zwei nebeneinander stehenden Spalten auf Spanisch und Deutsch niederzuschreiben. Dabei sollte vom deutschen Text ausgehend ins Spanische übersetzt werden, da das Testament gegebenenfalls nach deutschem Erbrecht ausulegen und daher dessen Begrifflichkeit maßgebend ist. Grundsätzlich sollte die Gewähr bestehen, dass der beurkundende Notar mindestens über Grundkenntnisse im deutschen Erbrecht verfügt<sup>34</sup>. Komplizierte Gestaltungen, die über Erb-

einsetzung und Aussetzung von Vermächtnissen hinausgehen, sollten zurückhaltend gehandhabt werden. Schließlich ist klarzustellen, ob der Erblasser über sein gesamtes, oder nur über sein in Spanien belegenes Vermögen verfügt<sup>35</sup>.

## **2. Nachlassabwicklung**

Zwar geht das Vermögen des deutschen Erblassers, da er nach deutschem Recht beerbt wird, mit dessen Tod im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Von-selbst-Erwerb als Ganzes auf seine Erben über, § 1922 BGB. Ist der Erblasser jedoch Eigentümer von Immobilien in Spanien, greifen bei der Nachlassabwicklung deutsches und spanisches Recht an manchen Stellen ineinander.

### **a. Umschreiben der Immobilie im spanischen Eigentumsregister**

Wollen die Erben die Immobilie in Spanien behalten, ist es ratsam, den Grundbesitz im Eigentumsregister umschreiben zu lassen. Nach spanischem Recht ist hierfür die Annahme und u. U. Zuweisung der Erbschaft (*aceptación y adjudicación de herencia*) vor einem Notar erforderlich (oben II. 5.). In der Praxis ist es üblich, auch von deutschen Erben Annahme und Zuweisung zu notarieller Urkunde erklären zu lassen, obwohl wegen der Maßgeblichkeit deutschen Erbrechts jedenfalls die Annahmeerklärung nicht erforderlich ist<sup>36</sup>. Zur Umschreibung ist neben dieser Urkunde grundsätzlich die Vorlage folgender weiterer Urkunden erforderlich<sup>37</sup>:

- Sterbeurkunde, nach Möglichkeit eine internationale;
- Erbschein oder
- notarielles Testament samt Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts;
- Bescheinigung des Zentralen Nachlassregisters in Madrid mit der Angabe, ob dort Testamente des Erblassers registriert sind oder nicht;
- als Nachweis der Eigentümerstellung die Erwerbsurkunde des Erblassers oder
- ein Auszug aus dem Eigentumsregister.

Deutsche Urkunden müssen ins Spanische übersetzt und mit der Apostille versehen sein.

Haben Erblasser und Erbe ihren Lebensmittelpunkt bzw. wesentliche Vermögenswerte in Spanien, empfiehlt sich, soweit möglich den Erbnachweis durch eine von einem Notar protokollierte *declaración de herencia* (oben II. 5.) zu führen<sup>38</sup>.

Zu beachten ist, dass eine Umschreibung im spanischen Eigentumsregister erst nach Entrichtung der spanischen Erbschaftssteuer vollzogen werden kann. Art. 33 ISD bestimmt, dass Umschreibungsurkunden beim Eigentumsregister keine Rechtswirkung entfalten, solange nicht die Vorlage der betreffenden Urkunde bei der für die Festsetzung der Steuer zuständigen Behörde nachgewiesen ist. Gerichte, Behörden, Register und Notare sind verpflichtet, den Steuerbehörden Vorgänge mitzuteilen, aus denen sich eine Erbschaft- oder Schenkungsteuerpflicht ergeben könnte, Art. 32 ISD.

<sup>31</sup> Löber (oben Fn. 6), S. 64. Als Nachweis ausreichen müsste allerdings auch ein deutsches notarielles Testament, jedenfalls mit der Eröffnungsniederschrift des deutschen Nachlassgerichts; überzeugend Gantzer (oben Fn. 3), S. 94 f.; noch weitergehend ders., ZEV 1999, 473.

<sup>32</sup> Verfahren nach Löber (oben Fn. 6), S. 51–54.

<sup>33</sup> Zum Beurkundungsverfahren spanischer Notare Ruiz-Ayúcar Seifert/Selbherr, MittBayNot 2002, 23 (24 f.).

<sup>34</sup> Löber (oben Fn. 6), S. 34.

<sup>35</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 92.

<sup>36</sup> Zu dieser Praxis näher Gantzer (oben Fn. 3), S. 93 f., und Löber (oben Fn. 6), S. 65 ff.; Hellwege (oben Fn. 17), S. 48, weist mit Recht darauf hin, dass sich Fragen der Eintragungsfähigkeit und -pflichtigkeit von Grundstücksrechten in das entsprechende Register ausschließlich nach der lex rei sitae richten.

<sup>37</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 94; ders., ZEV 1999, 473.

<sup>38</sup> Löber (oben Fn. 6), S. 64 f.

## b. Veräußerung der Immobilie in Spanien

### aa. Veräußerung durch die Erben

Wollen die Erben die spanische Immobilie veräußern, ist grundsätzlich vorab die Umschreibung im Grundbuch zu erwirken. Nach Art. 20 Abs. 1 LH ist die Eintragung eines Rechtstitels im Eigentumsregister grundsätzlich nur zulässig, wenn der Verfügende im Register eingetragen ist. Eine § 40 GBO entsprechende Vorschrift fehlt. Für die Umschreibung gilt das oben unter III. 2. a. Gesagte entsprechend. Allerdings können Erbschaftsannahme, Zuweisung und Veräußerung in einer Urkunde zusammengefasst werden. Besonders wenn eine Immobilie in Spanien aus einem Nachlass heraus erworben wird, sollte auf die vorherige Bezahlung der Erbschaftsteuer durch den Veräußerer geachtet werden, damit sich die Eintragung in das Eigentumsregister nicht verzögert.

### bb. Veräußerung durch einen Testamentsvollstrecker

Hat der deutsche Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet, kann der Testamentsvollstrecker nach deutschem Erbrecht im Rahmen des § 2205 BGB grundsätzlich auch über Grundbesitz in Spanien verfügen. Im spanischen Eigentumsregister wird die Testamentsvollstreckung nicht eingetragen, Art. 20 Abs. 4 LH. Beim Verkauf der Immobilie stößt der Testamentsvollstrecker indes auf praktische Schwierigkeiten, weil der *albacea* nach spanischem Erbrecht grundsätzlich nicht befugt ist, über Nachlassgegenstände zu verfügen, es sei denn der Erblasser hat ihm dies im Testament ausdrücklich gestattet, Art. 901 f. CC (oben II. 1.). Die Vorlage eines deutschen Testamentsvollstreckerzeugnisses räumt die Zweifel spanischer Behörden regelmäßig nicht aus. Daher ist es sinnvoll, dem Testamentsvollstreckerzeugnis eine notarielle oder konsularische Urkunde beizufügen, aus der die Vertretungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hervorgeht<sup>39</sup>. Insbesondere bietet sich an, dass der Erblasser bei der Nachlassplanung in einem – zweckmäßigerweise öffentlichen – Testament die Befugnisse des Testamentsvollstreckers hinsichtlich des Grundbesitzes in Spanien ausdrücklich bestimmt. Schließlich können die Erben und der Testamentsvollstrecker bei der Veräußerung des Grundbesitzes auch gemeinsam handeln<sup>40</sup>.

### cc. Vollmachtslösung

Um Schwierigkeiten bei der Nachlassabwicklung zu vermeiden, erteilen Eigentümer von Grundbesitz in Spanien nicht selten demjenigen, dem der wirtschaftliche Wert der Immobilie zukommen soll, bereits zu Lebzeiten eine Verkaufsvollmacht über den Tod hinaus. Die Vollmacht wird dem Begünstigten nach dem Tod des Vollmachtgebers ausgehändigt, so dass jener nun die Möglichkeit hat, den spanischen Grundbesitz zu veräußern, ohne den Tod des Vollmachtgebers offenbaren zu müssen. Grundsätzlich ist dieser Weg zivil- und kollisionsrechtlich gangbar, wenn der Vollmachtgeber als Vollmachtstatut ausdrücklich deutsches Recht wählt<sup>41</sup>. Probleme könnten allerdings auftauchen, wenn der Bevollmächtigte den Vollmachtgeber alleine beerbt, weil im deutschem Zivilrecht umstritten ist, ob die Vollmacht dann erlischt<sup>42</sup>. Soweit diese Vollmachtslösung dazu dienen soll, die spanische Erbschaft-

oder Schenkungsteuer zu „sparen“ ist darauf hinzuweisen, dass die Steuer gleichwohl anfällt und bei Nichtbezahlung insoweit eine Steuerhinterziehung vorliegt<sup>43</sup>.

## c. Die Beteiligung eines deutschen Notars

Nicht selten wird die Frage gestellt, ob und inwieweit sich bei der Veräußerung der spanischen Immobilie im Rahmen der Nachlassabwicklung die Einschaltung eines deutschen Notars empfiehlt<sup>44</sup>. Grundsätzlich ist bei der Beurkundung von Verträgen über im Ausland belegenen Grundbesitz durch einen deutschen Notar Zurückhaltung geboten. In der Regel kennt dieser nämlich das fremde Recht nicht hinreichend, insbesondere nicht die formellen und materiellen Voraussetzungen für den Eigentumserwerb. Häufig wird der Notar den Beteiligten die Beurkundung durch einen spanischen Notar empfehlen und sich gegebenenfalls auf die Beurkundung einer Vollmacht zum Abschluss und zur Durchführung des Vertrages in Spanien beschränken<sup>45</sup>.

In bestimmten Fällen ist die Mitwirkung eines deutschen Notars allerdings durchaus sachgerecht. Das ist besonders der Fall, wenn eine Grundstücksveräußerung aus dem Nachlass heraus einer gerichtlichen Genehmigung bedarf<sup>46</sup>. Als Beispiele seien hier der Verkauf der Immobilie durch einen Nachlasspfleger oder einen Nachlassverwalter genannt. Beide Institute unterliegen nach dem IPR Deutschlands (Art. 24 Abs. 1 und 2 EGBGB) und Spaniens (Art. 9 Nr. 6 CC) dem deutschen Recht. Die Erklärungen des Nachlassverwalters bzw. des Nachlasspflegers bedürfen daher nach §§ 1915 Abs. 1, 1962, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der Genehmigung durch das Nachlassgericht<sup>47</sup>. Die Durchführung des Genehmigungsverfahrens allein unter Mitwirkung eines spanischen Notars dürfte sich in der Regel schwierig gestalten; die Beurkundung des Veräußerungsvertrages in Deutschland wäre hier unter Umständen hilfreich. In solchen Fällen ist eine Kooperation mit einem Notar oder Rechtsanwalt in Spanien – soweit möglich bereits im Rahmen der Vertragsgestaltung – dringend zu empfehlen<sup>48</sup>.

Das ist auch deshalb wichtig, weil die Eintragung von Urkunden deutscher Notare in das spanische Eigentumsregister derzeit mit Schwierigkeiten verbunden sein kann. Art. 4 LH und Art. 36 RH gestatten zwar grundsätzlich die Eintragung von Rechtsänderungen im Eigentumsregister auf der Grundlage im Ausland errichteter Urkunden. Allerdings hat sich die Generaldirektion der Register und des Notariats beim spanischen Justizministerium (*Dirección General de los Registros y del Notariado*- DGRN) auf Anfrage eines deutschen Notars in ihrer Stellungnahme vom 15.3.2000<sup>49</sup> gegen die Eintragungsfähigkeit von Kaufvertragsurkunden deutscher Notare in spanischen Registern ausgesprochen. Ob und wie lange die DGRN an dieser – nicht überzeugend begründeten<sup>50</sup> – Stel-

<sup>39</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 96.

<sup>40</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 96.

<sup>41</sup> Zu den konstruktiven Einzelheiten Gantzer (oben Fn. 3), S. 96 f., und Löber (oben Fn. 6), S. 89 ff., zum Vollmachtstatut Schotten (oben Fn. 3), Rdnrn. 88–101.

<sup>42</sup> Str., vgl. LG Bremen, Rpfleger 1993, 235 m. Anm. Meyer-Stolte; Palandt-Heinrichs, 61. Aufl. 2002, § 168, Rdnr. 4.

<sup>43</sup> Gantzer (oben Fn. 3), S. 97, Löber (oben Fn. 6), S. 91.

<sup>44</sup> Zur Veräußerung von Immobilien in Spanien ausführlich Gantzer (oben Fn. 3) passim; prägnant Eberl, MittBayNot 2000, 515 ff.

<sup>45</sup> Schotten (oben Fn. 3), Rz. 383; Zimmermann in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, G, Rdnr. 96.

<sup>46</sup> Ebenso für den Fall einer Grundstücksveräußerung durch einen Betreuer Eberl, MittBayNot 2000, 515 (516 f.).

<sup>47</sup> Palandt-Edenhofer, (oben Fn. 42), § 1960, Rdnr. 15; § 1985, Rdnr. 2.

<sup>48</sup> Weitere Hinweise bei Schotten (oben Fn. 3), Rdnr. 383; Zimmermann (oben Fn. 45), G, Rdnr. 98. Die Notwendigkeit solcher grenzüberschreitender Zusammenarbeit zwischen Notaren wird zunehmen, vgl. Birk, DNotZ Sonderheft 2001, 43\* (50\*).

<sup>49</sup> Veröffentlicht z. B. in *Diario La Ley* vom 30. Mai 2001, Nr. 5319.

<sup>50</sup> Ablehnend auch die Anmerkung von Downes Peirú/Delgado Castro in *Diario La Ley* vom 30. Mai 2001, Nr. 5319. Siehe auch Eberl, MittBayNot 2000, 515 (516).

lungnahme festhalten wird, ist ungewiss. Allerdings bezieht sich die Stellungnahme ausdrücklich nur auf Kaufvertragsurkunden, und zahlreiche Registratoren folgen zudem in der Praxis dieser Auffassung nicht. Sollte es gleichwohl zu Schwierigkeiten bei der Eintragung kommen, kann die Urkunde des deutschen Notars durch die Urkunde eines spanischen Notars in eine *escritura*, eine eintragungsfähige öffentliche Urkunde nach spanischem Recht gewissermaßen umgewandelt bzw. inkorporiert werden (*elevación a público*); dies ist mit zusätzlichen Kosten verbunden<sup>51</sup>.

### 3. Erbschaftsteuer

Die erbschaftsteuerliche Behandlung von deutsch-spanischen Nachlässen ist komplex. Internationales Erbschaftsteuerrecht im Sinne eines Kollisionsrechts ähnlich dem Internationalen Privatrecht gibt es nicht. Es finden parallel die beiden nationalen Erbschaftsteuerrechte mit besonderen Vorschriften für grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung. Nach welchen zivilrechtlichen Vorschriften der Erblasser beerbt wird, spielt erbschaftsteuerlich keine Rolle. Die folgende Skizzierung der erbschaftsteuerrechtlichen Lage konzentriert sich auf den praktisch häufigen Fall eines Erblassers mit deutschem Wohnsitz, der einem in Deutschland lebenden Erwerber eine Immobilie in Spanien hinterlässt.

#### a. Erbschaftsteuerrechtliche Anknüpfung

Anders als das deutsche internationale Erbrecht stellt das deutsche Erbschaftsteuerrecht bei Sachverhalten mit Auslandsberührung nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf die spezifisch erbschaftsteuerrechtliche Inländereigenschaft des Erblassers oder des Erwerbers ab. Als Inländer gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ErbStG insbesondere, wer im Inland seinen (letzten) Wohnsitz (§ 8 AO) oder gewöhnlichen Aufenthalt (§ 9 AO) hatte<sup>52</sup>. Inländer sind unbeschränkt erbschaftsteuerpflichtig, d. h. das gesamte übergehende (Welt-)Vermögen einschließlich eventuell in Spanien gelegener Grundstücke ist der deutschen Erbschaftsteuer unterworfen.

In Spanien wird bei der Frage der unbeschränkten Erbschaftsteuerpflicht nie an die Person des Erblassers, sondern ausschließlich an die Person des Erwerbers angeknüpft, Art. 5 ISD. Dieser ist gem. Art. 6 ISD unbeschränkt steuerpflichtig, wenn er seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Spanien hat; ob ein gewöhnlicher Aufenthalt in Spanien vorliegt, bestimmt sich gemäß Art. 6 Abs. 2 ISD nach den Vorschriften des spanischen Einkommensteuergesetzes. Im Grundsatz kommt es darauf an, ob sich der Erwerber mehr als 183 Tage innerhalb der letzten zwölf Monate vor Erhebung der Steuer effektiv in Spanien aufgehalten hat<sup>53</sup>. Besteht keine unbeschränkte Steuerpflicht in Spanien, wird zumindest der Übergang von spanischem Inlandsvermögen aufgrund beschränkter Steuerpflicht besteuert, Art. 7 ISD. Dazu gehört insbesondere auch spanischer Grundbesitz.

Hinterlässt ein Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland einem Erwerber mit deutschem Wohnsitz sein in Spanien belegenes Feriendomizil, ist dieser Vermögensübergang mithin sowohl in Deutschland als auch in Spanien erbschaftsteuerpflichtig.

<sup>51</sup> In diesem Sinne wohl auch *Löber*, DNotZ 1993, 789 (790), bezogen auf eine frühere Stellungnahme der DGRN.

<sup>52</sup> Die weiteren Steuerpflichtkategorien nach dem deutschen Erbschaftsteuerrecht bleiben hier außer Betracht. Siehe hierzu z. B. *Meincke*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 12. Auf. 1999, Rdnr. 3–13.

<sup>53</sup> Einzelheiten hierzu bei *Hellwege* (oben Fn. 17), S. 186 f., und *Noll*, DAI-Skript 2001 „Internationale Erbfälle“, S. 221 f.

#### b. Doppelbesteuerung und Steueranrechnung

Das dargestellte Zusammenspiel personen- und nachlassbezogener Anknüpfungspunkte führt in der Praxis häufig zu einer Belastung sowohl mit deutscher als auch mit spanischer Erbschaftsteuer<sup>54</sup>. Da es zwischen Spanien und Deutschland auf dem Gebiet der Erbschaft- und Schenkungsteuer kein Doppelbesteuerungsabkommen gibt<sup>55</sup>, ist zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung auf die nationalen Steueranrechnungsregelungen von § 21 ErbStG bzw. Art. 23 ISD zurückzugreifen.

Die letztgenannte Anrechnungsvorschrift des spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes greift nur bei unbeschränkter Steuerpflicht in Spanien. Die hier mehr interessierende Steueranrechnung nach § 21 ErbStG gilt dagegen bei unbeschränkter Steuerpflicht in Deutschland. Sie soll die Steuer Mehrbelastung auffangen, die sich daraus ergibt, dass der Erwerbsvorgang hinsichtlich der in Spanien belegenen Immobilie zweimal der Besteuerung unterliegt<sup>56</sup>.

Die Anrechnung ist in mehrfacher Weise gegenständlich und umfanglich begrenzt, was deren Verständnis und praktische Anwendung erheblich erschwert. Die ausländische Steuer muss zunächst der deutschen Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer entsprechen. Das ist hinsichtlich der spanischen Erbschaftsteuer unbestritten, hinsichtlich der kommunalen Wertzuwachssteuer (*plusvalía*) jedoch zweifelhaft<sup>57</sup>. Die Anrechnung wird weiter dadurch erschwert, dass wegen der Verweisung in § 21 Abs. 2 Nr. 1 ErbStG bei einem Steuerinländer nur die in § 120 BewG genannten Vermögensgegenstände als Auslandsvermögen im Sinne von 21 ErbStG gelten; lediglich die auf sie entfallende spanische Erbschaftsteuer wird angerechnet. Daher ist zwar die in Spanien entrichtete Erbschaftsteuer im deutschen Besteuerungsverfahren anrechenbar, soweit sie sich auf ein spanisches Grundstück bezieht, nicht jedoch, soweit sie für ein spanisches Bankguthaben oder -depot entrichtet wurde<sup>58</sup>. Eine weitere Beschränkung der Anrechnung ergibt sich schließlich aus dem Anrechnungshöchstbetrag des § 21 Abs. 1 S. 2 ErbStG. Nach dieser Bestimmung wird die in Spanien bezahlte Erbschaftsteuer auf die deutsche Erbschaftsteuer insoweit angerechnet, als das Auslandsvermögen auch von der deutschen Erbschaftsteuer erfasst wird. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Besteuerung des Auslandsvermögens trotz der Anrechnung auf das – regelmäßig höhere – Erbschaftsteuerniveau Spaniens angehoben wird<sup>59</sup>.

Verfahrenstechnisch ist zu beachten, dass die Steueranrechnung beantragt werden muss, was erst nach der Entrichtung der Steuer in Spanien erfolgen kann und vor dem förmlichen Abschluss des deutschen Steuerverfahrens erfolgen muss<sup>60</sup>.

#### c. Bewertung/Steuerberechnung

Unterliegt eine Immobilie in Spanien der deutschen Erbschaftsteuer, wird sie bei der erbschaftsteuerlichen Werter-

<sup>54</sup> Einen Überblick über verschiedene Ursachen einer Doppelbesteuerung gibt *Hellwege* (oben Fn. 17), S. 210 ff.

<sup>55</sup> Das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und Spanien v. 5.12.1966, BGBl. II 1968, 9, erfasst nicht die Erbschaftsteuer. Mit einem Abkommen ist auch in naher Zukunft nicht zu rechnen, *Jülicher*, ZErB 2000, 139 (143) m.w.N.

<sup>56</sup> Zur Wirkung dieser Vorschrift bei deutsch-spanischen Nachlässen eingehend und mit zahlreichen Berechnungsbeispielen *Gebel* (oben Fn. 24), S. 160 ff.

<sup>57</sup> *Gebel* (oben Fn. 24), S. 161 f. m.w.N., *Hellwege* (oben Fn. 17), S. 224 ff.; *Jülicher*, ZErB 2000, 139 (143).

<sup>58</sup> Kritisch hierzu *Gebel*, RIW 2001, 115 (123 f.).

<sup>59</sup> Einzelheiten bei *Gebel* (oben Fn. 24), S. 166 f.

<sup>60</sup> Weitere Verfahrenshinweise gibt *Jülicher*, ZErB 2000, 139 (145).

mittlung mit dem Verkehrswert angesetzt, § 12 Abs. 6 ErbStG i.V.m. § 31 BewG. Die besonderen Bewertungsregeln für inländische Grundstücke gemäß §§ 138, 145 ff. BewG gelten nicht für im Ausland belegene Grundstücke. Diese steuerrechtliche Benachteiligung von Vermögenserwerb im Ausland wird in der Praxis dadurch abgemildert, dass trotz der gesetzlichen Bewertungsunterschiede die deutschen Steuerbehörden nach Möglichkeit gemäß §§ 145 BewG verfahren oder den – regelmäßig unter dem Verkehrswert liegenden – spanischen Katasterwert als Steuersachwert zugrunde legen<sup>61</sup>.

Hinsichtlich der Steuerklassen, § 15 ErbStG, und der Steuersätze, § 19 ErbStG, gelten keine Besonderheiten. Zu beachten ist aber, dass die Steuerfreibeträge des § 16 Abs. 1 ErbStG nur nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerbem zugute kommen<sup>62</sup>.

#### 4. Vorweggenommene Erbfolge

Die Vorwegnahme der Erbfolge durch lebzeitige Zuwendung von Grundbesitz in Spanien ist aus steuerlichen Gründen nicht attraktiv, denn das insoweit einschlägige spanische Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz besteuert Schenkungen schärfer als Erbschaften (oben II. 7.).

Aus diesem Grund wird in der Praxis häufig statt einer Schenkung ein Verkauf der spanischen Immobilie beurkundet. So-

weit es sich hier um ein verdecktes Rechtsgeschäft handelt, ist die Wirksamkeit eines solchen Kaufvertrags nach spanischem Zivilrecht allerdings umstritten<sup>63</sup>. Im Übrigen handelt es sich dann um eine Steuerhinterziehung.

Eine erbschaftsteuerlich günstige Gestaltung kann bereits beim Erwerb einer Immobilie in Spanien bedacht werden. Der zukünftige Erblasser hat die Möglichkeit, beim Kauf nur den Nießbrauch (*usufructo*) gemäß Art. 467 ff. CC am Grundbesitz auf Lebenszeit zu erwerben, während der später Begünstigte bereits im Rahmen des Kaufs das bloße Eigentum (*nuda propiedad*) erhält. Der Nießbrauch ist strukturell ähnlich ausgestaltet wie im deutschen Zivilrecht. Er wird im Eigentumsregister eingetragen und erlischt mit dem Tod des Nießbrauchers, Art. 513 Nr. 1 CC. Beim Erbfall ist dann lediglich der Nießbrauch steuerlich anzusetzen, was sich umso geringer auswirkt, je älter der Erblasser bei seinem Ableben war. Bei dieser Gestaltung muss indes Vorsorge getroffen werden für den Fall, dass der Begünstigte vor dem Nießbrauchsberechtigten stirbt. Empfehlenswert ist neben entsprechender erbrechtlicher Vorsorge die Erteilung einer umfassenden Vollmacht über den Tode hinaus (oben III. 2. b. cc.); so ist auch sichergestellt, dass der Nießbrauchsberechtigte zu Lebzeiten weiterhin über die Immobilie verfügen kann<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> *Gebel*, RIW 2001, 115 (122).

<sup>62</sup> Kritisch hierzu *Gebel*, RIW 2001, 115 (121).

<sup>63</sup> *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 98 m.w.N.

<sup>64</sup> Einzelheiten zu dieser Gestaltung bei *Gantzer* (oben Fn. 3), S. 50, 98 f.



## BUCHBESPRECHUNGEN

**Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, (= Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002) Verlag C.H. Beck, München 2002, 449 Seiten, Gesamtwerk € 125,- (Abnahmepflicht für Gesamtwerk)**

Selten hat die Fachwelt auf eine *Palandt*-Neuaufgabe so dringlich gewartet wie auf den jetzigen Ergänzungsband zur Schuldrechtsreform. Manchmal heißt es spöttisch, dass ein Gesetz erst dann in Kraft trete, wenn es im Schönfelder einsortiert sei – und dass die Auslegung erst beginne, nachdem die *Palandt*-Kommentierung eines neuen Paragraphen erschienen ist. Nun: Die Auslegung kann beginnen.

Ein erster Blick zeigt: Der Ergänzungsband erfüllt die in ihn gesetzten hohen Erwartungen. Auch die notarielle Praxis findet die meisten notarrelevanten Fragen hier kommentiert und gelöst. Einige Beispiele mögen dies belegen:

1. Bei der Verjährung spricht *Heinrichs* den Gestaltungsvorschlag *Wolfsteiners* an, die zehnjährige Verjährungsfrist für den Rückgewähranspruch von Grundschulden regelmäßig auf dreißig Jahre zu verlängern (§ 196 Rdnr. 1); leider nicht angesprochen wird die Frage, ob der Rückgewähranspruch (kraft Gesetzes) bereits mit der Rückzahlung der gesicherten Forderung oder erst mit einem Rückgewährverlangen des Sicherungsgebers zu laufen beginne.

Der Gegenleistungsanspruch des Bauträgers verjährt auch nach *Heinrichs* Ansicht insgesamt in der zehnjährigen Frist des § 196 BGB (§ 196 Rdnr. 4); eine Aufspaltung des einheitlichen Anspruchs in eine kaufrechtliche und eine werkvertragliche Gegenleistung ist nicht möglich.

2. Im allgemeinen Leistungsstörungsrecht löst *Heinrichs* das vom Gesetz nicht näher behandelte Konkurrenzverhältnis zwischen § 266 BGB (Recht des Gläubigers, bloße Teilleistungen zurückzuweisen) und § 281 Abs. 1 S. 2 BGB bzw. § 323 Abs. 4 S. 1 BGB (Voraussetzungen für Rücktritt oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung bei bloßer Teilleistung) dahingehend, dass der Gläubiger die Teilleistung nach § 266 BGB zurückweisen kann – und dann wegen vollständiger Nichtleistung zurücktreten oder Schadensersatz verlangen kann (§ 281 Rdnr. 36 und § 323 Rdnr. 24).

3. Im Verzugsrecht soll „nur eine Handlung oder ein anderer sinnlich wahrnehmbarer Umstand“ ein „Ereignis“ i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB sein, das auch ohne Mahnung Verzug begründen kann. Dazu zählt *Heinrichs* zu Recht auch die notarielle Fälligkeitsmitteilung (§ 286 Rdnr. 23). Wird rechtsgeschäftlich auf den Basiszins verwiesen (§ 247 BGB), so ist damit im Zweifel der jeweilige Basiszins gemeint (§ 247 Rdnr. 4).

4. Auch wenn die Schuldrechtsreform die Rechte des Käufers bei Mängeln der Kaufsache weitgehend dem allgemeinen Leistungsstörungsrecht angepasst hat, stellt sich doch weiterhin die Frage nach dem Verhältnis beider Regelungen. *Putzo* hält bis zum Gefahrübergang das allgemeine Leistungsstörungsrecht für anwendbar – ebenso wie nach bisherigem Recht; entsprechend kann der Käufer die Annahme der

Kaufsache wegen Sach- oder Rechtsmängel ablehnen (§ 437 Rdnr. 49) – wobei allerdings ein vertraglicher Ausschluss der Mängelrechte m.E. nach neuem Schuldrecht wohl auch § 320 BGB insoweit abbedingt.

Im Kaufrecht haben sich die Vorschriften über Beschaffens- und Haltbarkeitsgarantie (§§ 443, 444 BGB) als für die Vertragsgestaltung besonders problematisch erwiesen. Zahlreiche Aufsätze behandeln mittlerweile Unternehmenskauf und Garantie nach neuem Schuldrecht. *Putzo* fasst sowohl unselbstständige wie selbstständige Beschaffensgarantien unter § 443 BGB (§ 443 Rdnr. 4). Nach seiner Ansicht kann der Garantgeber auch nur einzelne Rechte, z.B. nur Minderung oder nur Schadensersatz, nicht aber Rücktritt gewähren (§ 443 Rdnr. 18) – eine vom praktischen Ergebnis sicher sinnvolle, aber mit Blick auf § 444 BGB m.E. problematische Ansicht.

Bei § 436 BGB fehlt eine ausdrückliche Aussage, dass auch Anliegerbeiträge nach den landesrechtlichen Kommunalabgabengesetzen von § 436 BGB erfasst werden. Zu § 437 Nr. 3 BGB hätte ich mir Ausführungen gewünscht, welche Mängel der Verkäufer zu vertreten hat (sodass der Käufer Schadensersatz verlangen kann).

5. Im Werkvertragsrecht findet sich die Rechtsgrundlage für die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen nicht mehr in § 27a AGBG, sondern wortgleich in Art. 244 EGBGB. Unberührt bleibt damit die Fortgeltung der Verordnung und die dadurch erreichte Klarstellung, dass der MaBV entsprechende Bauträgerverträge nicht gegen ein von Teilen der Literatur aus § 632a BGB abgeleitetes Leitbild verstoßen – auch nach Ansicht von *Sprau* (Art. 244 EGBGB Rdnr. 1; § 632a BGB Rdnr. 3).

6. Zum Übergangsrecht wird der Notar freudig lesen, dass bei einem vor dem 1.1.2002 abgegebenen Angebot auch ohne ausdrückliche Rechtswahl nach dem Parteiwillen im Zweifel altes Recht gilt – entgegen der bisher herrschenden Meinung (*Heinrichs*, Art. 229 § 5 EGBGB Rdnr. 3). Dies ist die einzig sinnvolle Lösung. Ebenso gilt altes Recht, wenn eine Bedingung oder Genehmigung zu einem vor dem 1.1.2002 abgeschlossenen Vertrag erst im Jahr 2002 (oder später) erteilt wird, sofern die Genehmigung zurückwirkt.

7. Natürlich verbleiben einige Desiderata oder kleinere Ungenauigkeiten. Vor allem ist die bisherige Literatur zur Schuldrechtsreform nur teilweise eingearbeitet (darunter allerdings die DNotZ- und NJW-Aufsätze). Dies war aber wohl unvermeidlich angesichts der gerade zwei Monate Bearbeitungszeit seit der Gesetzesverkündung bis zum Redaktionsschluss Mitte bzw. Ende Januar. Angesichts dessen bewundert man die gewaltige Leistung der Kommentatoren, vor allem von *Heinrichs*, der die meisten neuen Vorschriften zu bearbeiten hatte, aber auch von *Putzo* und *Sprau*.

Zur Anschaffung muss man den *Palandt* erst gar nicht empfehlen – ohnehin hat ihn jeder. Doch diesmal war die Neuaufgabe wichtiger denn je.

Notar a. D. *Christian Hertel*, LL.M.  
(George Washington Universität), Würzburg

**Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, Beck'sche Gesetzesdokumentationen, C.H. Beck Verlag, München 2002, 1127 Seiten, € 50,-**

**Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, C.H. Beck Verlag, München 2002, 530 Seiten, € 26,-**

Nachdem im Ringen um die richtige Lösung der Schuldrechtsmodernisierung eine Entscheidung gefallen ist, sind die Kontroversen um die Auslegung und Anwendung des neuen Rechts bereits in vollem Gange. Die zentrale Stellung, die das Schuldrecht in der juristischen Auseinandersetzung der letzten ein bis zwei Jahre eingenommen hat, wird ihm bis auf weiteres erhalten bleiben. Für die notarielle Praxis, die seit der Stunde Null zur Umstellung auf die aktuellen Vorschriften gezwungen war, ist ein Warten auf klärende Rechtsprechung freilich ausgeschlossen. Nützliche Hilfestellungen zur Thematik können hingegen in der wissenschaftlichen Literatur zu finden sein, wie die zu besprechenden Werke zeigen.

1. Solange es an höchstrichterlicher Rechtsprechung zu den aktuellen Vorschriften fehlt, wird der historischen Auslegung unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien besondere Bedeutung zukommen. Der Band Schuldrechtsmodernisierung 2002 von *Canaris* enthält eine Zusammenstellung der einschlägigen offiziellen Dokumente, in denen die Vorstellungen des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sind. Nach einer äußerst lesenswerten systematischen Einführung, in der die Grundgedanken der Neuregelung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage erörtert werden, ist an erster Stelle der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aufgeführt, mit dem das Bundesministerium der Justiz im August 2000 als Reaktion auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Auseinandersetzung um die Reform des Schuldrechts angestoßen hatte. Im Anschluss sind die Konsolidierte Fassung und die Neufassung des Diskussionsentwurfs abgedruckt (letztere mit weitreichenden Veränderungen im Bereich des Verjährungsrechts), darin eingearbeitet die Ergebnisse der Arbeitsgruppen (bestehend aus namhaften Wissenschaftlern und Praktikern), die vom Bundesjustizministerium nach zum Teil massiver Kritik an dem Diskussionsentwurf eingesetzt worden waren. Den Diskussionsentwürfen folgen der Regierungsentwurf, der im Mai 2001 vom Kabinett und parallel von Abgeordneten der Regierungsfractionen in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde, und die Beschlüsse des Rechtsausschusses vom September 2001 in direkter Gegenüberstellung, ferner die Begründung des Regierungsentwurfs, die Stellungnahme des Bundesrates vom Juli 2001

hierzu, die Gegenäußerung der Bundesregierung vom August 2001 und schließlich der Bericht des Rechtsausschusses vom September 2001. Nicht enthalten in dem Band sind die Texte der Richtlinien, die den Anstoß für die Reform gegeben haben, sowie die Dokumentationen aus dem Verfahren zu ihrem Erlass.

Die Entwürfe und Stellungnahmen, die derzeit im Wesentlichen auch über die Internetseiten des Deutschen Notarinstituts abgerufen werden können, sind thematisch so strukturiert, dass sich die jeweiligen Positionen auch zu bestimmten Fragen ohne größeren Aufwand ermitteln lassen. Das Werk von *Canaris* enthält damit eine nützliche Materialsammlung in handlichem Format, die über die Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers umfangreich Aufschluss gibt und damit vor allem wissenschaftlich interessierten Lesern, in Einzelfällen aber auch dem Berater in der Praxis empfohlen werden kann.

2. Die Einführung in das neue Recht von *Huber* und *Faust* will Studierenden und Praktikern ohne detailliertes Eingehen auf das Für und Wider der Schuldrechtsmodernisierung einen Überblick über die Neuregelungen geben. In sechs Teilen werden das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Verjährungsrecht, das Kaufrecht, das Werkvertragsrecht, die integrierten Nebengesetze und der (zeitliche und internationale) Anwendungsbereich der neuen Vorschriften behandelt. Insbesondere im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts beschränken sich die Autoren nicht auf eine Erläuterung des Gesetzes anhand der Materialien, sondern besprechen zusätzlich umfangreiches Fallmaterial auf der Grundlage der neuen Systematik und liefern Anhaltspunkte für die künftige Rechtsentwicklung. Hervorzuheben ist daneben die ausführliche Erörterung des Kaufgewährleistungsrechts, in der zentrale Probleme der Vertragspraxis aufgegriffen werden, wie etwa die Regelung der Haftung durch Beschaffenheitsvereinbarung auf der Tatbestandsseite. Als besonders nützlich erweisen sich die zahlreichen Hinweise, inwieweit die bisherige Judikatur bei der Auslegung herangezogen werden kann.

Entsprechend seiner allgemeinen Zielsetzung behandelt das Werk von *Huber* und *Faust* notarspezifische Fragestellungen teilweise nur marginal und verzichtet auf die Ausformulierung von Vertragsklauseln. Wer aber in komprimierter Form einen Überblick über die Systematik des neuen Rechts gewinnen möchte oder auch eine didaktisch aufbereitete Erläuterung zu einzelnen Fragestellungen sucht, findet hier eine ausgezeichnete Darstellung.

Notarassessor *Dr. Hartmut Wicke*, LL.M.  
(Univ. Stellenbosch), Weilheim i. Obb.

**Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung, Verlag C.H. Beck, München, 60. Auflage 2002, XXIX u. 2.970 Seiten, € 122,-**

**Musielak (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Verlag Franz Vahlen, München, 3. Auflage 2002, XLX u. 2.658 Seiten, € 150,-**

**Zöller, Zivilprozessordnung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 23. Auflage 2002, XXXII u. 2.820 Seiten, € 149,50**

**Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 24. Auflage 2002, XXXI u. 1.990 Seiten, € 50,-**

1. Das In-Kraft-Treten des Zivilprozess-Reformgesetzes zum 1.1.2002 sowie die zahlreichen weiteren Gesetzesänderungen (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Zustellungsreformgesetz, Formvorschriftenanpassungsgesetz, Gewaltschutzgesetz) haben zu der umfassendsten Änderung der ZPO seit deren Bestand überhaupt geführt. Dem dadurch entstandenen Bedarf an Vorstellung und Erläuterung des neuen Zivilverfahrensrechts sind die Verlage mit bemerkenswerter Schnelligkeit nachgekommen. Da auch für die notarielle Praxis die Anschaffung neuer Kommentare zum gegenwärtigen Zeitpunkt besonders lohnt, sollen im Folgenden die in Ausstattung und Preisniveau für das Notariat bestens geeigneten „mittleren“

Kommentare von *Baumbach*, *Musielak* und *Zöller* besprochen und miteinander verglichen werden. Zur Abrundung soll noch ein kurzer Überblick über die Neuauflage des Kurzkomentars von *Thomas/Putzo* gegeben werden.

Im Mittelpunkt der jeweiligen Besprechung stehen die Aktualität und Umsetzung des neuen Rechts sowie besondere, für den notariellen Alltag relevante Fragestellungen der ZPO, vornehmlich zur prozessualen Schriftform, zum Zustellungsrecht, zur Beweiskraft öffentlicher Urkunden, zur vollstreckbaren Urkunde sowie zum Aufgebots- und Schlichtungsverfahren. Kurz beleuchtet werden soll auch, inwiefern die Kommentare eine erste Hilfestellung für den Notar bieten können, der sich als geladener Zeuge im Spannungsfeld von Aussage- und Verschwiegenheitspflicht befindet.

2. Die Verfasser des *Baumbach* begegnen der zum Teil massiven Kritik (siehe zuletzt *Egon Schneider*, ZAP-Buch-Report 2/2002, S. 11 f.) an dem in die Jahre gekommenen und überfrachteten Werk seit einigen Auflagen mit einer begrüßenswerten Entschlackung zugunsten der Übersichtlichkeit und Nutzerfreundlichkeit des Buchs (siehe *Rastätter*, BWNNotZ 2000, 48 zur 58. Auflage). Trotz der erwähnten grundlegenden ZPO-Reform hat man von einer Verschiebung des jährlichen Erscheinungstermins abgesehen und den ersten Kommentar vorgelegt, der sich der Herausforderung „ZPO 2002“ stellt. Der Kommentar versteht sich als erstes Hilfsmittel im Umgang mit der reformierten ZPO und darf daher ruhigen Gewissens auf die „Nachsicht und Hilfe der Leser“ setzen. Verfehlt ist aber die Behauptung, das Buch biete einen „Stand (...), der über den Redaktionsschluss von Anfang Oktober 2001 ganz erheblich hinausreicht“. Das mittlerweile in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, das auch die ZPO in Teilen abändert, wurde noch nicht eingearbeitet, weshalb der Verlag bereits zwei Monate nach Erscheinen mit einer kostenlosen Ergänzungslieferung nachbessern musste.

Die Kommentierung der Vorschriften, die die vollstreckbare notarielle Urkunde zum Gegenstand haben, insbesondere die §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 797, 767 und 724 ff. ZPO erweist sich leider nur als bedingt verwertbar. So manches Stichwort zur Klauselumschreibung sucht man bei § 727 Rdnrn. 3 ff. vergebens und auch die Problematik zur Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag wird nur gestreift (§ 794 Rdnr. 37) ohne zu neuen Erkenntnissen zu führen. Dass der BGH seine Rechtsprechung zur Beweislastumkehr im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage gegen notarielle Urkunden aufgegeben hat (MittBayNot 2001, 386 mit zust. Anm. *Heinemann*), ist noch nicht eingearbeitet (§ 767 Rdnr. 47). Auch die Darstellung des neuen obligatorischen Güteverfahrens vor Gericht (§ 278 ZPO) und vor Gütestellen (§ 15a EGZPO) liefert allenfalls ergänzende Hinweise und berücksichtigt das Bayerische Schlichtungsgesetz, das die Notare als „geborene“ Gütestellen statuiert hat, nur unzureichend (Anhang zu § 15a EGZPO). Als gelungen kann man hingegen die Ausführungen zum Urkundsbeweis (insbesondere § 415 Rdnrn. 8 ff.) bezeichnen. Der Umgang mit dem neuen und fragwürdigen Anscheinsbeweis für elektronische Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur (§ 292a ZPO) wirkt dagegen ebenso unbeholfen wie die Erläuterung der neuen §§ 130 Nr. 6, 130a, 174 ZPO, die sich mit der Zulässigkeit „elektronischer“ Schriftsatzübermittlung und Zustellung im Verfahrensrecht beschäftigen. Eine Antwort auf die verwirrende Rechtsprechung und den unklaren Gesetzeswortlaut zum Unterschriftserfordernis fehlt (ausführlich hierzu *Heinemann*, Neubestimmung der prozessualen Schriftform, 2002).

Trotz der erwähnten Schwächen kann der *Baumbach* mit seiner reichhaltigen Rechtsprechungsauswertung als wertvolles

Nachschlagewerk dienen, gerade zur vertieften Einarbeitung in prozessuale Problemfragen. Für das Notariat eignet er sich uneingeschränkt als ergänzendes Compendium zum Zivilverfahrensrecht. Der enormen Arbeitsleistung, die die beiden Verfasser mit der Umsetzung der angesprochenen Reformen erneut erbracht haben, muss man im Anschluss an *Pritting* (NJW 2000, 1851) einmal mehr Respekt zollen.

3. Der *Musielak*, erstmals 1999 erschienen, liegt nunmehr in dritter Auflage vor. Den 15 Bearbeitern ist es gelungen, binnen kürzester Zeit erfolgreich in Konkurrenz zu den etablierten „mittleren“ Kommentaren zu treten. Auch die Neuauflage besticht zunächst durch die hervorragende Einleitung von *Musielak*, die einen grundrissartigen Einstieg in die Lehren des Zivilprozessrechts ermöglicht. Ein weiterer Höhepunkt ist die Bearbeitung der §§ 727 ff., 767 und 794 ff. ZPO durch *Lackmann*, die keine Frage offen lässt und die neuesten Entscheidungen des BGH gewissenhaft nachzeichnet (vgl. zur Beweislast § 794 Rdnr. 30, zur Präklusion der Forderungsabtretung § 767 Rdnr. 39), wengleich die Rechtsprechung des BGH zur Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag sehr unkritisch übernommen wird (§ 794 Rdnr. 33).

Sehr knapp geraten, zumindest aus notarieller Sicht, sind hingegen die Kommentierungen zum Urkundsbeweis und zu den neuen Zustellungs Vorschriften. Die besondere Indizwirkung, die die Rechtsprechung der notariellen Urkunde beimisst (vgl. BGH DNotZ 1986, 78) wird nicht erwähnt und die Dienstordnung einmal mehr mit DNotO abgekürzt (§ 419 Rdnr. 1). Im Rahmen des § 174 Abs. 2, 3 ZPO i.d.F. des ZustRG bleibt ungeklärt, ob die Zustellung per Telefax oder E-Mail schon ab 1.7.2002 auch an Notare möglich sein wird. Im Übrigen wäre zumindest der übergangsweise Abdruck der alten Zustellungs Vorschriften wünschenswert gewesen.

Auch in Fragen der Vernehmung des Notars als Zeugen in einem Zivilrechtsstreit informiert der *Musielak* nur ansatzweise (§ 383 Rdnr. 6 Fn. 17) und erörtert enorm wichtige Themen nicht oder nur am Rande, nämlich, ob von einer stillschweigenden Entbindung von der Schweigepflicht bei Versterben des Testators stets auszugehen sei (BGH NJW 1984, 2893) und ob sich das Schweigerecht tatsächlich nicht auf die notariellen Belehrungen gem. § 17 BeurkG erstrecke (OLG München DNotZ 1981, 709).

Dafür entschädigt die Bearbeitung *Stadlers* zu den §§ 129, 130, 130a ZPO, wo die schwer verständliche Rechtsprechung und wenig überzeugende Gesetzgebung zur prozessualen Schriftform erläutert und durchaus kritisch gewürdigt wird (§ 129 Rdnr. 9; § 130a Rdnr. 3).

Der *Musielak* stellt einen zuverlässigen Ratgeber dar, der die reformierte ZPO auf hohem Niveau erläutert. Er kann ohne Einschränkung als erste Informationsquelle in zivilprozessualen Fragestellungen dienen und lohnt die Anschaffung auf jeden Fall.

4. Auch beim *Zöller* ist zunächst die kenntnisreiche und von großer Erfahrung geprägte Einleitung durch *Vollkommer* und *Geimer* zu loben. Insbesondere die Verbindung des Zivilprozessrechts zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen wird anschaulich dargeboten.

Noch eindringlicher als im *Musielak* zeigt *Greger* die konfuse und in sich widersprüchliche Rechtslage zur Unterzeichnung von Prozessklärungen auf und plädiert mit dem Rezensenten für eine Aufgabe des formalistischen Unterschriftserfordernisses im Verfahrensrecht (§ 130 Rdnr. 22). Leider fehlt auch im *Zöller* das – immerhin derzeit noch geltende! – Zustellungsrecht, dafür weist *Greger* als bislang erster auf die rechtliche Unmöglichkeit hin, beglaubigte Abschriften und Ausfertigung

gen trotz § 174 ZPO n.F. tatsächlich per Telekopie oder E-Mail zu übermitteln, da es an der erforderlichen Unterzeichnung der Vermerke fehle (§ 133 Rdnr. 1). Auch die Ausführungen *Gregers* zum Zeugnisverweigerungsrecht des Notars geben eine gute erste Orientierung zur Vorbereitung auf eine Zeugenvernehmung (§ 383 Rdnrn. 1a, 16–20).

Die Besonderheiten der notariellen Urkunde werden kompetent im Rahmen des Urkundsbeweises von *Geimer* (§ 415 Rdnr. 5) und im Rahmen des Vollstreckungsrechts von *Stöber* (§ 794 Rdnrn. 25–32) dargestellt. Zu begrüßen ist insbesondere die mutige Haltung *Stöbers*, der dem BGH zu Recht entgegenhält, dass die Unterwerfungserklärung dem Bauträger keinen Zugriff auf Vermögenswerte gestattet (§ 794 Rdnr. 31; ebenso *Heinemann*, MittBayNot 2001, 390).

Ein echtes Plus des *Zöller* stellt die ausführliche Kommentierung des § 15 a EGZPO durch *Gummer* dar, die durch die Erläuterungen *Gregers* zur obligatorischen gerichtlichen Güteverhandlung gemäß § 278 ZPO komplettiert wird.

Auch dem *Zöller* muss man uneingeschränkte Praxistauglichkeit attestieren. Nicht zuletzt der Mitwirkung von *Geimer* und *Stöber* ist es zu verdanken, dass der *Zöller* viele notarspezifische Fragestellungen erörtert und darstellt, die man in den drei anderen Kommentaren so vergeblich sucht. Der *Zöller* schlägt eine ideale Brücke aus dem streitigen Zivilprozess hinüber ins Verfahren des Beurkundungsrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der wiederholten Einschätzung von *Münch* (DNotZ 1994, 268; 1996, 484) muss man sich anschließen: „Der *Zöller* – unentbehrlich, unerreicht, unverändert gut!“

5. Der aus Studium und Referendariat bestens bekannte Kommentar von *Thomas/Putzo* kann im Gegensatz zu den drei oben besprochenen Werken zwar nicht mit Antworten auf Detailfragen aufwarten (vgl. die enttäuschende Kommentierung des Aufgebotsverfahrens), bietet aber dennoch einen hervorragend systematischen und aktuellen Überblick über das Zivilverfahrensrecht. Mitunter überrascht der *Thomas/Putzo* durch Informationen, die man in den anderen (die neue Rechtsprechung des BGH zur Beweislast bei der Vollstreckungsunterwerfung, § 767 Rdnr. 20b, fehlt – wie gesehen – im *Baumbach*), teilweise sogar in allen (!) ZPO-Kommentaren vergeblich sucht (z. B. dass der Gesprächspartner eines rechtswidrig abgehörten Gesprächs regelmäßig kein Zeugnisverweigerungsrecht hat, § 384 Rdnr. 7). Die weitere Übernahme der Bearbeitung durch *Reichold* und *Hüßtege* bestätigt die Feststellung *Staudenmaiers*, dass der *Thomas/Putzo* „eine wertvolle Arbeitshilfe in handlichem Kleinformat zu einem sehr günstigen Preis“ (BWNZ 1992, 155) ist.

6. Zusammenfassend kann die Anschaffung des *Musielak* oder des *Zöller* uneingeschränkt empfohlen werden, beide Werke leisten unschätzbare Hilfe in Fragen des Zivilverfahrensrechts und der notariellen Praxis. Der *Zöller* bietet für einen günstigeren Preis vielleicht sogar eine umfassendere Informationsdichte (z.B. zum außergerichtlichen Schlichtungsverfahren) und durch das ansprechendere Schriftbild einen höheren Lesekomfort.

Notarassessor Dr. Jörn Heinemann,  
Uttenreuth

### **Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2001, 1925 Seiten, € 144,-**

*Dehmer* hatte mit seiner, im Verlag C.H. Beck erschienenen, Kommentierung zum Umwandlungsgesetz und Umwandlungssteuergesetz die 1. Kurzkomentierung zum Umwandlungsrecht vorgelegt. Nachdem die 1. Auflage noch die Gesetzeslage vor Verabschiedung des Umwandlungsgesetzes 1994 kommentierte, befasste sich die 2. Auflage bereits mit der neuen gesetzlichen Ausgangslage nach Verabschiedung und In-Kraft-Treten des Umwandlungsgesetzes am 1.1.1995. In der 3. Auflage wird nun dieser Kommentar nicht mehr von *Dehmer*, sondern von *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* herausgegeben, die bereits an den beiden ersten Auflagen mitgearbeitet haben. Seit Erscheinen der 2. Auflage sind sechs Jahre vergangen und für die neuen Herausgeber bestand die Herausforderung, mehrere hundert Gerichtsentscheidungen und noch wesentlich mehr Literatur mit zu verarbeiten. Das Umwandlungsrecht erlebt eine rasante Entwicklung und ist beinahe wöchentlich Gegenstand literarischer Auseinandersetzung. Die Autoren haben dem dadurch Rechnung getragen, dass sie den Kommentar ausgeweitet haben. Zu Recht sind sie dem Konzept treu geblieben, nicht nur das Umwandlungsgesetz, sondern auch das Umwandlungssteuergesetz zu kommentieren. Darüber hinaus findet sich eine Kurzkomentierung zu Verkehrssteuern anlässlich der Umwandlung von Rechtsträgern.

Der Aufbau des Werkes folgt seinen von der Praxis überwiegend wohlwollend aufgenommenen Vorgängern: Jeder Kommentierung ist zunächst eine kurze Literaturübersicht vorangestellt, die dem Praktiker das Hineinlesen in die Materie zusätzlich erleichtert. Trotz des von den Verfassern betonten

Strebens, den Umfang nicht übermäßig auszuweiten, verbleiben diese dabei, bei der Kommentierung nur in einem akzeptablen Umfang auf Abkürzungen zurückzugreifen. Dies ist lobenswert. Lobenswert ist auch, dass die Kommentierung nicht nur die Literatur und Rechtsprechung sehr umfassend mit berücksichtigt, sondern auch Vorschläge zu Änderungen des Gesetzes wie beispielsweise durch den DAV (vergl. NZG 2000, 802) mit einarbeitet.

Zu Recht ist *Stratz* der Auffassung, dass bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften auf eine Kapitalerhöhung und eine Anteilsgewährung verzichtet werden sollte (§ 2 UmwG, Rdnrn. 23–24). Begrüßenswert ist auch die Deutlichkeit, mit der *Stratz* Kritik an der eingeschränkten Beteiligungsfähigkeit einer GbR bei Umwandlungsvorgängen übt (§ 3 UmwG Rdnr. 13) und § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG als nicht systemgerecht kennzeichnet.

Die Kommentierung zu dem für die notarielle Praxis wichtigen § 6 UmwG fällt recht komprimiert aus. Mit den bereits von *Goette* (MittRhNotK 1997, 1 ff.) und von *Heckschen* (DB 1990, 161; ders. RPflegler 1990, 122 genannten Argumenten, wonach der Zweck der materiellen Richtigkeitsgewähr der notariellen Beurkundung grundsätzlich einer Auslandsbeurkundung entgegensteht, setzt sich *Stratz* nur wenig auseinander. Aus welchen Gründen eine materielle Richtigkeitsgewähr, die zu einer Entlastung der Handelsregister führt, eine sachfremde Erwägung für das Argument der Ungleichwertigkeit einer Auslandsbeurkundung sein soll, begründet *Stratz* nicht. Dem Autor hätte auffallen sollen, dass in der Literatur und Rechtsprechung mit einleuchtenden Gründen unterschiedliche Anforderungen an Strukturbeschlüsse und an Anteilsveräußerungen gestellt werden (§ 6 UmwG, Rdnrn. 7–8).

Der Kommentar reiht sich in die große Gruppe der Kritiker zu § 14 ein. Auch hier wird gefordert, dass die Beschränkung des Klagerechts ausgeweitet werden sollte. Die komprimierte aber dennoch alle wesentlichen Aspekte aufzeigende Kommentierung zu dem für die notarielle Praxis wichtigen § 17 UmwG weist zu Recht darauf hin, dass auch nach Ablauf der 8-Monats-Frist Unterlagen nachgereicht werden können. Nach der Auffassung von *Hörtnagl* (§ 17 UmwG Rdnr. 46) kann sogar die Schlussbilanz nachgereicht werden (vgl. zu dieser Problematik ausführlich *Heckschen*, NotBZ 1997, 132 Bemerkung).

Recht kurz fällt die Kommentierung zu der in der Praxis nicht seltenen und mit dem Gesetz zum Teil nur schwer lösbaren

Verschmelzung von Vereinen aus (§§ 99–104 a UmwG). Gleiches gilt für die Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften durch den § 168 ff. UmwG.

Insgesamt umfasst die Kommentierung des Umwandlungsgesetzes ca. 1.000 Seiten und die des Umwandlungssteuergesetzes 800 Seiten. Die Kurzdarstellung zu den verkehrssteuerlichen Auswirkungen, insbesondere zur Grunderwerbsteuer, ist sicherlich für die notarielle Praxis hilfreich. Gleiches gilt für das die Kommentierung abschließende Sachverzeichnis. Es handelt sich um einen für die notarielle Praxis nützlichen Kurzkomentar, der im Aktenkoffer auf dem Weg zu einem Auswärtstermin immer seinen berechtigten Platz hat.

Dr. Heribert Heckschen, Notar in Dresden

### **Handzik, Erbschaft- und Schenkungsteuer – Gesamtdarstellung mit den Änderungen des Bewertungsgesetzes zum 1. Januar 2002, Erich Schmidt Verlag, Bielefeld, 5. Auflage 2002, 216 Seiten, € 26,80**

Der *Handzik* ist ein knappes prägnantes Praktikerbuch zur Erbschaftsteuer einschließlich der notwendigen Ausführungen zum Bewertungsgesetz. Einen Kommentar vermag das Besprechungswerk nicht zu ersetzen. Dennoch ist es ein sehr wertvoller Begleiter für zahlreiche Fragen der erbschaftsteuerlichen Beratung. Das Werk ist äußerst aktuell. Es befindet sich auf dem Stand von Dezember 2001. Das Steueränderungsgesetz 2001, mit dem u.a. § 13 a ErbStG geändert und der Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ durch den Begriff der „Schenkung unter Lebenden“ ersetzt wurde, ist bereits berücksichtigt (Rdnr. 201). Mit dieser gesetzlichen Änderung hat der Gesetzgeber auf das wenig überzeugende Urteil des BFH vom 25.1.2001, MittBayNot 2001, 335 ff. mit Anm. *Wachter*, MittBayNot 2001, 274 ff. sowie den Nichtanwendungserlass vom 15.5.2001, MittBayNot 2001, 338 reagiert. Sogar die verfassungsrechtlichen Bedenken des Bundesfinanzhofs vom 24.10.2001 (MittBayNot 2002, 63 ff. = ZEV 2001, 505 mit Anm. *Vogt*; sowie der dazugehörige Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 6.12.2001, MittBayNot 2002, 66 = BStBl. I 2001, 985 = ZEV 2002, 65 mit Anm. *Hannes*) sind bereits berücksichtigt, Rdnr. 292 ff. Ohne das Problem ausführlich zu erörtern, ist auch *Handzik* der Meinung, dass geplante Übertragungen ggf. im Hinblick auf die mögliche Verfassungswidrigkeit zeitlich vorzuziehen sind. Damit befindet er sich in Übereinstimmung mit anderen Stimmen in der Rechtslehre (vgl. *Hannes*, ZEV 2002, 65 m.w.N.; a.A. hingegen *Hartmann*, UVR 2002, 7 ff.). Nach Meinung von *Hannes* können trotz der Verfügung der Obersten Finanzbehörden der Länder zur vorläufigen Steuerfestsetzung die Gestaltungen unverändert fortgeführt werden, da § 176 AO gegen eine rückwirkende Änderung von Steuerfestsetzungen schützt. Im Übrigen steht m.E. der Grundsatz der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung einer späteren rückwirkenden „Verböserung“ zu Lasten der Steuerpflichtigen entgegen. Sollte das ErbStG insgesamt verfassungswidrig sein, so kann aufgrund der Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes nicht eine höhere Steuer erhoben werden, als die gesetzlichen Grundlagen es derzeit zulassen. Schließlich ist entsprechend der bisherigen Spruchpraxis damit zu rechnen, dass das BVerfG die Verfassungswidrigkeit des ErbStG, wenn überhaupt, nur mit Wirkung für die Zukunft feststellt.

Wie es sich für ein Praktikerbuch gehört, ist der *Handzik* auch in der 5. Auflage mit zahlreichen Gestaltungsvorschlägen gewürzt. Hiervon sind hervorzuheben:

Vermögen kann erbschaftsteuerfrei zwischen Ehegatten auch während Bestehens der Ehe übertragen werden, wenn gleichzeitig der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beendet und das Vermögen zur Erfüllung des so entstandenen Zugewinnausgleichsanspruchs übertragen wird (Rdnr. 83); dann kann nach Meinung der Finanzverwaltung jedoch ein Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 EStG oder eine betriebliche Gewinnrealisierung vorliegen (vgl. dazu *Tiedtke/Wälzholz*, RNotZ 2001, Heft 9 = DStZ 2002, 8 ff.). Diese Gestaltung funktioniert neuerdings auch bei Partnern im Sinne des LPartG.

Das Berliner Testament ist aus erbschaftsteuerlichen Gründen grundsätzlich zu vermeiden bzw. um Vermächtnisse zugunsten anderer freibetragsberechtigter Verwandter zu ergänzen; dies gilt insbesondere bei Gütertrennung (Rdnr. 94).

Erbschaftsteuerlich ist die Vererbung von Betriebsvermögen in der Rechtsform der Personengesellschaft in der Regel günstiger als die Vererbung in der Form einer Kapitalgesellschaft, bei der das Stuttgarter Verfahren Anwendung findet (Rdnr. 108 „GmbH-Anteile“, ebenso Rdnr. 153 „Aktiengesellschaft“).

Zutreffend weist *Handzik* darauf hin, dass die Steuerbefreiung der Ehegatten-Zuwendung des Familienwohnheims gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG mehrfach nacheinander anwendbar ist. Insoweit tritt kein „Objektverbrauch“ ein. Wertvoll ist der Ratschlag, eine solche Zuwendung unter der auflösenden Bedingung des Vorversterbens des beschenkten Ehegatten zu vereinbaren, da beim Rückerwerb im Todesfall § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG nicht eingreift und die Ehegattenfreibeträge dann angegriffen werden; bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung greift hingegen § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ein.

Die Inanspruchnahme des Freibetrages gemäß § 13 a ErbStG in Höhe von 256.000,- € ist genau zu überlegen, da sie unwiderruflich ist und auch dann in voller Höhe verbraucht wird, wenn der Freibetrag nur teilweise benötigt wird (Rdnrn. 202, 203).

Zusammenfassend ist das Besprechungswerk ein für den Praktiker gut geeignetes Nachschlagewerk, das unterhalb der Ebene eines Kommentars anzusiedeln ist und zahlreiche nützliche Hinweise für die erbschaftsteuerlich günstige Gestaltung der vorweggenommenen Erbfolge und der Todesfallvorsorge gibt. Der *Handzik* ist zuverlässig und ideenreich!

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

**Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 406 Seiten, € 50,-**

Das bisher bei Jehle-Rehm verlegte Werk erscheint in der 3. Auflage nun im Verlag C.H. Beck und noch besser ausgestattet als bisher. Behandelt werden unter anderem der Zugewinnausgleich, die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, die Zuweisung der Ehewohnung, die Verteilung des Hausrats, Auseinandersetzung von Miteigentum, der Ausgleich von Gesamtschulden und die Rückgewähr von Zuwendungen. Berücksichtigt ist auch die neueste Rechtsprechung zur Ehegatten-Innengesellschaft. Besonders lehrreich sind die Kapitel, die im übrigen Schrifttum seltener behandelt werden: Streit um Bankkonten, Sparbücher, Bausparkonten und Wertpapiere, Kapitalabfindung von Unterhaltsansprüchen und Auseinandersetzungen mit Schwiegereltern.

Ein eigenes Kapitel widmet sich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung. Lebenspartnerschaften bleiben außen vor mit der Begründung, bisher hätten nur Streitigkeiten beim Auseinanderbrechen heterosexueller Lebensgemeinschaften eine größere Rolle gespielt. Doch könnte sich dies gerade wegen der „Verrechtlichung“ homosexueller Lebensgemeinschaften in Zukunft ändern. So haben die Autoren zunächst die Chance vergeben, die Diskussion früh in die richtigen Bahnen zu leiten.

**Henrich/Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht Band 7, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2001, 389 Seiten, € 84,-**

Vom 19.–21.10.2000 fand das fünfte Regensburger Symposium für europäisches Familienrecht statt. Diese Veranstaltungen verfolgen, wie *Schwab* in der Einführung (S. 3) ausführt „das Ziel, mit Hilfe von Sachkennern aus vielen Staaten einen europäischen Rechtsvergleich in zentralen Fragen des Familienrechts durchzuführen und dabei zu prüfen, inwieweit eine Rechtsvereinheitlichung angestrebt werden soll oder kann“.

Das Thema der im Jahr 2000 in enger Zusammenarbeit mit der Bundesnotarkammer durchgeführten Tagung lautete „Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich“ und lockte zahlreiche Teilnehmer aus dem In- und Ausland nach Regensburg. Dabei ging es vor allem um das Spannungsverhältnis zwischen der Testierfreiheit und den Schranken, welche die einzelnen Rechtsordnungen dieser Freiheit zum Schutz der Angehörigen setzen. Die ausländischen Referenten waren durchweg renommierte Wissenschaftler, das deutsche Recht wurde von zwei Notaren, nämlich *Prof. Dr. Reimann* und *Dr. Dr. Grziwotz* behandelt.

Der vorliegende Tagungsband gibt im Wesentlichen – ergänzt um Fußnoten und weiterführende Literaturhinweise – die gehaltenen Referate wieder. Es finden sich dabei neben einer Einführung (*Prof. Dr. Schwab*, Regensburg) und einer Zusammenfassung (*Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Henrich*) auch Beiträge zu Deutschland, Belgien (*Prof. Dr. Pintens*, Leuven/Saarbrücken), Schottland und England (*Prof. Dr. Meston*, Aberdeen), Frankreich (*Prof. Dr. Ferrand*, Lyon), Griechenland (*Prof. Dr. Androulidakis-Dimitradis*, Athen), Italien (*Prof. Dr. Gabrielli*, Triest), Niederlande (*Dr. Breemhaar*, Groningen), Österreich (*Prof. Dr. Ferrari*, Graz), Polen (*Prof. Dr. Maczyński*, Krakau), Schweiz (*Prof. Dr. Hausheer/Dr. Aebi-Müller*, Bern), Schweden und andere skandinavische Länder

Das Buch gibt in erster Linie einen Überblick über die gesetzliche Rechtslage, also darüber, wie ein Richter zu verfahren hat, wenn Ehegatten keine Vereinbarungen getroffen haben. Auch die Formulierungsvorschläge betreffen nur vor Gericht zu stellende Anträge. Als Schilderung des gesetzlichen Hintergrunds möglicher individueller Regelungen wird aber auch der Kautelarjurist das Buch mit Gewinn lesen. Die Frage der Beteiligten, wie denn die Ausgangslage überhaupt sei, lässt sich mit seiner Hilfe schnell beantworten (beispielhaft sei etwa das praktische ABC einzelner Vermögensgegenstände und ihrer Bewertung im Zugewinnausgleich ab S. 28 genannt).

Leider merkt man an einigen Stellen, dass Redaktionsschluss im Oktober 2001 war. Die Schuldrechtsreform blieb, auch mit ihren Entwürfen, unberücksichtigt, worauf aber nur bei der Schilderung der Verjährungsregeln mit einer Fußnote hingewiesen wird. Außerdem rechnen alle Beispiele noch in DM, was schon kurze Zeit nach der Euro-Umstellung antiquiert wirkt und bei einem avisierten Erscheinungsjahr 2002 sicher vermeidbar gewesen wäre.

Dennoch ist das Buch eine große Hilfe für jeden Notar, der Sachverhaltsaufklärung und Willenserforschung im Vorfeld nicht allein den Rechtsanwälten überlässt, sondern schon hier die Beteiligten auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung umfassend beraten will.

Notarassessor *Dr. Markus Krebs*, München

(Jur. Kand. *Boström*, Umea), Slowenien (*Prof. Dr. Geč-Korošec/Kraljič*, Maribor), Spanien (*Prof. Dr. Casals/Dr. Feliu*, Girona), Tschechien (*Prof. Dr. Hrušáková*, Brünn) und Ungarn (*Prof. Dr. Weiss*, Budapest).

Die einzelnen Beiträge stellen vor allem das jeweilige gesetzliche Erbrecht – insbesondere des Ehegatten –, das Pflichtteils- bzw. Noterbrecht als Beschränkung der Testierfreiheit und laufende Reformbestrebungen dar. Im Rahmen dieser Rezension kann nicht auf Einzelheiten zu den verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen eingegangen werden. Die einzelnen Beiträge fördern jedoch teilweise erhebliche Unterschiede im materiellen Recht zu Tage und geben interessante, von *Henrich* ab S. 371 sehr anschaulich zusammengefasste Denkanstöße für das deutsche Recht. *Henrich* kommt insgesamt zu dem Ergebnis, dass das deutsche Recht der Entwicklung im europäischen Ausland hinterher hinkt und sieht Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Ansatzpunkte für eine Diskussion sieht er vor allem in folgenden Bereichen: Begrenzung des Kreises der erbberechtigten Personen, Ausgestaltung der Stellung des Ehegatten, Einfluss des Güterrechts auf das Erbrecht, Erb- und Pflichtteilsrecht in außerehelichen Partnerschaften, Bedürftigkeit als Voraussetzung für die Pflichtteilsberechtigung, starre Quote oder individueller Maßstab?, Anrechnung leibzeitiger Zuwendungen, Pflichtteilsentziehung.

Interessante Aspekte ergeben sich nicht zuletzt auch im Hinblick auf die in Deutschland immer wieder aufflammende Diskussion um die – weiterhin offene – Verfassungsmäßigkeit des geltenden Pflichtteilsrechts (vgl. zuletzt Beschluss des BVerfG vom 30.8.2000, ZEV 2000, 339 m. Anm. v. *J. Mayer* ZEV 2000, 447 m.w.N.).

Insgesamt kann der vorliegende Tagungsband sowohl wegen der Darstellung des ausländischen Rechts in den einzelnen Länderberichten als auch wegen der sich bietenden rechtspolitischen Anregungen uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Notar *Dr. Christoph Döbereiner*, Vilsbiburg

## RECHTSPRECHUNG

### Europarecht

1. Gesellschaftsteuerrichtlinie (69/335/EWG) (*Anwendbarkeit der Gesellschaftsteuerrichtlinie (69/335/EWG) auf die Gebühren der badischen Amtsnotare*)

**Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 ist so auszulegen, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung anzusehen sind.**

**Die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft sind nach Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung grundsätzlich verboten, wenn sie eine Abgabe im Sinne dieser Richtlinie darstellen.**

**Der Umstand allein, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gezeichneten Nennkapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird.**

EuGH, Beschluss vom 21.3.2002 – C-264/00 – (*Gründerzentrum-Betriebs-GmbH*)\*

\* Anmerkung der Schriftleitung: die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht in DNotZ 2002, S. 389 (Heft 5).

### Bürgerliches Recht

2. BGB § 157 (*Pflegeverpflichtung und Sozialhilferegress*)

**Kann der Übernehmer die in einem Übergabevertrag vereinbarte Verpflichtung zur umfassenden Pflege des Übergebers wegen dessen medizinisch notwendiger Unterbringung in einem Pflegeheim nicht mehr erfüllen, muss er ohne entsprechende Abrede die Kosten der Heimunterbringung nicht tragen; wohl aber muss er sich an ihnen in Höhe seiner ersparten Aufwendungen beteiligen.**

BGH, Urteil vom 21.9.2001 – V ZR 14/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*; Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 13.10.1983 erhielt die Beklagte von ihrer Großmutter, die Hofvorerbin war, im Wege der vor-

weggenommenen Erbfolge den Hof M. in V. übertragen; der Vater der Beklagten stimmte als Hofnacherbe dieser Übertragung zu. Die Beklagte übernahm sämtliche im Grundbuch eingetragenen Rechte einschließlich der schuldrechtlichen Verpflichtungen sowie die außerhalb des Grundbuchs bestehenden persönlichen Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung des Hofes angefallen waren. Für die Großmutter und den Vater bestellte die Beklagte als „Altenteile“ bezeichnete Rechte (Wohnrechte, verbunden mit einer umfassenden Pflegepflicht), zu denen es in dem Vertrag u.a. heißt:

„Die Erschienene zu 2 (= Beklagte) verpflichtet sich den Erschienenen zu 1 und 3 (= Großmutter und Vater) gegenüber, diesen Hege und Pflege in gesunden und kranken Tagen angedeihen zu lassen und für den Fall einer bestehenden Notwendigkeit auch für die Gestellung einer Pflegeperson zu sorgen, so dass dadurch eine umfassende Pflege und Versorgung der Erschienenen zu 1 und 3 gewährleistet ist. Zu dem Recht auf Pflege zählen auch der freie Bezug von Arzneimitteln, ärztliche Versorgung und freier Krankenhausaufenthalt, sofern solche Leistungen nach ärztlichen Anordnungen notwendig werden.

Sämtliche vorstehenden Verpflichtungen der Erschienenen zu 2 in Bezug auf etwaige Kranken- und Heilbehandlungsmaßnahmen greifen jedoch erst dann ein, wenn die anfallenden Kosten von der gesetzlichen Krankenversicherung der Erschienenen zu 1 und 3 nicht oder nicht mehr in vollem Umfang getragen werden.“

Die Großmutter der Beklagten verstarb in der Folgezeit. Der Vater zog im Jahr 1984 aus seiner Wohnung auf dem Hof aus. Im März 1989 wurde er zur stationären Pflege in ein Seniorenheim aufgenommen. Da seine Rente zur Begleichung der Pflegekosten nicht ausreichte, zahlte der Kläger den Differenzbetrag. Er leitete deswegen eine Reihe von Ansprüchen des Pflegebedürftigen gegen die Beklagte auf sich über. Das von der Beklagten hiergegen angestrebte verwaltungsgerichtliche Verfahren war für sie erfolglos.

Am 24.11.1995 verstarb der Vater der Beklagten in dem Pflegeheim.

Der auf Erstattung von Pflegekosten in Höhe von 28.160,30 DM für die Zeit von Januar 1993 bis Oktober 1993 gerichteten Klage hat das Landgericht stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die – zugelassene – Revision des Klägers, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht verneint eine aus dem Hofübergabevertrag folgende Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger die ungedeckten Kosten der Heimunterbringung zu erstatten. Die Erklärungen der Vertragsparteien ließen nämlich nur den Schluss zu, dass die Beklagte für Pflegekosten, die außerhalb des Hofes und nicht in einem Krankenhaus anfielen, nicht aufkommen sollte. Weiter besteht nach Auffassung des Berufungsgerichts kein übergeleiteter Anspruch des Klägers aus Art. 96 EGBGB in Verbindung mit Art. 15 § 9 PrAGBGB, weil kein Altenteilsvertrag im Sinne der letztgenannten Vorschrift vereinbart worden sei; eine generationsübergreifende Nutzung des Grundstücks als Existenzgrundlage sei nämlich nicht erkennbar. Auch ergebe sich ein Zahlungsanspruch des Klägers nicht nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage; denn die für die Festsetzung der vereinbarten Leistungen maßgeblichen Verhältnisse hätten sich seit Vertragsschluss nicht wesentlich verändert. Schließlich bestünden auch keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche des Klägers, da die Beklagte nichts ohne Rechtsgrund erlangt habe.

## II.

Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Falls das Berufungsgericht, wie es in seinem Urteil anklingt, davon ausgeht, dass der Vertrag vom 13.10.1983 hinsichtlich der Pflegeverpflichtung der Beklagten eindeutig und deswegen nicht auslegungsfähig sei, wäre das fehlerhaft. Der Annahme, die Beklagte werde bei einer Unterbringung ihres Vaters in einem Pflegeheim von sämtlichen ihm gegenüber übernommenen Verpflichtungen frei, weil der Vertrag keine ausdrückliche Regelung für den Fall der Heimunterbringung enthält, läge ein falsches Verständnis von der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit notarieller Urkunden zugrunde. Sie erstreckt sich nämlich nur auf die vollständige (und richtige) Wiedergabe der getroffenen Vereinbarungen (Senatsurt. v. 1.2.1985, V ZR 180/83, WM 1985, 699 f m.w.N.), besagt jedoch nichts über den Vertragswillen der Parteien; der muss nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) ermittelt werden. Anderenfalls wäre eine ergänzende Vertragsauslegung niemals möglich, weil mit einer Vollständigkeitsvermutung in dem vom Berufungsgericht eventuell verstandenen Sinn jede Vertragslücke zu verneinen wäre. Es liegt auf der Hand, dass das nicht richtig sein kann.

2. Jedenfalls ist die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts fehlerhaft.

a) Die Auslegung einzelvertraglicher Regelungen durch das Berufungsgericht kann vom Revisionsgericht insoweit nachgeprüft werden, als gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (st.Rspr., s. nur Senatsurt. v. 1.10.1999, V ZR 168/98, WM 1999, 2513, 2514 m.w.N.). Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört die Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragspartner (Senatsurt. v. 1.10.1999, a.a.O.). Dagegen hat das Berufungsgericht verstoßen. Seine Auslegung läuft darauf hinaus, dass die Vertragspartner hinsichtlich der Verpflichtung zur Tragung der Kosten für die Unterbringung des Vaters der Beklagten in einem Pflegeheim einen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich des zuständigen Trägers der Sozialhilfe, abgeschlossen haben. Das ist jedoch sinnlos; denn solche Verträge kennt unsere Rechtsordnung nicht (BGHZ 78, 369, 374 f). Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist aber anzunehmen, dass eine vertragliche Bestimmung nach dem Willen der Parteien einen bestimmten rechtserheblichen Inhalt haben soll; deswegen ist bei mehreren an sich möglichen Auslegungen derjenigen der Vorzug zu geben, bei welcher der Vertragsnorm eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich diese Regelung ansonsten als (teilweise) sinnlos erweisen würde (Senatsurt. v. 1.10.1999, a.a.O.). Möglich ist hier auch die Auslegung, dass die Klägerin für den Fall der Unterbringung ihres Vaters in einem Pflegeheim nicht von allen aus dem „Altenteil“ folgenden Verpflichtungen befreit werden sollte.

b) Die Auslegung des Berufungsgerichts verletzt auch die Interessenlage des Vaters der Beklagten. Es ist allgemein bekannt, dass bei der Hofübergabe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge der Übergeber sich deswegen von dem Übernehmer ein umfangreiches Pflegerecht zusagen lässt, damit er weiterhin auf dem Hof leben und dort versorgt werden kann; falls aus gesundheitlichen Gründen eine Unterbringung außerhalb des Hofes erforderlich wird, soll der Übernehmer die – von einer Versicherung nicht gedeckten – Kosten tragen. Die Vorstellung, zum „Sozialfall“ zu werden, ist in bürgerlichen Kreisen geradezu unerträglich. Das galt im Jahr 1983 vielleicht in einem noch höheren Maß als heute. Jedenfalls schwebten damals (zumindest) dem Vater der Beklagten diese allgemein gültigen Sichtweisen bei dem Abschluss des Hofübergabevertrags

vor; das zeigt die Aufnahme der Regelungen über die umfassende Pflege und Versorgung einschließlich freier ärztlicher Versorgung und freiem Krankenhausaufenthalt.

c) Die Auslegung des Berufungsgerichts hat deshalb keinen Bestand. Weitere tatsächliche Feststellungen kommen nicht mehr in Betracht. Das Revisionsgericht ist damit zu eigener Auslegung befugt. Sie führt dazu, dass die Beklagte in dem hier streitigen Zeitraum nicht von allen in dem Hofübergabevertrag übernommenen Verpflichtungen befreit war. Das bedeutet allerdings nicht, dass sie die vollen Kosten der Heimunterbringung ihres Vaters tragen muss. Eine solche Annahme lässt zum einen die vertraglichen Regelungen über etwaige Kranken- und Heilbehandlungsmaßnahmen außer Acht. Danach sollte eine Zahlungspflicht der Beklagten nur insoweit bestehen, als die anfallenden Kosten von der gesetzlichen Krankenversicherung des Vaters nicht oder nicht mehr in vollem Umfang getragen wurden. Diesen Leistungen von dritter Seite sind für den Fall der Heimunterbringung die Renteneinkünfte des Vaters gleichzustellen; sie sind – in dem gesetzlich zulässigen Umfang – zuerst zur Bezahlung der Pflegeheimkosten einzusetzen. Zum anderen scheidet eine volle Kostentragungspflicht der Beklagten auch deswegen aus, weil die Vertragsparteien die Pflege des Vaters auf dem Hof vereinbart hatten; die Beklagte musste somit nur die dadurch anfallenden Kosten tragen. Das hat zur Folge, dass sie zu den Heimkosten nur einen Betrag in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen beizutragen hat. Damit ist gewährleistet, dass sie durch die Heimunterbringung finanziell weder zusätzlich belastet noch ungerechtfertigt, weil auf Kosten der Allgemeinheit, entlastet wird. Dieser Gesichtspunkt ist im Übrigen auch dann zu beachten, wenn man von der Auslegung des Berufungsgerichts ausgeht; sie betrifft nämlich nur die Frage der Übernahme der Heimkosten und besagt nichts über die ersparten Aufwendungen der Beklagten für die Pflege auf dem Hof.

4. Der Umstand, dass der Vater bereits im Jahr 1984 aus seiner Wohnung auf dem Hof ausgezogen ist, ändert nichts an der Verpflichtung der Beklagten. Zumindest für den hier streitigen Zeitraum steht nämlich nach dem vom Landgericht eingeholten Sachverständigengutachten die medizinische Notwendigkeit der Unterbringung des Vaters in einem Pflegeheim fest; die Beklagte konnte ihrer Pflegeverpflichtung auf dem Hof selbst unter Hinzuziehung einer Pflegeperson nicht mehr nachkommen. Deshalb scheidet die Annahme eines Verzichts des Vaters auf Leistungen der Beklagten von vornherein aus.

## III.

Nach alledem kommt es auf die Erwägungen des Berufungsgerichts zu Ansprüchen gegen die Beklagte nach Art. 96 EGBGB in Verbindung mit Art. 15 § 9 PrAGBGB und den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie auf die dagegen gerichteten Revisionsangriffe nicht mehr an. Beide Ansprüche scheiden im Übrigen – auch nach dem vom Berufungsgericht eingeschlagenen Lösungsweg – bereits wegen der vorrangigen vertraglichen Regelung aus.

## IV.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit es ermitteln kann, welche Aufwendungen die Beklagte für die Pflege auf dem Hof in dem hier streitigen Zeitraum dadurch erspart hat, dass ihr Vater in dem Pflegeheim untergebracht war.



### 3. BNotO § 23 (Einseitige Einschränkung der Verwahrungsanweisung nach Kaufpreishinterlegung)

**Gibt eine Bank Darlehensmittel zur Finanzierung eines Grundstückskaufes durch Kaufpreishinterlegung bei einem Notar aus der Hand, kann sie die erbrachte Leistung grundsätzlich nicht durch spätere einseitige Verwahrungsanweisungen einschränken.**

BGH, Urteil vom 25.10.2001 – IX ZR 427/98 –\*

\* Anmerkung der Schriftleitung: Das Urteil ist veröffentlicht in DNotZ 2002, S. 269 (Heft 4).

#### Anmerkung:

1. Die Ausgangssituation des BGH-Urteils gab es (bisher) nicht selten: Erst einige Tage nachdem das Geld auf dem Notaranderkonto eingegangen war, kam der zugehörige Treuhandauftrag der finanzierenden Bank beim Notar an.

In der Praxis war ein solcher kurzfristig nachgeschobener Treuhandauftrag bisher wohl überwiegend als zulässig akzeptiert worden (*Basty*, LM § 23 BNotO Nr. 14) – ebenso wie im vorliegenden Fall vom OLG Dresden als Vorinstanz. Entsprechend der herrschenden Praxis hatte ich deshalb vertreten, dass es genüge, wenn die Bank ihren Treuhandauftrag parallel zur Überweisung des Geldes absendet und wenn er innerhalb der normalen Postlaufzeiten nach der Einzahlung beim Notar ankommt (sofern die Einzahlung nicht ausdrücklich „ohne Auflage“ erfolgte) (*Hertel in Eylmann/Vaasen*, BNotO und BeurkG, 2000, § 54c BeurkG Rdnr. 9 und Fn. 27).

2. Der BGH entschied hingegen jetzt, dass die finanzierende Bank einen (einseitigen) Treuhandauftrag nur bis zur Einzahlung des Geldes erteilen könne – oder sich die spätere Erteilung zumindest ausdrücklich vorbehalten müsse. Die Entscheidung ist dogmatisch konsequent und dient der Rechtssicherheit. Von daher begrüße ich die Entscheidung – auch wenn ich selbst zuvor der herrschenden Praxis folgend etwas anderes vertreten hatte.

3. Der BGH versteht den Treuhandauftrag der finanzierenden Bank grundsätzlich als vorgeschaltetes einseitiges Treuhandverhältnis (BGH, DNotZ 1987, 560, 561 = NJW 1987, 3201; BGH, NJW 1997, 2104 = DNotI-Report 1997, 146). Erst mit Erledigung des Treuhandauftrages der Bank unterliegt das verwahrte Geld der mehrseitigen Verwahrungsanweisung der Kaufvertragsparteien. Es werden also zwei Treuhandverhältnisse zeitlich hintereinander geschaltet. Mit der Erledigung des Treuhandauftrages der Bank muss man (gedanklich, nicht bankmäßig oder buchmäßig) vom Unterkonto „Treuhand Bank“ auf das Unterkonto „Treuhand Kaufvertragsparteien“ umbuchen.

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung leicht verständlich: Denn ist das Geld erst einmal auf die zweite Stufe der mehrseitigen Verwahrung (für die Kaufvertragsparteien) gelangt, so kann es die Bank nicht nachträglich wieder einseitig auf die erste Stufe der (einseitigen) Verwahrung für die Bank zurückholen.

Wenn die Praxis bisher einen innerhalb weniger Tage nach Eingang des Geldes nachgeschobenen Treuhandauftrag der finanzierenden Bank anerkannte, so nur deshalb, weil Treuhandaufträge der Bank so üblich sind, dass man davon ausgehen konnte, ein Treuhandauftrag würde noch nachfolgen – man also unterstellte, dass immer zunächst eine einseitige Verwahrung bestünde, sofern die Bank nicht ausdrücklich ohne Vorbehalte einzahlte oder sich über eine bestimmte Zeit hinweg gar nicht erklärte.

Die BGH-Entscheidung setzt im Interesse der Rechtssicherheit und damit der Kaufvertragsparteien strenge Maßstäbe für die Bank. Vor allem der Verkäufer soll bereits bei Eingang des Geldes wissen, ob er hierdurch eine gesicherte Rechtsposition erhält oder nicht. Auch dem Notar erleichtert der BGH damit die Abwicklung. Einen Schwebezustand oder eine „Sperrfrist“ lehnt der BGH ausdrücklich ab.

Dem BGH war durchaus bewusst, dass die bisherige Praxis eine andere war. Er rügt dies ausdrücklich als „nachlässige Geschäftsführung der Banken“. Die Banken werden daher ihre Praxis umstellen müssen; dies ist ihnen aber zumutbar.

Es genügt, wenn die Bank auf dem Überweisungsträger den Hinweis anbringt „Treuhandauftrag folgt“; dann kann sie den Treuhandauftrag nachreichen. Um allerdings ihre Pflichten gegenüber dem Käufer als ihrem Darlehensnehmer zu erfüllen (was i.d.R. erfordert, dass der Notar bereits mit Geldeingang feststellen kann, ob der Käufer seine Einzahlungspflicht erfüllt hat), wird die Bank den Treuhandauftrag möglichst schon vor der Einzahlung abschicken – oder wenn sie ihn erst gleichzeitig abschickt, den Inhalt dem Notar vorab per Fax zur Kenntnis bringen.

4. Wie sollte der Notar künftig reagieren, wenn die Bank doch noch einen verspäteten Treuhandauftrag übersendet, nachdem das Geld bereits auf Notaranderkonto liegt und ohne dass sie einen Treuhandauftrag angekündigt hätte?

Zunächst muss der Notar der Bank unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung mitteilen, dass er den Auftrag als einseitige Anweisung nicht ohne Einverständnis der Kaufvertragsparteien annehmen kann. Keinesfalls darf er den Treuhandauftrag einfach kommentarlos annehmen wie im BGH-Fall; sonst haftet er der Bank auf Ersatz ihres Vertrauensschadens. (Ein Schaden ist allerdings im Regelfall nur denkbar, soweit die Bank auf den Hinweis des Notars hin die Kaufvertragsparteien noch zu einer Zustimmung zu ihren nachträglichen Treuhandaufträgen bzw. zur Rückzahlung des Geldes hätte bewegen können. Da hierzu keine Feststellungen getroffen waren, verwies der BGH den vorliegenden Fall an die Vorinstanz zurück.)

Persönlich würde ich als Notar auch die Kaufvertragsparteien informieren, indem ich ihnen den Treuhandauftrag der Bank und mein Antwortschreiben an die Bank zur Kenntnis übersende. Denn in vielen Fällen wird der Käufer als Darlehensnehmer gegenüber seiner Bank verpflichtet sein, auch den nachträglichen Treuhandaufträgen zuzustimmen. Und möglicherweise hat der Käufer gegen den Verkäufer ebenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch, dass auch der Verkäufer den nachträglichen Treuhandaufträgen der Bank zustimmt (etwa die Auszahlung von der Sicherstellung der Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechtes abhängig zu machen). Denkbar wäre auch, dass die Kaufvertragsparteien die zusätzlichen Treuhandaufträge der Bank zumindest zum Bestandteil eines neuen dreiseitigen Verwahrungsverhältnisses machen.

Ein Beispiel: Der Kaufvertrag enthält eine Finanzierungsvollmacht. Der Notar hat die Beteiligten bei der Beurkundung des Kaufvertrages belehrt, dass üblicherweise die finanzierende Bank zusätzliche Treuhandaufträge stellt und welche davon mit dem Kaufvertrag vereinbar wären. Die Finanzierungsgrundschuld wird auch unmittelbar nach dem Kaufvertrag bestellt. Jedoch geht der Treuhandauftrag der finanzierenden Bank beim Notar erst einen Tag nach den Kontoauszügen mit der Wertstellung auf dem Notaranderkonto ein – aber noch bevor der Notar dem Verkäufer die Einzahlung mitgeteilt hat.

Hier erschiene es mir zu kurz gegriffen, der Bank barsch zu schreiben, dass sie mit ihrem Treuhandauftrag leider zu spät kommt. Denn die Kaufvertragsparteien haben mit einem

Treuhandauftrag gerechnet; auch hat der Verkäufer noch keine Leistungen im Vertrauen auf die vorbehaltlose Einzahlung erbracht. Empfehlen würde ich daher, zunächst den Treuhandauftrag inhaltlich zu prüfen, ob er bei rechtzeitiger Erteilung annehmbar gewesen wäre. Ist dies der Fall, würde ich dies den Kaufvertragsparteien zusammen mit dem Treuhandauftrag mitteilen und sie um Rückantwort bitten, ob sie ihr Einverständnis zu dem nachträglichen Treuhandauftrag erteilen.

5. Für den Regelfall, dass die Treuhandauflage rechtzeitig, also vor oder spätestens bei der Einzahlung erteilt und damit wirksam ist, stellt der BGH lapidar fest, dass die Einzahlungspflicht des Käufers bei einseitigen Treuhandauflagen der Bank noch nicht erfüllt sei. Denn solange die Bank ihren Treuhandauftrag noch einseitig widerrufen kann (und damit auch einseitig Rückzahlung des Geldes an sich verlangen kann), erlangt der Verkäufer durch die Verwahrung noch keine wirkliche Sicherheit; diese kann ihm vielmehr jederzeit wieder entzogen werden (Entscheidung, unter I. 1.; ebenso bereits BGH NJW 1997, 2104 = WM 1997, 1152, 1154).

Der BGH konnte dies so knapp feststellen, da es hierauf im entschiedenen Fall nicht ankam. Ob die Aussage aber wirklich so pauschal gilt, erscheint mir noch einer Diskussion wert. Denn jedenfalls bisher geht die Praxis davon aus, dass im Regelfall auch eine ausreichende Bindungsfrist der Bank für die Absicherung des Verkäufers genügt, wenn die Treuhandauflagen der Bank während der gesetzten Frist aller Voraussicht nach erledigt werden können (einschließlich einer gewissen Sicherheitsmarge) (vgl. das Formulierungsmuster der Bundesnotarkammer für einen Treuhandauftrag der finanzierenden Bank, DNotZ 1999, 369, 370; *Brambring*, ZfIR 1999, 333, 335; *ders.* in RWS-Forum 13, Immobilienrecht 1998, S. 11, 20 f.; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, § 54a BeurkG Rdnr. 71-73; *ders.* in *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 249). Hält sich die Bank daher für eine ausreichende Frist an ihren Treuhandauftrag gebunden, wäre der Verkäufer auch bei einem einseitigen Treuhandauftrag weitgehend abgesichert. (Im vorliegenden Fall war die Bindungsfrist von ca. 6 Wochen wohl deshalb – von vorneherein erkennbar – zu kurz, weil die Verkäuferin noch nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen war.)

Eine zusätzliche Absicherung für den Verkäufer ist gegeben, wenn man bei einem Widerruf des Treuhandauftrages der finanzierenden Bank eine Rückzahlung an die Bank nur Zug um Zug gegen Rückabwicklung der vom Verkäufer im Vertrauen auf die Einzahlung erbrachten Leistungen zugesteht (da § 54c Abs. 1 BeurkG auch bei einem einseitigen Verwahrungsverhältnis einen Widerruf nur zulässt, soweit dadurch nicht Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten verletzt werden). Diese Lösung wird jedenfalls von einem Teil der Literatur vertreten (*Brambring*, ZfIR 1999, 336; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, § 54c BeurkG Rdnr. 6; ebenso, obwohl vom Standpunkt einer mehrseitigen Anweisung aus, *Reithmann*, DNotZ 2002, 247, 251). An Rechtsprechung gibt es hierzu allerdings bisher nur eine (zustimmende) landgerichtliche Entscheidung (LG Schwerin, DNotI-Report 2001, 110 = NotBZ 2001, 231; zustimmend v. *Campe*, NotBZ 2001, 209). Diese Lösung lässt einen Widerruf der Bank zwar zu, schützt den Verkäufer aber bei der Rückzahlung des Geldes an die Bank.

Außerdem dürfte die Aussage des BGH noch dahingehend zu differenzieren sein, dass es selbstverständlich auf den Inhalt des jeweiligen Kaufvertrages ankommt, ob und welche einseitigen Treuhandauflagen der finanzierenden Bank zulässig sind. Dies dürfte vor allem bei der zitierten Vorentscheidung (BGH NJW 1997, 2104 = WM 1997, 1152) eine Rolle gespielt haben; denn dort war im Vertrag ausdrücklich eine „unwiderrufliche“ Einzahlung verlangt worden (vgl. auch die

Anmerkungen von *Brambring* in RWS-Forum 13, Immobilienrecht 1998, S. 11, 15; *Maaf*, ZNotP 1998, 58; *Tönnies*, MittRhNotK 1998, 172).

Der BGH benennt auch selbst die Schlussfolgerung für die notarielle Praxis: Erfolgt die Einzahlung unter zusätzlichen einseitigen Auflagen, so darf der Notar nicht einfach dem Verkäufer die erfolgte Einzahlung mitteilen. Der Notar muss vielmehr prüfen, ob trotz der Auflagen die Einzahlungspflicht erfüllt und die bezweckte Sicherheit für den Verkäufer gegeben ist. Bei einer falschen Mitteilung droht dem Notar eine Amtshaftung.

6. *Reithmann* (DNotZ 2002, 247; NotBZ 2002, 62) meint, aus der Entscheidung eine Hinwendung zur Theorie einer mehrseitigen Verwahrungsanweisung unter Beteiligung der Bank ablesen zu können, wie sie von ihm und diversen anderen Literaturstimmen und auch in der Rechtsprechung vom Kammergericht vertreten wurde (KG MittRhNotK 1998, 99 = DNotI-Report 1997, 248 m. w. Nachw.; *Reithmann*, WM 1991, 1493, 1497; *ders.*, BWNNotZ 1999, 58; *Schippel/Reithmann*, BNotO, 4. Aufl. 2000, § 23 BNotO Rdnr. 45–49; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2000, § 23 BNotO Rdnr. 16; *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 1998, Rdnr. 32; – ebenso wie der BGH für einseitig halten den Treuhandauftrag der Bank hingegen: OLG Frankfurt WM 1992, 91; *Brambring* DNotZ 1990, 615, 643; *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, § 54c BeurkG Rdnr. 8 m. w. Nachw.; *ders.* in *Lambert-Lang/Tropf/Frenz*, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 238 – allg. zum Meinungsstand vgl. Gutachten DNotI-Report 1997, 1 m. w. Nachw.).

Dies würde ich anders gewichten: Der BGH spricht zwar (erstmal) von der Möglichkeit, dass die Bank in eine mehrseitige Verwahrungsanweisung mit den Kaufvertragsparteien einbezogen wird. Diese Möglichkeit war aber auch bisher nicht bestritten. Entscheidend erscheint mir die Frage, wie ein Treuhandauftrag der Bank zu qualifizieren ist, wenn er spätestens gleichzeitig mit dem Geld beim Notar eingeht und nicht bereits ausdrücklich als einseitiger oder mehrseitiger Treuhandauftrag bezeichnet ist. Hier geht der BGH m.E. weiterhin im Zweifel von einem lediglich einseitigen und damit auch einseitig ohne irgendwelche Gründe widerrufbaren Treuhandauftrag aus.

M.E. ist dies auch die dem Gesetz (§§ 54a ff. BeurkG) zugrunde liegende Vorstellung. Sonst spräche § 54a Abs. 6 BeurkG nicht von Treuhandaufträgen von Dritten, die am Verwahrungsgeschäft „nicht beteiligt“ sind – auch wenn der Gesetzgeber die Frage der Einseitigkeit oder Mehrseitigkeit in der Regierungsbegründung ausdrücklich offen ließ (BT-Drucks. 13/4184, S. 38). Auch das Formulierungsmuster der BNotK für einen Treuhandauftrag der finanzierenden Bank (DNotZ 1999, 369, 370) – und wohl noch deutlicher die Bankenpraxis gehen von einseitig widerruflichen Treuhandaufträgen als Grundfall aus.

Schon um den sichersten Weg zu gehen, wird der Notar daher darauf bestehen, dass die Bank ihren Treuhandauftrag ausdrücklich als (jedenfalls für eine bestimmte Bindungsfrist) unwiderruflich oder als mehrseitig bezeichnet, wenn die Sicherungsinteressen des Verkäufers einen unwiderruflichen Treuhandauftrag verlangen.

7. Auch nach der BGH-Entscheidung offen ist m.E. die Frage, welche Treuhandauflagen die Bank (bei einem typischen Kaufvertrag) denn zulässigerweise stellen darf – sei es als einseitige oder als mehrseitige Auflage. Diese Frage hatte der BGH noch nie zu entscheiden; auch Entscheidungen von Oberlandesgerichten sind mir hierzu keine bekannt. Es ist auch eine Frage der Vertragsgestaltung, inwieweit der Notar dies im Kaufvertrag bereits regeln soll.

Aus dem BGH-Urteil von 1997 (NJW 1997, 2104) lässt sich zumindest entnehmen, dass mangels ausdrücklicher Regelung die Auslegung nach den beiderseitigen Interessen der Kaufvertragsparteien zu erfolgen hat.

Diese Interessen würde ich wie folgt umschreiben: Der Verkäufer wird keiner Regelung zustimmen, die seine durch die Verwahrung bezweckte Absicherung gefährdet. Der Treuhandauftrag der Bank darf daher nichts daran ändern, dass das eingezahlte Geld (nach Erbringung der abzusichernden Leistung des Verkäufers, also z.B. der Besitzübergabe) nur mit Zustimmung des Verkäufers zurückgezahlt werden kann (Sicherungsinteresse des Verkäufers). Außerdem darf die Auszahlung gegenüber den kaufvertraglich festgelegten Auszahlungsvoraussetzungen nicht erschwert werden (Auszahlungsinteresse).

Im Interesse des Käufers liegt es hingegen, alle für die finanzierende Bank erforderlichen Sicherheiten zu stellen, weil er sonst keine Finanzierung findet. Die Bank ihrerseits will einerseits eine dingliche Absicherung ihres Darlehens durch ein Grundpfandrecht vor der Verwendung des eingezahlten Geldes jedenfalls sichergestellt wissen (Sicherungsinteresse der Bank). Andererseits will sie bei ungewisser Kaufvertragsabwicklung ihr Geld nicht zu lange untätig auf dem Notaranderkonto binden (Abwicklungsinteresse). Auch der Verkäufer wird sich, soweit seine eigenen Interessen nicht entgegenstehen, auf „bankübliche“ Absicherungen einlassen, um sein Grundstück verkaufen zu können (*Hertel in Eylmann/Vaasen*, § 54a BeurkG Rdnr. 66).

„Banküblich“ dürften dabei jedenfalls die im Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer (DNotZ 1999, 369, 370) enthaltenen Voraussetzungen sein, da der Vorschlag in Zusammenarbeit mit den im Zentralen Kreditausschuss zusammengeschlossenen Spitzenverbänden der deutschen Kreditwirtschaft erarbeitet wurde. Bei einem normalen Grundstückskaufvertrag dürften daher im Zweifel die in dem Formulierungsvorschlag enthaltenen Treuhandaufgaben zulässig sein, nämlich

- (1) die (näher definierte) „Sicherstellung“ der ranggerechten Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechtes und
- (2) die vollständige Einzahlung des Kaufpreises,
- (3) sofern die Bank sich für eine zur Erledigung dieses Treuhandauftrages ausreichende Bindungsfrist an ihren Treuhandauftrag gebunden hält.

Denn wenn (wie üblich) die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld im Kaufvertrag bereits vorgesehen ist und der Kaufvertrag eine Finanzierungsvollmacht für den Käufer zu deren Bestellung enthält, so stehen Interessen des Verkäufers der Eintragung des Grundpfandrechtes noch vor Eigentumswechsel nicht entgegen. Da Voraussetzung nicht die Eintragung, sondern nur deren Sicherstellung ist, ist diese Auflage typischerweise auch ein bis zwei Wochen nach Kaufvertragschluss bereits erfüllt. Auch bei der Direktzahlung des Kaufpreises zahlt die Bank ja erst aus, nachdem die Eintragung ihres Grundpfandrechtes sichergestellt ist.

Das Hauptrisiko für den Verkäufer liegt in der Widerruflichkeit des Treuhandauftrages der Bank. Hier erachtet der Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer aber gerade keine mehrseitige Verwahrungsanweisung für erforderlich, sondern hält eine befristete Bindung der Bank für genügend. Hintergrund ist, dass gewichtige Interessen der finanzierenden Bank einem unbefristet bindenden Treuhandauftrag entgegenstehen. Denn die Einzahlung auf das Anderkonto sichert zwar ihr eingesetztes Kapital, nicht aber die für das Darlehen vom Käufer bereits geschuldeten Zinsen. Bankrechtlich ist bis zur Absicherung durch das Grundpfandrecht eine höhere Eigenkapitalquote zur Deckung des Kreditrisikos erforderlich.

Aufgrund der eingeschränkten Sicherungsabrede sichert die Grundschuld aber bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung an den Verkäufer die Bank nur, soweit Gelder auf den Kaufpreis gezahlt wurden, also weder Zinsen noch andere Verbindlichkeiten des Käufers.

Eine andere Frage ist, ob die Einzahlungspflicht des Käufers trotz dieser einseitigen Treuhandaufgabe der Bank bereits erfüllt ist. Die vorliegende BGH-Entscheidung spricht eher dagegen; die Entscheidung zeigt gerade, dass sich das Risiko einer zu knapp gesetzten Frist tatsächlich verwirklichen kann. Andererseits: Warum dann überhaupt eine Bindungsfrist? Im Regelfall wird die Frage keine große praktische Bedeutung haben, da die Antragstellung für das Finanzierungsgrundpfandrecht bereits kurz nach Kaufvertragschluss erfolgt. Andererseits kann es dauern, bis alle zur Rangverschaffung erforderlichen Unterlagen vorliegen.

Dies spricht dafür, diese Frage bereits im Kaufvertrag zu regeln: Genügt es für den Besitzübergang (oder die sonst abzusichernde Leistung), dass ein Treuhandauftrag auf Sicherstellung der Eintragung des Finanzierungsgrundpfandrechtes mit mindestens dreimonatiger Bindungsfrist vorliegt? (Sinnvollerweise wird man dann vorab auch mit der Bank abklären, ob diese bereit ist, sich für die aus Sicht des Notars und der Beteiligten erforderliche Mindestfrist zu binden.)

8. Im BNotK-Formulierungsvorschlag nicht enthalten ist eine Übernahme der kaufvertraglichen Auszahlungsvoraussetzungen durch die Bank. Diese erfolgt häufig unter dem Schlagwort einer „Sicherstellung der Eigentumsumschreibung“ (ein unbestimmter Begriff, den der Notar nicht ohne nähere schriftliche Erläuterung im Treuhandauftrag annehmen sollte). Im vorliegenden Fall hatte die Bank in ihrem Treuhandauftrag zumindest die Eintragung der Auflassungsvormerkung verlangt.

Durch die Übernahme der kaufvertraglichen Auszahlungsvoraussetzungen ist das Auszahlungsinteresse des Verkäufers nicht berührt. Schließlich hat der Verkäufer die Auszahlungsvoraussetzungen selbst im Kaufvertrag akzeptiert. Die Gefährdung des Verkäufers liegt darin, dass dadurch der Treuhandauftrag der Bank bis zur Auszahlungsreife widerrufen bliebe. Auch dies kann man mit einer entsprechend langen Bindungsfrist zu lösen versuchen. Aber die Risiken einer die gesetzte Frist übersteigenden Verzögerung liegen hier deutlich höher, etwa wenn das Grundbuchamt langsam arbeitet oder wenn erforderliche Genehmigungen erst Monate oder gar Jahre später erteilt werden, was insbesondere für die Anderkontenabwicklung im Beitrittsgebiet Probleme bereitet (daher etwa das deutliche Plädoyer für eine mehrseitige Verwahrungsanweisung von *Karłowski*, NotBZ 2002, 133).

Hier kann in der Tat ein „Beitritt“ der finanzierenden Bank zur kaufvertraglichen Verwahrungsanweisung (*Reithmann*, DNotZ 2002, 247) die sicherere Lösung sein – oder eine insofern unbefristete Bindung der Bank (*Hertel in Eylmann/Vaasen*, § 54a BeurkG Rdnr. 71). Bei einem bloßen Beitritt bedarf es im Regelfall wohl keiner gesonderten Zustimmung der Kaufvertragsparteien. Zwar können die Kaufvertragsparteien nach dem Beitritt die Auszahlungsvoraussetzungen nicht mehr ohne Zustimmung der Bank abändern (jedenfalls nicht erleichtern); aber nachdem es nicht unüblich ist, dass die Bank eine Beachtung der kaufvertraglichen Auszahlungsvoraussetzungen auch zu ihrer eigenen Absicherung verlangt, dürfte die kaufvertragliche Verwahrungsanweisung bei geplanter Fremdfinanzierung des Kaufs von vornherein offen für einen Beitritt des Finanzierungsgläubigers sein. Zusätzliche Auszahlungsvoraussetzungen kann die Bank hingegen auch bei einem „Beitritt“ nur mit Zustimmung der Kaufvertragsparteien verlangen.

9. Im Ergebnis würde ich damit unterscheiden zwischen einer Treuhandaufgabe der finanzierenden Bank auf „Sicherstellung“ der Grundschuldentrugung einerseits und der Übernahme der kaufvertraglichen Auszahlungsvoraussetzungen durch die Bank andererseits. Erstere wird häufig auch als einseitige Treuhandaufgabe der Erfüllung der kaufvertraglichen Einzahlungsverpflichtung nicht entgegenstehen. Bei letzterer wird hingegen in vielen Fällen eine unbefristet bindende Treuhandaufgabe oder ein „Beitritt“ zur kaufvertraglichen Verwahrungsanweisung erforderlich sein – oder doch jedenfalls eine sehr lange Bindungsfrist, um mögliche Verzögerungen des Vollzugs abfangen zu können.

Notar a. D. *Christian Hertel*, LL.M.  
(George Washington Universität), Würzburg

4. WEG § 25 Abs. 2 Satz 1; BGB § 1066 (*Stimmrecht des Wohnungseigentümers bei Nießbrauchsbelastung*)

- a) **Die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Nießbrauch lässt das Stimmrecht des Wohnungseigentümers (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG) unberührt. Das Stimmrecht geht auch hinsichtlich einzelner Beschlussgegenstände nicht auf den Nießbraucher über. Ferner muss der Wohnungseigentümer sein Stimmrecht weder allgemein noch in einzelnen Angelegenheiten gemeinsam mit dem Nießbraucher ausüben.**
- b) **Aus dem zwischen ihnen bestehenden (Begleit-)Schuldverhältnis kann der Wohnungseigentümer jedoch im Einzelfall gegenüber dem Nießbraucher verpflichtet sein, bei der Stimmabgabe dessen Interessen zu berücksichtigen, nach dessen Weisung zu handeln oder ihm eine Stimmrechtsvollmacht zu erteilen. Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so ist für das Entstehen und den Umfang einer solchen Verpflichtung insbesondere die Regelung zur Tragung der Kosten des nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentums maßgeblich. Durch eine solche Verpflichtung wird die Gültigkeit der Beschlussfassung jedoch nicht berührt.**

BGH, Beschluss vom 7.3.2002 – V ZB 24/01 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind bzw. waren bei Einleitung des vorliegenden Verfahrens Wohnungseigentümer einer aus sieben Wohnungen bestehenden Wohnanlage in E., die von dem Beteiligten zu 6 verwaltet wird. Eine der Wohnungen und drei Garagen stehen im Eigentum des Antragstellers, jeweils zwei weitere im Eigentum der Beteiligten zu 2 und zu 3. Das Wohnungseigentum der Beteiligten zu 2 und zu 3 ist mit einem Nießbrauch zugunsten des Antragstellers, ihres Großvaters, belastet.

In Abwesenheit des Antragstellers fand am 13.3.2000 in E. eine Eigentümerversammlung der Gemeinschaft statt, bei der 687/1000-Miteigentumsanteile vertreten waren. Zu Tagesordnungspunkt 2 wurde der zuvor durch gerichtlichen Beschluss zum Verwalter bestellte Beteiligte zu 6 „einstimmig“ in sein Amt gewählt, ferner zu Tagesordnungspunkt 3 ebenfalls „einstimmig“ der Wirtschaftsplan für das Jahr 2000 beschlossen.

Der Antragsteller hat beim Amtsgericht beantragt, die in der Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse für ungültig zu erklären. Er habe die Einladung zu der Eigentümerversammlung erst am 8.3.2000 und damit verspätet erhalten. Auch sei der Versammlungsort nicht in der Nähe der Wohnungseigentumsanlage gelegen. Bei den Abstimmungen seien überdies unzulässigerweise die Stimmen der Beteilig-

ten zu 2 und 3 mitgezählt worden; denn deren Stimmrecht habe ihm allein als Nießbraucher zugestanden. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen, die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Die sofortige weitere Beschwerde des Antragstellers möchte das Oberlandesgericht Hamm zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidungen des Kammergerichts in Berlin vom 1.4.1987 (OLGZ 1987, 417) und des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 10.9.1987 (NJW-RR 1988, 267) gehindert und hat deshalb die Sache mit Beschluss vom 19.6.2001 (NZM 2001, 1086 = ZMR 2001, 1004 = ZWE 2001, 560 = RNotZ 2001, 450 = OLGR Hamm 2001, 375 = DWE 2001, 154) dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

II. (...)

III. Die sofortige weitere Beschwerde (Rechtsbeschwerde) ist zulässig (§§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG, §§ 27, 29 FGG), jedoch nicht begründet.

1. (...)

2. Das Beschwerdegericht hat allerdings, worauf das vorlegende Gericht zutreffend hinweist, zu Unrecht die Antragsbefugnis des Antragstellers verneint. Hierbei kommt es nicht auf die strittige Frage an, ob einem Nießbraucher ein Recht zur Anfechtung von Beschlüssen der Wohnungseigentümerversammlung zustehen kann (vgl. dazu *Staudinger/Wenzel*, BGB, 12. Aufl., § 43 WEG Rdnr. 15; *Suilmann*, Das Beschlussmängelverfahren im Wohnungseigentumsrecht, 1998, S. 151 ff). Ungeachtet seiner Rechtsstellung als Nießbraucher ist der Antragsteller nämlich bereits wegen seines eigenen Wohnungs- und Teileigentums nach § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG antragsbefugt.

3. In der Sache selbst bleibt das Rechtsmittel jedoch ohne Erfolg. Die angefochtenen Beschlüsse der Wohnungseigentümer leiden weder unter formellen noch unter materiellen Mängeln. Insbesondere war die Eigentümerversammlung vom 13.3.2000 gemäß § 25 Abs. 3 WEG beschlussfähig, weil drei von fünf stimmberechtigten Wohnungseigentümern erschienen waren, die zusammen 687/1000 Miteigentumsanteile vertraten. Entgegen der Ansicht des Antragstellers scheidet die Beschlussfähigkeit nicht an einem fehlenden Stimmrecht der Beteiligten zu 2 und 3, auf die zusammen 508/1000 Miteigentumsanteile entfallen. Dass deren Wohnungseigentum jeweils mit einem Nießbrauch zugunsten des Antragstellers belastet ist, ändert nichts daran, dass sie und nicht der Nießbraucher in der Eigentümerversammlung stimmberechtigt waren.

a) In Rechtsprechung und Literatur werden zu der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang bei Belastung von Wohnungseigentum mit einem Nießbrauch das Stimmrecht von dem Wohnungseigentümer auf den Nießbraucher übergeht, unterschiedliche Auffassungen vertreten.

aa) Nach Ansicht des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts Hamburg steht dem Nießbraucher am Wohnungseigentum im Hinblick auf § 1066 BGB das alleinige Stimmrecht in den Angelegenheiten zu, die sich auf den Gebrauch, die Nutzung und die Verwaltung des nießbrauchsbelasteten Eigentums (§§ 15, 16, 21 WEG) beziehen (KG, OLGZ 1987, 417; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 267), während es im Übrigen beim Stimmrecht des Wohnungseigentümers verbleibt. Ungeachtet der Besonderheiten des Wohnungseigentums muss diese Auffassung konsequenterweise berücksichtigen, dass bereits § 1066 BGB nicht zu einer Erweiterung der allgemeinen Befugnisse des Nießbrauchers gemäß §§ 1036 ff. BGB führt. So ist auch beim Nießbrauch an einem Miteigentumsanteil die Bestimmung des § 1037 BGB zu beachten, weshalb eine Umgestaltung der Sache weiterhin der Zustim-

mung des belasteten Miteigentümers bedarf (BGH, Urteil vom 20.12.1982, II ZR 13/82, NJW 1983, 932). Ein vollständiger Stimmrechtsübergang auf den Nießbraucher wird daher lediglich vereinzelt vertreten (wohl nur *Jansen*, Der Nießbrauch in Zivil- und Steuerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 52), während eine Aufspaltung des Stimmrechts zwischen Wohnungseigentümer und Nießbraucher weitere Befürworter in Teilen der Rechtsprechung (LG München II, NJW-RR 1994, 1497; LG Ingolstadt, MittBayNot 1996, 440) und in Teilen der Literatur (*Staudinger/Frank*, BGB [1994], § 1066 Rdnr. 4; vgl. auch *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5 Rdnrn. 139 ff.) findet.

bb) Ein aufgespaltenes Stimmrecht wird ferner in modifizierter Form vertreten. So soll in Angelegenheiten, die über die ordnungsgemäße Verwaltung hinausgehen, etwa bei baulichen Veränderungen oder besonderen Aufwendungen im Sinne von § 22 Abs. 1 WEG, allein der Wohnungseigentümer stimmberechtigt sein, während in Fragen des Gebrauchs des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 15 WEG sowie in Fragen der Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums im Sinne von § 16 Abs. 1 WEG allein dem Nießbraucher das Recht zur Stimmabgabe zustehen soll. Soweit aber der Wohnungseigentümer bei Fragen der ordnungsgemäßen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den anderen Wohnungseigentümern zur Tragung der Lasten und Kosten verpflichtet ist, sollen Wohnungseigentümer und Nießbraucher das Stimmrecht analog § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG nur gemeinschaftlich ausüben können (*Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 8. Aufl., § 25 Rdnr. 13; *Becker*, Die Teilnahme an der Versammlung der Wohnungseigentümer, 1996, S. 175 f.; *Bornheimer*, Das Stimmrecht im Wohnungsrecht, 1993, S. 164 f.).

cc) Nach anderer Auffassung sind Wohnungseigentümer und Nießbraucher verpflichtet, entweder in sämtlichen Angelegenheiten (*Weitnauer/Lüke*, WEG, 8. Aufl., § 25 Rdnr. 11; *Weitnauer*, WE 1987, 131, 132; *Schöner*, DNotZ 1975, 78, 85 f.) oder jedenfalls in allen Fragen des Gebrauchs und der Nutzung (*Lüke*, PiG 56 [1999], 169, 178) ihr Stimmrecht entsprechend § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG nur gemeinsam und einheitlich auszuüben.

dd) Die wohl überwiegende Ansicht hält dagegen – wie das vorliegende Gericht – allein den nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentümer für stimmberechtigt (BayObLGZ 1998, 145; *Staudinger/Bub*, BGB, 12. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 129 ff.; MünchKomm-BGB/Röll, 3. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 22; *Soergel/Stürner*, BGB, 12. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 7; *Palandt/Bassenge*, BGB, 61. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 4; *Niedenführ/Schulze*, WEG, 5. Aufl., § 25 Rdnr. 6; *Sauren*, WEG, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 9; *Lotz-Störner*, Stimmrechtsausübung und Stimmrechtsbeschränkung im Wohnungsrecht, 1993, S. 61 ff.; *Belz*, Handbuch des Wohnungsrechts, 3. Aufl., 1996, Rdnr. 210; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Aufl., 1999, Rdnr. 379; *Langemann/Drasdo*, Die Eigentümerversammlung nach WEG, 2. Aufl., Rdnr. 104; *Bader*, PiG 25 [1987], 67, 72; *Riecke*, DWE 1991, 58, 59; *ders.*, MDR 1999, 153; *F. Schmidt*, Festschrift für Seuß, 1997, S. 265, 273 ff.; *Armbrüster*, DNotZ 1999, 562, 576 ff.; *Röll*, WE 1999, 75; ebenso für die Antragsbefugnis nach § 43 Abs. 4 Nr. 2 WEG: *Staudinger/Wenzel*, a.a.O., § 43 WEG Rdnr. 15).

b) Der *Senat* tritt der letztgenannten Auffassung bei. Die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Nießbrauch lässt das Stimmrecht des Wohnungseigentümers (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG) unberührt; er allein bleibt zur Mitwirkung an der Selbstverwaltung, die insbesondere durch Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung geschieht, befugt.

aa) Die Belastung des Wohnungseigentums mit einem Nießbrauch ist zulässig. Dabei handelt es sich – im Unterschied zum Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil (vgl. BGHZ 58, 316) – nicht um einen Nießbrauch an einem Recht (§ 1068 Abs. 1 BGB). Da das Wohnungseigentum als besonders ausgestaltetes Miteigentum nach Bruchteilen angelegt ist (*Senat*, BGHZ 108, 156, 160) und auch ein ideeller Bruchteil einer Sache Belastungsgegenstand im Sinne des § 1030 BGB sein kann (vgl. § 1066 BGB), gelten die Vorschriften für den Nießbrauch an Sachen (*Schöner*, DNotZ 1975, 78, 80; *Lüke*, a.a.O., 171; *Armbrüster*, DNotZ 1999, 562, 563). Der auf Wohnungseigentum lastende Nießbrauch umfasst durch den Miteigentumsanteil nach § 6 Abs. 2 WEG auch das mit ihm verbundene Sondereigentum (vgl. *Lüke*, a.a.O.). Eine Anwendung von § 1066 Abs. 1 BGB, der bei Belastung eines Miteigentumsanteils den Nießbraucher zur Ausübung von Rechten befugt, die im Verhältnis zu den Miteigentümern dem nießbrauchsbelasteten Eigentümer zustehen, liegt danach zwar nahe, scheidet aber – ebenso wie die Heranziehung der Vorschrift über die Verweisung auf das Recht der Bruchteilsgemeinschaft nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WEG (a.A. *Bornheimer*, a.a.O., S. 152) – an den Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechts.

bb) Eine unmittelbare Anwendung des § 1066 BGB ist ausgeschlossen, weil diese Vorschrift eine Regelung nur für das „einfache“ Miteigentum nach §§ 1008 ff., 741 ff. BGB enthält (vgl. *F. Schmidt*, a.a.O., S. 269; *Lüke*, a.a.O., 173). Eine entsprechende Anwendung des § 1066 BGB scheidet wegen insoweit fehlender Vergleichbarkeit mit dem Wohnungseigentum als besonders gestaltetem Miteigentum aus. Die Bruchteilsgemeinschaft ist kein organisierter Verband (vgl. MünchKomm-BGB/K. *Schmidt*, a.a.O., § 741 Rdnr. 3). Sie entsteht zufällig und ist nicht auf Fortbestand gerichtet. Die Befugnis, die Aufhebung der Gemeinschaft jederzeit verlangen zu können, ist der wichtigste Inhalt des Rechts des Miteigentümers (*Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 11 Rdnr. 2), an das § 1066 Abs. 2 BGB anknüpft und die Aufhebung lediglich von einem gemeinschaftlichen Verlangen von Miteigentümer und Nießbraucher abhängig macht, nicht aber ausschließt. Dagegen ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer planvoll geschaffen (§§ 3, 8 WEG), im Innenverhältnis unter Einschluss der Wirtschaftsführung organisiert (§§ 20 ff., 28 WEG) und – um dem einzelnen Wohnungseigentümer eine gesicherte Rechtsstellung zu vermitteln – gemäß § 11 Abs. 1 WEG unauflöslich (vgl. *Armbrüster*, DNotZ 1999, 562, 570). Insbesondere aber betont das Wohnungseigentumsgesetz im Unterschied zu den Regelungen für die schlichte, nicht auf Dauer angelegte Bruchteilsgemeinschaft die Gemeinschaftsbezogenheit. Rechte und Pflichten der Teilhaber der Wohnungseigentümergeinschaft haben daher im Vergleich zu den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gemeinschaft eine viel stärker detaillierte Regelung erfahren (*Senat*, BGHZ 106, 222, 226). Aus der damit begründeten personenrechtlichen Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer folgt deren Stimmrecht als Mitverwaltungsrecht im Sinne des § 20 Abs. 1 WEG. Dieses Stimmrecht kann weder allgemein ausgeschlossen (*Senat*, BGHZ 99, 90, 94 f.; 106, 113, 119) noch abgespalten werden. Dementsprechend sehen § 25 Abs. 2 WEG ein Stimmrecht und § 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG eine Antragsbefugnis jeweils nur für den Wohnungseigentümer vor. Die durch das Sachenrecht insbesondere mit dem Nießbrauch eröffnete Abspaltung von Nutzungsrechten (vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 36) stößt hier an eine Grenze.

cc) Da die dinglichen Rechte der Nießbraucher an Wohnungseigentum hiermit nicht entscheidend geschwächt werden, kommt mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte eine

analoge Anwendung des § 1066 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht in Betracht (vgl. BGHZ 105, 140, 143).

(1) Im Fall des Bruchteils Eigentums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erhält der Nießbraucher durch § 1066 Abs. 1 BGB die Befugnis, anstelle des belasteten Miteigentümers die Rechte auf Verwaltung und Benutzung der Sache nach §§ 743 bis 745 BGB auszuüben (vgl. *Staudinger/Frank*, a.a.O., § 1066 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Petzold*, a.a.O., § 1066 Rdnr. 3). Da kollektive Verwaltungsentscheidungen der Miteigentümer die Voraussetzungen der individuellen Nutzung schaffen (vgl. MünchKomm-BGB/*K. Schmidt*, a.a.O., §§ 744, 745 Rdnr. 4), stellt das Gesetz auf diese Weise sicher, dass das Nutzungsrecht des Nießbrauchers (§ 1030 Abs. 1 BGB) auch innerhalb einer Bruchteilsgemeinschaft Beachtung findet. Eines derart umfassenden Schutzes bedarf es im Falle eines Nießbrauchs an Wohnungseigentum jedoch nicht. Hier lastet das Recht des Nießbrauchers nämlich nicht nur auf einem Miteigentumsanteil, sondern auch auf dem Sondereigentum des Wohnungseigentümers (§ 6 Abs. 2 WEG). Letzteres steht, ungeachtet der rechtlichen Konstruktion des Wohnungseigentums, jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht im Vordergrund (vgl. *Senat*, BGHZ 49, 250, 251; 50, 56, 60). Die Nutzung des Sondereigentums ist jedoch durch § 13 Abs. 1 WEG der Einwirkung durch die Miteigentümer weitgehend entzogen, insbesondere kann jeder Wohnungseigentümer sein Sondereigentum bewohnen, vermieten, verpachten oder in sonstiger Weise nutzen. All diese Nutzungen und damit den wesentlichen wirtschaftlichen Gehalt der Nutzung des Wohnungseigentums kann der Wohnungseigentümer dem Nießbraucher praktisch ungeschmälert von den Verwaltungsrechten der anderen Wohnungseigentümer zukommen lassen. Darin liegt der maßgebliche Unterschied zum schlichten Bruchteils Eigentum, bei dem jede Regelung der Nutzungsart der Disposition der Eigentümermehrheit nach § 745 Abs. 1 BGB unterliegt (BGH, Urteil vom 14.11.1994, II ZR 209/93, NJW-RR 1995, 267), mithin auch die Entscheidung über eine Vermietung und Verpachtung (vgl. BGHZ 56, 47, 50).

(2) Der *Senat* verkennt nicht, dass – wenn auch erst in zweiter Linie – Beschlüsse der Eigentümerversammlung das Nutzungsinteresse des Nießbrauchers ebenfalls berühren können. Solches mag etwa bei den in §§ 15, 16, 21 WEG oder auch in § 28 WEG genannten Gegenständen der Beschlussfassung in Betracht kommen, rechtfertigt aber kein Abweichen von dem geschilderten Grundsatz, dass das Stimmrecht des Wohnungseigentümers nicht abgespalten werden kann. Trotz des uneingeschränkten Verbleibs des Stimmrechts beim Wohnungseigentümer bleiben nämlich die berechtigten Interessen des Nießbrauchers durch die Pflichten aus dem zwischen beiden bestehenden (Begleit-) Schuldverhältnis gewahrt. So kann der Wohnungseigentümer im Einzelfall gegenüber dem Nießbraucher verpflichtet sein, bei der Stimmabgabe dessen Interessen zu berücksichtigen, nach dessen Weisung zu handeln oder ihm sogar eine Stimmrechtsvollmacht zu erteilen (vgl. *Schöner*, DNotZ 1975, 78, 84; *F. Schmidt*, a.a.O., S. 280). Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so ist für das Entstehen und den Umfang einer solchen Verpflichtung insbesondere die Regelung der Kosten des nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentums maßgeblich. So kommt etwa eine Verpflichtung des Wohnungseigentümers zur Vollmachterteilung in Betracht, wenn der Nießbraucher – wie beim „Bruttonießbrauch“ (vgl. *F. Schmidt*, a.a.O., S. 268) – sämtliche Lasten und Kosten des Wohnungseigentums, namentlich in Abweichung von § 1041 Satz 2 BGB auch alle Herstellungskosten zu tragen hat (vgl. *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 25 WEG Rdnr. 132; *F. Schmidt*, a.a.O., S. 280). Diese Lösung ermöglicht es einerseits, die Mitwirkung des Nießbrauchers bei der

Beschlussfassung auf die seine Interessen betreffenden Angelegenheiten zu beschränken, ohne andererseits den Ablauf der Eigentümerversammlung und insbesondere die Gültigkeit der Beschlussfassung mit Unsicherheiten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Nießbraucher und Wohnungseigentümer zu belasten. Eine etwaige Verpflichtung des Wohnungseigentümers betrifft nur das Innenverhältnis zwischen ihm und Nießbraucher, steht also der Wirksamkeit der Stimmabgabe durch den Wohnungseigentümer nicht entgegen. Dem Anliegen, das Stimmrecht im Interesse der Funktionsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft an formale Kriterien zu binden (vgl. *Senat*, BGHZ 106, 113, 119 f), wird Rechnung getragen, indem Zweifel über den Umfang der Beteiligung des Nießbrauchers in das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem beschwerten Wohnungseigentümer verwiesen werden.

dd) Gegen ein Stimmrecht des Nießbrauchers spricht ferner, dass im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums gemäß § 16 Abs. 2 WEG nicht ihn, sondern allein den beschwerten Wohnungseigentümer treffen (vgl. BayObLGZ a.a.O., 149; *Staudinger/Bub*, a.a.O., § 25 WEG, Rdnr. 129; *F. Schmidt*, a.a.O., S. 274; *Röll*, WE 1999, 75; auch *Senat*, Urteil vom 29.9.1978, V ZR 128/76, LM § 16 WEG Nr. 2 für den Dauer-nutzungsberechtigten). Für den Nießbraucher kann sich allenfalls aufgrund des gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Eigentümer eine Verpflichtung zur Kostentragung ergeben (§§ 1041, 1045, 1047 BGB). Würde dem Nießbraucher das Stimmrecht zustehen, so müsste der Wohnungseigentümer – vergleichbar der Situation bei einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter – auch für das haften, was der Nießbraucher an seiner Stelle beschlossen hätte (*Sauren*, a.a.O., § 25 Rdnr. 9; *F. Schmidt*, a.a.O., S. 274). Abgesehen davon, dass den Wohnungseigentümer das Risiko der Realisierbarkeit seiner etwaigen Ansprüche aus dem Schuldverhältnis mit dem Nießbraucher trifft, blieben er und seine Rechtsnachfolger an die unter Mitwirkung des Nießbrauchers zustande gekommenen Eigentümerbeschlüsse auch nach Beendigung des Nießbrauchs gebunden (vgl. *Becker*, a.a.O., S. 175) und könnten insbesondere wegen des Erlöschens des Rechts gemäß § 1061 BGB mit dem Tod des Nießbrauchers noch nicht einmal dessen Erben für künftige Kosten in Anspruch nehmen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, auch in den von § 1066 Abs. 1 BGB geregelten Fällen sei allein der beschwerte Miteigentümer gegenüber den anderen Miteigentümern mit den Kosten der ohne ihn beschlossenen Verwaltung und Benutzung nach § 748 BGB belastet. Zwar trifft dies zu (vgl. *Staudinger/Frank*, a.a.O., § 1066 Rdnr. 6; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 1066 Rdnr. 2), ist aber als Konsequenz der durch § 1066 Abs. 1 BGB begründeten Ausübungsbefugnis nur dann hinnehmbar, wenn der Nießbraucher der Rechte des beschwerten Miteigentümers zur Wahrung seiner eigenen dinglichen Rechtsposition bedarf. Ein solch weitreichender Schutz ist jedoch – wie ausgeführt – für den Nießbraucher am Wohnungseigentum nicht erforderlich.

ee) Hinzu kommt, dass ein nach Beschlusssthemen zwischen Nießbraucher und Wohnungseigentümer aufgespaltenes Stimmrecht vom Wohnungseigentumsgesetz nicht vorgesehen ist. Das Gesetz geht, wie insbesondere § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG zeigt, davon aus, dass das Stimmrecht allein beim Wohnungseigentümer liegt. Zudem könnte, weil eine entsprechende Anwendung des § 1066 Abs. 1 BGB ausscheidet, eine Aufspaltung des Stimmrechts allenfalls danach erfolgen, ob Beschlussgegenstand eine Angelegenheit ist, die den Nießbraucher oder trotz des Nießbrauchs weiterhin den Wohnungseigentümer betrifft. Die damit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten lassen sich jedoch nicht mit der – be-

reits erwähnten – Notwendigkeit vereinbaren, das Stimmrecht von klaren Voraussetzungen abhängig zu machen (vgl. BayObLGZ a.a.O., 150).

(1) Der Gegenstand der Beschlussfassung wird den Wohnungseigentümer regelmäßig schon deshalb betreffen, weil er die hierdurch verursachten Kosten nach § 16 Abs. 2 WEG zu tragen hat. Diese Folge kann aber selbst für den Fall einer Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 2 WEG nicht schlechthin ausgeschlossen werden. Insbesondere ist es üblich geworden, bestimmte Kosten des gemeinschaftlichen Gebrauchs (etwa für die Reinigung des Treppenhauses oder das Schneeräumen) im Rahmen einer Hausordnung zu regeln (vgl. *Weitmauer/Hauger*, a.a.O., § 16 Rdnr. 17). Die in § 16 Abs. 2 WEG angelegten Abgrenzungsprobleme lassen sich nicht dadurch ausräumen, dass darauf abgestellt wird, ob der Nießbraucher die jeweiligen Kosten im Innenverhältnis zu tragen hat. Da die Verteilung der Lasten und Kosten mit völlig unterschiedlichem Inhalt vereinbart sein kann, ergeben sich dann neue Probleme: So dürfte ein Nießbraucher, wenn keine von § 1041 Satz 2 BGB abweichende Regelung vereinbart ist, an der Beschlussfassung nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG über eine modernisierende Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums nicht beteiligt werden, weil er nur die Kosten von Ausbesserungen und Wiederherstellungen zu tragen hat, die in kurzen zeitlichen Abständen regelmäßig wiederkehren (vgl. *Staudinger/Frank*, a.a.O., § 1041 Rdnr. 5; *Soergel/Stürner*, a.a.O., § 1041 Rdnr. 3). Ist dagegen – in zulässiger Weise (vgl. *Staudinger/Frank*, a.a.O., § 1041 Rdnr. 8) – vereinbart worden, dass den Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen treffen, so müsste sein Stimmrecht das des Wohnungseigentümers verdrängen. Nach denselben Regeln wäre auch bei der Verteilung des Stimmrechts aus Anlass der Beschlussfassung über Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung (§ 21 Abs. 5 Nr. 4, § 28 Abs. 1 Nr. 3 WEG) zu differenzieren (BayObLGZ a.a.O., 149). Klarheit über das Stimmrecht könnte in solchen Fällen regelmäßig erst durch Einsichtnahme in die Grundakten erreicht werden. Wie die Verteilung der Lasten und Kosten zwischen Nießbraucher und beschwertem Wohnungseigentümer geregelt ist, ergibt sich nämlich im Allgemeinen nicht aus der Grundbucheintragung selbst, sondern erst über die dort nach § 874 BGB in Bezug genommene Eintragungsbewilligung (vgl. BayObLGZ a.a.O., 149 f.).

(2) Neben diesen inhaltlichen Abgrenzungsschwierigkeiten stehen einer Aufspaltung des Stimmrechts weitere formale Probleme mit erheblichen praktischen Konsequenzen entgegen. Ist der Nießbraucher – ggf. auch nur teilweise oder gemeinsam mit dem Eigentümer – stimmberechtigt, müsste der Verwalter stets sowohl ihn als auch den beschwerten Eigentümer zu den Wohnungseigentümersammlungen laden (vgl. KG, OLGZ 1987, 417, 423). Dies führt zunächst zu einer Erhöhung der Zahl der Teilnehmer an der Wohnungseigentümersammlung und einer gesteigerten Gefahr von Ladungsfehlern (*Armbrüster*, DNotZ 1999, 562, 575 f.). Zudem sind Störungen beim Ablauf der Eigentümersammlung zu befürchten, wenn zwischen Nießbraucher und Eigentümer Uneinigkeit über die jeweilige Befugnis zur Ausübung des Stimmrechts herrscht. Vor allem aber ist dem Verwalter oft die Bestellung eines Nießbrauchs nicht bekannt, so dass er vor jeder Einberufung einer Wohnungseigentümersammlung – vorsorglich – Einsicht in das Grundbuch nehmen müsste, um Fehler bei der Ladung der Teilnahmeberechtigten zu vermeiden (Röll, WE 1999, 75; *F. Schmidt*, a.a.O., S. 276). Wird der Verteilung der Kosten und Lasten im Innenverhältnis Bedeutung für das Stimmrecht beigelegt, so hätte der Verwalter überdies die Grundakten heranzuziehen, um sich Kenntnis

von einschlägigen Vereinbarungen zwischen Nießbraucher und Eigentümer zu verschaffen.

ff) Soweit zur Vermeidung der aufgezeigten Abgrenzungsprobleme eine gemeinsame und einheitliche Ausübung des Stimmrechts durch Nießbraucher und Eigentümer entweder in allen oder auch nur in Angelegenheiten des Gebrauchs und der Nutzung analog § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG befürwortet wird, hält der *Senat* das ebenfalls nicht für überzeugend. Soll verhindert werden, dass der Nießbraucher durch ein gemeinsames Stimmrecht über Angelegenheiten mitbestimmt, die ihn in keiner Weise betreffen (vgl. *Röll*, WE 1999, 75), stellen sich die bereits dargelegten Abgrenzungsschwierigkeiten erneut ein. Überdies scheidet eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 WEG an der fehlenden Vergleichbarkeit des dort geregelten mit dem hier zu entscheidenden Tatbestand. Der Vorschrift liegt nämlich der Gedanke zugrunde, dass bei mitberechtigten Eigentümern an einem Wohnungseigentum eine übereinstimmende Interessenlage besteht und deshalb eine einheitliche Stimmausübung sachgerecht ist (vgl. *Senat*, BGHZ 106, 113, 120). Ein vergleichbares gemeinsames Interesse haben Nießbraucher und Wohnungseigentümer jedoch regelmäßig nicht (BayObLGZ a.a.O., 150 f.; *Lotz-Störmer*, a.a.O., S. 65). In ihrem Verhältnis ist vielmehr vor allem ausschlaggebend, dass aufgrund des Nießbrauchs nur einer von ihnen die Nutzungen aus dem Wohnungseigentum ziehen darf und die damit verbundenen Lasten und Kosten, die der Wohnungseigentümer gegenüber der Gemeinschaft trägt, im Innenverhältnis nach den getroffenen Vereinbarungen und den gesetzlichen Vorschriften unter ihnen aufzuteilen sind. Diese gegenläufigen Belange stehen der Verfolgung eines gemeinschaftlichen Interesses gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft entgegen.

c) Allerdings hat der *Senat* zum Wohnungsrecht, das gemäß § 1093 BGB an Wohnungseigentum bestellt worden ist, entschieden, dass die Ausübung des Stimmrechts dem Wohnungsberechtigten – und nicht dem Wohnungseigentümer – zustehe, soweit die Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft die Benutzung der vom Wohnungsrecht erfassten Räume und die Mitbenutzung der zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen berühre (*Senat*, Urteil vom 26.11.1976, V ZR 258/74, LM § 1093 BGB Nr. 8). Es kann offen bleiben, ob daran festzuhalten ist. Jedenfalls sind die Grundsätze dieser Entscheidung nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, weil das mitgliedschaftsrechtliche Element des Wohnungseigentums einen allgemeinen Ausschluss des Wohnungseigentümers vom Stimmrecht als einem Mitverwaltungsrecht im Sinne des § 20 Abs. 1 WEG verbietet (*Senat*, BGHZ 99, 90, 94; 106, 113, 119).

4. Das Verfahren der Beschlussfassung leidet auch im Übrigen nicht an Mängeln.

a) Die erforderliche Stimmenmehrheit ist gegeben, nachdem alle erschienenen Wohnungseigentümer für die der Beschlussfassung zugrundeliegenden Anträge gestimmt haben.

b) Entgegen der Ansicht des Antragstellers stellt es keinen Mangel des Beschlussverfahrens dar, dass der Versammlungsort nicht in dem Stadtteil von E. gelegen ist, in dem sich die Wohnanlage befindet. Damit allen Wohnungseigentümern die Teilnahme ermöglicht und nicht erschwert wird, muss der Ort der Eigentümersammlung, wie bereits das Amtsgericht und das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt haben, Verkehrsmäßig zu erreichen und den Wohnungseigentümern zumutbar sein (*Staudinger/Bub*, a.a.O., § 24 WEG Rdnr. 45 m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, dass im vorliegenden Fall die Auswahl des Versammlungsortes diesen Grundsätzen nicht

genügt, sind vom Antragsteller weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

c) Fehler bei der Einberufung der Versammlung sind ebenfalls nicht unterlaufen. Ohne Erfolg macht der Antragsteller einen Verstoß gegen die Einberufungsfrist aus § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG geltend. Da es sich hierbei nur um eine Sollvorschrift handelt, kann die Missachtung der einwöchigen Frist allein noch nicht zur Ungültigkeit des Beschlusses führen (*Staudinger/Bub*, a.a.O., § 24 WEG Rdnr. 160; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 23 Rdnr. 149). Vielmehr haben sowohl das Amtsgericht als auch das vorlegende Gericht zu Recht ausgeführt, dass dieser formelle Mangel nur dann beachtlich ist, wenn die Beschlussfassung auf ihm beruht. Damit scheidet eine Ungültigerklärung dann aus, wenn feststeht, dass der angefochtene Beschluss auch bei ordnungsgemäßer Einberufung ebenso gefasst worden wäre (BayObLG, NZM 1999, 130; KG, NJWE-Mietrecht 1997, 134; ZMR 1999, 426, 428; *Bärmann/Pick/Merle*, a.a.O., § 23 Rdnr. 150; noch weitergehend *Weitmauer/Lüke*, a.a.O., § 24 Rdnr. 7, die eine Ungültigerklärung bei Verletzung der gesetzlichen Frist generell verneinen). So liegt der Fall hier. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller aufgrund der verkürzten Einberufungsfrist an der Teilnahme und Einflussnahme auf die Beschlussfassung gehindert war, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich. Im Übrigen greift der Antragsteller die auf der Versammlung gefassten Beschlüsse sachlich nicht an. Er wendet sich lediglich gegen die Stimmausübung durch die nießbrauchsbelasteten Wohnungseigentümer. Mit dem vorlegenden Gericht ist deshalb davon auszugehen, dass diese selbst bei Anwesenheit des Antragstellers das ihnen ihrer Meinung nach zustehende Stimmrecht ausgeübt und mit gleicher Stimmenmehrheit inhaltsgleiche Beschlüsse gefasst hätten.

(...)

### Anmerkung:

Der Nießbrauch ist aus der notariellen Praxis längst nicht mehr wegzudenken. Steuerliche Gründe haben schon seit den 70er-Jahren immer wieder ganze Wellen von Nießbrauchsbeurkundungen ausgelöst<sup>1</sup>. Überlassungen gegen Nießbrauchsvorbehalt im Wege vorweggenommener Erbfolgen sind immer noch tägliches Brot<sup>2</sup>. Das BayObLG trug besonders dazu bei, indem es 1985<sup>3</sup> den Weg zur dinglichen Zulässigkeit des Bruttonießbrauchs öffnete, wonach dem Übergeber auch die außergewöhnlichen Lasten in Abweichung von § 1041 Satz 2 BGB auferlegt werden können. Bei Eigentumswohnungen tauchte dann die Frage auf, welche Rechtsstellung der Nießbraucher in der Eigentümergemeinschaft hat. Erstmals hat sich im Jahr 1975 *Schöner*<sup>4</sup> in die Problematik vertieft. Sein Lösung über ein gemeinschaftliches Stimmrecht von Eigentümer und Nießbraucher war seitdem prägend für Rechtsprechung und Literatur, ohne dass aber nicht auch andere Lösungen vertreten wurden.<sup>5</sup> Ins Gewicht fielen die wichtigen Kommentare von *Weitmauer*<sup>6</sup> und *Bärmann/Pick/Merle*<sup>7</sup>, die

sich für eine Beteiligung des Nießbrauchers am Stimmrecht aussprachen und die Entscheidungen des Kammergerichts und des OLG Hamburg von 1987, die schließlich zur Vorlage an den BGH führten<sup>8</sup>. Insgesamt bot sich ein sehr uneinheitliches Bild, das keine Rechtssicherheit vermittelte. So lag es gewissermaßen in der Luft, das Thema in allen seinen rechtlichen und praktischen Facetten anzugehen, was ich 1997 in meinem Beitrag zur Festschrift für *Seuss*<sup>9</sup> versuchte. Weitgehend auf diesen Beitrag stützte das BayObLG dann seine grundlegende Entscheidung vom 25.6.1998<sup>10</sup>, in der es sich für das alleinige Antragsrecht des Eigentümers aussprach, fußend auf dessen alleinigem Stimmrecht. Diese Entscheidung löste eine neue wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Nießbrauch beim Wohnungseigentum aus. *Lüke*<sup>11</sup> und *Armbrüster*<sup>12</sup> befassten sich eingehend damit und stellten manche Gedanken des BayObLG in Frage. Während *Armbrüster* sich im Ergebnis dem BayObLG anschloss, plädierte *Lüke* für ein gemeinschaftliches Stimmrecht von Eigentümer und Nießbraucher. Dies war die auch wissenschaftlich aufbereitete Situation, in der nunmehr der BGH mit der Sache befasst wurde.

Der BGH-Entscheidung ist voll zuzustimmen. Sie ist klar, eindeutig und praktikabel. Der BGH hat sich intensiv mit der Literatur auseinandergesetzt. Seine Argumentation ist vom Sachenrecht und dessen wohnungseigentumsrechtlicher Ausgestaltung geprägt. Die bedeutendsten Aussagen zum Wesen des Wohnungseigentums als eigenständiger Rechtsfigur finden sich in der Auseinandersetzung mit § 1066 BGB. Diese Bestimmung war immer der Ausgangspunkt für die Begründung einer Stimmrechtsbeteiligung des Nießbrauchers, gleich welcher Art<sup>13</sup>. Der BGH begründet sauber, dass § 1066 BGB nur für eine einfache Bruchteilsgemeinschaft gilt, nicht dagegen für die gesetzlich organisierte Wohnungseigentümergemeinschaft. Zutreffend lehnt er auch eine analoge Anwendung ab, weil der Nießbrauch als Nutzungsrecht sich primär auf das Sondereigentum erstreckt, mit dem die Miteigentümer nichts zu tun haben, so dass der Miteigentumsanteil deutlich in der Hintergründigkeit tritt. Platz zum Rückgriff auf das Bruchteilseigentum des BGB im Sinn des § 10 Abs. 1 WEG gibt es bei dieser Konstellation nicht. Die Diskussion um § 1066 BGB beim Wohnungseigentum sollte damit abgeschlossen sein. Der BGH stärkt erneut die formale, sich aus dem Grundbuch ergebende Position des eingetragenen Eigentümers und begründet, weitgehend in Anlehnung an meinen Aufsatz, dass ein Abweichen zu Gunsten des Nießbrauchers nicht vertretbare rechtliche und praktische Folgen hätte. Mag es viele beachtenswerte Gedanken, vor allem bei *Lüke* und *Armbrüster* geben. Sie reichten für den BGH nicht dazu aus, die Funktionsfähigkeit des Wohnungseigentums aufs Spiel zu setzen.

<sup>8</sup> Das BayObLG musste 1998 nicht vorlegen, das es unmittelbar nicht über das Stimmrecht, sondern das Antragsrecht zu entscheiden hatte, MittBayNot 1999, 65.

<sup>9</sup> Zum 70. Geburtstag, erschienen im vhw Verlag Deutsches Volkshausstättenwerk GmbH, nicht zu verwechseln mit der Festschrift *Seuss* 1987 (Beck-Verlag); in etwas verkürzter Form ist der Beitrag in MittBayNot 1997, 65 veröffentlicht.

<sup>10</sup> MittBayNot 1998, 65 mit zust. Anm. *Röll*.

<sup>11</sup> PiG (Schriftenreihe Partner im Gespräch des ESW) Band 56 (1999) S. 169 = WE 1999, 122.

<sup>12</sup> DNotZ 1999, 562.

<sup>13</sup> Auch noch bei *Lüke* und *Armbrüster* spielt die Auseinandersetzung mit § 1066 BGB eine wichtige Rolle; vgl. auch noch *Frank* in *Staudinger/Frank* § 1066 Rdnr. 4, der allerdings später in der Besprechung der Festschrift *Seuss* in MittBayNot 1997, 91 „gute Gründe“ darin sieht, das Stimmrecht nur dem Eigentümer zu gewähren und sich in der Neuauflage des *Staudinger* 2002 der Auffassung des BGH anschließt.

<sup>1</sup> Änderungen im Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, Wechselbäder der Nießbraucherlasse.

<sup>2</sup> Trotz der Pflichtteilsrechtsprechung des BGH, DNotZ 1997, 315 mit Anm. *Nieder*.

<sup>3</sup> Beschluss vom 15.3.1985, MittBayNot 1985, 128.

<sup>4</sup> DNotZ 1975, 78.

<sup>5</sup> Z. B. *Röll* in MünchKomm § 25 Rdnr. 13a plädierte für Stimmrecht des Eigentümers.

<sup>6</sup> § 25 Rdnr. 11: gemeinsames Stimmrecht.

<sup>7</sup> § 25 Rdnr. 13: gespaltenes Stimmrecht nach Gegenstand; so auch *Bärmann*, Wohnungseigentum Rdnr. 239.



Für die Praxis sind die Ausführungen des BGH zur Rechtsstellung des Nießbrauchers und zur Wahrung seiner Interessen besonders wichtig. Der BGH misst ihnen einen hohen Rang zu, bis dahin, dass etwa beim Bruttonießbrauch der Nießbraucher eine Vollmacht beanspruchen kann. Diese Gedanken haben ihren Platz in der Vertragsgestaltung und sollen vom Notar beachtet werden, nicht als generelle Regelung, sondern unter Beachtung der Interessenlage des konkreten Falles. Die von mir geäußerte Ansicht<sup>14</sup>, dass Vollmachtsbeschränkungen auf bestimmte Personen in der Gemeinschaftsordnung eine Vollmacht an den Nießbraucher nicht ausschließen, dürfte von den Ausführungen des BGH gedeckt sein, denn das von BGH aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis<sup>15</sup> abgeleitete Recht des Nießbrauchers kann nicht durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander abbedungen werden. Besser ist es aber, jedenfalls in der Zukunft bei solchen Vollmachtsbeschränkungen auch eine Vollmacht an den Nießbraucher ausdrücklich aufzunehmen. Aus der vom BGH erläuterten Rechtsstellung des Nießbrauchers kann abgeleitet werden, dass er in der Regel ein Teilnahmerecht an der Eigentümerversammlung hat und nicht als Dritter ausgeschlossen werden kann. Er muss aber nicht geladen werden.

Für nicht möglich halte ich es, nach § 10 Abs. 2 WEG ein unmittelbares Stimmrecht des Nießbrauchers in der Gemeinschaftsordnung zu verankern, wie es *Armbrüster*<sup>16</sup> vorschlägt. Das Stimmrecht ist ein Ausfluss des Mitverwaltungsrechts des Eigentümers, wie der BGB zutreffend ausführt. Dieses Mitverwaltungsrecht kann auch durch eine Vereinbarung nicht abbedungen werden. Es gehört zum unverzichtbaren Kern des Wohnungseigentums<sup>17</sup> und der BGH hat klar ausgesprochen, dass das Stimmrecht des Eigentümers nicht ausgeschlossen werden kann, somit auch nicht zu Gunsten des Nießbrauchers. Auch jede Art einer Stimmrechtsteilung mit dem Nießbraucher in der Gemeinschaftsordnung würde die gleichen Probleme aufwerfen, zu denen der BGH Stellung genommen hat. Sie wäre zudem eine Abspaltung des Stimmrechts, die der BGH ebenfalls deutlich verwirft. Im Übrigen wäre dies keine Vereinbarung der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander, die über § 10 Abs. 2 WEG getroffen werden kann, sondern über das Verhältnis zu Dritten<sup>18</sup>. Der Nießbraucher könnte aus einer solchen Regelung keine Rechte für sich beanspruchen<sup>19</sup>. Nach der Entscheidung des BGH vom 20.9.2000<sup>20</sup> zur Unwirksamkeit vereinbarungseretzender Mehrheitsbeschlüsse kann dem Nießbraucher natürlich auch im Beschlusswege kein Stimmrecht gegeben werden. Es besteht auch kein Bedürfnis für derartige Regelungen, wenn die nunmehr vom BGH bestätigte Vollmachtslösung angewandt wird. Dieses Instrument der Vertragsgestaltung ist vor allem den Notaren jetzt mit höchstrichterlichem Segen an die Hand gegeben.

Notar a.D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

<sup>14</sup> MittBayNot 1997 S. 71.

<sup>15</sup> Vgl. *Amann* DNotZ 1989, 531.

<sup>16</sup> DNotZ 1999, 562.

<sup>17</sup> Vgl. *Bärmann/Pick/Merle* § 25 Rdnr. 10; *Staudinger/Bub* § 25 Rdnrn. 36, 37: kein dinglicher Verzicht möglich.

<sup>18</sup> Dazu *Weitauer/Liike* § 10 Rdnr. 38.

<sup>19</sup> Vgl. die Aufgabenerweiterungen des Verwalters in der Gemeinschaftsordnung, die für den Verwalter als Dritten nur gelten, wenn sie in den Verwaltervertrag aufgenommen werden; *Bärmann/Pick/Merle* § 26 Rdnr. 63.

<sup>20</sup> MittBayNot 2000, 546.

5. GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Vormerkung an Wohnungseigentum für Anspruch gegen die Eigentümergemeinschaft*)

**Ein Anspruch, der das gemeinschaftliche Grundstück insgesamt betrifft, kann nicht bei einer einzelnen Wohnung vormerkelt werden.**

BayObLG, Beschluss vom 7.2.2002 – 2Z BR 166/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Im Wohnungsgrundbuch ist die Rechtsnachfolgerin der Beteiligten zu 1 als Inhaberin eines Miteigentumsanteils von  $14,73/1000$  verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 59 eingetragen. Zugunsten von D. ist gemäß Bewilligung vom 13.4.1972 und zugunsten der Beteiligten zu 2 ist gemäß Bewilligung vom 6.10.1972 jeweils eine Auflassungsvormerkung eingetragen, die einen Anspruch sichert, der vom Eigentümer der Wohnung Nr. 59 allein nicht erfüllt werden kann.

Nach Eintragung der Auflassungsvormerkung für D. ist dieser verstorben.

Mit notariell beglaubigten Erklärungen aus dem Jahr 1997 wurde die Löschung der zugunsten von D. und der Beteiligten zu 2 eingetragenen Auflassungsvormerkungen beantragt. Das Grundbuchamt hat am 10.2.1998 die Anträge abgewiesen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 3.2.1999 die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Grundbuchamt und Landgericht gingen dabei davon aus, dass die Rechtsinhaberschaft und damit die Bewilligungsberechtigung für die Löschungsbewilligung nicht nachgewiesen sei. Gegen den Beschluss des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist zulässig und begründet.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Die Beteiligte zu 1 hat am 18.10.2001 gegen den Beschluss des Landgerichts vom 3.2.1999 weitere Beschwerde eingelegt. Sie hat ihre Wohnung vor Einlegung des Rechtsmittels übereignet; die Rechtsnachfolgerin wurde am 2.8.2001 im Grundbuch als neue Eigentümerin eingetragen. Die Beschwerdeberechtigung muss im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde gegeben sein. Nach der Übereignung ist die Beteiligte zu 1 nicht mehr Rechtsinhaberin und damit nicht beschwerdeberechtigt. Es bestehen aber keine Bedenken gegen die Annahme, dass die Beteiligte zu 1 die Beschwerdeverfahren nach Veräußerung des Grundstücks in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO im eigenen Namen für die Rechtsnachfolgerin weiterführt (BayObLG Beschluss vom 12.2.1982 – BReg. 2Z 100/81 [Leitsatz in *Rpfleger* 1982, 266]; *Demharter* FGPrax 1997, 7 ff.).

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

Die beiden Auflassungsvormerkungen sind gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen, weil die Eintragungen ihrem Inhalt nach unzulässig sind. Die vom Landgericht des näheren untersuchte Frage, ob die Löschungsbewilligungen von den Betroffenen im Sinn des § 19 GBO abgegeben worden sind, kann deshalb auf sich beruhen.

Die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch ist nur an der Stelle zulässig, an der auch das vorzumerkende Recht einzutragen ist; der Inhaber des durch die Vormerkung betroffenen Rechts muss daher Schuldner des vorgemerkten Anspruchs und zu dessen Erfüllung selbst in der Lage sein. Hier ist im Wohnungsgrundbuch die Rechtsnachfolgerin der Beteiligten zu 1 nur als Inhaberin eines Miteigentumsanteils von

<sup>14,73/1000</sup> verbunden mit Sondereigentum eingetragen. Als Miteigentümerin kann sie einen Auflassungsanspruch der Vormerkungsbegünstigten hinsichtlich eines Teils des Gesamtgrundstücks nicht allein erfüllen; sie kann lediglich bei der Auflassung mitwirken. Mangels Eintragungsfähigkeit einer das gemeinschaftliche Grundstück als Ganzes betreffenden Rechtsänderung kommt auch eine Vormerkung des hierauf gerichteten Anspruchs an einem Wohnungseigentum allein nicht in Betracht (BayObLGZ 1974, 118/125; *Demharter* GBO 24. Aufl. Anhang zu § 44 Rdnr. 99). Möglich wäre es jedoch gewesen, die Vormerkung in allen Wohnungsgrundbüchern in entsprechender Anwendung von § 4 WGV einzutragen. Dies ist hier aber nicht geschehen, so dass sich hieraus die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragungen ergibt (vgl. BayObLG RPflegler 1995, 455).

#### 6. GBO §§ 13, 15, 27, 53 (*Löschung einer Gesamtgrundschuld*)

1. **Liegt eine Löschungsbewilligung für eine Gesamtgrundschuld bei den Grundakten des Grundbuchamts und wird beim Verkauf belasteter Wohnungen ohne weiteres Vollzug der zur Lastenfreistellung erforderlichen Freigaben und Löschungen beantragt, so kann das Grundbuchamt die Löschung vollziehen.**
2. **Wurde ein Grundpfandrecht fehlerhaft gelöscht, kann hiergegen nur ein Amtswiderspruch eingetragen werden. Eine weiter reichende Möglichkeit, insbesondere zur Wiedereintragung des fehlerhaft gelöschten Rechts besteht nicht.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Gera, Beschluss vom 25.9.2001 – 5 T 469/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Wolfram Eckhardt*, München

*Zum Sachverhalt:*

In den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern ist zugunsten der Beteiligten zu 2. am 17.4.1996 in Abteilung III, lfd. Nr. 2, eine Gesamtgrundschuld ohne Brief zu 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen mit jeweiligem Mithaftvermerk der Blätter 201 bis 260 eingetragen worden.

Der Beteiligte zu 1. ist am 8.2.2001 als Eigentümer der verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten in den betreffenden Wohnungsgrundbüchern eingetragen worden.

Am 11.10.2000 erfolgten in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern folgende Eintragungen:

- a) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 1 bis 4, Rötung,
- b) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7:  
„Die Mithaft des Miteigentumsanteils ist erloschen ...“,
- c) Abteilung III, lfd. Nr. 5, Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 1.

Am 23.11.2000 erfolgten in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern folgende Eintragungen:

- a) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7, Rötung des Vermerks des Erlöschens der Mithaft,
- b) Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7: „Widerspruch gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils zugunsten des Bankhauses Hermann Lampe, Kommanditgesellschaft, Bielefeld; von Amts wegen eingetragen am 23.11.2000“,
- c) Abteilung III, lfd. Nr. 5, Spalte 1 bis 4, Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld ohne Brief zu 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen zugunsten der Beteiligten zu 2.

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1. das Ziel, dass die in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern jeweils eingetragenen Amtswidersprüche gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils zugunsten der Beteiligten zu 2. gelöscht werden sowie dass in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern jeweils gegen die Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 2. ein Amtswiderspruch eingetragen wird.

Den verfahrensgegenständlichen Eintragungen liegt folgender, aus den Grundakten ersichtlicher Sachverhalt zugrunde:

Die Firma K hatte mit notarieller Urkunde des Notars H am 23.11.1995 das Grundstück gemäß § 8 WEG in 60 Wohnungseigentumseinheiten geteilt.

Diese Wohnungseigentumseinheiten wurden in den Wohnungsgrundbüchern von U Blätter 201 bis 260, eingetragen.

Mit notarieller Urkunde des Notars H vom 10.4.1996 bestellte die Firma K zugunsten der Beteiligten zu 2. eine Buchgrundschuld in Höhe von 10.710.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen.

Diese wurde in den Wohnungsgrundbüchern von U, Blätter 201 bis 260 am 17.4.1996 eingetragen.

Der Notarvertreter S überreichte mit Schreiben vom 10.2.1997 zum Wohnungsgrundbuch von U, Blatt 201, die Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 2. betreffend die in den Wohnungsgrundbüchern von U, Blätter 201 bis 260, zur Gesamthaft eingetragenen Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.710.000,00 DM mit der Bitte, diese in Blatt 201 zu verwahren, damit in Zukunft zwecks Entlassung aus der Mithaft auf dieses Grundbuchblatt Bezug genommen werden kann.

Mit notarieller Urkunde des Notars Dr. E vom 2.4.1998 verkaufte und übereignete die Firma K an die Firma D die beiden verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten.

Diese notarielle Urkunde enthält folgende, hier maßgebliche Regelungen:

#### „V. Gewährleistung und Haftung

1. Der Verkäufer gewährleistet, dass der Käufer ungehinderten Besitz und lastenfreies Eigentum erhält, soweit in dieser Urkunde nichts anderes vereinbart ist.

Der Käufer übernimmt die etwa in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Belastungen nicht. Sie sind vom Verkäufer zur Löschung zu bringen.

#### XIII. Eintragungsanträge

Es beantragen zur Eintragung im Grundbuch:

2. der Verkäufer die zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen Freigaben und Löschungen ...“

Mit notarieller Urkunde des Notars Dr. E vom 31.7.2000 verkaufte und übereignete die Firma D an den Beteiligten zu 1. die beiden verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten.

Beide o. g. Urkunden reichte der Notar Dr. E mit Anträgen vom 22.9.2000 beim Amtsgericht Gera ein, welche dort am 25.9.2000 eingingen.

Zur Urkunde vom 2.4.1998 beantragte der Notar Dr. E „den Vollzug aller gestellten Anträge, soweit sie noch nicht vollzogen sind.“

Zur Urkunde vom 31.7.2000 beantragte der Notar Dr. E die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 1.

Die beantragten Eintragungen erfolgten, wie oben beschrieben, am 11.10.2000.

Die verfahrensgegenständlichen Eintragungen vom 23.11.2000 erfolgten ausschließlich von Amts wegen.

Weshalb diese Eintragungen erfolgten, ist in den Grundakten nicht vermerkt.

*Aus den Gründen:*

Die gemäß §§ 71 Abs. 1 und 2 GBO, 11 Abs. 1 RpfliG statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1. ist mit den begehrteten Zielen begründet.

1. Der Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM zugunsten der Beteiligten zu 2. in den

verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern fehlt es an einer Rechtsgrundlage.

Denn bei etwaigen Unrichtigkeiten im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ausschließlich die Möglichkeit gegeben, einen Amtswiderspruch einzutragen.

Eine weiter reichende Möglichkeit, als einen Amtswiderspruch einzutragen, um etwaige fehlerhafte Eintragungen/Löschungen zu behandeln, ist nicht gegeben (vgl. *Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, § 53, Rdnr. 2; *Bauer/von Oefe/Meinecke*, GBO, 1999, § 53 Rdnrn. 2, 68).

Zutreffend weist der Beteiligte zu 1. in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass die notarielle Eintragungsbewilligung vom 10.4.1996 durch die am 17.4.1996 erfolgte Eintragung des Grundpfandrechtes ihren Zweck erfüllt hat und damit verbraucht ist (vgl. *Demharter*, a.a.O., § 19 Rdnr. 114 m.w.N.).

Diese Eintragungsbewilligung konnte daher auch nicht Grundlage der am 23.11.2000 erfolgten Wiedereintragung des am 11.10.2000 gelöschten Grundpfandrechtes sein.

Da sich an die in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern in Abteilung III, lfd. Nr. 5, „wiedereingetragene“ Grundschuld ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann, ist gegen die am 23.11.2000 vorgenommene Wiedereintragung der Gesamtgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 2. in Höhe von 10.170.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen jeweils ein Amtswiderspruch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen.

**2.** Die Rötung des Vermerkes betreffend das Erlöschen der Mithaft des Miteigentumsanteils (Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7 der verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbücher) sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Mithaftentlassung des Miteigentumsanteils (Abteilung III, lfd. Nr. 2, Spalte 5 bis 7 in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern) sind ebenfalls unzutreffend erfolgt.

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO sind vorliegend nämlich nicht gegeben.

Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO sind – resultierend aus der Eigenschaft des Grundbuches als öffentliches Register – zwei streng formale Kriterien, nämlich:

- a) das Grundbuchamt muss eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen haben, durch die
- b) das Grundbuch unrichtig geworden ist.

Die Gesetzesverletzung seitens des Grundbuchamtes muss dabei feststehen; die Unrichtigkeit des Grundbuches hat der Beschwerdeführer glaubhaft zu machen (vgl. *Demharter*, a.a.O., § 53 Rdnr. 28 m.w.N.).

**a)** Durch die am 11.10.2000 erfolgte Löschung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM nebst Zinsen und Nebenleistungen in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern sind – darauf weist der Beteiligte zu 1. zutreffend hin – diese Wohnungsgrundbücher nicht unrichtig geworden.

Denn die Gesamtgrundschuld ist betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten mit der am 11.10.2000 erfolgten Löschung im Grundbuch auch materiell-rechtlich erloschen.

Gemäß §§ 1192 Abs. 1, 1175 Abs. 1 Satz 2, 1168 Abs. 2 BGB erlöscht eine Gesamtgrundschuld an einem von mehreren

Grundstücken, wenn der Gläubiger auf die Grundschuld an einem Grundstück verzichtet, dieser Verzicht gegenüber dem Grundbuchamt erklärt und dieser Verzicht durch Löschung des Grundpfandrechtes im Grundbuch eingetragen wird.

§ 27 Abs. 1 Satz 1 GBO ist nicht anwendbar, da keine selbstständige Löschung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt; vielmehr ergibt sich die Löschung der Grundschuld als gesetzliche Folge des Verzichts (vgl. *Staudinger/Scherübel*, BGB, 12. Aufl., § 1175 Rdnrn. 6, 7; *Demharter*, a.a.O., § 27 Rdnr. 8 jeweils m.w.N.).

Der Verzicht der Beteiligten zu 2. auf die Grundschuld betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten liegt in der in dem Wohnungsgrundbuch von U, Blatt 201, hinterlegten notariellen Löschungsbewilligung vom 3.2.1997.

Ein etwaiger Löschantrag, auch darauf weist der Beteiligte zu 1. zutreffend hin, ist kein Erfordernis der materiellen Rechtsänderung, hier des Erlöschens der Grundschuld an den verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten.

Mit anderen Worten:

Eine Eintragung macht das Grundbuch nicht bereits deshalb unrichtig, weil überhaupt kein Antrag vorliegt oder der Antrag von einem nicht Antragsberechtigten gestellt worden ist (vgl. *Demharter*, a.a.O., § 13 Rdnr. 8; *Demharter*, FGPrax 1997, 46; BGH NJW 1299, 2369 jeweils m.w.N.).

Auf einen etwaigen gutgläubigen Erwerb seitens des Beteiligten zu 1. kommt es deshalb vorliegend überhaupt nicht an.

**b)** Hinsichtlich der am 11.10.2000 in den verfahrensgegenständlichen Wohnungsgrundbüchern erfolgten Löschung der Gesamtgrundschuld in Höhe von 10.170.000,00 DM zugunsten der Beteiligten zu 2. ist jedoch auch keine Gesetzesverletzung seitens des Grundbuchamtes ersichtlich.

Eine diesbezügliche notarielle Löschungsbewilligung sowie ein diesbezüglicher Antrag eines Antragsberechtigten nach § 13 und § 15 GBO lagen dem Grundbuchamt vor.

Die Löschungsbewilligung hatte die Beteiligte zu 2. am 3.2.1997 in notarieller Form abgegeben und mit Schreiben des Notarvertreters vom 10.2.1997 zu den Grundakten von U, Blatt 201 gereicht.

Der entsprechende Antrag zur Löschung des Grundpfandrechtes betreffend die verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentumseinheiten befand sich in der Urkunde vom 2.4.1998 des Notar Dr. E in Ziffer V. 1. und Ziffer XIII. 2.

Der Antrag auf Löschung der Grundschuld war auch von einem Antragsberechtigten im Sinne des § 13 Abs. 2 GBO gestellt worden.

Diesen Antrag hat der Notar Dr. E schließlich mit Antragschreiben vom 22.9.2000 als gemäß § 15 GBO zur Antragstellung ermächtigter Notar beim Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht.

### Anmerkung:

Der vom LG Gera entschiedenen Sache liegt ein eher ungewöhnlicher Sachverhalt zugrunde. In anderem Gewand könnten aber bei jedem standardisierten Grundbuchvollzug einer Bauträgermaßnahme vergleichbare, haftungsträchtige „Missgeschicke“ geschehen:

Regelmäßig belastet zur Finanzierung eines Gesamtprojekts der Veräußerer (Bauträger) die nach dem WEG aufgeteilte Wohnanlage mit einer „Global-“, also Gesamtgrundschuld,

die im Rahmen der Weiterveräußerung an die einzelnen Erwerber sukzessive wieder zu löschen ist. Aus Kostengründen, aber auch zur Abwicklungs erleichterung erhält der Notar vom Grundschuldläubiger eine „globale Freigabeerklärung“, die aber nur im Einzelfall und erst nach Erfüllung von Treuhandauflagen – Kaufpreiszahlung – vollzogen werden soll (vgl. *Basty*, ZNotP 2000, 96).

1. Vorliegend hatte der Zentralnotar (vgl. *Reithmann/Meichssner/von Heymann*, Kauf vom Bauträger, D Rdnr. 128) die von ihm beglaubigte Löschungsbewilligung über die Globalgrundschuld nicht selbst verwahrt, sondern dem Grundbuchamt überreicht „mit der Bitte diese in Blatt 201 zu verwahren, damit in Zukunft zwecks Entlassung aus der Mithaft auf dieses Grundbuchblatt Bezug genommen werden kann“. Bei einem anderen Notar (Ortsnotar) wurden die **letzten beiden** Einheiten der Wohnanlage zunächst an einen Zwischen- und später an den Enderwerber veräußert. Die Kaufparteien haben sich in den Kaufurkunden jeweils in üblicher Weise zur Kaufpreiszahlung nach Sicherung der Lastenfreistellung, die Verkäufer jeweils zur Löschung der Globalgrundschuld am Verkaufsobjekt verpflichtet und die entsprechenden Anträge gestellt und Eigentümerzustimmungen erklärt. Für die endfinanzierende Bank wurde außerdem unter Mitwirkung von Verkäufer und Zwischenkäufer eine Grundschuld mit schuldrechtlicher Rangbestimmung (vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnrn. 321, 1942) samt den dazu erforderlichen „Eigentümergeklärungen“ bestellt. Als der „Ortsnotar“ nun formularmäßig unter Beifügung seiner Kauf- und Grundschuldurkunden „gemäß § 15 GBO ... den Vollzug aller gestellten Anträge, soweit sie noch nicht vollzogen sind“ beantragte, vollzog das Grundbuchamt auch die Löschung der Gesamtgrundschuld an den beiden Einheiten, also deren Freistellung von der Gesamtgrundschuld. Das war – jedenfalls vom Ortsnotar, der von der Löschungsbewilligung keine Kenntnis hatte, und vom Globalgläubiger – aber gar nicht gewollt, denn weder der Zwischen-, noch der Enderwerber hatten die an den Globalgläubiger abgetretene Kaufpreisforderung erfüllt.

2. Das Grundbuchamt, das von einer fehlerhaften Löschung ausging, verschlimmbesserte die Rechtslage, indem es nicht nur den Lösungsvermerk rötete und mit einem Amtswiderspruch versah, sondern außerdem die Gesamtgrundschuld einfach wieder in die Grundbücher eintrug (!):

Sollte die Löschung der Grundschuld zu Unrecht erfolgt sein, führte sie also unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zur Unrichtigkeit des Grundbuchs, musste das Grundbuchamt den Lösungsvermerk mit einem Amtswiderspruch versehen, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO – mehr aber auch nicht. Die Neueintragung einer Grundschuld zur Beseitigung ihrer zu Unrecht erfolgten Löschung war in jedem Fall unzulässig (*Meikel/Streck*, Grundbuchrecht, § 53 Rdnr. 3). Die ursprüngliche Eintragungsbewilligung hatte sich mit der Ersteintragung der Grundschuld verbraucht (*Demharter*, GBO § 19 Rdnr. 114). Der Neueintrag eines versehentlich gelöschten Rechts kann nur durch neue, rechtsändernde oder (das Versehen) berichtigende Eintragungsbewilligung herbeigeführt werden (BayOblG, MittBayNot 1995, 42). Im vorliegenden Fall machte er deshalb unabhängig davon, ob das Grundbuchamt die „Erstgrundschuld“ zu Recht oder Unrecht löschte, das Grundbuch in jedem Fall unrichtig. Der Neueintrag musste mit einem Amtswiderspruch versehen werden, um einen sonst drohenden gutgläubigen Erwerb der Grundschuld zu vermeiden (*KEHE/Eickmann*, GBO § 53 Rdnr. 11). Dagegen erscheint die Anweisung des LG an das Grundbuchamt verfehlt, gegen die Rötung des Lösungsvermerks bei der Mithaft einen

Amtswiderspruch einzutragen: Die in § 17 GBV vorgeschriebene Rötung ist ein bloßes Hilfsmittel zur Übersichtlichkeit des Grundbuchs (*Meikel/Ebeling*, GBV § 17 Rdnr. 10), das den Lösungsvermerk nicht ersetzt (*Böhringer*, BWNNotZ 1988, 86). Sie hat nicht Teil am guten Glauben des Grundbuchs (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 281) und ist damit auch nicht geeigneter Gegenstand eines Amtswiderspruchs (*Meikel/Streck*, GBO, § 53 Rdnr. 43; zur Behandlung der unrichtigen Rötung vgl. auch § 29 Abs. 2 GBOGeschO).

3. Der Löschungseintrag der Gesamtgrundschuld selbst ist – grundbuchverfahrensrechtlich – zu Recht erfolgt, wenn die Löschung bewilligt, § 19 GBO, und (von einem Berechtigten) beantragt war, § 13 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GBO. Das LG stellt dazu lediglich fest: „Eine diesbezügliche notarielle Löschungsbewilligung sowie ein diesbezüglicher Antrag eines Antragsberechtigten nach § 13 und § 15 GBO lagen dem Grundbuchamt vor.“

a) Bereits das Vorliegen einer geeigneten **Bewilligungserklärung** könnte zweifelhaft sein, denn vordergründig wurde die „Löschungsbewilligung“ zur Entlassung einzelner Pfandobjekte aus der Gesamthaft (dazu *Schöner/Stöber*, Rdnrn. 2716 ff.) verwendet. Die Löschung wäre deshalb unzulässig gewesen, wenn man mit *Schöner/Stöber* (Rdnr. 2724a) und gegen die hM (OLG Hamm, MittBayNot 1998, 446; LG Chemnitz MittRhNotK 2000, 433; LG München MittBayNot 2001, 484; *Lotter*, MittBayNot 1985, 8; *Palandt/Bassenge*, § 1175 BGB Rdnr. 3) den Teilvollzug einer Löschungsbewilligung mangels Deckung von Vollzugsantrag und Bewilligung für unzulässig halten wollte. Allerdings ging es im entschiedenen Fall (aus den Entscheidungsgründen selbst lässt sich dies allerdings nicht entnehmen) um die Löschung an den beiden letzten Einheiten, letztlich also doch um die „Gesamtlöschung“.

b) Deshalb seien hierzu nur „hilfsweise“ noch folgende Bemerkungen erlaubt: Der „Mindermeinung“ (wenn man eine von *Schöner/Stöber* vertretene Auffassung überhaupt so bezeichnen mag) ist zuzugestehen, dass nach ihrem Wortlaut die „Löschungsbewilligung“ auf die Löschung des Rechts, bei der Gesamtgrundschuld also des Gesamtrechts gerichtet ist und man die Gläubigerbewilligung durchaus beim Wort nehmen sollte. Warum allerdings eine Pfandfreigabeerklärung auch die Löschungsbewilligung einschließen soll (vgl. DNotI-Report 1999, 53 m.w.Nachw.), nicht aber umgekehrt die Löschungsbewilligung eine Pfandfreigabeerklärung (so *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2718 Fn. 1) will mir nicht recht einleuchten. Um sich (und dem Grundbuchamt bzw. der Beschwerdestanz) Auslegungsmühen zu ersparen, empfiehlt sich jedenfalls eine klare Ausdrucksweise, also die Bewilligung der Löschung des Gesamtgrundpfandrechts an allen Grundstücken *einschließlich* etwaiger Pfandfreigaben (also der Löschung an einzelnen Grundstücken unter Fortbestand an den übrigen) – wenn, wie wohl im Regelfall jedenfalls vom Gläubiger gewünscht (kritisch zur damit verbundenen Willkür *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB § 1175 Rdnr. 3), auch ein „Teilvollzug“ der Löschungsbewilligung möglich sein soll. Der vorliegende Fall führt freilich eindrucksvoll vor Augen, welche Gefahren mit einer solchen „überschießenden Grundbucheklärung“ verbunden sein können.

c) Auch auf den zum Vollzug erforderlichen **Antrag** konnte sich das Grundbuchamt berufen: Zwar war die Grundschuld-löschung vom Ortsnotar gar nicht beabsichtigt. Mit Rücksicht auf den Wortlaut des Antrags und den Inhalt und Gesamtzusammenhang aller von ihm eingereichten Urkunden war dies freilich nur ein „geheimer Vorbehalt“, von dem das Grund-

buchamt weder Kenntnis haben konnte noch musste: Ein Antragsverbund von Auflassung und Grundschuld Löschung mag zwar nicht die Regel sein (vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 92). Nächstliegende Bedeutung des konkreten Eintragungsantrags im Lichte der gesamten, dem Grundbuchamt vorliegenden Urkundeninhalte, die zur Auslegung des Antrags heranzuziehen waren (BayOblG DNotZ 1994, 891) war, dass die urkundlich ausdrücklich nicht übernommenen Belastungen im Zuge der Auflassung auf den Enderwerber gelöscht werden sollten. Zu einer entsprechenden Antragstellung war der Notar als Vertreter, § 15 GBO, des antragsberechtigten Eigentümers, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO (KEHE/Herrmann, GBO § 13 Rdnr. 61) auch berechtigt.

d) Viel spannender ist deshalb die vom LG nicht weiter problematisierte Frage, ob das Grundbuchamt die vom „Zentralnotar“ eingereichte Löschungsbewilligung beim Vollzug der vom „Ortsnotar“ gestellten Anträge überhaupt heranziehen durfte, zumal der Notar auf die betreffende Grundakte keinen Bezug nahm.

Für den vorliegenden Fall halte ich die Vorgehensweise des Grundbuchamts für zumindest vertretbar. Verallgemeinern lässt sich dieses Ergebnis aber nicht ohne Weiteres. Unter anderen Umständen kann es m.E. dem Grundbuchamt durchaus verwehrt sein, den vom Notar A beantragten Vollzug auf der Grundlage der von Notar B vorgelegten Bewilligung zu betreiben, so z.B. in dem vom LG Berlin (RPflegler 2001, 409) entschiedenen Fall, in dem sich ein Dritter (im Ergebnis vergeblich) zur Bewirkung einer Pfandfreigabe auf die in den Grundakten vorliegende globale Löschungsbewilligung berufen wollte, die dem Grundbuchamt von Gläubigerseite mit einem konkreten, eingeschränkten Löschantrag eingereicht wurde.

Dem Grundbuchamt können aber m.E. nur ganz eingeschränkt „Treuhandauflagen“ bei der Einreichung von Eintragungsunterlagen gemacht werden:

Urkunden, auf die sich eine Eintragung gründet, hat das Grundbuchamt gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 GBO aufzubewahren. Ist ein Eintragungsantrag noch nicht gestellt, so besteht zwar keine Aufbewahrungspflicht, wohl aber ein entsprechendes Recht (*Meikel/Böttcher*, GBO § 10 Rdnr. 17), insbesondere, wenn in absehbarer Zeit mit einer Antragstellung zu rechnen ist (KEHE/Herrmann, GBO, § 10 Rdnr. 8). So wird die Vorlage der Pfandfreigabe beim Grundbuchamt auch empfohlen, um (mit Antragstellung im Namen aller Beteiligten) der Gefahr des Verlusts der Verfügungsbefugnis des Gläubigers vorzubeugen (*Reithmann/Meichsner/Von Heymann*, a.a.O., B Rdnr. 191; vgl. auch *Demharter*, GBO § 10 Rdnr. 10: Herbeiführung der Bindungswirkung).

Durch die Einreichung wird nach heute h.M. ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründet (*Ertl*, DNotZ 1967, 339, 350; KEHE/*Eickmann*, GBO § 10 Rdnr. 2; *Meikel/Böttcher*, GBO § 10 Rdnr. 3), das dem Grundbuchamt gewisse Schutzpflichten auferlegt, bei deren Verletzung es neben Amtshaftungsansprüchen auch einem eigenständigen, in entsprechender Anwendung des bürgerlichen Rechts begründeten Ersatzanspruch ausgesetzt ist (vgl. MünchKomm/*Hüffer*, BGB § 688 Rdnrn. 58, 63). Ob die (schuldhafte) Verletzung dieser Pflichten zu einem Amtswiderspruch führen kann, wenn sie zugleich das Grundbuch unrichtig macht, wird in der mir zur Verfügung stehenden Literatur nicht diskutiert.

Dieses Sonderrechtsverhältnis kann jedoch in keinem Fall losgelöst von den allgemeinen grundbuchverfahrensrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen, insbesondere hin-

sichtlich der Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung und der Unverzichtbarkeit des Antragsrechts bestehen:

Der Einreicher kann seine Urkunde nur bis zum Beginn und dann erst wieder nach Abschluss des Eintragungsverfahrens ohne weiteres zurück verlangen (*Meikel/Böttcher*, GBO § 10 Rdnrn. 18, 21). Dagegen bestehen durchgreifende Bedenken, die Vinkulierung der Eintragungs- bzw. Löschungsbewilligung während des Eintragungsverfahrens zuzulassen. Wird die Löschungserklärung dem Grundbuchamt mit dem Willen des Bewilligenden in Urschrift eingereicht, ist sie wirksam geworden (*Demharter*, GBO § 19 Rdnr. 22), es sei denn, der Einreicher nimmt sie rechtzeitig zurück, insbesondere bevor ein anderer Berechtigter Eintragungsantrag stellt (*Meikel/Lichtenberger*, GBO § 19 Rdnrn. 393, 415, 421; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 107). Die Bewilligung kann damit im Übrigen nicht mehr von der Willkür des Einreichers abhängen. Sie verfolgt den Zweck, das Eintragungsverfahren auf eine sichere formelle Grundlage zu stellen (*Horber*, § 19 Anm. 9 A a, zitiert nach *Ertl*, DNotZ 1967, 347). Es gibt kein „kleines Grundbuch“ für die nicht eintragungsfähigen Tatsachen (*Ertl*, DNotZ 1975, 653 im Anschluss an den dort von ihm zitierten *Horber*, GBO, Grundz. 7 B vor § 13), auch nicht für den Vorbehalt, von der Bewilligung nur auf der Grundlage einer der Einreichung nachgelagerten besonderen Zustimmung Gebrauch zu machen.

Der bei der Aufhebung eines Grundstücksrechts unstreitig antragsberechtigte Eigentümer (*Meikel/Böhringer*, GBO § 13 Rdnr. 46) kann auf sein gesetzliches Antragsrecht nicht verzichten, denn das Antragsrecht gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO ist jedenfalls für das Grundbuchverfahren generell unverzichtbar (*Demharter*, GBO § 13 Rdnr. 57; *Ertl*, DNotZ 1975, 655; *Meikel/Böhringer*, GBO § 13 Rdnr. 100). Erst recht kann das Antragsrecht dem Eigentümer dann aber nicht durch die einseitige Verwahrungs- und Verfahrensweisung des privaten Einreichers der Bewilligung genommen werden.

4. Dabei sind durchaus Fallkonstellationen denkbar, in denen das Grundbuchamt gewissen Einschränkungen in der Verwendung „treuhänderisch eingereichter“ Eintragungsunterlagen unterliegt:

a) „Nur wenn das Grundbuchamt mit Sicherheit weiß, dass der Antragsteller gegen den nach unbestrittener Meinung auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz von Treu und Glauben handelt, muss es aus übergeordneten Gesichtspunkten des Rechtsschutzbedürfnisses und des öffentlichen Interesses an einem geordneten Verfahren den Antrag als unwirksam zurückweisen. Die Gründe dafür müssen ohne Anstellung von Ermittlungen und ohne Beweiserhebung zur Überzeugung des Grundbuchamts feststehen, Anhaltspunkte genügen dazu nicht.“ (*Ertl*, DNotZ 1975, 653). Dies ist auch der eine Gesichtspunkt, unter dem der Beschluss des LG Berlin (RPflegler 2001, 409) seine Rechtfertigung erfährt, bei dem es für das Grundbuchamt aufgrund des ausdrücklich beschränkt gestellten Eintragungsantrags klar erkennbar war, dass die Löschungsbewilligung nur zu ganz bestimmten Grundbuchblättern eingereicht war.

b) Darf das Grundbuchamt eine Eintragungsbewilligung nicht als Unterlage für eine Eintragung verwenden, die von einem anderen Antragsberechtigten nach der Antragszurücknahme beantragt worden ist (*Demharter*, GBO § 31 Rdnr. 12), so gilt dies möglicherweise auch für den Fall, dass der andere seinen Antrag vor dem des Bewilligenden stellt.

c) Schließlich ist das Grundbuchamt in der Verwendbarkeit einer Eintragungsbewilligung eingeschränkt, wenn und soweit diese selbst inhaltlich eingeschränkt ist, was ggf. auch im

Wege ihrer Auslegung zu ermitteln ist. Die Grundbucheintragung darf (u.a.) nur vorgenommen werden, wenn der Wille des Bewilligenden auf die Gestattung der Grundbucheintragung gerichtet ist (Ertl, DNotZ 1967, 345). Dieses „wenn“ ist um ein „soweit“ zu ergänzen: Will der Gläubiger erkennbar die Löschung seines Rechts jeweils nur unter bestimmten Bedingungen (Teilerfüllung seiner Gesamtforderung) an bestimmten Grundbuchstellen, so ist bzw. wird die Eintragungsbewilligung auch nur insoweit wirksam, selbst wenn sie ihrem Wortlaut nach weiterreicht, so etwa bei der aus Kostengründen für Teilvollzüge verwendeten Löschungsbewilligung. Dies ist der andere Gesichtspunkt, unter dem auch der Beschluss des LG Berlin (RPfleger 2001, 409) seine Rechtfertigung erfährt, der den Vorlagezweck, nämlich den Zusammenhang von Grundbuchbewilligung und konkret gestelltem Antrag für entscheidend hält, um den Umfang, in dem die Eintragungsbewilligung wirksam geworden ist, zu ermitteln.

Gerade für diese letzte Fallgruppe liegt die Verantwortung aber m.E. letztlich nicht beim Grundbuchamt, sondern beim (die Bewilligung einreichenden) Notar. Dieser ist gemäß § 24 BNotO – und anders oder doch in viel stärkerem Maße als das Grundbuchamt – zur Betreuung und Vertretung der Beteiligten berufen. Das Grundbuchamt muss den Beteiligten den Schutz ihrer Interessen vor und nach dem Eintragungsverfahren im Wesentlichen selbst überlassen. Im Eintragungsverfahren selbst hat es die öffentlichen Interessen durch eine sichere formelle Grundlage des Eintragungsverfahrens zu wahren (Ertl, DNotZ 1967, 342).

Im vorliegenden Fall ist die Bewilligung vor der streitigen Löschung bereits achtundfünfzig Mal teilvollzogen worden. Die Gläubigerin hat zumindest in der Bewilligungserklärung selbst überhaupt keinen Eintragungsantrag gestellt. Ein (wie auch immer gearteter) „Treuhandauftrag“ ist jedenfalls dem Wortlaut des Schreibens, mit dem die Bewilligung eingereicht wurde, nicht zu entnehmen. Nicht einmal die Satzkonstruktion („... damit ... in Zukunft zwecks Entlassung aus der Mithaft auf dieses Grundbuchblatt Bezug genommen werden kann“) lässt den Vorbehalt erkennen, dass die Bewilligung nur nach Weisung durch den „Zentralnotar“ verwendet werden können sollte. Über die Aufbewahrung der Bewilligung hatte das Grundbuchamt im übrigen gemäß § 24 GBV ganz allein selbst zu entscheiden. Schließlich waren auch noch die vom Ortsnotar vorgelegten Urkunden in sich und mit dem von ihm gestellten Antrag stimmig (Auflassung nur nach Kaufpreiszahlung, Kaufpreiszahlung erst nach Sicherung der bzw. zur Lastenfreistellung). Auch wenn der Ortsnotar bei seiner Antragstellung nicht auf die Grundakte, bei der die Löschungsbewilligung lag, Bezug genommen hat und nicht die Mithaft, sondern das endgültige Erlöschen der Grundschuld vollzogen wurde, kann dem Grundbuchamt im vorliegenden Fall deshalb nach meinem Dafürhalten kein Vorwurf gemacht werden, wenn es die Löschung vollzogen hat. Ob das Grundbuchamt dem Ortsnotar nicht auch durch Zwischenverfügung hätte aufgeben dürfen, eine „Bestätigung“ des Gläubigers zum Vollzug beizubringen, will ich nicht entscheiden.

Die Fallumstände und auch die vermeintliche „Schadensbegrenzung“ durch das Grundbuchamt muten zu kurios an, um mahrend den Zeigefinger zu erheben – die von *Schöner/Stöber* (Rdnr. 2724a) erhobene rechtsdogmatische Kritik gegen die häufig aus Kosten- und/oder Bequemlichkeitsgründen geübte Praxis, Löschungsbewilligungen (statt einzelner Pfandfreigaben) hinsichtlich Gesamtgrundschulden zum Teilvollzug zu bringen, erfährt durch den LG-Beschluss ihre praktische Rechtfertigung.

Notar Dipl.-Kfm. Dr. Jörg Munzig, Neu-Ulm

7. BGB § 2258, 2270, § 2271 (*Aufhebung Erbvertrag durch Ehegattentestament, Auslegung*)

- Zur Aufhebung eines Erbvertrages durch nachfolgendes Ehegattentestament, das dem Erbvertrag zwar nicht in allen Punkten sachlich widerspricht, aber als umfassende und abschließende Regelung auszulegen ist.**
- Zur Auslegung der in einem Ehegattentestament enthaltenen Klausel, dass der Überlebende „über das gesamte Vermögen frei verfügen“ kann, wenn die Ehegatten in einem vorausgegangenem Erbvertrag bestimmt hatten, dass der Überlebende „diese Verfügung abändern und über den Nachlass frei verfügen“ kann.**

BayObLG, Beschluss vom 18.3.2002 – 1Z BR 46/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Zum Sachverhalt:

Der im Jahr 2000 im Alter von 93 Jahren verstorbene Erblasser war in zweiter Ehe verheiratet, die zweite Ehefrau ist 1985 vorverstorben. Diese Ehe des Erblassers blieb kinderlos; aus der ersten Ehe des Erblassers ging ein Sohn hervor, der 1995 verstorben ist. Die Beteiligte zu 3 ist dessen Tochter. Die Beteiligten zu 2 und 4 sind Nichten der zweiten Ehefrau. Der Beteiligte zu 1 ist der Nefte des Erblassers.

Am 19.1.1962 haben der Erblasser und seine zweite Ehefrau einen notariellen Erbvertrag geschlossen, der folgende Regelungen enthält:

„Für den Fall unseres Todes setzen wir uns hiermit erbtvertragmäßig gegenseitig zu Alleinerben ein. Der Sohn des Ehemanns soll lediglich den Pflichtteil erhalten. Für den Fall, dass wir beide zusammen versterben, soll die Schwester der Ehefrau unsere Erbin sein. Ersatzerbin soll deren Tochter sein. Der Überlebende von uns soll berechtigt sein, diese Verfügung abzuändern und über den Nachlass frei zu verfügen.“

Am 5.10.1981 hat der Erblasser handschriftlich ein Testament errichtet, das von ihm selbst und seiner Frau unterschrieben wurde. Es hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

„Testament und Erbvertrag

- Für den Fall unseres Todes setzen wir uns gegenseitig zu Alleinerben ein, bestimmen hiermit: Der Überlebende kann über das gesamte Vermögen frei verfügen.
- Nach dem Tode des Letztlebenden erhält von uns, das dann noch vorhandene Vermögen, zu gleichen Teilen: ... (Sohn des Erblassers), ... (Beteiligte zu 4) und ... (Beteiligte zu 2).
- (Testamentsvollstreckung)
- (Vermächtnisse)“

Am 2.1.1990 errichtete der Erblasser ein handschriftliches Testament, in welchem er seinen Sohn als Alleinerben einsetzte.

Am 5.1.1995 errichtete der Erblasser ein weiteres handschriftliches Testament, in welchem er seinen Nefen, den Beteiligten zu 1, zum Alleinerben einsetzte.

Am 15.2.1996 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in welchem er alle früheren etwaigen Verfügungen von Todes wegen widerrief und den Beteiligten zu 1 als seinen Alleinerben einsetzte.

Der Beteiligte zu 1 hat am 15.5.2000 beim Amtsgericht einen Erbschein beantragt, der ihn aufgrund des notariellen Testaments vom 15.2.1996 als Alleinerben ausweisen sollte. Das Nachlassgericht hat den Antrag am 24.5.2000 mit der Begründung zurückgewiesen, dass das gemeinschaftliche Testament von 1981 maßgeblich sei, weshalb alle nachfolgenden Testamente des Erblassers unwirksam seien. Der Passus „der Überlebende kann über das Vermögen frei verfügen“ habe nur die Bedeutung einer Klarstellung der freien Verfügungsmöglichkeit zu Lebzeiten und bedeute nicht die Aufhebung jeder Bindungswirkung hinsichtlich der Erbeinsetzung.

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht durch Beschluss vom 9.7.2001 den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben und dieses angewiesen, den vom Beteiligten zu 1 beantragten Erb-

schein zu erteilen. Dem ist das Nachlassgericht am 20.7.2001 nachgekommen.

Gegen den Beschluss des Landgerichts haben die Beteiligten zu 2 und 4 jeweils weitere Beschwerde mit dem Ziel eingelegt, dass der Beschluss des Landgerichts aufgehoben und der Erbschein vom 20.7.2001, der den Beteiligten zu 1 als Alleinerben ausweist, eingezo-gen wird.

#### Aus den Gründen:

Die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 2 und 4 sind zulässig und begründet. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückweisung der gegen den amtsgerichtlichen Beschluss gerichteten Beschwerde des Beteiligten zu 1.

1. (...)

2. Die Ausführungen des Landgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO a.F., § 546 ZPO n.F.) nicht stand.

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Testament der Eheleute von 1981 um ein gemäß §§ 2265, 2267, 2247 BGB formgültig errichtetes gemeinschaftliches Testament nach Art des § 2269 Abs. 1 BGB handelt. Die Eheleute haben sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und den Sohn des Ehemannes sowie zwei Nichten der Ehefrau zu Schlusserven nach dem Tod des Letztversterbenden bestimmt. Durch das gemeinschaftliche Testament wurde der Erbvertrag von 1962 jedenfalls hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung aufgehoben (§§ 2292, 2258 Abs. 1 BGB). Nach dem Tod seiner Ehefrau konnte der Erblasser abweichende Verfügungen von Todes wegen nur dann wirksam treffen, wenn und soweit er nicht gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB an die im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Schlusserbeneinsetzung gebunden war. Für die Wirksamkeit der Erbinsetzung im Testament von 1996, auf die der Beteiligte zu 1 seine alleinige Erbenstellung stützt, ist daher ausschlaggebend, ob die vom Erblasser im gemeinschaftlichen Testament von 1981 vorgenommene Schlusserbeneinsetzung wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB zu einer Verfügung seiner Ehefrau ist.

b) Die vom Landgericht angenommene Eindeutigkeit, dass keine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung gegeben ist, besteht jedoch nicht.

Letztwillige Verfügungen, die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben, sind gemäß § 2270 Abs. 1 BGB wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Enthält ein gemeinschaftliches Testament – wie hier – keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede einzelne Verfügung gesondert ermittelt werden (BayObLGZ 1991, 173/176 m.w.N.). Diese Auslegung ist grundsätzlich Sache der Richter der Tatsacheninstanzen und unterliegt nur einer auf Rechtsfehler beschränkten Nachprüfung durch das Gericht der weiteren Beschwerde. Von derartigen Rechtsfehlern ist die Auslegung des Landgerichts hier beeinflusst.

aa) Das Landgericht stützt das von ihm angenommene eindeutige Auslegungsergebnis im Wesentlichen auf die Klausel, dass der Überlebende über das gesamte Vermögen frei verfügen kann. Diese Klausel ist aber für sich genommen gerade nicht eindeutig. Sie kann auch nur die Ermächtigung zur freien Verfügung unter Lebenden bedeuten, im Gegensatz zu den Verfügungsbeschränkungen, denen ein Vorerbe unterliegt (§§ 2112 ff. BGB). So sollen nach verbreiteter Meinung testa-

mentarische Bestimmungen wie etwa, dass der Überlebende „frei und ungehindert verfügen“ darf oder dass der Überlebende „in der Verfügung über den Nachlass des Erstversterbenden nicht beschränkt“ oder „zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt“ sein soll, im Zweifel nur eine Ermächtigung zur freien Verfügung unter Lebenden darstellen (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 209; *Staudinger/Kanzleiter* BGB 1998 § 2271 57; MünchKomm/*Musielak* BGB 3. Aufl. § 2271 Rdnr. 31; *Soergel/M. Wolf* BGB 12. Aufl. § 2271 Rdnr. 24; *Palandt/Edenhofer* BGB 61. Aufl. § 2271 Rdnr. 22). Maßgeblich sind freilich die Umstände des Einzelfalles. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass das Landgericht diese Auslegungsmöglichkeit überhaupt in Betracht gezogen hat.

bb) Das Landgericht hat ergänzend die im Erbvertrag enthaltene Freistellungsklausel (Berechtigung des Überlebenden „diese Verfügung abzuändern“), die im gemeinschaftlichen Testament nicht mehr enthalten ist, mit dem Hinweis darauf herangezogen, dass das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag insoweit sachlich nicht unvereinbar seien. Auch dies ist rechtsfehlerhaft.

Ein früheres Testament wird durch ein späteres insoweit aufgehoben, als es mit diesem in Widerspruch steht (§ 2258 Abs. 1 BGB); das gilt hier auch für das Verhältnis des früheren Ehegattenerbvertrages zum späteren gemeinschaftlichen Testament (§ 2292 BGB). Ein Widerspruch in diesem Sinne besteht einmal, wenn die Testamente sachlich miteinander nicht vereinbar sind, also die getroffenen testamentarischen Anordnungen nicht nebeneinander Geltung erlangen können, sondern einander entgegengesetzt sind und sich dadurch gegenseitig ausschließen. Aber auch wenn die testamentarischen Anordnungen sachlich miteinander in Einklang stehen, kann ein Widerspruch im Sinne von § 2258 Abs. 1 BGB gegeben sein. Das ist der Fall, wenn die kumulative Geltung der mehreren letztwilligen Verfügungen dem im späteren Testament zum Ausdruck kommenden Willen des Erblassers zuwiderliefe, etwa weil dieser seine Erbfolge mit dem späteren Testament abschließend und umfassend – also ausschließlich – regeln wollte (BGH NJW 1981, 2745 f.). Diese Möglichkeit hat das Landgericht offenbar nicht erwogen. Sie kommt hier in Betracht, da die Eheleute – anders als in dem vom Landgericht herangezogenen Fall BGH NJW 1987, 901, wo es nur um die Nachholung einer zuvor nicht getroffenen Schlusserbeneinsetzung ging – im späteren gemeinschaftlichen Testament eine in sich vollständige Regelung nach Art des Berliner Testaments getroffen haben.

3. Der Erblasser war an die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 und 4 gebunden.

a) Der Senat kann die Auslegung der letztwilligen Verfügungen selbst vornehmen, da es weiterer Ermittlungen nicht bedarf. Auf der Grundlage des vom Landgericht festgestellten Sachverhalts ergibt die Auslegung, wie nachfolgend darzulegen ist, dass ein Wille der Eheleute zur fehlenden Wechselbezüglichkeit oder freien Abänderbarkeit der gesamten Schlusserbeneinsetzung nicht vorliegt, sich jedenfalls nicht zweifelsfrei feststellen lässt sodass hinsichtlich der als Schlusserven eingesetzten Beteiligten zu 2 und 4 zumindest die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB eingreift.

b) Die Eheleute haben im gemeinschaftlichen Testament von 1981 ihre Erbfolge abschließend und umfassend geregelt. Das Testament stellt eine vollständige Regelung nach Art eines Berliner Testaments dar. Es regelt die gegenseitige Erbinsetzung, wie sie bereits im Erbvertrag enthalten ist, bestimmt ebenso wie der Erbvertrag die freie Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten über das Vermögen, trifft eine

neue Schlusserbeneinsetzung und enthält, anders als der Erbvertrag, die Anordnung der Testamentsvollstreckung sowie die Aussetzung von Vermächtnissen. Der vorangegangene Erbvertrag enthielt mit Ausnahme der Abänderungsklausel nichts, was nicht im späteren Testament gleich lautend erneut oder abweichend geregelt wäre. Die Eheleute haben nicht nur neue Regelungen getroffen, sondern auch wesentliche Punkte aus dem Erbvertrag unverändert in ihr gemeinschaftliches Testament übernommen (gegenseitige Erbeinsetzung; freie Verfügungsbefugnis); dann kann aber nicht angenommen werden, dass der einzige Punkt im Erbvertrag, der im späteren Testament nicht nochmals aufgegriffen wird (Abänderungsbefugnis), fortgelten sollte. Vielmehr ist das spätere Testament als umfassende und abschließende (ausschließliche) Regelung auszulegen. Diese hebt den vorangegangenen Erbvertrag gemäß § 2258 Abs. 1 BGB insgesamt auf.

c) Die Schlusserbeneinsetzung des Erblassers zugunsten der Verwandten der Ehefrau war wechselbezüglich zu seiner Alleinerbeinsetzung durch die Ehefrau; jedenfalls lässt sich ein gegenteiliger Wille nicht feststellen. Wie oben bereits ausgeführt, muss die Klausel, der Überlebende könne über das Vermögen frei verfügen, keineswegs eine Freistellung von der Schlusserbeneinsetzung bedeuten; hierfür spricht nicht einmal eine Vermutung. Für die Auslegung der Klausel als Ermächtigung zur freien Verfügung unter Lebenden spricht hier insbesondere der Vergleich mit der ursprünglich im Erbvertrag enthaltenen, im späteren Testament aber nicht wieder aufgegriffenen Freistellungsklausel. Dort hatte es geheißen, dass der Überlebende berechtigt sein soll „diese Verfügung abzuändern und über den Nachlass frei zu verfügen“, während es im späteren Testament nur heißt, dass der Überlebende „über das gesamte Vermögen frei verfügen“ kann; die freie Abänderungsberechtigung wurde von den Ehegatten nicht übernommen. Die Ehegatten wollten also gerade keine Berechtigung zur Abänderung der Schlusserbeneinsetzung, sondern nur eine freie Verfügung über das Vermögen unter Lebenden. Hierfür lässt sich unterstützend auch die Stellung der Verfügungsklausel im Testamentsaufbau anführen. Im Unterschied zum Erbvertrag steht die Klausel im gemeinschaftlichen Testament weiter oben gleich im Anschluss an die Alleinerbeinsetzung. Auch ist nunmehr von Verfügung über das Vermögen (nicht: Nachlass) die Rede und bezieht sich die erst anschließend geregelte Schlusserbeneinsetzung auf „das dann noch vorhandene Vermögen“.

Umstände, die gegen diese Auslegung sprechen, sind nicht ersichtlich. Das gilt auch mit Blick auf die damalige Lebenssituation der Eheleute und den Kreis der eingesetzten Schlusserben. Das gemeinschaftliche Testament wurde rund 20 Jahre nach dem Erbvertrag am Tage des 75. Geburtstages des Erblassers errichtet. Die Testatoren, deren Ehe kinderlos geblieben war, haben ihre gegenseitige Alleinerbeinsetzung erneuert und als Schlusserben nunmehr teils den Sohn des Ehemannes und teils Verwandte der Ehefrau eingesetzt. Der Nachlass des Erstversterbenden und das Vermögen des Überlebenden – nach dem Tode des Erstversterbenden zu einer einheitlichen Vermögensmasse vereinigt – sollte, soweit nach dem Tode des Letztversterbenden noch vorhanden, teils in den Mannesstamm und teils in die Verwandtschaft der Ehefrau zurückfließen. Das spricht nicht gegen die Annahme einer Wechselbezüglichkeit, sondern im Zusammenhang mit den übrigen Umständen im Gegenteil dafür. Jedenfalls greift zugunsten der Beteiligten zu 2 und 4 die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB. Beide Beteiligte sind vom Erblasser für den Fall seines Überlebens eingesetzte Verwandte (§ 1589 BGB) der Ehefrau, die ihrerseits den Erblasser bedacht hat. Die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 4 ist somit wechsel-

bezüglich zur Einsetzung des Erblassers durch die Ehefrau, mit der Folge, dass die spätere Verfügung des Erblassers, soweit sie der Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 4 widerspricht, unwirksam ist.

d) Die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB greift allerdings nicht ein, soweit der Erblasser seinen Sohn (an dessen Stelle gemäß § 2069 BGB die Beteiligte zu 3 treten würde) als Erbe eingesetzt hat. Ob aufgrund individueller Auslegung auch bezüglich dieser Einsetzung eine Wechselbezüglichkeit zu bejahen ist (vgl. zur Unterscheidung zwischen der Einsetzung eigener Verwandter und der Verwandten des Ehegatten *J. Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag 3. Aufl. § 2270 BGB Rdnr. 59), bedarf hier keiner Entscheidung. Gegenstand des Verfahrens ist der dem Beteiligten zu 1 als Alleinerben erteilte Erbschein; dieser ist in jedem Fall unrichtig und vom Amtsgericht einzuziehen.

4. (...)

8. BGB §§ 2247 Abs. 1, 2255 (*Vernichtung eines früheren Testaments nach Errichtung eines formunwirksamen Widerrufstestaments*)

**1. Ein vom Erblasser unterschriebenes Testament ist nicht eigenhändig i.S.d. § 2247 Abs. 1 BGB, wenn bei der Niederschrift des Textes die Hand des Erblassers derart geführt wird, dass die Schriftzüge von einem Dritten geformt werden.**

**2. Vernichtet der Erblasser eine Testamentsurkunde, so können Zweifel an der Widerrufsabsicht i.S.d. § 2255 BGB bestehen, wenn der Erblasser zuvor ein weiteres Testament mit einer widersprechenden Regelung der Erbfolge errichtet hatte und – in Unkenntnis der Formunwirksamkeit dieses Testaments – davon ausgegangen ist, bereits hiermit das frühere Testament aufgehoben zu haben.**

OLG Hamm, Beschluss vom 11.9.2001 – 15 W 224/01 –

*Zum Sachverhalt:*

Der am 22.8.1927 geborene Erblasser war nicht verheiratet und hatte keine Kinder. Der Beteiligte zu 3) ist der Sohn des vorverstorbenen Bruders des Erblassers. Nach der Darstellung des Beteiligten zu 4) kommen Personen aus den Stämmen anderer Geschwister des Erblassers als weitere gesetzliche Erben in Betracht, die derzeit noch nicht ermittelt sind. Der Beteiligte zu 4) nimmt für sich in Anspruch, als Nachlasspfleger diese noch unbekanntes gesetzlichen Erben in dem vorliegenden Verfahren zu vertreten.

Am 26.9.1998 errichtete der Erblasser ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament, im welchem er den Beteiligten zu 1) zu seinem Alleinerben einsetzte. Dieses Testament ist im Original nicht mehr vorhanden. Es existiert lediglich eine Fotokopie. Hierin heißt es u.a. wie folgt:

„Mein Universalerbe soll mein Freund K sein.

Er soll allein über all meine Bank und Sparkassen-Vermögen verfügen. Ebenso meine Wohnungseinrichtung, Auto usw. ...“

Am 4.7.1999 errichtete der Erblasser in seiner Wohnung ein weiteres privatschriftliches Testament, das er eigenhändig unterschrieb. Wie der von der Unterschrift im Schriftbild deutlich abweichende Text dieses Testaments niedergeschrieben wurde, ist zwischen den Beteiligten streitig. Dieser Text lautet auszugsweise wie folgt:

„Mein Universalerbe soll mein Freund G sein. Er soll allein über all meine Bank- und Sparkassenvermögen verfügen. Ebenso meine Wohnungseinrichtung etc. Auto. ...“

Im weiteren Verlauf des 4.7.1999 wurde der Erblasser zur Behandlung in das Krankenhaus aufgenommen und verblieb dort zunächst



bis zum 16.7.1999. Ein weiterer Krankenhausaufenthalt erfolgte vom 23.9.1999 bis zu seinem Tod am 16.11.1999.

Am 26.11.1999 hat der Beteiligte zu 2) das Testament vom 4.7.1999 bei dem Nachlassgericht zur Eröffnung eingereicht und in diesem Zusammenhang gegenüber dem Geschäftsstellenbeamten erklärt, der Text dieses Testaments sei von ihm geschrieben worden. Das Testament ist daraufhin am 29.11.1999 von dem Nachlassgericht eröffnet worden.

Der Beteiligte zu 2) hat in notarieller Urkunde vom 24.1.2000 beantragt, ihm einen Erbschein zu erteilen, der ihn aufgrund des Testaments vom 4.7.1999 als Alleinerben des Erblassers ausweisen soll. Zum Vorgang der Errichtung dieses Testaments hat er nunmehr behauptet, er habe den Erblasser bei der Niederschrift des Textes dieses Testaments lediglich körperlich unterstützt. Dabei habe er, der Beteiligte zu 2), sich darauf beschränkt, die zitterige Hand des Erblassers zu beruhigen, während dieser die Schriftzüge selbst geformt habe. Im Anschluss an die Errichtung des Testaments vom 4.7.1999 habe der Erblasser sein früheres Testament vom 26.9.1998 eigenhändig zerrissen. Bei seiner Erklärung gegenüber dem Geschäftsstellenbeamten des Nachlassgerichts vom 26.11.1999 sei er, der Beteiligte zu 2), hinsichtlich der Niederschrift des Textes des Testaments vom 4.7.1999 falsch verstanden worden.

Der Beteiligte zu 1) hat seinerseits in notarieller Urkunde vom 18.12.1999 beantragt, ihm einen Erbschein zu erteilen, der ihn aufgrund des Testaments vom 26.9.1998 als Alleinerben des Erblassers ausweisen soll. Zur Begründung hat er im Wesentlichen geltend gemacht, das frühere Testament vom 26.4.1998 sei von dem Erblasser nicht wirksam widerrufen worden, weil der Text des Testaments vom 4.07.1999 nicht von dem Erblasser, sondern von dem Beteiligten zu 2) geschrieben worden sei. Das Original des Testaments vom 26.8.1998 sei nicht von dem Erblasser, sondern von dem Beteiligten zu 2) zerrissen worden.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 5.3.2001 beide Erbscheinsanträge zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 1) und 2) Beschwerde eingelegt, mit der sie jeweils ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgt haben.

Das Landgericht hat durch Beschluss vom 13.6.2001 beide Rechtsmittel zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 2).

#### Aus den Gründen:

(...)

##### 1. Beschwerde des Beteiligten zu 2)

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht eine wirksame Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2) verneint, weil es eine eigenhändige Niederschrift des Textes des Testaments vom 4.7.1999 durch den Erblasser nicht feststellen können. Das Schriftstück entspricht deshalb nicht der zwingenden Form, die § 2247 Abs. 1 BGB für die Errichtung eines privatschriftlichen Testaments vorsieht.

Eigenhändigkeit setzt zwingend voraus, dass der Erblasser die Niederschrift selbst angefertigt hat. Durch Dritte hergestellte Niederschriften sind immer unwirksam, selbst wenn sie in Anwesenheit des Erblassers nach dessen Willen und Weisungen angefertigt und vom Erblasser eigenhändig unterschrieben worden sind. Die zwingende Eigenhändigkeit kann nicht dadurch ersetzt werden, dass der Erblasser sich eines Dritten als Werkzeug bedient oder diesen ermächtigt, die letztwillige Verfügung niederzuschreiben (vgl. BayObLG FamRZ 1990, 441, 442; *Staudinger-Winkler*, BGB, 13. Aufl., § 2247 Rdnr. 35). Eigenhändigkeit ist nicht gegeben, wenn dem Erblasser die Hand geführt wird und dadurch die Schriftzüge von einem Dritten geformt werden (BGHZ 47, 68, 70). Daher gilt nicht als vom Erblasser „eigenhändig“ geschrieben, was er unter der Herrschaft und Leitung eines anderen abgefasst hat; folgt

er lediglich einem fremden Willen, so liegt Eigenhändigkeit nicht vor (BGH NJW 1981, 1900, 1901). Er muss die Gestaltung der Schriftzüge selbst bestimmen (BGH NJW 1981, a.a.O.). Zulässig ist dagegen eine unterstützende Schreibhilfe (Abstützen des Armes, Halten der zitternden oder geschwächten Hand), solange der Erblasser die Formung der Schriftzeichen vom eigenen Willen getragen selbst bestimmt (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 1286). Die Niederschrift und die Unterschrift müssen vom Willen des Erblassers abhängen; sie dürfen nicht von einem anderen durch Führen der Hand des Testierenden ohne dessen Willen hergestellt werden (BayObLG Rpfleger 1985, 493). Wenn es sich um eine zulässige Unterstützung handelt, bleibt es ohne Bedeutung, ob der Erblasser seine gewöhnlichen Schriftzüge zustandebringt oder seine Unterschrift lesbar ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1985, a.a.O.). Kann der Erblasser bei der Abfassung des Testaments überhaupt nicht mehr aktiv mitwirken, ist er nicht mehr schreibfähig. Von einer Eigenhändigkeit kann in diesem Fall nicht mehr die Rede sein (vgl. BGH NJW, 1981, 1900, 1901).

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen, die es seinen Erwägungen ausdrücklich vorangestellt hat, hat das Landgericht das Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen dahin gewürdigt, es könne nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass der Erblasser den Text des Testaments eigenhändig niedergeschrieben habe. Zur Begründung hat das Landgericht dazu ausgeführt:

Es sei eine deutliche Abweichung der Schriftzüge des Erblassers in dem Testament vom 4.07.1999 gegenüber denjenigen in seiner letztwilligen Verfügung vom 26.9.1998 erkennbar. Demgegenüber habe sich die Schrift des Erblassers in der Zeit vom 26.9.1998 bis zum 4.7.1999 nicht wesentlich geändert, was sich aus dem Vergleich der beiden Unterschriften unter den Testamenten ergebe. Der Text des Testaments vom 4.7.1999 sei erkennbar nicht in der dem Erblasser eigenen und seine individuellen Schriftzüge aufweisenden Schrift abgefasst worden. Auch habe der Beteiligte zu 2) nicht etwa von einem bloßen Abstützen der Hand oder des Armes des Erblassers oder von einer sonstigen untergeordneten körperlichen Unterstützungshandlung gesprochen. Vielmehr habe er im Rahmen seiner persönlichen Anhörung am 3.2.2001 erklärt, dass er die Hand des Erblassers geführt habe. Dem entspreche auch die Aussage der Zeugin J und die Aussage des Zeugen H. Auch nach diesem äußeren Erscheinungsbild der Unterstützung des Erblassers bei der Abfassung des Testaments vom 4.7.1999 bestünden entscheidungserhebliche Zweifel daran, dass der Erblasser den Text eigen- und willensbestimmt verfasst habe. Ein weiterer Anhaltspunkt ergebe sich aus den Äußerungen des Beteiligten zu 2) gegenüber dem Geschäftsstellenbeamten des Amtsgerichtes vom 26.11.1999. Nach der dienstlichen Äußerung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vom 27.1.2000 habe nämlich der Beteiligte zu 2) erklärt, dass er den Text der letztwilligen Verfügung selber geschrieben habe und der Erblasser diesen nur unterschrieben habe.

Diese tatsächliche Würdigung unterliegt im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob der Tatrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), bei der Erörterung des Beweistoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und dabei nicht gegen Beweisregeln, Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze oder gegen verfahrensrechtliche Vorschriften verstoßen hat, ferner, ob die Beweisanforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (vgl. *Keidel/Kahl*, FG, 14. Auflage, § 27 Rdnr. 42). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Auch für den *Senat* ist es erkennbar und offenkundig, dass die Schriftzüge im Text der beiden Testamente krass voneinander abweichen und nichts miteinander gemein haben. Es ist nicht nur so, dass der Erblasser seine gewöhnlichen Schriftzüge nicht zustandegebracht hat (vgl. BayObLG Rechtspfleger 1985 a.a.O.), sondern dass die Schriftzüge keinerlei Übereinstimmung mehr aufweisen. Unter Berücksichtigung des übrigen Beweisergebnisses ist danach die tatsächliche Würdigung des Landgerichts, jedenfalls sei die Hand des Erblassers von dem Beteiligten zu 2) so geführt worden, dass die Schriftzüge in Wirklichkeit von ihm geformt worden seien, rechtlich nicht zu befechten. Die Schriftzüge sind dann lediglich mit der „Feder in der Hand“ des Erblassers hergestellt worden und es fehlt die Eigenhändigkeit (BGHZ 47, 68, 71; NJW 1981, 1900, 1901).

Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 2) hatte das Landgericht keinen Anlass, dem Vorbringen in seinem Schriftsatz vom 18.5.2001 nachzugehen, der Erblasser habe irgendwann nach Errichtung des Testaments vom 4.7.1999 Herrn H mitgeteilt, dass er den Beteiligten zu 1) nicht mehr als Erben haben wollte; er habe ein Testament abgefasst, in dem er den Beteiligten zu 2) zum Erben eingesetzt habe. Denn das Erfordernis der Eigenhändigkeit bezieht sich auf die Wahrung der Form für die Errichtung eines privat-schriftlichen Testaments und verlangt entsprechend den bereits dargestellten Grundsätzen, dass der Erblasser die Formung der Schriftzeichen vom eigenen Willen getragen selbst bestimmt. Davon zu unterscheiden ist, ob die getroffene Regelung inhaltlich dem subjektiven Willen des Erblassers entspricht. Nur auf den subjektiven Willen des Erblassers bezieht sich indessen das tatsächliche Vorbringen des Beteiligten zu 2).

## 2. Beschwerde des Beteiligten zu 1)

Der Beteiligte zu 1) ist aufgrund des privatschriftlichen Testaments des Erblassers vom 26.9.1998 zu seinem Alleinerben berufen, es sei denn, der Erblasser hat dieses Testament wirksam widerrufen. Ein Widerruf dieses Testament durch widersprechende letztwillige Verfügung (§ 2258 Abs. 1 BGB) scheidet aus, nachdem die Unwirksamkeit des Testaments vom 4.7.1999 feststeht. In Betracht kommt deshalb nur ein Widerruf in der Form des § 2255 S. 1 BGB, also dadurch, dass der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vorgenommen hat, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Auch ein in dieser Form vorgenommener Widerruf ist unwirksam, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Veränderung bzw. Vernichtung der Testamentsurkunde im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB nicht testierfähig war.

Das Landgericht hat im Rahmen seiner tatsächlichen Würdigung ausdrücklich offen gelassen, ob festgestellt werden kann, dass der Erblasser das Testament vom 26.9.1998 bereits vor der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 4.7.1999 dadurch widerrufen hat, dass er es durchgestrichen hat. Für das Verfahren der weiteren Beschwerde muss deshalb zugunsten des Beteiligten zu 1) davon ausgegangen werden, dass ein solcher Widerruf nicht erfolgt ist.

Die Kammer hat auf der Grundlage der Aussage der vom Amtsgericht vernommenen Zeugen J und H festgestellt, der Erblasser habe unmittelbar im Anschluss an die Errichtung des Testaments vom 4.7.1999 das frühere Testament eigenhändig zerrissen. Das Landgericht hat die in diesem Punkt übereinstimmenden Aussagen der genannten Zeugen uneingeschränkt für glaubhaft erachtet und darauf seine volle Überzeugung von der Richtigkeit des geschilderten Vorgangs gestützt. Diese tatsächliche Würdigung ist im Ergebnis nicht

verfahrensfehlerfrei. Dabei kann offen bleiben, ob die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung den Anforderungen des § 25 FGG im Hinblick darauf noch entspricht, dass sie auf die von dem Beteiligten zu 1) erhobenen Bedenken nicht eingeht, die dieser gegen die Glaubwürdigkeit insbesondere der Zeugin J unter dem Gesichtspunkt erhoben hat, dass diese als Lebensgefährtin des Beteiligten zu 2) an einem für diesen günstigen Ausgang des Verfahrens ein eigenes Interesse haben könnte. Verfahrensrechtlich war das Landgericht auch nicht zwingend verpflichtet, die beiden genannten Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es deren Glaubwürdigkeit – wie hier – in Übereinstimmung mit dem Amtsgericht beurteilen wollte (§§ 15 Abs. 1 S. 1 FGG; 398 Abs. 1 ZPO). Davon bleibt indessen unberührt, dass das Landgericht im Rahmen der Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) solchen von den Beteiligten im Beschwerdeverfahren vorgetragene Tatsachen nachgehen muss, die die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der bereits vernommenen Zeugen beeinflussen können. Unter diesem Gesichtspunkt hätte nach Auffassung des *Senats* das Landgericht den von dem Beteiligten zu 1) angetretenen Beweis für seine Darstellung erheben müssen, der Beteiligte zu 2) habe gegenüber der Zeugin erklärt, er selbst habe das frühere Testament des Erblassers zerrissen. Vorbehaltlich der näheren Aufklärung der Umstände einer solchen Erklärung des Beteiligten zu 2) könnte eine solche außerhalb und abweichend von seinem Vortrag in dem gerichtlichen Verfahren abgegebene Darstellung des Geschehensablaufs mittelbar auch die Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen schwächen, weil die Angaben der an dem Vorgang unmittelbar Beteiligten sich dann widersprüchen. Hinzu kommt, dass das Landgericht im Rahmen seiner Würdigung der Aussagen derselben Zeugen in anderem Zusammenhang seine verbleibenden Zweifel betreffend die Eigenhändigkeit der Errichtung des Testaments u.a. auch damit begründet hat, der Beteiligte zu 2) habe in diesem Punkt mit seinem Erbscheinsantrag eine Darstellung gegeben, die in Widerspruch zu seinen früheren Angaben gegenüber dem Geschäftsstellenbeamten des Nachlassgerichts stehe.

Sollte die danach erforderliche weitere Beweisaufnahme ergeben, dass das Testament vom 26.9.1998 von dem Beteiligten zu 2) zerrissen worden ist, muss dies nicht zwingend zur Unwirksamkeit des Widerrufs führen. Zwar muss die Vernichtung vom Erblasser vorgenommen werden. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut des § 2255 BGB, andererseits daraus, dass der Erblasser es nach § 2065 Abs. 1 BGB nicht einem Dritten überlassen darf, über die Gültigkeit der Verfügung zu entscheiden. Aus diesem Grunde kann es der Erblasser nicht wirksam einem Dritten überlassen, darüber zu entscheiden, ob und wann er das Testament vernichtet oder verändert. Nicht ausgeschlossen ist es hingegen, dass sich der Erblasser eines Dritten zur Verwirklichung des von ihm selbst gefassten Widerrufswillens bedient, indem dieser das Testament vernichtet oder verändert. Es ist nicht einmal erforderlich, dass dies der Dritte in Anwesenheit oder unter „Tatherrschaft“ des Erblassers ausführt. Dem Dritten darf nur kein Entscheidungsspielraum verbleiben (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 1350, 1351; *Dittmann-Voit*, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl., § 2225 Rdnr. 10). Es bedarf dann aber besonderer Feststellungen, dass die von einem Dritten vorgenommene Vernichtung der Testamentsurkunde vom Willen des Erblassers gedeckt ist.

Das Landgericht hat keine nähere tatsächliche Würdigung in der Richtung vorgenommen, ob in der Vernichtung der Testamentsurkunde durch den Erblasser sein Wille zum Ausdruck kommt, seine letztwillige Verfügung aufzuheben. Die Kammer hat sich insoweit auf den Hinweis darauf beschränkt,

gem. § 2255 S. 2 BGB sei bei einer Vernichtung der Testamentsurkunde durch den Erblasser zu vermuten, dass er die Aufhebung seiner letztwilligen Verfügung beabsichtigt habe. Zweifel an einer Widerrufsabsicht können sich hier jedoch daraus ergeben, dass der Erblasser zuvor ein weiteres Testament mit einer widersprechenden Regelung der Erbfolge errichtet hatte und in Unkenntnis der Formunwirksamkeit dieses Testaments – ggf. davon ausgegangen ist, bereits auf diese Weise seine frühere letztwillige Verfügung wirksam aufgehoben zu haben. Für eine solche Fallgestaltung wird im Anschluss an eine Entscheidung des OLG Freiburg (Rpflerger 1952, 340 f.) verschiedentlich angenommen, eine Widerrufsabsicht des Erblassers könne nicht angenommen werden (*Staudinger/Baumann*, BGB, 13. Bearbeitung, § 2255 Rdnr. 21; *MK/BGB*, 3. Aufl., § 2255 Rdnr. 4; *RGRK/BGB-Kregel*, 12. Aufl., § 2255 Rdnr. 5; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl., § 2255 Rdnr. 8). Der *Senat* hält in diesem Zusammenhang eine differenzierte Betrachtungsweise für erforderlich, wie sie von *Voit* (bei *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl., a.a.O., § 2255 Rdnr. 14) vorgeschlagen wird und auch in der genannten Entscheidung des OLG Freiburg als mögliche Würdigung des Vorgangs anklingt: Will der Erblasser das frühere Testament nicht nur zur Vermeidung von Unklarheiten zerreißen, sondern in der Absicht, jeden Anschein einer Verfügung mit diesem Inhalt aus der Welt zu schaffen, so kann gleichwohl von einer Widerrufsabsicht ausgegangen werden. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der Erblasser sich durch das formunwirksame spätere Testament nicht auf geringfügige Änderungen der früheren letztwilligen Verfügung beschränkt, sondern – wie hier – eine grundlegend andere letztwillige Verfügung getroffen hat. Geht man von dem Vorgang aus, wie er von den Zeugen J und H dargestellt worden ist, so ergeben sich deutliche Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser ungeachtet der bereits abgeschlossenen Errichtung des aus seiner Sicht formwirksamen neuen Testaments besonderen Wert auf die Vernichtung seiner früheren letztwilligen Verfügung legte. Darin kann der Wille zum Ausdruck kommen, einer testamentarischen Erbfolge des Beteiligten zu 1) in jedem Fall die Grundlage zu entziehen.

Zu dem Komplex des Widerrufs des Testaments vom 26.9.1998 bedarf es deshalb insgesamt noch weiterer Ermittlungen und einer ergänzenden tatsächlichen Würdigung, die der *Senat* als Rechtsbeschwerdegericht nicht selbst vornehmen kann. Die Sache musste deshalb insoweit an das Landgericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

Die Entscheidung des Landgerichts begegnet keinen verfahrensrechtlichen Bedenken, soweit die Kammer von weiteren Ermittlungen im Hinblick darauf abgesehen hat, ob ein gem. § 2255 BGB vorgenommener Testamentswiderruf gem. § 2229 Abs. 4 BGB wegen Testierunfähigkeit des Erblassers unwirksam ist. Der *Senat* hat die Entscheidung des Landgerichts unter diesem Gesichtspunkt von Amts wegen unabhängig davon überprüft, dass der Beteiligte zu 1) in der Begründung seines Rechtsmittels keine Rügen gegen diese Verfahrensweise des Landgerichts erhoben hat. Diese Überprüfung hat keine durchgreifende Beanstandung ergeben. Die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung trägt der Rechtsprechung des *Senats* hinreichend Rechnung, die zwar von einer eingehenden Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) des Nachlassgerichts sowohl in Bezug auf die tatsächlichen Grundlagen als auch die medizinische Bewertung von Befunden als Grundlage für die Beurteilung einer etwaigen Testierunfähigkeit im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB ausgeht, die jedoch erst dann einsetzt, wenn nach dem Vortrag der Beteiligten und verständiger Würdigung der Sachlage greifbare Anhaltspunkte

dafür bestehen, dass die geistige Leistungsfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung bzw. hier des Testamentswiderrufs beeinträchtigt war (*Senat FamRZ* 1997, 1026). Solche Anhaltspunkte bestanden hier nicht, wie das Landgericht verfahrensfehlerfrei angenommen hat.

(...)

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. GmbHG § 55 Abs. 1, § 57 Abs. 3, § 86 (*Übernahmeerklärung bei Euroglättung*)

- Für eine im Zusammenhang mit einer Umstellung des Stammkapitals und der Geschäftsanteile auf Euro beschlossene Kapitalerhöhung und deren Anmeldung gelten die allgemeinen Vorschriften.**
- Deshalb bedarf es auch bei einer zur „Glättung“ der Stammeinlage beschlossenen Aufstockung des Geschäftsanteils des Alleingeschafters der Übernahmeerklärung und der Vorlage der Liste der Übernehmer.**

BayObLG, Beschluss vom 20.2.2002 – 3Z BR 30/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die R.-GmbH ist seit 12.1.1996 im Handelsregister eingetragen. Mit der notariell beglaubigten Urkunde vom 13.8.2001 meldete der Alleingeschafter und Mitgeschäftsführer der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister an, dass das Stammkapital der Gesellschaft von 50.000 DM auf 25.564,59 EUR umgestellt und um 435,41 EUR auf 26.000 EUR erhöht worden und § 1 Abs. 1 der Satzung entsprechend geändert sei. Zur Übernahme der Bareinlage sei er zugelassen, der Nennbetrag seines Geschäftsanteils sei auf 26.000 EUR aufgestockt worden. Er versicherte, dass das gesamte Stammkapital voll einbezahlt sei.

Mit der Zwischenverfügung vom 30.10.2001 wies das Amtsgericht darauf hin, die beantragte Eintragung setze voraus, dass die Übernahmeerklärung des Übernehmers der neuen Stammeinlage, die Liste der Übernehmer und die neue Gesellschafterliste vorgelegt werden. Hiergegen legte der Urkundsnotar Beschwerde ein, mit der Begründung, es sei kein neuer Geschäftsanteil gebildet worden, dies sei rechtlich nicht zulässig. Bei der Aufstockung eines Geschäftsanteils sei eine Übernahmeerklärung nicht erforderlich, bei einer Einmann-GmbH begrifflich nicht notwendig. Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 10.1.2002 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Notar für die Gesellschaft eingelegte weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist zulässig. Der Urkundsnotar ist gemäß § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG postulationsfähig. Er hat vor dem Registergericht einen Antrag gestellt, nämlich den Vollzug der Anmeldung im Handelsregister begehrt. Auf die tatsächliche Berechtigung des Notars, diesen Antrag zu stellen, kommt es nicht an (*Keidel/Kahl* FGG 14. Aufl. § 29 Rdnr. 25).

Das Rechtsmittel ist aber im Wesentlichen nicht begründet.

1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, vor der Eintragung habe der Registerrichter die Ordnungsmäßigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses, der Anmeldung, der Übernahmeerklärungen und der Versicherung nach § 57 Abs. 2 GmbHG zu prüfen.

Neben dem Kapitalerhöhungsbeschluss müsse ein Zulassungsbeschluss gefasst werden, auch dann, wenn zur Über-

nahme nur die bisherigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung zugelassen würden. Die erforderliche Übernahmeerklärung sei in der eingereichten Niederschrift nicht enthalten. Es müsse sich hierbei immer um individuelle Erklärungen der jeweiligen Übernehmer handeln, weil erst hierdurch der Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung der übernommenen Stammeinlagen begründet werde. Der von den Gesellschaftern gemeinsam gefasste Kapitalerhöhungsbeschluss und die mit ihm herbeigeführte Änderung des Gesellschaftsvertrags ließen hingegen den Einzahlungsanspruch auch dann nicht entstehen, wenn die mit den bisherigen Gesellschaftern identischen Übernehmer darin bereits mit ihren neuen Anteilen aufgeführt seien. Zwar könne im Wege der Auslegung dem Kapitalerhöhungsbeschluss auch die entsprechende Übernahmeerklärung der Gesellschafter zu entnehmen sein, es sei jedoch registerrechtlich geboten, dies durch ausdrückliche Erklärung der Übernehmer klarzustellen. Auch hier erscheine es offensichtlich, dass der Alleingesellschafter, der (sich) als Übernehmer zugelassen habe und sodann auch beschließe, seinen Anteil um den Betrag der Kapitalerhöhung auf 26.000 Euro aufzustoeken, auch der Übernehmer sei und die Übernahme nur nicht wörtlich erklärt habe. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Nichtbeachtung der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG die Übernahmeerklärung unwirksam mache und Heilung auch bei Leistung durch die Übernehmer nicht eintrete. Im Hinblick hierauf halte es die Kammer nicht für veranlasst, von der klaren Forderung des § 55 GmbHG durch eine Interpretation sonstiger Erklärungen abzuweichen, zumal es keine Schwierigkeit darstelle, der Form durch einen klarstellenden Satz mit einer ausdrücklichen Übernahmeerklärung zu genügen.

Mit diesen Erwägungen könne auch auf die Übernehmerliste nicht verzichtet werden. Gleiches gelte schließlich für die geforderte Gesellschafterliste. Die Beteiligung des Alleingesellschafters habe sich durch die Aufstockung in der Höhe verändert.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nur hinsichtlich der Forderung nach Vorlage einer Gesellschafterliste nicht stand.

a) Rechtsfehlerfrei hat die Kammer die vom Notar eingelegte Erstbeschwerde als zulässig angesehen. Dies hat das Rechtsbeschwerdegericht selbstständig zu prüfen (vgl. BayObLG GmbHR 1998, 1123/1124). Das Landgericht durfte davon ausgehen, dass der Notar die Erstbeschwerde für die GmbH eingelegt hat. Zwar trifft die Vollmachtsvermutung des § 129 Satz 1 FGG, die auch die Einlegung von Rechtsmitteln umfasst, nicht zu. Diese Vermutung gilt nur für die Bevollmächtigung durch denjenigen, der zu der Anmeldung öffentlich-rechtlich verpflichtet ist (BayObLGZ 1984, 29/32 m.w.N.; BayObLG ZIP 2000, 791). Eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Anmeldung einer Kapitalveränderung besteht hier jedoch nicht (vgl. BayObLG FGPrax 1995, 44/45). Das Landgericht durfte aber davon ausgehen, dass der Notar nicht ohne Vollmacht handeln wird (vgl. BayObLG FGPrax 2001, 164 m.w.N.) und dass er, auch wenn die Rechtsmittelschrift keine entsprechende Erklärung enthält, das Rechtsmittel für den Berechtigten einlegt (vgl. BayObLGZ 1987, 314/316). Dies ist hier die GmbH (BGHZ 105, 324; 107, 1/2).

b) Zutreffend ist die Auffassung des Landgerichts, es müsse die Erklärung des Gesellschafters vorliegen, dass er die Stammeinlage auch in Höhe des Erhöhungsbetrags übernehme.

aa) Wird eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH beschlossen, bedarf es zur Übernahme jeder auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des Übernehmers (§ 55 Abs. 1 GmbHG). Hierdurch wird eine eigenständige,

von dem Kapitalerhöhungsbeschluss zu unterscheidende körperschaftsrechtliche Verpflichtung des Übernehmers gegenüber der Gesellschaft zur Erbringung der auf die Erhöhung entfallenden Einlage begründet (*Hachenburg/Ulmer GmbHG* 8. Aufl. § 55 Rdnr. 60).

bb) Eine Kapitalerhöhung kann in Abweichung von der Regel des § 55 Abs. 3 GmbHG im Wege der Erhöhung (Aufstockung) des einzelnen Geschäftsanteils jedenfalls dann erfolgen, wenn der Inhaber dieses Anteils, wie hier, zu den Gründern gehört (BGHZ 63, 116; BayObLG DB 1986, 738; *Baumbach/Zöllner GmbHG* 17. Aufl. § 55 Rdnr. 28). Auch eine in dieser Weise durchgeführte Kapitalerhöhung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der notariell beurkundeten oder beglaubigten Übernahmeerklärung des Gesellschafters (OLG Celle NJW-RR 1986, 1482), da erst mit der formgerecht erfolgten Erklärung des Übernehmers dessen körperschaftsrechtliche Verpflichtung zur Leistung der Einlage entsteht (*Baumbach/Zöllner* § 55 Rdnr. 18; *Scholz/Priester GmbHG* 8. Aufl. § 55 Rdnr. 28).

cc) Für die Einpersonen-GmbH sieht das Gesetz keine von diesen Vorschriften abweichenden Regelungen vor. Auch hier bedarf es der selbstständigen Verpflichtung des Alleingesellschafters zur Erbringung der auf die Erhöhung entfallenden Einlage in der dem Schutz des Rechtsverkehrs dienenden (vgl. BGH NJW 1977, 1151) notariellen Form gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG.

dd) Auch § 86 GmbHG lässt keine Ausnahme von diesen Vorschriften zu. § 86 Abs. 3 Satz 3 GmbHG bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass für Maßnahmen, die mit der Umstellung des Stammkapitals und der Geschäftsanteile verbunden werden, insbesondere für Kapitalerhöhungen die hierfür geltenden Vorschriften unberührt bleiben (vgl. GmbHG 15. Aufl. § 86 Rdnrn. 11 und 13).

c) Der Anmeldung der beschlossenen Erhöhung des Stammkapitals (§ 57 Abs. 1 GmbHG) sind gemäß § 57 Abs. 3 GmbHG beizufügen die notariell aufgenommene oder beglaubigte Übernahmeerklärung oder eine beglaubigte Abschrift hiervon und die von den Anmeldenden unterschriebene Liste der Übernehmer der neuen Stammeinlage.

aa) Eine Übernahmeerklärung (§ 57 Abs. 3 Nr. 1 GmbHG) ist nicht vorgelegt. Auf sie könnte dann verzichtet werden, wenn sie formwirksam im Protokoll der Kapitalerhöhung enthalten wäre (*Baumbach/Zöllner* § 57 Rdnr. 9; *Lutter/Hommelhoff* § 57 Rdnr. 8). Eine derartige Erklärung ist aber im Protokoll über die Kapitalerhöhung vom 13.8.2001 nicht enthalten, da sie der Urkundsnotar, wie sich aus der Begründung der weiteren Beschwerde ergibt, nicht für erforderlich ansieht.

bb) Die Vorlage der Liste der Übernehmer (§ 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG) ist auch für die Übernehmer, die bereits Gesellschafter sind, erforderlich (*Scholz/Priester GmbHG* 8. Aufl. § 57 Rdnr. 15). Dies gilt auch für Gesellschafter, deren Anteile aufgestockt sind (*Lutter/Hommelhoff* § 57 Rdnr. 9).

d) Hingegen fehlt es für die Forderung der Vorlage einer Gesellschafterliste an einer Rechtsgrundlage. Insoweit mussten die Zwischenverfügung des Amtsgerichts vom 30.10.2001 und der angefochtene Beschluss aufgehoben werden.

3. Die Akten werden an das Amtsgericht zurückgegeben, damit dieses unter Beachtung des Beschlusses des *Senats* das Verfahren weiterbetreiben kann. Der *Senat* weist darauf hin, dass die Anmeldung der Kapitalerhöhung (§ 57 Abs. 1 GmbHG), die Versicherung gemäß § 57 Abs. 2 GmbHG und die Unterzeichnung der Liste der Übernehmer durch alle Geschäftsführer zu erfolgen haben (§ 78 GmbHG).

10. GmbHG § 9c, § 29 Abs. 3 (*Wirksamkeit einer Satzungsbestimmung zur Beschlussfassung über die Gewinnverwendung*)

1. **Die Bestimmung des § 9c Abs. 2 GmbHG gilt nicht für die Prüfung von Satzungsänderungen.**
2. **Die Satzung einer GmbH kann vorsehen, dass die Gesellschafter unter Zustimmung des beeinträchtigten Gesellschafters alljährlich über eine von der satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung beschließen.**

BayObLG, Beschluss vom 23.5.2001 – 3Z BR 31/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Zum Sachverhalt:

Am 19.7.2000 meldete die Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister die Neufassung der Satzung gemäß Gesellschafterbeschluss vom 9.5.2000 an. Deren § 9 Abs. 3 Satz 1 lautet:

„Der ausgeschüttete Gewinn steht den Gesellschaftern entsprechend ihren Geschäftsanteilen zu, soweit sie nicht unter Zustimmung des Betroffenen etwas anderes beschließen.“

Das Amtsgericht beanstandete diese Bestimmung, weil sie gegen § 29 Abs. 3 GmbHG verstoße. Eine vom Verhältnis der Geschäftsanteile abweichende Gewinnverteilung sei nur zulässig, wenn die Satzung selbst einen konkreten abweichenden Maßstab bestimme. Die vom Notar eingelegte Beschwerde wies das Landgericht (GmbHR 2001, 114) zurück. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde des Notars. Auch für Satzungsänderungen gelte der Prüfungsmaßstab des § 9c GmbHG, zudem sei die beanstandete Bestimmung nicht irreführend.

#### Aus den Gründen:

(...)

a) Die Tatsacheninstanzen gehen davon aus, dass die Beschränkung des Prüfungsrechts des Registergerichts bei Neueintragungen gemäß § 9c Abs. 2 GmbHG nicht bei Satzungsänderungen gilt. Dies entspricht dem Wortlaut des § 57a GmbHG, der nur auf § 9c Abs. 1 GmbHG verweist (vgl. BT-Drucks. 13/8444 S. 77). Die Prüfung bei der Eintragung späterer Satzungsänderungen gemäß § 54 GmbHG wird demgemäß von § 9c Abs. 2 GmbHG nicht berührt (BT-Drucks. 13/8444 S. 80; *Lutter/Hommelhoff GmbHG* 15. Aufl. § 57a Rdnr. 1; GmbH-Handbuch/*Kallmeyer* Rdnr. I 1313; einschränkend: *Baumbach/Zöllner GmbHG* 17. Aufl. § 54 Rdnr. 18).

b) Indes kann dahingestellt bleiben, inwieweit ein Satzungsänderungsbeschluss, hier die Bestimmung des § 9 Abs. 3 Satz 1 der Satzung, der Überprüfung durch das Registergericht unterliegt (vgl. BayObLG DB 1993, 156; *Scholz/Priester GmbHG* 8. Aufl. § 54 Rdnr. 35 ff.; *Scholz/Winter GmbHG* 9. Aufl. § 9c Rdnr. 5 ff.; *Baumbach/Zöllner a.a.O.*). Die von den Vorinstanzen gegen diese Bestimmung erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

aa) Die Auffassung der Kammer, die Bestimmung sei irreführend, trifft nicht zu. § 9 Abs. 3 Satz 1 der Satzung kann nicht dahin ausgelegt werden, dass die Gesellschafterversammlung auch auf Dauer eine abweichende Gewinnverteilung durch bloßen Beschluss (mit Zustimmung des Betroffenen) festlegen könne. Gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG hat die Gesellschafterversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses und die Ergebnisverwendung zu entscheiden. Die Feststellung des Jahresabschlusses ist maßgebend für die Gewinnverteilung (vgl. BGH GmbHR 1998, 1178; GmbH-Handbuch/*Heuser* II Rdnr. 170; *Baumbach/Zöllner* § 46 Rdnr. 7). Sie hat gemäß § 42a Abs. 2 GmbHG für jedes Ge-

schaftsjahr gesondert zu erfolgen. Dieses gesetzlich vorgesehene Verfahren entspricht der angemeldeten Neufassung der Satzung (vgl. § 8 Abs. 5, § 9 Abs. 1 und 2). Dies lässt erkennen, dass sich auch die in § 9 Abs. 3 Satz 1 der Satzung vorgesehene Beschlussfassung jeweils auf den für das abgelaufene Geschäftsjahr ausgeschütteten Gewinn bezieht.

bb) Auch das Argument des Amtsgerichts, der Gesellschaftsvertrag müsse selbst den von der Regel des § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG (Verteilung nach Verhältnis der Geschäftsanteile) abweichenden Maßstab der Verteilung des Jahresgewinns festlegen, steht im vorliegenden Fall der Zulässigkeit der Bestimmung von § 9 Abs. 3 Satz 1 der angemeldeten Satzung nicht entgegen.

Es ist zwar richtig, dass Literatur und Rechtsprechung fordern, die von der Regel des § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichenden Maßstäbe müssten sich deutlich aus der Satzung ergeben (vgl. BayObLGZ 1987, 314/319; OLG Köln BB 1987, 941; *Priester* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 3 GmbH § 58 Rdnr. 81). Auch zu dem der Norm des § 59 Abs. 3 Satz 1 GmbHG entsprechenden § 60 Abs. 3 AktG, der die Bestimmung einer anderen Art der Gewinnverteilung als in § 60 Abs. 1 und 2 AktG niedergelegt zulässt, wird verlangt, dass die Satzung diese Regelung selbst enthalten müsse (*Henze* in Großkommentar AktG 4. Aufl. § 60 Rdnr. 18; KK-AktG/*Lutter* 2. Aufl. § 60 Rdnr. 14; *Geßler* AktG § 60 Rdnr. 16; *Hüffer* AktG 4. Aufl. § 60 Rdnr. 6).

Dies steht jedoch der Zulässigkeit von § 9 Abs. 3 Satz 1 der angemeldeten Satzung nicht entgegen. Dieser beinhaltet eine sog. Öffnungsklausel. Hierunter ist eine Ermächtigung in der Satzung zu verstehen, die eine Abweichung von bestimmten materiellen Satzungsbestandteilen zulässt, ohne dass die Satzung selbst geändert werden müsste (vgl. *Priester* ZHR 151 (1987), 40/41; *Lawall* DStR 1996, 1169). Eine Satzungsdurchbrechung durch den die Abweichung, hier die abweichende Gewinnverteilung, regelnden Beschluss, liegt dann nicht vor (vgl. KK-AktG/*Zöllner* § 179 Rdnr. 13; *Scholz/Priester GmbHG* 8. Aufl. § 53 Rdnr. 27; *Priester* DB 1992, 2411/2412); die bezüglich satzungsdurchbrechender Beschlüsse bestehenden formalen Probleme (vgl. BGHZ 123, 15; *Priester* ZHR 151 (1987), 40/44 ff.; *Tieves* ZIP 1994, 1341; *Habersack* ZGR 1994, 355) werden vermieden.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Öffnungsklausel spricht grundsätzlich nicht, dass sie gegenüber der konkreten Regelung der Abweichung von der Satzung nur geringere Publizität bewirkt. Dies gilt jedenfalls, soweit die auf der Grundlage der Klausel getroffenen Beschlüsse als Satzungsdurchbrechung zulässig wären. Die Klausel informiert den Rechtsverkehr in ausreichendem Umfang über die Möglichkeit einer von der Satzung abweichenden Bestimmung durch die Gesellschafter (vgl. *Lawall a.a.O.*).

Die Zuständigkeit der Gesellschafter für die angemeldete Regelung folgt, da die Satzung keine abweichende Bestimmung (vgl. § 45 GmbHG; *Scholz/Emmerich* § 29 Rdnr. 61) enthält, aus § 46 Nr. 1 GmbHG (vgl. BayObLGZ 1987, 314/321). Auch inhaltlich begegnet die Regelung keinen Bedenken. Die Satzung könnte sogar, ohne hierfür einen konkreten Maßstab anzugeben, einen Gesellschafter ganz oder teilweise von der Gewinnverteilung ausschließen (vgl. *Hachenburg/Goerdeler/Müller GmbHG* 8. Aufl. § 29 Rdnr. 70; *Baumbach/Hueck/Fastrich* § 29 Rdnr. 52; *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 8. Aufl. S. 381 ff.). Die von der Regel des § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Gewinnverteilung wird durch § 9 Abs. 3 Satz 1 der Satzung deutlich bestimmt. Es handelt

sich um jeweils punktuelle Regelungen für die Gewinnverteilung eines Geschäftsjahres. Da nach der Satzungsbestimmung die abweichende Verteilung des ausgeschütteten Gewinns von der Zustimmung des Betroffenen abhängt, stellt sich auch die Frage des Minderheitenschutzes (vgl. *Roth/Altmeyen GmbHG* 3. Aufl. § 29 Rdnr. 18; *Rowedder GmbHG* 3. Aufl. § 29 Rdnr. 51 ff.) nicht. Die Bestimmung des § 9 Abs. 3 Satz 1 der Satzung stellt für jeden an der Beschlussfassung Beteiligten und für jeden später in die GmbH Eintretenden klar, dass die Gesellschafter mit Zustimmung des Betroffenen eine von der gesetzlichen Regel abweichende Gewinnverteilung beschließen können.

d) Die Akten waren daher unter Aufhebung der Entscheidungen des Landgerichts und des Amtsgerichts an letzteres zurückzugeben, damit dieses unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des *Senats* über den Eintragungsantrag entscheidet.

11. BeurkG 36, 37 Nr. 2, AktG § 245 Nr. 1, 241 Nr. 2, 130 (*Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen fehlender eigener Wahrnehmung des Notars*)

**Hauptversammlungsbeschlüsse sind nichtig, wenn der beurkundende Notar über Art und Ergebnis der Abstimmungen über die beurkundeten Beschlüsse ausweislich der Niederschrift über die Hauptversammlung selbst nichts wahrgenommen hat.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Wuppertal, Urteil vom 26.2.2002 – 14 O 82/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Dieter Mayer*, München

*Zum Sachverhalt:*

Die beklagte Aktiengesellschaft hielt am 27.6.2001 eine ordentliche Hauptversammlung ab, an welcher die Kläger, die schon damals Aktionäre der Beklagten waren und auch heute noch sind, teilnahmen. Gegenstand der Hauptversammlung waren neben anderen folgende Tagesordnungspunkte:

Punkt 2 (Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns für das Geschäftsjahr 2000),

Punkt 3 (Beschlussfassung über die Entlastung des Vorstandes für das am 31.12.2000 endende Geschäftsjahr),

Punkt 4 (Beschlussfassung über die Entlastung des Aufsichtsrates für das am 31.12.2000 beendete Geschäftsjahr) und

Punkt 7 (Wahlen zum Aufsichtsrat).

Ausweislich der notariellen Niederschrift über die Hauptversammlung gab der Vorsitzende die Abstimmungsergebnisse zu den Tagesordnungspunkten bekannt und stellte zu den vier vorgenannten Tagesordnungspunkten jeweils fest, dass die Vorschläge der Verwaltung angenommen seien, und stellte den jeweiligen Beschluss fest.

Mit der Klage erstreben die Kläger die Feststellung der Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 2, 3, 4 und 7, hilfsweise die Nichtigkeitserklärung der Beschlüsse und weiter hilfsweise die Feststellung ihrer Rechtsunwirksamkeit (nur Kläger zu 2). Zur Begründung der von ihnen vorgetragenen rechtlichen Bewertung der Beschlüsse der Hauptversammlung berufen sich die Kläger unter anderem darauf, dass der Notar, der die Niederschrift über die Hauptversammlung aufnahm, ausweislich der Niederschrift eigene Feststellungen über die Abstimmungsergebnisse nicht getroffen habe und dass der Vorstand der Gesellschaft ihre Fragen, die für die Beschlussfassung zu den vorgenannten Tagesordnungspunkten relevant seien, nicht oder nicht ausreichend beantwortet habe.

*Aus den Gründen:*

Die Klage hat Erfolg.

(...)

Die Kläger sind zur Anfechtung der in der Urteilsformel und in den Klageanträgen bezeichneten Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten befugt (§ 245 Nr. 1 AktG). Die Kläger waren nämlich zur Zeit der Hauptversammlung Aktionäre der Beklagten und in der Hauptversammlung erschienen; sie haben gegen die nunmehr angefochtenen Beschlüsse ausweislich der notariellen Niederschrift Widerspruch eingelegt. Die Frage, ob Aktionäre, die Hauptversammlungsbeschlüsse anfechten, nicht nur zur Zeit der Hauptversammlung, sondern auch in dem nachfolgenden Anfechtungsprozess, etwa zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, noch Aktionär sein müssen, bedarf einer Entscheidung nicht. Nach dem Vorbringen der Kläger zu ihrer auch jetzt noch bestehenden Aktionärsenschaft und den dazu eingereichten Unterlagen geht die Kammer davon aus, dass die Kläger auch jetzt noch Aktionäre der Beklagten sind. Wie die Beklagte nicht bestritten hat, sind die Kläger immer noch in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen, und Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger, ohne dass die Änderung im Aktienbuch eingetragen worden wäre, mittlerweile ihre Aktien übertragen haben, sind nicht ersichtlich.

Die im vorliegenden Rechtsstreit angefochtenen Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 27.6.2001 sind gemäß § 241 Nr. 2 AktG nichtig, weil sie nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 AktG beurkundet worden sind:

Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Dabei sind in der Niederschrift neben anderen, in § 130 Abs. 2 AktG genannten Einzelheiten insbesondere die Art und das Ergebnis der Abstimmung anzugeben. Hieran fehlt es im vorliegenden Fall in bezug auf die Abstimmung über die vier hier streitigen Abstimmungen und Beschlüsse.

Die notarielle Niederschrift, deren Einzelheiten in § 130 AktG geregelt sind, stellt sich – im Vergleich mit den Regelungen über die Beurkundung von Willenserklärungen in den §§ 6 bis 35 Beurkundungsgesetz – als eine Niederschrift im Sinne des § 36 Beurkundungsgesetz dar. Das bedeutet, dass die Niederschrift einen Bericht des Notars über seine (eigenen) Wahrnehmungen enthalten muss. Ergibt sich aus der Niederschrift, dass der Notar über Art und Ergebnis von Abstimmungen selbst nichts wahrgenommen hat, fehlt es an der erforderlichen Beurkundung.

Hinsichtlich der Art der Abstimmung (Substraktionsverfahren, Verwendung von Stimmabschnitten) mangelt es der Niederschrift schon an der an sich gebotenen Klarheit. Denn in der Niederschrift ist dazu lediglich mitgeteilt, dass der Vorsitzende der Hauptversammlung erklärt hat, wie das Verfahren erfolgen solle (Seite 7 der Niederschrift: Stimmkartenverfahren, Substraktionsverfahren, Auswertung mit Hilfe eines EDV-Systems), und dass der Vorsitzende vor der Einsammlung der Stimmen darum gebeten habe, die Nein-Stimmen in den roten Sammelbehälter und die Stimmenthaltungen in den grünen Sammelbehälter einzuwerfen (Seite 22 der Niederschrift). Ein ausdrücklicher Bericht des Notars, ob auch tatsächlich so verfahren worden ist, fehlt in der Niederschrift.

Will man nach dem Gesamtzusammenhang der in der Niederschrift über die Hauptversammlung enthaltenen Erklärungen noch den Schluss ziehen, dass die Niederschrift einen Bericht

des Notars darüber enthält, wie abgestimmt worden ist (Art der Abstimmung), fehlt es jedenfalls an einem Bericht des Notars über seine Wahrnehmungen von dem Abstimmungsergebnis. Der Notar hat nämlich in der Niederschrift nur bezeugt, dass nach einer Pause der Vorsitzende die Abstimmungsergebnisse in einer bestimmten Art und Weise bekanntgegeben habe (Seite 22 der Niederschrift). Die Wahrnehmung des Notars erstreckte sich damit nicht auf das Abstimmungsergebnis als solches, sondern nur auf das, was der Vorsitzende über das Abstimmungsergebnis erklärt hat. Dies war unzureichend. Denn wie sich aus § 130 Abs. 2 AktG und § 37 Nr. 2 Beurkundungsgesetz ergibt, muss der Notar das Ergebnis der Abstimmung als solches wahrnehmen. Die gesetzliche Regelung enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich der Notar hinsichtlich der Richtigkeit der Zählung der abgegebenen Stimmen ausschließlich auf die diesbezügliche Feststellung des Vorsitzenden verlassen darf, wie das hier ausweislich der Niederschrift geschehen ist. Will der Notar in der vorgeschriebenen Weise eine Niederschrift über das Abstimmungsergebnis aufnehmen, muss er sich selbst in angemessener Weise von der Richtigkeit der Zählung überzeugen. Dies bedeutet nicht, dass der Notar selbst die Stimmen zählen muss. Er muss sich jedoch, will er überhaupt von dem Abstimmungsergebnis als solchen etwas wahrnehmen, einen eigenen Eindruck von der ziffernmäßigen Erfassung der abgegebenen Stimmen, d.h. dem Auszählungsvorgang als solchem verschaffen. Hierzu ist er nur in der Lage, wenn die Auszählung zumindest unter seiner Aufsicht erfolgt ist. Hierzu erhält nicht nur die Niederschrift nichts, sondern zwischen den Parteien ist auch unstreitig, dass sich der Notar mit der Auszählung der eingesammelten Stimmabschnitte und dem Inhalt der in der Niederschrift erwähnten roten und grünen Sammelbehälter überhaupt nicht befasst hat.

Das Vorbringen der Beklagten gibt zu einer anderen Beurteilung keine Veranlassung. Bei der Frage, welche Aufgaben der Notar im Zusammenhang mit der Abstimmung und der Niederschrift über ihr Ergebnis hat, geht es nämlich um eine reine Feststellung und Beurkundung von Tatsachen, nicht um die Frage, in welchem Umfange dem Notar im Einzelfall bei Rechtsverstößen eine Prüfungspflicht obliegt. Das zeigt auch der weitere Regelungsgehalt des § 130 Abs. 2 AktG. Denn danach ist – nur! – die Feststellung über die Beschlussfassung, d.h. die rechtliche Bewertung der Stimmabgabe Sache des Vorsitzenden, die dann ihrerseits von dem Notar beurkundet werden muss. Verlässt sich der Notar wie im vorliegenden Fall ausschließlich auf die Mitteilung des Vorsitzenden über die abgegebenen Stimmen, wobei nicht einmal ersichtlich ist, ob die Stimmen wenigstens unter der Aufsicht des Vorsitzenden der Hauptversammlung gezählt worden sind, mag das für alle Beteiligten eine bequeme Verfahrensweise gewesen sein; der mit der Formvorschrift des § 130 AktG bezweckte Schutz der Aktionäre und des Publikums und das Ziel, für die Zukunft Zweifel und Streitigkeiten über das Zustandekommen eines Beschlusses zu vermeiden, wird damit aber nicht einmal ansatzweise erreicht (im Ergebnis in Übereinstimmung mit *Werner* in Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, 1993, § 130, Randnummer 22 und *Wilhelmi*, Der Notar in der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, Betriebsberater 1997, 1331, 1334 – jeweils mit weiteren Nachweisen).

(...)

## Internationales Privatrecht

12. §§ 73 FGG, 2361 Abs. 1, 2369 Abs. 1 BGB, Art 25 EGBGB  
(*Einzuehung eines unbeschränkt erteilten Fremdrechterscheins*)

- I. Die internationale Zuständigkeit ist von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachten; einer entsprechenden Rüge bedarf es nicht.
- II. Die deutschen Gerichte sind für die Erteilung eines unbeschränkten Erbscheins auf der Grundlage ausländischen Rechts (hier: iranisches Erbrecht) international nicht zuständig.
- III. Ein von einem international und damit zugleich örtlich unzuständigen Gericht erteilter Erbschein ist unrichtig. Er beschwert den Erben selbst dann, wenn er inhaltlich der Erbrechtslage entspricht und ist auf die Beschwerde hin durch das Nachlassgericht, welches den Erbschein erteilt hat, einzuziehen.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.9.2001 – 3 W 124/01 –

### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind die einzigen Nachkommen des Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Dieser war iranischer Staatsangehöriger und Mitglied der Religionsgemeinschaft der Bahai. Der Erblasser war zur Zeit seines Tode nicht verheiratet; die Ehe mit seiner früheren Frau wurde rechtskräftig geschieden. Eine letztwillige Verfügung hat der Erblasser nicht hinterlassen.

Im Zeitpunkt seines Todes war der Erblasser Eigentümer eines Grundstückes in J.

Am 16.1.2001 hat das Amtsgericht – Nachlassgericht – Ludwigs-hafen am Rhein auf Antrag des Beteiligten zu 2) einen Erbschein ausgestellt, wonach der Erblasser „aufgrund gesetzlichen iranischen Erbrechts“ von den Beteiligten zu je 1/2 beerbt werde.

Der Beteiligte zu 1) hält diesen Erbschein zwar nicht hinsichtlich der Erbquoten, jedoch insoweit für unrichtig, als er feststellt, dass gesetzliches iranisches Erbrecht anzuwenden ist. Er hat deshalb beantragt, den Erbschein einzuziehen, hilfsweise, diesen für kraftlos zu erklären. Er ist der Ansicht, die Erbfolge habe vorliegend nicht nach iranischem, sondern nach deutschem Recht stattzufinden, da die Anwendung iranischen Rechts eine Verletzung der öffentlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland („ordre public“) darstelle. Eine grobe Grundrechtsverletzung bestehe in der Diskriminierung von Anhängern der Religionsgemeinschaft der Bahai im Iran. Diesen sei es entgegen Angehöriger anderer religiöser Minderheiten, z. B. der Zoroastriker, der Juden und Christen verwehrt, ihre Personenstands- und Erbangelegenheiten selbstständig zu regeln. Gemäß Art. 6 EGBGB dürfe deshalb entgegen Art. 25 EGBGB iranisches Erbrecht keine Anwendung finden, vielmehr sei diese Regelungslücke durch die Anwendung deutschen Erbrechts zu schließen. Der Antragsgegner ist dem entgegen getreten.

Das Nachlassgericht hat die Anträge zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat das Landgericht Frankenthal (Pfalz) mit der Begründung als unzulässig verworfen, es fehle bereits an seiner Beschwer, weil auch dieser die ausgewiesene Erbquote nicht beanstande, sondern lediglich die Feststellung des Nachlassgerichts, dass iranisches Recht anwendbar sei.

Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1) sein Begehren auf Einziehung, hilfsweise Kraftloserklärung des Erbscheins vom 16.1.2001 weiter.

### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (§§ 27 Abs. 1, 29 Abs. 1

Satz 1 und 2, Abs. 4, 20 Abs. 1 und 2 FGG). Die Statthaftigkeit des Rechtsmittels ergibt sich bereits daraus, dass das Beschwerdegericht die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen hat (Gedanke des § 547 ZPO; vgl. BGH NJW 1992, 3305; BayObLG NJW-RR 1994, 831, jew. m. w. N.; *Keidel/Kuntze/Kahl*, FGG-Kommentar, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 7). Die gemäß §§ 29 Abs. 4, 20 Abs. 1 FGG erforderliche Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1) folgt für die weitere Beschwerde daraus, dass seine Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist (vgl. BGHZ 31, 92, 95; BayObLGZ 1982, 236, 238; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, a.a.O. Rdnr. 10, jew. m. w. N.).

2. In der Sache führt die weitere Beschwerde zu einem Erfolg. Denn die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG) und kann deshalb keinen Bestand haben.

a) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist die Erstbeschwerde zulässig. Die Kammer hat die nach § 20 Abs. 1 FGG erforderliche Beschwerdeberechtigung verneint, weil der Beteiligte zu 1) nicht die Erbquote, sondern lediglich die Feststellung in Frage stellt, dass die Beteiligten den Erblasser nach islamischem Recht beerben. Es kann dahinstehen, ob in dieser aus Sicht des Beteiligten zu 1) unrichtigen Feststellung des anwendbaren Rechts eine Beeinträchtigung in seinen Rechten zu sehen ist. Denn die Beschwerde des Beteiligten zu 1) i.S.d. § 20 Abs. 1 FGG ergibt sich unabhängig hiervon bereits daraus, dass – die Anwendbarkeit iranischen Rechts unterstellt – der erteilte Erbschein von einem international unzuständigen Gericht ausgestellt und deshalb unrichtig ist.

Die Vorschrift des § 73 FGG regelt allein die Frage der örtlichen Zuständigkeit der Nachlassgerichte. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte folgt deshalb vorliegend nicht aus dem Umstand, dass der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz in Deutschland hatte. Bestimmt sich die Erbfolge – was das Nachlassgericht ausdrücklich in dem Erbschein festgeschrieben hat und aus Sicht des *Senats* nicht auszuschließen ist – nach iranischem Recht, so fehlt es bereits an deren – von den Vorinstanzen ohne nähere Ausführungen angenommenen – internationaler Zuständigkeit. Diese bestimmt sich nämlich grundsätzlich nach der sog. Gleichlauftheorie, wonach die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nur gegeben ist, wenn nach Art 25 EGBGB materiell-rechtlich deutsches Erbrecht mindestens teilweise anzuwenden ist (vgl. OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 263 m.w.N.). Dies bedeutet, dass kein allgemeiner, unbeschränkter Erbschein auf der Grundlage iranischen Rechts hätte erteilt werden dürfen. Nur wenn das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins bei Anwendung ausländischen Rechts auf das inländische Nachlassvermögen beschränkt, eröffnet § 2369 Abs. 1 BGB als Ausnahme vom Gleichlaufgrundsatz eine internationale Zuständigkeit. Bei Erteilung eines solchen sog. Fremdrechtserscheins muss aber dessen territoriale und gegenständliche Beschränkung herausgestellt werden. Dies ist hier entgegen der entsprechenden Antragstellung durch den Beteiligten zu 2) nicht erfolgt.

b) Die Einziehung des Erbscheins ist gemäß § 2361 Abs. 1 BGB auch in der Sache geboten. Ein von einem international und damit zugleich örtlich unzuständigen Gericht erteilter Erbschein ist unrichtig; ein unrichtiger Erbschein beschwert den Erben selbst dann, wenn er inhaltlich der Erbrechtslage entspricht. Er ist auf die Beschwerde hin durch das Nachlassgericht, welches den Erbschein erteilt hat, einzuziehen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 59. Aufl., § 2361 Rdnr. 4; *Staudin-*

*ger/Schilken*, BGB, 13. Bearb. 1997, § 2361 Rdnr. 8; *Weiß*, RPfleger 1984, 389, 390; BayObLG RPfleger 1975, 304; 1981, 112; OLG Hamm OLGZ 1972, 352; vgl. auch BGH RPfleger 1976, 174, 175: einschränkend für den Fall, dass sich die örtl. Unzuständigkeit des tätig gewordenen Gerichts nicht aus eindeutigen Vorschriften ergibt). Daraus, dass der Beteiligte zu 1) die Unzuständigkeit nicht gerügt hat, ergibt sich nichts anderes: Die internationale Zuständigkeit ist von Amtswegen in jeder Lage des Verfahrens zu beachten (vgl. BayObLG a.a.O., RPfleger 1975, 304).

3. (...)

### Anmerkung:

Das OLG Zweibrücken hatte über die Einziehung eines ungewöhnlichen Erbscheins zu entscheiden. Verstorben war ein iranischer Erblasser mit Nachlassvermögen in Deutschland. Der vom Nachlassgericht erteilte Erbschein „nach iranischem Recht“ stellte nach seinem Wortlaut weder einen Eigenrechtserbschein gem. § 2353 BGB noch einen Fremdrechtserschein gem. § 2369 BGB dar. Für einen Eigenrechtserbschein fehlte es nach dem Wortlaut des Erbscheins an der Anwendbarkeit deutschen Erbrechts und für einen Fremdrechtserschein an dem üblichen Vermerk, wonach dieser Erbschein nur für im Inland befindliches Vermögen gilt. Der Sachverhalt wirft Fragen nach der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte, dem anwendbaren Recht und der Gestaltung des Erbscheins auf.

Verstirbt ein ausländischer Staatsangehöriger, so stellt sich zunächst die Frage nach der internationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung eines Erbscheins. Trotz einer ständigen Kritik in der Literatur<sup>1</sup> hält die Rechtsprechung<sup>2</sup> an dem gewohnheitsrechtlichen Grundsatz des Gleichlaufs von anzuwendendem Recht und internationaler Zuständigkeit fest. Die deutschen Nachlassgerichte seien m.a.W. nur dann international zuständig, wenn deutsches Erbrecht Anwendung finde. § 73 FGG regelt nach h. M. nur die örtliche, nicht aber die internationale Zuständigkeit. Der sog. Fremdrechtserschein gem. § 2369 BGB stelle insofern nur eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme vom Gleichlaufgrundsatz dar.

Daraus folgt, dass die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung eines Erbscheins immer gegeben ist, wenn sich Vermögen im Inland befindet, entweder auf der Basis des Gleichlaufgrundsatzes, weil sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach deutschem Recht richtet, oder – weil ausländisches Recht Anwendung findet – gem. § 2369 BGB für einen Fremdrechtserschein.

Das Pfälzische OLG Zweibrücken verneint die internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts für einen Eigenrechtserbschein gem. § 2353 BGB, da es an der Anwendbarkeit deutschen Rechts fehle. Ein Fremdrechtserschein könne es nicht sein, da es an dem insoweit erforderlichen Geltungsbeschrän-

<sup>1</sup> Z. B. *Soergel/Schurig*, 12. Aufl. 1996, Art. 25 Rdnr. 50; *Münch-Komm/Birk*, 3. Aufl. 1998, Art. 25 Rdnr. 315 ff.; *Ultsch*, Internationale Zuständigkeit in Nachlasssachen, MittBayNot 1985, 6 ff.; *Rehm*, (Anm. zu BayObLG), MittBayNot 1994, 275.

<sup>2</sup> Zuletzt KG Report, 2000, 363; BayObLG ZEV 1999, 485, 486; OLG Brandenburg FamRZ 1998, 985.



kungsvermerk fehle. Diese Ansicht beruht auf der Geltung des Gleichlaufgrundsatzes. Leitet man mit der h. L. die internationale Zuständigkeit aus der örtlichen Zuständigkeit ab, ist sie unvertretbar.

Unzutreffend ist auch die Ansicht des OLG, es handle sich vorliegend um einen unrichtigen Eigenrechtserbschein; ebenso kann es auch ein unkorrekter Fremdrechtserschein sein, denn die Erbfolge wurde ausdrücklich nach iranischem Recht bestimmt und es wurde auf die gesetzliche Erbfolge hingewiesen, ein Hinweis, der bei einem Eigenrechtserbschein regelmäßig fehlt. Handelt es sich aber um einen Fremdrechtserschein, so war die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte gegeben, nur war der Erbschein u. U. unrichtig. Die Einziehung des Erbscheins lässt sich dann nicht damit rechtfertigen, es sei ein international unzuständiges Gericht tätig geworden. Sie könnte nur wegen materieller Unrichtigkeit erfolgen, weil eine Beschränkung weggelassen wurde, nicht aber weil eine Verfahrensvoraussetzung fehlte. Eine Einziehung ist aus diesem Grund aber nicht erforderlich, vielmehr kann der Erbschein durch einen Geltungsbeschränkungsvermerk ergänzt werden.<sup>3</sup>

Ob ein Eigenrechts- oder Fremdrechtserschein zu erteilen gewesen wäre, beurteilt sich danach, welches Recht auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen Anwendung findet. Im deutsch-iranischen Verhältnis wird dies nicht durch die autonome Kollisionsregel des Art. 25 EGBGB, sondern zuvörderst durch die Vorschriften des Niederlassungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17.2.1929<sup>4</sup> geregelt, dessen Weitergeltung 1954 bestätigt wurde.<sup>5</sup> Art. 8 Abs. 3 dieses Abkommens enthält auch eine erbrechtliche Kollisionsnorm, die das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht an die Staatsangehörigkeit des Erblassers anknüpft. Ein iranischer Staatsangehöriger wird somit grundsätzlich nach iranischem Recht beerbt. Allerdings findet dieses Abkommen keine Anwendung, wenn der Erblasser neben der iranischen Staatsangehörigkeit auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, ebensowenig bei Flüchtlingen i. S. d. Genfer Flüchtlingskonvention und bei Asylberechtigten.<sup>6</sup> Insofern wird das Personalstatut gem. Art. 12 der Genfer Flüchtlingskonvention nach dem Recht des Landes seines Wohnsitzes und in Ermangelung eines Wohnsitzes nach dem Recht des Aufenthaltslandes bestimmt. War der Erblasser Flüchtling mit Wohnsitz in Deutschland, würde er somit nach deutschem Recht beerbt werden. In dem Beschluss sind hierzu keine Anmerkungen enthalten, obwohl dies aufgrund der Glaubenszugehörigkeit des Erblassers im Raum stand. Der Erblasser gehörte der Glaubensgemeinschaft der Bahai an, einer Religionsgemeinschaft die im Iran lange Zeit verfolgt wurde. Sollte sich herausstellen, dass der Erblasser Flüchtling oder Asylberechtigter war, wäre ein Eigenrechtserbschein gem. § 2353 BGB zu beantragen gewesen. Liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor, so findet aufgrund des Niederlassungsabkommens grundsätzlich iranisches Recht Anwendung, sodass ein Fremdrechts-

erschein gem. § 2369 BGB zu beantragen und erteilen gewesen wäre.

Das iranische Recht ist seinerseits interpersonal gespalten, sodass die maßgebende Teilrechtsordnung durch eine Unteranknüpfung zu ermitteln ist, die sich nach der Religionszugehörigkeit des Erblassers beurteilt.<sup>7</sup> Die Bahai stellen im Iran eine religiöse Minderheit dar, die als Religionsgemeinschaft keine Anerkennung gefunden hat. Ihre Anhänger werden als dem Islam Abtrünnige betrachtet, die nach den Bestimmungen des iranischen ZGB beerbt werden.<sup>8</sup>

Der Fremdrechtserschein gem. § 2369 BGB weist gegenüber dem Eigenrechtserbschein mehrere Besonderheiten auf. Anzugeben ist der Berufungsgrund, also, ob die Erbfolge auf gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge beruht.<sup>9</sup> Weiter erforderlich ist eine Beschränkung auf den im Inland befindlichen Nachlass sowie die Angabe des anwendbaren Rechts.<sup>10</sup> Die Aufnahme eines Geltungsbeschränkungsvermerks wird allgemein mit dem Wortlaut des § 2369 BGB begründet.

Soweit Korrekturen durch den *ordre public* (Art. 6 EGBGB) vorzunehmen sind,<sup>11</sup> weil die berufene Rechtsordnung mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, ist auch ein *ordre public* Vorbehalt aufzunehmen. Insbesondere das Erbhindernis der Religionsverschiedenheit sowie die Benachteiligung der Frauen gegenüber den Männern bei der gesetzlichen Erbfolge können gegen den deutschen *ordre public* verstoßen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers führt dieser *ordre public*-Verstoß nicht dazu, dass deutsches Recht die Rechtsnachfolge von Todes wegen beherrscht. Der Verstoß gegen den *ordre public* bewirkt vielmehr, dass die Lösung primär im fremden Recht selbst zu suchen ist, sei es durch Außerachtlassung der ausländischen unanwendbaren Norm, sei es durch Schließung der entstandenen Lücke durch eine andere Regelung des ausländischen Rechts. Nur ausnahmsweise sollen die einschlägigen Bestimmungen des deutschen Rechts herangezogen werden. Eine etwaige Ungleichbehandlung von Bruder und Schwester, weil er  $\frac{2}{3}$ , sie aber nur  $\frac{1}{3}$  erben würde, ließe sich auf diese Weise lösen, indem für die Tochter die Regelungen über das Erbrecht der männlichen Abkömmlinge herangezogen werden.<sup>12</sup> Trotz Verstoßes gegen den *ordre public* wird der Erblasser aber nicht nach deutschem Recht beerbt.

Sollte sich die Erbfolge nach iranischem Recht richten, könnte ein Fremdrechtserschein etwa wie folgt lauten:

Unter Beschränkung auf den im Inland befindlichen Nachlass wird bezeugt, dass der ... am ... in ... geborene, zuletzt wohnhaft in ... und in ... verstorbene ... in Anwendung iranischen Rechts unter Berücksichtigung des *ordre public* (Art. 6 EGBGB) aufgrund gesetzlicher Erbfolge von seinen Kindern zu je  $\frac{1}{2}$  beerbt worden ist.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering LL.M. (Montréal),  
Würzburg

<sup>3</sup> S. Palandt/Edenhofer, 60. Aufl. 2001, § 2353 Rdnr. 7; MünchKomm/Promberger, 3. Aufl. 1997, § 2353 Rdnr. 16.

<sup>4</sup> RGBl. 1930 II, S. 1002.

<sup>5</sup> BGBl. 1955 II, S. 829.

<sup>6</sup> Schotten/Wittkowski, Das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen im Familien- und Erbrecht, FamRZ 1995, 264

<sup>7</sup> Staudinger/Dörner, Neubearb. 2000, Anh. zu Art. 25 f. Rdnr. 241.

<sup>8</sup> Staudinger/Dörner, a. a. O., Anh. zu Art. 25 f. Rdnr. 244.

<sup>9</sup> Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl. 2000, Rdnr. 2.106.

<sup>10</sup> MünchKomm-Promberger, a. a. O., § 2369 Rdnr. 20.

<sup>11</sup> Lorenz, IPRax 1993, 148, 150.

<sup>12</sup> S. Lorenz, IPRax 1993, 150; IPG Köln 1987/88, Nr. 43, S. 420 f.

## Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO § 15 (*Einseitiger Widerruf der Anweisung zur Vorlage der Auflassung*)

1. **Erteilen die Beteiligten eines notariellen Vertrages über den Kauf eines Hausgrundstücks nebst eines von der Verkäuferin zu errichtenden Eigenheims dem Notar einvernehmlich die Anweisung, die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt erst zu beantragen, wenn der in Raten zu entrichtende Festkaufpreis vollständig gezahlt ist, so kann die Verkäuferin diese Weisung nach Eintritt der Vollzugsreife – abgesehen von Ausnahmefällen bei Vorliegen ganz besonderer Umstände – nicht einseitig widerrufen oder modifizieren.**
2. **Eine Ausnahme im vorgenannten Sinne kann die Verkäuferin nicht daraus herleiten, dass sie ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, weil sie von den Käufern mit Zusatzleistungen beauftragte Handwerker entlohnt habe und ihr deshalb Aufwendungsersatz gegen die Käufer zustehe.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2001 – 3 Wx 288/01 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 2 erwarben von der Verkäuferin durch Vertrag des Notars K. vom 25.5.1999 den im Grundbuch des Amtsgerichts Rheinberg von Birten Blatt ... eingetragenen Grundbesitz nebst einem von der Verkäuferin darauf zu errichtenden Eigenheim.

In dem notariellen Vertrag heißt es u.a.:

#### „IV. Kaufpreis

Der Kaufpreis beträgt DM 400.000,- ...

Nicht im Kaufpreis enthalten sind: ...

b) die Kosten der Sonderwünsche, ...“

#### V. Kaufpreisfälligkeit und -abwicklung

1. Der Kaufpreis ist in folgenden Raten zu zahlen: ...

5. Der Notar wird angewiesen, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erst zu beantragen, nachdem ihm die vollständige Kaufpreiszahlung – ohne Zinsen – nachgewiesen ist.“

Die Käufer überwiesen am 2.8. und 3.9.1999 insgesamt 386.000,- DM auf den Kaufpreis von 400.000,- DM und verlangten sodann im Klagewege von der Verkäuferin die Anweisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung zu beantragen. Hierbei machten sie geltend, die Kaufpreisforderung sei erfüllt, weil ihnen wegen Mangelhaftigkeit der Arbeiten der Verkäuferin ein die an sich bestehende Restkaufpreisforderung übersteigender aufrechenbarer Schadenersatzanspruch zustehe. Das OLG Düsseldorf wies die Klage am 20.3.2001 ab. Am 9.5.2001 überwiesen die Käufer die ausstehende Restkaufpreisrate von 14.000,- DM.

Nachdem ihm diese Zahlung nachgewiesen worden war, teilte der Notar der Verkäuferin unter dem 30.5.2001 mit, er sei aufgrund der Anweisung in dem Kaufvertrag nunmehr verpflichtet, die Eigentumsumschreibung zu beantragen und kündigte mit Blick auf die bestehenden Unstimmigkeiten zugleich im Wege des Vorbescheids an, er werde 14 Tage nach Zugang des Bescheides die Eigentumsumschreibung beantragen, sofern die Verkäuferin nicht innerhalb der Frist Beschwerde gemäß § 15 BNotO einlege.

Gegen den Vorbescheid hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt, weil der vollständige Kaufpreis sich mit Rücksicht auf Sonderwünsche der Käufer auf etwa 566.000,- DM belaufe, während dem Notar von den Käufern nur der ursprüngliche Kaufpreis von 400.000,- DM nachgewiesen sei.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Dagegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der weiteren Beschwerde, der die Beteiligten zu 2 entgegengetreten.

### Aus den Gründen:

Das gemäß §§ 27, 29, 20 FGG; 15 BNotO zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. (...)

2. Die Ausführungen des Landgerichts halten der dem *Senat* obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zu Unrecht beanstandet die Beteiligte zu 1 den Vorbescheid des Notars vom 30.5.2001. Denn der Notar hat die Voraussetzungen für die Stellung des Eigentumsumschreibungsantrages zugunsten der Beteiligten zu 2 beim Grundbuchamt zutreffend bejaht. Die Voraussetzungen, unter denen er dies nach der übereinstimmenden Weisung der Vertragsschließenden tun sollte, lagen vor. Wie das Landgericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei und in der Begründung zutreffend ausgeführt hat, ergibt die Auslegung des notariellen Vertrages vom 25.5.1999 nämlich, dass mit der – vorliegend inzwischen unstrittig erfolgten – Bezahlung des gesamten als Festpreis vereinbarten Kaufpreises von 400.000,- DM die „vollständige Kaufpreiszahlung“ im Vertragssinne (V.5.) nachgewiesen ist. Die Kosten für etwaige Sonderwünsche waren – so zutreffend das Landgericht – nach IV. b) des notariellen Kaufvertrages ausdrücklich nicht im Kaufpreis enthalten. Hinzu kommt, dass in Bezug auf Sonderwünsche Leistungs- und Vergütungsansprüche im Verhältnis zwischen Verkäuferin und Käufern gar nicht entstehen und auch deshalb nicht Gegenstand des Kaufpreises werden sollten. So vergibt nach Ziffer III des Kaufvertrages der Käufer die Aufträge über Sonderwünsche **im eigenen Namen** an die Unternehmer, übernimmt die Verkäuferin für Sonderwünsche keine Haftung und ist die Zahlung und Überwachung der Leistungen ausschließlich Sache des Käufers. Ebenso sieht die Beteiligte zu 1 dies offenbar selbst. Denn sie leitet den Kaufpreis von 400.000,- DM übersteigende Zahlungsansprüche gegen die Beteiligten zu 2 nicht etwa aus der Vertragsbeziehung der Parteien, sondern aus ungerechtfertigter Bereicherung her (...).

b)

aa) Soweit die Beteiligte zu 1 eigenmächtig – weil sie auf die Mitarbeit der Handwerker auch bei der Durchführung anderer Bauvorhaben angewiesen gewesen sei – Zahlungen an Handwerker für angeblich von den Beteiligten zu 2 bei diesen bestellte „Sonderwünsche“ erbracht hat und hieraus – möglicherweise – der Beteiligten zu 1 aus dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung eine Forderung gegen die Beteiligten zu 2 erwachsen ist, wird hierdurch das Vorliegen der von dem Notar in seinem Vorbescheid bejahten Voraussetzung für den von ihm zu stellenden Antrag auf Eigentumsumschreibung zugunsten der Beteiligten zu 2, nämlich die vollständige Kaufpreiszahlung im Sinne des notariellen Vertrages, nicht in Frage gestellt.

bb) Bewertet man die Geltendmachung eines „Zurückbehaltungsrechts“ durch die Beteiligte zu 1 mit Blick auf ihren angeblichen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Käufer als Einschränkung bzw. Widerruf der Weisung an den Notar, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu beantragen, obwohl ihm die vollständige Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (Ziffer V. 5. des notariellen Vertrages), so hätte der Notar sich zu Recht nicht veranlasst gesehen, deshalb seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Denn nach Vollzugsreife befreit eine einseitige Weisung den Notar nicht von der ihm obliegenden Amtspflicht (BayObLGR 2000, 40; OLG Hamm v. 24.6.1986 – 28 U 349/85, DNotZ 1987, 166; OLG Köln v. 13.6.1990 – 2 Wx 16/90, OLGZ 1990, 397). Eine einseitige Weisung bloß eines von mehreren Beteiligten kann für den Notar nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonde-

ren Umständen beachtlich sein, wenn etwa ein Sachverhalt schlüssig vorgetragen wird, der einen Unwirksamkeitsgrund oder die Anfechtung des Rechtsgeschäfts oder einer seiner Bestimmungen als naheliegend und offensichtlich gegeben erscheinen lässt (BayObLG DNotZ 1998, 646; *Keidel/Winkler* Beurkundungsgesetz 14. Auflage 1999 § 53 Rdnr. 34; vgl. auch BGH, MDR 2000, 547; OLG Hamm, OLGR 1994, 122).

Dies vorausgeschickt hat das Landgericht auch in Ansehung des von der Beteiligten zu 1 wegen ihrer angeblichen bereicherungsrechtlichen Forderung gegen die Käufer reklamierten „Zurückbehaltungsrechts“ vorliegend zu Recht den Vorbescheid des Notars, worin er seine Absicht angekündigt hat, die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 2 zu beantragen, bestätigt.

(...)

## Kostenrecht

14. KostO § 44 (*Gegenstandsgleichheit von Kaufvertrag und Belastungsvollmacht*)

- Kaufvertrag und Belastungsvollmacht sind auch dann gegenstandsgleich, wenn die Belastungsvollmacht den Kaufpreis übersteigt, soweit die Vorwegbelastung der Kaufpreisfinanzierung und der Finanzierung von Baumaßnahmen am Kaufgegenstand dienen soll.**
- Für die Ermittlung der Gebührenhöhe gilt dann § 44 I 2 2. Alt. KostO, wenn dies für den Kostenschuldner günstiger ist.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Rostock, Beschluss vom 22.1.2002 – 2 W 17/02 –

*Aus den Gründen:*

Die gemäß § 156 Abs. 2 KostO statthafte weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch unbegründet.

Die Kostenrechnung vom 28.9.1999, gegen die sich der Beschwerdeführer wendet, ist richtig. Dem Notar steht gemäß § 44 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO für die Beurkundung der Belastungsvollmacht in der Urkunde vom 27.9.1999 eine hälftige Gebühr in Höhe von 280,- DM nach einem Gegenstandswert von 300.000,- DM zu. Diese Gebühr ist neben der Vertragsbeurkundungsgebühr zu erheben. Dies folgt aus § 44 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. KostO. Hier liegen mehrere Erklärungen vor, die in einer Verhandlung beurkundet worden sind, nämlich einmal der notarielle Kaufvertrag und andererseits die Vollmacht zur Vorwegbelastung des Grundstückes bis zur Höhe von 300.000,- DM nebst Zinsen. Diese Vorwegbelastung sollte der Finanzierung von Bauwerksarbeiten am Kaufgegenstand und der Finanzierung des Kaufpreises dienen. In solchen Fällen liegt derselbe Gegenstand im Sinne von § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO vor (so auch *Korinthenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 14. Aufl., Rdnr. 78 zu § 44; OLG Frankfurt DNotZ 77,503; KGRpfl 1972, 270; KGDNotZ 92,117; OLG Köln DNotZ 1976, 248; anders OLG Celle DNotZ 1974, 103; JurBüro 1997, 156). Der Begriff des Gegenstandes im Sinne dieser Vorschrift ist weit zu fassen. In der Judikatur hat sich herausgebildet, dass derselbe Gegenstand dann gegeben ist, wenn sich die mehreren Erklärungen auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, d.h. dessen Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherstellung betreffen. Maßgebend ist darauf abzustellen, in welchem Grade des inneren Zusammenhangs die in einer Urkunde enthaltenen mehreren Erklärungen

stehen. Je mehr das beurkundete weitere Geschäft von einem Hauptgeschäft abhängt, umso eher ist eine Gegenstandsgleichheit gegeben (*Mümmeler*, JurBüro 1997, 157 m.w.N.). Demgemäß hat hier die Vollmachtserteilung denselben Gegenstand wie der Vertragsschluss selbst, denn sie soll die Erfüllung des Kaufpreisanspruches ermöglichen. Da es sich um den Verkauf eines Baugrundstücks handelt, dient auch die Finanzierung von Baumaßnahmen der Vertragserfüllung, denn der Erwerber soll in den Stand gesetzt werden, das Grundstück alsbald zu bebauen.

Gemäß § 44 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. KostO<sup>1</sup> sind hier die Gebühren für den Vertragsschluss und die für die Vollmacht gesondert zu berechnen, da dies hier für den Kostenschuldner günstiger ist. Die Erklärungen unterliegen nämlich verschiedenen Gebührensätzen: Für die Beurkundung der Vollmacht wird die Hälfte der vollen Gebühr erhoben, für die Beurkundung des Vertrages gemäß § 36 Abs. 2 KostO das Doppelte der vollen Gebühr. Ginge man hier für beide Beurkundungen von einem Gegenstandswert von 300.000,- DM aus, so wäre dies für den Beschwerdeführer ungünstiger, als wenn hier eine getrennte Berechnung erfolgt. Der Notar kann die Gebühr für die Beurkundung der Vollmacht auch nach einem Gegenstandswert von 300.000,- DM beanspruchen. Der höhere Wert der Belastungsvollmacht wirkt sich hier auf die Gebührenberechnung aus. Aus Sicht der Parteien war hier nicht der Grundstückswert für die Berechnung des Gegenstandswertes maßgebend, sondern der Umfang der Vollmacht. Dem steht auch nicht die Entscheidung des OLG Celle vom 16.8.1996 (JurBüro 1997, 156) entgegen. Dort hat das Oberlandesgericht Celle ausgesprochen, dass sich der höhere Wert der Belastungsvollmacht jedenfalls dann nicht auswirkt, wenn – auch aus Sicht der Parteien des Vertrages – für den Wert des Kaufvertrages der Kaufpreis maßgebend ist und die Belastung dazu dient, dem Käufer die Nutzung des Grundstückes schon vor der Eigentumsumschreibung zu ermöglichen. So liegen die Dinge hier nicht, vielmehr diene die Belastungsvollmacht zur Kaufpreisfinanzierung und dazu, Investitionen des Käufers auf dem Grundgrundstück zu sichern. Dann ist derselbe Gegenstand im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO gegeben und damit auch der höhere Gegenstandswert der Vollmacht zu berücksichtigen (so auch *Mümmeler*, JurBüro 1997, 157). Der Wert der Belastungsvollmacht war hier nicht vollkommen realitätsfern und willkürlich gegriffen, sondern nachvollziehbar für die Finanzierung von Kaufpreis und Bauwerksarbeiten bestimmt.

(...)

<sup>1</sup> Anmerkung der Schriftleitung: gemeint ist wohl § 44 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. KostO.

15. KostO § 19, WertV § 4 (*Bewertung von Bauerwartungsland*)

**Bauerwartungsland der Stufe 3, bei dem bereits die Aufstellung eines Bebauungsplans beschlossen ist, ist mit 50 % der Preise für Bauland (§ 4 Abs. 4 WertV) zu bewerten.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluss vom 19.4.2002 – 3Z BR 389/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten zu 1 bis 3 und 5 sind die Kinder der Erblasserin, der Beteiligte zu 4 ist ein Pflegesohn. Die Beteiligte zu 3 beantragte auf

der Grundlage eines privatschriftlichen Testaments einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ausweist. Das Amtsgericht wies den Antrag mit der Begründung zurück, das Testament sei gefälscht. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat das Landgericht durch Beschluss vom 25.9.2001 zurückgewiesen. In dem Beschluss ist der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren auf 93.750 DM festgesetzt worden. Gegen diese Festsetzung wendet sich die Beteiligte zu 3 mit ihrer Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde (§ 31 Abs. 3 Satz 1, § 14 Abs. 4 Satz 1 KostO) ist teilweise begründet.

1. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht ist nach freiem Ermessen zu bestimmen (§ 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO), wobei, sofern wie hier besondere Umstände nicht vorliegen, das mit dem Rechtsmittel verfolgte wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers maßgebend ist (vgl. BayObLGZ 1991, 382/384; 1993, 115/117). Der Senat ist befugt, eine eigene Ermessensentscheidung anstelle des Landgerichts zu treffen, da es sich um eine Erstbeschwerde handelt (vgl. *Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 31 Rdnr. 62).

Die Beteiligte zu 3 verfolgte im Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht ihren Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins weiter. Ihr wirtschaftliches Interesse insoweit war, was das Landgericht verkannte und auch die Beteiligten zu 1 und 2 verkennen, durch den Unterschied zwischen dem Wert des von ihr als Alleinerbin erstrebten Nachlasses und dem Wert ihres Nachlassanteils bei gesetzlicher Erbfolge bestimmt (vgl. BayObLGZ 1993, 115/117; *Rohs/Wedewer* KostO 75. ErgLfg zur 2. Aufl. § 131 Rdnr. 16a).

2. Der Nachlasswert wird vom Senat auf 144.315 DM geschätzt. Die für die Geschäftswertfestsetzung im ersten Rechtszug maßgeblichen Vorschriften können als Anhaltspunkte für die Schätzung herangezogen werden, hier also insbesondere § 107 Abs. 2 Satz 1 KostO, der auf den reinen Nachlasswert im Zeitpunkt des Erbfalles abstellt (vgl. BayObLGZ 1986, 489/491).

a) Der Wert der zum Nachlass gehörenden Forderungen und beweglichen Sachen wird auf der Grundlage des Nachlassverzeichnisses vom 24.2.1997 auf 6.200 DM, der der Nachlassverbindlichkeiten einschließlich der Todesfallkosten (abzüglich des von der AOK gewährten Sterbegeldes) auf 22.600 DM geschätzt.

b) Die Bewertung des zum Nachlass gehörenden Grundbesitzes richtet sich nach § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO. Sie muss dem Verkehrswert möglichst nahe kommen (BayObLGZ 1991, 382/385). Ausreichende Anhaltspunkte für einen den Einheitswert (21.300 DM laut Einheitswertbescheid vom 21.10.1991) übersteigenden Verkehrswert bilden die vom Landgericht herangezogene Auskunft der Immobilienmaklerin vom 5.3.1998, die Bodenrichtwertauskunft des Landratsamtes vom 11.6.2001 und deren Ergänzung vom 6.2.2002. Danach liegt das zum Nachlass gehörende Grundstück in einem Gebiet, für das am 2.5.1991 die Aufstellung eines Bebauungsplanes beschlossen wurde. Der Bereich ist im Flächennutzungsplan als allgemeines Wohngebiet ausgewiesen. Das Grundstück war daher bereits im Zeitpunkt des Erbfalles Bauerwartungsland (§ 4 Abs. 2 WertV) gewesen. Für dessen Bewertung ist entscheidend, wie der gesunde Grundstücksverkehr das Grundstück beurteilt (vgl. BGHZ 39, 198). Bei Bauerwartungsland der Stufe 3, bei dem also bereits die Aufstellung eines Bebauungsplans beschlossen ist, dürfen 50 % der Preise für Bauland (§ Abs. 4 WertV) angesetzt werden

(vgl. *Simon/Kleiber* Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten 7. Aufl. Rdnr. 2.13 und 2.16), wie dies auch der Bewertung der Immobilienmaklerin entspricht.

Der Senat geht im Einklang damit und mit dem Landgericht davon aus, dass nur 425 m<sup>2</sup> des zum Nachlass gehörenden Grundstücks bebaubar sein werden. Bei Zugrundelegung des vom Landratsamt mitgeteilten Richtwerts von 730 DM/m<sup>2</sup> ist der bebaubare Teil daher mit 155.125 DM (730 DM x 425 x 50 %) zu bewerten. Der nicht bebaubare Teil ist entsprechend der Richtwertauskunft des Landratsamts vom 11.6.2001 mit 5.590 DM (430 M<sup>2</sup> x 13,- DM/m<sup>2</sup>) zu bewerten. Somit ist der geschätzte Verkehrswert des zum Nachlass gehörenden Grundstücks bezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalles 160.715 DM.

3. Wäre die Beteiligte zu 3 Alleinerbin geworden, hätte sie, was das Landgericht zutreffend berücksichtigt hat, die Pflichtteilsansprüche ihrer drei Geschwister erfüllen müssen (§ 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Belastung macht  $\frac{3}{8}$  des Nachlasswertes aus (§ 1924 Abs. 2 und Abs. 4, § 2303 Abs. 1 Satz 2, § 2311 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB), so dass der Beteiligten zu 3 wertmäßig 90.196 DM geblieben wären. Bei gesetzlicher Erbfolge entfällt auf die Beteiligte zu 3 wirtschaftlich  $\frac{1}{4}$  des Nachlasswertes, also 36.078 DM. Der festzusetzende Geschäftswert besteht in der Differenz beider Werte.

16. KostO § 149 Abs. 1 (*Hebegebühr bei notarieller Auszahlungsanweisung auf ein abstraktes Schuldversprechen*)

**Die Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO entsteht auch dann, wenn ohne die Einrichtung eines Anderkontos dem Notar durch ein abstraktes Schuldversprechen einer Bank eine ausschließliche Verfügungsmacht über einen Geldbetrag eingeräumt wird, von der er durch die Anweisung an die Bank, Beträge an bestimmte Berechtigte auszuzahlen, Gebrauch macht (wie KG DNotZ 1981, 204 = JurBüro 1980, 1069).**

OLG Hamm, Beschluss vom 8.11.2001 – 15 W 209/01 –, mitgeteilt von RiOLG *Helmut Engelhardt*

#### Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 4) beurkundete am 27.3.2000 einen Vertrag, durch den die Beteiligte zu 3) ihr im Grundbuch von E eingetragenes, mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück an die Beteiligten zu 1) und 2) verkaufte und aufließ. Zum Zeitpunkt des Vertragschlusses waren in Abt. III Nr. 1, 1a und 2 des Grundbuchs Grundpfandrechte für die Sparkasse H, die Bausparkasse W und die Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen eingetragen. Der Kaufvertrag sieht vor, dass das Grundstück lastenfrei übertragen werden soll. Zur Kaufpreiszahlung wurde vereinbart, dass die Beteiligten zu 1) und 2) bis zum 15.6.2000 eine Erklärung der Sparkasse H beizubringen hatten, „in der diese sich selbst gegenüber der Verkäuferin verpflichtet, den Kaufpreis bei Fälligkeit auf alleinige Weisung des Notars auszuzahlen.“

Erst nach Vorliegen dieser Erklärung und einer Erklärung der Beteiligten zu 1) und 2) über die erfolgte Räumung des Objekts durch die Beteiligte zu 3) sollte der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung bei dem Grundbuchamt stellen. Ferner wurde vereinbart, dass der Notar den Kaufpreis in Höhe der von den Grundpfandrechtsgläubigern mitgeteilten Ablösebeträge direkt an diese und nur den verbleibenden Restbetrag auf ein Konto der Beteiligten zu 3) auszahlen sollte.

Die Sparkasse H übersandte dem Beteiligten zu 4) in der Folgezeit eine vom 9.6.2000 datierte Erklärung, in der sie sich verpflichtete, „unwiderruflich den Kaufpreis von DM 605.000,00 bei Fälligkeit

gemäß Kaufvertrag auf Ihre alleinige Weisung zu zahlen.“ Der Beteiligte zu 4) hat daraufhin aufgrund der ihm zwischenzeitlich vorliegenden, teilweise mit Treuhandaufgaben verbundenen Löschungsbewilligungen die Sparkasse H mit Schreiben vom 27.6.2000 angewiesen, Teilbeträge von 166.000,00 DM und 74.684,89 DM an die Grundpfandrechtsgläubiger der Rechte Abt. III Nr. 1 und 2 des Grundbuchs und den Kaufpreisrestbetrag an die Beteiligte zu 3) zu überweisen. Zeitgleich hat er die Eigentumsumschreibung und die Löschung der Rechte Abt. III im Grundbuch veranlasst, die antragsgemäß durchgeführt worden sind.

Für seine Tätigkeit betreffend die Auszahlung des Kaufpreises hat der Beteiligte zu 4) den Beteiligten zu 1) und 2) eine Kostenberechnung erteilt, in der er drei Gebühren nach § 149 KostO berechnet nach den ausgezahlten Kaufpreisteilbeträgen zuzüglich Mehrwertsteuer mit einem Gesamtbetrag von 2.015,62 DM in Ansatz gebracht hat.

Gegen diese Kostenberechnung hat der Beteiligte zu 1) bei dem Landgericht Beschwerde erhoben.

Durch Beschluss vom 22.5.2001 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

#### Aus den Gründen:

(...)

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand.

Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass durch die Anweisung des Beteiligten zu 4) an die Sparkasse H zur Auszahlung der Kaufpreisteilbeträge in der oben dargestellten Weise drei Gebühren nach § 149 Abs. 1 KostO entstanden sind. Nach dieser Vorschrift erhält der Notar, wenn an ihn Zahlungen geleistet werden, bestimmte Vomhundertsätze der jeweils ausgezahlten Beträge, deren Höhe nach näherer Maßgabe der Vorschrift gestaffelt sind. Nach S. 2 der Vorschrift stehen in diesem Zusammenhang unbare Zahlungen baren Zahlungen gleich. In Rechtsprechung und Literatur wird einheitlich der Standpunkt vertreten, dass der Anwendungsbereich der Vorschrift sich nicht auf den Regelfall beschränkt, dass der Notar zur Verwahrung von Geld durch Einrichtung eines Notaranderkontos beauftragt wird und damit eine Verfahrensweise gewählt wird, wie sie jetzt in den §§ 54 a, 54 b BeurkG in der Fassung durch das Gesetz vom 31.8.1998 (BGBl. I S. 2585) näher geregelt ist. Vielmehr entsteht die Gebühr nach § 149 KostO auch dann, wenn dem Notar im Rahmen einer vom Grundstückskäufer beschafften unwiderruflichen Garantie einer Bank die alleinige, von dem Zahlungspflichtigen nicht mehr einseitig beschränkbare Weisungsmacht für die Zahlung der Bank eingeräumt worden ist (KG DNotZ 1981, 204 = JurBüro 1980, 1069; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 149, Rdnr. 8; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann-KLBR* –, KostO, 14. Aufl., § 149 Rdnr. 18; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 14. Aufl., Stichwort „Hebegebühr“, Anm. 2.3). Diesem Standpunkt schließt sich der *Senat* aus folgenden Erwägungen an, die weitgehend denjenigen der genannten Entscheidung des KG folgen:

Der Kern des Gebührentatbestandes des § 149 Abs. 1 KostO besteht darin, dass dem Notar eine treuhänderische ausschließliche Verfügungsmacht eingeräumt wird, aufgrund derer er Auszahlungen an den nach der Verwahrungsanweisung der Urkundsbeteiligten Berechtigten bewirkt. Satz 1 der Vorschrift geht von der Leistung von Zahlungen an den Notar aus, deren Annahme in bar dem Notar dienstrechtlich durch § 54 a Abs. 1 BeurkG ohnehin untersagt ist. Aus der Gleichstellung barer mit unbaren Zahlungen in Satz 2 der Vorschrift folgt, dass bankvertragliche Zahlungsformen in den Tatbestand der Vorschrift einbezogen werden sollen, ohne dass deren Gestaltung im Einzelnen näher geregelt wird. Im Regel-

fall der Einrichtung eines Notaranderkontos erfolgt die Auszahlung des Notars aufgrund eines Überweisungsvertrages (§ 676 a Abs. 1 BGB), den er mit der kontoführenden Bank im Rahmen des Girovertrages schließt. Der Überweisungsvorgang beruht auf der Verfügungsmacht des Notars über das auf seinen Namen lautende Kontoguthaben aufgrund des schuldrechtlichen Girovertrages. Nach dem Sinn der gesetzlichen Vorschrift des § 149 Abs. 1 S. 2 KostO besteht kein nachvollziehbarer Grund, andere bankvertragliche Gestaltungsformen, durch die dem Notar eine vergleichbare Verfügungsmacht eingeräumt wird, von der Anwendung der Vorschrift auszuschließen. Es kommt nicht darauf an, wie der Notar die unbare Zahlung leistet, sondern nur darauf, dass sie in einem rechtlichen Rahmen erfolgt, durch den dem Notar die ausschließliche Verfügungsmacht übertragen ist, unabhängig vom Willen der Urkundsbeteiligten – jedoch im Rahmen der Verwahrungsanweisung treuhänderisch ihnen gegenüber gebunden – den Zeitpunkt und den Empfangsberechtigten der jeweiligen Zahlung zu bestimmen. Deshalb hat das KG zu Recht bereits vor seiner oben genannten Entscheidung Fallgestaltungen in die Anwendung des § 149 Abs. 1 KostO einbezogen, in denen ein besonderes Notaranderkonto nicht eingerichtet, sondern ein bestehendes Konto mit einem Sperrvermerk des Inhalts angelegt worden war, dass entweder der Notar zusammen mit einem Beteiligten gemeinschaftlich über den gesperrten Betrag verfügen kann oder er allein Verfügungsberechtigt ist (DNotZ 1942, 340, 341; DNotZ 1969, 433, 434). In diesen Fällen begründet das bestehende Kontoguthaben lediglich die Deckung für die die Zahlungsanweisung ausführende Bank. Deshalb handelt es sich um eine unbare Zahlung im Sinne des § 149 Abs. 1 S. 2 KostO auch dann, wenn sie von der Bank ohne Eröffnung eines gesonderten Kontos aufgrund eines abstrakten Schuldversprechens ausgeführt wird, das sie zuvor gegenüber dem Notar übernommen hat. Denn die Frage, wie der Käufer seiner Bank die Deckung für die für seine Rechnung ausgeführten Zahlungen zur Verfügung stellt, berührt – wie das KG zu Recht ausgeführt hat (DNotZ 1981, 204, 206) – allein das Verhältnis zwischen ihm und seiner Bank, nicht jedoch die gebührenrechtliche Bewertung der Tätigkeit des Notars.

Um ein solches abstraktes Schuldversprechen handelt es sich hier bei der Erklärung der Sparkasse gegenüber dem Beteiligten zu 4) vom 9.6.2000. Darin hat sich die Sparkasse H gegenüber dem Notar unwiderruflich verpflichtet, den Kaufpreis von 605.000,00 DM auf seine alleinige Weisung zu zahlen. Auf die Frage, ob diese Erklärung auf der Grundlage der Bestimmung in § 2 des beurkundeten Vertrages dahin zu verstehen ist, dass auch die Beteiligte zu 3) als Verkäuferin Berechtigte des Schuldversprechens sein sollte, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Für die gebührenrechtliche Bewertung ausschlaggebend ist, dass die in dem Schuldversprechen übernommene Zahlungsverpflichtung der Bank ausschließlich von einer Weisung des Notars abhing.

Da § 149 Abs. 1 KostO die Tätigkeit des Notars bei der Auszahlung von Geldbeträgen pauschal abgilt, kommt es für die Anwendung dieser Vorschrift nicht darauf an, in welchem Umfang und mit welchem Maß an Verantwortung der Notar die Voraussetzungen für die Auszahlungen hat prüfen müssen. Im Übrigen trifft aber auch die Darstellung des Beteiligten zu 1) nicht zu, die Tätigkeit des Notars habe sich auf eine schlichte Fälligkeitsmitteilung beschränkt. Denn nach den Vereinbarungen der Urkundsbeteiligten sollte die Lastenfreistellung des Grundstücks durch Ablösung der Grundpfandrechte aus dem Kaufpreis bewirkt werden. Dieses Ziel war nur durch eine Treuhändertätigkeit zu erreichen, die die Urkundsbeteiligten hier dem Notar übertragen haben. Nur durch

diese Treuhandtätigkeit konnte die Sicherstellung der Erfüllung der beiderseitigen Leistungspflichten gewährleistet werden. Der Beteiligte zu 4) hatte zu prüfen, ob die in den Treuhandauflagen der Grundpfandrechtsgläubiger genannten Ablösebeträge aus dem vereinbarten Kaufpreis erfüllbar waren. Auszahlungen durfte er nur vornehmen, wenn gleichzeitig die vertragsgemäße Eigentumsumschreibung auf die Käufer, also mit Löschung der Rechte in Abt. III des Grundbuchs, sichergestellt war.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht weiter angenommen, dass die Voraussetzungen, unter denen nach § 16 Abs. 1 S. 1 KostO die entstandenen Gebühren nicht zu erheben sind, nicht vorliegen. Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift liegt nach anerkannter Auffassung nur bei einem offen zutage getretenen Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars vor (vgl. BGH NJW 1962, 2107; BayObLGZ 1981, 165; JurBüro 1983, 592; KG PNotZ 1976, 434, 435; KLBR, § 16 Rdnr. 2). In diesem Zusammenhang ist das Landgericht zu Recht von dem allgemein anerkannten Grundsatz ausgegangen, dass dem Notar im allgemeinen keine Belehrungspflicht über die Entstehung der Gebühren für seine Tätigkeit im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften der KostO obliegt (vgl. etwa BayObLG, JurBüro 1980, 914; JurBüro 1988, 1706; OLG Frankfurt, JurBüro 1989, 1132; KG, DNotZ 1969, 245; OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 661; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 16 Rdnr. 32, KLBR, § 16 Rdnr. 47). Rechtlich bedenkenfrei hat die Kammer darüber hinaus angenommen, dass eine unrichtige Sachbehandlung nicht daraus hergeleitet werden kann, dass der Beteiligte zu 4) die Urkundsbeteiligten nicht über eine andere Vertragsgestaltung belehrt hat, durch die die Entstehung der Gebühren gem. § 149 Abs. 1 KostO hätte vermieden werden können. Die gewählte Vertragsgestaltung bot angesichts der vereinbarten Ablösung der Grundpfandrechtsgläubiger aus dem Kaufpreis die sicherste Möglichkeit, die gleichzeitige Erfüllung der Leistungspflichten der Vertragsparteien zu gewährleisten. Eine abweichende Vertragsgestaltung hätte nur darin bestehen können, dass die Beteiligten zu 1) und 2) den Kaufpreis zeitlich bereits vor der Eigentumsumschreibung an die Beteiligte zu 3) bzw. deren Gläubiger leisteten. Durch die in dem beurkundeten Vertrag bewilligte Auflassungsvormerkung wäre zwar bei ranggerechter Eintragung im Grundbuch der Eigentumsübergang auf die Beteiligten zu 1) und 2) als solcher gesichert gewesen (§ 883 Abs., 2 BGB), nicht jedoch der zeitgleiche Eigentumsübergang mit der Kaufpreiszahlung. Ob die Beteiligten zu 1) und 2) überhaupt zu einer solchen Vorleistung bereit gewesen wären, kann offen bleiben. Jedenfalls hat der *Senat* (FGPrax 1998, 154) bereits in anderem Zusammenhang entschieden, die Belehrungspflicht des Notars im Hinblick auf die Kostenbelastung werde überspannt, wenn ihm die Verpflichtung auferlegt würde, die Urkundsbeteiligten über andere vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zu belehren, die zwar im Hinblick auf die Sicherstellung des beiderseitigen Erfüllungsinteresses nicht in jeder Hinsicht gleichwertig, andererseits aber kostengünstiger sein können.

Das Landgericht ist zwar nicht ausdrücklich auf die Beanstandung des Beteiligten zu 1) eingegangen, er sei nicht Kostenschuldner der angesetzten Gebühren, sondern die Beteiligte zu 3), weil diese in § 5 des beurkundeten Vertrages die Kosten der Lastenfreistellung des Grundstücks übernommen habe. Daraus ergibt sich jedoch kein Rechtsfehler der landgerichtlichen Entscheidung. Denn beide Vertragsparteien sind insoweit Kostenschuldner des Notars, weil sie ihn mit der vorgesehenen Durchführung des Vertrages beauftragt haben, die

in diesem Zusammenhang der Sicherstellung des beiderseitigen Erfüllungsinteresses diene (§ 2 Nr. 1 KostO). Wie bereits eingangs ausgeführt haften die Vertragsbeteiligten als Kostenschuldner nach § 5 Abs. 1 KostO gegenüber dem Notar für die angefallenen Hebegebühren gesamtschuldnerisch. Die in § 5 der Urkunde getroffene Regelung hat lediglich Bedeutung für das schuldrechtliche Innenverhältnis der Vertragsparteien, das hier nicht zu behandeln ist.

(...)

17. KostO § 44 Abs. 1 S. 1, UmwG §§ 8 Abs. 3 S. 1, 9 Abs. 3, 16 Abs. 2 S. 2 (*Bewertung von Verzichtserklärungen in einem beurkundeten Umwandlungsvorgang*)

- 1. Der Verzicht auf die Erstattung eines Verschmelzungsberichts (§ 8 Abs. 3 UmwG), auf die Prüfung des Verschmelzungsvertrages durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (§ 9 Abs. 3 UmwG) sowie auf das Recht zur Anfechtung der Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Gesellschaften (§ 16 Abs. 2 S. 2 UmwG) ist im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 KostO gegenstandsgleich mit dem in derselben Urkunde aufgenommenen Verschmelzungsvertrag.**
- 2. Wird zur Durchführung der Verschmelzung das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft erhöht (§ 53 UmwG), so kommt einer Übernahmeerklärung des Rechtsträgers der übertragenden Gesellschaft hinsichtlich des erhöhten Stammkapitals keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zu, so dass eine Beurkundungsgebühr insoweit nicht zu erheben ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 6.12.2001 – 15 W 314/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte zu 2) beurkundete am 12.8.1998 zu seiner UR-Nr. 162/98 die Erklärungen der Erschienenen zur Verschmelzung von Tochtergesellschaften der V AG. Abschnitt I. der Urkunde enthält einen Verschmelzungsvertrag zwischen der C GmbH, der D GmbH, der G GmbH, der R GmbH und der W GmbH als übertragende Rechtsträger und der G GmbH als übernehmende Rechtsträgerin. Als Gegenleistung für die Vermögensübertragung wurde vereinbart, dass die R AG als alleinige Anteilsinhaberin der übertragenden Gesellschaften einen Geschäftsanteil von jeweils 50.000,00 DM an der übernehmenden Gesellschaft erhält, die durch Erhöhung des Stammkapitals dieser Gesellschaft um insgesamt 250.000,00 DM geschaffen werden sollen. Die Abschnitte II. und III. der Urkunde enthalten die Verschmelzungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlungen der übertragenden Gesellschaften und der übernehmenden Gesellschaft, bei der letzteren verbunden mit der Beschlussfassung über eine Erhöhung des Stammkapitals um 250.000,00 DM mit der Maßgabe, dass für das erhöhte Stammkapital fünf Geschäftsanteile zu Nennbeträgen von je 50.000,00 DM gebildet werden, die an die R AG mit dem Verschmelzungsstichtag als Gegenleistung für die Vermögensübertragung ausgegeben werden. In Abschnitt IV. der Urkunde hat die R AG auf die Erstattung eines Verschmelzungsberichtes (§ 8 Abs. 3 UmwG), auf die Prüfung des Verschmelzungsvertrages durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer (§ 9 Abs. 3 UmwG) sowie auf ein Recht zur Anfechtung der Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Gesellschaften (§ 16 Abs. 2 S. 2 UmwG) verzichtet. Darüber hinaus hat sie die Übernahme der in dem Kapitalerhöhungsbeschluss bezeichneten fünf neuen Stammeinlagen erklärt.

Der Beteiligte zu 2) hat in einer mehrere Urkundsvorgänge umfassenden Kostenberechnung vom 9.6.1999 neben einer Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages gem. § 36 Abs. 2 KostO und einer Gebühr für die Beurkundung der Verschmelzungsbeschlüsse gem. § 47 KostO eine Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO

für die Beurkundung der Verzicht- und Übernahmeerklärung in Abschnitt IV. der Urkunde aus einem Geschäftswert von 793.000,00 DM mit 2.620,00 DM nebst anteiliger Mehrwertsteuer angesetzt.

Gegen diesen letztgenannten Ansatz hat die Beteiligte zu 1), die als Konzernobergesellschaft gegenüber dem Notar die Kosten der Beurkundung übernommen hat, diesem gegenüber mit Schreiben vom 16.6.1999 Beanstandungen erhoben.

Der Beteiligte zu 2) hat mit Schriftsatz vom 2.7.1999 die Beanstandungen der Beteiligten zu 1) dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt (§ 156 Abs. 1 S. 3 KostO). In der Sache ist er den Einwendungen gegen seine Kostenberechnung entgegengetreten.

Durch Beschluss vom 9.8.2001 hat das Landgericht die angefochtene Kostenberechnung abgeändert und die dem Beteiligten zu 2) zustehenden Gebühren und Auslagen für das Urkundsgeschäft anderweitig auf insgesamt 31.002,74 DM festgesetzt. Dieser Betrag ergibt sich ohne Berücksichtigung des von der Beteiligten zu 1) angegriffenen Gebührenansatzes. Ferner hat das Landgericht die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2).

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist infolge Zulassung durch das Landgericht nach § 156 Abs. 2 S. 2 KostO statthaft sowie fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 2) folgt daraus, dass das Landgericht die Kostenberechnung zu seinem Nachteil abgeändert hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zu trefend von einer gem. § 156 Abs. 1 KostO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ausgegangen. Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand.

Die von dem Beteiligten zu 2) aufgenommene Urkunde enthält in ihrem Abschnitt IV. zunächst die Verzichtserklärungen der R AG in ihrer Eigenschaft als alleinige Gesellschafterin der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger auf die Erstattung eines Verschmelzungsberichtes gem. § 8 Abs. 3 S. 1 UmwG, auf die Prüfung des Verschmelzungsvertrages durch Verschmelzungsprüfer (§ 9 Abs. 3 UmwG) sowie einen Verzicht auf eine Klageerhebung gegen die Wirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse (§ 16 Abs. 2 S. 2 UmwG). Nach Auffassung des Landgerichts ist für diese Erklärungen eine Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO neben der für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages entstandenen Beurkundungsgebühr nicht in Ansatz zu bringen, weil die jeweiligen Erklärungen gegenstandsgleich im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 KostO seien und demgemäß die Gebühr nur einmal nach dem höheren Wert des Verschmelzungsvertrages angefallen sei. Der Senat schließt sich dieser rechtlichen Bewertung an.

Nach gefestigter Rechtsprechung sind im Sinne des § 44 Abs. 1 S. 1 KostO gegenstandsgleich mehrere Erklärungen, wenn sie sich auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen, d.h. dessen Begründung, Feststellung, Anerkennung, Erfüllung, Übertragung, Sicherstellung oder Aufhebung betreffen, samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zugunsten dritter Personen (vgl. etwa BayObLGZ 1987, 342; Senat JMBL NW 1994, 226; Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 5; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann – KLBR –, KostO, 14. Aufl., § 44, Rdnr. 16). Diese Voraussetzung trifft auch auf den Verschmelzungsvertrag im Verhältnis zu den genannten Verzichtserklärungen zu.

Bei der hier zu beurteilenden Verschmelzung durch Übernahme (§ 2 Nr. 1 UmwG) handelt es sich um einen einheitlichen rechtlichen Vorgang, dessen Wirksamkeitserfordernisse sich aus verschiedenen Elementen zusammensetzen: Es bedarf zunächst eines notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrages zwischen den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern (§§ 4, 6 UmwG). Dieser Vertrag wird gem. § 13 Abs. 1 UmwG nur wirksam, wenn ihm die Anteilshaber der beteiligten Rechtsträger durch einen Verschmelzungsbeschluss zustimmen, der gem. § 50 Abs. 1 UmwG einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Gesellschafterstimmen in den hier beteiligten Gesellschaften mit beschränkter Haftung bedarf. Schließlich tritt die mit der Verschmelzung verbundene Gesamtrechtsnachfolge erst ein, wenn die Verschmelzung mit konstitutiver Wirkung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen wird (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

Die beurkundeten Verzichtserklärungen stehen zunächst in einem inneren Zusammenhang mit der Willensbildung über den Verschmelzungsbeschluss in den Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften. Der Normzweck der §§ 8 und 9 UmwG über den von den Vertretungsorganen der beteiligten Gesellschaften aufzustellenden Verschmelzungsbericht und die Verschmelzungsprüfung dient ausschließlich dem Schutz der Anteilshaber, eine sachgerechte Entscheidung über die geplante Maßnahme in der Gesellschafterversammlung treffen zu können (Lutter, UmwG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 5 sowie § 9 Rdnr. 4); darauf beruht die in beiden Vorschriften geregelte Verzichtbarkeit des Verschmelzungsberichtes und der Verschmelzungsprüfung. Dasselbe gilt für die Registersperre nach § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG, die die Funktion hat, einen vorzeitigen Vollzug der Eintragung der Verschmelzung im Register des übernehmenden Rechtsträgers zu vermeiden, um dem Anteilshaber die Möglichkeit zu erhalten, eine Unwirksamkeitsklage (§ 195 UmwG) zu erheben und eine Sachentscheidung darüber herbeizuführen (Lutter/Decher, a.a.O., § 202 Rdnr. 47). Die auf die Vorschriften der §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 16 Abs. 2 S. 2 UmwG bezogenen Verzichtserklärungen des Anteilshabers sind daher gegenstandsgleich mit seiner Stimmabgabe bei dem Verschmelzungsbeschluss der Anteilshaber (a.A. Vossius in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, vor §§ 39 ff. UmwG, Rdnr. 143). Die Anwendung des § 44 Abs. 1 S. 1 KostO scheidet in diesem Zusammenhang nur deshalb aus, weil es sich bei dem Verzicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung (§ 36 KostO) des jeweiligen Anteilshabers, bei der Zustimmung zur Verschmelzung hingegen um einen Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 47 KostO) handelt. Nach einhelliger Auffassung ist die Anwendung des § 44 KostO ausgeschlossen, wenn in einer notariellen Verhandlung Beschlüsse von Geschäftsorganen zugleich mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Gesellschafter beurkundet werden (KG DNotZ 1939, 615; DN62 1943, 192; Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl., § 27 Rdnr. 6; KLBR, § 44 Rdnr. 6).

Dies schließt jedoch entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 2) nicht die Annahme aus, dass die Verzichtserklärungen zusätzlich auch gegenstandsgleich sind mit dem Verschmelzungsvertrag der beteiligten Rechtsträger. Dafür spricht, dass es sich bei der Verschmelzung um einen einheitlichen Rechtsvorgang handelt. Die Verschmelzung stellt bildhaft ausgedrückt eine Klammer dar, die die Herbeiführung der einzelnen rechtlichen Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Verschmelzung mit ihrer abschließenden Eintragung im Register des übernehmenden Rechtsträgers zu einem inneren Zusammenhang verknüpft. In diesem Zusammenhang dienen die Verzichtserklärungen des Anteilshabers dazu, das Wirk-

samwerden der Verschmelzung zu erleichtern und zu beschleunigen. Die Verzichtserklärungen beziehen sich damit auf dasselbe Rechtsverhältnis, das Gegenstand des Verschmelzungsvertrages ist. Der Umstand, dass der den Verzicht erklärende Anteilsinhaber nicht Vertragspartner des Verschmelzungsvertrages ist, steht der Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO nicht entgegen, weil der Begriff der Gegenstandsähnlichkeit – wie bereits ausgeführt – auch Erklärungen Dritter zur Begründung eines Rechtsgeschäfts einschließt. Aus diesen Gründen folgt der *Senat* der überwiegend vertretenen Auffassung, die eine Gegenstandsähnlichkeit im Verhältnis zwischen einem Verschmelzungsvertrag und in derselben Urkunde mitbeurkundeten Verzichtserklärungen des Anteilsinhabers annimmt (*Tiedtke*, MittBayNot 1997, 209, 212; *Filzek/Sommerfeld* MittRhNotK 1997, 306, 311; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 14. Aufl., Stichwort „Umwandlung“, Anm. 3.4; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl., Rdnr. 554; *Mayer* in: *Widmann/Mayer*, a.a.O., § 8 UmwG, Rdnr. 63; a.A. in demselben Werk *Vossius* a.a.O.; wohl auch KLBR, § 27 Rdnr. 66).

Das Landgericht hat in seiner Entscheidung zwar nicht ausdrücklich berücksichtigt, dass Abschnitt IV der Urkunde vom 12.8.1998 zusätzlich die Erklärung der R AG enthält, die in Abschnitt III der Urkunde im Wege der Kapitalerhöhung begründeten fünf neuen Stammeinlagen in Höhe von je 50.000,00 DM zu übernehmen.

Daraus ergibt sich indessen kein durchgreifender Rechtsfehler der landgerichtlichen Entscheidung. Die Frage der Gegenstandsähnlichkeit dieser Erklärung mit dem Verschmelzungsvertrag stellt sich hier nicht, weil die Übernahmeerklärung sachlich gegenstandslos ist. Ihr kommt keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung zu, die über die in dem Verschmelzungsvertrag getroffenen Vereinbarungen hinausgeht. Dementsprechend kommt der Ansatz einer weiteren Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO für diese Erklärung nicht in Betracht.

Der Verschmelzungsvertrag sieht vor, dass der R AG als Gegenleistung für die Übertragung der Vermögen der fünf übertragenden Gesellschaften jeweils ein Geschäftsanteil im Nennbetrag von 50.000,00 DM an der G GmbH als übernehmendem Rechtsträger gewährt wird. Zur Durchführung der Verschmelzung hat sodann die übernehmende GmbH in ihrem nachfolgend gefassten Verschmelzungsbeschluss ihr Stammkapital um insgesamt 250.000,00 DM erhöht (§ 53 UmwG) und fünf neue Geschäftsanteile zu je 50.000,00 DM gebildet. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung wird die R AG als Anteilsinhaberin der übertragenden Rechtsträger Anteilsinhaberin des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Der Erwerb erfolgt kraft Gesetzes, ohne dass es dazu weiterer rechtsgeschäftlicher Übertragungsakte bedarf (*Lutter/Grunewald*, a.a.O., § 20 Rdnr. 55). Insbesondere kann es sich bei der beurkundeten Übernahmeerklärung nicht um eine solche gem. § 55 Abs. 1 GmbHG handeln. Vielmehr schließt § 55 Abs. 1 S. 1 UmwG die Anwendung des § 55 Abs. 1 GmbHG ausdrücklich aus. Grundlage des Anteilserwerbs im Zuge der Verschmelzung ist nicht eine eigene rechtsgeschäftliche Erklärung des Anteilsinhabers, sondern der Verschmelzungsvertrag, der die Zuordnung der neuen Anteile enthalten muss, sowie die mit der erforderlichen Mehrheit gefassten Zustimmungsbeschlüsse (*Lutter/Winter*, a.a.O., § 55, Rdnr. 17).

(...)

## Öffentliches Recht

18. BayNatSchG Art. 34 I 4, VII 2; 36 I; BGB § 508 S. 2; VVG § 17 a II 1, IV 1, 3 V (*Vorkaufsrecht nach Art. 34 Bay-NatSchG*)

- Ein Anspruch nach Art. 34 I 4 BayNatSchG, den hinsichtlich der Teilfläche eines Grundstücks ausgeübten Verkauf auf das gesamte Grundstück zu erstrecken, weil die Restfläche nicht mehr in angemessenem Umfang baulich oder wirtschaftlich verwertbar ist, kann nur dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer und Verkäufer zustehen. Voraussetzung ist weiter, dass der Verkäufer Eigentümer der Restfläche geblieben ist oder – wegen der Rückabwicklung des Kaufvertrags – das Eigentum daran wieder erlangt hat.**
- Dem Käufer kann weder ein Anspruch auf Er Streckung des Vorkaufs noch auf Ausgleich in Geld zustehen.**

VGH München, Urteil vom 31.5.2001 – 9 B 99.2581 –, mitgeteilt von *Christoph Plathner*, VorsRiVGH

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. zu 1 war Eigentümerin eines an das Ostufer eines Sees angrenzenden Grundstücks. Das Grundstück hat eine Größe von rund 0,4 ha, wird durch eine Uferstraße getrennt und ist im weit größeren östlichen Teil mit einem Wohnhaus und Nebengebäuden bebaut. Die westliche, zwischen der Uferstraße und dem See gelegene Teilfläche des Grundstücks hat eine Größe von 220 m<sup>2</sup>. Mit notariellem Vertrag vom 26.6.1989 verkaufte die Kl. zu 1 das Grundstück zum Preis von 2,4 Mio DM an den Kl. zu 2, der das Grundstück nach erheblichen Renovierungs- und Ausbauten an den Gebäuden im Oktober 1991 für 3 Mio DM an seine Söhne, die Kl. zu 3 und 4, weiterveräußerte. Hinsichtlich des Uferstreifens übte das Landratsamt das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht zu Gunsten des Freistaats Bayern aus. Widerspruch und Klage gegen den Ausübungsbescheid vom 24.8.1989 hatten keinen Erfolg (VGH München, NVwZ, 1995, 304 = BayVBI 1994, 657 = NuR 1995, 270). Im September 1994 beantragten die Kl. zu 1 bis 4 beim Landratsamt, den Vorkauf auf das gesamte Grundstück zu erstrecken. Nach Gutachten, die von den Kl. eingeholt oder vom Landratsamt angefordert worden waren, ergibt sich bei einer Abtrennung des Uferstreifens für die bebaute, weit größere Restfläche eine Wertminderung, die auf einen Betrag zwischen 350.000 DM und 560.000 DM geschätzt wird. Das Landratsamt lehnte den Antrag mit der Begründung ab, ungeachtet der Wertminderung der Restfläche ergebe sich aus dem Verlust des exklusiven Zugangs zum See kein Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs. Die Widersprüche der Kl. wurden zurückgewiesen. Mit der Klage verfolgen die Kl. den Anspruch weiter, den Vorkauf auf das gesamte Grundstück zu erstrecken; hilfsweise begehren sie, den beklagten Freistaat Bayern zur Zahlung eines Ausgleichsbetrags von 560.000 DM zu verpflichten.

Das VG wies die Klage im Hauptantrag teils als unzulässig, teils als unbegründet ab und verwies den Rechtsstreit im Übrigen an das LG. Die Berufung hatte keinen Erfolg. Wegen des Hauptantrags wurde die Berufung zurückgewiesen, wegen des Hilfsantrags wurde die Klage unter Aufhebung der Verweisung abgewiesen.

### Aus den Gründen:

I. Mit ihrem Hauptantrag verfolgen die Kläger das Ziel weiter, den Beklagten unter Aufhebung der entgegenstehenden Entscheidungen zu verpflichten, den hinsichtlich einer Teilfläche am See ausgeübten Vorkauf auf das gesamte Grundstück FINr. 856/4 der Gemarkung H zu erstrecken.

Insoweit ist die vom *Senat* zugelassene und auch im Übrigen (§ 124 a Abs. 3 VwGO) zulässige Berufung nicht begründet.

1. Die nach ordnungsgemäßer Durchführung des Vorverfahrens rechtzeitig erhobene Klage ist zulässig.

(...)



## 2. Die Klage ist nicht begründet.

Der Klägerin zu 1 steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil sie keinen Nachteil erlitten, vielmehr die von der Vorkaufrechtsausübung nicht betroffene Restfläche in angemessenem Umfang wirtschaftlich verwertet hat. Die Kläger zu 2 bis 4 haben mit ihrer Klage keinen Erfolg, weil ein Erstreckungsanspruch nach Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG nur dem vorkaufsverpflichteten Eigentümer und Verkäufer zustehen kann.

Die Ausübung des Vorkaufrechts als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt betrifft in personeller Hinsicht neben dem Vorkaufberechtigten und dem Begünstigten die Parteien des Kaufvertrags, nämlich den Eigentümer als Verkäufer und den Käufer, in unterschiedlicher Weise.

a) Der Klägerin zu 1 als vorkaufsverpflichteter Eigentümerin und Verkäuferin kann ein Anspruch nach Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG zwar zustehen, sie kann die Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grundstück aber nicht verlangen, weil die weitere Voraussetzung einer nicht mehr angemessenen wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Restfläche nicht vorliegt und sie dem begünstigten Freistaat Bayern aus eigenem Recht das Eigentum an der Restfläche auch nicht verschaffen könnte.

α) Der vorkaufsverpflichtete Eigentümer ist durch die als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu qualifizierende Einschränkung seiner Befugnisse betroffen (st. Rspr., vgl. BVerwG vom 7.3.1996 NVwZ-RR 1996, 500, Senatsurteil vom 11.5.1994 BayVBI 1994, 657 = NVwZ 1995, 304 = NuR 1995, 270). Das nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 und Satz 3 BayNatSchG ohnehin räumlich auf naturschutzrechtlich sensible Bereiche beschränkte und gemäß Absatz 2 der Vorschrift in seiner Ausübung durch Rechtfertigungsgründe weiter eingeschränkte Vorkaufrecht entsteht erst mit dem Verkauf oder einer dem Kaufvertrag nahezu gleichartigen Vertragsgestaltung (Art. 34 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BayNatSchG) und beschränkt die Verfügungsbefugnis des Eigentümers in der Regel nur unwesentlich: Die Ausübung des Vorkaufrechts hat nämlich zur Folge, dass der Kauf zwischen dem Begünstigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande kommt, die der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (Art. 34 Abs. 6 und 7 BayNatSchG, § 505 Abs. 2 BGB). Die Befugnisse des Eigentümers werden daher nur insoweit eingeschränkt, als dieser nicht abschließend bestimmen kann, wer das Grundstück erwirbt. Weil aber selbst diese Einschränkung bei einer Veräußerung an nahe Angehörige gemäß Art. 34 Abs. 9 BayNatSchG entfällt und der Eigentümer im Allgemeinen ohnehin weder ein besonderes Interesse an der Person des Erwerbers noch einen Einfluss auf eine Weiterveräußerung des Grundstücks hat, handelt es sich regelmäßig um eine nur marginale Einschränkung seiner Eigentümerbefugnisse. Diese ist im Hinblick auf die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG bundesrechtlich durch die in §§ 1 und 2 BNatSchG bestimmten Ziele und Grundsätze des Naturschutzes wie auch landesverfassungsrechtlich durch die in Art. 141 Abs. 1 und 3 BV festgelegten Staatsziele, Rechte und Pflichten gerechtfertigt, zur Verwirklichung wichtiger Gemeinwohlbelange erforderlich und wegen ihrer Geringfügigkeit als Inhaltsbestimmung des Eigentums ohne entsprechenden Ausgleich hinzunehmen.

β) Gewichtigere nachteilige Auswirkungen auf den verkauften Eigentümer können sich allerdings bei besonderen Fallgestaltungen ergeben: So wird etwa mit der Ausübung des – neu eingeführten, hier nicht weiter zu erörternden – preislimitierten Vorkaufrechts (Art. 34 Abs. 8 BayNatSchG) dem

Eigentümer die Möglichkeit genommen, das Grundstück zu einem Kaufpreis zu veräußern, der „den Verkehrswert in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich überschreitet“. Von Interesse ist hier allein die weitere Fallgestaltung, dass sich das Vorkaufrecht nach Art. 34 Abs. 1 Satz 3 BayNatSchG nur auf eine Teilfläche des Grundstücks erstreckt und dementsprechend auch nur hinsichtlich dieser Teilfläche ausgeübt wird: Das kann bei einem Verkauf des gesamten Grundstücks je nach den im Kaufvertrag näher geregelten Modalitäten und den davon abhängigen, im Übrigen zur Disposition des Erwerbers stehenden zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Folge haben, dass der Käufer seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag ebenfalls nur zum Teil zu erfüllen braucht oder die vertraglichen Verpflichtungen beider Parteien entfallen und empfangene Leistungen zurückzugewähren sind, weil der Eigentümer und Verkäufer außer Stande ist, dem Käufer den Besitz und das Eigentum an dem Kaufgegenstand (d.h. dem gesamten Grundstück) zu verschaffen. Damit kann eine Situation eintreten, die dem Eigentümer die Möglichkeit nimmt, die durch die Ausübung des Vorkaufrechts hinsichtlich einer Teilfläche letztlich entstehenden selbstständigen Grundstücke ebenso oder ähnlich gut zu verwerten wie bei dem Verkauf des gesamten Grundstücks. Die nachteilige Auswirkung auf den Eigentümer lässt sich mit anderen Worten so beziffern: Ist die Summe der erzielbaren Kaufpreise für die Vorkaufsteilfläche und die Restfläche niedriger als der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis für das gesamte Grundstück, dann entspricht die Differenz dem Nachteil des Eigentümers wegen der Ausübung des Vorkaufrechts hinsichtlich einer Teilfläche.

γ) Um in diesem Fall der Ausübung des Vorkaufrechts hinsichtlich einer Teilfläche eine schwer wiegendere Benachteiligung des Eigentümers zu vermeiden, bestimmt Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG Folgendes:

Ist die Restfläche für den Eigentümer nicht mehr in angemessenem Umfang baulich oder wirtschaftlich verwertbar, so kann er verlangen, dass der Vorkauf auf das gesamte Grundstück erstreckt wird.

Daraus ist zum einen zu entnehmen, dass ein Erstreckungsanspruch nur besteht, wenn die nachteilige Auswirkung auf den Eigentümer das Ausmaß einer nicht mehr angemessenen baulichen oder wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Restgrundstücks erreicht.

Zwar kann der Verpflichtete nach Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 508 Satz 2 BGB verlangen, dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht „ohne Nachteil“ für ihn getrennt werden können. Die Regelung des § 508 BGB betrifft aber nach Satz 1 der Bestimmung nur den Fall, dass der Gegenstand, auf den sich das Vorkaufrecht bezieht, mit anderen Gegenständen vom Dritten zu einem Gesamtpreis gekauft wird. Zur Schließung einer sonst bestehenden Gesetzeslücke ist eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den Fall, dass das Vorkaufrecht sich nur auf eine Teilfläche eines verkauften Gesamtgrundstücks erstreckt, zwar angezeigt, soweit das bürgerliche (§§ 504 ff. BGB) oder auch das öffentliche (§§ 24 ff. BauGB) Recht dafür keine besondere Regelung enthält (allg. Meinung, vgl. für das zivilrechtliche Vorkaufrecht: *Palandt/Putzo*, BGB, 60. Aufl. 2001, Rdnr. 1 zu § 508; *Jauernig*, BGB, 9. Aufl. 1999, Rdnr. 1 zu § 508, für das Vorkaufrecht nach §§ 24 ff. BauGB: BG vom 5.7.1990 NJW 1991, 293). Für das naturschutzrechtliche Vorkaufrecht kommt eine entsprechende Anwendung von § 508 BGB aber nicht in Betracht, weil für diese Fallgestaltung in Art. 34 Abs. 1 Sätze 3 und 4 BayNatSchG eine Sonderregelung besteht, die der generellen Verweisung auf bürgerlich-rechtliche

Vorschriften in Absatz 7 Satz 2 der Bestimmung vorgeht (vgl. Senatentscheidungen vom 18.12.1997 – 9 B 94.1699 und vom 22.1.1999 NuR 1999, 397 = BayVBl 1999, 563 = NJW 2000, 531; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle, Naturschutzrecht in Bayern, Stand: August 2000, Rdnr. 37 zu Art. 34 BayNatSchG). Der Eigentümer kann daher eine Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grundstück nicht schon dann verlangen, wenn die Restfläche nicht ohne Nachteil für ihn von der Vorkaufsfläche getrennt werden kann.

Ein Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grundstück erfordert aber notwendigerweise auch, dass der Eigentümer des Grundstücks in der Lage ist, bei einer Erstreckung des Vorkaufs das Eigentum an der Restfläche auch zu verschaffen. Diese Voraussetzung ist nur gegeben, wenn der vorkaufsverpflichtete Eigentümer entweder Eigentümer der Restfläche geblieben ist oder daran (wegen der Rückabwicklung des Vertrags) das Eigentum wieder erlangt hat.

δ) Bei der Klägerin zu 1 ist keine dieser gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt: Sie hat dem Käufer, dem Kläger zu 2, nach dem notariellen Kaufvertrag vom 26.6.1989 an dem Kaufgrundstück FlNr. 856/4 den Besitz und mit der im Kaufvertrag (Nr. III.) erklärten Auflassung und der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch am 13.11.1989 auch das Eigentum verschafft. Hinsichtlich der von der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht betroffenen Restfläche ist die Rechtsstellung des Klägers zu 2 als Eigentümer nicht in Frage gestellt, weil sich das Vorkaufsrecht nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Satz 3 BayNatSchG nur auf die kleinere Teilfläche zwischen der Straße und dem See erstreckte und nur insoweit ausgeübt wurde; die bebaute, weit größere Restfläche ist demnach von einer der Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch im Range vorgehenden Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung gemäß Art. 34 Abs. 4 Satz 2, Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 1098 Abs. 2 BGB nicht betroffen.

Der Kläger zu 2 hat seinerseits seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag durch Abnahme der Sache und Zahlung des vereinbarten Kaufpreises – wie im Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 4.5.1995 erklärt – erfüllt.

Diese Erfüllung der Vertragsverpflichtungen ist zwar vor dem Hintergrund der Anfechtung der Vorkaufsrechtsausübung hinsichtlich der Teilfläche am See zu sehen. Erst seit der Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des *Senats* vom 11.5.1994 durch Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.2.1995 ist rechtskräftig und für die verfahrensbeteiligten Parteien des Kaufvertrags bindend (§ 121 Nr. 1 VwGO) entschieden, dass das Vorkaufsrecht hinsichtlich des Uferstreifens zu Recht ausgeübt wurde und eine entsprechende privatrechtsgestaltende Wirkung entfaltet. Der Kläger zu 2 hat aber auch seit diesem Zeitpunkt keine Ansprüche wegen des Umstands geltend gemacht, dass die Klägerin zu 1 nicht in der Lage ist, ihm – wegen des durch die Vormerkungswirkung nach Art. 34 Abs. 4 Satz 2, Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 1098 Abs. 2 BGB gesicherten Anspruchs des Vorkaufsbegünstigten auf Übertragung des Eigentums (zur nur obligatorischen Wirkung der Vorkaufsrechtsausübung nach Art. 34 BayNatSchG vgl. BayObLGZ 1999, 245 = BayVBl 2000, 28 = NuR 2000, 237 = NJW-RR 2000, 92) – auf Dauer das Eigentum auch an dem Seeuferstreifen zu verschaffen. Auf die Erörterung dieser Frage in der mündlichen Verhandlung wurde lediglich geltend gemacht, die zivilrechtlichen Ansprüche des Klägers zu 2 seien noch nicht verjährt und dieser könne auch noch vom Vertrag zurücktreten.

Nach der für das Verpflichtungsbegehren maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ist allerdings allein ausschlaggebend, dass die Klägerin zu 1 jedenfalls wegen wirksamer Übertragung des Eigentums auf den Kläger zu 2 nicht mehr Eigentümerin der Restfläche ist und der Kläger zu 2 wegen Nichterfüllung des Vertrags hinsichtlich des Uferstreifens bisher keine Ansprüche gegen die Klägerin zu 1 geltend gemacht hat, die für sie eine nicht mehr angemessene wirtschaftlich Verwertbarkeit der Restfläche zur Folge haben.

Deshalb kann dahinstehen, welche Bedeutung der im Kaufvertrag vom 26.6.1989 unter Nr. VII. festgelegten Nichthaftung der Verkäuferin für die Freiheit von gesetzlichen Vorkaufsrechten zukommt. Nicht einzugehen ist auch auf Zweifel, ob der Kläger zu 2 im Hinblick auf die Weiterveräußerung des Grundstücks an seine Söhne, die Kläger zu 3 und 4, zur Rückübertragung des Eigentums an der Restfläche in der Lage wäre. Diese sind nach der Auflassung im Kaufvertrag vom 9.10.1991 mit ihrer Eintragung im Grundbuch am 11.10.1991 jedenfalls Eigentümer der bebauten Restfläche geworden.

Auch die Klägerin zu 1 macht nicht geltend, vom Vertrag zurückgetreten zu sein; insoweit ist auch nicht ersichtlich, dass ihr aus eigenem Recht ein Rücktrittsrecht – das sie sich im Kaufvertrag für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht vorbehalten hat – zustehen könnte, sie eine Rückübertragung des Eigentums an der Restfläche verlangen könnte und ein solcher Anspruch realisierbar wäre.

Zwar wurden mit notariellem Vertrag vom 16.8.1989 der Kaufvertrag vom 26.6.1989 und der Nachtrag dazu vom 1.8.1989 wieder aufgehoben. Auch darauf berufen sich die Kläger zu 1 und 2 aber nicht. Im Übrigen hat der *Senat* dazu bereits in der Vorentscheidung vom 11.5.1994 ausgeführt, dass der Aufhebungsvertrag lediglich dem Zweck dienen sollte, die Ausübung des Vorkaufsrechts zu verhindern, dazu aber nicht geeignet war, weil das Vorkaufsrecht mit seiner Entstehung in seinem Fortbestand unabhängig ist vom rechtlichen Schicksal des Kaufverhältnisses zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten (vgl. BGH vom 11.2.1977 NJW 1977, 762; Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle a.a.O. Rdnr. 14 f.; Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: 1.11.2000, Rdnr. 60 zu § 24). Dass dieser Aufhebungsvertrag im gegenseitigen Einverständnis der Vertragsparteien nur zum Schein abgeschlossen wurde und deshalb nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist, wird dadurch bestätigt, dass die Kläger zu 1 und 2 ihn als nicht existent behandelt haben.

Nachdem die Klägerin (aufgrund Erbteilskaufs) als Alleineigentümerin des Grundstücks FlNr. 856/4 am 12. 9.1989 im Grundbuch eingetragen worden war, wurde nämlich am Tage nach der Adoption des Klägers zu 2, dem 9.11.1989, (erneut) die Auflassung des Grundstücks erklärt, der Kläger zu 2 wurde am 13.11.1989 als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen und hat nach eigener Darstellung den Kaufpreis an die Klägerin entrichtet. Daraus ergibt sich, dass die Kläger zu 1 und 2 den Aufhebungsvertrag vom 16.8.1989 selbst als nichtig angesehen haben und deshalb anstelle eines Vollzugs des Aufhebungsvertrags ihren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag vom 26.6.1989 nachgekommen sind.

Zusammenfassend ist daher feststellen, dass der Klägerin zu 1 ein Anspruch aus Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG auf Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grundstück nicht zusteht, weil der Käufer, der Kläger zu 2, bisher keine zivilrechtlichen Ansprüche gegen sie geltend gemacht hat, die zur Folge haben können, dass die Restfläche für die Klägerin zu 1

nicht mehr in angemessenem Umfang wirtschaftlich verwertbar sein könnte. Nach den Verhältnissen auf der bebauten Restfläche kann auch keine Rede davon sein, dass diese nicht mehr in angemessenem Umfang baulich verwertbar wäre. Desgleichen ist die Klägerin zu 1 nicht mehr Eigentümerin der Restfläche und hat aus eigenem Recht auch keinen Anspruch gegen den Käufer, das Eigentum an der Restfläche an sie zurückzuübertragen. Auch die weitere notwendige Voraussetzung eines Erstreckungsanspruchs, nämlich eine fortbestehende oder – wegen Rücktritts vom Vertrag und Rückabwicklung – wiedererlangte Eigentümerstellung der Klägerin zu 1 an der Restfläche, ist daher nicht gegeben. Nicht mehr entscheidungserheblich ist, ob ein Erstreckungsanspruch der Klägerin zu 1 auch deshalb nicht besteht, weil – wie die Behörden und das Verwaltungsgericht angenommen haben – unter Berücksichtigung der besonderen tatsächlichen Verhältnisse (Trennung der Grundstücksteile durch eine Straße), des eigentumsrechtlich nicht gesicherten Lagevorteils am See und der Sozialbindung des Eigentums die Restfläche ungeachtet des Verlustes des exklusiven Seezugangs und einer deshalb eingetretenen Wertminderung weiterhin in angemessenem Umfang wirtschaftlich verwertbar ist.

b) Den Klägern zu 2 bis 4 steht ein Anspruch nach Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG, den Vorkauf auf das gesamte Grundstück zu erstrecken, schon deshalb nicht zu, weil sie als Käufer nicht anspruchsberechtigt sind.

α) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Käufer durch das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht des Art. 34 BayNatSchG in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen sein kann, die nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung – also aller formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetze – gewährleistet ist. Ist das Kaufgrundstück oder ein Teil davon mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht belastet, wird dem Käufer mit der Ausübung des Rechts lediglich eine Erwerbchance genommen. Diese Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ist aus den zur Betroffenheit des Verkäufers bereits dargelegten Gründen gerechtfertigt.

β) Für den Käufer eines Grundstücks ergeben sich auch dann keine gravierenden nachteiligen Auswirkungen, wenn sich das Vorkaufsrecht gemäß Art. 34 Abs. 1 Satz 3 BayNatSchG nur auf eine Teilfläche erstreckt und dementsprechend nur für diesen Teil ausgeübt wird. Ihm wird zwar auch in diesem Fall die Erwerbchance hinsichtlich der von der Vorkaufsausübung betroffenen Teilfläche genommen. Auch ohne besondere Vereinbarungen im Kaufvertrag stehen ihm aber – wie in vergleichbaren Fällen einer Nichterfüllung des Vertrags wegen anderer Umstände – alle zivilrechtlichen Möglichkeiten (vgl. insbes. §§ 323 ff. BGB) offen, die einen angemessenen Ausgleich gewährleisten. Schon deshalb ist kein Grund ersichtlich, weshalb die gesetzliche Regelung über das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht dem Käufer einen Anspruch zum Ausgleich einer im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums nicht mehr zumutbaren Belastung einräumen sollte. Zu einem solchen Ausgleich besteht auch dann kein Anlass, wenn der Käufer sich aus freien Stücken durch die Abreden im Kaufvertrag der ihm sonst zustehenden rechtlichen Möglichkeiten begibt oder er die ihm zustehenden Ansprüche nicht oder nicht beizeiten ausschöpft.

γ) Dementsprechend sieht das Gesetz keine dem Ausgleich von Nachteilen des Käufers dienenden Ansprüche vor und bestimmt in Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG, dass der Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grund-

stück unter den weiter festgelegten Voraussetzungen nur dem Eigentümer zusteht.

Die gesetzliche Regelung über das Vorkaufsrecht betrifft den vorkaufsverpflichteten Verkäufer, der in der Regel auch Eigentümer des Grundstücks ist, den Vorkaufsberechtigten und den nicht notwendigerweise identischen Begünstigten (Art. 34 Abs. 3 Sätze 4 ff., Abs. 5 Satz 1, Abs. 6 BayNatSchG) sowie den Käufer („Dritten“).

Der vorkaufsverpflichtete Eigentümer und Verkäufer wird in Art. 34 Abs. 6 Satz 1, Abs. 8 Satz 2 BayNatSchG und in den nach Absatz 7 Satz 2 der Bestimmung anzuwendenden zivilrechtlichen Vorschriften als „Verpflichteter“ bezeichnet. Abweichend davon ist in Art. 34 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 9 BayNatSchG die Bezeichnung „Eigentümer“ gewählt. Diese abweichende Wortwahl ist in beiden Fällen damit zu erklären, dass insoweit ein Vorkaufsrecht nicht besteht, nicht ausgeübt werden kann oder nicht ausgeübt wurde, die Bezeichnung „Verpflichteter“ demnach zu Missverständnissen Anlass geben könnte. Wie nach Art. 34 Abs. 9 BayNatSchG das Vorkaufsrecht bei einer Veräußerung an den Ehegatten und die in gerader Linie Verwandten ausgeschlossen ist, betrifft Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG den Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs auf das gesamte Grundstück, hinsichtlich dessen „Restfläche“ entweder nach Absatz 1 Satz 3 der Vorschrift ein Vorkaufsrecht ohnehin nicht besteht oder jedenfalls wegen fehlender Rechtfertigungsgründe nicht ausgeübt wurde. Weil aber stets der durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein ganz oder teilweise vorkaufsrechtsbelastetes Grundstück entstandene Sachverhalt angesprochen ist, liegt die Annahme nahe, dass mit beiden Bezeichnungen der an einen Dritten verkaufende Eigentümer gemeint ist. Diese Auslegung wird dadurch bestätigt, dass auch bei der vergleichbaren Situation des Verkaufs mehrerer Gegenstände zu einem Gesamtpreis bei nur teilweise bestehendem Vorkaufsrecht nach Art. 34 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG, § 508 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs nur dem „Verpflichteten“ zustehen kann; der „Verpflichtete“ in diesem Sinne ist aber zweifellos der Verkäufer. Dementsprechend gilt auch für das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB in Verbindung mit § 508 BGB, dass nur der vorkaufsverpflichtete Verkäufer, nicht aber der Käufer eine Erstreckung des Vorkaufs verlangen kann; ist dem Käufer nicht zuzumuten, Eigentümer nur des Restgrundstücks zu werden, muss er die ihm gegen den Kaufvertragspartner zustehenden Ansprüche – einschließlich der Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen – verfolgen (BGH vom 5.7.1990 NJW 1991, 293 = DÖV 1990, 1069 = DVBl 1990, 1104).

δ) Dem Kläger zu 2 steht ein Anspruch aus Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG daher schon deshalb nicht zu, weil er nicht „Eigentümer“ im Sinne dieser Vorschrift, nämlich vorkaufsverpflichteter Eigentümer und Verkäufer, ist. Abgesehen davon ist er wegen der Weiterveräußerung des Grundstücks an seine Söhne auch nicht mehr Eigentümer der Restfläche und könnte deshalb bei einer Erstreckung des Vorkaufs dem Vorkaufsberechtigten das Eigentum daran auch nicht verschaffen. Sollte er – was nicht ausgeschlossen werden kann – mit der Klägerin zu 1 nach Ausübung des Vorkaufsrechts eine Vereinbarung getroffen haben, nach der er die Restfläche zu einem bestimmten (ermäßigten) Kaufpreis erwirbt, dann wäre im Übrigen ein Anlass für einen Ausgleich ebenso wenig gegeben wie bei einer entsprechenden, aus freien Stücken bereits im Kaufvertrag getroffenen Abrede. Das Gleiche gilt, soweit und solange er die ihm wegen Nichterfüllung des Vertrags zustehenden Ansprüche nicht oder nicht rechtzeitig gegen seinen Vertragspartner, die Klägerin zu 1, geltend ge-

macht hat. Auch auf eine nicht mehr angemessene wirtschaftliche Verwertbarkeit der Restfläche könnte er sich nicht berufen, weil diese Umstände ihn nicht zwangsläufig als Folge der Vorkaufsrechtsausübung betreffen, sondern dem eigenen Verhalten durch freie Vereinbarung oder das Absehen von der Verfolgung von Ansprüchen gegen die Verkäuferin zuzuschreiben wären.

Aus weitgehend gleichen Gründen haben auch die weiteren Erwerber, die Kläger zu 3 und 4, keinen Erstreckungsanspruch aus Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG.

Eine Eigentümerstellung im Sinne dieser Vorschrift ist bei diesen noch weniger gegeben, weil sie an dem Kaufvertrag vom 26.6.1989, der zur Entstehung und Ausübung des Vorkaufsrechts hinsichtlich der Teilfläche am See führte, nicht beteiligt waren und wegen des von ihnen mit dem Kläger zu 2 abgeschlossenen Kaufvertrags vom 9.10.1991 das Vorkaufsrecht nach Art. 34 Abs. 9 BayNatSchG ohnehin ausgeschlossen ist.

Als Eigentümer wären sie zwar zur Eigentumsübertragung an der Restfläche bei einer Erstreckung des Vorkaufs in der Lage, es fehlt aber in jeder Hinsicht an der bei Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG vorausgesetzten Benachteiligung wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts hinsichtlich des Seeuferstreifens.

II. Der mit der Klage hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Verpflichtung des Beklagten, an die Kläger 560.000,- DM zu zahlen, ist ebenfalls nicht gegeben. Auf die auch insoweit vom *Senat* zugelassene und im Übrigen zulässige Berufung der Kläger ist die Klage unter Aufhebung der Verweisungsentscheidung des Verwaltungsgerichts als nicht begründet abzuweisen.

1. (...)
2. (...)
3. Die Klage ist nicht begründet, denn die Kläger aben keinen Anspruch auf Ausgleich in Geld wegen einer Wertminderung der Restfläche.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 2.3.1999 BVerfGE 100, 226 = DÖV 1999, 870 = NuR 1999, 1498 = BayVbl 2000, 588) sind wegen der Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG bei gesetzlichen Regelungen zur Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums in erster Linie Vorkehrungen zu treffen, die eine unverhältnismäßige Belastung des Eigentümers vermeiden und die Privatnützigkeit des Eigentums so weit wie möglich erhalten.

Diesem Ausgleich einer nicht mehr verhältnismäßigen Belastung dient Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG. Erstreckt sich das Vorkaufsrecht nur auf eine Teilfläche des Kaufgrundstücks, dann kann der Eigentümer unter der Voraussetzung einer nicht mehr angemessenen baulichen oder wirtschaftlichen Verwertbarkeit des Restgrundstücks nach dieser Bestimmung verlangen, den Vorkauf auf das gesamte Grundstück zu erstrecken.

Im Sinne der oben dargelegten Auslegung der Vorschrift werden damit für den vorkaufsverpflichteten Eigentümer und Verkäufer die nicht mehr dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechenden Nachteile wegen der Vorkaufsrechtsausübung hinsichtlich einer Teilfläche vermieden. Es mag zwar nicht unter allen denkbaren Umständen völlig auszuschließen sein, dass ein gravierender Nachteil für den Eigentümer sich nicht in der Weise ergibt, dass er Eigentümer

der Restfläche bleibt oder wegen der Rückgewähr der Leistungen erneut Eigentümer wird, weil der Käufer sich wegen der Nichterfüllung des Vertrags durch den Verkäufer durch Rücktritt von den vertraglichen Bindungen löst. Allerdings kann der Eigentümer insoweit zur Erhaltung des Erstreckungsanspruchs zumutbare und im Verhältnis zum Käufer wirksame Vorkehrungen dadurch treffen, dass der Kaufvertrag unter der Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechts geschlossen wird oder der Verkäufer sich für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts den Rücktritt vom Vertrag vorbehält. Eine solche Vertragsgestaltung ist weithin üblich und auch zur Abwehr etwaiger weitergehender Ansprüche des Käufers zweckmäßig. Hier ist aber nicht weiter zu erörtern, ob der Erstreckungsanspruch aus Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG stets zu einem Ausgleich einer unverhältnismäßigen Belastung des Eigentümers und Verkäufers bei der Ausübung des Vorkaufsrechts hinsichtlich einer Teilfläche des Kaufgrundstücks führt oder der Vorkaufsverpflichtete in besonders gelagerten, atypischen Fällen einer durch den Erstreckungsanspruch nicht abzuwendenden Benachteiligung ausgesetzt sein kann, die er ohne finanziellen Ausgleich nicht hinzunehmen braucht. Weil nämlich – wie ausgeführt – der Käufer, der Kläger zu 2, den Kaufpreis bezahlt und bis heute keine zivilrechtlichen Ansprüche gegen die Klägerin zu 1 wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend gemacht hat, ist jedenfalls derzeit für einen Nachteil oder gar für eine unverhältnismäßige Belastung der Klägerin zu 1 nichts dargelegt oder sonst ersichtlich. Auch wenn die Restfläche durch die Abtrennung des Seeuferstreifens in ihrem Wert gemindert sein mag, hat sich das in einer entsprechenden Belastung der Klägerin zu 1 nicht ausgewirkt. Deshalb ist für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung, ob der Gesetzgeber wegen denkbarer unverhältnismäßiger Belastungen, die durch den Anspruch aus Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG nicht ausgeglichen werden können, eine Regelung über einen finanziellen Ausgleich treffen musste und Art. 36 Abs. 1 BayNatSchG den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von Art. 34 Abs. 1 Satz 4 BayNatSchG bestehen nicht deshalb, weil nicht jeder Nachteil für den Eigentümer einen Anspruch auf Erstreckung des Vorkaufs begründet. In verfassungskonformer Auslegung der Bestimmung ist davon auszugehen, dass eine nicht mehr in angemessenem Umfang gegebene bauliche oder wirtschaftliche Verwertbarkeit der Restfläche dann vorliegt, wenn sich sonst aus der Inhaltsbestimmung des Eigentums eine unverhältnismäßige Belastung ergäbe, die ohne Ausgleich nicht mehr hingenommen werden muss. Die Kläger zu 2 bis 4 können einen finanziellen Ausgleich schon deshalb nicht beanspruchen, weil sie nicht als Eigentümer des Grundstücks von der Ausübung des Vorkaufsrechts betroffen sind und ihnen wegen der Nichterfüllung des Vertrags durch den jeweiligen Verkäufer nach zivilrechtlichen Bestimmungen Ansprüche zustehen, die bereits für einen entsprechenden Ausgleich sorgen. Soweit sie aus freien Stücken Nachteile in Kauf nehmen oder Ansprüche gegen den Vertragspartner nicht oder nicht rechtzeitig geltend machen, beruhen die sich daraus ergebenden Nachteile nicht auf der Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern sind dem eigenem Verhalten zuzuschreiben. Weil keinem der Kläger der auf 560.000,- DM bezifferte Ausgleichsanspruch zusteht, kommt es nicht mehr darauf an, in welchem Verhältnis zueinander die Zahlung durch den Beklagten beansprucht wird.

III. (...)

## Steuerrecht

19. EStG § 15 Abs. 2, GewStG § 2 Abs. 1 (*Drei-Objekt-Grenze gilt auch bei Errichtung von Wohnobjekten*)

**Die Errichtung von Wohnobjekten auf dem eigenen Grundstück und deren Veräußerung stellt nicht unabhängig von der als Indiz wirkenden Drei-Objekt-Grenze bereits wegen der Ähnlichkeit mit dem „Bild des produzierenden Bauunternehmers/Bauträgers“ eine gewerbliche Tätigkeit dar.**

BFH, Beschluss vom 10.12.2001 – GrS 1/98 –

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger), im Streitjahr 1990 zur Einkommensteuer zusammen veranlagte Eheleute, sind Arbeitnehmer der Firma A GmbH, die das Gipserhandwerk betreibt. Der Kläger ist auch Gesellschafter dieser GmbH. Er ist ferner an der Handwerkergruppe T in G beteiligt, deren Geschäftszweck die Errichtung und der Vertrieb von Gebäuden ist.

Die Klägerin hatte im Jahre 1972 ein Einfamilienhaus erworben und dieses bis 1987 vermietet. Im Jahre 1988 wurde das Einfamilienhaus abgebrochen und durch ein Gebäude mit 10 Wohnungen ersetzt. Während der Bauphase wurde das Grundstück in 10 Eigentumswohnungen und 6 jeweils selbstständige Reihengaragen sowie 2 Carports aufgeteilt. Mit Schenkungsvertrag vom 23.6.1989 übertrug die Klägerin Anteile auf ihren Sohn und ihre Tochter, so dass sich folgende Eigentumsverhältnisse ergaben:

Klägerin: 5 Eigentumswohnungen, 3 Garagen,  
Sohn: 3 Eigentumswohnungen, 2 Garagen, 1 Carport,  
Tochter: 2 Eigentumswohnungen, 1 Garage, 1 Carport.

Nach den Feststellungen des Finanzgerichts (FG) veräußerte die Klägerin in den Jahren 1990 und 1991 folgende Eigentumswohnungen und Garagen:

März 1990: 1 Eigentumswohnung,  
April 1990: 1 Eigentumswohnung und 1 Garage; die Garage an den Erwerber einer Eigentumswohnung des Sohnes,  
Juni 1990: 1 Eigentumswohnung und 1 Garage; die Garage an den Erwerber einer Eigentumswohnung der Tochter,  
Juli 1991: 1 Garage an den Erwerber einer Eigentumswohnung des Sohnes. Nach dem Revisionsvortrag der Kläger soll der Kaufvertrag über diese Garage wegen Baumängeln wieder aufgehoben worden sein.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) behandelte die Veräußerungen als gewerblichen Grundstückshandel und setzte im Einkommensteuerbescheid 1990 hieraus einen Gewinn in Höhe von 299.262 DM an. Das FG wies die dagegen erhobene Klage mit den in EFG 1997, 338 veröffentlichten Gründen ab.

Die Kläger rügen mit der Revision die Verletzung materiellen Rechts und begehren – soweit hier von Bedeutung –, den angefochtenen Einkommensteuerbescheid 1990 dahin gehend zu ändern, dass aus der Veräußerung der Eigentumswohnungen ein Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 299.262 DM nicht angesetzt werde.

### Aus den Gründen:

B. (...)

C. Entscheidung des Großen Senats über die vorgelegte Rechtsfrage

Der Große Senat vermag dem vorlegenden Senat nicht darin zu folgen, dass die Errichtung von Wohnobjekten „in bedingter Veräußerungsabsicht“ und deren zeitnahe Veräußerung unabhängig von der Zahl der verkauften Objekte stets als gewerbliche Tätigkeit zu beurteilen sei.

Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbstständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht

unternommen wird und sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung das negative Erfordernis aufgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln darf.

I. Bei den in § 15 Abs. 2 EStG aufgeführten Merkmalen handelt es sich um gesetzliche Mindestanforderungen, die die Gerichte zu beachten haben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Rechtsprechung an das Vorliegen einiger dieser Voraussetzungen (insbesondere das der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr) keine hohen Anforderungen stellt.

Bei der Auslegung der in § 15 Abs. 2 EStG genannten Merkmale ist allerdings das „Bild des Gewerbetreibenden“ heranzuziehen. Diese Auffassung wird in der Rechtsprechung des BFH nicht nur vom vorlegenden Senat vertreten. Vielmehr hat auch der I. Senat im Urteil vom 15.12.1999 I R 16/99 (BFHE 191, 45, BStBl II 2000, 404) entschieden, dass ein amerikanisches Unternehmen, das nur für einen inländischen Auftraggeber tätig ist, am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, wenn es seine Leistungen in einer Weise erbringt, die dem typischen Bild einer gewerblichen Tätigkeit entspricht. Dem stimmt der Große Senat zu. Insbesondere handelt es sich – wie im Urteil in BFHE 191, 45, BStBl II 2000, 404 zutreffend ausgeführt – nicht um eine Tautologie. Ohne die vom Gesetzgeber offenbar als bekannt vorausgesetzte „Verkehrsanschauung“ vom typischen Bild des Gewerbetreibenden kann der Rechtsanwender nicht bestimmen, ob eine gewerbliche Tätigkeit gegeben ist.

II. Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb einerseits und Vermögensverwaltung andererseits hat die Rechtsprechung seit langem auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung abgestellt. In Zweifelsfällen ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (Beschluss des Großen Senats vom 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617, unter C. I.; zuletzt BFH-Urteil in BFHE 187, 287, BStBl II 1999, 448, zum Wertpapierhandel).

III. Auch wenn man die vorstehend dargestellten Auslegungskriterien zugrunde legt, folgt hieraus entgegen der Auffassung des vorlegenden Senats nicht, dass das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit und das ungeschriebene negative Merkmal „keine Vermögensverwaltung“ eine unterschiedliche Auslegung danach erfordern, ob es um den (bloßen) Handel mit Grundstücken (sog. Durchhandelsfälle) oder um eine grundstücksbezogene Wertschöpfung durch Bebauung geht.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn nach dem Gesamtbild der Betätigung und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz im Sinne einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten (z.B. durch Selbstnutzung oder Vermietung) entscheidend in den Vordergrund tritt (BFH-Beschluss in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617).

2. Zur Konkretisierung dieser Unterscheidung im Bereich des gewerblichen Grundstückshandels hat der VIII. Senat des BFH mit Urteil vom 9.12.1986 VIII R 317/82 (BFHE 148, 480, 483, BStBl II 1988, 244) die sog. Drei-Objekt-Grenze

eingeführt. Sie besagt, dass kein gewerblicher Grundstücks-handel vorliegt, sofern weniger als vier Objekte veräußert werden. Je geringer der Umfang von Anschaffungen und Veräußerungen sei, desto weniger sei anzunehmen, dass der Zweck der Vermögensmehrung durch Umschichtung (Ausnutzung substantieller Vermögenswerte) im Vordergrund stehe. Eine zahlenmäßige Begrenzung auf drei Wohneinheiten trage der gebotenen Vereinfachung Rechnung.

Werden hingegen innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs – in der Regel fünf Jahre – zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf mindestens vier Objekte veräußert, kann von einem gewerblichen Grundstücks-handel ausgegangen werden, weil die äußeren Umstände den Schluss zulassen, dass es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt (BFH-Urteile vom 18.9.1991 XI R 23/90, BFHE 165, 521, BStBl II 1992, 135, und vom 11.3.1992 XI R 17/90, BFHE 167, 401, BStBl II 1992, 1007).

Der I. und der X. Senat des BFH haben durch Urteile vom 18.5.1999 I R 118/97 (BFHE 188, 561, BStBl II 2000, 28) und vom 15.3.2000 X R 130/97 (BFHE 191, 360, BStBl II 2001, 530) für Fälle des Erwerbs eines bebauten Grundstücks und dessen anschließender Veräußerung entschieden, Objekte i.S. der sog. Drei-Objekt-Grenze könnten nicht nur Ein- und Zweifamilienhäuser oder Eigentumswohnungen, sondern auch Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten sein; dabei komme es weder auf die Größe und den Wert des einzelnen Objekts noch auf dessen Nutzungsart an.

3. Die Rechtsprechung des BFH hat nicht danach unterschieden, ob der Steuerpflichtige die veräußerten Objekte lediglich angeschafft oder ob er sie errichtet hat (z.B. BFH-Urteile in BFHE 148, 480, BStBl II 1988, 244; vom 14.3.1989 VIII R 373/83, BFHE 158, 214, BStBl II 1990, 1053; vom 20.11.1990 VIII R 15/87, BFHE 163, 66, BStBl II 1991, 345; vom 12.7.1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143; in BFHE 167, 401, BStBl II 1992, 1007; vgl. weitere Urteile im Vorlagebeschluss in BFHE 184, 355, BStBl II 1998, 332, unter II. 2. b).

Soweit der X. Senat im Vorlagebeschluss davon ausgeht, diese Rechtsprechung sei, soweit sie die Drei-Objekt-Grenze auch auf Fälle der Veräußerung nach Bebauung anwende, durch den Beschluss des Großen Senats in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 überholt, vermag ihm der Große Senat nicht zu folgen. Vielmehr lässt die Formulierung im Beschluss in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 „... haben die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeit (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) ..., eine indizielle Bedeutung“ (unter C. II. 2.) darauf schließen, dass die bisherige Rechtsprechung Bestand haben sollte. Hiervon sind auch der IV. Senat in seinem Aussetzungsbeschluss vom 22.4.1998 IV B 19/98 (BFHE 185, 480, BStBl II 1999, 295, 297) und das FG Rheinland-Pfalz in seinem Urteil vom 11.11.1998 1 K 2702/97 (EFG 1999, 379) zutreffend ausgegangen (s. ferner Urteile des IV. Senats vom 9.5.1996 IV R 74/95, BFHE 181, 19, BStBl II 1996, 599, 600, rechte Spalte, und vom 25.1.1996 IV R 76/92, BFH/NV 1996, 678, 679, linke Spalte; Urteil des VIII. Senats vom 23.4.1996 VIII R 27/94, BFH/NV 1997, 170, 172, linke Spalte, bb). Der Große Senat sieht keine Veranlassung, diese Rechtsprechung aufzugeben.

Nach Auffassung des Großen Senats gilt die „Drei-Objekt-Grenze“ in der Regel (zu Ausnahmen s. 5.) auch in Fällen der Bebauung und des anschließenden Verkaufs. Dies trägt zum einen der gebotenen Rechtsvereinfachung Rechnung und entspricht zum anderen der gesetzgeberischen Grundentschei-

dung, private Veräußerungsgewinne unbesteuert zu lassen (vgl. insbesondere BFH-Urteil in BFHE 188, 561, BStBl II 2000, 28, unter II. 2. c, aa). Im Übrigen dient es auch der Verlässlichkeit der Rechtsordnung, eine gefestigte Handhabung (hier: Gleichstellung von reinen Durchhandelsfällen mit Bebauungsfällen) aufrechtzuerhalten, solange nicht überwiegende Gründe für ihre Aufgabe sprechen (z.B. BFH-Urteil vom 16.5.2001 I R 76/99, BFHE 195, 328, BFH/NV 2001, 1327, DStR 2001, 1475).

4. Beim Verkauf von Grundstücken, die der Veräußerer bebaut hat, entspricht die mit der Bebauung zusammenhängende Tätigkeit nicht stets „dem Bild, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist“ (Beschluss des Großen Senats in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617). Das Bebauen des eigenen Grundstücks mit einem Gebäude ist so wenig wie der Erwerb von Grundbesitz kennzeichnend dafür, dass eine Nutzung des Grundstücks durch künftige Vermietung nicht beabsichtigt ist. Die Veräußerung nach vorangegangener Bebauung mag zwar umfangreichere Tätigkeiten als die Veräußerung nach bloßem Erwerb erfordern. Derartige Tätigkeiten können aber auch der Vermögensverwaltung zuzurechnen und hierfür sogar unumgänglich sein. Das gilt für die Bebauung, wenn ein bisher unbebautes Grundstück vermietet oder selbst genutzt werden soll. Der Unterschied zwischen Bautätigkeiten, die auf Gewerblichkeit hindeuten, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, zeigt sich auch durch einen Vergleich mit den vom vorlegenden Senat im Urteil vom 24.1.1996 X R 255/93 (BFHE 180, 51, BStBl II 1996, 303) als Beispiele typischer Gewerbetreibender genannten Unternehmen. Sofern ihre Tätigkeit als solche eindeutig der eines Gewerbetreibenden entspricht, bebauen sie kein eigenes Grundstück (Bauunternehmer, Generalübernehmer, Baubetreuer). Der vorlegende Senat meint, die Klägerin habe sich nach der Art eines Bauträgers betätigt. Bauträger ist, wer als Bauherr im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung Bauvorhaben vorbereitet oder durchführt und dazu Vermögenswerte von Erwerbern, Mietern, Pächtern oder sonstigen Nutzungsberechtigten oder von Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechte verwendet (§ 34c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a der Gewerbeordnung – GewO –). Aus dieser Definition folgt zum einen, dass auch der Bauträger häufig auf dem Grundstück des Auftraggebers baut. Insofern indiziert bereits seine im Zusammenhang mit der Bebauung ausgeübte Tätigkeit – wie bei den zuvor genannten Berufsgruppen – die Gewerblichkeit. Sofern er das Gebäude auf einem eigenen Grundstück errichtet, unterscheidet er sich von einem Bauherrn, der die spätere Vermietung oder Eigennutzung des Gebäudes beabsichtigt, nicht durch die Art der Bautätigkeit, sondern durch den Verkauf. Zeigt sich die Gewerblichkeit eines Bauträgers für den Außenstehenden aber erst im Verkauf, so kann – ebenso wie beim bloßen An- und Verkauf von Grundstücken – im Regelfall nur eine gewisse Anzahl von Verkäufen als Beweisanzeichen dafür geeignet sein, dass die Tätigkeit die Grenze zur Gewerblichkeit überschritten hat.

Das Vorhandensein einer Veräußerungsabsicht beim Erwerb bzw. bei der Bebauung kann nicht allein aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen den jeweiligen Aktivitäten hergeleitet werden. Die Rechtsprechung hat dem zeitlichen Zusammenhang indizielle Bedeutung beigemessen, um dem Einwand zu begegnen, trotz Verkaufs von mehr als drei Objekten habe ursprünglich die Absicht zur Vermietung oder Eigennutzung bestanden; sie habe lediglich infolge unvorhergesehener Umstände aufgegeben werden müssen. Diese Möglichkeit ist indessen umso unwahrscheinlicher, je kürzer die Zeit zwi-

schen Erwerb bzw. Bebauung und Veräußerung war. Der zeitliche Zusammenhang hat daher für sich genommen in der Regel keine Bedeutung, wenn die Bebauung des eigenen Grundstücks mit einem Gebäude – im Gegensatz zur Veräußerung von mehr als drei Objekten – nicht auf eine gewerbliche Tätigkeit hindeutet.

5. Nach der im Beschluss des Großen Senats in BFHE 178, 86, BStBl II 1995, 617 vertretenen Auffassung haben die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf) für die Beurteilung, ob eine gewerbliche Betätigung gegeben ist oder nicht, eine indizielle Bedeutung. Diese äußerlich erkennbaren Merkmale sind als Beweisanzeichen gerechtfertigt, weil die innere Tatsache der von Anfang an bestehenden Veräußerungsabsicht oft nicht zweifelsfrei feststellbar ist. Wenn es sich dabei auch um sehr gewichtige Indizien für oder gegen eine von Anfang an bestehende und u.U. auch nur bedingte Veräußerungsabsicht handelt, so kommt es auf diese Indizienmerkmale dann nicht an, wenn sich bereits aus anderen – ganz besonderen – Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende oder aber fehlende Veräußerungsabsicht ergibt (vgl. auch Beschluss des BVerfG vom 7.11.1995 2 BvR 802/90, BStBl II 1996, 34).

Daraus folgt, dass trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel nicht anzunehmen ist, wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen. Dabei ist nicht auszuschließen, dass die Umstände im Einzelfall derartig gewichtig erscheinen, dass einer im Grunde stets bestehenden bedingten Veräußerungsabsicht keine Bedeutung zukommt.

Andererseits können auch bei einer Veräußerung von weniger als vier Objekten besondere Umstände auf eine gewerbliche Betätigung schließen lassen. Soweit die bisherige Rechtsprechung dahin gehend verstanden werden konnte, dass sie wie eine Freigrenze wirkt (vgl. z.B. *Jung*, Einkommensteuerliche Abgrenzung des gewerblichen Grundstückshandels, 1998, S. 143, 178; *Kempermann*, DStR 1996, 1156; *Altfelder*, FR 2000, 349, 352; *Paus*, DStZ 1999, 873) folgt dem der Große Senat nicht. So kann beispielsweise auf eine gewerbliche Betätigung geschlossen werden, wenn das im zeitlichen Zusammenhang mit der Bebauung und Veräußerung (ggf. auch durch Schenkung) erworbene Grundstück schon vor seiner Bebauung verkauft worden ist (so zum gewerblich tätigen Betreuer Urteil des FG Baden-Württemberg vom 20.12.2000 2 K 96/99, EFG 2001, 446, rkr.) oder wenn ein solches Grundstück von vornherein auf Rechnung oder nach Wünschen des Erwerbers bebaut wird. In derartigen Gestaltungen kann die Wertung gerechtfertigt sein, dass es sich unabhängig von der Anzahl der Verkäufe um eine gewerbliche Tätigkeit handelt. Ebenso kann für eine gewerbliche Betätigung der Umstand sprechen, dass das Bauunternehmen des Grundstück bebauenden Steuerpflichtigen erhebliche Leistungen für den Bau erbringt, die nicht wie unter Fremden abgerechnet werden (BFH-Urteil vom 11.6.1997 XI R 71/96, BFH/NV 1997, 839).

Das in § 15 Abs. 2 EStG enthaltene Erfordernis der Nachhaltigkeit steht der Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels in derartigen Fällen nicht entgegen. Die Drei-Objekt-Grenze stellt keine Mindestgrenze in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal der Nachhaltigkeit dar.

D. (...)

20. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 BGB § 415 Abs. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Eintritt in Generalübernehmervertrag*)

**Verpflichtet sich der Erwerber eines unbebauten Grundstücks, in einen vom Verkäufer abgeschlossenen Generalübernehmervertrag einzutreten, und stimmt der an diesem Vertrag beteiligte Dritte gemäß § 415 Abs. 1 BGB zu, folgt allein daraus nicht, dass Erwerbsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand ist. Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Grundstückserwerb im Rahmen einer Betriebsaufspaltung erfolgt und der Veräußerer das fertig bebaute Grundstück als Betriebsgesellschaft anpachtet.**

BFH, Urteil vom 16.1.2002 – II R 16/00 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH, ist die Rechtsnachfolgerin der KG. Diese erwarb durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 18.2.1994 zum Kaufpreis von 4.722.900 DM mehrere Grundstücke in ... von der X-GmbH. Die X-GmbH hatte bereits am 13.3.1993 mit der AG einen „Generalübernehmervertrag“ über die schlüsselfertige Errichtung einer Klinik bis zum 31.3.1995 zum Pauschalpreis von 61.931.304 DM, von denen 11.180.868 DM auf das Inventar entfielen, geschlossen. Der Vertrag war am 20./31.1.1994 neu gefasst worden. Dabei stimmte die AG einer Übertragung der Auftraggeberstellung von der X-GmbH auf die KG zu. Noch am Tag der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrages verpflichtete sich die KG gegenüber der X-GmbH privatschriftlich, in den Generalübernehmervertrag mit der AG einzutreten und die X-GmbH von allen Verpflichtungen aus diesem Vertrag freizustellen. Außerdem hatte sie der X-GmbH alle bis dahin beim Ankauf der Grundstücke entstandenen Aufwendungen von zusammen netto 334.071,25 DM zu erstatten. Bei Abschluss der Verträge vom 18.2.1994 hatte die AG bereits einen Teil ihrer Leistungen erbracht.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –), dem anfänglich nur der Grundstückskaufvertrag vorlag, setzte zunächst die Grunderwerbsteuer nur nach dem Grundstückskaufpreis fest. Nachdem das FA auch von dem Generalübernehmervertrag und dem Eintritt der KG in diesen Vertrag erfahren hatte, erließ es am 23.7.1996 einen nach § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO 1977) geänderten Grunderwerbsteuerbescheid, in dessen Bemessungsgrundlage die Kosten für die Errichtung der Klinik einbezogen worden waren. Die Änderung beruhte auf der Ansicht des FA, das Grundstück mit der darauf noch zu errichtenden Klinik sei einheitlicher Erwerbsgegenstand gewesen. Die dafür erforderliche abgestimmte Verhaltensweise zwischen der X-GmbH und der AG zeige sich in der Zustimmung der AG zum Bauherrenwechsel.

Der Einspruch der KG führte lediglich zu einer Herabsetzung der Steuer durch die Einspruchsentscheidung vom 17.9.1997. Eine weitere Herabsetzung auf nunmehr 1.261.728 DM erfolgte während des anschließenden Klageverfahrens durch Bescheid vom 29.1.1998. Dabei war als Bemessungsgrundlage neben dem Grundstückskaufpreis der Pauschalpreis für die Klinik abzüglich der Aufwendungen für das Inventar, aber zuzüglich der Umsatzsteuer von 7.613.565 DM auf die Lieferung des Grundstücks und die Errichtung des Gebäudes angesetzt.

Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung sowie die Grunderwerbsteuerbescheide vom 29.1.1998 und vom 23.6.1996 – letzteren in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 17.9.1997 – aufzuheben. Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet.

Die Klägerin hat die Grundstücke in dem Zustand erworben, in dem sie sich bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages befanden. Da das FG von einem Erwerb der Grundstücke mit noch zu errichtender Klinik ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Da das FG zwar festgestellt hat, dass

die AG bei Abschluss des Kaufvertrages einen Teil ihrer Leistungen bereits erbracht hatte, aber Feststellungen darüber fehlen, ob es sich dabei um Bauleistungen auf dem Grundstück gehandelt hat, und welcher Anteil des Pauschalpreises auf die ggf. bereits erbrachten Bauleistungen entfällt, war die Sache an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Bei der anderweitigen Verhandlung und Entscheidung sind die von der Klägerin zu erstattenden Grundstücksaufwendungen der X-GmbH zu berücksichtigen. Sie gehören zur Gegenleistung der Klägerin.

1. Verpflichtet sich der Erwerber eines bebauten oder sich im Zustand der Bebauung befindlichen Grundstücks gegenüber dem Grundstücksverkäufer, an dessen Stelle in einen bestehenden Vertrag mit einem Dritten über die Errichtung bzw. Fertigstellung eines Gebäudes auf dem Grundstück einzutreten und kommt der Vertragseintritt des Erwerbers zustande, weil der Dritte vorher oder nachher zugestimmt hat bzw. zustimmt, gleicht dieser Sachverhalt in Teilen denjenigen Fallgestaltungen, bei denen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BFH-Urteile vom 27.10.1999 II R 17/99, BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34, sowie vom 8.11.1985 II R 83/93, BFH/NV 1996, 637, jeweils m.w.N.) der Erwerb eines Grundstücks mit noch zu errichtendem Gebäude anzunehmen ist, obwohl die Grundstücksübertragung und die Gebäudeerrichtung in getrennten Verträgen – ggf. mit unterschiedlichen Vertragspartnern – vereinbart worden sind. Gleichwohl ist diese Rechtsprechung auf die beschriebenen Grundstückserwerbe mit Eintrittsverpflichtung in einen Bauvertrag nicht anwendbar, weil sich beide Fallgestaltungen ohne Hinzutreten weiterer Umstände gerade in dem unterscheiden, was in Auslegung der § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 zu dieser Rechtsprechung geführt hat. An den Entscheidungen in BFHE 172, 534, BStBl II 1994, 48, in BFHE 183, 265, BStBl II 1997, 776 und in BFH/NV 1999, 361 hält der *Senat* fest.

a) Die Annahme eines einheitlichen Vertragsgegenstandes „bebautes Grundstück“ setzt neben dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages den Abschluss eines Vertrages über die Errichtung eines Gebäudes zwischen dem Erwerber und der Veräußererseite, d.h. entweder dem Grundstücksveräußerer oder einem mit diesem personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich bzw. durch vertragliche Abrede (Zusammenarbeit, abgestimmtes Verhalten) verbundenen Dritten (BFH-Urteile vom 23.6.1982 II R 155/80, BFHE 136, 427, BStBl II 1982, 741; vom 6.12.1989 II R 72/87, BFH/NV 1991, 344, und II R 145/87, BFH/NV 1991, 345; vom 11.5.1994 II R 62/91, BFH/NV 1994, 901, und in BFHE 183, 265, BStBl II 1997, 776), voraus. Denn nur dann, wenn die Veräußererseite (auch) zur Errichtung des Gebäudes verpflichtet ist, entspricht eine solche Sachverhaltsgestaltung ihrem objektiven Inhalt nach dem Abschluss eines das bebaute Grundstück umfassenden Grundstückskaufvertrages (vgl. hierzu BFH-Urteil in BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34). Hat sich demnach gegenüber dem Grundstückserwerber weder der Grundstücksverkäufer selbst noch ein mit ihm im oben genannten Sinne verbundener Dritter zur Errichtung des Gebäudes auf dem Grundstück verpflichtet, liegt kein einheitlicher Leistungsgegenstand „bebautes Grundstück“ vor (vgl. BFH-Beschlüsse vom 9.8.1989 II B 73/89, BFH/NV 1990, 594, und II B 74/89, BFH/NV 1990, 596).

Dies gilt nicht nur in den Fällen, in denen sich bereits zivilrechtlich aus einem oder mehreren Verträgen ergibt, dass der Veräußerer (oder eine aus mehreren Personen bestehende Veräußererseite) zur Übereignung eines bebauten Grundstücks verpflichtet ist (BFH-Urteile vom 25.7.1979 II R 105/77,

BFHE 128, 544, BStBl II 1980, 11; vom 18.10.1989 II R 85/87, BFHE 158, 483, BStBl II 1990, 181, und vom 18.10.1989 II R 143/87, BFHE 158, 477, BStBl II 1990, 183), sondern auch für die Fälle, in denen sich auf Grund engen sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Grundstückskauf- und dem Bauerrichtungsvertrag ergibt, dass der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Urteile in BFHE 158, 477, BStBl II 1990, 183; in BFHE 158, 483, BStBl II 1990, 181; vom 5.2.1992 II R 110/88, BFHE 166, 402, BStBl II 1992, 357; vom 8.2.1995 II R 19/92, BFH/NV 1995, 823, 825, und in BFH/NV 1996, 637). Allein die Bindung des Erwerbers an eine bestimmte Bebauung des Grundstücks („Ob“ und „Wie“ der Bebauung) reicht für sich genommen nicht aus, wenn diese nicht gegenüber der (zur Gebäudeerrichtung verpflichteten) Veräußererseite (d.h. dem Grundstücksverkäufer oder einem mit diesem verbundenen Dritten) besteht (vgl. BFH-Urteile vom 6.3.1991 II R 133/87, BFHE 164, 117, BStBl II 1991, 532; in BFHE 183, 265, BStBl II 1997, 776, sowie in BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34, unter II. 2.).

b) Die Fallgestaltungen (Erwerb eines Grundstücks mit noch zu errichtendem Gebäude bzw. Eintritt in einen Bauvertrag) gleichen sich darin, dass der Erwerber jeweils das Grundstück ohne Vorgaben für die Bebauung nicht erwerben kann. Um wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden, muss nämlich der Verkäufer, der bezüglich des zu verkaufenden Grundstücks bereits einen Vertrag über dessen Bebauung mit einem Dritten abgeschlossen hat, aber mit der Bebauung nichts mehr zu tun haben will, bestrebt sein, das Grundstück nur an jemanden zu veräußern, der bereit ist, die Verpflichtungen aus dem Bauvertrag zu übernehmen. Es bedarf auch beide Male einer Mitwirkung Dritter, allerdings bei dem bloßen Grundstückserwerb mit gleichzeitiger Verpflichtung des Erwerbers zum Vertragseintritt nur insoweit, als die mit dem Vertragseintritt verbundenen Rechtsgeschäfte gemäß § 415 Abs. 1 BGB der Zustimmung des Dritten bedürfen. Diese Gemeinsamkeiten, in denen sich die Vergleichbarkeit beider Fallgestaltungen erschöpft, führen jedoch nach der Rechtsprechung des *Senats* nicht zur Anwendbarkeit der zum einheitlichen Erwerbsvorgang entwickelten Grundsätze auf die mit einer Verpflichtung zum Vertragseintritt verbundenen Grundstückserwerbe. Es fehlt am Merkmal, dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages mit der Verpflichtung des Verkäufers/der Verkäuferseite zur Übertragung eines von ihm/ihr noch zu bebauenden Grundstücks zu entsprechen.

2. Im Streitfall hat sich weder die Grundstücksverkäuferin (X-GmbH) noch ein Dritter, der mit ihr im oben genannten Sinne verbunden ist, der Klägerin (Grundstückskäuferin) gegenüber verpflichtet, das Gebäude auf dem Grundstück zu errichten bzw. fertig zu stellen.

a) Die X-GmbH war nach dem Inhalt des Vertrages vom 18.2.1994 der Klägerin gegenüber nicht verpflichtet, das Gebäude zu errichten bzw. fertig zu stellen. Eine solche Verpflichtung der X-GmbH ergibt sich auch nicht aus der neben dem Grundstückskaufvertrag getroffenen privatschriftlichen Vereinbarung hinsichtlich der Eintritts- und Freistellungsverpflichtung der Klägerin in Bezug auf den Generalunternehmervertrag. Mit dieser Vereinbarung verfolgte die X-GmbH lediglich das Ziel, sich von dem Bauvorhaben und dem bereits mit der AG abgeschlossenen Generalunternehmervertrag ohne finanzielle Einbuße wieder zu lösen. Sie wollte – aus welchen Gründen auch immer – gerade kein Gebäude mehr erstellen lassen und sich hierzu auch der Klägerin gegenüber nicht verpflichten. Allein der Umstand, dass umgekehrt die



Klägerin der X-GmbH gegenüber auf Grund ihrer Eintritts- und Freistellungspflichten zumindest faktisch gehalten war, das Bauvorhaben zu Ende zu führen, rechtfertigt nicht die Annahme eines einheitlichen Vertragsgegenstandes. Denn die Verpflichtung des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer, auf dem Grundstück ein Gebäude zu errichten, das er selbst nutzen wird, ist eine eigennützige Leistung, die keine Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt (*Sack in Boruttau*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 14. Aufl., § 9 Rdnr. 49; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 5; Urteil des Obersten Finanzgerichtshofs vom 23.8.1949 II 10/49, RFHE 54, 392).

b) Die AG, deren Mitwirkung in diesen Fällen nur in der Zustimmung zum Eintritt des Erwerbers in dem Bauvertrag/Generalübernehmervertrag liegt, hat den Bauvertrag mit dem Grundstücksverkäufer bereits vor Abschluss des Grundstückskaufvertrages akquiriert, ohne dabei über diesen Vertragsabschluss hinaus irgendeinen Einfluss auf den späteren Veräußerungsvorgang genommen zu haben. Sie befindet sich damit nicht in einer Stellung, wie sie Dritten zukommt, die nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zum einheitlichen Erwerbsgegenstand auf Grund objektiv sachlichen Zusammenhangs des von ihnen abgeschlossenen Vertrages mit dem Grundstückskaufvertrag sowie auf Grund abgestimmten Verhaltens mit dem Grundstücksverkäufer der Veräußererseite zuzurechnen sind. Daher erfüllt ihre Mitwirkung auch nicht die Voraussetzungen eines abgestimmten Verhaltens, das nach der genannten Rechtsprechung bei unterschiedlichen Vertragspartnern des Erwerbers auf der Veräußererseite erforderlich ist, um den Erwerb eines bebauten Grundstücks anzunehmen. Die Mitwirkung erfolgt nicht auf das Ziel hin, dem Erwerber ein bebautes Grundstück zu verschaffen, sondern, weil eigene Interessen nicht berührt sind.

3. Gemäß diesen Grundsätzen hat die Klägerin im Streitfall die Grundstücke in dem Zustand erworben, in dem sie sich bei Abschluss des Kaufvertrages befanden. Die Tatsache, dass die X-GmbH im Zuge einer Betriebsaufspaltung die fertige Klinik als Betriebsgesellschaft anpachten wollte, ist grunderwerbsteuerrechtlich ohne Bedeutung. Wollte man ihr Bedeutung beimessen, spräche sie im Übrigen eher für die Klägerin, weil aufgrund dieser Tatsache die Grundstücksverkäuferin in einem Zusammenhang mit der Klägerin als Erwerblerin, nicht aber mit der AG als Generalübernehmerin steht. Demgegenüber hat das FG den Erwerb der Grundstücke mit noch zu errichtendem Gebäude angenommen. Daher ist die Vorentscheidung aufzuheben.

Die Sache ist nicht spruchreif, weil der Zustand der Grundstücke im Erwerbszeitpunkt – vom Standpunkt des FG aus zu Recht – nicht festgestellt ist. Dies zwingt zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Bei der anderweitigen Entscheidung ist zu berücksichtigen, dass die in Höhe von netto 334.071,25 DM zu erstattenden Grundstücksaufwendungen der X-GmbH vom Erwerber übernommene sonstige Leistungen i.S. des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 darstellen.

### Anmerkung

Dem Urteil ist zuzustimmen, obwohl es auf den ersten Blick der bisherigen Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragsgegenstand zu widersprechen scheint.

1. Nach der Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragsgegenstand wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs um solche Vereinbarungen erweitert, welche rechtlich oder wirt-

schaftlich in einem objektiv sachlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen<sup>1</sup>.

Wenn bei objektiver Betrachtungsweise mehrere Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand zielen, so sind diese auch dann als grunderwerbsteuerliche Einheit zu behandeln, wenn es sich formal um getrennte Verträge, z.B. Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag, handelt<sup>2</sup>. In diesen Fällen erhöht sich somit die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage um die Kosten des Werkvertrages<sup>3</sup>.

Sind dagegen die Verträge weder zivilrechtlich verknüpft noch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehend, so kann die Grunderwerbsteuer lediglich aus der Gegenleistung für das Grundstück, nicht aber aus der Gegenleistung für das Gebäude bemessen werden<sup>4</sup>.

2. Hiervon abzugrenzen ist die bloße Verpflichtung zum Eintritt in bereits abgeschlossene gegenseitige Verträge des Veräußerers mit Dritten durch den Erwerber. In der Vergütung für die Vertragsübernahme liegt nur dann eine grunderwerbsteuerlich relevante Gegenleistung, wenn das Entgelt, welches der Käufer für den Vertragseintritt zu zahlen hat, unausgewogen hoch ist und somit eine verdeckte zusätzliche Zahlung für das Grundstück darstellt<sup>5</sup>.

Es handelt sich dagegen nicht um einen einheitlichen Vertragsgegenstand, da der Verkäufer des Grundstücks und sein Vertragspartner, in dessen Vereinbarungen der Käufer eintreten soll, keine gleichgerichteten Interessen verfolgen.

### Beispiel:

Ein Grundstückseigentümer hat einen Bau- und Architektenvertrag abgeschlossen, weil er ein Haus auf seinem Grundstück errichten wollte. Da die Finanzierung geplatzt ist, möchte er das Grundstück abstoßen und hätte es am liebsten, dass der Käufer auch den Bau- und Architektenvertrag übernimmt. Dieses Interesse verfolgt der Verkäufer nicht etwa, weil er den Architekten oder Bauunternehmer unterstützen möchte, sondern lediglich, um gegenüber diesen Personen keinen Schadensersatzverpflichtungen ausgesetzt zu sein.

Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich hier nicht um eine grunderwerbsteuerlich relevante Gegenleistung, wenn für die zu übernehmenden Architekten- und Bauverträge zusätzliche Gegenleistungen vom Käufer bezahlt werden, sofern keine unausgewogen hohe Kostenverteilung auf diese Verträge entfällt<sup>6</sup>. Diese Situation ist vielmehr so zu bewerten, als hätte der Käufer selbst die Verträge nach dem Erwerb des Grundstücks mit dem Architekten und den Bauhandwerkern freiwillig und eigenverantwortlich abgeschlossen<sup>7</sup>. Es fehlt

<sup>1</sup> Vgl. BFH, BStBl. II/1990, S. 181; 1991, S. 532; 1995, S. 331; BFH/NV 1998, S. 1522; vgl. ferner *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnrn. 10 ff. Zur Terminologie: von einem einheitlichen Vertragswerk spricht man, wenn Werkvertrag und Bauvertrag in einer Urkunde niedergelegt sind; als einheitlicher Vertragsgegenstand wird dagegen der Fall bezeichnet, dass beide Verträge in getrennten Urkunden abgeschlossen wurden, aber rechtlich oder wirtschaftlich zusammenhängen.

<sup>2</sup> Vgl. BFH, BStBl. II/1990, S. 181; 1991, S. 532; 1995, S. 331; BFH/NV 1998, S. 1522; vgl. ferner *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnrn. 10 ff.

<sup>3</sup> Vgl. BFH, BStBl. II/1990, S. 181; 1991, S. 532; 1995, S. 331; BFH/NV 1998, S. 1522; vgl. ferner *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnrn. 10 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnr. 12.

<sup>5</sup> Vgl. BFH, BStBl. II/1977, S. 486; 1990, S. 440; 1995, S. 268; vgl. ferner hierzu *Pahlke/Franz* § 9 Rdnr. 96.

<sup>6</sup> Vgl. BFH, BStBl. II/1977, S. 486; 1990, S. 440; 1995, S. 268; vgl. ferner hierzu *Pahlke/Franz* § 9 Rdnr. 96.

<sup>7</sup> Vgl. BFH BStBl I 2000, S. 143

gerade an einem zielgerichteten Zusammenwirken von Verkäufer und Architekt bzw. Bauunternehmer<sup>8</sup>, so dass die Vergütung für die Übernahme der Verträge als eigennützige Erwerberleistung zu qualifizieren ist<sup>9</sup>.

3. Überträgt man diese Grundsätze auf den vom BFH nunmehr entschiedenen Fall, so ergibt sich, dass das Urteil die bisherige Rechtsprechung konsequent fortsetzt. Auch hier waren Grundstücksveräußerer und Generalübernehmer nicht personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich bzw. durch vertragliche Abreden (Zusammenarbeit oder abgestimmtes Verhalten) miteinander verflochten, so dass kein einheitlicher Leistungsgegenstand eines bebauten Grundstücks vorlag. Auch hier verfolgte der Verkäufer mit den getroffenen Vereinbarungen lediglich das Ziel, sich von dem Bauvorhaben und dem bereits abgeschlossenen Generalübernehmervertrag ohne finanzielle Einbußen wieder zu lösen.

4. Der BFH betont allerdings, dass zwischen Generalübernehmer und Veräußerer des Grundstücks kein abgestimmtes Verhalten vorlag. Damit beugt die Rechtsprechung der naheliegenden Umgehungs konstruktion vor, dass ein Grundstückseigentümer, der mit einem Werkunternehmer im Sinne der Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragsgegenstand verflochten ist, auf der Grundlage dieser Entscheidung zunächst einen Werkvertrag mit dem Bauunternehmer abschließt, um anschließend bei einem Weiterverkauf des Grundstücks den Käufer in den bereits abgeschlossenen Werkvertrag eintreten zu lassen.

Dies würde eine Umgehung im Sinne des § 42 AO darstellen und somit zu einer Erhebung der Grunderwerbsteuer aus der erhöhten Bemessungsgrundlage führen.

Notar *Dr. Stefan Gottwald*, Pappenheim

<sup>8</sup> Vgl. *Hofmann*, § 8 Rdnr. 16

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnrn. 8 ff.

21. GrEStG § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1; AO § 173 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer auf neben Kaufvertrag abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag*)

1. **In die Ermittlung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist nicht nur der im Kaufvertrag ausgewiesene Kaufpreis einzubeziehen, sondern jede Leistung, die der Käufer bei objektiver Betrachtungsweise für den Erwerb des Grundstücks aufwendet.**
2. **Werden neben dem Grundstückskaufvertrag weitere Vereinbarungen geschlossen, liegt grunderwerbsteuerlich ein einheitliches Vertragswerk vor, wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Vereinbarungen besteht.**

FG Düsseldorf, Urteil vom 25.7.2001 – 7 K 156/98 GE, rkr.

#### Zum Sachverhalt:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks einerseits und der Geschäftsbesorgungsvertrag zur Durchführung von Umbauarbeiten auf dem erworbenen Grundstück andererseits ein einheitliches Vertragswerk bilden, das insgesamt den Erwerb eines Grundstücks mit umgebauten Gebäuden zum Inhalt hat.

Gegenstand der hier umstrittenen vertraglichen Vereinbarungen ist ein mit Bankgebäuden bebautes Areal in der Innenstadt von A. Eigentümerin war ursprünglich die G-KG. Genutzt wurden die Aufbauten von ihrer Komplementärin, der C-AG in B. Diese plante im Jahre

1992 die Modernisierung und Erweiterung der Gebäude. In diesem Zusammenhang wurde auch die Klägerin gegründet und Anfang Oktober ein so genanntes Beteiligungskonzept erstellt. Diesem Konzept folgend erwarb die Klägerin mit notariell beurkundetem Vertrag vom 30.10.1992 den im Vertrag näher bezeichneten Grundbesitz, und zwar zu einem Kaufpreis in Höhe von 202.300.000,- DM. Der zunächst durch Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrag wurde unter dem 16.11.1992 von der C-AG als Komplementärin der Verkäuferin genehmigt. Dem Kaufvertrag beigelegt waren Immobilien-Leasing-Verträge, die schon zuvor abgeschlossen worden waren. Darin hatte die Klägerin die Immobilie bereits am 29.10.1992 auf die Dauer von 30 Jahren an die S-GmbH vermietet und diese wiederum hatte unter dem 29./30.10.1992 einen Leasing-Vertrag mit der C-AG abgeschlossen.

Der Beklagte setzte wegen des Erwerbsvorganges die Grunderwerbsteuer mit Bescheid vom 10.12.1992 auf 4.046.000,- DM fest (202.300.000,- DM x 2 v.H.). Im März 1997 führte die Großbetriebsprüfung in A bei der Klägerin eine Außenprüfung durch, die sich unter anderem auf die vorgenannte Steuerfestsetzung bezog. Hierbei würdigte der Prüfer auch die Unterlagen, die dem Beklagten bei der Festsetzung noch nicht vorgelegen hatten, nämlich das Beteiligungskonzept und einen Geschäftsbesorgungsvertrag vom 5./9.11.1992. Darin hatte die Klägerin die C-AG beauftragt, im Namen der Klägerin und auf deren Rechnung alle notwendigen Maßnahmen zur Durchführung der geplanten Umbau- und Modernisierungsarbeiten zu veranlassen. Die hierdurch verursachten Kosten sollten ein Volumen von 25 Mio DM nicht überschreiten. Der Außenprüfer gelangte zu der Rechtsauffassung, dass die Klägerin gleichsam eine Immobilie mit schlüsselfertig hergerichteten Aufbauten erworben habe. Daher seien die im Rahmen der Bauarbeiten tatsächlich angefallenen Kosten in Höhe von 27.555.137,- DM in die für die Grunderwerbsteuer maßgebliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

Der Beklagte folgte den Ausführungen des Prüfers und erließ unter dem 30.4.1997 einen nach § 173 Abgabenordnung – AO – geänderten Grunderwerbsteuerbescheid, in dem er, ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von nunmehr 229.855.137,- DM, die Steuer auf 4.597.102,- DM festsetzte. Den Einspruch der Klägerin wies er als unbegründet zurück. Hiergegen richtet sich die Klage.

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Die Klägerin wird durch den angefochtenen Steuerbescheid vom 30.4.1997 nicht in ihren Rechten verletzt (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Finanzgerichtsordnung – FGO –), denn dieser Bescheid ist rechtmäßig.

Der Beklagte ist befugt gewesen, den ursprünglich erlassenen Grunderwerbsteuerbescheid vom 10.12.1992 zu ändern.

Rechtsgrundlage hierfür ist die Regelung des § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO, denn der Beklagte hat erst im Jahre 1997 nach der Außenprüfung der Großbetriebsprüfung in A von dem Beteiligungskonzept und dem Geschäftsbesorgungsvertrag vom 5./9.11.1992 Kenntnis erlangt. Daraus wiederum ergibt sich, dass dem Grunderwerbsteuerbescheid vom 10.12.1992 eine fehlerhaft berechnete Bemessungsgrundlage zugrunde gelegen hat. Darin sind nämlich die durch die Umbau- und Modernisierungsarbeiten verursachten Kosten nicht erfasst, obwohl sie im Streitfall neben dem für den Grund und Boden entrichteten Entgelt Teil des für die Besteuerung maßgeblichen Wertes der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 Grunderwerbsteuergesetz – GrEStG –) gewesen sind.

Dabei ist es ohne Bedeutung, dass im Kaufvertrag vom 30.10.1992 die Bebauung des Grundstücks und die dafür aufzuwendenden Kosten nicht angesprochen sind und dass die G-KG möglicherweise nicht den Willen gehabt hat, sich der Klägerin gegenüber zur Fertigstellung der Bauarbeiten zu verpflichten.

Zum einen ist die Finanzbehörde bei der Ermittlung der für die Grunderwerbsteuer maßgeblichen Bemessungsgrundlage

nicht darauf beschränkt, die Beträge anzusetzen, die in einem Kaufvertrag als Gegenleistung für eine vereinbarte Leistung des Veräußerers festgelegt sind. Vielmehr verwenden die Regelungen der §§ 8, 9 GrEStG den Begriff der Gegenleistung unabhängig von anderen Rechtsgebieten und erfassen damit jede Leistung, die der Käufer als Entgelt aufwendet, um das Grundstück in dem Zustand zu erwerben, in dem es die Vertragspartner zum Gegenstand des Kaufvertrages gemacht haben (*Boruttau*, Kommentar zum GrEStG, 14. Auflage, § 9 Tz 15, 18, 138 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BFH).

Zum anderen hat der für das Zivilrecht maßgebliche Wille der Vertragsbeteiligten, ein Rechtsverhältnis in bestimmter Weise zu gestalten (§ 133 BGB), für das Steuerrecht nicht immer das gleiche Gewicht. Insbesondere in den Fällen, in denen die Gegenleistung möglicherweise aus mehreren Verträgen abzuleiten ist, kann der Wille der Vertragspartner, diese Verträge als ein einheitliches Vertragswerk im Sinne des § 139 BGB oder jeweils rechtlich selbständig nebeneinander abzuschließen, bei einer an der Systematik und dem Zweck der Grunderwerbsteuer orientierten Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht als entscheidendes Merkmal für die Einordnung einer bestimmten Leistung als Gegenleistung angesehen werden (Urteile des BFH vom 18.10.1989 – II R 85/87, BStBl II 1990, 181 und II R 143/87, BStBl II 1990, 183 sowie vom 23.11.1994 – II R 53/94, BStBl II 1995, 331 jeweils mit weiteren Nachweisen). Maßgeblich ist vielmehr die objektive Betrachtungsweise (vgl. dazu auch das Urteil vom 5.2.1992 – II R 110/88, BStBl II 1992, 357).

Legt man diese zugrunde, ergibt sich im Streitfall ein solcher enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem Kaufvertrag über das Grundstück und den nachfolgenden Werkverträgen, dass die von der Klägerin zu zahlenden Vergütungen für Werkleistungen als „sonstige Leistungen“ im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG eingestuft werden müssen (vgl. dazu ebenfalls die vorgenannten BFH-Entscheidungen).

Bindeglied zwischen dem Kaufvertrag und den Werkverträgen ist der Geschäftsbesorgungsvertrag vom 5./9.11.1992, denn unter Berücksichtigung dieser Vereinbarung ist der Kaufvertrag vom 30.10.1992 darauf gerichtet gewesen, der Klägerin eine Immobilie mit schlüsselfertig hergerichteten Aufbauten zu verschaffen. Ausgangspunkt hierfür ist offenbar die Absicht der C-AG gewesen, die von ihr genutzten Gebäude zu verändern. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin hatte die AG die Bauplanungen für das nicht in ihrem Eigentum stehende Grundstück erstellen lassen und mit den Bauarbeiten bereits begonnen. Auch die wirtschaftliche Abwicklung des Projekts war vorgegeben, insbesondere waren nach dem von der D-GmbH erstellten Beteiligungskonzept der Abschluss des Kaufvertrages mit der Klägerin und der Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages als feststehende Tatsachen eingeplant (Hinweis auf Abschnitt 1.2.1 des Beteiligungskonzepts). Ohne die Hinnahme des insoweit vorbereiteten Geschehensablaufes (vgl. dazu auch die Entscheidungen des BFH vom 23.11.1994 – II R 53/94, a.a.O., vom 23.8.1995 – II R 93/92, BFH/NV 1996, 354 und vom 28.4.1998 – II B 121/97, BFH/NV 1998, 1522) war der Klägerin nach der Überzeugung des *Senats* (§ 96 Abs. 1 FGO) der Zugang zum Grundstück versperrt. Es erscheint nämlich lebensfremd, anzunehmen, dass es zum Verkauf des Grundstücks an die Klägerin gekommen wäre, wenn diese die bis dahin vollzogenen und die künftigen Aktivitäten der C-AG in Frage gestellt hätte. Tatsächlich hat die C-AG als Komplementärin der G-KG den zunächst durch Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Kaufvertrag erst genehmigt (16.11.1992),

nachdem die Klägerin den Geschäftsbesorgungsvertrag unterzeichnet hatte (5.11.1992). Damit wiederum war die Klägerin zum Zeitpunkt des rechtlich wirksamen Erwerbs des Grundstücks in ihrer Entscheidung, es zu bebauen bzw. umzubauen, und in der Entscheidung über die Art und Weise der Bebauung nicht mehr frei, denn mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag hatte sie sich ihrer Entscheidungsbefugnis begeben und die C-AG mit der Bebauung des Grundbesitzes nach deren Wünschen betraut (vgl. dazu die Ausführungen des BFH im Urteil vom 14.10.1992 – II R 88/89, BFH/NV 1993, 752).

Soweit sich die Klägerin zur Stützung ihrer Rechtsansicht auf die Rechtsprechung des BFH beruft (Entscheidungen vom 2.9.1993 – II B 71/93, BStBl II 1994, 48, vom 17.9.1997 – II R 24/95, BStBl II 1997, 776 und vom 30.9.1998 – II R 76/96, BFH/NV 1999, 361), ergibt sich daraus keine andere Beurteilung des Streitfalles.

Die Sachverhalte, die der BFH zu entscheiden hatte, sind nämlich mit dem des Streitfalles nicht vergleichbar. In den entschiedenen Rechtsstreitigkeiten hatten die Finanzgerichte ein einheitliches Vertragswerk angenommen, weil jeweils der Veräußerer des Grundstücks dem Erwerber auferlegt hatte, die Verpflichtungen aus bestehenden Werkverträgen zu übernehmen. Dazu war wiederum die Mitwirkung der Bauunternehmungen erforderlich. Im Streitfall war demgegenüber schon vor der Wirksamkeit des Grundstückskaufvertrages sichergestellt, dass die Bebauung nach den Planungen der C-AG erfolgen würde. Der *Senat* teilt auch nicht die Rechtsauffassung der Klägerin, dass sich die Ausführungen des BFH allgemein auf andere Fallgestaltungen eines einheitlichen Vertragswerkes übertragen lassen.

Das gilt zunächst insoweit, als der BFH in seinen Entscheidungen auf den Willen oder das Interesse des Verkäufers abgestellt hat, dem Käufer im Ergebnis ein bebautes Grundstück zukommen zu lassen. Bei der Frage, ob ein einheitliches Vertragswerk vorliegt, hat sich der *Senat* nämlich bisher in Anlehnung an die grundlegenden Entscheidungen des BFH ausschließlich daran orientiert, ob der Erwerber bei objektiver Betrachtung in der Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Bebauung frei gewesen ist oder nicht. Dies wiederum hat er aus der Sicht des Erwerbers beurteilt (vgl. dazu die Entscheidungen des BFH vom 18.10.1989 – II R 85/87, a.a.O. und II R 143/87, a.a.O.). Dagegen hat er die Frage, ob der Verkäufer möglicherweise nur bestrebt gewesen ist, das Grundstück zu veräußern, im Hinblick auf eine objektivierte Beurteilung (vgl. dazu das Urteil des BFH vom 9.5.1990 – II R 103/87, BFH/NV 1991 479) für unerheblich gehalten, denn die Interessen des Eigentümers können je nach der Gestaltung des Sachverhalts unterschiedlich gelagert, eine gleichartige Besteuerung aber dennoch geboten sein. Soweit der Verkäufer selbst Bauleistungen anbietet, wird er den von der Klägerin und vom BFH geforderten Willen haben, das Grundstück letztlich mit den von ihm zu erbringenden Bauleistungen zu veräußern. Bietet der Eigentümer keine Bauleistungen an, steht im Vordergrund nur das Interesse, das Grundstück zu veräußern. Dennoch ist der Erwerber in seiner Entscheidungsbefugnis beschränkt, wenn sich der Eigentümer bei seinen Veräußerungsbemühungen dem Vermarktungskonzept eines Bauunternehmers oder eines dritten Projektanbieters (zum Beispiel eines Architekten) unterordnet und dem potenziellen Käufer den Zugang zum Grundstück versperrt, bis auch die Werkverträge abgeschlossen sind.

Auch soweit der BFH in den von der Klägerin herangezogenen BFH-Entscheidungen in besonderer Weise das Zusammenwirken des Grundstücksveräußerers mit den Bauunternehmungen hervorhebt, lassen sich die Ausführungen nicht

verallgemeinern. Insoweit gelten nämlich ebenfalls die schon oben angestellten Überlegungen. Zur Annahme eines einheitlichen Vertragswerkes ist nach Ansicht des *Senats* die Mitwirkung des Bauunternehmers bei der Planung und Vermarktung eines Projekts zwar erforderlich, wenn er dessen Initiator ist und im Einverständnis mit dem Eigentümer darauf hinwirken will, den Grundbesitz bebaut beim Erwerber ankommen zu lassen. Hat aber der Eigentümer selbst ein Interesse daran, die Bebauung des Grundstücks herbeizuführen (etwa als Architekt), kommt das Grundstück auch dann im bebauten Zustand beim Erwerber an, wenn der Bauunternehmer bei der Vorbereitung der Vermarktung nicht beteiligt gewesen ist, sich der Eigentümer vielmehr die Vollmacht hat geben lassen, Werkverträge mit noch auszuwählenden Bauunternehmern abzuschließen (Urteil des BFH vom 28.10.1998 – II R 36/96, BFH/NV 1999, 667). Gleiches gilt, wenn wie hier, ein Dritter die Bebauung projektiert und der Eigentümer diesem das Grundstück fest an die Hand gegeben hat (vergl. dazu das Urteil des BFH vom 22.7.1992 – II R 82/90, BFH/NV 1993, 621).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

Die Revision wird zugelassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BFH erfordert (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO).

Auf der einen Seite ist den Ausführungen des BFH in den von der Klägerin herangezogenen Entscheidungen nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass es sich um Einzelfallentscheidungen handelt. Auf der anderen Seite passen sie kaum zu der für verschiedene Fallgestaltungen des einheitlichen Vertragswerkes entwickelten Systematik, die mit den oben schon erwähnten Urteilen des BFH vom 18.10.1989 begründet und alsdann fortentwickelt worden ist. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen (Beurteilung aus der Sicht des Erwerbers, Mitwirkung der Bauunternehmungen) Bezug genommen. Ferner hat der BFH bei der Beurteilung eines einheitlichen Vertragswerkes bisher nicht die rechtlichen Möglichkeiten der Vertragspartner als entscheidend angesehen (hier also die Möglichkeit des Bauunternehmers, den Vertragsschluss mit dem Erwerber abzulehnen), sondern den Sachverhalt der Besteuerung unterworfen, der tatsächlich verwirklicht worden ist (vgl. dazu die Urteile des BFH vom 18.10.1989 – II R 85/87, a.a.O., vom 9.5.1990 – II R 103/87, BFH/NV 1991, 479 sowie vom 23.11.1994 – II R 53/94, a.a.O. und insbesondere das Urteil vom 14.4.1990 – II R 169/87, BFH/NV 1991, 263). Schließlich führt die Rechtsprechung des BFH möglicherweise zu unbefriedigenden Ergebnissen. Liegt beispielsweise ein einheitliches Vertragswerk nicht (mehr) vor, wenn der Eigentümer eines Grundstücks, das er selbst im Rahmen eines Vertragsgeflechts erworben hat, dieses wieder veräußert, und zwar unter der Bedingung, dass der Erwerber den vom Veräußerer abgeschlossenen Generalunternehmervertrag übernimmt? Hat dann der Veräußerer das Grundstück gleichsam bebaut erworben und unbebaut wieder veräußert, obwohl nur der Vertragspartner des Bauunternehmers ausgetauscht worden ist? Oder ist die Tatsache, dass der Veräußerer den Grundbesitz zunächst im Rahmen eines einheitlichen Vertragswerkes erworben hat, als Umstand zu werten, dessen Hinzutreten auch den Beispielsfall wieder als Vertragsgeflecht ausweist?

Es erscheint angezeigt, dass der BFH seine Rechtsprechung unter Berücksichtigung der vorgenannten Überlegungen präzisiert.

22. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 12, § 10 Abs. 2, § 14, § 25; BewG § 7; GG Art. 3; BGB § 516 (*Nießbrauchsverzicht als Schenkung*)

**Nach einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt bewirkt der nachfolgende Verzicht des Schenkers auf den vorbehaltenen Nießbrauch nur die Fälligkeit der hierauf entfallenden gestundeten Steuer nach § 25 ErbStG und keine neue Besteuerung gem. § 7 ErbStG.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Finanzgericht Hamburg, Urteil vom 10.10.2001 – III 71/01 – Rev. eingelegt (Az. des BFH: II R 65/0 1) –, mitgeteilt von *Thomas Wachter*, Notar in Osterhofen

*Zum Sachverhalt:*

Streitig ist, ob neben der Schenkung eines Wirtschaftsguts unter Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs auch der spätere unentgeltliche Verzicht auf den Nießbrauch eine freigebige Zuwendung des Nießbrauchsberechtigten an den Verpflichteten und somit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerpflichtig ist, obwohl § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG die Besteuerung der vorangegangenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt ohne Abzug der Nießbrauchsbelastung vorsieht.

*Aus den Gründen:*

I. (...)

II. Die Klage ist begründet.

1. Das FA kann lediglich den fälligen Teil von <sup>20/88</sup>stel der im Bescheid vom 27.11.1998 zinslos gestundeten Steuer einfordern. Dies ist mit der Verfügung vom 15.4.1999 geschehen. Die nochmalige Festsetzung der Schenkungsteuer im angefochtenen Bescheid vom 14.6.1999 ist rechtswidrig, weil der Fall nicht erneut nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, sondern weiterhin nach § 25 ErbStG zu beurteilen ist. Es kommt nicht darauf an, dass der vorzeitige Verzicht auf den lebenslangen Nießbrauch isoliert gesehen als eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG anzusehen sein könnte. Im Gesetzeszusammenhang mit der Vorschrift des § 25 ErbStG hat diese Anwendungsvorrang, weil sie den gesamten Vorgang der Schenkung einschließlich des späteren Erlöschens des Nießbrauches erfasst.

§ 25 ErbStG ist die Spezialvorschrift für die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt. Diese Vorschrift geht gegenüber der allgemeinen Regelung des § 12 ErbStG i.V.m. § 7 BewG betreffend auflösend bedingte Lasten vor. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG wird der Erwerb von Vermögen ohne Berücksichtigung von Belastungen, wie dem Vorbehalt eines Nießbrauches, versteuert. Der Teil der Steuer, der auf den Kapitalwert des Nießbrauches entfällt, ist bis zu dessen Erlöschen gemäß § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG zinslos zu stunden.

Im Falle des vorzeitigen Nießbrauchsverzichts liegt ein Erlöschen der Belastung vor, so dass die zinslos gestundete Steuer fällig wird. Der Kläger hat in der Schenkung vom 1.1. bzw. 1.2.1998 auf <sup>20/88</sup>stel seines vorbehaltenen Nießbrauches verzichtet, weshalb <sup>20/88</sup>stel der gestundeten Steuer fällig geworden sind.

Darüber hinaus kommt eine erneute Festsetzung der Schenkungsteuer wegen des vorzeitigen Erlöschens der Belastung als freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht in Betracht. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist der allgemeine Tatbestand der freigebigen Zuwendung. Danach gelten eine Schenkung nach bürgerlichem Recht gemäß § 516 BGB sowie jede andere freigebige Zuwendung unter Lebenden als zu besteuende Schenkung, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist.

§ 25 ErbStG ist bei einem zeitgerechten Erlöschen der Nutzungsbelastung allein anzuwenden. Bei einem lebenslänglichen Vorbehalt eines Nießbrauches wird im Falle des Abnehmens des Nießbrauchers nur der nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG zinslos gestundete Teil der Steuer fällig. Eine Einordnung des Erlöschens der Belastung als freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und neue Festsetzung der gesamten Schenkungsteuer findet nicht statt.

Nach Auffassung des *Senats* gilt bei einem vorzeitigen und unentgeltlichen Verzicht auf einen ursprünglich lebenslangen Nießbrauch nichts anderes.

a) Entgegen der Auffassung der Verwaltung sowie eines Teiles der Rechtsprechung und des Schrifttums kommt es nicht darauf an, ob aufgrund des vorzeitigen Erlöschens der Belastung eine eigenständige freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt. Der Vorgang des Erlöschens ist im ersten Bescheid mit der Schenkung über § 25 ErbStG vollständig berücksichtigt worden. Der *Senat* sieht keine Notwendigkeit, dieses Ergebnis durch Anwendung des „Nettoprinzips“ zu korrigieren, um etwaige ungerechtfertigte Steuervorteile zu verhindern. Nach dem sonst im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht grundsätzlich vorherrschenden sogenannten „Netto- und Bereicherungsprinzip“ verringern Nutzungslasten am Gegenstand der Zuwendung die steuerliche Bemessungsgrundlage. Das kann wegen der Anwendung des „Bruttoprinzips“ nach § 25 ErbStG nicht geschehen, da der Nießbrauch bei der Festsetzung der Steuer (im Bescheid vom 27.11.1998) nicht abgezogen wurde (a.A. FG Nürnberg vom 9.11.2000 IV 84/2000, Revision II R 3/01, EFG 2001, 148, dazu s. unten f; FG München vom 3.11.2000 4 V 2977/2000, EFG 2001, 147; FG Rheinland-Pfalz vom 22.5.1998 4 K 1502/97, DStRE 1998, 768, dazu s. unten f; *Moench*, ErbStG, § 25 Rdnr. 33; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 25 Rdnr. 49).

b) Der gesamte Vorgang der Schenkung (der Gesellschaftsanteile) einschließlich des Erlöschens der Belastung (durch Beendigung des Nießbrauchs) ist nach dem Bruttoprinzip des § 25 ErbStG dadurch erfasst worden, dass die (Nießbrauchs-) Belastung des Schenkungsgegenstands bei der Steuerfestsetzung nicht abgezogen und lediglich der Kapitalwert dieser Belastung bis zu deren Erlöschen zinslos gestundet worden ist. Eine Beurteilung des vorzeitigen Nießbrauchsverzichts als freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und erneute Festsetzung der Steuer für die gesamte Schenkung käme einer doppelten Besteuerung der Schenkung gleich (unten d).

Es besteht kein sachlicher Grund, den vorzeitigen Verzicht auf einen lebenslangen Nießbrauch steuerrechtlich anders zu behandeln, als wenn beispielsweise der Nießbraucher die erwartete Lebenserwartung nicht erreicht. Denn die Schenkungsteuer ist bereits im Zeitpunkt der (ersten) Substanzschenkung in voller Höhe festgesetzt worden (*Ziegeler*, DB 1998, 1056; *Meincke*, ErbStG, 12. Auflage § 25 Rdnr. 15; *Pahlke* in *Christoffel/Geckle/Pahlke*, ErbStG, § 25 33 m.w.N.).

c) Die alleinige Anwendung des Bruttoprinzips des § 25 ErbStG entspricht dem Gleichheitssatz des Art. 3 Grundgesetz (GG). Das BVerfG unterscheidet in dem Beschluss vom 15.5.1984 1 BvR 464/81 zwei Fallgruppen, in denen entweder das „Bruttoprinzip“ des § 25 ErbStG oder das Nettoprinzip anzuwenden ist. Das BVerfG beanstandet an dem „Bruttoprinzip“ des § 25 ErbStG nicht, dass der Erwerber von belas-

tetem Vermögen in gleicher Höhe wie ein Steuerpflichtiger bei identischem Steuertatbestand ohne eine solche Verpflichtung veranlagt wird. Denn die Steuer wird bis zum Erlöschen der Belastung in dem Umfang zinslos gestundet, in welchem sie auf den Kapitalwert der Belastung entfällt. Daher ist keine Ungleichbehandlung mit den Fällen, in denen das Nettoprinzip gilt, gegeben. Mit der Stundungsregelung des § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG wird dem wirtschaftlichen Lebenssachverhalt Rechnung getragen und dem aus Art. 3 GG abzuleitenden Verfassungsgebot entsprochen, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (BVerfGE 67, 70, BStBl II 1984, 608).

d) Gegen die nochmalige Erfassung des Nießbrauchsverzichts nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG durch die Verwaltung und die ihr folgenden Teile der Rechtsprechung und Literatur spricht im Übrigen, dass die dadurch bewirkte Doppelbesteuerung nicht mehr nach der Systematik des ErbStG beseitigt werden könnte, sondern nur auf dem umständlichen Weg des Billigkeitserlasses nach § 163 AO (vgl. H 85 Abs. 4 ErbStR, BStBl I 2000, 811; zu diesbezüglichen weiteren früheren Ungenauigkeiten vgl. FG München, Beschluss vom 3.11.2000 4 V 2977/00, EFG 2001, 147, rechtskräftig).

e) Bei der erneuten Erfassung der Nießbrauchsbeendigung als Schenkung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG würde sich eine weitere systematische Schwierigkeit dadurch ergeben, dass bei der nach § 14 ErbStG gebotenen Zusammenrechnung mit der Vorschenkung diese mit ihrem Bruttoschenkungswert nach § 25 ErbStG einzubeziehen wäre (vgl. *Ziegeler*, DB 1998, 1056), im Unterschied zum Fall der Substanzschenkung nach vorangegangener Nutzungszuwendung (vgl. BFH-Urteil vom 12.7.1979 II R 41/77, BFHE 128, 401, BStBl II 1979, 740).

f) Der *Senat* kann nicht auf die den Urteilen anderer Finanzgerichte zugrundeliegenden Sonderfälle abstellen, sei es dass dort versehentlich entgegen § 25 ErbStG der Nießbrauchswert von vornherein vom Schenkungswert abgezogen worden war (vgl. o.a. Urteil des FG Nürnberg vom 9.11.2000 IV 84/2000, Revision II R 3/01, EFG 2001, 148) oder sei es, dass der nach § 25 ErbStG gestundete Betrag zahlungsverjährt war (vgl. o.a. Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 22.5.1998 4 K 1502/97, DStRE 1998, 168, ZEV 1998, 405 mit krit. Anm. *Meincke*).

2. Da es nach der vorstehenden Entscheidung des *Senats* nicht zu der gegen § 25 ErbStG verstoßenden Doppelbesteuerung kommt, bedarf es hier auch nicht mehr deren Milderung im Weg der Billigkeitsanrechnung der ursprünglich festgesetzten Steuer gemäß § 163 AO, H 85 Abs. 4 ErbStR.

3. Der *Senat* kann sämtliche Fragen dahinstehen lassen, die sich im Zusammenhang mit den vom FA bei seiner Lösung nach § 7, § 10 Abs. 2, § 14 ErbStG, H 85 Abs. 4 ErbStR angewandten Berechnungsmethoden ergeben. Nachdem die nötigen Feststellungen zu den Berechnungen des FA im Tatbestand getroffen worden sind, erübrigt sich hier eine nochmalige Darstellung.

4. Ebenso kommt es nach Aufhebung des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids vom 14.6.1999 nicht mehr an auf die hilfsweise begehrte Herabsetzung der festgesetzten Steuer nach § 13a ErbStG unter Gewährung des dort geregelten Freibetrags für den Erwerb von Betriebsvermögen.

III. (...)

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Notar Rudolf Spoerer, München,  
Wiederbestellung zum stellvertretenden Mitglied des Prüfungsausschusses für die Zweite Juristische Staatsprüfung

#### 2. Versetzung in den Ruhestand bzw. Amtsniederlegung:

Mit Wirkung vom 1.6.2002:

Notar Dr. Stefan Görk, Nürnberg (Geschäftsführer der Bundesnotarkammer)

Mit Wirkung vom 1.1.2003:

Notar Dr. Helmut Reiner, Garmisch-Partenkirchen

#### 3. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.5.2002:

Amberg (in Sozietät mit Notar Dr. Hoffmann)	dem Notar Christian Hantke (bisher in Thiersheim)
---	---

Kempten (in Sozietät mit Notar Dr. Huber)	dem Notarassessor Dr. Benedikt Pfisterer (bisher in München Notar- stelle Dr. Karl)
---	--

Trostberg (in Sozietät mit Notar Lehnert)	dem Notarassessor Georg Mehler (bisher in Nürnberg Notar- stellen Dr. Armbruster/Bensch)
---	---

Vilsbiburg	dem Notarassessor Dr. Christoph Döbereiner (bisher in München Notar- stellen Dr. Gebhard/Rüth)
------------	---

Mit Wirkung vom 1.6.2002:

München (in Sozietät mit Notar von Heynitz)	der Notarassessorin Eva Rumpf (bisher in Elternzeit)
---	--

Nürnberg	dem Notarassessor Dr. Stefan Görk (bisher Bundesnotarkammer Köln)
----------	---

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Budnick)	der Notarin a. D. Susanne Pöllmann-Budnick (bisher in Elternzeit)
--	---

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Schubert)	dem Notar Dr. Albert Streber (bisher in Zwiesel)
--	--

München (in Sozietät mit Notar Dr. Streber)	dem Notar Dr. Peter Schubert (bisher in Hof)
---	--

Füssen (in Sozietät mit Notar Dr. Malzer)	dem Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz (bisher in Rosenheim Notar- stelle Dr. Spiegelberger)
---	---

Mit Wirkung vom 15.7.2002:

München (in Sozietät mit Notar Barth)	dem Notar Florian Brunner (bisher in Babenhausen)
---	---

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Kaufbeuren	dem Notar Franz-Josef Koch (bisher in Monheim)
------------	--

Schongau (in Sozietät mit Notar Ferstl)	dem Notarassessor Georg Ruhland (bisher in München Notar- stellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)
---	--

Mit Wirkung vom 1.10.2002:

Fürth (in Sozietät mit Notar Prof. Dr. Bengel)	dem Notar Dr. Ottmar Fleischer (bisher in Erlangen)
--	---

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.6.2002:

Sandra Hetterich, Rosenheim (Notarstellen Lederer/Ellert)

Mit Wirkung vom 1.7.2002:

Christian Braun, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Yvonne van Eickels, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/  
Dr. Thalhammer)

Mit Wirkung vom 1.8.2002:

Christian Berringer, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann)

Monika Endt, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier)

Thomas Zöpfl (Sonderurlaub)

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen :

Notar Christian Auer, Donauwörth, wurde mit Wirkung vom 6.3.2002 promoviert

Notarassessorin Helene Förtig, München (Landesnotarkammer Bayern), wurde mit Wirkung vom 27.4.2002 promoviert

Notarassessor Dr. Matthias Leistner, Landshut (Notarstelle Dr. Schervier), ist mit Wirkung vom 30.4.2002 auf sein Verlangen aus dem Notarassessorendienst ausgeschieden

Notarassessorin Dr. Andrea Schmucker, München (Notarstelle Dr. Bohrer), ab 1.4.2002 in Köln (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Dr. Bernhard Seeger, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier), ab 1.5.2002 in Würzburg Dt. Notarinstitut

Notarassessor Dr. Andreas Nachreiner, Mühldorf am Inn (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier), ab 1.6.2002 in München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Notarassessorin Dr. Christine Oberhofer, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 1.7.2002 in Fürth (Notarstelle Angermaier)

Notarassessorin Sylvia Rundel, Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/Riegel), ab 1.7.2002 in Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Oberinspektorin i. N. Brigitte Greiner-Zägelein, derzeit Sonderurlaub, ab 1.5.2002 in München (Notarstelle Wurm)

Oberinspektor i. N. Andreas Müller, Rockenhausen (Notarstellen Dr. Schönberger/Schneider), ab 1.10.2002 in Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte)

Oberinspektorin i. N. Karin Jaumann, Lauingen (Notarstelle Schmitt), ab 1.4.2003 in Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

## 6. Ausgeschiedene Angestellte:

Verwaltungsangestellte Christa Hesse, München (Notarkasse), ab 1.2.2002 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Wolfgang Pöller, (Sonderurlaub), ab 1.5.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Ulrich Zaiser, Altötting (Notarstellen Krick/Habel), ab 1.5.2002 im Ruhestand

Verwaltungsangestellte Sabine Schwaiger, München (Notarkasse), zum 31.5.2002

Amtmann i. N. Erich Lessmann, Wörth an der Donau (Notarstelle Eicher), ab 1.7.2002 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Konrad Söhnlein, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner), ab 1.7.2002 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Herbert Rauch, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann), ab 1.8.2002 im Ruhestand

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46,- € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.

Einzelheft 12,- € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.





## Sonstiges

### Veranstaltungen des DAI 3/2002

- |   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht<br/>(<i>Waldner</i>)<br/>12. Juli 2002 in Düsseldorf<br/>13. Juli 2002 in Berlin</li> <li>2. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht<br/>(<i>Herzig, Schmidt, Spiegelberger, Wälzholz</i>)<br/>18.–20. Juli 2002 in Fischbachau</li> <li>3. Gestaltungsfragen und Schwerpunkte im Leben der Personengesellschaften – Reaktion auf steuergesetzgeberische Entwicklungen und neue finanzgerichtliche Entscheidungen – (<i>Fachinstitut für Steuerrecht</i>)<br/>(<i>Haas, Autenrieth, Gassner, Wolf, Sarrazin, Widmann</i>)<br/>2.–4. September 2002 in Hamburg</li> <li>4. Steuerrecht für Notare I<br/>(<i>Kiefer, Köhler, Schuck, Reich</i>)<br/>5.–7. September 2002 in Bremen</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>5. Der Unternehmenskauf in der notariellen Praxis<br/>(<i>Heckschen, Elsing, Pospich</i>)<br/>13. September 2002 in Düsseldorf<br/>14. September 2002 in Frankfurt</li> <li>6. Intensivkurs Erbrecht<br/>(<i>Frenz, Nieder, Kössinger</i>)<br/>19.–21. September 2002 in Oldenburg</li> <li>7. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht<br/>(<i>Albrecht, Langhein, Rapp, Volk</i>)<br/>20.–21. September 2002 in Berlin</li> </ol> |
|---|--|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht) –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64-0, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail (Fachinstitut für Notare): [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)

### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Nördlingen, Notarstelle Dr. Lotter, richtige E-Mail:  
[notarlotter@aol.com](mailto:notarlotter@aol.com)

Vilsbiburg, Notarstelle Dr. Döbereiner, neue Telefonnummer:  
0 87 41/9 49 48-0

Simbach a. Inn, Notarstelle Dr. Stumpp, neue Telefonnummer:  
0 85 71/92 37-0, Fax: 0 85 71/92 37 11

**NEUERSCHEINUNGEN**

1. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 60. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 2.970 Seiten, € 122,00
2. Boruttau, Grunderwerbsteuer, 15. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 1.276 Seiten, € 105,00
3. Jacobs, Unternehmensbesteuerung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 730 Seiten, € 89,00
4. Münchener Vertragshandbuch, Band 4 Wirtschaftsrecht III, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 1.200 Seiten, € 134,00 (bei Gesamtabnahme € 122,00)
5. Musielak, Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 2.657 Seiten, € 150,00
6. Rapp, Rechtliche Rahmenbedingungen und Formqualität elektronischer Signaturen, Verlag C. H. Beck, München 2002, 226 Seiten, € 39,50
7. Schuch, Der Einfluss der Forderungsverjährung auf dingliche Sicherungsrechte, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2002, € 66,00
8. Schwab, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, Giesecking Verlag, Bielefeld 2002, 365 Seiten, € 34,00
9. Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 24. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 1.990 Seiten, € 50,00
10. Zöllner, Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2002, 2.825 Seiten, € 149,50

### **1. BGH: Rechts- und Parteifähigkeit der GbR**

(ZPO §§ 91a, 50 Abs. 1; BGB §§ 14 Abs. 2, 705, HGB § 128; GVG § 132 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, RsprEinhG § 2 Abs. 1)

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist rechtsfähig, soweit sie im Rechtsverkehr Rechte und Pflichten begründet.
2. In diesem Rahmen ist sie auch im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig.
3. Eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes ist nicht erforderlich, da die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Rechtsprechung der anderen Bundesgerichte nicht unvereinbar ist.

(Beschluss vom 18.2.2001 – II ZR 331/00 –)

### **2. BayObLG: Personengesellschaft mit Unternehmensgegenstand Softwareentwicklung und -vertrieb:**

(HGB §§ 1, 105 Abs. 1, 106 Abs. 1, 161)

Eine Personengesellschaft, deren Zweck zu einem wesentlichen Teil auf die Entwicklung und den Vertrieb von Software gerichtet ist, kann in das Handelsregister eingetragen werden.

(Beschluss vom 21.3.2002 – 3Z BR 57/02 –)

### **3. OLG Bamberg: Widerrufsrecht bei Immobilienfinanzierungen:**

(BGB §§ 134, 172, 278, 826, 831; HaustürWG §§ 1, 5 Abs. 2; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2)

1. Banken obliegt nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände beim Kreditgeschäft ihren Kunden gegenüber eine Aufklärungs- und Beratungspflicht. Solche außergewöhnlichen Umstände liegen vor bei konkretem Wissensvorsprung, Überschreitung der Rolle als Kreditvermittler, speziellem Gefährdungstatbestand und schwerwiegender Interessenkonflikt.
2. Wenn eine Notariatsangestellte vor dem Urteil des BGH vom 28.9.2000 – IX ZR 279/99 – bei einer Beurkundung aufgrund einer Vollmacht, die wegen Verstoßes gegen das RBerG nichtig ist, handelte, musste ihr die Unwirksamkeit der Vollmacht nicht bekannt sein. Bei Vorliegen der Vollmachtsurkunde greifen daher §§ 172, 173 BGB ein.
3. Im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut von § 5 Abs. 2 HaustürWG, dass das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nicht für Verbraucherkredite gilt und gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG das Widerrufsrecht bei Verbraucherkrediten nicht für Immobilienfinanzierungen gilt, ist es nicht Aufgabe der Gerichte, sondern des Gesetzgebers, das deutsche Recht in Einklang mit der europäischen Richtlinie zu bringen. § 5 Abs. 2 HaustürWG lässt keinerlei Beurteilungsspielraum, der es ermöglichte, das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13.9.2001 (NJW 2000, 522) durch Auslegung über das nationale Recht umzusetzen.

(Urteil vom 4.12.2001 – 5 U 22/99 –)

### **4. BGH: Gesamtschuldverhältnis zwischen Sicherungsgebern**

(BGB § 426)

Sind für eine Forderung mehrere Sicherheiten bestellt worden und besteht zwischen den Sicherungsgebern ein Gesamtschuldverhältnis oder eine vertragliche Vereinbarung über ihre Haftungsquoten, so entstehen daraus Rechte und Pflichten nur im Verhältnis zwischen den beteiligten Sicherungsgebern. Gehört zu den Sicherheiten eine Grundschuld, so erstrecken die genannten Rechte und Pflichten sich nicht auf einen Dritten, der das belastete Grundstück erwirbt.

(Urteil vom 5.3.2002 – XI ZR 184/01 –)

### **5. BFH: Zahlung der Schenkungsteuer durch Schenker bei Schenkung mit Nießbrauchvorbehalt**

(ErbStG §§ 10 Abs. 2, 25 Abs. 1)

1. Behält sich der Zuwendende, der seinem Sohn ein Grundstück schenkt, einen lebenslänglichen Nießbrauch daran vor, und übernimmt er die anfallende Schenkungsteuer, ist die gemäß § 10 Abs. 2 ErbStG dem Erwerb hinzuzurechnende Steuer nach dem gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbStG sofort zu zahlenden Steuerbetrag zuzüglich eines Betrages in Höhe des Ablösungsbetrages nach Satz 3 der Vorschrift zu berechnen.
2. Dies gilt unabhängig sowohl davon, ob der Zuwendende seinerseits von der Ablösung nach § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG Gebrauch macht, als auch davon, ob der Sohn die Ablösung gewählt hätte, wenn die Steuer von ihm zu tragen gewesen wäre.

(Urteil vom 16.1.2002 – II R 15/00 –)

### **6. KG: Anfechtbarer Negativbeschluss, Feststellung der Gültigkeit**

(WEG §§ 14 Nr. 1, 22 Abs. 1; BGB § 1004)

1. Für das Zustandekommen eines Eigentümerbeschlusses kommt es auf die Feststellung und Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter an (BGH, NJW 2001, 3339), nicht aber auf vom Verwalter später in die Versammlungsniederschrift aufgenommene rechtliche Hinweise und Neuberechnungen der Mehrheitsverhältnisse.
2. Auch soweit eine Gemeinschaftsordnung für Zustimmungen qualifizierte absolute Mehrheiten erfordert, führt das Zustandekommen einer Sperrminorität zu einem anfechtbaren Negativbeschluss.
3. Der Wohnungseigentümer, der die Sperrminorität verteidigt, hat die Feststellung der Beschlussablehnung zu beantragen.

(Beschluss vom 17.4.2002 – 24 W 9387/00 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F

## Bestellschein für Informationsbroschüren des Bayer. Notarvereins

Ich bestelle die unten angegebene Anzahl Informationsbroschüren und bin

- Mitglied des Bayerischen Notarvereins in Bayern
- Mitglied des Bayerischen Notarvereins in der Pfalz
- nicht Mitglied des Bayerischen Notarvereins.

(Hinweis: für Mitglieder des Bayerischen Notarvereins ist die Bestellung kostenfrei, sonst beträgt der Preis für die Broschüren ab 50 Stück 1,00 €, ab 300 Stück 0,95 €, ab 1.000 Stück 0,90 € und ab 5.000 Stück 0,85 € pro Stück zzgl. USt inkl. Versand. Bestellungen sind nur in Packungen zu 50 oder 100 Stück je Broschüre möglich. Ein Mustersatz mit 1 Exemplar je Broschüre kann für 5,00 € zzgl. USt beim Bayerischen Notarverein e.V., Ottostraße 10/III, 80333 München, bestellt werden.)

		Anzahl Packungen zu	
		50 Stück	100 Stück
Broschüre Nr. 1	„Von Airbags, Urkunden und der Liebe zur Sicherheit“		
Broschüre Nr. 2	„Der Rosenkrieg. Oder: Wie man ihn verhindert.“		
Broschüre Nr. 3	„Geerbt. Geschenkt. Gestritten. Muss nicht sein.“		
Broschüre Nr. 4	„Grund und Boden. Aber sicher.“		
Broschüre Nr. 5	„Wenn Unternehmen Form annehmen.“		
Broschüre Nr. 6	„Kultiviert streiten. Geht doch.“		

\_\_\_\_\_  
Datum, Unterschrift

## Bestellschein für ein Abonnement der MittBayNot

Ich bestelle die **MittBayNot** in jährlich sechs Heften zum Preis von € 46,- pro Jahr zuzüglich Versandkosten. Der Bezug beginnt **rückwirkend** zum Beginn des heute laufenden Jahres, sodass die in diesem Jahr bereits erschienenen Hefte nachgeliefert werden.

Der Bezugspreis einschließlich Versandkosten wird in einem Betrag am 1. Juli jedes Jahres in Rechnung gestellt. Das Abonnement ist kündbar bis spätestens 15. November (Zugang schriftlich oder per Telefax bei der Schriftleitung) zum Ende eines jeden Kalenderjahres.

\_\_\_\_\_  
Datum, Unterschrift

Absender:

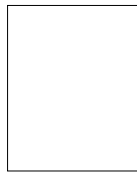
---

---

---

Landesnotarkammer Bayern  
Schriftleitung der **MittBayNot**  
Ottostraße 10/III

**80333 München**



Absender:

---

---

---

Mediengruppe Universal  
Broschüren **Bayer. Notarverein**  
Kirschstraße 16

**80999 München**

