

# 3 MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2003

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

## In diesem Heft:



Einladung zum  
Symposium „Notarielle  
Vertragsgestaltung  
für Kommunen“ des  
Instituts für Notarrecht  
a.d. Uni Würzburg



Einladung zur  
Notarfußball-EM 2003  
in München

## Abhandlungen

- Rundel*, Rückforderung wegen Verarmung des  
Schenkers bei mehreren Beschenkten 177
- Papmehl*, Gründungsprüfung durch Notare 187

## Kurze Beiträge

- Ann*, Rechtsfähigkeit auch für die Erben-  
gemeinschaft? – zugleich Anmerkung zum Urteil  
des BGH vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00 – 193
- Kanzleiter*, Anforderungen an die Unter-  
zeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten –  
Anmerkungen zum Urteil des BGH vom  
25.10.2002 – V ZR 279/01 – 197
- Wegmann*, Kapitalaufbringung bei der Barkapital-  
erhöhung der GmbH 199
- Grziwotz*, Erschließungsbeiträge und sonstige  
Anliegerbeiträge in Bayern: Regelung im  
Grundstückskauf und Grunderwerbsteuer 200
- Everts*, Zur Behandlung grunderwerbsteuerlicher  
„Bagatellfälle“ bei mehreren Veräußerern  
und Erwerbern 204

## Rechtsprechung

- Anpassung einer Dienstbarkeit an entwicklungs-  
bedingte Veränderungen (OLG München,  
Urteil vom 17.10.2002 – 8 U 3144/02 –) 219  
mit Anmerkung *J. Mayer* 220
- Sondernutzungsrecht an Dienstbarkeit, die  
nur einigen Wohnungseigentumseinheiten zusteht  
(LG Kassel, Beschluss vom 3.9.2002  
– 3 T 359/02 und 3 T 365/02 –) 222  
mit Anmerkung *Röll* 224
- Grunderwerbsteuer auf Kapitalnutzungsvorteil  
bei Bauträgervertrag  
(BFH, Urteil vom 25.4.2002 – II R 57/00 –) 242  
mit Anmerkung *Frantzen* 243

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<i>Rundel</i> , Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers bei mehreren Beschenkten	177
<i>Papmehl</i> , Gründungsprüfung durch Notare	187
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Denk</i> , Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2002	192
<i>Ann</i> , Rechtsfähigkeit auch für die Erbengemeinschaft? – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00 –	193
<i>Kanzleiter</i> , Anforderungen an die Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten – Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 25.10.2002 – V ZR 279/01 –	197
<i>Wegmann</i> , Kapitalaufbringung bei der Barkapitalerhöhung der GmbH	199
<i>Grziwotz</i> , Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge in Bayern: Regelung im Grundstückskauf und Grunderwerbsteuer	200
<i>Everts</i> , Zur Behandlung grunderwerbsteuerlicher „Bagatellfälle“ bei mehreren Veräußerern und Erwerbern	204
<b>Buchbesprechungen</b>	
Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht ( <i>Grziwotz</i> )	208
Krauß, Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform ( <i>Koller</i> )	208
Zimmermann, Zur Formbedürftigkeit der Vollmacht und zu den Informationspflichten bei Finanzierung eines Erwerbs im Immobilienmodell ( <i>Volmer</i> )	209
Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht ( <i>Bülow</i> )	210
Richter, Die Abfindung ausscheidender Gesellschafter unter Beschränkung auf den Buchwert ( <i>Terbrack</i> )	211
Zetzsche, Die virtuelle Hauptversammlung ( <i>Malzer</i> )	211
Limmer (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensumwandlung ( <i>Krafka</i> )	212
Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht ( <i>Terbrack</i> )	213
Semler/Stengel, Umwandlungsrecht ( <i>Stelzer</i> )	213
Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft ( <i>Münch</i> )	214
Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht ( <i>Everts</i> )	215
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Allgemeines</i>	
1. Kein Dissens bei von Baubeschreibung abweichenden Plänen (BGH, Urteil vom 5.12.2002 – VII ZR 342/01 –)	216
2. Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV (BGH, Urteil vom 21.1.2003 – XI ZR 145/02 –)	216

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
3. Gewährleistungsausschluss umfasst nicht zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang auftretende Mängel (BGH, Urteil vom 24.1.2003 – V ZR 248/02 –)	218
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
4. Kein Rechtsmittel gegen OLG-Entscheidung im Grundbuchverfahren (BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – V ZB 61/02 –)	219
5. Anpassung einer Dienstbarkeit an entwicklungsbedingte Veränderungen (OLG München, Urteil vom 17.10.2002 – 8 U 3144/02 –) mit Anmerkung <i>J. Mayer</i>	219 220
6. Auswirkungen der Grundstücksvereinigung auf Dienstbarkeit ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BayObLG, Beschluss vom 5.12.2002 – 2Z BR 73/02 –)	222
7. Sondernutzungsrecht an Dienstbarkeit, die nur einigen Wohnungseigentumseinheiten zusteht (LG Kassel, Beschluss vom 3.9.2002 – 3 T 359/02 und 3 T 365/02 –) mit Anmerkung <i>Röll</i>	222 224
8. Zulässigkeit eines Wirksamkeitsvermerks (LG Darmstadt, Beschluss vom 30.10.2002 – 26 T 171/02 –)	225
<i>Familienrecht</i>	
9. Namensführung nach Volljährigenadoption (BayObLG, Beschluss vom 15.1.2003 – 1Z BR 138/02 –)	226
10. Wirksamkeit von Eheverträgen (OLG München, Beschluss vom 25.9.2002 – 16 WF 1328/02 –)	226
<i>Erbrecht</i>	
11. Keine Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft (BGH, Urteil vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00 –)	228
<b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
12. Anwendung der Gründungsvorschriften auf Verwendung einer Vorratsgesellschaft (BGH, Beschluss vom 9.12.2002 – II ZB 12/02 –)	230
13. Unternehmensgegenstand „Handel mit Waren aller Art“ unzulässig ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BayObLG, Beschluss vom 8.1.2003 – 3Z BR 234/02 –)	232
14. Grundbuchfähigkeit von Kapitalgesellschaften aus dem EU-Ausland (BayObLG, Beschluss vom 19.12.2002 – 2Z BR 7/02 –)	232
15. Erleichterte Kapitalherabsetzung zur Euro-Umstellung nur soweit erforderlich ( <i>nur Leitsatz</i> ) (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 5.11.2002 – 20 W 400/02 –)	233
<b>Internationales Privatrecht</b>	
16. Art. 17 Abs. 3 EGBGB keine „ordre public“-Klausel (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.1.2003 – 5 WF 210/02 –)	233
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
17. Keine Unterzeichnung mit Vornamen (BGH, Urteil vom 25.10.2002 – V ZR 279/01 –)	233

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<b>Kostenrecht</b>	
18. Keine Gegenstandsgleichheit von Geschäftsführerabberufung und -neubestellung (BGH, Beschluss vom 21.11.2002 – V ZB 29/02 –)	235
19. Kostenprivilegierung für Aufhebung eines Erbvertrages (BayObLG, Beschluss vom 15.1.2003 – 3Z BR 187/02 –)	238
20. Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs (BayObLG, Beschluss vom 8.1.2003 – 3Z BR 197/02–)	239
<b>Öffentliches Recht</b>	
21. Erschließungsbeitragsrecht in Bayern Landesrecht (BayVGh, Beschluss vom 26.4.2002 – 6 B 99.44 –)	240
22. Erschließungsbeitragsrecht in Bayern Landesrecht, Auslegung durch VGh (BVerwG, Beschluss vom 9.8.2002 – 9 B 35.02 –)	241
23. Zulässigkeit von Einheimischenmodellen ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BGH, Urteil vom 29.11.2002 – V ZR 105/02 –)	241
<b>Steuerrecht</b>	
24. Grunderwerbsteuer auf Kapitalnutzungsvorteil bei Bauträgervertrag (BFH, Urteil vom 25.4.2002 – II R 57/00 –) mit Anmerkung <i>Frantzen</i>	242 243
<b>Hinweise für die Praxis</b>	
1. Anwendung der Freigrenze des § 1 Nr. 1 GrEStG bei Gütergemeinschaft (Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.11.2002, Gz. 36 – S 4540 – 017 – 47604/02)	244
2. Aussetzung der Vollziehung (§ 361 AO) von Feststellungsbescheiden der Bedarfsbewertung in Erbbaurechtsfällen und bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden; Verfassungsmäßigkeit des § 148 Abs. 1 Satz 2 BewG (Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 4.12.2002, Bayerisches Staatsministerium der Finanzen Gz. 34 – S 3014 – 037 – 47071/02; Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz Gz. S 3014 A – 447)	244
3. Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung; Erbauseinandersetzung durch Realteilung bei Vorliegen einer Teilungsanordnung durch den Erblasser (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 5.12.2002, Gz. IV A 6 – S 2242 – 25/02)	245
<b>Standesnachrichten</b>	246
<b>Sonstiges</b>	III
<b>Veranstaltungen</b>	III
<b>Neuerscheinungen</b>	IV

# 3 | **MittBayNot** Begründet 1864

Mai/Juni 2003 | 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 Mühlthaler GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München  
Gedruckt auf Papier aus 100% chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## ABHANDLUNGEN

### Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers bei mehreren Beschenkten

Von Notarassessorin *Sylvia Rundel*, Landshut

In den letzten hundert Jahren hat sich die durchschnittliche Lebenserwartung ungefähr verdoppelt, gleichzeitig sind die Geburtenraten drastisch zurückgegangen. Der Bevölkerungsanteil der über 60-Jährigen steigt immer weiter an. Damit geht ein erheblich gesteigerter Pflegebedarf einher, der nur teilweise innerfamiliär gedeckt werden kann. Derzeit leben in Deutschland über 1,2 Mio. Personen, die über 65 Jahre alt und pflegebedürftig sind.<sup>1</sup> Mit der Unterbringung in Pflegeheimen sind erhebliche Kosten verbunden, die häufig die Einkünfte der Betroffenen übersteigen.

Somit rücken gesetzliche Ansprüche von Eltern gegen ihre Kinder verstärkt ins Blickfeld. Für die notarielle Praxis ist dabei vor allem der Anspruch des verarmten Schenkers auf Rückgewähr des Geschenks aus § 528 BGB von Bedeutung, der als „Damoklesschwert“ über Maßnahmen der vorweggenommenen Erbfolge hängt.

Oft werden Versorgungslücken bei Pflegebedürftigkeit zunächst vom Sozialhilfeträger abgedeckt. Da das Rückforderungsrecht aus § 528 BGB sozialhilferechtlich zum einzusetzenden Vermögen des Hilfeempfängers gehört, das er vorrangig verwerten muss<sup>2</sup>, kann es der Sozialleistungsträger zur Realisierung des Nachrangprinzips der Sozialhilfe (§ 2 BSHG) gem. § 90 BSHG auf sich überleiten und so beim Beschenkten Regress nehmen.<sup>3</sup> Der übergeleitete Anspruch bleibt dabei inhaltlich unverändert und ist vom Sozialhilfeträger ggf. im Zivilrechtsweg durchzusetzen.<sup>4</sup>

Als Konsequenz der Geltendmachung des Anspruchs aus § 528 BGB stellt sich die Frage nach dem Haftungsverhältnis zwischen mehreren Beschenkten, was insbesondere dann relevant ist, wenn Eltern zu Lebzeiten ihr Vermögen auf ihre Kinder übertragen. Nach Darstellung der Struktur des Rückforderungsanspruchs soll daher das rechtliche Verhältnis zwischen mehreren Beschenkten unter Berücksichtigung der dazu ergangenen Rechtsprechung untersucht werden. Sodann wird die Frage nach dem Bedürfnis und der Möglichkeit abweichender vertraglicher Vereinbarungen für das Verhältnis der Beschenkten untereinander gestellt, und schließlich eine Formulierung für eine derartige Regelung vorgeschlagen.

#### 1. Struktur der §§ 528, 529 BGB

##### 1.1 Tatbestandsmerkmale des § 528 BGB

Nach § 528 BGB kann der Schenker vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung fordern, soweit er nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen.

<sup>1</sup> Gutachten von *Dieter Martiny* auf dem 64. Deutschen Juristentag, S. A 19 f.

<sup>2</sup> BVerwG MittRhNotK 1992, S. 282 (284).

<sup>3</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 17.

<sup>4</sup> *Karpen*, MittRhNotK 1988, S. 131 (136).

##### 1.1.1 Schenkung

Erste Voraussetzung für einen Rückforderungsanspruch nach § 528 BGB ist, dass es sich bei der Zuwendung um eine Schenkung i.S.d. § 516 BGB handelt. Eine Schenkung liegt dann vor, wenn durch eine Zuwendung aus dem Vermögen einer Person der Empfänger bereichert wird und sich die Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind.<sup>5</sup>

Überlassung und Übergabe wurden bislang nicht als eigene Vertragstypen anerkannt, so dass auch hier für die Beurteilung als Schenkung die allgemeinen Grundsätze gelten.<sup>6</sup> Bei einer landwirtschaftlichen Hofübergabe mit Leibgeding liegt jedoch laut BayObLG nur dann eine gemischte Schenkung vor, wenn unter Berücksichtigung des von den Parteien gewollten

<sup>5</sup> *Palandt/Putzo* § 516 Rdnr. 1.

<sup>6</sup> *Krauß*, MittBayNot 1992, S. 77 (82).

Vertragszweckes bei einem Vergleich des Wertes des übergebenen Anwesens mit dem Wert der Gegenleistungen das Merkmal der Unentgeltlichkeit überwiegt.<sup>7</sup> Die weiteren Einzelheiten zu diesem Komplex werden unten erörtert.

Im Bereich der Anspruchsüberleitung auf einen Sozialhilfeträger unterliegen zudem auch die sog. ehebedingten Zuwendungen dem Rückforderungsanspruch nach § 528 BGB, da Vermögensübertragungen innerhalb der gesetzlichen Einsatzgemeinschaft die Verwertungspflicht des betreffenden Gegenstandes unberührt lassen (§§ 28, 122 BSHG).<sup>8</sup> Erst dann, wenn die Ehegatten getrennt leben und damit die Einsatzgemeinschaft aufgelöst ist, gewinnt die Frage nach der rechtlichen Einordnung einer Zuwendung zwischen Ehegatten Bedeutung.<sup>9</sup> Problematisch ist der Fortbestand der Einsatzgemeinschaft vor allem auch dann, wenn einer der Ehegatten dauerhaft in einem Pflegeheim untergebracht ist. Nach der Rechtsprechung ist darauf abzustellen, ob trotz der räumlichen Trennung an der Familieneinheit im Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft festgehalten wird oder nicht.<sup>10</sup>

Falls es sich bei der Zuwendung um eine Ausstattung i.S.d. § 1624 BGB handelt, d.h. um dasjenige, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder zur Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung oder zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird, ist § 528 BGB nicht anwendbar, da § 1624 Abs. 2 BGB nur hinsichtlich der Gewährleistung auf Schenkungsrecht verweist.<sup>11</sup>

### 1.1.2 Notbedarf

Weitere Tatbestandsvoraussetzung des § 528 BGB ist, dass nach Schenkungsvollzug der Notbedarf des Schenkers nicht nur droht, sondern bereits eingetreten ist,<sup>12</sup> d.h., dass der Schenker selbst nicht mehr für seinen angemessenen Unterhalt aufkommen kann. Die Feststellung des Notbedarfs ist bei Inanspruchnahme nachrangiger Sozialleistungen unproblematisch und soll daher nicht weiter vertieft werden.

## 1.2 Rechtsfolge des § 528 BGB

Die Rechtsprechung formuliert die Rechtsfolge des § 528 BGB folgendermaßen: Das Gesetz will den Schenkungen eines verarmten Schenkers ihre schuldrechtliche Wirkung nehmen, indem es den Beschenkten zur Herausgabe verpflichtet, als hätte er das Geschenk ohne Rechtsgrund erlangt.<sup>13</sup> Die Entstehung des Rückgewähranspruchs wird also nicht an eine Entscheidung des Schenkers geknüpft, sondern allein an die objektive Tatsache des Notbedarfs des Schenkers. Das Entstehen des Anspruchs aus § 528 BGB hängt damit nicht von einer Inanspruchnahme des Beschenkten ab. Der Schenker kann sich allenfalls einschränken und damit durch eine Reduzierung seines Bedarfs dafür sorgen, dass dem Beschenkten das Geschenk verbleibt. Wenn der Schenker allerdings Hilfe in Anspruch genommen hat und z.B. durch die Aufnahme in ein Pflegeheim Kosten angefallen sind, die mit den eigenen Mitteln des Schenkers nicht getragen werden können, sind unabhängig vom Willen des Schenkers die Tatbestandsmerk-

male des § 528 BGB erfüllt und der Rückgewähranspruch entstanden.<sup>14</sup>

Nach Überleitung des Rückforderungsanspruchs auf den Sozialhilfeträger kann der Beschenkte das Geschenk nur noch an diesen schuldfrei herausgeben, nicht aber an den verarmten Schenker, es sei denn, er hatte von der Überleitung noch keine Kenntnis (§ 407 BGB).<sup>15</sup>

Im Falle einer gemischten Schenkung bezieht sich der Rückforderungsanspruch nur auf den Schenkungsteil.<sup>16</sup>

Da § 528 BGB den Schenker in die Lage versetzen soll, seinen Unterhalt wieder *selbst* zu bestreiten, kann der Schenker den verarmten Beschenkten nicht auf seine gesetzlichen Unterhaltsansprüche verweisen.<sup>17</sup>

Bedeutsam ist diese vom Willen des Schenkers unabhängige Anspruchsentstehung vor allem dann, wenn der Rückforderungsanspruch – wie häufig – nicht vom Schenker selbst geltend gemacht wird, sondern vom Sozialhilfeträger. Sinn und Zweck des § 528 BGB ist nämlich die effektive Sicherung des angemessenen Unterhalts des Schenkers<sup>18</sup>, damit der Notbedarf des Schenkers nicht über die Inanspruchnahme von Sozialhilfe zu Lasten der Allgemeinheit geht.<sup>19</sup>

Nach dem Gesetzeswortlaut („Soweit ...“) richtet sich der Rückforderungsanspruch der Höhe nach auf die Deckung des angemessenen Unterhaltsbedarfs des Schenkers. Nach einheitlicher Meinung enthält § 528 BGB eine Rechtsfolgenverweisung auf das Bereicherungsrecht<sup>20</sup>, so dass insbesondere auch § 818 Abs. 2 und 3 BGB Anwendung finden. Bei unentgeltlicher Weitergabe an Dritte gilt § 822 BGB<sup>21</sup>, wonach der Dritte zur Herausgabe verpflichtet ist.

Die Herausgabe des Geschenks in natura kann der Beschenkte durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden (§ 528 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dadurch wird es dem Beschenkten ermöglicht, ein Geschenk zu behalten, an dem ihm besonders gelegen ist.<sup>22</sup> Bei Abwendung des Rückforderungsanspruchs durch Unterhaltszahlung finden gem. § 528 Abs. 1 Satz 3 BGB bestimmte Vorschriften über Verwandtenunterhalt und Leibrente Anwendung. § 528 Abs. 1 Satz 3 BGB bezieht sich nach allgemeiner Meinung nur auf Satz 2, nicht aber auf Satz 1 der Vorschrift.<sup>23</sup> Strittig ist, ob die Pflicht zur Unterhaltszahlung durch die Bereicherung des Beschenkten der Höhe nach beschränkt ist.<sup>24</sup>

Dagegen greift § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB nach seinem Normzweck dann nicht ein, wenn der Herausgabeanspruch bereits aus anderen Gründen (z.B. § 818 Abs. 2 BGB) auf Geld gerichtet ist.<sup>25</sup> Relevant ist dies, sofern der Notbedarf des Schenkers geringer ist als der Wert des Geschenks. In diesem Fall kann nämlich nach § 528 BGB nur ein zur Bedarfsdeckung erforderlicher Teil herausverlangt werden. Insbesondere im Falle einer Grundstücksschenkung ist aber eine teilweise Herausgabe unmöglich. Der verarmte Schenker hat hier gegen-

<sup>7</sup> BayObLG DNotZ 1996, S. 647 (651).

<sup>8</sup> Karpen, MittRhNotK 1988, S. 131 (139).

<sup>9</sup> Karpen, MittRhNotK 1988, S. 131 (139).

<sup>10</sup> BayVGH BayVBl 1964, S. 159.

<sup>11</sup> Palandt/Diederichsen § 1624 Rdnr. 3.

<sup>12</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 4.

<sup>13</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 (104).

<sup>14</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (90).

<sup>15</sup> BGH NJW 1994, S. 1655.

<sup>16</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 5.

<sup>17</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 (103).

<sup>18</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 (105).

<sup>19</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (90).

<sup>20</sup> BGH NJW 2001, S. 1207 (1208).

<sup>21</sup> Palandt/Putzo § 528 Rdnr. 6.

<sup>22</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 13.

<sup>23</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 15.

<sup>24</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 12.

<sup>25</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 13.

über dem Beschenkten nach § 818 Abs. 2 BGB lediglich einen Anspruch auf Teilwertersatz in Geld.<sup>26</sup>

Bei wiederkehrendem Bedarf wie z.B. Pflegekosten sind also wiederkehrende Teilwertersatzleistungen in Geld zu leisten. Im Unterschied zum Fall des § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht hier Einigkeit, dass die Zahlungsverpflichtung endet, wenn der Wert der Zuwendung erschöpft ist.<sup>27</sup>

Der bloße Anspruch auf Teilwertersatzleistung in Geld im Gegensatz zum Anspruch auf Herausgabe des Geschenks in natura hat auch Auswirkungen auf den Sozialhilferegress: Nach § 90 Abs. 1, Satz 3 BSHG darf der Sozialleistungsträger den Anspruch nur insoweit auf sich überleiten, als bei rechtzeitiger Leistung des Anspruchsgegners die Sozialleistung nicht zu gewähren gewesen wäre. Somit ist die Überleitung rechtswidrig, wenn der geschenkte Gegenstand in der Hand des verarmten Schenkers Schonvermögen i.S.v. § 88 BSHG wäre.<sup>28</sup> Sofern (insbesondere bei Heimunterbringung) der Beschenkte an den verarmten Schenker Teilwertersatzleistungen zu erbringen hat, sind diese Geldbeträge laut BVerwG aufgrund ihrer Zweckbestimmung als Einkommen zu betrachten, das nicht zum Schonvermögen gemäß § 88 Abs. 2 BSHG gehört.<sup>29</sup> Selbst wenn in diesem Fall das Gesamteinkommen des Hilfebedürftigen die Grenze des einzusetzenden Einkommens unterschreitet, kann nach § 85 Abs. 1 Nr. 1 BSHG die Aufbringung der Mittel verlangt werden, soweit von einem anderen Leistungen für einen besonderen Zweck gewährt werden, für den sonst Sozialhilfe zu gewähren wäre. Dies ist bei der Rückgewähr einer Schenkung nach § 528 BGB der Fall.<sup>30</sup> Somit spielt in dieser Konstellation die Tatsache, dass das Geschenk in der Hand des Schenkers Schonvermögen dargestellt hätte, keine Rolle.

Fraglich ist, ob der Beschenkte alternativ zur Teilwertersatzleistung in Geld auch das Geschenk in natura zurückgeben kann (sog. umgekehrte Ersetzungsbefugnis). In der Literatur wird dies bejaht, da die Beschränkung des Rückforderungsanspruchs auf das zur Behebung des Notbedarfs Erforderliche den Beschenkten schützen soll, und durch die Rückabwicklung des Schenkungsvorgangs der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt wird.<sup>31</sup>

Nach § 534 BGB ist der Rückforderungsanspruch bei Pflicht- und Anstandsschenkungen ausgeschlossen. Die Rechtsprechung legt diese Norm so eng aus, dass sie praktisch bedeutungslos ist.<sup>32</sup>

Seit 1.1.2002 gilt für den Anspruch aus § 528 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB).

Bei Tod des Beschenkten, auch vor Verarmung des Schenkers, richtet sich der Rückforderungsanspruch gemäß § 1967 BGB gegen dessen Erben.<sup>33</sup>

Die Frage der Vererblichkeit des Anspruchs aus § 528 BGB bei Versterben des Schenkers ist nicht abschließend geklärt. Laut BGH gilt jedoch Folgendes: Der Anspruch des Schenkers nach § 528 BGB auf Herausgabe des Geschenks erlischt nicht mit dessen Tod, sofern er bereits vom Schenker geltend gemacht oder abgetreten worden ist oder der Schenker durch die Inanspruchnahme unterhaltssichernder Leistungen Dritter zu erkennen gegeben hat, dass er ohne die Rückforderung des Geschenks nicht in der Lage war, seinen notwendigen Unterhalt zu bestreiten.<sup>34</sup> Wenn der Sozialhilfeträger Leistungen erbracht hat, fordert schon das Nachrangprinzip, dass der Anspruch nicht mit dem Tod des Schenkers untergeht. Das fiskalische Interesse an der Überleitung des Anspruchs gem. § 90 BSHG und dem darauf folgenden Regress bei den vorrangig Verpflichteten endet nämlich nicht mit dem Tod des verarmten Schenkers.<sup>35</sup>

### 1.3 Einrede des § 529 BGB

Nach h.M. enthält § 529 BGB eine Einrede und keine Einwendung<sup>36</sup>, d.h. der Beschenkte muss sich auf einen der dort genannten Tatbestände berufen. Begründet wird dies damit, dass § 529 BGB eine Billigkeitsnorm zum Schutz des Beschenkten darstellt und es daher diesem überlassen sein soll, ob er sich darauf berufen will oder nicht.<sup>37</sup> Trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts gilt § 529 BGB nicht nur für § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern auch für den Fall, dass von der Abwendungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB Gebrauch gemacht wird.<sup>38</sup>

Neben der vom Schenker vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführten Bedürftigkeit des Schenkers und dem eigenen Notbedarf des Beschenkten ist vor allem das Verstreichen der Zehnjahresfrist des § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB praxisrelevant. Der Beschenkte kann demnach die Herausgabe des Geschenks verweigern, wenn zur Zeit des Eintritts der Bedürftigkeit des Schenkers seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind.

Für die Fristberechnung gilt Folgendes: Der Fristbeginn ist nach dem Wortlaut der Norm („seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes“) nicht ganz eindeutig geregelt. Wie bei der Parallelvorschrift des § 2325 Abs. 3 BGB ist für den Fristbeginn wohl auf den Vollzug der Schenkung abzustellen.<sup>39</sup> Dabei ist bei einer Grundstücksschenkung nicht die Eigentumsumschreibung maßgeblich, sondern es reicht bereits die Entstehung eines Anwartschaftsrechts aus, so dass es letztlich auf den Eingang des Eigentumsumschreibungsantrags beim Grundbuchamt ankommt.<sup>40</sup>

Ob ein Nießbrauchsvorbehalt den Fristanlauf nach § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB hindert, ist durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt. Im Rahmen von § 2325 Abs. 3 BGB stellt der BGH darauf ab, dass der Schenker zu Lebzeiten ein spürbares Vermögensopfer erbringen muss, was bei Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts abgelehnt wird.<sup>41</sup> Legt man die Intention

<sup>26</sup> BGH DNotZ 1986, S. 138 (139).

<sup>27</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 5.

<sup>28</sup> Krauß, MittBayNot 1992, S. 77 (83).

<sup>29</sup> BVerwG MittRhNotK 1992, S. 282 (284).

<sup>30</sup> BVerwG MittRhNotK 1992, S. 282 (284).

<sup>31</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 5 sowie Krauß im Skript zur Fortbildungsveranstaltung des Assessoren Ausschusses der Landesnotarkammer Bayern vom 29.4.2002 in Würzburg zum Thema „Sozialrechtliche Fragen bei vorweggenommener Erbfolge und erbrechtlichen Verfügungen unter besonderer Berücksichtigung des sozialhilferechtlichen Regressrisikos, etwa im Pflegefall“, im Folgenden kurz: Fortbildungsskript, S. 115 ff.; offen gelassen von BGH NJW 1994, S. 1655.

<sup>32</sup> Siehe BGH NJW 1986, S. 1926 f.

<sup>33</sup> BGH NJW 1991, S. 2558.

<sup>34</sup> BGH ZEV 2001, S. 241 (242 f.).

<sup>35</sup> MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 10.

<sup>36</sup> BGH NJW 2001, S. 1207 (1208).

<sup>37</sup> MünchKomm/Kollhosser § 529 Rdnr. 6.

<sup>38</sup> MünchKomm/Kollhosser § 529 Rdnr. 1.

<sup>39</sup> OLG Köln FamRZ 1986, S. 985 (986).

<sup>40</sup> Krauß in MittBayNot 1992, S. 77 (82); siehe auch BGH MittBayNot 2000, S. 226, 227: „Das Berufungsgericht hat – von der Revision unbeanstandet – angenommen, dass die erste Schenkung mit Eingang des Umschreibungsantrags (...) vollzogen worden sei.“

<sup>41</sup> BGH NJW 1994, S. 1791.

des § 528 BGB zugrunde, so lässt sich diese Rechtsprechung wohl nicht auf § 529 BGB übertragen. Hier kommt es nämlich nicht auf die Erbringung eines Vermögensopfers durch den Schenker an, sondern darauf, dass die Schenkung (zumindest auch) den Grundstein für die spätere Verarmung legt. Allerdings ließe sich – zumindest bei ertragbringenden Vermögenswerten – wiederum das Argument anführen, der Nießbrauchsvorbehalt sei seinerseits regelmäßig dazu geeignet und bestimmt, dem Schenker weiterhin das Bestreiten seines Lebensunterhalts zu ermöglichen, mit der Folge, dass eine Hemmung des Fristanlaufs durchaus gerechtfertigt wäre.<sup>42</sup> Um bei der Vertragsgestaltung den sichersten Weg einzuschlagen, empfiehlt es sich daher, bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt von der Hinderung des Fristbeginns für den Ausschluss des Rückforderungsrechts nach § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB auszugehen.<sup>43</sup>

Laut Rechtsprechung steht es dem Ausschluss des Rückforderungsanspruchs nach § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB nicht entgegen, dass die Umstände, die in Zukunft die Vermögenserschöpfung begründen, bereits vor Ablauf der Zehnjahresfrist vorliegen; vielmehr kommt eine Rückforderung nur dann in Frage, wenn der Notbedarf des Schenkers innerhalb des Zehnjahreszeitraums konkret eingetreten ist.<sup>44</sup> Der BGH führt hier als Argumente den Wortlaut des § 529 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie die Tatsache an, dass es sich bei §§ 528, 529 BGB im Gegensatz zu § 519 BGB um ein Rückforderungsrecht und nicht um eine Einrede gegen den Anspruch auf Erfüllung des Schenkungsversprechens handelt; ferner wird auf die Notwendigkeit einer sicheren zeitlichen Abgrenzung und auf die mögliche Aushöhung der Fristenregelung des § 529 BGB hingewiesen, falls auch eine eventuell erst Jahre später eintretende Bedürftigkeit des Schenkers zu berücksichtigen wäre.

Sofern ein laufendes Bedürfnis wie z.B. Heimunterbringung schon vor Fristablauf eintritt, soll die Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs auch wegen des *nach* Fristablauf ununterbrochen fortdauernden Bedürfnisses möglich sein. Wird dagegen vor Fristablauf ein bloß vorübergehendes Bedürfnis vom Beschenkten befriedigt und entsteht nach Fristablauf ein neues Bedürfnis, so kann sich der Beschenkte laut *Kollhosser* erfolgreich auf § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB berufen.<sup>45</sup>

## 2. Verhältnis zwischen mehreren Beschenkten

### 2.1 Zeitliche Reihenfolge mehrerer Schenkungen

Sofern ein Schenker mehrere Personen beschenkt, ist zu differenzieren, ob diese Schenkungen gleichzeitig erfolgen oder nicht, denn nur für das Verhältnis zwischen nacheinander Beschenkten trifft das Gesetz in § 528 Abs. 2 BGB eine Regelung. Der Gesetzeswortlaut sagt jedoch nichts darüber aus, nach welchen Kriterien sich die zeitliche Reihenfolge bestimmt, § 528 Abs. 2 BGB spricht nämlich nur vom „früher Beschenkten“ und vom „später Beschenkten“. Bedeutsam wird die Frage der Anwendbarkeit des § 528 Abs. 2 BGB insbesondere dann, wenn eine weitere Schenkung erfolgt, während das erste Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt ist (Beispiel: Die Eltern schenken dem einen Kind eine noch nicht vermessene Teilfläche. Noch bevor Messungsanerkennung und Auflassung erklärt sind, wird an das andere Kind ein Grundstück überlassen).

<sup>42</sup> Siehe *Krauß*, Fortbildungsskript, S. 86.

<sup>43</sup> So auch *Jörg Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 44.

<sup>44</sup> BGH MittBayNot 2000, S. 226.

<sup>45</sup> So *MünchKomm/Kollhosser* § 529 Rdnr. 3.

Der BGH hat sich zur Feststellung der zeitlichen Abfolge mehrerer Schenkungen bislang nur dahingehend geäußert, dass von gleichzeitigen Schenkungen auszugehen sei, wenn ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, insbesondere wenn Regelungen zur vorweggenommenen Erbfolge in derselben notariellen Urkunde getroffen werden. Zufälligkeiten bei der Vertragsabwicklung sollen nicht zu einer relevanten zeitlichen Verschiebung der Schenkungen führen.<sup>46</sup> Die Frage der Gleichzeitigkeit mehrerer Schenkungen ist also großzügig zu behandeln. Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH dagegen, ob für eine gestaffelte Inanspruchnahme nach § 528 Abs. 2 BGB jeweils der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts oder aber dessen Vollzug maßgeblich ist.

Soweit ersichtlich hat dazu bislang nur *Heiter* Stellung genommen.<sup>47</sup> Er befürwortet aus Gründen der Rechtssicherheit die Heranziehung des jeweiligen Vertragsschlusses als maßgebliches Kriterium. Nur so könne ausgeschlossen werden, dass Zufälligkeiten beim Vollzug wie z.B. die Bearbeitungsdauer beim Grundbuchamt und mögliche Manipulationen durch Hinauszögern des Leistungserfolgs bei der einen und schnelleren Vollzug der anderen Schenkung darüber bestimmen, ob § 528 Abs. 2 BGB eingreift oder nicht. Dem ist beizupflichten.

### 2.2 Mehrere nacheinander Beschenkte

§ 528 Abs. 2 BGB regelt das Verhältnis zwischen mehreren nacheinander Beschenkten. Danach haftet der frühere Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist. Obergrenze der Haftung ist also nicht der volle, ungedeckte Bedarf, sondern der Restbedarf, der übrig bleibt, wenn man den vollen Bedarf um die Herausgabepflichten aller vorrangig haftenden später Beschenkten vermindert.<sup>48</sup> Primär muss die zuletzt gemachte Schenkung zurückgewährt werden.

Für die Rückforderung des früheren Geschenks kommen folgende Fallgruppen in Betracht<sup>49</sup>:

- die Rückforderung des späteren Geschenks reicht nicht aus, um den angemessenen Unterhalt des Schenkers zu sichern,
- der später Beschenkte kann sich auf § 818 Abs. 3 BGB berufen oder
- der Beschenkte ist außerstande, das Geschenk herauszugeben, ohne dass sein eigener standesgemäßer Unterhalt oder die Erfüllung ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährdet wird (§ 529 Abs. 2 BGB).

Im Bereich der Parallelnorm des § 2329 Abs. 3 BGB begründet die h.M. die nachrangige Haftung des früher Beschenkten mit der zunehmenden Verfestigung der Position des Beschenkten.<sup>50</sup> Der BGH führt zu § 528 Abs. 2 BGB aus, dass früher vollzogene Schenkungen des verarmten Schenkers dessen geschützte Unterhaltsinteressen weniger einschneidend beeinträchtigen würden als die späteren; jedenfalls nach Ablauf der Frist des § 529 Abs. 1 BGB sollen sie dem Beschenkten erhalten bleiben.<sup>51</sup> *Heiter*<sup>52</sup> hält dies hingegen für falsch

<sup>46</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (90).

<sup>47</sup> JR 1995, S. 313 (315).

<sup>48</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 (104).

<sup>49</sup> Siehe *Heiter* in JR 1995, S. 313 sowie *Palandt/Putzo* § 528 Rdnr. 2.

<sup>50</sup> So z.B. *Staudinger/Olshausen* § 2329 Rdnr. 56.

<sup>51</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 (104).

<sup>52</sup> JR 1995, S. 313 (314).



und argumentiert damit, dass ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter vorläge, wenn der früher Beschenkte nicht nur nachrangig haften würde: Er müsste nämlich ansonsten im Falle einer späteren Schenkung mehr zurückgewähren als ohne eine solche und somit für spätere Dispositionen des Schenkers eintreten, ohne darauf Einfluss nehmen zu können.

### 2.3 Mehrere gleichzeitig Beschenkte

Für das Verhältnis zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten enthält § 528 BGB keine Regelung. § 528 Abs. 2 BGB ordnet nur für nacheinander Beschenkte eine Haftungsrangfolge an, lässt sich aber als Spezialnorm nicht auf die Beziehung zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten übertragen.<sup>53</sup> Es fragt sich also, wie sich hier das Haftungsverhältnis gestaltet.

#### 2.3.1 Die BGH-Entscheidung vom 13.2.1991

In seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1991<sup>54</sup> hat der BGH der Ansicht, mehrere Beschenkte würden nur anteilig haften, da es sich bei § 528 BGB um einen gesetzlich normierten Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage handle und eine anteilige Haftung eine zweckmäßige Vertragsanpassung sei<sup>55</sup>, eine klare Absage erteilt. Die mögliche Einordnung des § 528 BGB als gesetzlich normierter Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertigt es nicht, die Rechtsfolgen der Verarmung des Schenkers nicht mehr aus § 528 BGB zu entnehmen, sondern stattdessen auf die zu § 242 BGB entwickelten freieren Grundsätze zur Geschäftsgrundlage zurückzugreifen und die betreffenden Schenkungen je nach Zweckmäßigkeit anzupassen. Als entscheidend betrachtet der BGH vielmehr den Sinn und Zweck des § 528 BGB, nämlich die Sicherung des angemessenen Unterhaltsbedarfs des verarmten Schenkers. Zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten bestehe kein Rangverhältnis, vielmehr haften sie gleichrangig nebeneinander. Hauptargument des BGH ist die Effektivität des Rückforderungsanspruchs: Der Schenker soll nicht gezwungen sein, jeden der zur Herausgabe Verpflichteten heranzuziehen. Bei bloß anteiliger Haftung müsste im Herausgabeprozess gegen einen der Beschenkten ggf. zusätzlich geklärt werden, in welchem Umfang alle gleichzeitig Beschenkten noch bereichert und an sich zur Herausgabe verpflichtet sind, was u.U. schwierige und kostspielige Bewertungen nach sich ziehen würde. Dadurch könnten die betreffenden Verfahren verzögert und dem von § 528 BGB gewährten Recht auf Bedarfsdeckung aus den Geschenken würde ein Teil seiner Effektivität genommen, was dem Gesetzeszweck widerspreche.

Der BGH sieht darin, dass der in Anspruch genommene Beschenkte nicht nur anteilig, sondern voll auf Herausgabe haftet, keine unangemessene Benachteiligung. Zum einen wird auf interne Ausgleichsmöglichkeiten zwischen den gleichzeitig Beschenkten hingewiesen, ohne diese näher auszuführen, zum anderen wird nochmals die effektive Sicherung des angemessenen Unterhalts betont.

Diese starke Betonung der Effizienz des Rückforderungsanspruchs mag ihren Ursprung darin haben, dass in den unterschiedlichen Fällen stets ein Sozialhilfeträger zunächst Leistungen an den verarmten Schenker erbracht hatte und daraufhin den Anspruch aus § 528 BGB auf sich überleitete, um Re-

gress zu nehmen. Ansonsten wäre eventuell den Argumenten für eine nur anteilige Haftung jedes Beschenkten ein größeres Gewicht beigemessen worden. Als solche könnte man die Parallele zu § 2329 Abs. 3 und § 519 BGB anführen, bei denen von einer bloß anteiligen Haftung mehrerer Beschenkten ausgegangen wird<sup>56</sup>, sowie die Regelung des § 1606 Abs. 3 BGB, die mehreren gleich nahen Verwandten ebenfalls eine bloß anteilige Haftung für den Verwandtenunterhalt aufbürdet. Außerdem erlaubt § 528 Abs. 2 BGB bei auf Seiten des verarmten Schenkers identischer Interessenlage gerade nicht, dass jeder Beschenkte voll in Anspruch genommen wird. Auch könnte man in der alleinigen Heranziehung eines von mehreren Beschenkten durchaus eine unbillige Benachteiligung sehen, auch wenn Regressansprüche bestehen (dazu näher unten). Die volle Haftung jedes einzelnen Beschenkten im Außenverhältnis erscheint also keineswegs als zwingend.<sup>57</sup>

#### 2.3.2 Die BGH-Entscheidung vom 28.10.1997

Ihre Fortsetzung hat diese Rechtsprechung in der BGH-Entscheidung vom 28.10.1997<sup>58</sup> gefunden. Diesem Urteil lag eine in der notariellen Praxis alltägliche Konstellation zugrunde: Die Eltern der Parteien übertrugen dem Beklagten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Hausgrundstück. In dem Überlassungsvertrag verpflichtete sich der Beklagte, seinem Bruder als Ausgleich eine Summe von 80.000 DM zu zahlen. Nach Aufnahme der Eltern in ein Pflegeheim und Überleitung der durch den Sozialhilfeträger verauslagten ungedeckten Kosten wurde der Kläger gem. § 528 BGB in Anspruch genommen. Im anschließenden Prozess wollte der Kläger beim Beklagten Regress nehmen.

Zunächst bekräftigt der BGH in dieser Entscheidung seine Auffassung, dass im Außenverhältnis jeder der Beschenkten in voller Höhe – nur begrenzt durch den Wert der empfangenen Schenkung – haftet mit der Maßgabe, dass der Gläubiger die Leistung von allen lediglich einmal verlangen kann. Im Weiteren wird aus dieser Haftung jedes Beschenkten für den Gesamtbedarf gefolgert, dass zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten hinsichtlich des Rückgewähranspruchs nach § 528 Abs. 1 BGB die für eine gesamtschuldnerische Beziehung nötige Gleichstufigkeit besteht.

Die Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung aller gleichzeitig Beschenkten löst bei Inanspruchnahme eines der Beschenkten einen internen Ausgleichsanspruch entsprechend § 426 Abs. 1 BGB aus. Mangels abweichender Regelung gelten nämlich bei mehreren zur Leistung Verpflichteten §§ 421 ff. BGB. Eine solche abweichende Regelung hat § 528 Abs. 2 BGB allerdings nur für das Verhältnis zwischen mehreren nacheinander Beschenkten getroffen. Im Übrigen bleibt es daher für die Haftung nach § 528 Abs. 1 BGB beim Gesamtschuldnerausgleich. Als weiteres Argument wird angeführt, dass sich durch die interne Ausgleichsmöglichkeit nach § 426 BGB ungerechte Ergebnisse vermeiden lassen, die Folge der unbeschränkten Haftung jedes einzelnen Beschenkten im Außenverhältnis sind. Insbesondere soll es nicht einer Entscheidung des Schenkers überlassen bleiben, wer letztlich die Folgen des Notbedarfs tragen soll.

Trotz der starken Betonung der Effizienz des Rückgewähranspruchs lehnt der BGH aber eine vorrangige Rückforderung von Geldgeschenken ausdrücklich ab und geht vielmehr von

<sup>53</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (91).

<sup>54</sup> BGH DNotZ 1992, S. 102 ff.

<sup>55</sup> So das Berufungsgericht und auch *Germer* in BWNNotZ 1987 S. 61 (62).

<sup>56</sup> *Palandt/Putzo* § 519 Rdnr. 5.

<sup>57</sup> Siehe *Heiter* in JR 1995, S. 313 (316), der aus den genannten Gründen die BGH-Rechtsprechung ablehnt.

<sup>58</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 ff. = DNotI-Report 1998, 17 ff.; Berufungsurteil: OLG Frankfurt a.M. MittBayNot 1993, S. 281 ff.

der Gleichwertigkeit aller zum gleichen Zeitpunkt vorgenommenen unentgeltlichen Zuwendungen aus.

Der interne Ausgleich unter den Beschenkten wird auch nicht davon berührt, dass nur einer der Beschenkten im Außenverhältnis in Anspruch genommen worden ist, sei es vom verarmten Schenker selbst oder vom Sozialhilfeträger. Die Entstehung des Anspruchs aus § 528 BGB hängt nämlich allein vom objektiven Vorliegen der Tatbestandsmerkmale ab, nicht von der Inanspruchnahme durch den Schenker bzw. den Sozialhilfeträger (s.o.).

Ohne Einfluss auf den internen Gesamtschuldnerausgleich ist es laut BGH auch, wenn die gegenüber mehreren gleichzeitig Beschenkten bestehenden Rückforderungsansprüche nur teilweise nach § 90 BSHG auf den Sozialhilfeträger übergeleitet worden sind. Eine Veränderung des Gesamtschuldnerausgleichs durch nachträgliche Rechtsgeschäfte des Gläubigers oder seiner Rechtsnachfolger einseitig zu Lasten eines der Gesamtschuldner kommt nämlich nicht in Betracht.

Soweit keine abweichende Verteilungsregelung besteht, haften die gleichzeitig Beschenkten im Innenverhältnis zu gleichen Teilen. Eine Verteilung nach dem Wert der Schenkungen wird in der Entscheidung angesprochen, im Ergebnis aber wegen der Gleichwertigkeit der im zugrunde liegenden Fall zugewandten Gegenstände abgelehnt.

Der BGH untersucht im vorbezeichneten Urteil ferner, ob von einem Beschenkten erbrachte Pflegeleistungen und Aufwendungen im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs zu berücksichtigen sind. Dies wird entsprechend § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen geprüft und letztlich abgelehnt, da die Pflegeleistungen hier nicht vertraglich geschuldete Gegenleistung für die Zuwendung waren. Nur im Synallagma zur Zuwendung stehende Aufwendungen können den Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung unmittelbar reduzieren, da eine Saldierung von Leistung und Gegenleistung vorzunehmen ist.

### 2.3.3 Problem: Auswirkung von § 818 Abs. 3 BGB auf den Gesamtschuldnerausgleich

Soweit ersichtlich hat die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht zu der Problematik Stellung genommen, wie sich Einwendungen und Einreden auf den Innenausgleich zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten auswirken. Bei gleichzeitig erfolgten Zuwendungen wird vor allem der Wegfall der Bereicherung (§§ 818 Abs. 3 i.V.m. 528 Abs. 1 Satz 1 BGB) als rechtsvernichtende Einwendung<sup>59</sup> bei einem von mehreren Beschenkten eine Rolle spielen, weshalb sich die folgenden Ausführungen allein hierauf konzentrieren.

Im Außenverhältnis zum verarmten Schenker entfaltet der Einwand der Entreichering gemäß § 425 BGB lediglich Einzelwirkung, d.h. die Haftung der übrigen Beschenkten bleibt dadurch unberührt.<sup>60</sup> Im Innenverhältnis führt der Wegfall des Herausgabeanspruchs dazu, dass der Entreicherte nicht zum Kreis der Gesamtschuldner gehört.<sup>61</sup> Die Betrachtung des Innenausgleichs endet jedoch nicht mit dieser Feststellung, vielmehr sind die zum sog. gestörten Gesamtschuldnerausgleich entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Nachdem eine Kürzung des Rückforderungsanspruchs des Schenkers im Außenverhältnis um den Anteil, den der entreicherte Beschenkte im Innenverhältnis hätte tragen müssen, aufgrund

der Zielsetzung des § 528 BGB und vor allem auch im Hinblick auf das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip (§ 2 BSHG) undenkbar ist, stehen prinzipiell zwei Lösungswege offen<sup>62</sup>:

Die Haftungsprivilegierung des § 818 Abs. 3 BGB wirkt allein im Außenverhältnis, der Regressanspruch des aus § 528 BGB in Anspruch Genommenen gegenüber dem Entreicherten bleibt unberührt.

Der entreicherte Beschenkte haftet weder im Außen- noch im Innenverhältnis.

Fraglich ist also, ob der Betreffende seine Entreichering auch im Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB seinen Mitbeschenkten entgegenhalten kann. Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst ein Blick auf die Rechtsprechung zur Auswirkung der gesetzlichen Haftungsprivilegierungen der §§ 708, 1359, 1664 BGB geworfen werden, die im Verhältnis zwischen mehreren an sich gesamtschuldnerisch haftenden Schädigern relevant sind. Hier wird eine Haftung des privilegierten Schädigers im Innenverhältnis u.a. mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass eine Heranziehung im Innenverhältnis mit dem Sinn und Zweck der Privilegierungstatbestände, den betreffenden Schädiger von einer Inanspruchnahme endgültig zu entbinden, nicht zu vereinbaren sei.<sup>63</sup> Ebenso lässt sich als Argument gegen einen internen Regress anführen, dass der Beschenkte nach der Wertung des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Herausgabe des Geschenks nur insoweit verpflichtet sein soll, als er noch bereichert ist. Die Verweisung auf das Bereicherungsrecht dient der Begrenzung einer bereits als vorhanden angenommenen Herausgabepflicht gegenüber dem sonst strengeren Recht.<sup>64</sup> Dem widerspricht ein Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis, den der entreicherte Beschenkte nur durch Einsatz seines sonstigen Vermögens erfüllen könnte.

Überdies haftet sogar der nach § 528 Abs. 2 BGB privilegierte früher Beschenkte ohne Regressmöglichkeit, soweit der später Beschenkte gemäß § 818 Abs. 3 BGB nicht verpflichtet ist.

Demnach kann ein Beschenkter den Wegfall seiner Bereicherung auch im Innenverhältnis gegenüber den übrigen Beschenkten geltend machen.

## 3. Vertragsgestaltung

### 3.1 Vorüberlegungen

Bei jeglichem Eingriff in das Gefüge der §§ 528, 529 BGB muss man im Auge behalten, dass es häufig ein Sozialhilfeträger sein wird, der über den Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers versucht, Regress für seine erbrachten Leistungen zu erlangen. Eine vertragliche Verkürzung der Rechte des Schenkers muss sich daher immer an § 138 Abs. 1 BGB messen lassen: Eine Vertragsgestaltung, die zu einer Benachteiligung des Sozialhilfeträgers führt, kann als Vertrag zu Lasten Dritter wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein.<sup>65</sup> Während die frühere Rechtsprechung Sittenwidrigkeit nur bei Handeln in Schädigungsabsicht bejaht hat, kann nach heutiger Auffassung ein Rechtsgeschäft auch ohne Schädigungsabsicht sittenwidrig sein, so bei Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, wenn von den Vertragsparteien die Möglichkeit hingenommen wird, dass der verzichtende Teil

<sup>59</sup> Staudinger/Lorenz § 818 Rdnr. 48.

<sup>60</sup> Siehe MünchKomm/Bydlinski § 426 Rdnr. 8.

<sup>61</sup> MünchKomm/Bydlinski § 426 Rdnr. 11.

<sup>62</sup> Vgl. Staudinger/Noack § 426 Rdnr. 143 sowie MünchKomm/Bydlinski § 426 Rdnr. 11.

<sup>63</sup> Staudinger/Noack § 426 Rdnr. 156.

<sup>64</sup> Germer in BWNotZ 1987, S. 61 (63).

<sup>65</sup> Palandt/Heinrichs § 138 BGB Rdnr. 43.

später zum Sozialfall wird. Entscheidend kommt es auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung an, welcher der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmen ist.<sup>66</sup> Diese Rechtsprechung zur Zulässigkeit eines Verzichts auf den nachehelichen Unterhalt lässt sich auf vertragliche Einschränkungen des § 528 BGB übertragen, da in beiden Fällen letztlich die Allgemeinheit über Sozialhilfeleistungen für die entstandenen Unterhaltslücken aufkommen muss.<sup>67</sup>

Im Hinblick auf § 138 BGB verbietet es sich daher nach allgemeiner Meinung, § 528 BGB vertraglich abzubedingen oder gem. § 397 BGB einen Erlassvertrag abzuschließen, mit dem der Schenker auf seinen Anspruch verzichtet.<sup>68</sup>

Nach dem Gesagten muss eine Vertragsgestaltung, die einer gerichtlichen Überprüfung standhalten will, die nach außen hin nur durch die Obergrenze des angemessenen Unterhaltsbedarfs und bereicherungsrechtliche Grundsätze begrenzte Haftung jedes (gleichzeitig) Beschenkten unberührt lassen.

Andererseits sollte bedacht werden, dass jede Ausweitung des Rückforderungsrechts nach § 528 BGB die Belastung der Beschenkten erhöht und über § 90 BSHG letztlich dem Sozialhilfeträger zugute kommen kann. Auch wenn Krauß darin beizupflichten ist, dass „das Sozialrecht nicht zur Determinante zivilrechtlicher Gestaltung werden darf“<sup>69</sup>, werden die Beteiligten dem Notar eine Gestaltung, die im Ergebnis die Ansprüche der öffentlichen Hand ausweitet, nicht danken.

### 3.2 „Schenkung“ als Tatbestandsmerkmal des § 528 BGB

Erster Ansatzpunkt der Vertragsgestaltung ist die Tatsache, dass § 528 BGB eine Schenkung voraussetzt.

Zunächst sollte bei der Gestaltung jeder Überlassung und Übergabe genau geprüft werden, inwieweit überhaupt eine Schenkung i.S.v. § 516 BGB vorliegt. Der Vertragsgestalter muss deshalb ein besonderes Augenmerk auf mögliche Gegenleistungen des Erwerbers richten und diese in der Urkunde möglichst exakt bezeichnen, egal ob es sich dabei um Auflagen gem. § 525 BGB oder um „echte“ Gegenleistungen handelt, die zu einer gemischten Schenkung führen.<sup>70</sup> Nicht zuletzt kommt der Notar damit auch seiner Verpflichtung aus § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG nach, da sich eine mögliche Sittenwidrigkeit der Vermögensübertragung aus sozialrechtlichen Gesichtspunkten nach den Gesamtumständen des Falles richtet.<sup>71</sup>

Als mahnendes Beispiel sei wiederum die BGH-Entscheidung vom 28.10.1997 angeführt: Hier mussten an die Eltern erbrachte Pflegeleistungen und sonstige Aufwendungen bei der Schenkungsrückabwicklung nur deshalb unberücksichtigt bleiben, weil diese Leistungen im notariellen Vertrag nicht als Gegenleistungen für die Zuwendung ausgewiesen waren.<sup>72</sup> Trotz erheblicher Gegenleistungen des Erwerbers galt die Zuwendung in vollem Umfang als Schenkung.

Zu beachten ist, dass eine Schenkung i.S.d. § 516 BGB nur dann vorliegt, wenn sich die Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung geeinigt haben.<sup>73</sup> Das bloße Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung führt noch nicht automatisch dazu, dass eine gemischte Schenkung vorliegt. Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit fehlt dann, wenn Leistung und Gegenleistung miteinander synallagmatisch („do ut des“), konditional (die Gegenleistung ist Bedingung für die Zuwendung) oder kausal (die Gegenleistung ist Geschäftsgrundlage für die Zuwendung) verknüpft sind.<sup>74</sup> Dagegen ist bei einer sog. Zweckschenkung die Unentgeltlichkeit gegeben: Hier wird mit der Schenkung ein darüber hinausgehender Zweck verfolgt, auf dessen Vollziehung jedoch kein Anspruch besteht (Beispiel: Schenkung an Schwiegerkind in der Erwartung des Fortbestandes der Ehe).<sup>75</sup>

Steht die vertragliche Leistung einer Gegenleistung gegenüber, die ihr wertmäßig nicht entspricht, so entscheidet der Parteiwille darüber, ob von einer Entgeltlichkeit der gesamten Zuwendung auszugehen ist (so wenn es sich um einen „Freundschaftspreis“ handeln soll), oder ob eine sog. gemischte Schenkung vorliegen soll, bei der die Zuwendung entgeltlicher Natur ist, soweit der Wert der Gegenleistung reicht, im Übrigen aber eine Schenkung vorliegt.<sup>76</sup> Bei Unklarheiten über den Parteiwillen spricht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer gemischten Schenkung, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein grobes Missverhältnis besteht.<sup>77</sup> Dadurch wird dem Rückforderungsgläubiger der Beweis für den Tatbestand des § 528 BGB erleichtert.<sup>78</sup>

Eine umfassende Sachverhaltsaufklärung, auch was die weitere Lebensplanung der Beteiligten angeht, ist also unerlässlich.

Schon vor der Schenkung erbrachte Zuwendungen des später Bedachten, z.B. Investitionen auf dem später überlassenen Grundbesitz oder Mitarbeit auf dem elterlichen Hof, können die Unentgeltlichkeit mindern und sollten daher unbedingt in der notariellen Urkunde dokumentiert werden (auch wegen § 2057 a BGB). Bei der Prüfung der Einigung über die Unentgeltlichkeit ist hier zu differenzieren, ob die nachträgliche Zuwendung eine „Belohnung“ für die vorangegangenen Leistungen oder aber eine „Entlohnung“ darstellt. Nur im ersten Fall darf die Unentgeltlichkeit der Zuwendung und damit der Charakter als Schenkung bejaht werden.<sup>79</sup>

Problematisch ist, ob und inwieweit Gegenleistungen des Erwerbers (insbesondere Leibgedingsleistungen) als Auflagen i.S.v. § 525 BGB anzusehen sind mit der Folge, dass das gesamte Rechtsgeschäft als Schenkung gilt, oder ob die Gegenleistungen den Übertragungsakt zur gemischten Schenkung werden lassen.<sup>80</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH folgt jedoch aus dem Wortlaut des § 528 BGB („Soweit ...“) und dem Rechtsfolgenverweis auf das Bereicherungsrecht, dass, soweit der Wert des übertragenen Grundbesitzes den aktuellen Unterhaltsbedarf des verarmten Schenkers übersteigt, gem. § 818 Abs. 2 BGB jeweils nur Wertersatz für denjenigen Teil der Schenkung verlangt werden kann, der wertmäßig zur

<sup>66</sup> BGH MittBayNot 1983, S. 129.

<sup>67</sup> Krauß, Fortbildungsskript, S. 111.

<sup>68</sup> Palandt/Putzo § 528 Rdnr. 1 und § 519 Rdnr. 2; MünchKomm/Kollhosser § 528 Rdnr. 9.

<sup>69</sup> MittBayNot 1992, S. 77 (97).

<sup>70</sup> Die Frage, ob und inwieweit diese Gegenleistungen ihrerseits nach § 90 BSHG übergeleitet werden können, steht auf einem anderen Blatt.

<sup>71</sup> So Krauß, Fortbildungsskript S. 112.

<sup>72</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (92).

<sup>73</sup> Palandt/Putzo § 516 BGB Rdnr. 1.

<sup>74</sup> Krauß, Fortbildungsskript S. 113.

<sup>75</sup> Krauß, Fortbildungsskript S. 114.

<sup>76</sup> Karpen, MittRhNotK 1988, S. 131 (138).

<sup>77</sup> BGH NJW 1972, S. 1709.

<sup>78</sup> Karpen, MittRhNotK 1988, S. 131 (139).

<sup>79</sup> Krauß, Fortbildungsskript S. 83.

<sup>80</sup> Krauß, MittBayNot 1992, S. 77 (82).

Deckung des Unterhaltsbedarfs zwar ausreichend wäre, dessen Herausgabe aber in Folge der Unteilbarkeit von Grundstücken unmöglich ist.<sup>81</sup> Damit spielt für die Praxis die rechtliche Einordnung von Gegenleistungen des Beschenkten keine Rolle mehr.<sup>82</sup>

Höchststrichterlich ungeklärt ist allerdings die Frage, wie die Minderung der Unentgeltlichkeit bei Versorgungsansprüchen oder bei Nutzungsvorbehalten des Schenkers zu bewerten ist.<sup>83</sup>

Zu überlegen ist auch, ob es sich bei der Zuwendung möglicherweise um eine Ausstattung i.S.v. § 1624 BGB handelt, bei der § 528 BGB keine Anwendung findet (s.o.). Allerdings liegt insoweit eine Schenkung vor, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere die Vermögensverhältnisse des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt (§ 1624 Abs. 1 BGB a.E.). Einer Vereinbarung, das über eine Ausstattung hinausgehende Übermaß der Zuwendung ebenfalls als Ausstattung zu behandeln, wird aber wohl gemäß § 138 BGB die Anerkennung versagt bleiben, da die Nichtanwendbarkeit des Schenkungsrechts nicht nur zu Lasten des Sozialhilfeträgers gehen, sondern auch Pflichtteilsansprüche vermindern kann (weil § 2325 BGB nicht eingreift).<sup>84</sup>

### 3.3 Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Beschenkten

Im Folgenden soll untersucht werden, wie das Verhältnis zwischen mehreren Beschenkten vertraglich sinnvoll gestaltet werden kann. Insbesondere der Verfestigungsgedanke des § 528 Abs. 2 BGB wird häufig dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen, vor allem wenn es unter Geschwistern darum geht, wer in welchem Maß für die von den Eltern nicht aufgebrauchten Pflegekosten einstehen soll. Zunächst seien noch einmal die beiden Grundkonstellationen vor Augen geführt:

- zeitgleiche Schenkungen, bei denen sich im Rückforderungsfall das Verhältnis der Beschenkten nach §§ 421 ff. BGB richtet einerseits,
- andererseits nacheinander erfolgte Schenkungen, bei denen die Rangordnung des § 528 Abs. 2 BGB gilt und der früher Beschenkte evtl. sogar die Einrede des § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB erheben kann.

Dabei ist nochmals klarzustellen, dass die Befürchtung nicht beschenkter Geschwister, zu Unterhaltsleistungen herangezogen zu werden, so lange unbegründet ist, als noch Rückforderungsansprüche aus § 528 BGB im Vermögen des verarmten Schenkers vorhanden sind, da diese vorrangig zu verwerten sind. Ein nicht gesteigert unterhaltspflichtiger Schuldner ist berechtigt, den Gläubiger zunächst auf die Verwertung eigenen Einkommens und Vermögens zu verweisen (Umkehrschluss aus § 1602 Abs. 2 BGB).<sup>85</sup> Erst wenn der Beschenkte die Einrede nach § 529 BGB erheben kann, wird die Frage nach dem Haftungsverhältnis unter den Geschwistern relevant. Zudem ist am 1.1.2003 das Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG)<sup>86</sup> in Kraft getreten. Danach können Personen, die ent-

weder das 65. Lebensjahr vollendet haben oder in vollem Umfang erwerbsgemindert i.S.d. § 43 Abs. 2 SGB VI sind, auf Antrag Leistungen nach diesem Gesetz erhalten (§ 1 GSiG). Unterhaltsansprüche gegen die Kinder bleiben unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen i.S.d. § 16 SGB IV unter einem Betrag von 100.000 Euro liegt, wobei vermutet wird, dass ihr Einkommen niedriger ist (§ 2 GSiG).

#### 3.3.1 Mehrere gleichzeitig Beschenkte

Zwischen mehreren gleichzeitig Beschenkten besteht nach der Rechtsprechung des BGH (s.o.) ein Gesamtschuldverhältnis, so dass nach § 426 BGB ein Ausgleichsanspruch des auf Rückforderung in Anspruch genommenen Beschenkten gegenüber den übrigen Beschenkten besteht. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, dass die Gesamtschuldner im Verhältnis untereinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Der Notar hat hier zu klären, ob die Risikoverteilung nach Köpfen gewollt ist und nach welchen Gesichtspunkten die Haftungsanteile stattdessen bemessen werden könnten. Der BGH selbst spricht die Möglichkeit einer Haftungsverteilung nach dem Wert der zugewandten Gegenstände an.<sup>87</sup> Eine solche Ausgleichspflicht im Verhältnis der erhaltenen Nettowerte ist sicherlich in vielen Fällen sachgerecht. Zur Vermeidung späterer Streitigkeiten sollten die maßgeblichen Werte und deren Anerkennung durch die Beteiligten in die Urkunde aufgenommen werden.<sup>88</sup> Für den Fall, dass ein Kind den elterlichen Grundbesitz erhält, während die übrigen Geschwister mit Geld abgefunden werden, schlägt *Krauß* eine primäre Einstandspflicht des Grundstücksübernehmers vor und erst nach Erschöpfung seines Mehrerwerbs einen Ausgleich nach Köpfen.<sup>89</sup>

Flankierend können die Ausgleichsansprüche zudem durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abgesichert werden. *Heiter* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die Inanspruchnahme eines einzelnen Beschenkten für den vollen Betrag wohl häufig deshalb erfolgt, weil dieser als einziger zahlungswillig und -fähig ist.<sup>90</sup>

#### 3.3.2 Mehrere nacheinander Beschenkte

Zwischen nacheinander Beschenkten besteht das Rangverhältnis des § 528 Abs. 2 BGB.

Zunächst soll geprüft werden, ob der Schenker selbst durch eine Vereinbarung mit jedem Beschenkten den internen Ausgleich zwischen den Beschenkten steuern kann. Insbesondere bei mehreren Schenkungen von Eltern an ihre Kinder in größerem zeitlichen Abstand zur Regelung der vorweggenommenen Erbfolge könnte dem Schenker daran gelegen sein, zu verhindern, dass sich der früher Beschenkte auf § 528 Abs. 2 BGB oder sogar auf § 529 BGB berufen kann, und so die Last des Rückforderungsanspruchs allein bei dem oder den später Beschenkten verbleibt. Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge sind Eltern häufig bestrebt, alle Kinder gleichmäßig zu behandeln. Dem widerspricht es, wenn später die Last der Pflegebedürftigkeit der Eltern über § 528 BGB primär von späteren Zuwendungsempfängern zu tragen ist. Als Endergebnis der Rückabwicklung von Schenkungen wird wohl auch hier regelmäßig eine anteilige Haftung aller Beschenkten gewünscht sein.

<sup>81</sup> BGH DNotZ 1986, S. 138 ff.

<sup>82</sup> *Krauß*, MittBayNot 1992, S. 77 (82).

<sup>83</sup> In Betracht kommt die Heranziehung von Anlage 9 zum Bewertungsgesetz oder der allgemeinen Sterbetafel, siehe hierzu *Reiff* in ZEV 1998, S. 241 (246 f.).

<sup>84</sup> *Karpen*, MittRhNotK 1988, S. 131 (139).

<sup>85</sup> *Palandt/Diederichsen*, § 1602 Rdnr. 4.

<sup>86</sup> BGBl. 2001 I, S. 1310.

<sup>87</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (92).

<sup>88</sup> *Krauß*, Fortbildungsskript S. 105.

<sup>89</sup> *Krauß*, Fortbildungsskript S. 92.

<sup>90</sup> JR 1995, S. 313 (316).

Ein Verzicht des früher Beschenkten auf seine Haftungsprivilegien nach § 528 Abs. 2 und § 529 BGB würde diese Problematik zwar beseitigen, damit aber auch die oben erläuterten Nachteile einer Haftungsausweitung nach sich ziehen. Zwar würde man im Verhältnis zwischen den Beschenkten eine gleichmäßige Haftung erreichen, jedoch gleichzeitig die Regressmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers erweitern.

Ein denkbarer Weg wäre es, den zuerst Beschenkten mit Ausgleichspflichten entsprechend § 426 BGB gegenüber den später Beschenkten zu belasten. Dies könnte in Form einer bloßen Auflage i.S.d. § 525 BGB ausgestaltet werden oder aber als Vertrag zugunsten Dritter, so dass der später Beschenkte einen eigenen Anspruch erhält, § 330 Satz 2 BGB.<sup>91</sup> Der Charme dieser Lösung läge darin, dass der Schenker vor der Zuwendung noch Einfluss auf den Beschenkten in spe nehmen kann, während es bei späteren Vereinbarungen vom guten Willen des zuerst Beschenkten abhängt, ob er einen Teil seiner Rechtspositionen aus § 528 Abs. 2 und § 529 Abs. 1 Var. 3 BGB zugunsten der später Beschenkten aufgibt.

Hierbei sieht *Heiter* jedoch das Problem, dass im Verhältnis zwischen Schenker und späteren Beschenkten wiederum eine Schenkung vorläge, die ihrerseits einen Rückforderungsanspruch nach § 528 BGB auslösen kann.<sup>92</sup> Der Wortlaut des § 516 BGB setzt für eine Schenkung im Rechtssinn voraus, dass jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert; erforderlich ist also eine unmittelbare Vermögensverschiebung.<sup>93</sup> Allgemein anerkannt ist jedoch, dass der geschenkte Gegenstand vorher nicht wesensgleich im Vermögen des Schenkers gewesen sein muss. Vielmehr reicht es aus, wenn der Schenker dem Beschenkten den zugewendeten Gegenstand von einem Dritten beschafft.<sup>94</sup> Ein solcher Fall einer mittelbaren Zuwendung ist hier zu bejahen, wenn der Schenker – in welcher Form auch immer – seine Schenkung davon abhängig macht, dass der Beschenkte späteren Zuwendungsempfängern Ausgleichsansprüche für den Fall der Rückforderung nach § 528 BGB einräumt.

Allerdings kann laut *Heiter* unter der Voraussetzung, dass nicht von vornherein feststeht, welchem der Beschenkten die Regressregelung einmal zugute kommen wird, eine Regelung über interne Ausgleichspflichten risikolos getroffen werden, was mit einem gegenseitigen Versicherungsvertrag zwischen den Beschenkten vergleichbar wäre.<sup>95</sup> Diese Konstellation ist aber nur bei mehreren *gleichzeitigen* Schenkungen gegeben, da bei zeitlich aufeinander folgenden Schenkungen wegen § 528 Abs. 2 BGB eindeutig das Haftungsrisiko später Beschenkter überwiegt. *Heiters* Lösungsansatz hat sich somit durch die BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1997 überlebt, wonach unter mehreren gleichzeitig Beschenkten der Gesamtschuldenausgleich nach § 426 BGB stattfindet (s.o.).

Somit besteht die Gefahr, dass eine vertragliche Klausel, die später Beschenkten Regressansprüche einräumt, von der Rechtsprechung als mittelbare Zuwendung eingestuft wird, was eine weitere Anspruchsüberleitung durch den Sozialhilfeträger zur Folge haben kann.

Zwar könnte man dem entgegenhalten, dass die Zuwendung eines Regressanspruchs nicht unter den Normzweck des § 528

BGB fällt, da hierdurch das Vermögen des Schenkers nicht geschmälert und so seine Fähigkeit, den eigenen Unterhalt zu bestreiten nicht eingeschränkt wird. Andererseits würde sich die Vertragsgestaltung hier angesichts leerer öffentlicher Kassen auf sehr dünnem Eis bewegen. Vor Klärung dieser Rechtsfrage verbietet deshalb das Gebot des sichersten Wegs eine derartige vertragliche Gestaltung, um nicht einen weiteren überleitungsfähigen Anspruch aus § 528 BGB zu erschaffen.

Allein Erfolg versprechend ist also eine Vereinbarung zwischen den Beschenkten zur internen Aufteilung der Haftung. Eine Regelung zur internen Haftungsverteilung setzt allerdings die Kooperation zwischen den Geschwistern voraus, insbesondere die Bereitschaft des früher Beschenkten, im sich im Innenverhältnis nicht auf seine Rechte aus §§ 528 Abs. 2, 529 BGB zu berufen, was wohl wiederum eine Schenkung darstellt.

### 3.3.3 Formulierungsvorschlag

Da die Rechtsprechung für die Gleichzeitigkeit mehrerer Schenkungen darauf abstellt, dass die Zuwendungen Bestandteile eines einheitlichen Rechtsgeschäfts zur Regelung der vorweggenommenen Erbfolge sind<sup>96</sup>, können in der Praxis Unsicherheiten darüber auftreten, ob im konkreten Fall nun § 528 Abs. 2 BGB eingreift oder nicht. Daher empfiehlt sich zur Regelung des Innenausgleichs zwischen den Beschenkten eine Vertragsklausel, die beide Fälle abdeckt.

Der Notar hat die Beteiligten auf das Rückforderungsrecht bei späterer Verarmung des Schenkers nach § 528 BGB sowie auf die mögliche Überleitung des Anspruchs auf den Sozialleistungsträger gem. § 90 BSHG hingewiesen. Sie vereinbaren hierzu was folgt:

Die Vertragsparteien stellen übereinstimmend fest, dass der Veräußerer<sup>97</sup> seinen Kindern folgende Vermögenswerte zugewendet hat:

dem Sohn/der Tochter A Vermögenswerte im Gesamtbetrag von EUR

dem Sohn/der Tochter B Vermögenswerte im Gesamtbetrag von EUR

dem Sohn/der Tochter C Vermögenswerte im Gesamtbetrag von EUR.<sup>98</sup>

Die Kinder A, B und C vereinbaren, im Innenverhältnis die Last einer etwaigen Inanspruchnahme aus § 528 BGB untereinander im Verhältnis der oben festgestellten Werte zu tragen. Unerheblich ist dabei, ob zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme bei dem jeweiligen Beschenkten noch eine entsprechende Bereicherung vorliegt.<sup>99</sup> Unerheblich ist es ebenso, ob einer der Zuwendungsempfänger im Außenverhältnis eine Einwendung oder Einrede gegen den Anspruch

<sup>91</sup> *Palandt/Putzo* § 525 Rdnr. 13, *Palandt/Heinrichs* § 330 Rdnr. 8.

<sup>92</sup> JR 1995, S. 313 (318).

<sup>93</sup> *Staudinger/Cremer* § 516 Rdnr. 16.

<sup>94</sup> *Staudinger/Cremer* § 516 Rdnr. 16, *MünchKomm/Kollhosser* § 518 Rdnr. 6.

<sup>95</sup> JR 1995, S. 313 (318).

<sup>96</sup> BGH MittBayNot 1998, S. 89 (90).

<sup>97</sup> Die in Überlassungen oder Übergaben häufige Verpflichtung des Erwerbers zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme an das weichende Kind dar, siehe BGH MittBayNot 1998, S. 89 ff.

<sup>98</sup> Anstelle der Wertangaben können auch von vornherein bestimmte Quoten in Bruchteilen oder Prozentzahlen festgelegt werden.

<sup>99</sup> Angelehnt an *Heiter* in JR 1995, S. 313 (318), der jedoch ein Abstellen auf die zuwendungsbedingte Bereicherung im Zeitpunkt der Inanspruchnahme vorschlägt. Damit wird die Klausel m.E. aber streitanfälliger und unsicherer, weshalb feste Quoten vorzuziehen sind.

aus § 528 BGB geltend machen kann, insbesondere gemäß § 528 Abs. 2 oder § 529 BGB.<sup>100</sup>

Der aus § 528 BGB in Anspruch Genommene hat einen Geldanspruch in Höhe des nach dem oben festgelegten Verhältnis auf den Ausgleichsschuldner entfallenen Anteils.

Die gesetzlichen Ansprüche des Veräußerers gegen seine Kinder bleiben von dieser Vereinbarung unberührt.

Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die obige Vereinbarung ggf. anzupassen ist, wenn der Veräußerer noch weitere Schenkungen vornimmt.

Falls die Situation vorliegt, dass eines der Kinder den elterlichen Grundbesitz übernimmt, während die übrigen Kinder anderweitig abgefunden werden, schlägt *Krauß*<sup>101</sup> die Vereinbarung einer umgekehrten Ersetzungsbefugnis (s.o.) vor, wonach sich der Beschenkte bei wiederkehrendem Bedarf durch Herausgabe des Geschenks in Natur von seiner Teilwerterstattungspflicht befreien kann:

Der Erwerber X ist berechtigt, sich nach seiner Wahl von einer etwa bestehenden Pflicht zur Leistung von Wertersatz bei Verarmung des Veräußerers durch Rückkauflassung des Vertragsbesitzes unmittelbar an den Veräußerer zu befreien Zug um Zug gegen Ausgleich der durch seine Investitionen geschaffenen Werterhöhung sowie seiner an den Veräußerer oder weichende Geschwister erbrachten Zahlungen.

#### 4. Finanzielle Solidarität innerhalb der Familie als Thema des 64. Deutschen Juristentages

Die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten war auch Thema des 64. Deutschen Juristentages 2002. Behandelt wurden dabei die Bereiche Unterhaltsrecht, Pflichtteilsrecht, Sozialhilferecht und Sozialversicherungsrecht. Dazu hat *Martiny* ein unterhalts- und erbrechtliches Teilgutachten und *Eichenhofer* ein sozialrechtliches Teilgutachten erstattet.<sup>102</sup> Die Einstandspflichten erwachsener Kinder für ihre Eltern wurden von beiden Autoren allerdings eher am Rande behandelt, wobei § 528 BGB nicht gesondert erörtert, sondern lediglich gestreift wurde. Die zum Elternunterhalt geäußerten Gedanken sind jedoch auch für den Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB von Interesse:

<sup>100</sup> Sofern bei einem der Beteiligten ein derartiges Gegenrecht bereits konkret im Raum steht, sollte der Notar darüber explizit belehren, damit der Betreffende die Klausel später nicht mit dem Hinweis darauf angreifen kann, er hätte sich bei Kenntnis der wahren Rechtslage niemals auf die für ihn nachteilige Vereinbarung eingelassen. Relevant wird dies besonders bei zeitlich aufeinanderfolgenden Schenkungen. Allerdings wird die Aufnahme eines solchen Belehrungsvermerks die Konsensbereitschaft zwischen den Geschwistern nicht unbedingt fördern, so dass die Handhabung im Einzelfall dem Notar wohl einiges an Fingerspitzengefühl abverlangen wird.

<sup>101</sup> *Krauß*, Fortbildungsskript S. 121.

<sup>102</sup> Veröffentlicht in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002, Band I Gutachten.

*Martiny* geht von einer Intensivierung des sozialhilferechtlichen Rückgriffs für den Elternunterhalt aus.<sup>103</sup> Er sieht jedoch die Gefahr, dass die Unterhaltsverpflichtung erwachsener Kinder für ihre Eltern diese selbst überfordern und in die Armut führen kann.<sup>104</sup> Der daraus resultierenden Idee einer Reduktion des familiären Unterhalts hält er entgegen, dass die Abfederung des Bedarfs durch Sozialleistungen für die Betroffenen risikobehaftet wäre, da Kürzungen und Streichungen drohen können.<sup>105</sup> Überdies betrachtet er die Überlegungen zur Einschränkung des Elternunterhalts durch das Inkraft-Treten des GSiG als überholt.<sup>106</sup> *Martiny* befürwortet daher ein Festhalten am Mischsystem aus Eigenvorsorge, zivilrechtlichen Ansprüchen, Sozialversicherung und sozialer Grundsicherung.<sup>107</sup>

*Eichenhofer* kritisiert die gängige Praxis, dass zunächst meist der Sozialhilfeträger Versorgungslücken deckt und nur dann von vornherein auf Unterhaltsansprüche verweist, wenn diese leicht zu realisieren sind. Er sieht dadurch das Nachrangprinzip nicht ausreichend gewahrt und warnt davor, die Sozialhilfeträger zu „Inkassostellen für Unterhaltsansprüche“ zu machen.<sup>108</sup> Vielmehr fordert er die Stärkung der familiären Solidarität, die er u.a. durch den Anspruch aus § 528 BGB verwirklicht sieht.<sup>109</sup> Interessant erscheint mir *Eichenhofers* Sichtweise, dass derjenige, der sich seines Vermögens im Wege der vorweggenommenen Erbfolge begeben hat, seine Hilfebedürftigkeit eigenverantwortlich herbeigeführt hat.<sup>110</sup> Die Übertragung des Vermögens auf die Kinder zu Lebzeiten wird damit gleichsam als sozialwidrig stigmatisiert. Dies steht in völligem Widerspruch zur Auffassung weiter Teile gerade der ländlichen Bevölkerung, die die geordnete lebzeitige Weitergabe ihres Besitzes an die nächste Generation oft geradezu als ein „Muss“ betrachten und vom Notar erwarten, dass er durch geschickte Vertragsgestaltung den „Störfall“ Sozialhilferegress abwendet.

Grundlinie für den künftigen Umgang mit Hilfebedürftigkeit im Alter ist einerseits eine Entlastung der sog. Sandwich-Generation im Bereich des Elternunterhalts, wie sie bereits durch das am 1.1.2003 in Kraft getretene GSiG verwirklicht ist, und auch durch die jüngste Entscheidung des BGH zum Selbstbehalt propagiert wird, wonach der Unterhaltspflichtige „eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommensstypischen Unterhaltsniveaus“ nicht hinnehmen muss.<sup>111</sup>

Andererseits dürfte wohl angesichts der dringend notwendigen Entlastung der öffentlichen Kassen mit einer verschärften Verfolgung der Ansprüche aus § 528 BGB zu rechnen sein.

<sup>103</sup> S. A 35.

<sup>104</sup> S. A 52.

<sup>105</sup> S. A 36 f.

<sup>106</sup> S. A 52 f.

<sup>107</sup> S. A 53.

<sup>108</sup> S. B 53.

<sup>109</sup> S. B 53.

<sup>110</sup> S. B 52.

<sup>111</sup> BGH, MittBayNot 2003, 132.

# Aktienrechtliche Gründungsprüfung durch Notare

Von Notarassessor *Dr. Markus A. Papmehl LL.M. (Georgetown)*, Kaiserslautern

Der Reformeifer des Gesetzgebers im Aktienrecht ist ungebrochen. Nach dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften, KonTraG, StückAG und NaStraG wurde am 25.7.2002 das „Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität“ (Transparenz- und Publizitätsgesetz), sog. TransPuG, verkündet<sup>1</sup>. Das Gesetz gießt einen Großteil der Vorschläge der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ in Rechtsvorschriften<sup>2</sup>. Die notarrelevanten Regelungen des Gesetzes sind bereits im Überblick dargestellt worden<sup>3</sup>. Dieser Beitrag befasst sich mit der Neugestaltung der Gründungsprüfung. § 33 Abs. 3 AktG erlaubt nunmehr in bestimmtem Umfang die Prüfung des Hergangs der Gründung einer Aktiengesellschaft durch den Urkundsnotar anstelle eines gerichtlich bestellten Gründungsprüfers.

## I. Die aktienrechtliche Gründungsprüfung

### 1. Zweck der Gründungsprüfung

§ 33 Abs. 2 AktG verlangt in verschiedenen Fällen eine Prüfung des Gründungshergangs einer Aktiengesellschaft durch einen Gründungsprüfer. Die Norm will Gründungen von Gesellschaften verhindern, „die nicht die im Interesse der künftigen Gläubiger und Aktionäre notwendigen Sicherungen erfüllen“<sup>4</sup>. Die Seriosität der Gründung soll sichergestellt werden, um sog. Schwindelgründungen insbesondere im Interesse späterer Kapitalanleger frühzeitig aufzudecken und ihnen von vornherein vorzubeugen. Gleichzeitig sollen mit Hilfe des Einsichtsrechts in die Gründungsunterlagen beim Registergericht die Gründungsverhältnisse der Gesellschaft der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden<sup>5</sup>.

### 2. Neuregelung des Gesetzes und Begründung

Die nach § 33 Abs. 2 AktG durchzuführende Prüfung findet grundsätzlich durch einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer statt. Die Bestellung erfolgt auf Antrag der Gründer oder des Vorstands der Vorgesellschaft durch das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Sitz der Gesellschaft liegt, nach Anhörung der Industrie- und Handelskammer. In der Praxis unterbreiten die Antragsteller einen Vorschlag zur Person des Prüfers. Die Auswahl selbst steht jedoch im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts<sup>6</sup>. Der Prüfer muss die in § 33 Abs. 4 AktG genannten Qualifikationen aufweisen.

Gemäß § 33 Abs. 3 AktG kann nunmehr in den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG auch der beurkundende Notar anstelle des Gründungsprüfers die Prüfung im Auftrag der Gründer vornehmen. Die Bestimmungen über die Gründungsprüfung finden sinngemäß Anwendung. Nimmt der Notar die Prüfung nicht vor, so bestellt das Gericht einen Gründungsprüfer. In den anderen in § 33 Abs. 2 AktG geregelten Fällen verbleibt es bei der Prüfung durch den gerichtlich bestellten Prüfer. Insbesondere bei einer Sachgründung – und damit beispielsweise auch bei einer Umwandlung einer GmbH in eine AG – kann der Notar die Prüfung daher nicht vornehmen.

Die Änderung soll laut Gesetzesbegründung eine Erleichterung für junge Unternehmen in Gründung bringen. Registerrichter und Notar prüfen im Rahmen der Beurkundung und Eintragung die als Umfang der Gründungsprüfung bei der Bargründung in § 34 AktG genannten Umstände ohnehin. Eine weitere Prüfung durch einen externen förmlichen Gründungsprüfer koste Zeit und Geld und führe zu einer Mehrfachprüfung derselben Umstände. Die Regelung gehöre damit zu den mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften begonnenen und später fortgeschriebenen Erleichterungen für kleine, nicht börsennotierte Gesellschaften. Der Notar sei kein förmlicher Gründungsprüfer. Die Bestimmungen über den Gründungsprüfer könnten aber teilweise sinngemäß angewendet werden, so etwa § 35 Abs. 1 AktG<sup>7</sup>.

## II. Inhalt der Prüfung

### 1. Anwendungsbereich des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG

Der Notar kann die Gründungsprüfung gemäß § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 1 AktG vornehmen, wenn ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zu den Gründern gehört.

Die Vorschrift wird in einer Reihe von Fällen entsprechend angewendet. Eine Gründungsprüfung ist beispielsweise auch durchzuführen, wenn eine juristische Person, etwa eine Kapitalgesellschaft, Gründerin ist und ein vertretungsberechtigtes Organmitglied dieser juristischen Person zugleich Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats der neugegründeten AG wird. Gleiches gilt nach heute herrschender Auffassung, falls

<sup>1</sup> BGBl 2002 I 2681 ff.; Der Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz ist abgedruckt in NZG 2002, 78 ff., die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins in NZG 2002, 115 ff. und der Regierungsentwurf nebst Gesetzesbegründung in NZG 2002, 213 ff.; zu den Reformbemühungen im Aktienrecht allgemein *Seibert*, AG 2002, 417 ff.

<sup>2</sup> Der Bericht der Kommission findet sich in BT-Drucks. 14/7515 und bei *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001. Der Corporate Governance-Kodex ist auch abgedruckt in NZG 2002, 75 ff.

<sup>3</sup> *Grage*, RNotZ 2002, 326 ff.; vgl. ferner *Ihrig/Wagner*, BB 2002, 789 ff.; *Bosse*, DB 2002, 1592 ff.; *Hucke/Ammann*, DStR 2002, 689 ff.; *Schüppen*, ZIP 2002, 1269 ff.

<sup>4</sup> *Kropff*, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs und Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, 1965, 54.

<sup>5</sup> *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 33 Rdnr. 1; *MünchKomm/Pentz*, AktG, 2. Aufl. 2000, § 33 Rdnr. 4; *Großkomm/Röhricht*, AktG, 4. Aufl. 1997, § 33 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> *Hüffer*, AktG, § 33 Rdnr. 5; *MünchKomm/Pentz*, AktG, § 33 Rdnr. 29, 30; *Großkomm/Röhricht*, AktG, § 33 Rdnr. 18 f.

<sup>7</sup> So die Gesetzesbegründung in NZG 2002, 213, 218. Diese Begründung ist sprachlich unscharf. „Extern“ ist auch der prüfende Notar jedenfalls insofern, als er in der Prüfung selbstverständlich eine unabhängige neutrale Stellung einnehmen muss. Ferner versteht es sich von selbst, dass auch der Notar alle „Förmlichkeiten“ der Prüfung zu beachten hat.

eine Personengesellschaft zu den Gründern gehört, für einen ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter. Bei einer Erben- oder Gütergemeinschaft greift § 33 Abs. 2 Nr. 1 AktG ein, wenn ein Miterbe oder Ehegatte Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats der AG wird. Ferner wird die Vorschrift angewendet, falls ein gesetzlicher Vertreter eines Gründers, beispielsweise ein Elternteil, zum Vorstand oder Aufsichtsrat bestellt wird. Umstritten ist, ob dies auch gilt, wenn Organmitglied eine Person wird, die für einen Gründer als rechtsgeschäftlicher Vertreter bei der Errichtung der Gesellschaft gehandelt hat<sup>8</sup>.

Der Notar kann die Gründungsprüfung ferner gemäß § 33 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 33 Abs. 2 Nr. 2 AktG durchführen, wenn bei der Gründung für Rechnung eines Mitglieds des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft Aktien übernommen worden sind. Dies betrifft den Fall der sog. Strohmänngründung, bei der die vom Strohmänn für Rechnung des Organmitglieds übernommenen Aktien diesem zumindest wirtschaftlich zuzurechnen sind. Unerheblich ist, wer als Strohmänn für das Verwaltungsmittglied aufgetreten ist und wie viele Aktien er übernommen hat<sup>9</sup>.

## 2. Prüfung des „Hergangs der Gründung“

§ 34 AktG regelt wesentliche Einzelaspekte der Prüfung, ist aber nicht abschließend zu verstehen („namentlich“). Die Prüfung muss sich vielmehr auf den gesamten Hergang der Gründung erstrecken. Der Umfang der Prüfung durch den Gründungsprüfer entspricht dem Umfang der Prüfung durch Vorstand und Aufsichtsrat nach § 33 Abs. 1 AktG. Zusätzlich ist aber auch noch eben jener Bericht von Vorstand und Aufsichtsrat zu prüfen, der daher vorher zu erstellen und vorzulegen ist<sup>10</sup>.

Unter dem Hergang der Gründung werden alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände verstanden, die mit der Gründung zusammenhängen. Hierzu zählen alle Umstände, die für die gegenwärtigen und künftigen Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft von Interesse, d.h. erheblich sein können, sowie alle Vorgänge, die Gegenstand der registergerichtlichen Prüfung nach § 38 AktG sind. Bei der hier allein interessierenden Bargründung fallen darunter insbesondere<sup>11</sup>:

### a) Ordnungsmäßigkeit des Gründungshergangs

- Errichtung der Gesellschaft: Anzahl und Personen der Gründer, Feststellung der Satzung, Übernahme der Aktien
- Ordnungsmäßigkeit der Bestellung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder und des Abschlussprüfers
- Einzahlungen auf das Grundkapital und freie Verfügungsbefugnis des Vorstands
- Genehmigungen
- Beachtung der gesetzlichen Formerfordernisse

<sup>8</sup> Hüffer, AktG, § 33 Rdnr. 4; MünchKomm/Pentz, AktG, § 33 Rdnr. 16 ff.; Großkomm/Röhrich, AktG, § 33, Rdnr. 11 ff.; KK-Kraft, AktG, 2. Aufl. 1988, § 33 Rdnr. 10 f.

<sup>9</sup> Hüffer, AktG, § 33 Rdnr. 4; MünchKomm/Pentz, AktG, § 33 Rdnr. 22; Großkomm/Röhrich, AktG, § 33 Rdnr. 15.

<sup>10</sup> Hüffer, AktG, § 34 Rdnr. 1, 2; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 7; Großkomm/Röhrich, AktG, § 34 Rdnr. 3.

<sup>11</sup> Vgl. die Checklisten bei Happ, Aktienrecht, Handbuch – Muster-texte – Kommentar, 1995, 2.02 (zur Sachgründung) und im Wirtschaftsprüferhandbuch, Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, Band I, 12. Aufl. 2000, Q Rdnr. 946 ff.; ferner MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 24; Großkomm/Röhrich, AktG, § 34 Rdnr. 3.

### b) Ordnungsmäßigkeit der Satzung

- Mindestinhalt der Satzung sowie Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Bestimmungen einschließlich der Ordnungsmäßigkeit und Wirksamkeit der Beurkundung sowie etwaiger Vollmachten
- Richtigkeit und Vollständigkeit etwa getroffener Festsetzungen über Sondervorteile sowie Grund, Art und Höhe dieser Sondervorteile und Angemessenheit des Gründungsaufwands gem. § 26 AktG
- Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage

### c) Gründungs- und Gründungsprüfungsbericht

- Vollständigkeit und Richtigkeit des Gründungsberichts der Gründer nach § 32 AktG
- Stellungnahme zum Gründungsprüfungsberichts von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 33 Abs. 1 AktG

Die Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien und die Einlagen auf das Grundkapital ist differenziert zu sehen. Solange die Einlagen noch nicht erbracht sind, beschränkt sie sich darauf, ob eine ordnungsgemäße Beurkundung nach § 23 Abs. 2 AktG vorliegt und die Einzahlungspflicht der Gründer wirksam begründet wurde. Die Frage der wirksamen Einlageleistung und ihrer Höhe muss in diesem Stadium nicht geprüft werden, da der Nachweis über die Einzahlung erst im Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister verlangt wird. Sind die Einlagen allerdings bereits zum Zeitpunkt der Vor-nahme der Prüfung ganz oder teilweise erbracht, sind auch die Richtigkeit der Angaben und die Ordnungsmäßigkeit der Leistung zu prüfen<sup>12</sup>. Etwaige Besonderheiten bei der Leistung der Einlagen wird man im Vertragsbericht vermerken, so z.B. eine Sicherheitsleistung bei einer Einmanngründung oder Voreinzahlungen<sup>12a</sup>.

## 3. Einzelheiten zu Umfang und Intensität der Prüfung

Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung zur Gründungsprüfung bei einer Sachgründung klargestellt, dass der Prüfer im Allgemeinen weder die persönliche Eignung von Vorstandsmitgliedern oder die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens noch die Tauglichkeit eines von diesem verwendeten technischen Verfahrens zu prüfen hat. Ihn trifft unter Umständen jedoch eine Hinweispflicht, wenn sich ihm bei sorgfältiger Durchführung seiner Aufgabe die Erkenntnis der Unzulänglichkeit des Verfahrens aufdrängen muss<sup>13</sup>.

Im Schrifttum wird daraus gefolgert, dass sich die Prüfung nicht auf Fragen erstreckt, die in den Bereich unternehmerischer Entscheidungen im eigentlichen Sinne fallen, und auf personelle oder wirtschaftliche Verhältnisse der Gesellschaft. So ist nicht zu prüfen, ob die Gründung wirtschaftlich sinnvoll oder bei den gegebenen Verhältnissen die Wahl der Rechtsform der Aktiengesellschaft zweckmäßig ist. Gleichfalls nicht zu untersuchen ist die Qualifikation der Verwaltungsmittglieder oder die Frage, ob das Kapital der Gesellschaft für die beabsichtigte unternehmerische Tätigkeit genügt, also Unterkapitalisierung droht<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Hüffer, AktG, § 34 Rdnr. 3; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 12; Großkomm/Röhrich, AktG, § 34 Rdnr. 5.

<sup>12a</sup> Hermanns, RNotZ 2002, 1785, 1787.

<sup>13</sup> BGHZ 64, 52; dazu Saage, ZGR 1977, 683.

<sup>14</sup> MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 9; Großkomm/Röhrich, AktG, § 34 Rdnr. 3.



Nur in evidenten Fällen kann der Prüfer verpflichtet sein, auf besondere Gefahren hinzuweisen.

So ist der Frage der Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der Gründer nachzugehen, wenn sich dem Prüfer etwa aufgrund des Gründungsberichts oder aus sonstigen Umständen der sachlich berechnete Verdacht aufdrängt, dass die Einlagen nicht erbracht werden können oder sollen<sup>15</sup>. Ferner beschränkt sich die Prüfung der Angaben über Sondervorteile und Gründungsaufwand zwar grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Satzungsangaben. Bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente ist jedoch auch bei fehlender Angabe in der Satzung zu untersuchen, ob Sondervorteile gleichwohl vereinbart worden sind<sup>16</sup>.

Der im Bundesjustizministerium mit der Reform befasste Ministerialrat Prof. Dr. *Seibert* hat geäußert, der Notar könne nach der Neuregelung die Gründungsprüfung „en passant“, also bei Gelegenheit der Gründung, miterledigen<sup>17</sup>. In diese Richtung tendiert auch die Gesetzesbegründung<sup>18</sup>. Diese Annahmen sind unzutreffend. Zum einen sind Umfang und Intensität der Prüfung durch den Notar keineswegs geringer als bei einer Prüfung durch einen gerichtlich bestellten Prüfer. Zum anderen geht die Gründungsprüfung, selbst wenn es sich um eine „schlichte Bargründung“ handelt, deutlich über die dem Notar sonst obliegenden Prüfungspflichten im Rahmen der Gründung einer Aktiengesellschaft hinaus. Schließlich trifft selbstverständlich auch den Notar im Einzelfall die vorbeschriebene erhöhte Nachforschungs- und Verifizierungspflicht. Gegebenenfalls obliegt ihm daher eine aufwändige Erforschung des Sachverhalts, etwa, wenn Anhaltspunkte für eine verdeckte Sachgründung vorliegen<sup>19</sup>. Von einer Prüfung „im Vorbeigehen“ kann daher keine Rede sein.

#### 4. Prüfungsbericht

Gemäß § 34 Abs. 2 AktG ist über die Prüfung schriftlich zu berichten. Der Bericht erstreckt sich auf alle Umstände, die Gegenstand der Prüfung waren. Dies gilt unabhängig davon, ob der jeweilige Umstand beanstandet wurde. Aufgrund der Verschwiegenheitspflicht des Prüfers nach § 49 AktG i.V.m. § 323 Abs. 1 S. 2 HGB dürfen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse im Bericht jedoch nicht offenbart werden<sup>20</sup>. Der Bericht ist schriftlich abzufassen und gem. § 126 BGB von jedem Prüfer eigenhändig zu unterschreiben<sup>21</sup>. Ein Bestätigungsvermerk ist für den Bericht nicht vorgeschrieben, empfiehlt sich jedoch<sup>22</sup>. Der Bericht gliedert sich herkömmlicherweise in die Teile „Prüfungsauftrag“, „Prüfungsergebnis“ und „Bestätigungsvermerk“<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 12; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 6.

<sup>16</sup> MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 13; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 7.

<sup>17</sup> *Seibert*, NZG 2002, 608, 609.

<sup>18</sup> NZG 2002, 213, 218.

<sup>19</sup> *Grage*, RNotZ 2002, 326, 331.

<sup>20</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 5; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 22; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 14.

<sup>21</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 4; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 18; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 11.

<sup>22</sup> MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 20; Wirtschaftsprüferhandbuch, Q Rdnr. 955.

<sup>23</sup> Vgl. die Muster bei *Happ*, Aktienrecht, 2.01 und 2.02; *Hölters* in Münchner Vertragshandbuch Band 1, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, V. 8, V. 17 und V. 23; *Hoffmann-Becking* in Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen Handels- und Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 1998, X. 4.

Der Bericht ist sodann nach § 34 Abs. 3 S. 1 AktG bei dem für die Eintragung zuständigen Registergericht und beim Vorstand der Gesellschaft einzureichen. Ferner empfiehlt sich die Übergabe einer Abschrift an die Gründer<sup>24</sup>. Die Einreichung obliegt dem Gründungsprüfer. Er kann wählen, ob er den Bericht selbst bei Gericht vorlegt oder ihn dem Vorstand zuleitet, der ihn sodann nach § 37 Abs. 4 Nr. 4 AktG der Anmeldung bei dem Gericht beifügt<sup>25</sup>. In der notariellen Praxis werden zumeist ohnehin alle zur Anmeldung erforderlichen Unterlagen beim Urkundsnotar gesammelt und verwahrt und erst bei Vollständigkeit dem Registergericht vorlegt. Für den Notar empfiehlt es sich daher, auch seinen Gründungsprüfungsbericht zu den Unterlagen zu nehmen und als Anlage zur Anmeldung bei Gericht einzureichen.

Wurde die Gründungsprüfung nicht oder nicht in der erforderlichen Form durchgeführt, besteht ein Eintragungshindernis nach § 38 Abs. 1 S. 2 AktG<sup>26</sup>. Der Bericht kann gem. § 34 Abs. 3 S. 2 AktG von jedermann beim Registergericht eingesehen werden. Die Einsicht ist gebührenfrei und ohne Nachweis oder Glaubhaftmachung eines wirtschaftlichen oder rechtlichen Interesses zu gewähren<sup>27</sup>.

### III. Formulierungsbeispiel

Der aktienrechtliche Gründungsprüfungsberichts eines Notars kann wie folgt lauten<sup>28</sup>:

Bericht des Notars ... mit dem Amtssitz in ... über die Prüfung der Gründung der Network Solutions AG mit dem Sitz in Kaiserslautern

#### I. Prüfungsauftrag

1. Die Network Solutions AG mit dem Sitz in Kaiserslautern hat mich gemäß § 33 Abs. 3 AktG am 28.9.2002 mit der Prüfung der Gründung der Gesellschaft beauftragt. Die Prüfung erfolgt, da laut Gründungsprotokoll der Gesellschaft gemäß meiner Urkunde vom 1.10.2002 (URNr. .../2002) Mitglieder des Vorstands zu den Gründern gehören.
2. Bei der Prüfung haben mir folgende Unterlagen vorgelegen:
  - Gründungsprotokoll gemäß meiner Urkunde vom 1.10.2002 (URNr. .../2002) mit Feststellung der Satzung, Übernahme der Aktien, Bestellung des ersten Aufsichtsrats und Bestellung des Abschlussprüfers
  - Einzahlungsquittung und -bestätigung der X-Bank vom 1.10.2002
  - Niederschrift über die Bestellung des Vorstands durch Beschluss des Aufsichtsrats in seiner konstituierenden Sitzung vom 1.10.2002

<sup>24</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 6; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 23; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 15.

<sup>25</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 6; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 24; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 15.

<sup>26</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 8; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 28; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 17.

<sup>27</sup> *Hüffer*, AktG, § 34 Rdnr. 7; MünchKomm/Pentz, AktG, § 34 Rdnr. 26; Großkomm/Röhricht, AktG, § 34 Rdnr. 16.

<sup>28</sup> Vgl. *Happ*, Aktienrecht, 2.01 und 2.02; *Hölters* in Münchner Vertragshandbuch Band 1, Gesellschaftsrecht, V. 8, V. 17 und V. 23; *Hoffmann-Becking* in Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen Handels- und Wirtschaftsrecht, X. 4; *Kersten/Bühling/Kanzleiter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 148, 15 M.

- Gründungsbericht der Gründer vom 1.10.2002
- Gründungsprüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates vom 1.10.2002

3. Der Umfang der Prüfung ergibt sich aus § 34 AktG. Meine Prüfung erstreckt sich danach auf den Hergang der Gründung und insbesondere auf die Übernahme der Aktien, die Einlagen auf das Grundkapital sowie die Festsetzungen von Sondervorteilen und Gründungsaufwand.

## II. Prüfungsergebnis

1. Die Gesellschaft ist laut Gründungsprotokoll vom 1.10.2002 errichtet worden. Als Gründer haben sich beteiligt die Herren ... Das Grundkapital der Gesellschaft beträgt 50.000,- Euro und ist in 50.000 Aktien im Nennbetrag von je 1,- Euro eingeteilt. Die Gründer haben alle Aktien gegen Bareinlagen übernommen. Die Einlagen sind auf ein Konto der Gesellschaft bei der X-Bank in Kaiserslautern eingezahlt worden und stehen endgültig zur freien Verfügung des Vorstands der Gesellschaft.

Zu Mitgliedern des ersten Aufsichtsrats wurden die Herren ... bestellt. Sie haben laut Niederschrift über die konstituierende Sitzung des Aufsichtsrats vom 1.10.2002 das Amt angenommen und die Herren ... zum ersten Vorstand bestellt.

2. Der Hergang der Gründung entspricht nach meinen Feststellungen den gesetzlichen Vorschriften. Die Angaben der Gründer im Gründungsbericht insbesondere über die Übernahme der Aktien, die Einlagen auf das Grundkapital sowie die Festsetzungen von Sondervorteilen und Gründungsaufwand sind richtig und vollständig. Weder ein Mitglied des Vorstands noch des Aufsichtsrats hat sich einen besonderen Vorteil oder für die Gründung oder ihre Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung ausbedungen.

## III. Bestätigungsvermerk<sup>29</sup>

Aufgrund meiner Prüfung erteile ich folgenden Bestätigungsvermerk:

Nach dem abschließenden Ergebnis meiner pflichtgemäßen Prüfung aufgrund der mir vorgelegten Urkunden, Bücher und Schriften sowie der mir erteilten Aufklärungen und Nachweise bestätige ich, dass die Angaben der Gründer im Gründungsbericht richtig und vollständig sind. Dies gilt insbesondere für die Angaben über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital sowie über die Festsetzungen von Sondervorteilen und Gründungsaufwand.

Kaiserslautern, den 2.10.2002

Unterschrift

## IV. Stellung des Notars als Prüfer

Die Bestimmungen über die Gründungsprüfung finden gem. § 33 Abs. 3 S. 1 2. HS AktG auf den Notar als Prüfer sinngemäß Anwendung<sup>30</sup>. Unklar ist, auf welche Bestimmungen damit im Einzelnen verwiesen werden soll. *Seibert* hat dazu ausgeführt, dass die Vorschriften über den amtlich bestellten Gründungsprüfer „nur entsprechend und nur soweit sie passen“, anzuwenden seien. Der Bundesrat habe um eine präzisere Fassung der Verweisungsvorschrift gebeten. Dem habe die Bundesregierung widersprochen, da man die Vorschrift

knapp und flexibel halten wollte. Vielleicht habe man aber auch noch nicht ganz überblicken können, welche der Vorschriften für den Gründungsprüfer entsprechend auf den notariellen Prüfer passten<sup>31</sup>.

### 1. Amt und Auftrag

Ein vom Gericht bestellter Gründungsprüfer übt ein ihm im öffentlichen Interesse übertragenes Amt aus. Es bedarf keines Vertrages zwischen ihm und der Gesellschaft zur Begründung seiner Befugnisse oder seines Vergütungsanspruchs. Ebenso wenig ist eine Erklärung der Annahme des Amtes gegenüber der Gesellschaft oder den Gründern erforderlich. Die Annahme erfolgt in der Regel durch Aufnahme der Prüfungstätigkeit. Der Prüfer ist nicht verpflichtet, das Amt anzunehmen und kann es durch Erklärung gegenüber dem Gericht jederzeit niederlegen. Die Gesellschaft kann keine Kündigung des Prüfungsverhältnisses aussprechen, eine etwaige Abberufung erfolgt vielmehr durch das Gericht<sup>32</sup>.

Ausweislich der Gesetzesbegründung finden die Bestimmungen über die Gründungsprüfung auf den Notar keine Anwendung, soweit sie die Frage der Einsetzung betreffen. Danach erfolgt die Einsetzung des Notars vielmehr im Wege der „Beauftragung“ der Gründer<sup>33</sup>. Diese „Beauftragung“ ist als Beurkundungsauftrag gleichwohl öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Die Gründungsprüfung ist sonstige Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gem. § 24 BNotO<sup>34</sup>. Sie stellt eine unmittelbar mit der Beurkundung der Gründung der Aktiengesellschaft zusammenhängende Amtstätigkeit dar. Daraus folgt, und der Wortlaut des Gesetzes („kann“) stellt dies klar, dass der Notar die Prüfung auch ablehnen kann.

### 2. Aufklärung und Einsichtnahme

Der gerichtlich bestellte Gründungsprüfer kann gem. § 35 Abs. 1 AktG alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die für eine sorgfältige Prüfung notwendig sind. Laut der Gesetzesbegründung kann § 35 Abs. 1 AktG auf die Gründungsprüfung durch einen Notar entsprechend angewendet werden<sup>35</sup>. § 35 Abs. 1 AktG verschafft keinen Rechtsanspruch, sondern statuiert eine Obliegenheit der Gründer. Welche Aufklärungen und Nachweise vorzulegen sind, hängt vom Prüfungsumfang ab. Sind sich Gründer und Prüfer über den Umfang uneinig, steht das Verfahren nach § 35 Abs. 2 AktG offen. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind zu offenbaren, aber nicht in den Prüfungsbericht aufzunehmen. Darüber hinaus hat der Prüfer das Recht, aber nicht die Pflicht, eigene Ermittlungen aufzunehmen<sup>36</sup>.

### 3. Haftung

Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlich bestellten Gründungsprüfers gegenüber der Gesellschaft bestimmt sich gem. § 49 AktG entsprechend den Regelungen in § 323 Abs. 1 bis 4 HGB. Danach obliegt dem Prüfer die Pflicht zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung und zur Verschwiegenheit. Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung ist er der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet. Die Ersatzpflicht ist bei fahrlässigem Handeln grundsätzlich auf eine Million Euro begrenzt. Die erhöhte Haftsumme von vier Mil-

<sup>31</sup> *Seibert*, NZG 2002, 608, 609.

<sup>32</sup> MünchKomm/Pentz, AktG, § 33, Rdnr. 64 f.; Großkomm/Röhrich, AktG, § 34 Rdnr. 20 f.

<sup>33</sup> NZG 2002, 213, 218.

<sup>34</sup> *Grage*, RNotZ 2002, 326, 331, Hermanns, ZIP 2002, 1785, 1788.

<sup>35</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>36</sup> *Hüffer*, AktG, § 35 Rdnr. 2 f.; MünchKomm/Pentz, AktG, § 35 Rdnr. 5 ff.; Großkomm/Röhrich, AktG, § 35 Rdnr. 3 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Wirtschaftsprüferhandbuch Q Rdnr. 955.

<sup>30</sup> Im Referentenentwurf findet sich dieser Halbsatz noch nicht, vgl. NZG 2002, 78, 79.

lionen Euro bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat, hat für die Gründungsprüfung wegen des Ausgabeverbotes gem. § 41 Abs. 4 S. 1 AktG keine Bedeutung<sup>37</sup>. Die Ersatzpflicht kann gem. § 323 Abs. 4 HGB durch Vertrag weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Die Verjährungsfrist beträgt gem. § 51 AktG fünf Jahre und beginnt grundsätzlich ab Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister.

Die Haftung des Notars für Pflichtverletzungen im Rahmen einer Gründungsprüfung richtet sich nicht nach diesen Vorschriften. Bei der Durchführung einer Gründungsprüfung handelt es sich um eine sonstige Betreuungstätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gemäß § 24 Abs. 1 BNotO<sup>38</sup>. Auch für die Tätigkeiten auf diesem Gebiet stellt die Amtshaftung gem. § 19 BNotO die ausschließliche Rechtsgrundlage dar<sup>39</sup>. Zu beachten ist, dass in den Fällen notarieller Rechtsbetreuung und damit auch bei der Durchführung der aktienrechtlichen Gründungsprüfung das Privileg der subsidiären Haftung gem. § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO nicht zur Anwendung kommt<sup>40</sup>.

#### 4. Auslagen und Vergütung

Der gerichtlich bestellte Gründungsprüfer hat gem. § 35 Abs. 3 AktG Anspruch auf Ersatz angemessener Auslagen und auf Vergütung für seine Tätigkeit. Die Höhe wird auf Antrag vom Gericht festgesetzt. Sie kann und sollte im Antrag beziffert werden, steht im Einzelfall aber im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts<sup>41</sup>. Entscheidend sind der Umfang und der Schwierigkeitsgrad der Prüfung. Als Anhaltspunkt dienen die Gebührenordnungen, die für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer und der vereidigten Buchprüfer erlassen wurden. An den dort vorgesehenen Sätzen soll sich das Gericht auch dann orientieren, wenn der Prüfer keinem dieser Berufsstände angehört<sup>42</sup>. Vereinbarungen über die Auslagen oder die Vergütung mit den Gründern oder der Gesellschaft sind unzulässig<sup>43</sup>. Schuldnerin ist bei Festsetzung nach Eintragung die AG, bei Festsetzung vor Eintragung die Vor-AG<sup>44</sup>.

Von der Ermächtigung des § 55 WPO, wonach das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit Zustimmung des Bundesrates nach Anhörung der Wirtschaftsprüferkammer und der Arbeitsgemeinschaft für das wirtschaftliche Prüfungswesen eine Gebührenordnung für gesetzlich vorgeschriebene Prüfungen erlassen kann, ist bislang kein Gebrauch gemacht worden. In der Praxis setzen Wirtschafts- und Buchprüfer für die Erstellung des Gründungsprüfungsberichts daher überwiegend Stundensätze an.

Eine Umfrage der Wirtschaftsprüferkammer aus dem Jahr 1998 hat ergeben, dass für die Durchführung von Prüfungen zu diesem Zeitpunkt der Stundensatz eines Wirtschaftsprüfers als Praxisinhaber oder Sozius durchschnittlich zwischen 214,- DM und 290,- DM, eines sonstigen Wirtschaftsprüfers, hochrangigen Prüfungsleiters ohne WP/StB-Qualifikation so-

wie erfahrenen Steuerberaters und Rechtsanwalts zwischen 171,- DM und 221,- DM und eines sonstigen Prüfers und Assistenten zwischen 115,- DM und 155,- DM betrug<sup>45</sup>.

Für die Auslagen und Vergütung des Notars als Gründungsprüfer sind diese Regelungen und Grundsätze nicht gem. § 33 Abs. 3 2. HS AktG entsprechend anzuwenden. Soweit die Gesetzesbegründung ausführt, eine Prüfung durch den Notar biete sich besonders deshalb an, da eine externe Prüfung Geld koste<sup>46</sup>, bedeutet dies nicht, dass dem Notar keine Vergütung zusteht. Eine kostenlose Prüfung ist aufgrund des vorbeschriebenen, mit der Gründungsprüfung verbundenen Mehraufwands sowie aufgrund des erhöhten Haftungsrisikos nicht sachgerecht. Zudem ist nicht zu erkennen, warum dem Wirtschaftsprüfer- oder Buchprüfer, der trotz Vorliegens der Voraussetzungen für eine notarielle Prüfung gleichwohl gerichtlich bestellt wird, eine Vergütung zustehen soll, dem Notar für eben diese Aufgabe aber nicht<sup>47</sup>.

Zutreffend erscheint es daher, eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anzusetzen<sup>48</sup>. Die KostO sieht keinen besonderen Gebührentatbestand vor, weshalb ein solcher richtigerweise gefordert wird<sup>49</sup>. Einer gerichtlichen Festsetzung im Einzelfall analog § 35 Abs. 3 AktG widerspräche zum einen dem Ausschließlichkeitsanspruch des § 140 KostO<sup>50</sup>. § 35 Abs. 3 S. 1 AktG regelt nur den Anspruch auf Auslagen und Vergütung, stellt aber angesichts der Festsetzungskompetenz des Gerichts selbst keine Kostenvorschrift dar. Zum anderen erfasst § 147 Abs. 2 KostO gerade die sonstige Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gem. § 24 BNotO. Und schließlich wäre ansonsten das Ziel des Gesetzgebers, die Kostenbelastung durch die Verlagerung der Prüfung auf den Notar bei „schlichten“ Bargründungen gering zu halten, konterkariert.

Mangels einer besonderen Vorschrift in der KostO beurteilt sich der Geschäftswert nach §§ 141, 30 Abs. 1 KostO und ist daher nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Anzusetzen ist grundsätzlich ein Teilwert des Beziehungswertes, also des Werts des Hauptgeschäfts; Obergrenze ist der Wert des Hauptgeschäfts selbst<sup>51</sup>.

Als Wert des Hauptgeschäfts wird man das Grundkapital der Gesellschaft heranziehen und hieraus m.E. einen Teilwert von 50% annehmen. Bei einer Gründung mit einem Grundkapital von 50.000,- Euro käme man so zu einer Gebühr von 42,- Euro. Insgesamt stellt dies eine durchaus beachtliche Kostenersparnis gegenüber der Abrechnung etwa eines Wirtschaftsprüfers dar.

#### V. Ergebnis

Die mit der Neuregelung des § 33 Abs. 3 AktG geschaffene Möglichkeit, den Notar in bestimmten Fällen mit der Gründungsprüfung zu beauftragen, ist zu begrüßen. Die Prüfung durch den Notar entspricht hinsichtlich Umfang und Intensität derjenigen durch einen gerichtlich bestellten Gründungsprüfer. Die Aufklärungsmöglichkeiten des Notars richten sich nach den für einen gerichtlich bestellten Prüfer geltenden Vorschriften und Grundsätzen. Die Haftung bei Pflichtverletzungen im Rahmen der Prüfung beurteilt sich nach § 19 BNotO und der Kostenerstattungsanspruch nach § 147 Abs. 2 KostO.

<sup>37</sup> Hüffer, AktG, § 49 Rdnr. 4.

<sup>38</sup> Grage, RNotZ 2002, 326, 331; Hermanns, ZIP 2002, 1785, 1788; vgl. auch Schippel/Reithmann, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 24, Rdnr. 23, für die Erstellung eines Gutachtens.

<sup>39</sup> Schippel/Reithmann, BNotO, § 24, Rdnr. 5.

<sup>40</sup> Grage, RNotZ 2002, 326, 331.

<sup>41</sup> Hüffer, AktG, § 35 Rdnr. 6; MünchKomm/Pentz, AktG, § 35 Rdnr. 23; Großkomm/Röhricht, AktG, § 35 Rdnr. 17.

<sup>42</sup> Hüffer, AktG, § 35 Rdnr. 6; MünchKomm/Pentz, AktG, § 35 Rdnr. 23; Großkomm/Röhricht, AktG, § 35 Rdnr. 15.

<sup>43</sup> Hüffer, AktG, § 35 Rdnr. 6; MünchKomm/Pentz, AktG, § 35 Rdnr. 26; Großkomm/Röhricht, AktG, § 35 Rdnr. 21.

<sup>44</sup> Hüffer, AktG, § 35 Rdnr. 7; MünchKomm/Pentz, AktG, § 35 Rdnr. 24; Großkomm/Röhricht, AktG, § 35 Rdnr. 19.

<sup>45</sup> WPK-Mitt. 3/1999, 180.

<sup>46</sup> Gesetzesbegründung NZG 2002, 213, 218.

<sup>47</sup> Grage, RNotZ 2002, 326, 331.

<sup>48</sup> Hermanns, ZIP 2002, 1785, 1788.

<sup>49</sup> Grage, RNotZ 2002, 326, 331 und Hermanns, ZIP 2002, 1785, 1788.

<sup>50</sup> Hermanns, ZIP 2002, 1785, 1788.

<sup>51</sup> Bengel/Tiedtke in Korintenberg, KostO, 15. Aufl. 2002, § 147 Abs. 2, Rdnr. 187.

## KURZE BEITRÄGE

## Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2002 – Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am BayObLG Dr. Erich Denk, München

Der Überblick umfasst in zeitlicher Abfolge die Leitsatz- und Stichwortentscheidungen des 3. Zivilsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum Notarkostenrecht, aber auch zu Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Er will in knappen Sätzen über den wesentlichen Inhalt und die möglichen Auswirkungen dieser Entscheidungen informieren. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die aus dem bloßen Entscheidungswortlaut nicht ohne weiteres hervorgehen. Die angegebenen Fundstellen sollen ein rasches Auffinden im Bedarfsfalle ermöglichen.

### 1. Beschluss vom 24.1.2002, Aktenzeichen 3Z BR 3/02

Fundstellen: Rpfleger 2002, 382, JurBüro 2002, 543, NJW-RR 2002, 1366 (nur LS)

Die Gebühr für die Grundbucheintragung des Erstehers nach Zwangsversteigerung richtet sich nach dem im Versteigerungsverfahren festgesetzten Verkehrswert des Grundstücks, wenn dieses unter Wert zugeschlagen wurde.

Der Beschwerdeführer hatte ein Hotelanwesen, dessen Verkehrswert auf ca. 15 Mio. DM festgesetzt worden war, für 6 Mio. DM ersteigert. Er strebte hinsichtlich der Grundbucheintragung unter Bezug auf OLG Düsseldorf Rpfleger 1987, 411 und JMBINRW 2000, 10/11 einen Geschäftswert in Höhe des Meistgebots an; im Meistgebot spiegelte sich der tatsächliche Wert der Immobilie. Dem folgte der Senat nicht. Er bestätigte seine mit BayObLGZ 1978, 8 begründete ständige Rechtsprechung, wonach im Regelfall die auf einem hierzu eingeholten Gutachten beruhende Verkehrswertfestsetzung verlässlicher ist als das von Zufälligkeiten abhängige niedrigere Meistgebot. Anhaltspunkte für eine überhöhte Wertfestsetzung, die ein Abweichen von dieser Regel hätten rechtfertigen können, lagen im konkreten Fall nicht vor.

### 2. Beschluss vom 19.4.2002, Aktenzeichen 3Z BR 389/01

Fundstellen: MittBayNot 2002, 207; WF 2002, 131

Bei Bauerwartungsland, bei dem bereits die Aufstellung eines Bebauungsplans beschlossen ist, dürfen 50 % der Preise für Bauland angesetzt werden.

Es ging um den Geschäftswert eines Beschwerdeverfahrens in Nachlasssachen. Zum Nachlass gehörte das zu bewertende Grundstück, für dessen Bereich, der im Flächennutzungsplan als allgemeines Wohngebiet ausgewiesen ist, vor ca. zehn Jahren die Aufstellung eines Bebauungsplanes beschlossen worden war. Der Beschwerdeführer wollte das Grundstück als Grünland bewertet haben. Der Senat ging im Anschluss an die bei *Simon/Kleiber* Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten 7. Aufl. dargestellte Systematik von Bauerwartungsland der Stufe 3 aus und bewertete entsprechend.

### 3. Beschluss vom 7.5.2002, Aktenzeichen 3Z BR 55/02

Fundstellen: BayObLGZ 2002, 137; MittBayNot 2002, 309; FGPrax 2002, 185; NJW-RR 2002, 1363; Rpfleger 2002, 536

Bei der Grundbucheintragung einer KG nach Umwandlung von einer GbR handelt es sich um Richtigstellung, nicht um einen Eigentümerwechsel.

Eine im Grundbuch durch Verlautbarung ihrer Gesellschafter eingetragene GbR wurde bei gleichzeitigem Eintritt eines neuen persönlich haftenden Gesellschafters in eine KG umgewandelt. Das Grundbuchamt erhob eine volle Gebühr für Eigentumswechsel (§ 60 KostO). Der Senat gab der Beteiligten, die nur eine Viertelgebühr für Richtigstellung (§ 67 KostO) zahlen wollte, Recht. Unter Berücksichtigung von BGHZ 146, 341 (Rechtsfähigkeit der Außen-GbR) sieht der Senat in der Umwandlung vorliegender Art einen identitätswahrenden Formwechsel. Der Rechtsträger (Eigentümer des Grundstücks) ist danach der selbe geblieben.

Demgegenüber hat der für Grundbuchsachen zuständige 2. Zivilsenat (Beschluss vom 31.10.2002 2Z BR 70/02 Bay-ObLGZ 2002 Nr. 59) daran festgehalten, dass eine GbR nicht Eigentümerin eines Grundstücks sein kann, weil sie – insofern Übereinstimmung mit dem 3. Zivilsenat – im Grundbuch als solche nicht eingetragen werden kann. Danach wäre bei der GbR das Grundstück wie bisher als Vermögen der Gesellschafter in gesamthänderischer Bindung, nicht als solches der Gesellschaft anzusehen.

### 4. Beschluss vom 4.9.2002, Aktenzeichen 3Z BR 131/02

Fundstellen: BayObLGZ 2002, 280; FGPrax 2002, 273; Report 2002, 452, NJW-RR 2003, 143

Das Landwirtschaftsprivileg (§ 19 Abs.4 KostO) kann auch bei Übergabevorgängen zwischen Ehegatten Anwendung finden.

Es ging um die Bewertung des Nachlasses nach Eröffnung eines Erbvertrags. Beide Ehegatten hatten sich darin gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Der überlebende Mann erbe danach den Gesamtgutsanteil der Frau, der im Wesentlichen aus der Hälfte des Hofes bestand, die der Mann bei Eingehung der Ehe seiner Frau übertragen hatte. Hätte die Frau überlebt und geerbt, hätten die Teilerwerbe bei Eheschließung und nach dem Erbfall mühelos als einheitlicher Erwerbsvorgang zur Fortführung des Betriebs angesehen werden können. Der Senat hat auch dem überlebenden Mann die Privilegierung zugesprochen, obwohl durch Heimfall letztlich nur der ursprüngliche Rechtszustand wieder hergestellt wurde. Immerhin diene die Gesamtregelung auch in dieser Variante der Betriebsfortführung durch die bäuerliche Familie.

Hinsichtlich des Abzugs von betriebsbezogenen Verbindlichkeiten schloss sich der Senat in diesem Einzelfall der Rspr. des OLG Hamm AgrarR 1991, 191/192 an, wonach die Verbindlichkeiten in dem Verhältnis zu mindern sind, das dem Verhältnis des vierfachen Einheitswerts zum Verkehrswert des Anwesens entspricht. Damit kann ein unbilliges Ergebnis in Fällen verhindert werden, in denen die betriebsbezogenen Verbindlichkeiten den vierfachen Einheitswert übersteigen oder ihm nahe kommen.

##### 5. Beschluss vom 26.9.2002, Aktenzeichen 3Z BR 155/02

Fundstelle: MittBayNot 2003, 70

Ein wirtschaftliches Unternehmen, das zum Wegfall der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 1 KostO führt, setzt eine auf Dauer angelegte, fortgesetzte und planmäßige Teilnahme der Körperschaft am Wirtschaftsleben voraus.

Die Erstreckung nach § 144 Abs. 3 KostO richtet sich nach der gesetzlichen Regelung des Innenverhältnisses der Gesamtschuldner, auch wenn vertraglich etwas Abweichendes vereinbart wurde.

Eine Marktgemeinde verpachtete ein nicht mehr benötigtes Gebäude an die Betreiber eines Fitness- und Tanzstudios und

räumte diesen ein Ankaufsrecht für die Dauer des Pachtverhältnisses ein. Die gesamten Pachtzinsen entsprachen in etwa dem Betrag, den die Gemeinde aufwenden musste, um das Gebäude in einem dem Vertragszweck entsprechenden Zustand zu versetzen. Der Senat sprach die Gebührenermäßigung zu und erstreckte sie hinsichtlich des Anteils, der auf den Pachtvertrag entfiel, zu einem Viertel auf die Vertragspartner der Gemeinde, die in der Urkunde die Kostentragung übernommen hatten.

##### 6. Beschluss vom 11.12.2002, Aktenzeichen 3Z BR 205/02

Fundstelle: BayObLGZ 2002 Nr. 67

Die Ermäßigung von Grundbuchgebühren nach dem Einigungsvertrag gilt nicht in Bayern.

Der in den neuen Ländern ansässige Erwerber eines bayerischen Grundstücks berief sich auf die Gebührenermäßigung nach dem Einigungsvertrag (Anl. I Kap. III Sachgeb. A Abschn. III Nr. 20 Bst. a zu Art. 8). Der Senat lehnte die Anwendung der als partielles Bundesrecht nur in den neuen Ländern geltenden Ermäßigungsregelung auf die Eintragung eines Eigentumswechsels durch ein bayerisches Grundbuchamt ab.

## Rechtsfähigkeit auch für die Erbengemeinschaft?

### – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00 –<sup>1</sup>

Von Prof. Dr. Christoph Ann LL.M. (Duke Univ.), Universität Freiburg/Br.,  
Richter am LG Mannheim

Seit der Entscheidung des BGH vom Januar 2001 über die Rechts- und Parteifähigkeit der GbR wird zunehmend auch die Frage der Rechts- und Parteifähigkeit anderer Gesamthandsgemeinschaften diskutiert. Der 12. Zivilsenat des BGH hat nun für die Erbengemeinschaft entschieden, dass diese nicht rechts- und parteifähig sein soll. Diese Entscheidung wird hier erläutert und kritisch gewürdigt.

#### 1. Einleitung

In dem in der Überschrift bezeichneten Urteil entschied der 12. BGH-Zivilsenat kürzlich, ob (auch) die Erbengemeinschaft rechtsfähig sei. Dieses Rechtsproblem ist in letzter Zeit zunehmend diskutiert worden<sup>2</sup>, nicht erst seit der 2. BGH-Zivilsenat in seiner bekannten Leitentscheidung vom Januar 2001 die Rechts- und Parteifähigkeit der Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen festgestellt hat<sup>3</sup>. Nun hat sich der

12. Zivilsenat dieses Problems für die zweite wichtige der drei BGB-Gesamthandsgemeinschaften<sup>4</sup> angenommen, und zwar in einem Leitsatz, also sichtlich mit programmatischem Anspruch. Auf den ersten Blick erstaunt dies. Nach der Geschäftsverteilung ist der 12. Senat für das Personen- und Familienrecht sowie die Gewerbemiete zuständig, nicht für das Gesellschaftsrecht oder das Erbrecht. Zudem hätte über die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft *in casu* gar nicht entschieden werden müssen, so interessant und praxisrelevant dieses Problem auch ist. Kernfrage des Falls waren (lediglich) die Anforderungen gewesen, denen ein Schriftformerfordernis nach § 566 BGB a.F. in einem Mietvertrag genügen muss. Diese Frage hätte sich auch ohne – pointierte – Stellungnahme zur Grundfrage nach der Rechtsfähigkeit der Erben-

Meinem verehrten Lehrer Prof. Dr. Gottfried Schiemann in dankbarer Verbundenheit zum 60. Geburtstag am 13.4.2003.

<sup>1</sup> MittBayNot 2003, 228 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> Vgl. nur Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, 2 f. und 384 ff.; Eberl-Borges, Die Erbauseinandersetzung, 2000, 6 ff.; dies. ZEV 2002, 125; Heil, Die ordnungsmäßige Verwaltung eines Unternehmens im Vor- und Miterbenrecht (Diss. Bayreuth), 1998; ders. ZEV 296; Grunewald AcP 197 (1997), 305; Ulmer AcP 198 (1998), 113, 124 ff.; Staudinger/Bork, Staudinger-Symposium, 1999, 181; Weipert, ZEV 2002, 300.

<sup>3</sup> Urt. v. 29.1.2001 – BGH II ZR 331/00, MittBayNot 2001, 197 m. Anm. Ann.

<sup>4</sup> Die eheliche Gütergemeinschaft als dritte BGB-Gesamthandsgemeinschaft spielt rechtstatsächlich eine untergeordnete Rolle. Außerhalb des BGB existieren als Gesamthandsgemeinschaften noch die HGB-Personengesellschaften, die Partenreederei, die Miturhebergemeinschaft, die Partnerschaftsgesellschaft sowie die EWIV (sofern deutschem Recht unterstellt).

gemeinschaft beantworten lassen. Der Senat hat trotzdem Stellung bezogen. Zwar überzeugt, wie gleich zu zeigen sein wird, die von ihm gelieferte Begründung großenteils nicht<sup>5</sup>. Dennoch verdient Respekt, dass der Senat sich der das Personengesellschaftsrecht aktuell umwälzenden Entwicklung entgegengestellt hat. Der Senat hat den Protagonisten<sup>6</sup> dieser Entwicklung eine Denkpause verordnet. Würde diese Pause zur Beschäftigung mit den Fragen genutzt, die die angesprochene Entscheidung des 2. BGH-Zivilsenats vom Januar 2001 sowie einige andere Entscheidungen<sup>7</sup> trotz ihrer Praxisrelevanz offen gelassen haben, könnte dies dem Personengesellschaftsrecht im Allgemeinen und dem Recht der Erbengemeinschaft im Besonderen nützlich sein.

## 2. Problemhintergrund

Der Streit um die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ist alt. Er ist Teil des über einhundertjährigen Streits um die Rechtsnatur, das „Prinzip der Gesamthand“. Dient dieses Prinzip, wie die heute vor allem noch von *Zöllner* und *Hueck*<sup>8</sup> hochgehaltene „individualistische Gesamthandsvermögenslehre“ meint, allein der Zuordnung von Sondervermögen? Oder wirkt das Gesamthandsprinzip im Sinne der „Theorie der kollektiven Einheit“ auch personenrechtlich, schafft der Eintritt der gesamthänderischen Bindung zwischen den Gesamthändern neben dieser Bindung also auch eine als solche handlungs- und damit (teil-)rechtsfähige „Gruppe“, wie der 2. BGH-Zivilsenat Anfang des Jahres 2001 im Anschluss insbesondere an *Flume*<sup>9</sup> und *K. Schmidt*<sup>10</sup> für die (Außen-)GbR mit Gesamthandsvermögen anerkannt hat? Lange war der Streit um die Grundlage der Gesamthand allein um die GbR geführt worden, mit Verweisen auf deren Regelung im Gesetz. Die Erbengemeinschaft, für die Praxis nicht weniger relevant als die GbR, war erst deutlich später ins Blickfeld geraten<sup>11</sup>. Endgültig in der Gegenwart des Gesellschaftsrechts angekommen ist nun aber auch die Erbengemeinschaft. Das ist gut so, denn der Streit zwischen alter und neuer Lehre ist auch für die Erbengemeinschaft keineswegs nur ein „Mysterienspiel“<sup>12</sup>. Er ist praktisch hochrelevant. Das zeigen nicht nur die erheblichen Probleme der Erbrechtspraxis mit der Verwaltung von Erbengemeinschaften<sup>13</sup>, ihrer Außenhaftung<sup>14</sup>, ihrer Nachfolge in Unternehmungen und Unternehmensbeteiligungen<sup>15</sup>, ihrer Beendigung<sup>16</sup> und mit Erbengemeinschaften im Aktiv- oder Passivprozess<sup>17</sup>. Die fortdauernde Relevanz des Streits um die Rechtsnatur der Gesamthand zeigt sich auch in

den Fragen, die die erwähnten Entscheidungen des 2. BGH-Zivilsenats zur GbR offen gelassen haben. Sind diese in der vorliegenden Entscheidung nicht explizit erwähnten Probleme, namentlich der Publizitätsmangel der BGB-Gesamthand und – vor allem – die Frage nach den Grenzen ihrer Vonselbstständigkeit der Grund dafür, dass der Senat sich so rigoros gegen die Rechtsfähigkeit jedweder Erbengemeinschaft gewandt hat, also offenbar auch solcher, die ausdrücklich fortgesetzt werden soll oder ein Unternehmen trägt? Fast scheint es so, auch weil die Urteilsbegründung des Senats gemessen am erkennbar programmatischen Anspruch seiner Entscheidung doch dürftig ausfällt.

## 3. Begründung des BGH

Zu Beginn seiner Begründung geht der erkennende Senat auf das erwähnte Urteil des 2. Senats zur Rechtsfähigkeit der GbR ein<sup>18</sup> und konstatiert, dass dort nicht auch die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft anerkannt worden sei. Das ist richtig, wenngleich damit noch nicht gesagt ist, dass diese Anerkennung in einem zweiten Schritt nicht trotzdem erfolgen sollte<sup>19</sup>. Gesagt ist lediglich, dass über die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft nicht bereits im Januar 2001 vom 2. Senat mitentschieden worden ist. Dennoch könnte die Entscheidung (zur GbR) auf die Erbengemeinschaft übertragbar sein<sup>20</sup>. Der Senat bestreitet dies, trägt selbst aber keine überzeugenden dogmatischen Gründe dagegen vor. Das wundert nicht, denn solche Gründe sind rar, gerade wenn man die Erbengemeinschaft an den Kriterien misst, die der 2. BGH-Zivilsenat für die Qualifikation einer GbR als rechtsfähig formuliert hat. Nach diesen Kriterien spricht eher vieles dafür, auch Erbengemeinschaften als rechtsfähig anzuerkennen: Verfügt anders als jede GbR nicht jede Erbengemeinschaft über ein Gesamthandsvermögen? Und tritt nicht fast jede Erbengemeinschaft (darum) auch nach außen auf? Werden nicht viele Erbengemeinschaften bewusst fortgesetzt, um den Nachlass in dieser Form zu halten und zu verwalten? Gibt es nicht Erbengemeinschaften, die Unternehmen tragen? Schon diese wenigen Gesichtspunkte wecken Zweifel, ob es richtig sein kann, wenn der Senat formuliert, „die Entscheidung des 2. Senats lässt sich zudem nicht auf die Erbengemeinschaft übertragen, da sie allein den besonderen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs im Bereich des Gesellschaftsrechts Rechnung getragen hat“. In dieser Allgemeinheit wird man dem schon deshalb nicht zustimmen können, weil die Varianz erben-gemeinschaftlicher Phänotypen erheblich ist. Die gesellschaftsähnlichen Züge der fortgesetzten, jedenfalls aber der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft<sup>21</sup> sind derart ausgeprägt und unterscheiden beide so erheblich von der „gewöhnlichen“ Erbengemeinschaft, die dem Senat vorgeschwebt haben mag, dass nicht einleuchtet, warum der Senat

<sup>5</sup> Anders *Marotzke*, ZEV 2002, 504.

<sup>6</sup> Zu deren entschiedenen Vertretern hat sich auch der Verfasser lange uneingeschränkt geäußert.

<sup>7</sup> Vgl. nur die beiden BGH-Entscheidungen zu Doppelverpflichtungslehre und „GbR mbH“, BGH II ZR 371/98, MittBayNot 1999, 577, sowie BGH II ZR 2/00 vom 21.1.02, DNotZ 2002, 805, m. krit. Anm. *Wälzholz*, MittBayNot 2002, 35.

<sup>8</sup> *Zöllner*, FS Kraft (1998), 701; *ders.*, FS Gernhuber (1993), 563; *Hueck*, FS *Zöllner* (1998), 275.

<sup>9</sup> Grundlegend ZHR 136 (1972), S 184.

<sup>10</sup> Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 8 III 4.

<sup>11</sup> *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, V.

<sup>12</sup> Vgl. *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316.

<sup>13</sup> *Ann* (Fn. 2), 38 ff., 379 f. und 412.

<sup>14</sup> *Ann* (Fn. 2), 129 ff., 380 f. und 412.

<sup>15</sup> *Ann* (Fn. 2), 307 ff., 382 f. und 414 f.

<sup>16</sup> *Ann* (Fn. 2), 271 ff., 381 f. und 414.

<sup>17</sup> *Ann* (Fn. 2), 253 ff., 381 und 413.

<sup>18</sup> S. a. *Eberl-Borges*, ZEV 2002, 125.

<sup>19</sup> So der von dem Senat zitierte *Armbrüster*, GE 2001, 821, 823. *Armbrüster* mahnt zwar einerseits zur Vorsicht bei der Übertragung der Entscheidung zur GbR auf die Erbengemeinschaft, hebt andererseits aber ausdrücklich hervor, dass „angesichts der vom Senat durchgeführten Erwägungen durchaus manches dafür spricht, nun auch an dieser Stelle (gemeint ist: bei der Erbengemeinschaft) den Durchbruch zur Rechtsfähigkeit zu wagen“.

<sup>20</sup> Für diese Übertragung votiert mit eingehender Begründung *Eberl-Borges*, ZEV 2002, 125.

<sup>21</sup> Grundlegend *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785; zu KG 1 W 400/97 (kein Handelsgeschäftsbetrieb in Erbengemeinschaft durch Erbtelserwerber) krit. *Ann*, EWiR 1999, 159.

nicht differenziert, zumindest aber seine Ansicht für die beiden genannten Typen eingehender begründet hat.

Selbst *Wolfgang Zöllner*, profiliertester und beharrlichster Kritiker der „Theorie der kollektiven Einheit“, hat einmal zugestanden, es sei inkonsequent, der Erbengemeinschaft zu versagen, was man der GbR gebe<sup>22</sup>. Dies widerlegt der Senat nicht, sondern wiederholt nur die bekannte, inhaltlich aber wenig ergebnisreiche Formel von den „besonderen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs im Bereich des Gesellschaftsrechts“. So bleibt nicht nur offen, worin der Senat diese besonderen Bedürfnisse sieht, sondern auch wie sie von Erbengemeinschaften erfüllt werden, die sich schon jetzt ständig und ohne dass dies zu verhindern wäre im Rechtsverkehr bewegen. Auch dies hätte für die Erbengemeinschaft eine ähnliche Differenzierung nahegelegt, wie der 2. Senat sie in seiner Entscheidung zur GbR getroffen hat. Auch dort war gerade nicht jede GbR für rechtsfähig erklärt worden, sondern nur die Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen. Für die Erbengemeinschaft wäre eine ähnliche Unterscheidung vorstellbar gewesen: zwischen der fortgesetzten<sup>23</sup>, namentlich unternehmenstragenden einerseits und der nicht fortgesetzten andererseits. Eine solche Differenzierung zwischen Erbengemeinschaften, die unzweifelhaft am Rechtsverkehr teilnehmen, und solchen, bei denen dies zweifelhaft ist, hätte auch deshalb Sinn ergeben, weil Erbengemeinschaften ohne Gesamthandsvermögen nicht denkbar sind.

#### 4. Kritik an der Entscheidung des BGH

Der Senat hat nicht differenziert, sondern ausgehend von der Prämisse, GbR und Erbengemeinschaft seien nicht vergleichbar, die Rechtsfähigkeit jeder Erbengemeinschaft verneint. Dafür und für die mangelnde Bestimmung und Eignung jeder Erbengemeinschaft zur Teilnahme am Rechtsverkehr hat der Senat drei Gründe genannt. Erstens beruhe die Entstehung der Erbengemeinschaft nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern erfolge *ex lege*. Zweitens entfalte die Erbengemeinschaft keine werbende Tätigkeit, sondern sei allein auf ihre eigene Auseinandersetzung gerichtet. Drittens schließe sich die Handlungsorganisation der Erbengemeinschaft von der einer (gewöhnlichen) Personengesellschaft, fehle ihr namentlich ein auf Dauer angelegter Handlungszweck. Diese Argumente sind nicht neu. Sowohl die herrschende Rechtswirklichkeit als auch das in §§ 705 ff. BGB ausgedrückte gesetzliche Konzept der vom BGH nun weithin für rechtsfähig erklärten GbR wecken freilich Zweifel an ihrer Tragfähigkeit.

Nicht zwingend gegen die Anerkennung zumindest zahlreicher Erbengemeinschaften als rechtsfähig spricht zunächst, dass Erbengemeinschaften regelmäßig nicht rechtsgeschäftlich entstehen, sondern *ex lege*. Dieser Hinweis auf den Entstehungstatbestand der meisten Erbengemeinschaften trägt nicht weit. Erstens kann auch die Berufung zum Erben vertraglich erfolgen – durch Erbvertrag. Zweitens ist nicht ausreichend klar, was aus dem Hinweis des Senats folgen soll. Sollte damit gemeint sein, dass GbR, OHG und KG vertraglich und damit meist besser für den Rechtsverkehr gerüstet werden als die Erbengemeinschaft, ist dies doch keineswegs immer der Fall. Gerade für BGB-Gesellschaften fehlt diese

Art Vorsorge häufig<sup>24</sup>. Zudem kann durchaus auch die Erbengemeinschaft vertraglich verfasst werden, wenngleich nur durch den üblichen Erbvertrag oder nach ihrer Entstehung. Vergleicht man die gesetzlichen Regelungen zu Erbengemeinschaft und GbR, zeigt sich, dass auch die nach nun herrschender Ansicht rechtsfähige Außen-GbR mit Gesamthandsvermögen allenfalls marginal besser für die Teilnahme am Rechtsverkehr gerüstet ist als die Erbengemeinschaft. § 709 Abs. 1 BGB, der keine Einschränkungen des Gemeinschaftsprinzips kennt, macht die GbR sogar noch schwerfälliger als § 2038 Abs. 1 BGB die Erbengemeinschaft. Letztere kennt immerhin ein gestuftes Verwaltungssystem.

Auch das zweite Argument des Senats, Erbengemeinschaften entfalten keine werbende Tätigkeit, sondern seien kurzlebig und nur auf die eigene Auseinandersetzung hin orientiert, überzeugt nicht. Dieser Befund ist kaum mehr als die Wiederholung einer häufig zu lesenden<sup>25</sup> These. Für das ausgehende 19. Jahrhundert mag deren Richtigkeit zugestanden sein. Heute erscheint eher das Gegenteil richtig. Das zeigt neben dem Umstand, dass der BGH selbst dies früher auch schon einmal ganz anders gesehen hat<sup>26</sup> als heute der 12. Zivilsenat, der Bauträgern und Architekten geläufige Erfahrungswert, unbebaute Grundstücke in guten Wohnlagen gehörten regelmäßig Erbengemeinschaften. Vor allem aber widerspricht das Gesetz selbst der verbreiteten These<sup>27</sup> von der stets und sofort möglichen Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Dort finden sich in Gestalt der §§ 2044, 2042 II, 749 II, 2043, 2045 BGB zahlreiche Vorschriften, die die rasche Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft verhindern können – zumal bei werthaltigen Nachlässen, die künftig vermehrt zu erwarten sind<sup>28</sup>. Unzutreffend ist auch die These, jede Gesellschaft sei stärker auf Dauer angelegt als jede Erbengemeinschaft. Liegt nicht in der vom 4. BGH-Zivilsenat kürzlich erleichterten „Abschichtung“ eine Verlängerung der Lebensdauer von Erbengemeinschaften? Und legt nicht auch das gesetzliche Konzept keineswegs eine kürzere Lebensdauer der Erbengemeinschaft im Vergleich zur GbR nahe? Letzteres zeigt § 726 BGB. Anders als die Erbengemeinschaft kennt die GbR eine automatische Beendigung: durch Erreichung des Gesellschaftszwecks oder auch nur dadurch, dass dieser nicht länger erreichbar ist. Dennoch würde niemand GbR, OHG oder KG im Ernst „beendigungsorientiert“ nennen. Die These von der Kurzlebigkeit der Erbengemeinschaft erweist sich damit als wenig belastbar.

<sup>22</sup> FS Kraft, 706 f., damals freilich als „Dambruchargument“ gemeint, also primär gegen die später vom BGH anerkannte Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR (mit Gesamthandsvermögen) gerichtet.

<sup>23</sup> Zu diesem Phänomen schon früh *Moor*, Die fortgesetzte Erbengemeinschaft (Diss. Basel), 1971.

<sup>24</sup> Wie das Beispiel vieler Softwareentwicklungsbüros, Betriebe der Kleingastronomie, der IT-Branche oder innovativer Dienstleister (Kurierdienste, Mitwohnzentralen etc.) zeigt, entstehen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, auch unternehmerisch tätige mit teils beträchtlichen Gesellschaftsvermögen, nicht selten bestürzend spontan durch die bloße Vereinbarung, man wolle „künftig zusammenarbeiten“. Sind die Beteiligten nicht rechtskundig und verzichten (aus Kostengründen) auf fundierten Rechtsrat, gelten für Geschäftsführung und Vertretung oft nur die §§ 705 ff. BGB.

<sup>25</sup> *Ann* (Fn. 2), 400 f.

<sup>26</sup> Im Jahr 1955 hat er auf eine Erbengemeinschaft, die 17 Jahre lang eine ererbte Schuhfabrik weiterbetrieben hatte, aufgrund deren angeblicher „Wesensänderung“ OHG-Recht angewandt, BGHZ 17, 299.

<sup>27</sup> Vgl. nur die übliche Rede von der Erbengemeinschaft als „sterbender“ oder „toter“ Gemeinschaft, etwa bei *Krenz* AcP 195 (1995), 361; *Hohensee*, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft, 40; *Müller-Erzbach*, 177; ähnlich *Staudinger/Bork*, Staudinger-Symposium, 186.

<sup>28</sup> *Lauterbach* in *Wagner/Schütze*, Familiensystem und Vermögensübertragung (Stuttgart 1998), 3; ähnlich schon BayOBLG NJW 1974, 1908.

Problematisch ist schließlich die dritte Prämisse des Senats, der Erbengemeinschaft fehle ein dauerhafter, ihre Selbstliquidation übersteigerender Handlungszweck. Wie zunehmend und richtig erkannt wird<sup>29</sup>, trifft auch dies heute, jedenfalls in dieser Pauschalität, nicht (mehr) zu<sup>30</sup>. Bei unternehmenstragenden Erbengemeinschaften ist dies evident. Aber auch darüber hinaus hat die Mehrzahl der Erbengemeinschaften, abgesehen davon, dass auch bei der GbR bekanntlich kaum Anforderungen an deren Gesellschaftszweck gestellt werden<sup>31</sup>, durchaus einen eigenständigen und ihre Selbstliquidation übersteigenden Zweck. Dies wird vielfach nicht richtig erkannt, was daran liegen mag, dass *Zweck* und *Ziel* der Erbengemeinschaft häufig vermennt werden. Beides ist jedoch zweierlei. *Ziel* der Erbengemeinschaft ist unstrittig ihre Beendigung. Insofern besteht, wie oben an § 726 BGB gezeigt, aber kein Unterschied zur GbR. Auch diese *bezweckt* nicht (lediglich) ihre Perpetuierung, sondern die Erreichung eines darüber hinausgehenden Zwecks. So wie jede Handelsgesellschaft Gewinnerzielung zum Wohl ihrer Gesellschafter bezweckt, bezweckt auch die Erbengemeinschaft die Förderung der Wohlfahrt ihrer Mitglieder. Erfüllt wird dieser Zweck durch die „ordnungsgemäße“, d.h. die „richtige“ Balance zwischen (Entwertungs-)Risikoversorge und Ertragsorientierung wahrende Nachlassverwaltung der Erbengemeinschaft bis zur Auseinandersetzung. So sollen die Voraussetzungen geschaffen werden für eine allokatationseffiziente, auf die Vermeidung unnötiger Wertverluste gerichtete Überführung des Nachlasses in die Vermögen der Miterben<sup>32</sup>. Im Recht der GbR kennt und akzeptiert man dies inzwischen. Dort ist das „Halten und Verwalten von Vermögen“ ein zugelassener Gesellschaftszweck<sup>33</sup>. Behandelte man Erbengemeinschaften ebenso, dürfte auch die übergroße Mehrheit aller Erbengemeinschaften beanspruchen, nicht als bloße Liquidationsgemeinschaft gesehen, sondern als Sicherungs- und Allokationsgesamthand<sup>34</sup> anerkannt zu werden. Zumindest differenzierungsbedürftig ist also die Senatsansicht, jede Erbengemeinschaft sei (nur) Liquidationsgemeinschaft, weil ihr der dauerhafte, ihre Selbstliquidation übersteigende Handlungszweck fehle.

Würdigt man zusammenfassend die Argumente des erkennen den Senats und misst diese am Stand der Diskussion um die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft, fällt dreierlei auf: Keines der vom Senat vorgetragenen Argumente ist neu. Nirgends setzt sich der Senat substantziell mit den Argumenten der im Vordringen begriffenen Ansicht auseinander, auch

die Erbengemeinschaft sei als rechtsfähig anzuerkennen. Die naheliegende Differenzierung zwischen gewöhnlichen, unternehmenstragenden und anderweitig fortgesetzten Erbengemeinschaften wird vom Senat nicht aufgegriffen. Das führt zurück zum Ausgangspunkt, den ungeachtet ihrer entscheidenden Praxisrelevanz bis heute offenen Fragen im Recht der Gesamthand: Hat der Senat eine sich dort abzeichnende Entwicklung bremsen, Theorie und Praxis eine aus seiner Sicht nötige „Atempause“ verschaffen wollen? Hat er deshalb die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft ohne Einschränkung (erst einmal) verneint?

## 5. Offene Fragen der rechtsfähigen Gesamthand

Gerade in einem Fall, in dem das Gesamthandsrecht nicht entscheidungserheblich war, erschien dies den Richtern vielleicht nicht nur vertretbar, sondern sogar geboten. Nicht bestreitbaren Konsistenzgewinnen, die die Hinwendung zur Theorie der kollektiven Einheit für die GbR gebracht hat, stehen nach wie vor dadurch geschaffene neue Probleme gegenüber. Sie mindern erheblich den praktischen Nutzen des für die GbR bewirkten Paradigmenwechsels. Wollte der 12. Senat die Praxis des Erbrechts vor ähnlichen Problemen schützen, wie sie nach der Entscheidung II ZR 331/00 im Recht der GbR sichtbar geworden sind? Erstes der beiden Hauptprobleme auch einer rechtsfähigen Erbengemeinschaft wäre deren Publizitätsmangel. Dieser Mangel würde die rechtsfähige Erbengemeinschaft ähnlich plagen wie schon heute die rechtsfähige (Außen-)GbR (mit Gesellschaftsvermögen). Für diese gilt unverändert: Weil nicht feststellbar ist, wer hinter ihr steht, ist die rechtsfähige GbR als solche nach wie vor nicht grundbuch- oder sonst registerfähig. Eingetragen werden müssen unverändert vielmehr stets auch alle Gesellschafter. Immerhin wäre dieses Problem bei der Erbengemeinschaft etwas weniger drängend, weil hier Nachlassakten vorhanden sind. Diese sind für Verkehrsschutzzwecke allerdings nur begrenzt geeignet. Auch könnte ihre Nutzung ohne entsprechende Aufbereitung Persönlichkeitsrechte von Nachlassverfahrensbeteiligten berühren, die nicht Miterben geworden sind. Wichtiger noch ist freilich die Grundfrage, was Rechtsfähigkeit für eine Gesamthand bedeutet, wie weit diese reichen soll. Hier liegt der eigentliche Problemerkern. Das findet Ausdruck nicht zuletzt im Changieren der Terminologie von beschränkter Rechtsfähigkeit über Teilrechtsfähigkeit bis hin zu Vollrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft. Diese Frage ist bis heute vollkommen ungeklärt. Doch liegt hier der zentrale Punkt. Mehr als die dogmatische Frage nach der Rechtsfähigkeit von GbR oder Erbengemeinschaft ist für die Praxis wichtig, wo genau zwischen bloßer Mehrheit natürlicher Personen und juristischer Person die rechtsfähige Gesamthand im Rechtsgefüge verortet sein, was diese „können“ soll, wo die Grenzen ihrer Verselbstständigung<sup>35</sup> liegen. Hatte der Senat dies gesehen und mit seiner Entscheidung verhindern wollen, dass eine zweite Gesamthandsgemeinschaft für rechtsfähig erklärt wird, bevor klar ist, was dies für die erste bedeutet? Damit hätte sich der Senat Verdienste erworben!

<sup>29</sup> In der „Nähe einer werbenden Gesellschaft“ hat die Erbengemeinschaft schon *Ebenroth*, *Erbrecht*, 1992, Rdnr. 721, gesehen; ähnlich *Staudinger/Werner*, Vor § 2032 Rdnr. 3; ähnlich jüngst *Fezzer*, FS Ulmer (2003), 119, 126.

<sup>30</sup> Eingehend *Ann* (Fn. 2), 398 ff.

<sup>31</sup> Vgl. nur OLG Düsseldorf NZG 2001, 746.

<sup>32</sup> Zum Problem der ordnungsgemäßen Verwaltung (bei der Testamentsvollstreckung) grundlegend, *Schmitz*, *Kapitalanlageentscheidungen des Testamentsvollstreckers*, 2002; *ders.* ZERB 2003, 3.

<sup>33</sup> H.M. MünchKomm/Ulmer, § 705 Rdnr. 112, und MünchKomm/K. Schmidt, § 741 Rdnr. 5, beide m.w.N.; ebenso K. Schmidt, ZIP 1998, 2; *Eberl-Borges*, ZEV 2002, 125, 127.

<sup>34</sup> *Ann* (Fn. 2), S 398 ff., 416.

<sup>35</sup> K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 1998, § 8 IV 2.



## Anforderungen an die Unterzeichnung der Niederschrift durch die Beteiligten

### – Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 25.10.2002 – V ZR 279/01 – \*

Von Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

Im Urteil vom 25.10.2002 hat der BGH festgestellt, dass die Unterzeichnung einer notariellen Urkunde nur mit dem Vornamen die Unwirksamkeit der von dem Beteiligten abgegebenen Erklärungen zur Folge hat. Der Autor setzt sich mit diesem Urteil und seinen Konsequenzen kritisch auseinander.

1. Die Frage, welche Anforderungen an die Unterschriften unter einer notariellen Niederschrift zu stellen sind, hat außerordentliche Bedeutung: Fehlt es an einer wirksamen Unterschrift, brauchen tiefgründige inhaltliche Überlegungen nicht angestellt zu werden, das beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft ist ohne weiteres nichtig. Obwohl täglich zigtausend Unterschriften unter notariellen Urkunden geleistet werden, sind Entscheidungen zu den Anforderungen an die Unterschriften selten. Der juristisch nicht vorgebildete Bürger (und anscheinend auch sein Rechtsanwalt) geht wohl davon aus, dass eine von ihm, den anderen Beteiligten und dem Notar „unterschriebene“ Niederschrift nun einmal „unterschrieben“ ist, und auch die Rechtsprechung machte ihm keine große Hoffnung, er könne die Urkunde vielleicht nachträglich mit der Begründung zu Fall bringen, eine Unterschrift sei in Wirklichkeit nur eine Abkürzung oder lasse keine Schrift erkennen oder sei nicht individuell und deshalb unwirksam. Drei Entscheidungen aus jüngerer und jüngster Zeit könnten Vertragspartner, die über einen abgeschlossenen Vertrag nachträglich nicht glücklich sind, ermutigen, ihr Heil doch einmal in der genauen Betrachtung aller geleisteten Unterschriften zu suchen: Das OLG Karlsruhe für die Unterschrift des Anwalts<sup>1</sup>, das OLG Stuttgart<sup>2</sup> und nun der BGH für die Unterzeichnung der notariellen Niederschrift haben festgestellt, dass mit dem Vornamen oder einem vom Vornamen abgeleiteten Schriftzug nicht wirksam unterschrieben werden kann. Da es nicht darauf ankommt wie *nicht* unterschrieben werden kann, sondern wie zu unterschreiben ist, hat der BGH den ersten Teil des Leitsatzes für seine Entscheidung dahin gefasst, dass die Unterzeichnung mit dem Familiennamen erforderlich ist.

2. Diese Entscheidung macht niemand froh, abgesehen vom Beklagten, der den Rechtsstreit gewonnen hat: Das Ergebnis überzeugt nicht, mir scheint, dass die Begründung aus richtigen Feststellungen falsche Konsequenzen zieht und an den entscheidenden Stellen bescheiden ausfällt.

Der richtigen Feststellung, dass § 126 BGB und § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG „verschiedene Zielsetzungen“ zugrunde liegen, weil die Unterschrift unter der notariellen Urkunde keine Identifizierungsfunktion hat, folgen eine Reihe von Darlegungen, die danach gar keine Bedeutung mehr haben dürften: Es wird konzediert, dass Personen mit dem Vornamen wirksam unterzeichnen können, wenn er „die Person des Unterzeichnenden eindeutig kennzeichnet“, also identifiziert, gerade das soll aber bei § 13 BeurkG keine Rolle spielen? Ebenso bedeutungslos ist nach der Prämisse, dass die Unterzeichnung einer notariellen Urkunde keine Identifizierungsfunktion hat, die

richtige Feststellung, der Familienname, nicht der Vorname diene im Rechtsverkehr dazu, eine Person von einer anderen zu unterscheiden: Deshalb wird es § 10 BeurkG und § 26 DONot nicht gerecht, wenn der Notar im Eingang der Urkunde formuliert, „Peter aus München“ habe das Testament errichtet; aber welcher Schluss lässt sich daraus für die Wirksamkeit einer Unterschrift ziehen? Die Antwort ist einfach: keiner! schon gar nicht der, „deswegen (?) „lasse“ sich der Unterzeichnung ... mit dem Vornamen nicht sicher entnehmen, ob der Unterzeichner wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts eintreten will“. Und die lapidare Behauptung, es würde „Zweck und Bedeutung der Unterschrift der Urkundsbeteiligten nicht gerecht“, wenn man die Anforderungen an die Unterschrift unter einer notariellen Urkunde gegenüber der nach § 126 BGB erforderlichen Unterzeichnung mit dem Familiennamen herabsenken würde (ob § 126 BGB so zu interpretieren ist, lasse ich dahingestellt), überrascht nach der als Ausgangspunkt getroffenen Feststellung von der unterschiedlichen Bedeutung der Unterschrift in § 126 BGB und in § 13 BeurkG auch. (Diese Überraschung wird übrigens noch durch die Darlegung gesteigert, beim Anwaltschriftsatz habe die Unterschrift „in erster Linie“ Identifizierungsfunktion und deshalb könne man bei ihr möglicherweise großzügiger sein).

So bleibt der Eindruck, dass sich der Senat an einen Begriff, den der Unterschrift als Unterzeichnung mit dem Familiennamen, klammert, dann nach Begründungen dafür sucht – und über die wiedergegebene Mischung von Behauptungen und Zirkelschlüssen hinaus nichts findet.

3. Den Zweck des Unterschriftserfordernisses der Beteiligten sieht der Senat richtig in der (zusätzlichen) Dokumentation, dass der Beteiligte die entsprechende Willenserklärung abgeben will und damit abgegeben hat. („Zusätzlich“ ist diese Dokumentation, weil § 13 BeurkG insoweit über die parallelen Vorschriften in §§ 160 Abs. 3 Nr. 1, 162, 163 ZPO hinausgeht). Nachdem die Unterschrift unter der notariellen Urkunde keine Identifizierungsfunktion hat, bleibt die Funktion als „Abschluss-“ und „Gültigkeitszeichen“, als formelles Zeichen für die „Perfektion des Willens“<sup>3</sup>, „durch die Unterschrift dokumentieren die Beteiligten, dass sie sich die Erklärungen zurechnen lassen“<sup>4</sup>. Da das Gesetz nicht definiert, was unter dem eigenhändigen Unterschreiben zu verstehen ist, müssen sich die Anforderungen des Unterschreibens nach dem Zweck seiner Anordnung richten: Ausreichend ist jeder schriftliche Ratifizierungsakt, der im weitesten Sinn der Konvention des

\* MittBayNot 2003, 233 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> NJW – RR 2000, 948.

<sup>2</sup> DNotZ 2002, 543; gegen diese Ents. Heinemann, ZNotP 2002, 223 und Kanzleiter, DNotZ 2002, 520.

<sup>3</sup> S. Heinemann, ZNotP 2002, 223, 224 unter Verweis auf seine Arbeit „Neubestimmung der prozessualen Schriftform“, 2002, S. 105 ff.

<sup>4</sup> Limmer in Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, § 13 BeurkG Rdnr. 16.

Unterschreibens genügt<sup>5</sup> (wie im Folgenden noch darzulegen sein wird: bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung zu beurteilen aus der Sicht des Erklärungsempfängers).

Ein objektiver Rechtssatz, dass eine Unterzeichnung mit dem Vornamen unwirksam ist, besteht ja auch nach Auffassung des BGH nicht, wenn „Heino“, „Ernst August“ von Hannover und Bischof „Josef“ wirksam mit dem Vornamen unterschreiben können.

Entscheidend kann nur sein, welchen Schluss die Unterzeichnung mit dem Vornamen in der konkreten Situation der Unterzeichnung einer notariellen Niederschrift auf den Willen des Unterzeichnenden zulässt. Die Antwort dürfte nicht schwer fallen, wenn man sich diese Situation vor Augen führt: Die Urkunde wurde den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und dann, als sie um ihre Unterschrift gebeten wurden, eigenhändig mit einem schriftlichen „Etwas“ versehen. Wo bleiben da die Zweifel, „ob der Unterzeichner wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts eintreten will“?

Da wir uns an einem Berührungspunkt von Verfahrensrecht und materiellem Recht befinden: Sollen mit der Begründung, dass eine rein verfahrensrechtliche Frage zu entscheiden sei, alle Rechtsgrundsätze der Rechtsgeschäftslehre über die Maßgeblichkeit des „Empfängerhorizonts“ außer Acht gelassen werden, wenn wir dem Unterzeichner erlauben, sich mit dem Argument von dem geschlossenen Vertrag zu verabschieden, seiner Unterzeichnung mit dem Vornamen lasse sich nicht sicher entnehmen, ob er „wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts eintreten will“? Und das, obwohl der Unterzeichnung ja die Genehmigung der Niederschrift vorausgegangen ist? (Etwas anderes würde nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abgabe und Wirksamkeit von empfangsbedürftigen Willenserklärungen nur gelten, wenn dem Erklärungsempfänger – im konkreten Fall dem Verkäufer und späteren Kläger – erkennbar war, dass sein Vertragspartner gar nicht wirksam unterzeichnen wollte, wenn er also für den Erklärungsempfänger erkennbar „Nein!“, „Quatsch!“ oder etwas Witziges oder Unflätiges schreiben würde, alles andere hielte sich im Rahmen von § 116 BGB<sup>6</sup>).

4. Wenn man mit ebenso begriffsjuristischen wie sinnlosen Anforderungen an die Unterzeichnung die Unwirksamkeit beurkundeter Rechtsgeschäfte begründet, kommt man in Teufels Küche: Die Rechtssicherheit ist gefährdet – und wenn man die Notare für die Unwirksamkeit verantwortlich macht, besteht die Gefahr der Insolvenz sowohl für die Notare als auch für ihre Haftpflichtversicherungen, sollte sich erst einmal herumgesprochen haben, welche Möglichkeiten hier schlummern.

Weitgehende Einigung besteht dahin, dass auch eine undeutliche, nicht lesbare Unterschrift<sup>7</sup> und eine Unterschrift in

fremden Schriftzeichen<sup>8</sup> wirksam ist, und eine Tatsache ist, dass gerade Personen, die ihre Unterschrift häufig leisten, vielfach undeutlich, nicht lesbar unterschreiben. Was ist, wenn sich die nicht leserliche Unterschrift letztlich als vom Vornamen abgeleitet erweist?<sup>9</sup> Was ist mit der Unterschrift in fremden Schriftzeichen, deren Unterschriftscharakter Geschäftspartner und Notar nicht in Zweifel ziehen, obwohl sie letztlich nicht kontrollieren können, was der Betreffende geschrieben hat?<sup>10</sup> Was ist mit den „kalligraphischen Schöpfungen“, die nicht selten von Ausländern als Unterschrift verwendet werden? Auf der anderen Seite besteht Übereinstimmung darüber, dass die Unterschrift als Ausdruck der Persönlichkeit verfassungsrechtlichen Schutz genießt<sup>11</sup>: Was ist, wenn ein Beteiligter zunächst in der üblichen unleserlichen Weise unterschreibt und dann noch auf Aufforderung des Notars hin seinen Nachnamen in Druckschrift unter die Urkunde schreibt, weil der Notar die Entscheidung verinnerlicht hat und weiß, dass er sich „über die Identität der Beteiligten nicht nur, aber auch zu dem Zwecke zu vergewissern“ hat, „dass er die Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unter dem Beurkundeten zu beurteilen vermag“; ist die Urkunde dann trotzdem und erst recht unwirksam, weil der unleserliche Schriftzug nicht den Nachnamen wiedergibt und dem Namenszug in Druckschrift die Individualität fehlt, weil dieser Namenszug jedenfalls nicht die Unterschrift des Beteiligten ist?<sup>12</sup>

Und das alles bis zur Grenze der Verjährung ohne jede zeitliche Einschränkung? Und auch im Falle des § 311b BGB ohne Heilungsmöglichkeit, weil, nimmt man die Begründung des BGH beim Wort, die betreffende Erklärung nicht nur nicht wirksam beurkundet, sondern nicht abgegeben ist?<sup>13</sup> Und das mit der für den BGH selbstverständlichen Konsequenz, dass sich sowohl derjenige, der so unterzeichnet hat, als auch sein Geschäftspartner jederzeit auf die Unwirksamkeit berufen kann, ohne dass dem der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wegen seines widersprüchlichen Verhaltens entgegengehalten werden könnte?

Greifen wir noch einmal zu dem Beispiel von Frau Rechtsanwältin „L.B.“<sup>14</sup>, bei deren Unterschrift sich nach langer Zeit der unbeanstandeten Praktizierung herausgestellt hat, dass sie vom Vornamen abgeleitet war: Falls sie mit dieser Unter-

<sup>5</sup> Ähnlich Winkler in *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 40; vgl. auch Limmer in *Eylmann/Vaasen*, BNotO und BeurkG, § 13 BeurkG Rdnr. 19 f.

<sup>6</sup> Nach BGHZ 91, 324 hindert sogar das Fehlen des Erklärungsbewusstseins eine Willenserklärung nicht, „wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat.“

<sup>7</sup> Heinemann, Neubestimmung der prozessualen Schriftform, 2002, S. 55 ff. mit Nachw. (insgesamt zur Frage der Unterschrift); Köhler, Festschrift Schippel, 1996, 209, 215; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, § 13 Rdnr. 23; Winkler in *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 39.

<sup>8</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 7), 215 f. mit Nachw.; Heinemann, a.a.O. (Fn. 5), S. 57 mit Nachw.; Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 37.

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, 948; dagegen entschieden und mit Recht *Egon Schneider*, OLG – Rechtsprechung 7/2000, 7 f.

<sup>10</sup> Winkler, a.a.O. (Fn. 7), Rdnr. 37 verlangt, dass die Signatur nach ihrem Erscheinungsbild als – wenn auch in fremden Schriftzeichen abgefasste und daher für den Notar unlesbare – Unterschrift erscheint; resignierender Weise muss man feststellen, dass die Signatur dieses Erscheinungsbild immer vermittelt, wenn der Beteiligte sie als seine Unterschrift bezeichnet, und nach der von mir in diesem Beitrag vertretenen Auffassung ist das völlig unbedenklich und richtig. Die Auffassung, wenn der Notar aufgrund mangelnder Kenntnis nicht die Überzeugung gewinnen kann, dass eine Unterschrift vorliegt, sollte er den Ausländer als schreibunfähig ansehen, damit eine wirksame Beurkundung zustande kommt (*Mecke/Lerch*, BeurkG, § 13 Rdnr. 19 unter Berufung auf OLG Colmar, OLGE 23, 379 von 1911; das Gericht hatte die Unterschrift übrigens als wirksam angesehen), ist anachronistisch.

<sup>11</sup> Köhler, a.a.O. (Fn. 7), S. 215; s. auch Heinemann, ZNotP 2002, 223/226 mit Nachw.; *Egon Schneider*, NJW 1998, 1844, 1845.

<sup>12</sup> Gilt das auch bei der Verwendung „schöner Schreibschrift“?

<sup>13</sup> Stützt man die Unwirksamkeit der Erklärung auf die Erwägung, der Unterzeichnung nur mit dem Vornamen sei nicht sicher zu „entnehmen, ob der Unterzeichner wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts eintreten will“, ist es paradox, ihm die Erklärung mit demselben Inhalt als nicht beurkundete Erklärung zuzurechnen und nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB zu heilen.

<sup>14</sup> OLG Karlsruhe, NJW-RR 2000, 948.

schrift notarielle Urkunden unterschrieben haben sollte, wäre alles – Hauskauf, Ehevertrag, Testament<sup>15</sup> – unwirksam; nur bei der Adoption mag es wegen § 1760 BGB günstiger aussehen, obwohl man von einem „Erklärenden“ i.S. von § 1760 Abs. 2 BGB nach Auffassung des BGH kaum reden kann, weil sie ja nichts erklärt hat.<sup>16</sup>

Man kann nur noch mit *Palmström* hoffen, dass alles ein böser Traum gewesen ist, „weil, so schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf!“ „Nicht sein darf“, dass der

Widerspruch zu den Grundprinzipien der Privatrechtsordnung übersehen wird: Privatautonomie und Grundsatz der Verantwortung führen dazu, dass jeder sich im Rechtsverkehr sein Verhalten zurechnen lassen muss, dass jeden die Verantwortung für sein Handeln gegenüber anderen trifft. Im konkreten Fall kann das doch nur bedeuten: Wer nach der Genehmigung einer notariellen Niederschrift, zur Unterschrift aufgefordert, unter diese Niederschrift etwas schreibt, unterschreibt! (Es sei denn, sein entgegengesetzter Wille wäre erkennbar oder es handelte sich auch bei großzügigster Betrachtung nicht um einen Schriftzug<sup>17</sup>).

<sup>15</sup> § 2247 Abs. 3 S. 2 BGB gilt ja nur für das eigenhändige Testament.

<sup>16</sup> S. Fn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 2002, 520, 524 f.

## Kapitalaufbringung bei der Barkapitalerhöhung der GmbH

Von Notar *Dr. Bernd Wegmann*, Ingolstadt

Voraussetzung für die Eintragung einer Barkapitalerhöhung einer GmbH ist die reale Aufbringung des erhöhten Kapitals. Dem Grunde nach ergibt sich dies ganz eindeutig aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 56 a in Verbindung mit 7 Abs. 2 S. 1 und 3 GmbHG und 57 Abs. 2 GmbHG. Die Praxis hat sich immer wieder damit zu befassen, ob bestimmte Zahlungsweisen die beabsichtigte Tilgungswirkung haben, z.B. Zahlungen, die sich als „Voreinzahlungen“ darstellen<sup>1</sup> oder Zahlungen, bei denen das Problem der „verdeckten Sachkapitalerhöhung“<sup>2</sup> aufgeworfen wird. Mit gleich zwei anderen Fragen zu diesem Problemkomplex hatte sich der BGH in der Entscheidung vom 18.3.2002<sup>3</sup> zu befassen:

1. der Frage, ob die Zahlung auf ein debitorisches Konto der GmbH die Einlageschuld tilgt (nächst. II) und
2. der Frage, welche Auswirkungen der Verlust der geleisteten Einlage hat, wenn die Einlageleistung nach Kapitalerhöhungsbeschluss erfolgte, aber der Verlust vor Eintragung der Kapitalerhöhung auftrat (nächst. III).

### I. Zahlung auf debitorisches Konto

Bei Zahlungen auf debitorische Konten stellt sich die Frage der Tilgungswirkung insofern, als solche Zahlungen liquiditätsmäßig andere Auswirkungen haben können als Zahlungen auf Konten mit Habenstand: bei Konten, die ohnehin einen Habenstand aufweisen, erhöht eine neue Einzahlung die Liquidität der Gesellschaft. Die Geschäftsführung kann frei entscheiden, wie sie diese zusätzliche Liquidität einsetzt. Die Zahlung ist „so gut wie Bargeld“. Bei Zahlungen auf debitorische Konten kann dieser Liquiditätsvorteil fehlen: wenn dadurch lediglich Schulden der Gesellschaft reduziert werden, kann die Geschäftsführung, anders als bei Zahlungen auf Habenkonten, nicht entscheiden, für welche Zwecke das frische Geld eingesetzt werden soll. Zahlungen auf debitorische Konten führen nicht ohne weiteres dazu, dass die Leistungen, wie nach dem Gesetz erforderlich „zur freien Verfügung der Geschäftsführer“ stehen (§ 57 Abs. 2 GmbHG).

Schon vor der Entscheidung des 18.3.2002 stand fest, dass Zahlungen auf debitorische Konten dann Tilgungswirkungen haben, wenn der debitorische Saldo aus einem Rahmenkredit herrührt und nach Rückführung des Kredits durch die Einlageleistung der Rahmen wieder (um den Einlagebetrag erhöht) zur Verfügung steht<sup>4</sup>. In diesem Fall bewirkt die Einlageleistung, dass die Geschäftsführung den Kreditrahmen wieder erhöht aus-

schöpfen kann. Liquiditätsmäßig entspricht dies einer Zahlung auf ein Habenkonto. Die Leistung ist „so gut wie Bargeld“.

Diese bekannte Argumentation erweiterte der BGH in den jüngsten Entscheidungen noch wie folgt:

Tilgungswirkung wird auch einer solchen Zahlung auf ein debitorisches Konto zuerkannt, die nicht aus einem Rahmenkredit herrührt, der wieder zur Verfügung gestellt wird, sondern auf ein Kreditkonto 1 erfolgt, das zurückgeführt wird, ohne erneut ausgegeben zu werden, vorausgesetzt, dass dann ein Kredit 2 mindestens in Höhe des Einzahlungsbetrags zur Verfügung gestellt wird. Auch hier wird derselbe liquiditätsmäßige Vorteil unterstellt wie bei einer Zahlung auf ein Habenkonto.

Dazu wird jedoch Folgendes angemerkt: Richtig ist es, dass die Zurverfügungstellung eines Investitionsdarlehens die selbe Wirkung haben kann wie die Zahlung auf ein Habenkonto. Sie muss es m.E. aber nicht: bei Zahlung auf einem Habenkonto sind die Geschäftsführer in ihrer Entscheidung, wie das Guthaben verwendet wird, völlig frei. Sie können es für bestimmte Investitionszwecke verwenden, für andere Investitionszwecke oder als Reserve. Wenn die Bank ein Investitionsdarlehen nur für einen bestimmten Investitionszweck, nicht aber für andere Zwecke zur Verfügung stellt, wirkt die Bank auf die Entscheidung der Geschäftsführung ein, wie das Geld verwendet wird. Wenn die Bank ablehnt, dass das Darlehen für solche Zwecke verwendet wird, die eigentlich die Geschäftsleitung als vorrangig ansieht, kann nicht mehr argumentiert werden, dass damit der Betrag *zur freien Verfügung der Geschäftsführung* steht. Deshalb ist über die Entscheidung des BGH hinaus zu fordern, dass die Zurverfügungstellung des bestimmten Investitionsdarlehens in Übereinstimmung mit der Investitionsentscheidung der Geschäftsführung stand. Nur dann kann akzeptiert werden, dass der Betrag zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer steht.

<sup>1</sup> S. BGHZ 118, 83, 86 ff.; BGH ZIP 1995, 28; BGH ZIP 1996, 1466 u. bzgl. einer „Sachvorleistung“ BGHZ 145, 150, 1154.

<sup>2</sup> S. etwa BGHZ 135, 381; BGHZ 113, 353, 132, 141, 143 ff.; für die Gründung BGHZ 132, 133, 135 ff.

<sup>3</sup> BGH, MittBayNot 2002, 301 (Heft 4).

<sup>4</sup> BGH NJVV 1991, 226; BGH WM 1991, 454; BayOblLG GmbHR 1998, 736.

## II. „Wertgleiche Deckung“ des Einlagebetrags

Nach der bisherigen Rechtsprechung konnte die Geschäftsführung den geleisteten Einlagebetrag zwar für geschäftliche Zwecke verwenden; es musste aber sichergestellt werden, dass der Wert zum Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung noch vorhanden ist<sup>5</sup>. Dieser „Vorbehalt wertgleicher Deckung“ entsprach den Anforderungen, die bei Gründung einer GmbH aufgestellt wurden. Durch den BGH wird nunmehr dieser Vorbehalt wertgleicher Deckung für die Kapitalerhöhung (anders als für die Gründung der GmbH, wo er nach wie vor gilt<sup>6</sup>) berechtigt aufgegeben. Dies hängt mit der unterschiedlichen Funktion der realen Kapitalaufbringung im Gründungs- und im Kapitalerhöhungsstadium zusammen: Während im Kapitalerhöhungsstadium die Gesellschaft als solche bereits existiert und sich durch die Kapitalerhöhung nur ihre Stammkapitalziffer ändert, hat die reale Kapitalaufbringung in der Gründungsphase auch die Funktion, das rechtliche Gebilde der Vor-GmbH zu transformieren in die entsprechende Körperschaft, die durch das aufgebrachte Kapital in ihrer Existenz legitimiert wird. Eine solche Transformation ist nur gerechtfertigt, wenn die Körperschaft bei ihrer Entstehung mit dem Kapital ausgestattet ist, das der Gesetzgeber für eine Existenz vorsieht. Ein entsprechendes Transformationshindernis muss bei einer Kapitalerhöhung nicht überschritten werden.

Freilich wird durch die Versicherung des Geschäftsführers, wenn sie wie bei Gründung der GmbH dahingehend abgegeben wird, dass sich der Betrag endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung befindet, u.U. gegenüber dem Rechtspublikum ein falscher Eindruck hergestellt: nämlich der Eindruck, dass (wie bei der Gründung) der einbezahlte Betrag zwar vielleicht nicht mehr in der ursprünglichen Form, aber doch noch wertgleich vorhanden ist, während dies bei der

<sup>5</sup> BGHZ 119, 177, 187 f.; Kritik daran etwa *Baumbach/Hueck/Zöller*, GmbHG, § 57 Rdnr. 7b.

<sup>6</sup> BGHZ 80, 129, 143.

Kapitalerhöhung gerade nicht erforderlich ist. Dementsprechend reduziert der BGH dann auch folgerichtig das Erfordernis der Anmeldeversicherung des Geschäftsführers dahingehend, dass es als ausreichend angesehen wird, wenn versichert wird, dass der Einlagebetrag für die Zwecke der Gesellschaft zur endgültigen freien Verfügung an die Geschäftsführung eingezahlt worden ist und in der Folge nicht an den Einleger zurückgezahlt worden ist.

## III. Folgerungen für die Praxis

1. M.E. sollte man in jedem Falle bei einer Kapitalerhöhung davon absehen, mehr versichern zu lassen; durch eine darüber hinausgehende Versicherung, dass sich der einbezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung befindet, kann nämlich ein falscher Rechtschein herbeigeführt werden (s.o.) und können sich unter Umständen Rechtsscheinhaltungen für den Geschäftsführer der Gesellschaft ergeben.
2. Wie bisher ist in denjenigen Fällen, in denen sich aus einem eingereichten Einzahlungsbeleg ergibt, dass die Einzahlung auf Konten mit Debetsalden erfolgen, beim Geschäftsführer nachzuhaken, ob die Einzahlung liquiditätsmäßig der Einzahlung auf einem Habenkonto entspricht. In nicht ganz klaren Fällen wird empfohlen, den Sachverhalt im Rahmen der Versicherung gegenüber dem Registergericht offen zu legen, z.B. in folgender Weise:

Es wird versichert, dass durch A ein Betrag in einer Höhe von 80.000,- EURO auf Konto Nr. ... der Gesellschaft einbezahlt wurde. Konto Nr. ... wies vor Einzahlung einen Minusstand von 80.000,- EURO aus, der durch die Einzahlung ausgeglichen wurde. Die B-Bank stellte jedoch aufgrund des Kontoausgleichs, wie mit der Geschäftsführung verabredet, zum Zweck der Finanzierung eines von der Geschäftsführung angestrebten Maschinenkaufs ein Investitionsdarlehen von 80.000,- EURO zur Verfügung. Der Betrag von 80.000,- EURO wurde deshalb für Zwecke der Gesellschaft zur endgültigen Verfügung an die Geschäftsführung einbezahlt; er wurde in der Folge nicht an A zurückbezahlt.

# Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge in Bayern: Regelung im Grundstückskauf und Grunderwerbsteuer\*

Von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Der bayerische Landesgesetzgeber hat mit Wirkung ab 1.8.2002 Änderungen im Kommunalabgabenrecht beschlossen. Neben der seit 1.1.2002 neu gefassten privatrechtlichen Vorschrift des § 436 Abs. 1 BGB ergeben sich auch durch diese KAG-Änderungen wichtige Auswirkungen für die Gestaltung von Grundstücksverträgen, die der Autor hier erläutert.

## I. Die Gesetzeslage

Die Bebauung von Grundstücken ist nur zulässig, wenn „die Erschließung gesichert ist“<sup>1</sup>. Zur Erschließung gehört mehr als das, was man bei einer Besichtigung erkennen kann, nämlich dass das Grundstück an einer asphaltierten Straße liegt und über einen Wasser- und Kanalanschluss verfügt<sup>2</sup>. Zu den Erschließungsanlagen werden beispielsweise auch Park-

flächen und Grünanlagen sowie Immissionsschutzanlagen gezählt<sup>3</sup>. Diese sind regelmäßig nicht Bestandteil der Besichtigung, die einer Kaufentscheidung für eine Immobilie vorausgeht. Allgemeine Regelungen über die Erschließung enthalten die §§ 123 ff. BauGB. Vorschriften über die Erschließungsbeiträge finden sich in den §§ 127 ff. BauGB. Außerdem ent-

\* Zugleich eine Besprechung von BayVGH, Beschl. v. 26.4.2002 – 6 B 99.44 –, MittBayNot 2003, 240 (in diesem Heft) und BVerwG, Beschl. v. 9.8.2002 – 9 B 35.02 –, MittBayNot 2003, 241 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> § 30 Abs. 1, Abs. 2, § 33 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 S. 1, § 34 Abs. 1 S. 1, § 35 Abs. 1, Abs. 2 BauGB.

<sup>2</sup> Unklar deshalb *Reithmann/Albrecht*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 29.

<sup>3</sup> Vgl. § 127 Abs. 2 Nr. 4 u. 5 BauGB.

halten die Landeskommunalabgabengesetze Vorschriften über die Erhebung von Beiträgen sowie über die Erstattung von Kosten für Grundstücksanschlüsse. In Bayern handelt es sich um Art. 5 KAG und Art. 9 KAG.

Auf Grund einer Änderung des Grundgesetzes durch Gesetz vom 27.10.1994<sup>4</sup> ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Rechts der Erschließungsbeiträge entfallen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG). Das Recht der Erschließungsbeiträge fällt nunmehr in den Bereich der ausschließlichen Landesgesetzgebung. Art. 125a Abs. 1 GG ordnet die Fortgeltung der §§ 127 ff. BauGB als Bundesrecht an, solange der Landesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht. Der Bundesgesetzgeber ist zur Änderung der Art. 127 ff. BauGB nicht mehr befugt. Ob dies auch lediglich redaktionelle Änderungen wie z. B. die Anpassung von § 135 Abs. 3 S. 3 BauGB, in dem noch der Diskontsatz der Deutschen Bundesbank erwähnt wird, betrifft, ist strittig, aber wohl zu verneinen.

Anlässlich eines politisch brisanten Münchener Falls hat der bayerische Gesetzgeber durch Änderungsgesetz vom 27.12.1996<sup>5</sup> in Art. 5a KAG eine Regelung über Erschließungsbeiträge, in der Sache allerdings beschränkt auf die Notwendigkeit von Grünanlagen zur Erschließung von Baugebieten, getroffen (nunmehr Art. 5a Abs. 1 KAG). Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>6</sup> war keine umfassende Novellierung des Erschließungsbeitragsrechts geplant. Allerdings hat der Gesetzgeber (unvorsichtig) seine Detailregelung mit dem Halbsatz begonnen, dass „in Bayern ... Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch (BauGB) mit der Maßgabe erhoben (werden), dass ...“. Hieraus entnimmt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im Wege eines objektiven Auslegungsbefundes, dass es sich um eine konstitutive Verweisung im Sinne einer Geltungsvermittlung des bayerischen Landesrechts handle<sup>7</sup>. Auf die in der Literatur diskutierte Frage der Zulässigkeit partiellen Bundes- bzw. Landesrechts<sup>8</sup>, die auch im Rahmen der Notariatsverfassung der neuen Länder von Bedeutung war<sup>9</sup>, musste das Gericht deshalb nicht mehr eingehen. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>10</sup> hat diese Auslegung des bayerischen Landesrechts gebilligt. Aus diesem Grund ist das Erschließungsbeitragsrecht der §§ 127 ff. BauGB seit 1.1.1997 in Bayern Landesrecht. Probleme für Grundstückskaufverträge, die die Formulierung „Erschließungsbeitragsrecht nach dem BauGB“ enthalten, ergeben sich jedoch nicht; es handelt sich bei dieser Formulierung um die durch das bayerische Landesrecht vermittelte und teilweise modifizierte Regelung der §§ 127 ff. BauGB.

Der bayerische Landesgesetzgeber hat nunmehr mit Gesetz vom 25.7.2002<sup>11</sup> mit Wirkung ab 1.8.2002 Art. 5a KAG um einen Absatz 2 über die vertragliche Übernahme erschließungsbeitragsfähiger Aufwendungen im Rahmen städtebaulicher Verträge ergänzt. Gleichzeitig hat er diese KAG-Novelle zum Anlass genommen, die so genannte „Coburg-Entscheidung“ des BayVG<sup>12</sup>, in der der Herstellungs- und Un-

terhaltsaufwand für die im öffentlichen Straßengrund befindlichen Teile der Hausanschlüsse der Gemeinde auferlegt wurde, zu korrigieren und weitere Änderungen des Kommunalabgabengesetzes zu beschließen. Neben der seit 1.1.2002 neu gefassten privatrechtlichen Vorschrift des § 436 Abs. 1 BGB, der die Verteilung der Erschließungsbeiträge und sonstigen Anliegerbeiträge im Grundstückskauf enthält und allgemein als verfehlt angesehen wird<sup>13</sup>, ergeben sich auch durch die KAG-Änderungen des bayerischen Landesgesetzgebers wichtige Auswirkungen für die Gestaltung von Grundstücksverträgen.

## II. Überblick über die für die Notarpraxis relevanten Änderungen durch die KAG-Novelle 2002

Die Gesetzesänderungen, zu denen eine Vollzugsbekanntmachung angekündigt ist<sup>14</sup>, werden nachfolgend in der Reihenfolge der Gesetzesbestimmungen überblicksmäßig dargestellt:

### 1. Möglichkeit der Kostenspaltung im Straßen- und Ausbaubeitragsrecht

Entsprechend der Regelung in § 127 Abs. 3 BauGB können Kommunen Straßenausbaubeiträge für den Grunderwerb, die Freilegung und für Teile der nicht leitungsgebundenen Einrichtung selbstständig erheben (Art. 5 Abs. 1 S. 6 KAG). Es handelt sich dabei um eine Teilbeitragshebung<sup>15</sup>; sie betrifft die Heranziehungsphase. Teile sind bei Straßen nicht Teilanlagen, sondern Teileinrichtungen der gesamten Anlage.

### 2. Rückzahlung von Vorauszahlungen auf Straßenausbaubeiträge

Nach der bisherigen Gesetzesfassung (Art. 5 Abs. 5 S. 3 KAG) erfolgt bei Vorauszahlungen auf Straßenausbaubeiträge eine Rückzahlung, wenn die Beitragspflicht sechs Jahre nach Erlass des Vorauszahlungsbescheides noch nicht entstanden ist. Nunmehr ist weitere Voraussetzung, dass die Einrichtung bis zu diesem Zeitpunkt auch nicht benutzbar ist. Betroffen von dieser neuen Regelung, die für Vorauszahlungsbescheide gilt, die nach dem 1.8.2002 bekannt gegeben werden, sind vor allem Anlagen, bei denen der Grunderwerb mangels Mitwirkung einzelner Beteiligter nicht vollständig durchgeführt werden kann. Dieser wird sich infolge des § 17 Abs. 2a BeurkG künftig für Kommunen wohl nicht einfacher gestalten. Die Frage, ob es sich dabei um einen Verbrauchervertrag im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB handelt, der zur Anwendung des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG führt, dürfte im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Vorgaben eher sekundär sein. Handelt es sich nämlich beim Verbrauchervertrag um einen typisierten Fall struktureller Ungleichgewichtigkeit, so ist zu beachten, dass Verträge im Vorfeld einer Enteignung einem Verbrauchervertrag nahe kommen. Dies zeigen die verfahrensmäßigen Sicherungen im Enteignungsverfahren. So wird die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch den Eigentümer im Regelfall als erstattungsfähig angesehen<sup>16</sup>.

<sup>4</sup> BGBl. I, 3146.

<sup>5</sup> GVBl., 541

<sup>6</sup> LT-Drs. 13/4553, 3

<sup>7</sup> BayVG, MittBayNot 2003, 240 (in diesem Heft).

<sup>8</sup> Vgl. Wiens, BayVBl. 1998, 481 ff.; Hesse, BayVBl. 1998, 486 f.; Grziwotz in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, vor §§ 123 Rdnr. 17.

<sup>9</sup> Vgl. Grziwotz, AöR 116, 1991, 588 ff.

<sup>10</sup> BVerwG, MittBayNot 2003, 241 (in diesem Heft).

<sup>11</sup> GVBl., 322.

<sup>12</sup> BayVG, BayVBl. 2000, 760 = ZfIR 2001, 151.

<sup>13</sup> S. nur Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 140, u. bereits Grziwotz, NotBZ 2001, 383 f.

<sup>14</sup> Vgl. einstweilen LT-Drs. 14/7334, 9151 u. 9362 sowie Hesse, BayGTzeitung 2002, 320 ff.

<sup>15</sup> S. nur Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 20 Rdnr. 1.

<sup>16</sup> Vgl. nur § 121 Abs. 2 S. 2 BauGB sowie hierzu BGHZ 61, 240/250 u. Breuer in Schröder (Hrsg.), BauGB, 6. Aufl. 1998, § 121 Rdnr. 29.

### 3. Grundstücksanschlüsse in Anliegerregie und Ablösung

Art. 9 Abs. 5 KAG enthält die „Korrektur“, die Motiv für die KAG-Novelle war. Den Kommunen ist es nunmehr gestattet, die Anliegeranschlüsse in die öffentliche Einrichtung einzubeziehen oder die im öffentlichen Straßengrund liegenden Anschlüsse im Anliegermodell, das heißt unter Kostentragung der Grundstückseigentümer, durchzuführen.

Auch im Rahmen der Kostenerstattung für Grundstücksanschlüsse sind nunmehr Ablösungsverträge gegen eine angemessene Gegenleistung zulässig. Das Nähere regelt die Abgabebesatzung (Art. 9 Abs. 4 S. 1 u. 2 KAG). Diese Art. 5 Abs. 9 S. 1 und 2 KAG entsprechende Regelung dürfte entsprechend dem Zweck der Ablösung nur so lange gelten, bis der Erstattungsanspruch entsteht. Die Ablösungsvereinbarung muss zudem den satzungsmäßigen Vorgaben entsprechen. Ablösungsvereinbarungen, die dem nicht genügen, sind nichtig. Insofern wird auch eine absolute Missbilligungsgrenze anzuerkennen sein<sup>17</sup>, wenn der Erstattungsbetrag das Doppelte, mehr als das Doppelte oder weniger als die Hälfte des vereinbarten Ablösungsbetrags ausmacht.

### 4. Beitragsstundung für landwirtschaftlich genutzte Grundstücke

Art. 13 Abs. 3 Satz 2 KAG sieht nunmehr eine Stundungsmöglichkeit bei leitungsgebundenen Einrichtungen für überbaute Grundstücke, deren landwirtschaftliche Nutzung weiterhin notwendig ist, vor<sup>18</sup>. Davon ausgenommen ist der auf das Wohnen entfallende Beitragsteil. Betroffen sind nicht nur künftig ergehende Beitragsbescheide, sondern auch Beitragsforderungen, die vor dem 1.8.2002 entstanden sind, wenn der Beitrag noch nicht entrichtet wurde oder wenn er zwar entrichtet wurde, aber der Beitragsbescheid oder die Entscheidung über eine Stundung vor diesem Stichtag noch nicht unanfechtbar geworden ist. Bei der Sicherung der gestundeten Forderung durch ein Grundpfandrecht ist weiterhin § 54 GBO zu beachten<sup>19</sup>.

### 5. Verträge im Beitragsrecht?

Nach bisher überwiegender Auffassung sind Verträge im Beitragsrecht nur dort zulässig, wo sie das Gesetz ausdrücklich vorsieht<sup>20</sup>. Typisches Instrument im Beitragsrecht ist der Bescheid, nicht der Vertrag<sup>21</sup>. Er soll Beitragsgerechtigkeit garantieren. Nicht zuletzt aus diesem Grund wurden verdeckte Ablösungen, d. h. ein Bauplatzverkauf durch eine Kommune zu einem Festpreis „inklusive Erschließung“ für nichtig gehalten<sup>22</sup>. Eine Heilung nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB (früher § 313 S. 2 BGB a. F.) tritt auch durch den Grundbuchvollzug nicht ein. In der juristischen Literatur wurde hierzu diskutiert, ob § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB, der die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen bei städte-

baulichen Maßnahmen, die Voraussetzung oder Folge eines geplanten Vorhabens sind, zulässt, auch Erschließungsbeiträge erfasst oder ob diesbezüglich die Regelung des Erschließungsvertrages (§ 124 BauGB) eine Sondervorschrift darstellt<sup>23</sup>.

Der bayerische Landesgesetzgeber hat in diese Diskussion nunmehr autoritativ eingegriffen, indem er in Art. 5 Abs. 9 S. 3 KAG die vertragliche Übernahme beitragsfähiger Aufwendungen als möglich ansieht. Dasselbe soll hinsichtlich erschließungsbeitragsfähiger Aufwendungen gelten (Art. 5a Abs. 2 KAG). Schließlich sieht auch Art. 9 Abs. 4 S. 3 KAG die Übernahme erstattungsfähiger Aufwendungen für Grundstücksanschlüsse durch einen städtebaulichen Vertrag vor. Bei sämtlichen Regelungen wird auf die entsprechende Anwendung des § 11 BauGB verwiesen. Es gelten somit insbesondere die Kriterien der Kausalität, der Angemessenheit und der verbotenen Koppelung bei Bestehen eines Anspruchs auf die Leistung der Behörde. Für die Verträge gilt ferner die Schriftform, soweit nicht wegen der Veräußerung oder des Erwerbs eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist. Mit dieser Regelung sollte „das Instrument des städtebaulichen Vertrages, wie beim Erschließungsbeitragsrecht auch für das KAG möglich sein und abgesichert werden.“<sup>24</sup> Es geht deshalb nicht um eine landesgesetzgeberische Klarstellung zu einer bundesrechtlichen Norm, für die die Kompetenz fehlen würde<sup>25</sup>, sondern wohl um eine landesgesetzgeberische Zulassung von Verträgen im Recht der leitungsgebundenen Beiträge, der Straßenausbaubeiträge, der Erschließungsbeiträge und der Kostenerstattungen für Grundstücksanschlüsse unter Verweisung auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 11 BauGB.

Zweifelhaft ist die landesgesetzgeberische Kompetenz hierzu, wenn man § 124 BauGB als *lex specialis* gegenüber § 11 BauGB ansieht. Der bayerische Landesgesetzgeber hat zwar die Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung der Erschließungsbeiträge, nicht aber diejenige zur Regelung des Erschließungsrechts. Ist § 124 BauGB, wofür seine Stellung spricht, eine Regelung des Erschließungsrechts, so besteht weiterhin die Streitfrage, ob es sich um eine abschließende Regelung handelt oder nicht. Hierzu liefert der bayerische Landesgesetzgeber einen Diskussionsbeitrag in Gesetzesform.

Unklar bleibt das Verhältnis der „städtebaulichen“ Vereinbarungen zur Ablösungsregelung. Fraglich ist ferner, inwieweit die rechtsstaatliche Idee der Abgabengleichheit durch Verträge durchbrochen werden kann. Diese im Bereich der Erschließungsverträge hinsichtlich der gemeindlichen Eigenbeteiligung noch nicht höchstrichterlich geklärte Streitfrage<sup>26</sup> gewinnt vor dem geschilderten Hintergrund Bedeutung für die Gestaltung von Immobilierverträgen. Es stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Neuregelung nunmehr verdeckte Ablösungen und einen Beitragsverzicht zu Gunsten einzelner abgabepflichtiger Personen zulässt, oder ob zumindest neben der „Bescheidsabrechnung“ eine vertragliche Regelung hinsichtlich der Übernahme der gemeindlichen Eigenbeteiligung zulässig ist. Außerdem ist unklar, inwieweit der Gleichbehandlungsgrundsatz zu einem Vertragsabschluss zwingen kann und auch den Vertragsinhalt bestimmt.

<sup>17</sup> Vgl. BVerwGE 87, 77/80 ff. = NVwZ 1991, 1096.

<sup>18</sup> Vgl. auch Art. 5 Abs. 2 S. 5 KAG, der ein Beitragsprivileg für Gebäude- und Gebäudeteile ohne Anschlussbedarf enthält und der ebenfalls – neben Gewerbebetrieben – vor allem Landwirten zugute kommt.

<sup>19</sup> Vgl. Ertl, Rpfleger 1980, 1/6.

<sup>20</sup> S. nur BVerwGE 49, 125/128; BVerwGE 79, 163/166; BVerwGE 82, 215/218 u. BVerwGE 84, 183/188 = MittBayNot 1990, 196/197.

<sup>21</sup> Vgl. § 155 Abs. 1 S. 1 u. 2 AO.

<sup>22</sup> BVerwGE 84, 183/188 = MittBayNot 1990, 196/197.

<sup>23</sup> Vgl. einerseits Birk in vhw (Hrsg.), Der Vertrag im Städtebaurecht, 2001, S. 43 ff. u. andererseits Schmidt-Eichstaedt, ebenda, S. 49 ff.

<sup>24</sup> So Schreck in der Zweiten Lesung v. 11.7.2002 des Bayer. Landtags, Plenarprotokoll 14/93 S. 6735.

<sup>25</sup> So aber Hesse, BayGTzeitung 2002, 320/323.

<sup>26</sup> S. nur Löhrl in Battis/Krautzberger/Löhrl, BauGB, 8. Aufl. 2002, § 124 Rdnr. 8 u. instruktiv Weyreuther, UPR 1994, 121 ff.

Im Rahmen der Geltung der Vorschriften des europäischen Rechts ist jedenfalls bei einem Beitragsverzicht unter Überschreitung der Schwellenwerte eine Notifizierung erforderlich<sup>27</sup>. Aber auch unterhalb dieser Grenze dürfte aus Gründen der Abgabengleichheit durch die KAG-Novelle keine abgabenrechtliche Vertragsfreiheit statuiert worden sein. Art. 5a Abs. 2 KAG hat im Wesentlichen wohl nur die Vertragsform als zulässig statuiert, nicht aber eine abgabenrechtliche Vertragsfreiheit eingeführt. Bis zum Vorliegen einer diesbezüglichen Rechtsprechung sind die Gemeinden deshalb gut beraten, den (halbwegs) sicheren Weg der bisher anerkannten Vertragsgestaltungen zu wählen. Für eine Vertragsgestaltung, die auf der Neuregelung basiert, empfiehlt es sich, diese nicht mit den übrigen Vereinbarungen in der Urkunde zu vermischen, so dass bei Nichtigkeit eine entsprechende Auffangregelung an die Stelle der unwirksamen Bestimmung treten kann. Beispiel ist eine unwirksame Vereinbarung über Erschließungsbeiträge für eine bestimmte Maßnahme, mit der ohne Bestehen von Ablösebestimmungen die Erschließungsbeitragspflicht vertraglich geregelt werden soll. Sollte diese Vereinbarung nichtig sein, könnte hilfsweise geregelt werden, dass die geleisteten Zahlungen auf die sodann nach den gesetzlichen Vorschriften zu erhebenden Beiträge als vertraglich vereinbarte Vorausleistungen anzurechnen und mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen sind.

#### Musterformulierung:

Sollte die vorstehende vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Übernahme der Erschließungsbeiträge unwirksam sein, wird hierdurch die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen nicht berührt. Die geleisteten Zahlungen sind sodann auf die gesetzlich zu erhebenden Beiträge als vertraglich vereinbarte Vorauszahlungen anzurechnen.

### III. Erschließungspflicht, Erschließungsbeitragsrecht und Grunderwerbsteuer

#### 1. Vertraglicher Anspruch auf Durchführung der Erschließung

Ein Anspruch auf Erschließung besteht grundsätzlich nicht (§ 123 Abs. 3 BauGB). Allerdings sieht das Gesetz vor, dass die Gemeinde bei Bestehen eines qualifizierten Bebauungsplans die Erschließung selbst durchführen muss, wenn sie das zumutbare Angebot eines Dritten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung vorzunehmen (§ 124 Abs. 3 S. 2 BauGB). Die Rechtsprechung hat weitere Fälle geregelt, in denen sich die latente Erschließungspflicht der Gemeinde zu einer aktuellen verdichten kann<sup>28</sup>. Zulässig ist es auch, dass sich eine Gemeinde vertraglich gegenüber einem Eigentümer oder Vorhabenträger verpflichtet, die Erschließung durchzuführen. Anders als § 2 Abs. 3 2. Hs. BauGB, der Vereinbarungen über den Erlass von Bebauungsplänen für unzulässig erklärt, lässt § 123 Abs. 3 BauGB derartige Vereinbarungen zu<sup>29</sup>.

#### Musterformulierung:

Die Gemeinde verpflichtet sich gegenüber dem Käufer, die im rechtsverbindlichen Bebauungsplan „Weinberg-West“ festgesetzten Erschließungsanlagen im Sinne des § 127 Abs. 2 BauGB bis spätestens zum Ablauf des (Datum) in der Weise fertig zu stellen, dass die Erschließungsanlagen benutzbar (§ 123 Abs. 2 BauGB) sind.

#### 2. Konsequenzen des landesrechtlichen Erschließungsbeitragsrechts

Nachdem das Erschließungsbeitragsrecht Landesrecht ist, wenn der jeweilige Landesgesetzgeber von seiner ihm eingeräumten Kompetenz Gebrauch macht, muss – wie bisher im Recht der Anliegerbeiträge – bei Gestaltung eines Kaufvertrages das jeweilige Landesrecht beachtet werden. Allerdings hat derzeit – soweit ersichtlich – außer Bayern kein Bundesland von der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Sofern dies jedoch der Fall ist bzw. sein wird, können sich nicht nur durch die Gesetzgebung, sondern auch durch die Rechtsprechung wesentliche Unterschiede ergeben. So entsteht beispielsweise nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>30</sup> die Erschließungsbeitragspflicht bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke erst zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung bzw. der Begründung eines Erbbaurechts zu Gunsten eines Dritten. Anders ist dies dagegen im Rahmen des Art. 5 KAG; hier können Gemeinden selbst Beitragsschuldner sein<sup>31</sup>. Wenn diese Rechtsprechung auch auf Erschließungsbeiträge angewandt wird, hat dies Auswirkungen auf Grundstücksveräußerungsverträge von Kommunen.

Da eine derartige Rechtsprechung nicht auszuschließen ist, empfiehlt sich bereits jetzt bei Teilflächenverkäufen von Gemeinden, die bisherige Regelung bei KAG-Beiträgen auch auf die Erschließungsbeiträge zu erweitern. Solange bisher von Erschließungsbeiträgen nach dem BauGB im Rahmen der Erschließungsbeitragsklausel gesprochen wird, kann Art. 5a KAG ergänzt werden.

#### Musterformulierung zur Bescheidslösung im „normalen“ Grundstückskauf:

Erschließungsbeiträge nach §§ 127 ff. BauGB, Art. 5a KAG, für die ein Bescheid ab heute zugestellt wird, hat der Erwerber zu tragen ...“

#### Musterformulierung zum Verkauf eines Grundstücks durch eine Gemeinde:

Erschließungsbeiträge nach §§ 127 ff. BauGB, Art. 5a KAG, Beiträge nach Art. 5 KAG sowie Kostenerstattungsforderungen nach Art. 9 KAG und §§ 135a ff. BauGB sind im Kaufpreis nicht enthalten; diese sind vielmehr vom Erwerber zu bezahlen. Dies gilt auch für Vorausleistungen. Sollte auf Grund gesetzlicher Vorschriften ein Beitragsbescheid noch der Gemeinde zugestellt werden müssen, hat diese Kosten der Erwerber zusätzlich zum Kaufpreis in der gesetzlichen und satzungsmäßigen Höhe<sup>32</sup> zu tragen und diese nach Zusendung einer Ablichtung des Bescheides zusammen mit dem Kaufpreis bzw., falls dieser bei Zugang der vorgenannten Bescheidsablichtung bereits bezahlt sein sollte, innerhalb von zehn Tagen nach dem Zugang der Ablichtung des Bescheides zinslos zu entrichten.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 87 ff. EGV; s. dazu nur Geiger, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 87 EGV Rdnr. 7 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Gloria, NVwZ 1991, 720 ff. u. Kothe, BWGZ 1994, 169 ff.

<sup>29</sup> BVerwGE 88, 166 = NVwZ 1991, 1086/1087 u. Grziwotz in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 123 Rdnr. 29f.

<sup>30</sup> BVerwG, DVBl. 1984, 188 u. BVerwG, NVwZ 1985, 912.

<sup>31</sup> BayVGH, BayVBl. 1986, 84/85 u. BayVGH, KStZ 1988, 144; vgl. auch OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 42.

<sup>32</sup> Dies soll dem Erwerber die Möglichkeit geben, dass er die Höhe der Beiträge als Kaufpreisteil gerichtlich überprüfen lässt, obwohl er keine Möglichkeit zur Einlegung eines Widerspruchs gegen den nicht an ihn gerichteten Beitragsbescheid hat. Die Formulierung erfasst gleichzeitig auch eine künftige Rechtsprechungsänderung, die in Ziff. 3 behandelt wird.

### 3. Beiträge und Grunderwerbsteuer

Erschließungs- und Anliegerbeiträge sind grundsätzlich nur dann grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistungen, wenn der Erwerber eine bereits entstandene Beitragsschuld übernimmt<sup>33</sup>. Entsteht die Beitragspflicht erst beim Erwerber, so handelt es sich um keine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Gegenleistung<sup>34</sup>. Dies war bisher beim Verkauf gemeindeeigener Grundstücke hinsichtlich der Erschließungsbeiträge nach § 127 ff. BauGB stets der Fall. Das Gegenteil galt dagegen hinsichtlich der KAG-Beiträge in Bayern, wenn die Beitragsschuld noch bei der Gemeinde entstand<sup>35</sup>. Sollte sich nunmehr die Rechtsprechung zur Beitragspflicht der Gemeinde nach dem Landesrecht auch bei den Erschließungsbeiträgen ändern, so tritt für die Erwerber eine grunderwerbsteuerliche Mehrbelastung ein, die die Kommunen nur dadurch verhindern können, dass sie ein Entstehen der sachlichen Beitragspflicht solange hinausschieben, bis der neue Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

<sup>33</sup> Vgl. zum so genannten Erschließungskostenerlass FinMin Rh-Pf, DB 1989, 2100 u. FinMin Sachsen, DStR 1993, 1331 sowie Grziwotz, DStR 1994, 1014 ff.

<sup>34</sup> Vgl. auch BFHE, 194, 452 = MittBayNot 2001, 499 = ZfIR 2001, 773 u. BFH, ZfIR 2001, 853.

<sup>35</sup> FinMin Bayern DB 1990, 1696; so bereits Grziwotz, DB 1990, 1694 f.

Inwieweit in städtebaulichen Verträgen getroffene Vereinbarungen über Kostenerstattungen hinsichtlich der Erschließungs- und Anliegerbeiträge grunderwerbsteuerrechtlich als Gegenleistung zu werten sind, ist zudem fraglich. Hierzu vertritt das Bayerische Staatsministerium der Finanzen<sup>36</sup> die Ansicht, dass bei der Übernahme von Kosten keine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Gegenleistung vorliegt. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist jedoch in dieser Pauschalität kaum haltbar. Beispiel ist – die problematische Zulässigkeit dieser Vereinbarung einmal unterstellt – die Übernahme des gemeindlichen Eigenanteils durch einen Investor zusätzlich zu den per Bescheid erhobenen Beiträgen im Wege des Vertrages nach Art. 5a Abs. 2 KAG in einem Grundstückskauf mit der Gemeinde. Würde die Gemeinde das Grundstück um den Betrag des Eigenanteils teurer verkaufen, so würde unstrittig eine grunderwerbsteuerrechtlich relevante Leistung vorliegen. Ob die Deklaration als Kostenerstattung zu einer anderen Beurteilung führen kann, erscheint problematisch. Wäre dies richtig, müssten auch andere Kosten für städtebauliche Maßnahmen wie z. B. die Freilegung, die Beseitigung von Bodenverunreinigungen und Altlasten sowie die Vermessung als Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ausscheiden. Dies ist allerdings, soweit ersichtlich, noch nicht vertreten worden.

<sup>36</sup> FinMin Bayern, ZIR 2000, 412.

## Zur Behandlung grunderwerbsteuerlicher „Bagatellfälle“ bei mehreren Veräußerern und Erwerbern

Von Notarassessor Arne Everts, Eggenfelden

Bei der Anwendung der Freigrenze nach § 3 Nr. 1 GrEStG auf mehrere Veräußerer und Erwerber hat ein stiller Paradigmenwechsel durch bundeseinheitlich abgestimmte Erlasse der obersten Länderfinanzbehörden stattgefunden<sup>1</sup>. Die steuerliche und notarielle Praxis hat zu der geänderten Verwaltungsauffassung bislang nicht Stellung bezogen. Die neue Handhabung bringt – relativ gesehen – erhebliche steuerliche Nachteile mit sich und ist mit der Struktur des GrEStG unvereinbar. Sie fordert damit zugleich eine entsprechend reagierende Vertragsgestaltung durch den Notar heraus, die dem Bürger die Steuervorteile im bisherigen Umfang weitestgehend erhält.

### I. „Bagatellkäufe“ in der notariellen Praxis

Nach § 3 Nr. 1 GrEStG ist der Erwerb eines Grundstücks grunderwerbsteuerfrei, wenn der für die Berechnung der Steuer maßgebende Wert 2.500,- € nicht übersteigt. Derartige „Bagatellfälle“ sind in der notariellen Praxis, entgegen dem ersten Anschein, durchaus keine Seltenheit. Kleinere Straßengrundabtretungen sowie Arrondierungen landwirtschaftlichen Grundbesitzes, aber auch der Erwerb geringwertigeren Teileigentums, wie zum Beispiel die isolierte Veräußerung eines Tiefgaragenstellplatzes, zwingen häufig zu einer gedanklichen Befassung mit dieser Vorschrift, zumal in ländlich geprägten Notariaten. Die Zahl der steuerlich potenziell relevan-

ten Fälle steigt mit der Zahl der Vertragsbeteiligten. Für den Fall der Grundstücksübertragung von Ehegatten auf eine Einzelperson oder auf ein anderes Ehepaar konnte bislang Grundbesitz im Wert von 5.000,- € bzw. sogar 10.000,- € insgesamt grunderwerbsteuerfrei übertragen werden. Dies können, je nach den geltenden Bodenrichtwerten, ganze Äcker von einigen tausend Quadratmetern sein. Speziell für den oder die Erwerber ist die damit verbundene Frage, ob hierauf im Extremfall noch 175,- € bzw. 350,- € an Grunderwerbsteuer gezahlt werden sollen oder nicht, durchaus von wirtschaftlicher Bedeutung. In aller Regel wird bei Rechtsgeschäften dieser Art und Dimension kein Steuerberater eingeschaltet. Es ist auch im geringwertigen Bereich zwar nicht die Aufgabe des Notars, den Steuerberater zu ersetzen. Bei der Grunderwerbsteuer erwartet das Publikum in der Regel jedoch eine erhöhte Sensibilität des Notars. Gesprächsbedarf vor dem Hintergrund der geänderten Verwaltungsauffassung besteht grundsätzlich dann, wenn die Beteiligten sich „zufällig“ auf einen Kaufpreis von 2.500,- €, 5.000,- € o.ä. geeinigt

<sup>1</sup> Für Bayern s. den Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, Gz. 36 – S 4540 – 017 – 23871/02, MittBayNot 2002, 322, sowie das ergänzende Schreiben vom 15.11.2002, Gz. 36 – S 4540 – 017 47604/0, MittBayNot 2003, 244 (in diesem Heft).



haben. Im Übrigen ist eine Erörterung der Problematik mit den Beteiligten jedenfalls eine Frage des Service und der damit verbundenen Außenwirkung, die sich umso stärker stellt, als die Notargebühren in diesem Segment überproportional hoch sind. Allerdings sind die möglichen Folgen für die Vertragsgestaltung, die sich aus dieser Erörterung ergeben können<sup>2</sup>, teilweise gravierend.

## II. Rechtliche Behandlung der „Bagatellfälle“ – alt und neu

Bislang wurde für die Frage nach der Ausschöpfung der Grunderwerbsteuerfreigrenze bei mehreren Veräußerern und Erwerbern eine dem Zweck des GrEStG entsprechende „wirtschaftliche“ Betrachtungsweise an den Tag gelegt. Die Freigrenze konnte danach grundsätzlich so oft ausgenutzt werden, wie Miteigentum veräußernde und/oder erwerbende Personen auf beiden Seiten vorhanden waren. Veräußerten daher A und B den ihnen je zur ideellen Hälfte gehörenden Grundbesitz an C zu Alleineigentum, so kam die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG insgesamt zweimal zur Anwendung, d. h. ein Kaufpreis<sup>3</sup> bis zu 5.000,- € blieb steuerfrei, unabhängig davon, ob A und B nun jeweils ihre Miteigentumsanteile oder – in der Praxis selbstverständlich – sogleich das ganze Grundstück verkauften<sup>4</sup>. Das galt auch im umgekehrten Fall (C verkauft sein Alleineigentum je zur Hälfte an A und B). Verkauften A und B nun den Grundbesitz an C und D zu gleichfalls hälftigem Miteigentum, so wurden in der Rechtsprechung vier Erwerbsvorgänge angenommen, ebenso unabhängig von der Ausgestaltung im Einzelnen<sup>5</sup>. Diese Betrachtung (A veräußert grunderwerbsteuerlich sein Miteigentum je hälftig an C und D, desgleichen B, so dass grunderwerbsteuerlich betrachtet insgesamt 4-mal  $\frac{1}{4}$  Miteigentumsanteile übergehen) führte dazu, dass in diesen Fällen Grundbesitz bis zu einem Kaufpreis von 10.000,- € steuerfrei übertragen werden konnte<sup>6</sup>. Das galt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch für in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten, sowohl auf Veräußerer- als auch auf Erwerberseite<sup>7</sup>.

Dieser grunderwerbsteuerspezifischen Sicht der Dinge wird indes in der Literatur sowie teilweise in der Finanzverwaltung seit jeher widersprochen<sup>8</sup>. Nach dieser Gegenmeinung soll es bei einer Veräußerung eines im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücks als Ganzes nur auf die Zahl der Erwerber ankommen können. Über das Grundstück im Ganzen könnten die Miteigentümer nämlich nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747 S. 2 BGB)<sup>9</sup>. Um weiterhin den gewünschten

steuerlichen Vorteil voll ausschöpfen zu können, müssten daher individuelle Vereinbarungen unter den Vertragsteilen, gleichsam entlang der Miteigentumsanteile, getroffen werden. Wegen der Beschränkung des § 1419 Abs. 1 BGB soll dies – erst recht – auch für die Fälle gelten, in denen in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten verfügen<sup>10</sup> und könne eine mehrfache Ausnutzung der Freigrenze nur über eine kombinierte Aufspaltungs- und Zustimmungslösung im Hinblick auf das Gesamthandseigentum erfolgen<sup>11</sup>.

Diese Sichtweise haben sich nunmehr auch die Finanzverwaltungen der Länder in bundesweiter und bundeseinheitlicher Abstimmung zu Eigen gemacht. Das hat zur Folge, dass in den eingangs geschilderten Fällen eine Grunderwerbsteuerfreiheit nicht mehr im bisherigen Umfang gegeben ist: Veräußern A und B den ihnen je zur Hälfte gehörenden Grundbesitz insgesamt an C, so fällt jetzt Grunderwerbsteuer an, wenn der Kaufpreis 2.500,- € übersteigt<sup>12</sup>. Veräußern die Miteigentümer an zwei Erwerber C und D ebenfalls zu hälftigem Miteigentum, so bleibt nicht, wie bisher, ein Kaufpreis von bis zu 10.000,- €, sondern nur noch von höchstens 5.000,- € steuerfrei<sup>13</sup>. Letzteres gilt laut Ergänzungsschreiben des Bayerischen Finanzministeriums auch in den Fällen des Erwerbs von und durch Eheleute, die in Gütergemeinschaft leben<sup>14</sup>.

## III. Kritik

### 1. Der Erwerb im Grunderwerbsteuerrecht

Der neuen Auffassung der Finanzverwaltung ist zu widersprechen. Bei der Auslegung des § 3 Nr. 1 GrEStG ist seinem Wortlaut entsprechend abzustellen auf den „Erwerb“, d. h. darauf, was der jeweilige Veräußerer grunderwerbsteuerlich verliert bzw. darauf, was der jeweilige Erwerber grunderwerbsteuerlich erhält<sup>15</sup>. Grunderwerbsteuerlich gelten Miteigentumsanteile jedoch als Grundstücke<sup>16</sup>, so dass jeder Erwerb eines Miteigentumsanteils grundsätzlich für sich gesehen einen Grunderwerbsteueratbestand erfüllt und daher auch für die Freigrenze nach § 3 Nr. 1 GrEStG als selbstständiger Steuerfall zu beurteilen ist<sup>17</sup>. Wenn nun mehrere Miteigentümer sich verpflichten, das Grundstück auf einen Erwerber zu Alleineigentum zu übertragen, so gibt jeder Verkäufer in diesem Fall nur seinen Anteil auf, gleich, ob das Grundstück im Ganzen veräußert wird oder ausdrücklich die einzelnen Miteigentumsanteile<sup>18</sup>. Korrespondierend hierzu ist die Sicht des Erwerbers, der ebenfalls aus seiner Sicht, wenn mehrere Personen erwerben, nur seinen Anteil erhält. Im zuvor angeführten zweiten Beispiel veräußern zwei Miteigentümer – grunderwerbsteuerlich – ihre Miteigentumsanteile an zwei andere Personen, die ihrerseits Miteigentumsanteile er-

<sup>2</sup> S. hierzu unten IV.

<sup>3</sup> Aus Vereinfachungsgründen und aufgrund der Äquivalenzvermutung wird im Folgenden stets der Kaufpreis als für die Besteuerung maßgeblicher Wert (§ 8 GrEStG) herangezogen.

<sup>4</sup> *Boruttau/Sack*, GrEStG, 15. Aufl. 2002, § 3 Rdnr. 81 a. E.; in diese Richtung auch *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, Leitfaden für Praktiker, S. 17.

<sup>5</sup> BFH, BStBl. III 1957, 213. Das Urteil bezog sich zwar auf in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten, die Begründung baut aber auf dem gemeinschaftlichen Eigentum auf.

<sup>6</sup> *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 17.

<sup>7</sup> BFH, BStBl. III 1953, 343; 1956, 364; 1957, 213; II 1995, 174.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Hofmann/Hofmann*, GrEStG, 7. Aufl. 2001, § 3 Rdnr. 5; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 2. Aufl. 1999, § 3 Rdnr. 21; Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 4.9.1991 – S 4500/12 –, in: UVR 1992, S. 94; differenzierend *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 82, für den Fall des gemeinschaftlichen Erwerbs von mehreren Veräußerern, allerdings im Widerspruch zu seiner eigenen, unter Fn. 4 zitierten Auffassung.

<sup>9</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 21; *Hofmann/Hofmann*, § 3 Rdnr. 5.

<sup>10</sup> *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 88; *Hofmann/Hofmann*, § 3 Rdnr. 5; *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 22.

<sup>11</sup> So *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 22, näher hierzu s. unten IV.

<sup>12</sup> Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322, Bsp. Nr. 1.

<sup>13</sup> Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322, Bsp. Nr. 3.

<sup>14</sup> Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.11.2002, MittBayNot 2003, 244 (in diesem Heft).

<sup>15</sup> *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 81; ausführlich zum Erwerbsbegriff *Boruttau/Fischer*, § 1 Rdnr. 2 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BFH, HFR 1964, 325; *Pahlke/Franz*, § 2 Rdnr. 7; *Hofmann/Hofmann*, § 1 Rdnr. 26.

<sup>17</sup> *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 81, § 13 Rdnr. 72; vgl. auch *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 16 f.

<sup>18</sup> *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 81.

werben, und zwar von beiden Erwerbern. § 3 Nr. 1 GrEStG kommt demnach insgesamt viermal zur Anwendung, selbst wenn das Grundstück als Ganzes veräußert wird<sup>19</sup>. Unschädlich ist, dass ohne Aufspaltung in einzelne Anteilsveräußerungen möglicherweise *bürgerlich-rechtlich* nicht eindeutig bestimmt werden kann, von welchem Miteigentümer der jeweilige Anteil erworben wird.

Folgerichtig kommt es auch nicht auf die Reichweite von Verfügungsbefugnissen an. § 747 S. 2 BGB und § 1419 BGB sind für das Grunderwerbsteuerrecht insoweit unerheblich. Diese Vorschriften befassen sich lediglich mit „Verfügungen“ einschließlich etwaiger Begrenzungen ihrer Vornahme, enthalten aber über das Miteigentum bzw. Gesamthandseigentum selbst keine Bestimmungen<sup>20</sup>. Darüber hinaus ist Anknüpfungspunkt für die Besteuerung aus rechtstechnischen Gründen das *Verpflichtungsgeschäft* (sofern es vorhanden ist), auch wenn den Besteuerungsgrund in erster Linie der Eigentumsübergang selbst bildet<sup>21</sup>.

## 2. Zur Kontinuität der gesetzlichen Grundlagen

Diesen Bruch mit der bisherigen Praxis und der sie tragenden Rechtsprechung des BFH hat auch die Verwaltung erkannt und rechtfertigt ihn mit der Aussage, das BFH-Urteil vom 10.4.1957<sup>22</sup> sei überholt<sup>23</sup>. Hierin liegt indes noch keine Begründung, sondern zunächst einmal eine bloße Behauptung. Anders wäre dies nur, wenn das GrEStG 1983<sup>24</sup> zu seinen Vorgängern in den hier interessierenden Bereichen strukturelle Veränderungen aufwiese, die ein Festhalten an den in der Leitentscheidung des BFH aus dem Jahr 1957<sup>25</sup> postulierten Grundsätzen nicht mehr erlaubten. Das ist jedoch nicht der Fall. Die geschilderte „schlichte“ Erwerbsbezogenheit war schon dem GrEStG 1919<sup>26</sup> immanent<sup>27</sup>. Das für die BFH-Entscheidung maßgebliche GrEStG 1940<sup>28</sup> als Vorläufer des heutigen GrEStG 1983 änderte an dieser Sichtweise nichts, sondern verlagerte noch zusätzlich den technischen Auslöser für die Besteuerung auf die Verpflichtungsebene<sup>29</sup>. Diese Struktur ist im GrEStG 1983 erhalten geblieben<sup>30</sup>.

Was nun insbesondere die Fälle der in Gütergemeinschaft lebenden und gemeinsam verfügenden oder erwerbenden Ehegatten angeht, so ist zu bedenken, dass die Gütergemeinschaft nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Auffassung im Schrifttum grunderwerbsteuerlich nicht als selbst-

ständiger Rechtsträger behandelt wird<sup>31</sup>. Hinter dieser Frage steht das allgemeinere Problem der steuerlichen Zurechnung von Wirtschaftsgütern in persönlicher Hinsicht, erst gem. § 80 AO 1919, sodann nach § 11 StAnpG<sup>32</sup>, nunmehr über § 39 AO 1977. Die Vorschriften sind im Wesentlichen strukturell identisch. Namentlich § 11 Nr. 5 StAnpG entspricht fast wortgleich dem heutigen § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO. Die Regelung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO geht für die Besteuerung den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts vor. Es wird steuerlich eine Berechtigung nach Bruchteilen fingiert, die Frage nach der eingeschränkten Verfügungsbefugnis ausgeblendet<sup>33</sup>. Allerdings muss diese Auftrennung steuerrechtlich auch „erforderlich“ sein, § 39 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 2 AO. Das ist bei der Gütergemeinschaft der Fall<sup>34</sup>, weil diese, anders als andere Gesamthandsgemeinschaften, auch im Bereich der Verkehrssteuern nicht Steuersubjekt ist. Steuersubjekte sind vielmehr jeweils die beteiligten Eheleute als natürliche Personen<sup>35</sup>.

Die Auffassung des BFH aus dem Jahr 1957<sup>36</sup>, die nicht darauf blickt, wer exakt von wem entlang welcher Erwerbsvorgänge was erhalten hat, ist nach alledem nicht überholt, sondern unter den geltenden Prämissen des Steuerrechts nach wie vor zutreffend.

## IV. Folgerungen für die Praxis

Es ist nicht absehbar, ob der BFH je Gelegenheit haben wird, die teilweise neue Verwaltungsauffassung zu den grunderwerbsteuerrechtlichen „Bagatellfällen“ zu überprüfen. Diese ist indes zunächst einmal Richtschnur für das notarielle Handeln, allerdings eine ärgerliche. Denn sie zwingt den Notar im Interesse der Beteiligten zu komplizierten und gekünstelt anmutenden Ausweidlösungen. Um weiterhin den gewünschten steuerlichen Vorteil voll ausschöpfen zu können, bedarf es von nun an im Bagatellbereich bestimmter individueller Vereinbarungen, wie sie schon bislang von der dem BFH widersprechenden Gegenauffassung vorgeschlagen wurden<sup>37</sup>. Betroffen sind die Konstellationen, in denen Miteigentümer gemeinschaftlich ein Grundstück als Ganzes an einen Alleineigentümer oder an neue Miteigentümer verkaufen möchten. Für die Wiederherstellung des grunderwerbsteuerlichen Status quo ist (bei je hälftigem Miteigentum) nunmehr erforderlich, dass sowohl Veräußerer-Miteigentümer A wie auch Veräußerer-Miteigentümer B nur ihren eigenen, für sich betrachteter wertmäßig unterhalb der Freigrenze liegenden, Anteil jeweils getrennt an den Erwerber C verkaufen und auch auflösen<sup>38</sup>. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit geht auch die Ver-

<sup>19</sup> Vgl. BFH, BStBl. III 1957, 213.

<sup>20</sup> BFH, BStBl. III 1957, 213.

<sup>21</sup> *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 81.

<sup>22</sup> BStBl. III 1957, 213.

<sup>23</sup> Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322; bereits relativierend das ergänzende Schreiben vom 15.11.2002, MittBayNot 2003, 244 (in diesem Heft): „... gilt dabei als überholt“.

<sup>24</sup> G. v. 17.12.1982 (BGBl. I S. 1770) i. d. F. der Neubekanntmachung vom 26.2.1997 (BGBl. I S. 418, ber. S. 1804).

<sup>25</sup> BStBl. III 1957, 213.

<sup>26</sup> G. v. 12.9.1919 (RGBl. S. 1617).

<sup>27</sup> *Boruttau/Fischer*, § 1 Rdnr. 1 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

<sup>28</sup> G. v. 29.3.1940 (RGBl. I S. 585).

<sup>29</sup> So ausdrücklich in der Regierungsbegründung zum GrEStG 1940, RStBl. 1940, S. 387 ff. (388).

<sup>30</sup> Die Begründung zum Entwurf des GrEStG 1983 (BT-Drs. 9/251) befasst sich nur mit den Abweichungen vom GrEStG 1940, nicht aber mit den Übereinstimmungen.

<sup>31</sup> Vgl. RFH, Slg. XIX., 256; BFH, BStBl. III 1953, 343; 1956, 364; II 1995, 174; aus der Lit. vgl. etwa *Boruttau/Fischer*, § 1 Rdnr. 85; *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 22; *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, S. 14. Die neue Verwaltungsauffassung erkennt dies ausdrücklich an, vgl. Ergänzungsschreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.11.2002, MittBayNot 2003, 244 (in diesem Heft).

<sup>32</sup> Steueranpassungsgesetz vom 16.10.1934 (RGBl. I S. 925).

<sup>33</sup> *Tipke/Kruse*, Kommentar zur AO 1977 und FGO, 16. Aufl. 1996 (Loseblatt, Stand November 2002), § 39 Rdnr. 85 f.

<sup>34</sup> Vgl. zum Prinzip *Tipke/Kruse*, § 39 Rdnr. 88 f., allerdings ohne näher auf die spezielle Problematik der Besteuerung der Gütergemeinschaften einzugehen.

<sup>35</sup> Vgl. für die GrESt *Boruttau/Viskorf*, § 13 Rdnr. 74.

<sup>36</sup> BStBl. III 1957, 213.

<sup>37</sup> S. die Nachw. in Fn. 9 und 10.

<sup>38</sup> Die Eintragung erfolgt aber als Alleineigentümer, da Bruchteile bürgerlich-rechtlich nur mehreren Rechtsinhabern zustehen können, vgl. *Palandt/Bassenge*, 62. Aufl. 2003, § 1008 Rdnr. 2, auch zu den (seltenen) Ausnahmen und m.w.N. zur Rspr.

waltung selbst aus<sup>39</sup>, weshalb man in der Praxis vermutlich nicht das Umgehungsverdikt zu befürchten braucht. Folgerichtig müssten im zweiten Beispielfall (A und B verkaufen an C und D) nunmehr A seinen Anteil zur einen Hälfte an C und zur anderen an D, B seinen Anteil ebenfalls zur einen Hälfte an C und zur anderen an D verkaufen, um über die derart konstruierten vier *bürgerlich*-rechtlichen Erwerbsstränge zu einer Freigrenze von insgesamt 10.000,- € zu kommen<sup>40</sup>.

Nicht gesagt ist damit aber, wie weit diese Trennung im Einzelnen rechtlich ausgestaltet sein muss, damit sie der Finanzverwaltung genügt und nicht bloß als reines, wiederum steuerschädliches Alibi einer Veräußerung in toto erscheint, zumal die Veräußerungsverträge in einer Urkunde zusammengefasst werden können (!)<sup>41</sup>. Der zur Wahl des sichersten Weges verpflichtete Notar wird daher im obigen Beispiel eine notwendige Vorkaufsrechtsbescheinigung der Gemeinde für jeden Vorgang gesondert einholen. Ferner wird er – vorausgesetzt, dies erscheint überhaupt nötig – die Eintragung von zwei gesonderten Vormerkungen für jeden Anteilserwerb beantragen, ggf. zwei Fälligkeitsmitteilungen fertigen und je eine gesonderte Vorlagehaftung für jeden Erwerb übernehmen. Den infolge dieser Maßnahmen höheren Notar- und Grundbuchkosten stünde der Wegfall der Grunderwerbsteuer gegenüber, was bei einem Kaufpreis von 5.000,- € im geschilderten Fall immerhin noch eine Gesamtersparnis von 116,28 € ausmacht.

Führt man diesen Aufwand konsequent auch in den Fällen des Eigentumserwerbs durch Miteigentümer von Miteigentümern weiter, so sind zwar (bei zwei Veräußerern und zwei Erwerbern) keine vier Vormerkungen nötig, sondern pro Erwerber nur eine, die *dessen* jeweiligen Anspruch auf insgesamt hälftigen Anteilserwerb absichert. Die Gestaltung der Vorkaufsrechtsanfragen, der Fälligkeitsmitteilungen und der Zahlungsüberwachung, sofern sie jeweils überhaupt nötig sein sollten, nimmt dann aber kafkaeske Züge an, angesichts derer es keinem Kollegen ernsthaft übel genommen werden kann, dass er Derartiges seinen Klienten und auch sich selbst ersparen möchte. Der Klient dürfte aber im Vertrauen auf den Notar

größeres Interesse daran haben, dass er sich insgesamt bei einem Kaufpreis von 10.000,- € einen Betrag von immerhin 311,66 € erspart.

Am Ende dieser Gedankenkette stehen schließlich die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Hier müsste auf Veräußererseite jeder Ehegatte mit wechselseitiger Zustimmung des anderen über einen (nicht: seinen) Anteil verfügen. Auf der anderen Seite, beim Erwerb durch in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten von mehreren Veräußerern, müsste zunächst jeder Ehegatte für sich seinen Anteil erwerben; der sich unmittelbar kraft Gesetzes (§ 1416 Abs. 2, Abs. 1 S. 2) anschließende<sup>42</sup> Hinzuerwerb für den anderen Ehegatten wegen der bestehenden Gesamthandsgemeinschaft wäre nach § 3 Nr. 4 GrEStG ohnehin steuerfrei.

Die vorstehenden vertragsgestaltenden Maßnahmen zur faktischen Wiederherstellung der „alten“ Grunderwerbsteuerfreiheit in Bagatellfällen sprechen für sich. Derart hypertrophe Ausweichgestaltungen, die zudem mit der Gefahr verbunden sind, bei der rechtssuchenden Bevölkerung auf Unverständnis zu stoßen, sollte der Notar – eigentlich – nicht von sich aus suchen. Der Notar ist, um es zu wiederholen, auch im Bagatellbereich kein Steuerberaterersatz. Nichtsdestotrotz hat er nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG unter anderem die Pflicht, den Willen der Beteiligten zu *erforschen*. Davon, dass hierbei der Wille zur Steuerersparnis ausgenommen sein soll, steht in dieser Vorschrift nichts. Der Notar hat den kostengünstigsten Weg zu wählen, sofern er gleichermaßen sicher ist. Das ist hier der Fall<sup>43</sup>. „Umständlicher“ ist nicht gleichbedeutend mit „unsicherer“. Bestehen Zweifel, so muss der Notar diese nach § 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG mit den Beteiligten erörtern – und gegebenenfalls dann an den Steuerberater verweisen (wozu vorliegend aber kein Anlass mehr besteht). Kein Vertragsteil wird jedoch jetzt noch sagen, dass er lieber eine glattere Urkunde haben als Steuern sparen wolle. Die Bildung zweier Standardvorlagen vom Typ „Bagatellkauf mehrere Veräußerer/ein Erwerber“ und „Bagatellkauf mehrere Veräußerer/mehrere Erwerber“ in der Muster- und Textbausteinsammlung des Notars oder auch nur ein entsprechender Gestaltungshinweis im verborgenen Text an entscheidender Stelle (in der Regel im Abschnitt „Verkauf“ oder „Auflassung“) erspart dafür dem Notar den nötigen Mehraufwand.

<sup>39</sup> So ausdrücklich der Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 4.6.2002, MittBayNot 2002, 322, Bsp. Nr. 1 a.E.

<sup>40</sup> So ausdrücklich *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 83, im Widerspruch zu seiner eigenen, unter Rdnr. 81 vertretenen Auffassung.

<sup>41</sup> Auf jeden Fall gehört in die Urkunde dann eine Zusammenhangesklausel derart, dass bei Unwirksamkeit nur einer Übertragung auch die andere bzw. der ganze Vertrag unwirksam sein soll.

<sup>42</sup> Nach bürgerlichem Recht handelt es sich um einen Durchgangserwerb (str.), vgl. *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 364 m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. insb. Fn. 41 zur notwendigen „Zusammenhangesklausel“.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht. Handbuch für Notare und Vertragsjuristen mit Gestaltungshinweisen und Formulierungsbeispielen, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2003, 747 Seiten, € 58,-**

Die 2. Auflage der „notariellen Schuldrechtsreformbibel“ enthält Bewährtes, aber auch Neues. Sie beginnt mit einer Einleitung von *Brambring*, die auf nur sieben Seiten die gesamte Schuldrechtsmodernisierung stilistisch und inhaltlich hervorragend darstellt. Es folgen acht Abschnitte zum materiellen Recht, wobei die beiden letzten zur Vertragsgestaltung und zu Formulierungsvorschlägen stark erweitert wurden. Aufbauschemata von Hertel und ein Anhang mit Konkordanzlisten, die von *Schmidt-Räntsch*, *Meier-Göring*, *Maifeld* und *Röcken* erstellt wurden, schließen sich an. Sämtlichen Kapiteln sind Literaturhinweise vorangestellt, die freilich mitunter etwas zufällig sind. Die Darstellung der Neuerungen und Probleme des neuen Schuldrechts erinnert teilweise an Skripten der Juristenausbildung, was aber keinesfalls ein Nachteil ist. Das verschwendene Sylter Grundstück und der in den See gefallene Ring von Hertel sowie die nicht fristgerecht gelieferten 120 (!) Flaschen Chateau Latour von *Brambring* prägen sich jedenfalls ein. Neu oder wesentlich ausführlicher behandelt werden die Vertragskosten beim vereinbarten Rücktrittsrecht (S. 109), der Ersatz vergeblicher Aufwendungen (S. 171), die Garantie (S. 172 ff.), der Rechtskauf (S. 177 ff.), der Unternehmenskauf (S. 184 ff. u. von *Rombach* S. 556 ff.), der Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB (S. 222 ff.), die Unter-

scheidung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht bei fertigen Objekten (S. 230 ff.), die Haustürgeschäfte (S. 971), § 17 Abs. 2a BeurkG (S. 442 ff.), die beschränkten dinglichen Rechte (S. 547 ff.), der Erbschafts- und Erbteilskauf (S. 580 ff.). Das in der 1. Auflage teilweise lückenhafte Stichwortverzeichnis wurde überarbeitet.

Leider konnte die erste Zwischenbilanz zum neuen Recht, herausgegeben von *Dauner-Lieb*, *Konzen* und *Schmidt* (Das neue Schuldrecht in der Praxis), nicht mehr berücksichtigt werden. Dann wären die Diskussion um die notarielle Fälligkeitsmitteilung als „Mahnungersatz“ im Verbrauchervertrag, die Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche, das Risiko des notariellen Haustürgeschäfts (vgl. auch ZIP 2002, 2109 ff.) und das leider nur stiefmütterlich behandelte Familienrecht (vgl. *J. Mayer* sowie FamRZ 2002, 1004 ff.) vertieft worden. Ob naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen wirklich im Grundstücksverkehr als zur Erschließung gehörig angesehen werden, möchte ich – entgegen Hertel, S. 141 ff. – weiterhin bezweifeln. Die Debatte um Unternehmer und Verbraucher dürfte hinsichtlich der gemeindlichen Bauplatzverkäufe mit BGH, MittBayNot 2003, 161 ff. abgeschlossen sein. Wieso bei Straßengrundabtretungen unter dem Druck einer Enteignung § 17 Abs. 2a BeurkG nicht anwendbar sein soll, obwohl eine strukturelle Ungleichgewichtslage vorliegt, bleibt fraglich.

Die 2. Auflage ist trotz dieser Hinweise auf strittig diskutierte Rechtsfragen für Notare unentbehrlich. Der Nichterwerb kommt einer Amtspflichtverletzung gleich.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

**Krauß, Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform, ZAP-Verlag, Recklinghausen 2002, 584 Seiten und 1 CD-ROM, € 69,-**

Etliche Notare scheinen der – zweifellos falschen – Auffassung anzuhängen, auf ihrem ureigensten Gebiet, dem Immobilienrecht, keiner wie auch immer gearteten „Nachhilfe“ zu bedürfen. Anders lässt es sich kaum erklären, dass ungeachtet der erheblichen praktischen und wirtschaftlichen Bedeutung des Immobilienkaufvertrages bis in die jüngste Vergangenheit auf diesem Rechtsgebiet vergleichsweise wenige und nicht immer nur brauchbare Vertragshandbücher erschienen sind. Umso erfreulicher ist es daher, wenn ein Praktiker und ausgewiesener Kenner der Materie es sich zur Aufgabe macht, diese Lücke teilweise zu schließen.

Dem eigentlichen „Praxisteil“ seines Werks stellt *Krauß* zunächst eine ca. 45-seitige theoretische Einführung in das neue Schuldrecht voran. An diesen „Theorieteil“ schließt sich sodann eine sehr gelungene Darstellung von Ziel und Umfang der Beurkundungspflicht sowie der Aufgabenstellung des Notars an, bevor der Autor anhand eines „typischen“ Grundstückskaufvertrages in prägnanter Weise die in der notariellen Praxis häufig auftretenden Fragen erläutert. Hierbei gefällt insbesondere die ausführliche Behandlung des Sonderrechts der neuen Bundesländer. Garniert wird diese Darstellung mit zahlreichen äußerst brauchbaren Formulierungsvorschlägen

bis hin zu Vollzugs-Musterschreiben und Merkblättern. Berücksichtigung finden auch „Abarten“ des Immobilienkaufvertrages, wie etwa der Kauf einer Teilfläche, einer vermieteten Eigentumswohnung oder eines Erbbaurechts.

Bei dieser inhaltlichen Breite können zwangsläufig nicht alle Fragen mit der ihnen gebührenden Tiefe behandelt werden. Auf die Aufbereitung rein akademischer Probleme wird zu Recht verzichtet. Gleichwohl wünscht sich der Leser gelegentlich eine etwas stärkere Gewichtung bei einzelnen Sachfragen. So würde man sich für eine Folgeauflage wünschen, dass man mehr konkrete Formulierungshilfen oder Übersichten an die Hand gegeben bekäme, anstatt diesbezüglich nur auf weiterführende Literatur verwiesen zu werden. Möglicherweise war der durch den inhaltlichen Bezug zur Schuldrechtsreform erzwungene frühe Erscheinungstermin des Buches mit verantwortlich dafür, dass einige Passagen einschließlich der zugehörigen Fußnoten etwas knapp ausgefallen sind.

Nichtdestotrotz handelt es sich um ein Werk, welches jedem Vertragsjuristen als Einstieg in die Materie guten Gewissens empfohlen werden kann. Ein mit dem Entwurf und Vollzug von Immobilienkaufverträgen befasseter Sachbearbeiter im Notariat findet eine Vielzahl von praktischen Hilfen und auch der versierte Praktiker wird dem Buch noch die eine oder andere Anregung entnehmen können, wie sich seine Vertragsgestaltung verbessern lässt.

Notarassessor *Bertrand Koller*, München

**Zimmermann, Zur Formbedürftigkeit der Vollmacht und zu den Informationspflichten bei Finanzierung eines Erwerbs im Immobilienmodell, Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt/Main u.a. 2002, 232 Seiten, € 40,40 (zugleich Regensburg Univ., Diss. 2001<sup>1</sup>)**

1. Die von *Christian Zimmermann* vorgelegte, von *Dieter Schwab* betreute Regensburger Dissertation zur Form der Kreditvollmacht zählt zu der Makulatur, die der Gesetzgeber durch drei berichtigende Worte hinterlässt: Mit § 492 Abs. 4 BGB i.d.F. des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hat er bekanntlich die Entscheidung des BGH vom 24.4.2001 (MittBayNot 2001, 392) mit zweifelhaftem Erfolg korrigiert. Die Dissertation wurde sowohl vor Veröffentlichung dieser nur kurzzeitig maßgeblichen Entscheidung des BGH wie auch vor der Schuldrechtsmodernisierung fertiggestellt. Keine dieser Entwicklungen konnte *Zimmermann* daher berücksichtigen.

2. In seiner Arbeit geht *Zimmermann* zunächst auf der Kreditvollmacht vergleichbare, von Rechtsprechung und Literatur bisher gelöste Formprobleme ein, nämlich die Form der Bürgschaftsvollmacht (S. 47, 48) sowie die Form der Ausfüllungsermächtigung bei Blankobürgschaften und Blankowechseln (S. 48–61). Nach einer Darstellung des zur Kreditvollmacht vorhandenen Meinungsstandes (S. 83–106) legt er dann seine eigene Auffassung dar, wonach widerrufliche Kreditvollmachten wie unwiderrufliche schriftlich im Sinne der §§ 4 Abs. 1 S. 1–3 VerbrKrG<sup>2</sup> erteilt sein müssen, während die Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 S. 4 VerbrKrG entbehrlich sind. Die teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB auch in den Fällen der bloß widerruflich erteilten Vollmacht folgert *Zimmermann* aus der Warnfunktion des Formzwecks (S. 59, 60):

Mit jeder Vollmacht gebe der Vollmachtgeber das Geschehen aus der Hand und müsse mit einem unmittelbaren Vertragsabschluss durch den Bevollmächtigten rechnen. Die Widerruflichkeit oder die sonst vorweggenommene Bindung des Vertretenen sei kein geeignetes Entscheidungskriterium, um über die teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB zu befinden.

Für die Entbehrlichkeit der Pflichtangaben in Kreditvollmachten führt *Zimmermann* sodann vier wesentliche Argumente an:

- Die Praktikabilität sowie die faktische Höchstpersönlichkeit des Vertragsabschlusses (S. 134–139): Sonst könnte in vielen Fällen, beispielsweise bei Generalvollmachten, Altersvorsorgevollmachten etc. keine Kreditvollmacht erteilt werden, weil die erforderlichen Informationen noch nicht bekannt sind.
- Die Dogmatik des § 126 BGB (S. 109–114): § 4 VerbrKrG ergänze lediglich § 126 BGB. Daher müssten die zu § 126 BGB gefundenen Auslegungskriterien auch auf § 4 VerbrKrG übertragen werden.

<sup>1</sup> Seitenangaben beziehen sich auf dieses Buch.

<sup>2</sup> Ich bleibe bei der Zählung von *Zimmermann*, d. h. bei der ursprünglichen Zählung des VerbrKrG. Mit Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften (etc.) vom 13.7.2001 hatten sich die Pflichtangaben um einen Satz nach hinten verschoben zu § 4 Abs. 1 S. 5 VerbrKrG. Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung wurde die Norm dann in § 492 Abs. 1 S. 5 BGB überführt. Aus dem gleich zu nennenden § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG ist zwischenzeitlich § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB geworden. Vielleicht geht mit der Hochstufung eine größere Bedeutung einher.

– Daraus folgert *Zimmermann* weiter: In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen notariell beurkundeter Vollmachten hätten die Pflichtangaben schon wegen der Beurkundung nicht angegeben werden müssen: Wenn die notarielle Beurkundung gem. § 126 Abs. 4 BGB die Schriftform ersetze, so ersetze sie auch die die Schriftform ergänzende Vorschrift des § 4 VerbrKrG (S. 125–132).

– Schließlich entnimmt *Zimmermann* ein weiteres Argument dem § 6 VerbrKrG (S. 114–124): Bei fehlenden Informationen unmittelbar im Kreditvertrag könne der Schuldner durch Inanspruchnahme des Darlehens den Vertrag gem. § 6 VerbrKrG wirksam werden lassen. Damit sei eine Formanforderung an die Vollmacht unvereinbar, die bei Missachtung zur zwingenden Nichtigkeit des Kreditvertrages führe.

Eine Darstellung der Schadensersatzhaftung der Banken bei fehlerhaften Informationen schließt die Arbeit ab (S. 161–199).

3. Die Bewertung der Arbeit fällt zwiespältig aus. Die von *Zimmermann* vorgenommene Einordnung der Pflichtinformation nach § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG als bloße Ergänzung des § 126 BGB halte ich für zweifelhaft. Diese Ansicht wäre wohl auch nach seinerzeitiger Rechtslage kaum konsensfähig gewesen. Die strikte Befreiung der notariellen Beurkundung von den Pflichtangaben des § 4 VerbrKrG dürfte zudem wegen der Sondervorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG unzutreffend sein. Dabei beschränkt § 3 Abs. 2 Nr. 3 VerbrKrG bewusst die Informationspflicht und ist somit Sonderregelung zu § 4 Abs. 1 S. 4 VerbrKrG. Gleichwohl schmälert nicht diese Kritik den Eindruck der von *Zimmermann* vorgelegten Dissertation. Ganz im Gegenteil wäre es für den wissenschaftlichen Fortschritt hinderlich, wenn schon bei Dissertationen auf Gesichtspunkte wie Konsensfähigkeit und Unterordnung unter die herrschende Meinung geachtet würde. Gerade bei Dissertationen soll Freiheit zu originellen Ideen bestehen.

Ärgerlich sind vielmehr einige Flüchtigkeitenfehler in der Arbeit. So hält *Zimmermann* fälschlich den Abschluss eines Ehevertrages gem. § 1410 BGB für ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft (S. 95 – richtig hingegen auf S. 134: nur die Eheschließung selbst muss höchstpersönlich erfolgen). Ärgerlich weiter, dass *Zimmermann* einen Eingriff in die Privatautonomie der Banken befürchtet (S. 3). Gerade wegen § 492 Abs. 4 BGB muss die Aufrechterhaltung der Privatautonomie des **Verbrauchers** angemahnt werden, wenn ohne Reflexion der *pars* „Kreditvollmacht in Steuersparmodellen“ *pro toto* „Kreditvollmacht schlechthin“ gesetzt wird.

Daneben richtet sich die Kritik gegen argumentative Brüche seiner Argumentation. So zieht *Zimmermann* für seine Ansicht die Dogmatik des § 126 BGB heran, ohne zu klären, wie sich in Fällen der teleologischen Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB eine Schrift- oder andere Form des Hauptgeschäfts auf die Form und den Inhalt (Wortlaut) der Vollmacht auswirkt.

4. Sowohl wegen der Kritikpunkte wie auch – von *Zimmermann* nicht zu vertreten – wegen der Tätigkeit des Gesetzgebers bleibt die Arbeit damit lediglich als Ausgangspunkt zur Klärung der weiterhin offenen Fragen bedeutsam.

a) *Zimmermann* verwirft die vorweggenommene Bindung durch die Vollmacht als ungeeigneten Anknüpfungspunkt für die Frage der teleologischen Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB. Insoweit stimme ich ihm zu. Die Frage ist aber, ob daraus unmittelbar das von *Zimmermann* angenommene Ergebnis folgt, dass § 167 Abs. 2 BGB in allen Fällen der Warnfunktion teleologisch zu reduzieren sei. Dann wäre § 167 Abs. 2 BGB totes Recht. Formvorschriften ohne Warnfunktion sind selten

(etwa § 15 GmbHG, nach meiner Einschätzung – entgegen h.M. – § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, früher insbesondere § 34 GWB), Vollmachten zu diesen Rechtsgeschäften noch seltener. Kann man so mit § 167 Abs. 2 BGB umgehen? Zur Form der Genehmigung hat der BGH (auf S. 154, 155 dargestellt) mit der sonst drohenden Bedeutungslosigkeit des § 182 Abs. 2 BGB argumentiert. Kann man also § 167 Abs. 2 BGB so weitgehend verwerfen? Die h.M. folgt *Zimmermann* bisher jedenfalls nicht. Vielleicht muss man die herrschende Doktrin zu § 167 Abs. 2 BGB als dogmatisch wenig stringenten, eher politischen Kompromiss zwischen Bindung an den Wortlaut des Gesetzes einerseits und stimmiger Gesetzesauslegung andererseits sehen. Oder wird nicht doch Verbraucherschutz durch Form allein nach Maßgabe des positiven Rechts gewählt – mit allen Brüchen, die dem positiven Recht eigen sind?

b) Ist andererseits § 167 Abs. 2 BGB in denjenigen Fällen teleologisch zu reduzieren, wenn die für das Hauptgeschäft vorgeschriebene Form nicht warnen soll? Nach *Zimmermann* verbleibt es in diesen Fällen beim Topos der vorweggenommenen Bindung (S. 204). Doch mit welchem Argument ist dies zu rechtfertigen?

c) Drohen etwa aus § 492 Abs. 4 BGB Verallgemeinerungen hin zu auch inhaltlichen Anforderungen an Vollmachten in den Fällen der – entgegen § 167 Abs. 2 BGB – besonderen Form der Vollmacht? Die von §§ 1904, 1906 BGB verlangten Angabepflichten unterstützen die in § 492 Abs. 4 BGB zum

Ausdruck kommende Tendenz. Bahnen sich angloamerikanische Vollmachten ihren Weg? Und wie konkret wäre ggf. das Hauptgeschäft vorwegzunehmen?

d) Im Bereich der Immobilienanlagemodelle könnte eine interessante Variante zu § 167 Abs. 2 BGB auf § 492 Abs. 4 BGB zurückwirken. Da § 167 Abs. 2 BGB allein den Zusammenhang zwischen der Form der Vollmacht und der Form des aufgrund Vollmacht vorzunehmenden Hauptgeschäfts betrifft, greift er nicht ein, wenn die Vollmacht selbst im unmittelbaren Bedingungs Zusammenhang mit einem formbedürftigen Rechtsgeschäft steht (S. 27–30, 41, nur liegt dieser Fall entgegen *Zimmermann* von vornherein außerhalb des § 167 Abs. 2 BGB). Dann gilt die Form des Rechtsgeschäfts auch für die Vollmacht (ohne Rücksicht darauf, zu welchen Geschäften bevollmächtigt wird).

Den erforderlichen Einheitlichkeitswillen bejaht *Zimmermann* alsdann generell bei Steuersparmodellen! Es fehlt indes eine genaue Analyse der typischerweise vorhandenen Vorstellungen und Wünsche. Dabei wäre darauf zumal im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des BGH zur einseitigen Abhängigkeit besonderer Wert zu legen. Immerhin aber: Sollte mit *Zimmermann* der Einheitlichkeitswille anzunehmen sein, bestünden nicht nur empirische, sondern sogar rechtliche Einwände gegen § 492 Abs. 4 BGB. Der aus § 311 b Abs. 1 BGB folgende Beurkundungszwang ließe § 492 Abs. 4 S. 1 BGB leer laufen.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

### **Schmidt Karsten, Gesellschaftsrecht, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, Köln 2002, 1.964 Seiten, € 98,-**

„Das Gesellschaftsrecht ist zuallererst praktisches Recht, aber es setzt zugleich einen hohen Stand an ausgereifter Dogmatik voraus“ (aus dem Vorwort des Verfassers). Das berühmte Werk von *Karsten Schmidt* ist ein Standardwerk der juristischen Literatur, weil es dem Verfasser als zweifellos einem der klügsten Handels- und Gesellschaftsrechtler mit jeder Auflage gelungen ist, ein von „Machern“ geprägtes Rechtsgebiet in eine absolut schlüssige Dogmatik einzuarbeiten. Die neue vierte Auflage perfektioniert das Werk und arbeitet die neuere Rechtsentwicklung („Arge weißes Ross“; „Bremer Vulkan“, etc.) ein.

Das Gesellschaftsrecht von *Karsten Schmidt* sollte aus zwei Gründen in keiner Notariatsbibliothek, und zwar auch nicht in derjenigen eines nicht schwerpunktmäßig gesellschaftsrecht-

lich tätigen Notars, fehlen. Erstens: Kein anderes Werk aus dem Gesellschaftsrecht klärt den Geist für saubere juristische Gedanken so gut wie dieses. Zweitens: Nirgends sonst lassen sich in einem einzigen Werk Fragen wie die der Anteilsgewährung bei der Verschmelzung nach dem Umwandlungsgesetz, der Rechtsfähigkeit der grundbesitzhaltenden BGB-Außengesellschaft, der Grenzen zulässiger Abfindungs- und Buchwertklauseln in Gesellschaftsverträgen und ähnliche, in nahezu jedem Notariat mit schöner Regelmäßigkeit wiederkehrende Zweifelsfragen nachlesen und zwar mit der Gewissheit, die herrschende Rechtsprechung, die Auffassung der Lehre und die des Verfassers klar unterschieden zu finden. Für die allermeisten in der Praxis auftretenden Fragen des Gesellschaftsrechts ist dieses Werk damit die ideale einbändige Bibliothek – kaufen!

Notar *Dr. Lorenz Bülow*, Immenstadt

**Richter, Die Abfindung ausscheidender Gesellschafter unter Beschränkung auf den Buchwert, Verlag C.H. Beck, München 2002, 191 Seiten, € 29,-**

Das in der Schriftenreihe des Deutschen Notarinstitutes erschienene Werk von Rechtsanwalt *Dr. Bernd Richter*, Kiel, beleuchtet die Zulässigkeit und Grenzen der in der kautelarjuristischen Praxis häufig verwendeten Satzungsklauseln zur Beschränkung der Abfindungsansprüche ausscheidender Gesellschafter auf den Buchwert. Derartige Abfindungsklauseln verfolgen regelmäßig zum einen das Ziel, Probleme der Unternehmensbewertung zu vermeiden bzw. auf ein Mindestmaß zu reduzieren, um somit die Ermittlung der Abfindungshöhe zu vereinfachen; zum anderen sollen sie die Gesellschaft in ihrem Bestand schützen und deren Liquidität sichern.

*Richter* stellt zunächst die gesetzlichen Abfindungsregelungen bei Personengesellschaften und GmbH umfassend und klar strukturiert dar. Allein die Ausführungen zu dem in der Praxis öfter anzutreffenden Problemkreis der Abfindung versus Kapitalerhaltung bei der GmbH (1. Teil, B.3.d.) scheinen etwas zu knapp (vgl. dazu jüngst *Michalski/Sosnitza*, § 34 GmbHG Rdnr. 71 ff.). Zudem fällt auf, dass Ausführungen zu Abfindungsklauseln bei Aktiengesellschaften gänzlich fehlen (vgl. zum diesbezüglichen aktuellen Stand in Rechtsprechung und Literatur den Überblick in AnwaltKommentar Aktienrecht/*Terbrack*, § 237 AktG Rdnr. 34 ff.).

Im 2. Teil befasst sich *Richter* mit der Möglichkeit, die gesetzlichen Abfindungsansprüche, die vom wirklichen Wert des lebenden Unternehmens einschließlich stiller Reserven und eines etwaigen Geschäftswertes ausgehen, auf Bilanzwerte zu beschränken. Hier stellt er zunächst Gestaltungsoptionen der Abfindungsgestaltung allgemein sowie Begriff, Wesen und Rechtsnatur der Buchwertklausel im Speziellen dar, um anschließend die Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiet aufzuzeigen, insbesondere den neuen Ansatz des BGH, Abfindungskautelen im Wege ergänzender Vertragsauslegung den geänderten Verhältnissen anzupassen (BGH NJW 1993, 2101; BGH NJW 1993, 3193). Erfreulicherweise stellt *Richter* dabei überzeugend und deutlich heraus, dass bei aller Zustimmung zu dieser neuen Rechtsprechung nicht die Vertragsfreiheit und mit ihr Buchwertklauseln, sondern deren Beschränkung der Rechtfertigung bedarf – ein Aspekt, dem in der Rechtsprechung bislang zu wenig Beachtung geschenkt wird.

Das Werk von *Richter* ist im Jahr 2001 als Dissertation angenommen worden. Dementsprechend darf der Leser keine konkreten Gestaltungsvorgaben oder gar Formulierungsvorschläge erwarten. Wer sich allerdings umfassend und intensiv mit dem Themenkomplex Buchwertklauseln befassen will (oder muss), der findet bei *Richter* hierzu eine gut lesbare und ausführliche Darstellung.

Notarassessor *Dr. Christoph Terbrack*, Düsseldorf

**Zetzsche (Hrsg.), Die Virtuelle Hauptversammlung, Aktionärsbeteiligung via Internet aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht mit Erfahrungsberichten, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, 340 Seiten, € 56,-**

Der Titel des Buches eröffnet ein aktuelles und zukunftssträchtiges Thema. Durch das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) vom 18.1.2001 (BGBl. I, S. 123 ff.) wurden erste Regelungen eingeführt, welche die Vollmachtserteilung und die Ausübung der Vollmacht für bzw. in Hauptversammlungen erleichtert und den Einsatz moderner elektronischer Medien im Hinblick auf die Durchführung und Abhaltung von Hauptversammlungen in einzelnen Bereichen ermöglicht haben. Die viel diskutierte Internet-Hauptversammlung, Online-Hauptversammlung oder Virtuelle Hauptversammlung kann damit als erster nennenswerter Anwendungsbereich des elektronischen Rechtsverkehrs im Gesellschaftsrecht angesehen werden. Unter diesen uneinheitlich verwendeten Sammelbegriffen werden vorwiegend folgende Themen behandelt:

- Erklärungen der Gesellschaft in Vorbereitung der Hauptversammlung,
- Erklärungen des Aktionärs in Vorbereitung der Hauptversammlung, insbesondere Vollmachtserteilungen,
- Teilnahme des Aktionärs an der Hauptversammlung via Internet, beginnend mit der rein passiven Wahrnehmung der übertragenen Hauptversammlung über Weisungserteilungen an den körperlich anwesenden, bevollmächtigten Stimmrechtsvertreter während der Hauptversammlung bis hin zur aktiven Teilnahme im Sinne einer virtuellen Präsenz im Wege der elektronischen Fernkommuni-

kation ohne Zwischenschaltung eines Stimmrechtsvertreters; stärkste Ausprägung wäre die Ausübung des Rede- und Fragerechtes sowie des Stimmrechtes im Online-Verfahren.

Der vorliegende Sammelband umfasst auf 304 reinen Textseiten 17 Beiträge verschiedener Autoren. Nach einer kurzen Einleitung gliedert sich das Buch in folgende Abschnitte:

- Juristische Grundlagen der virtuellen Hauptversammlung,
- Die virtuelle Hauptversammlung im Gefüge einer ganzheitlichen Corporate Communications Strategie,
- Praxisberichte.

Für den Notar sind die Beiträge des ersten Teiles von besonderem Interesse. Sie geben einen sehr guten Überblick über den Diskussionstand zur virtuellen Hauptversammlung auf der Grundlage des NaStraG. Allerdings zeigt sich, dass hier ein Sammelband verschiedener Aufsätze und nicht ein einheitliches Werk mit aufeinander abgestimmten Kapiteln vorliegt. So behandeln bspw. *Fuhrmann/Göckeler/Erkens* unter dem Thema „Die virtuelle Hauptversammlung in der Beratungspraxis – Risiken und Chancen“ die Zulässigkeit der Übertragung der Hauptversammlung im Internet verhältnismäßig ausführlich; bei *Bröcker/Schouler* findet sich unter dem Thema „Bereit für die Online-Hauptversammlung?“ ebenso eine Stellungnahme hierzu. Durch den mit dem TrPublG v. 19.7.2002 (BGBl. I S. 2681) neu eingeführten § 118 Abs. 3 AktG, wonach die Satzung oder Geschäftsordnung gem. § 129 Abs. 1 AktG bestimmen kann, dass die Hauptversammlung in Ton und Bild übertragen werden kann, ist diese Problematik zwischenzeitlich gelöst. Weiter heben mehrere Autoren zutreffend hervor, dass das Stimmrecht auch

nach dem NaStraG nur durch auf der Hauptversammlung anwesende Personen ausgeübt werden kann. Der nicht anwesende Online-Teilnehmer kann zwar seinem Stimmrechtsvertreter Weisungen erteilen, selbst jedoch sein Stimmrecht nicht online ausüben. Ein Direct-Voting wird zwar immer häufiger vorgeschlagen (u.a. durch die Bundesnotarkammer und die Regierungskommission Corporate Governance) und wird mittelfristig wohl auch unter dem Einsatz von Signaturtechniken zugelassen werden, ist jedoch derzeit nicht gesetzeskonform. Besonderer Stellenwert wird in mehreren Beiträgen der Figur der Stimmrechtsvollmacht gemäß § 134 Abs. 3 AktG (Proxy-Voting) beigemessen. Die gesetzlichen Neuerungen werden somit umfassend vorgestellt.

Der angesprochene Wiederholungseffekt wirkt nicht störend, da insbesondere die beiden genannten Beiträge sehr gut gelungen sind und für die notarielle Tätigkeit mit Gewinn verwertet werden können. So findet sich z. B. bei *Fuhrmann/Göckeler/Erkens* eine Zusammenstellung der wesentlichen Änderungen des NaStraG.

Hervorzuheben ist schließlich der Beitrag *Fleischhauers*, der sich aus notarieller Sicht mit der virtuellen Hauptversammlung befasst. Nach einer kurzen Vorstellung des durch das NaStraG gezogenen rechtlichen Rahmens schildert er die weitergehenden Kodifikationsvorschläge der Bundesnotarkammer und der Regierungskommission Corporate Governance. Anschließend behandelt *Fleischhauer* das durch das NaStraG nicht berührte Beurkundungserfordernis gemäß § 130 Abs. 1 AktG. Auch die für den Notar beachtlichen Änderungen zum Teilnehmerverzeichnis (§§ 129 Abs. 4, 130 Abs. 3 AktG) werden erörtert. Besonders lesenswert ist die Gesamtschau *Fleischhauers* zur Funktion und zu den Aufgaben des Notars in der Hauptversammlung. Ihm ist völlig

zuzustimmen, dass gerade im Falle weiterer gesetzgeberischer Schritte in Richtung virtueller Hauptversammlung die notarielle Mitwirkung zu Kontroll- und Beweis Zwecken nicht entbehrlich, sondern vielmehr dringend geboten ist.

Der den Notar weniger interessierende zweite Teil enthält vier betriebswirtschaftliche und interdisziplinäre Beiträge, nämlich zur Finanzkommunikation, zur Präsenz bei Hauptversammlungen, zum Aktienmarketing und zu Sicherheit und Technik. Im Gegensatz zum letzten Beitrag, der zu knapp geraten ist und weder auf die Technik der digitalen Signatur eingeht noch für den technischen Laien besonders verständlich aufbereitet ist, vermittelt die mit Grafiken und Zahlenwerken versehene Darstellung zur Präsenz praktisches Verständnis für die internetgestützte Hauptversammlung.

Die Erfahrungsberichte im dritten Teil des Buches sind lesenswert, für die juristische Arbeit jedoch von untergeordneter Bedeutung.

Wenngleich die Materie im Fluss ist und etwa die §§ 125 mit 127 AktG durch das TrPublG mit Wirkung ab dem 1.1.2003 wieder geändert worden sind, kann das Buch allen mit der Beurkundung von Hauptversammlungen befassten Kolleginnen und Kollegen empfohlen werden. Es enthält zwar keine zusammenhängende Darstellung, ist aber doch eine Fundgrube für alle Fragen, die im Zusammenhang mit der virtuellen Hauptversammlung künftig sicherlich verstärkt an den Notar herangetragen werden. Gerade die durch die einzelnen Beiträge vermittelten betriebswirtschaftlichen und unternehmensorientierten Perspektiven sind für die Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung begleitende Diskussion mit anderen Beratern und Unternehmensvertretern hilfreich.

Notar *Dr. Hans Michael Malzer*, Füssen

**Limmer (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensumwandlung, ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen, 2. Auflage 2002, 1.116 Seiten und 1 CD-ROM, € 118,-**

Von der Verschmelzung eingetragener Vereine bis zur Aufspaltung einer GmbH zur Aufnahme auf mehrere andere Kapitalgesellschaften – das Umwandlungsrecht bietet eine schier unendlich erscheinende Vielzahl von Möglichkeiten, durch welche Notare wie Registergerichte gleichermaßen gefordert werden. Dass zur Bewältigung der hierbei auftretenden Fragen neben der Anschaffung eines Kommentars auch die Verwendung eines zuverlässigen Handbuchs unverzichtbar ist, liegt auf der Hand.

Das Werk, das von dem zu Recht aufgrund seiner Leistungen bei Gründung und Aufbau des Deutschen Notarinstituts sehr geschätzten Kollegen *Limmer* herausgegeben und großteils auch von ihm selbst verfasst wurde, besticht durch seine Vielfalt und die gelungene Kombination aus Erläuterungen, Formulierungsmustern und Checklisten.

Zunächst hilft auf 30 Seiten eine allgemeine Einführung, das erforderliche Verständnis für verschiedene Grundlagenfragen des Umwandlungsrechts zu erwerben. Sodann werden von *Limmer* auf fast 800 Seiten – unter gelegentlicher Mitwirkung des Co-Autors *Neye* – die einzelnen Umwandlungsmaßnah-

men der Verschmelzung, Spaltung und des Formwechsels zunächst abstrakt behandelt und anschließend in zahlreichen Einzelfällen anhand von Vertragsmustern praxisbezogen vorgeführt. Hinsichtlich der ggf. auftretenden Detailprobleme, beispielsweise die Beteiligung Minderjähriger bei Verschmelzungsvorgängen (Rdnr. 213–219) oder die Vornahme einer Kettenumwandlung (Rdnr. 159–172), ist die vorhandene Literatur umfassend aufbereitet, auch wenn die endgültige Entscheidung für eine der vertretenen Auffassungen letztlich dem Leser überlassen wird. Die große Zahl der enthaltenen Formulierungsmuster – die mit Hilfe der beigegebenen CD-ROM ohne Schwierigkeiten für eigene Zwecke verwendet werden können – deckt erkennbar die Fälle ab, welche regelmäßig in der Praxis auftreten. Anzuregen wäre allenfalls, dass für Einzelvorgänge beispielsweise auch ein Verschmelzungsbericht beigelegt wird, der zwar weniger als Muster, ggf. aber als Anschauungsmaterial dienlich sein kann. Um Vollzugsschwierigkeiten nach der Beurkundung zu vermeiden, widmet *Limmer* jeweils ein eigenes Kapitel dem Registerverfahren im Rahmen einer Verschmelzung, Spaltung oder eines Formwechsels.

Anschließend nimmt der Teil zur Behandlung von „Sonderfragen“ rund 50 Seiten ein, der firmen- und insolvenzrechtliche Themen behandelt sowie die im Rahmen von Umwandlungsvorgängen auftretenden Fragen der Euromstellung. Weitere knapp 200 Seiten umfasst die Darstellung der steuer-



rechtlichen und bilanzrechtlichen Aspekte des Umwandlungsrechts der Steuerberater *Bilitewski* und *Harnacke*. Zudem behandelt *Tiedtke* in einem abschließenden 30-seitigen Teil auf sehr informative und umfassende Weise die kostenrechtlichen Aspekte von Umwandlungsvorgängen, wobei ebenfalls Checklisten und Beispiele den Zugang zur Materie erheblich erleichtern.

Im Grunde ist jeder Notar, der Umwandlungsvorgänge zu be-

urkunden hat, auf das „Handbuch der Unternehmensumwandlung“ als unentbehrliches Hilfsmittel angewiesen. Ernsthafte Konkurrenz für dieses Werk ist – naturgemäß neben den vorhandenen Kommentaren zum Umwandlungsgesetz – nicht ersichtlich. Auch Registergerichte und gesellschaftsrechtlich orientierte Rechtsanwälte und Steuerberater können an diesem Buch nicht vorbeigehen.

Notarassessor *Alexander Krafska*, München

### **Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln 2003, 406 Seiten, € 80,-**

Das von *Dr. Heribert Heckschen*, Notar in Dresden und den wohl meisten mit dem Umwandlungsrecht Betrauten durch seine ausführliche Mustersammlung aus dem Kommentar von *Widmann/Mayer* bekannt, und *Dr. Stefan Simon*, Rechtsanwalt und Steuerberater in Bonn, verfasste Werk zum Umwandlungsrecht will ausweislich des Untertitels Gestaltungsschwerpunkte der Praxis darstellen.

Nach einer kurzen Einführung (§ 1) und einem Überblick zum Umwandlungsrecht in Rechtsprechung und Lehre (§ 2) folgen ausführliche Kapitel zu einzelnen Problembereichen, etwa zu konzerninternen Verschmelzungen (§ 3), Mehrfach- und Kettenumwandlungen (§ 5), Umstrukturierungsmaßnahmen im Bereich der öffentlichen Hand (§ 8) und Fehlerquellen beim Formwechsel in die AG (§ 9), um nur einige Beispiele zu nennen.

Die Ausführungen sind klar gegliedert, fundiert und jeweils auf die praktische Lösung von Problemen ausgelegt, ohne dabei die einschlägige Rechtsprechung auszublenden. So wird etwa bei der häufig im Rahmen von Umwandlungen aufkommenden Frage, ob der Betriebsrat auf die Zuleitung des Verschmelzungsvertrages oder seines Entwurfs als solche oder wenigstens die Einhaltung der Frist verzichten kann, mit guten Gründen und unter Bezugnahme auf ein diese Ansicht

stützendes Urteil des LG Stuttgart (MittRhNotK 2000, 299 = GmbHR 2000, 622) die Ansicht vertreten, dass dies möglich sein muss (vgl. § 2 Rdnr. 34 ff.; dies entspricht im Ansatz der Praxis einer Vielzahl von Registergerichten, die zumindest eine Verkürzung der Frist um zwei Wochen für unbedenklich halten, vgl. dazu *Schwarz*, ZNotP 2001, 22).

Ebenso überzeugend sind die Ausführungen zur Verschmelzung von Schwestergesellschaften (häufig auch als *side-step-merger* bezeichnet); hier wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert, ob die aufnehmende Schwestergesellschaft ihr Kapital zu erhöhen hat, um der Muttergesellschaft Anteile als Gegenleistung für die untergegangenen Anteile an der übertragenden Tochtergesellschaft zu gewähren. *Heckschen* rät hier – sicherlich auch aus Gründen der Vorsicht – zur Einhaltung des Kapitalerhöhungsgebotes (§ 3 Rdnr. 33), wengleich zumindest ein Instanzgericht dies nicht für zwingend notwendig erachtet hat (LG München I, MittRhNotK 1998, 287 = NJW-RR 1999, 398 = GmbHR 1999, 35 = BB 1998, 2331 = WM 1999, 1683).

Der Praktiker wird dieses Werk zu schätzen wissen. Wegen seiner Fülle an Informationen zu typischen und atypischen Problemstellungen bei Umwandlungsvorgängen ist es sicherlich eine wertvolle Ergänzung der üblichen Kommentare zum Umwandlungsgesetz.

Notarassessor *Dr. Christoph Terbrack*, Düsseldorf

### **Semler/Stengel (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2003, 2790 Seiten, € 165,-**

In der Reihe Beck'sche Kurzkommentare ist Ende Januar diesen Jahres von Prof. *Dr. Semler* und *Dr. Stengel* als Herausgeber ein Kommentar zum Umwandlungsgesetz erschienen. Hinter den Herausgebern verbirgt sich ein Team von insgesamt 28 Bearbeitern, allesamt Praktiker, die im Bereich von Unternehmensumwandlungen tätig sind. Entsprechend richtet sich der Kommentar laut Verlag insbesondere an „Rechtsanwälte, Justitiare, Richter, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Kaufleute, Geschäftsführer sowie Rechtswissenschaftler“. Obwohl vom Verlag nicht erwähnt, ist das Werk auch für die Arbeit des Notars eine Bereicherung und sollte – so viel sei vorweggenommen – in der Bibliothek dann nicht fehlen, wenn man nicht nur gelegentlich mit Umwandlungsvorgängen zu tun hat.

Die Reihe der im Verlag C.H. Beck erschienenen Kurzkommentare zeichnet sich dadurch aus, dass auf überschaubarem Raum in komprimierter Fassung Rechtsprechungshinweise und eigene Kommentierungen des Verfassers dargestellt werden. Umso erstaunlicher erscheint es, dass der Kommentar im Format des Palandt herausgegeben wurde. Gleichwohl wurde das Konzept der Kurzkommentare auch in dem jüngsten Werk verwirklicht. Die Kommentierungen sind kurz, prägnant und – für den Praktiker von besonderer Bedeutung – schnell aufzufinden, nicht zuletzt aufgrund einer übersichtlichen Gliederung zu Beginn einer Kommentierung und eines detaillierten Stichwortverzeichnisses.

Ausgerichtet an der Zielgruppe begnügt sich der Kommentar nicht nur mit der Darstellung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur, sondern bietet gerade bei kontroversen Streitigkeiten pragmatische Lösungsansätze an. Wohl-tuend ist auch, dass oftmals in Bereichen, in denen noch keine

gesicherte Rechtsprechung besteht, eine sehr praxisnahe Rechtsauffassung vertreten wird. Ein Beispiel ist die Zuleitung an den Betriebsrat und die Frage, ob der Betriebsrat auf die Zuleitung des Verschmelzungsvertrags, Spaltungsvertrags, Formwechselbeschlusses etc. oder nur auf die Einhaltung der Monatsfrist verzichten kann. Jeder, der Mitte August noch einen Umwandlungsvorgang auf den Stichtag 1.1. auf den Tisch bekommt, freut sich hier über Argumentationshilfe gegenüber dem Registergericht.

Leider ist es an einigen Stellen nicht ganz gelungen, einen zusammengehörenden Problembereich an einer Stelle umfassend darzustellen. Als Beispiel sei hier der in letzter Zeit wieder aktuell gewordene down-stream-merger erwähnt. Einzelne Ausführungen hierzu finden sich bei den §§ 5, 24, 54 und 68. Hier wäre eine umfassende Darstellung innerhalb der Kommentierung zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG wünschenswert gewesen.

Besonders herauszuheben ist, dass sich der Kommentar nicht nur mit den Umwandlungsmöglichkeiten des Umwandlungsgesetzes befasst, sondern im Anhang zu § 173 als Alternativgestaltung zur Ausgliederung die Einbringung im Wege der

Einzelrechtsnachfolge behandelt. Im Hinblick auf eine möglichst umfassende Darstellung von Umwandlungsmöglichkeiten wäre es für die zweite Auflage wünschenswert, diesen guten Ansatz im Hinblick auf weitere Umwandlungsmöglichkeiten außerhalb des Umwandlungsgesetzes, etwa die Anwachsung oder die Realteilung von Personengesellschaften im Wege der Auseinandersetzung fortzusetzen.

Ebenfalls positiv ist die im Anhang zu § 325 UmwG enthaltene Darstellung der steuerlichen Grundlagen des Umwandlungsrechts, die so oft den Grund für einen Umwandlungsvorgang darstellen. Diese Abhandlung liest sich wie ein Kurzlehrbuch des Umwandlungssteuerrechts und ermöglicht es, sich auf 157 Seiten einen Überblick über dieses eher notarferne Rechtsgebiet zu verschaffen.

Mit diesem Kommentar liegt ein in Konzeption und Bearbeitung sehr gelungenes Werk vor, dessen Anschaffung nicht zuletzt auch im Hinblick auf dessen Aktualität (Stand Juli 2002) sehr lohnenswert ist.

Notarassessor *Jochen Stelzer*, München

**Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebensgemeinschaft (Beck'sche Musterverträge Band 10), Verlag C.H. Beck, München, 4. Aufl. 2002, 160 Seiten und 1 CD-ROM, € 16,50**

*Grziwotz* legt sein Buch, das sich durchaus zu den Klassikern des Familienrechts zählen darf, nunmehr in der vierten Auflage vor. Der erweiterte Titel grenzt den Gegenstand des Werkes gegenüber dem neuen Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft ab. *Grziwotz* befasst sich in diesem Buch mit den Lebensgemeinschaften ohne Trauschein, seien sie verschieden- oder gleichgeschlechtlich.

Ausgehend von zwei Vertragsmustern, welche zum einen die dauerhafte eheähnliche Lebensgemeinschaft und zum anderen die sog. „Ehe auf Probe“ behandeln, erläutert der Autor die rechtlichen Probleme eheähnlicher Gemeinschaften und ihre kautelarjuristische Bewältigung unter Darbietung zahlreicher Formulierungsvarianten. Dabei betont *Grziwotz*, dass die Regelung von Einzelpunkten praxishäufiger ist als der Abschluss kompletter Partnerschaftsverträge, zumal hierbei die Gefahr der Überreglementierung bestehe (S. 29). Insofern dienen die beiden Vertragsmuster zur Anregung und stellen für die jeweils individuelle Lösung des Benutzers geeignete Formulierungshilfen dar.

Der Vertrag der dauerhaften eheähnlichen Gemeinschaft befasst sich vor allem mit der Rollenverteilung in der Lebensgemeinschaft, Haushaltsführung, Wohngemeinschaften, Vermögenszuordnung sowie mit Unterhaltsansprüchen von Partner und Kindern. Er soll lediglich das Innenverhältnis regeln, ohne im Außenverhältnis eine gemeinschaftliche Haftung zu begründen. Daher empfiehlt *Grziwotz* auch größere Zurückhaltung bei der Verwendung gegenseitiger Vollmachten (S. 40 f.). Bedeutsam sind Klauseln, welche im Falle einer Trennung anspruchsbegrenzend wirken und den Vertragsteilen Regelungsdisziplin auferlegen, indem sie Erstattungsansprüche von ausdrücklicher Vereinbarung abhängig machen (S. 71). Sehr hilf-

reich ist, dass *Grziwotz* auch die steuerlichen Bezüge jeweils mit in die Betrachtung einbezieht, so etwa mit dem Hinweis, dass es sich bei dem Versprechen eines pauschalierten Aufwendungsersatzes als „Startkapital“ und wirtschaftliche Absicherung für den Partner nicht um eine Schenkung handelt (S. 37). Gleiches gilt für die Darstellung derjenigen Bereiche, in denen gegenüber einer Ehe oder Lebenspartnerschaft steuerliche Vorteile bestehen (S. 67).

Der Vertrag der „Ehe auf Probe“ hingegen beginnt mit einer Regelung der „Probezeit“, mündet aber dann in einen Ehe- und Erbvertrag. Überzeugend belegt *Grziwotz* die Notwendigkeit einer solchen Kombination (S. 113), damit insbesondere in den Fällen des Hausbaus bereits in der „Probezeit“ im Falle einer späteren Heirat und Scheidung die güterrechtlichen Ansprüche nicht vom letztlich zufälligen Zeitpunkt der Heirat und der Feststellung des Anfangsvermögens zu diesem Zeitpunkt abhängen. Zahlreiche Gestaltungshinweise ermöglichen eine sachgerechte Behandlung dieser Problematik. Dies geht bis hin zur – für den Fall der Eheschließung – aufschiebend bedingten Übertragung eines Miteigentumsanteils (S. 120 f.). Die Notwendigkeit erbvertraglicher Regelung leuchtet bei der modernen „Patchworkfamilie“ mit Kindern aus verschiedenen Verbindungen unmittelbar ein. Damit geht einher die häufige Befassung des Notars mit dieser Themenstellung.

An den Wortungetümen, die uns der Gesetzgeber beschert hat, kommt auch *Grziwotz* nicht vorbei, wenn zuweilen von „verlebenspartnerten Beteiligten“ oder vom „entpartnerten Lebenspartner“ (S. 79) die Rede ist. Eine künftige Auflage sollte besser auf die jeweils parallele Begutachtung von eheähnlicher und lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft verzichten und stattdessen ein eigenes Muster zur gleichgeschlechtlichen nicht eingetragenen Lebensgemeinschaft anbieten, das die Verweisungen auf die Lebenspartnerschaft behandelt. Der übrige Text wäre dann wesentlich besser lesbar und die Formulierungsvarianten übersichtlicher. Bei dieser Gelegenheit sollte auch die Zahl der mit Kleinbuchstaben ergänzten Endnoten deutlich reduzierbar sein.

*Grziwotz* bietet mit dem besprochenen Werk eine umfassende und praxisbezogene Erläuterung auf einem stets aktuellen Stand. Alle rechtlichen Bereiche der Lebensgemeinschaft sind kompetent und mit ausformulierter Lösung dargestellt. Die beigelegte Text-CD ermöglicht komplikationslos die Übernahme der Texte in die eigene Bearbeitung.

Das Buch ist daher allen Anwälten, Notaren, aber auch steuerlichen Beratern, die sich mit diesem Thema befassen, uneingeschränkt zu empfehlen. Sein Vorzug besteht aber nicht zuletzt auch darin, dass man trotz der Kompliziertheit der Materie auch den Betroffenen guten Gewissens zur Lektüre raten kann.

Notar *Dr. Christof Münch*, Kitzingen

**Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Verlag C.H. Beck, München 2002, 278 Seiten, € 18, 50**

Die Zahl der Lehr- und Handbücher zur Vertragsgestaltung, einführender zumal, nimmt kontinuierlich zu. Das vorliegende Werk von *Grziwotz* schließt nun die Lücke im Angebot zum öffentlichen Recht zwischen den nicht immer das Verständnis fördernden Mustersammlungen und Formularbüchern einerseits und der kautelarjuristischen Spezialliteratur andererseits.

Auf den ersten knapp hundert Seiten stellt der Autor im Schwerpunkt die Kooperationsformen im öffentlichen Recht vor und zeigt Wege zu einer – allgemein als unterentwickelt betrachteten – Vertragsdogmatik im öffentlichen Recht auf. Es schließt sich ein „Besonderer Teil“ an, in dem *Grziwotz* auf nur wenig mehr als 170 Seiten fast das gesamte Kaleidoskop der kautelarjuristischen Anwendungsfelder im öffentlichen Recht schlaglichtartig entfaltet. So werden unter anderem Wohnungsbauförderung, Ablöse- und Vorauszahlungsvereinbarungen, Erschließungsvertrag, Durchführungsvertrag beim Vorhaben- und Erschließungsplan, sonstige städtebauliche Verträge, naturschutzrechtliche Vereinbarungen und die „Public Private Partnership“ abgehandelt. Dabei beschränkt sich der Autor nicht auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag im eigentlichen Sinne, sondern nimmt auch im Kern zivilrechtliche Gestaltungsprobleme mit auf (etwa den Bauplatzkauf mit Wiederkaufsrecht, die sog. „Einheimischenmodelle“ usw.). Auch das Steuerrecht findet jeweils noch seinen Platz.

Abschnittsweise präsentiert *Grziwotz* zunächst die Grundlagen sowie die klassischen und aktuellen Rechtsfragen eines Vertragsgebietes. Die problemorientierte, dennoch stringente Darstellung macht es dem Leser leicht, sich den Gestaltungsbedarf auf dem betreffenden Feld und die dazugehörigen Lösungsmöglichkeiten zu erschließen. Sodann stellt der Autor für jeden Abschnitt mindestens einen Mustervertrag vor, in dem sich die zuvor besprochenen Probleme zusammenhängend „gelöst“ wiederfinden. Besonders die Lektüre der Passagen zum Recht der Ablösungs- und Vorauszahlungsvereinbarungen sowie der Erschließungs- und städtebaulichen Verträge verschafft dem in der Praxis diesbezüglich noch unerfahrenen Leser einen guten Überblick und ein sichereres Gefühl im Dickicht von Terminologie und Typenvielfalt des öffentlichen Vertragsrechts.

Das Buch befindet sich auf dem neuesten Stand. Die Novelle des BNatSchG ist bereits eingearbeitet, ebenso die wesentlichen Folgen, die sich aus der Schuldrechtsreform 2002 für das öffentliche Vertragsrecht ergeben.

Fazit: Für Studenten und Referendare ist das Buch aufgrund seiner gedrängten, zumeist stark praxisbezogenen Darstellung weniger geeignet, aber nach meiner Einschätzung auch nicht erforderlich. *Rechtsgestaltung* in öffentlich-rechtlichen Examensaufgaben spielt sich derzeit – wenn überhaupt – im Bereich der Norm- und Bescheidskonzeption ab. Das Werk von *Grziwotz* ist indes Notarassessoren sowie sonstigen am Beginn ihrer praktischen Ausbildung stehenden Vertragsjuristen uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarassessor *Arne Everts*, Eggenfelden

## Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 133, 155, 157 (*Kein Dissens bei von Baubeschreibung abweichenden Plänen*)

### Zur fehlerhaften Annahme eines Dissenses bei der Auslegung eines Bauvertrages.

BGH, Urteil vom 5.12.2002 – VII ZR 342/01 –

#### Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von den Beklagten die Beseitigung einer Vielzahl von Mängeln.

Er erwarb im Jahre 1994 ein von den Beklagten noch fertigzustellendes Haus zum Preis von 580.000 DM. Die Baubeschreibung, die zum Gegenstand des notariellen Vertrags gemacht wurde, sah als Kellerabgang im Giebelbereich „eine Treppenanlage bestehend aus Betonfertigteilstufen mit seitlicher Abmauerung“ vor. In den gleichfalls dem Vertrag beigefügten „Grundriß-, Ansichts- und Schnittplänen“ ist diese Außentreppe nicht ausgewiesen.

Der Kläger verweigerte die Abnahme des errichteten Hauses wegen Mängeln und verlangte deren Beseitigung. Die auf Beseitigung der Mängel gerichtete Klage hatte in erster Instanz hinsichtlich eines Teils der behaupteten Mängel Erfolg. Nach beiderseitiger Berufung hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der dagegen gerichteten Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

#### Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, ein Vertrag sei wegen Dissenses gemäß § 155 BGB nicht zustande gekommen. Da der Kellerabgang als Außentreppe in der Baubeschreibung, nicht aber in den Plänen ausgewiesen sei, liege eine mehrdeutige Offerte vor, die von den Parteien verschieden verstanden worden sei. Es handele sich um einen Scheinkonsens.

II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts liegt kein Dissens vor.

Das Angebot der Beklagten ist nicht mehrdeutig. Welche Leistung von den Beklagten angeboten war, ist gemäß §§ 133, 157 BGB aus dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1999 – VII ZR 8/98, BauR 1999, 668 = ZfBR 1999, 210 m.w.N.).

Ein Bauvertrag ist als sinnvolles Ganzes auszulegen. Grundsätzlich ist auch bei einem Bauvertrag, der nicht nach VOB/A ausgeschrieben worden ist, davon auszugehen, dass der Anbieter eine Leistung widerspruchsfrei anbieten will. Bei Unklarheiten über nicht von vornherein in Übereinstimmung zu bringende Vertragserklärungen hat sich die Auslegung zunächst an demjenigen Teil zu orientieren, der die Leistung konkret beschreibt. Dabei kommt dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung gegenüber etwaigen Plänen jedenfalls dann eine vergleichsweise große Bedeutung zu, wenn damit die Leistung im Einzelnen genau beschrieben wird, während die Pläne sich nicht im Detail an dem angebotenen Bauvorhaben orientieren (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.1999 – VII ZR 179/98, BauR 1999, 897 = NJW 1999, 2432 = ZfBR 1999, 256).

Aus der demnach maßgebenden Sicht des Klägers war als Kellerabgang eine Treppenanlage bestehend aus Betonfertigteilstufen mit seitlicher Abmauerung angeboten. Die Baubeschreibung wies unter Nr. IV.7 diese Leistung aus und beschrieb sie im Detail. Nach der Verkehrsanschauung waren insoweit die Grundriß-, Ansicht- und Schnittpläne nachrangig.

III. Demnach hat das Urteil keinen Bestand. Es ist aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. BGB § 765, MaBV § 7 (*Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV*)

### Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert grundsätzlich keinen Anspruch des Auftraggebers gegen den Bauräger auf Erstattung des durch Überschreitung der festgelegten Bauzeit entstandenen Verzugsschadens gemäß §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F. (Ergänzung zum Senatsurteil vom 22.10.2002 – XI ZR 393/01, DNotZ 2003, 117 ff., WM 2002, 2411 ff.).

BGH, Urteil vom 21.1.2003 – XI ZR 145/02 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner; Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt die beklagte Bank aus einer Bürgschaft gemäß § 7 Makler- und Baurägerverordnung (im Folgenden: MaBV) in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die H. K. Bauräger GmbH (nachfolgend: K. GmbH) verpflichtete sich im Dezember 1995 durch notariellen Kauf- und Baurägervertrag, ein Mehrfamilienhaus zu sanieren und dem Kläger zu übereignen. Die Parteien vereinbarten, dass der Kaufpreis in Höhe von 663.228 DM sofort zu leisten sei, sobald dem Kläger eine der Vorschrift des § 7 MaBV genügende Bürgschaft eines deutschen Kreditinstituts ausgehändigt worden sei. Der Werklohn über 2.220.872 DM sollte in bestimmten Raten nach Baufortschritt gezahlt werden, ein Teilbetrag von 1.250.000 DM jedoch spätestens am 29.12.1995, sofern eine § 7 MaBV entsprechende Bankbürgschaft gestellt werde. Für die bezugsfertige Sanierung des Gebäudes war eine Bauzeit bis zum 31.12.1996 vorgesehen.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten übernahm mit Urkunde vom 16.1.1996 gegenüber dem Kläger eine Bürgschaft „gemäß § 7 MaBV“. In der Urkunde heißt es: Die K. GmbH wird „zur Ausführung des Kaufvertrages vom 23.12.95 ... Vermögenswerte in Höhe von 2.884.100 DM erhalten ... Zur Sicherung aller etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Gewerbetreibenden auf Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte, die der Gewerbetreibende erhalten hat, ... übernehmen wir hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft ... bis zum Höchstbetrag von DM 1.913.228,00“. Nach Übergabe der Bürgschaftsurkunde zahlte der Kläger die darin vereinbarte Höchstsumme an die K. GmbH. Einen Tag vor Ablauf des festgelegten Fertigstellungstermins (31.12.1996) überwies er, der sich seit Oktober 1996 über den Baustand durch einen von ihm beauftragten Architekten laufend unterrichten ließ, weitere 970.872 DM, was dem vereinbarten Restbetrag entspricht.

Am 11.8.1999 wurden dem Kläger die Schlüssel für die Immobilie ausgehändigt. In der Folgezeit verhandelte er mit der K. GmbH erfolglos über den Ersatz eines Verzugsschadens wegen Bauverzögerung. Das Landgericht hat die auf Zahlung von 307.692,06 DM (Mietausfall sowie Rechtsanwalts- und Architektenkosten) zuzüglich Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und ihn aufgrund der im Wege der Anschlussberufung erhobenen Widerklage der Beklagten zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. (...)

II. (...) Die Klage ist schon deshalb unbegründet, weil die ersetzt verlangten Schäden wegen verzögerter Fertigstellung und Übergabe des Bauwerks von der Höchstbetragsbürgschaft der Beklagten „gemäß § 7 MaBV“ nicht erfasst werden.

1. Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 18.6.2002 – XI ZR 359/01, WM 2002, 1655 ff. (zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) für eine fast gleichlautende Bürgschaftserklärung im Einzelnen ausgeführt hat, sichert eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sowohl Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung als auch Ansprüche auf Rückgewähr der Vorauszahlung, die aus einer auf Mängel des Bauwerks gestützten Wandelung oder Minderung oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung resultieren (vgl. auch BGH, Urteil vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 537; Senatsurteil vom 22.10.2002 – XI ZR 393/01, WM 2002, 2411, 2412). Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber – gleichgültig aus welchem Grund – ein Anspruch auf (teilweise) Rückgewähr seiner Vorauszahlung zusteht, weil der Bauträger seine kauf- oder werkvertragliche Verpflichtung (teilweise) nicht oder schlecht erfüllt hat.

Eine solche Auslegung entspricht auch dem Schutzzweck der Bürgschaft. Durch die nach § 7 Abs. 1 MaBV vom Bauträger zu stellende Bankbürgschaft soll der Vertragsgegner einen angemessenen Ausgleich für die von ihm eingegangene Verpflichtung erhalten, die Vergütung für das herzustellende Werk sofort zu entrichten, und nicht erst, entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB, bei Abnahme oder, wie es § 3 Abs. 2 MaBV gestattet, in Raten entsprechend dem Bauablauf nach Bauabschnitten. Eine Vorleistungspflicht benachteiligt den Erwerber nämlich in erheblichem Maße. Er verliert insbesondere die Möglichkeit, sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB geltend zu machen oder mit (Schadensersatz-)Ansprüchen aufzurechnen, wenn der Bauträger die ihm obliegenden Pflichten nicht oder schlecht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 14.1.1999 – IX ZR 140/98, WM 1999, 535, 537; Senatsurteil vom 22.10.2002 – XI ZR 393/01, a.a.O. S. 2412).

2. Nach diesen Grundsätzen sind die hier in Rede stehenden Verzugschäden von der Beklagten weder ganz noch teilweise zu ersetzen.

a) Die Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert keine Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz entgangener Steuervorteile oder Nutzungen, die durch Überschreitung der Bauzeit entstanden sind. Dies hat der erkennende Senat in dem erst nach der angefochtenen Entscheidung ergangenen Urteil vom 18.6.2002 (a.a.O. S. 1658) bereits für einen vertraglich vereinbarten Anspruch des Bauherrn auf Zahlung einer pauschalierten Nutzungsausfallentschädigung angenommen. Ferner hat er in dem zitierten Urteil vom 22.10.2002 (a.a.O.) entschieden, dass für einen gesetzlichen Anspruch des Bauherrn aus §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F. auf Ersatz eines Mietausfall-schadens nichts anderes gelten kann.

aa) Der sich aus einem vom Bauträger zu vertretenden Leistungsverzug ergebende Anspruch des Auftraggebers gemäß §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F. ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein unselbstständiger Rechnungsposten im Rahmen der Schlussabrechnung, der zu einer durch die Bankbürgschaft „gemäß § 7 MaBV“ gesicherten Rückzahlungsforderung führen kann. In die Schlussabrechnung des Bauvorhabens sind – wie die Revisionsrüge zu Recht

einwendet und auch das Landgericht nicht verkannt hat – grundsätzlich nur solche Ansprüche einzustellen, die auf einer Minderung der Gebrauchstauglichkeit oder des Wertes der Unternehmerleistung, also einer Äquivalenzstörung beruhen und das im Bauträgervertrag angelegte Gleichgewicht der gegenseitigen Leistungen wiederherstellen sollen (siehe auch *Gero Fischer* WM 2003, 1, 2, m.w.N.). Allein bei ihnen besteht nämlich die Gefahr, dass der um sein Leistungsverweigerungsrecht gebrachte Erwerber im Falle der Insolvenz des Bauträgers oder vergleichbarer Leistungshindernisse nicht das erhält, was ihm nach dem Bauträgervertrag zusteht. Der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F. ist seiner Natur nach nicht auf die Herstellung einer Gleichwertigkeit von (Voraus-)Leistung und Gegenleistung gerichtet, sondern auf Ersatz eines selbstständigen, weitergehenden Verzögerungsschadens. Infolgedessen tritt er neben etwaige Ansprüche des Auftraggebers wegen Nicht- oder Schlechterfüllung des Bauträgervertrages und bleibt von einem Rücktritt des Gläubigers vom Vertrag unberührt (BGHZ 88, 46, 49 f.; *U. Huber*, Leistungsstörungen Bd. I § 21 I b, S. 495, jeweils m.w.N.). Ein solcher Anspruch, der nicht darauf beruht, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Gebrauchstauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt, wird von der Bürgschaft nach § 7 MaBV grundsätzlich nicht erfasst.

bb) Eine andere Betrachtungsweise ist auch mit dem Wortlaut der von der Beklagten übernommenen Bürgschaft gemäß § 7 MaBV nicht zu vereinbaren. Die Begriffe der „Rückgewähr“ oder „Auszahlung“ knüpfen an die vom Auftraggeber an den Bauträger aufgrund der Vorleistungspflicht bereits überlassenen Vermögenswerte und bei einem Zurückbleiben der Gegenleistung wieder ganz oder teilweise zurückzuzahlenden Beträge an. Selbst bei großzügiger Auslegung und strikter Anwendung des § 5 AGBG a.F. spricht nichts dafür, dass danach auch ein aus Überschreitung der vereinbarten Bauzeit resultierender Vermögensschaden im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB a.F. zu den durch die Bankbürgschaft gesicherten Risiken zählt.

Der Sicherungszweck einer Bürgschaft gemäß § 7 MaBV würde unzulässigerweise ausgedehnt, wenn die Bürgenhaftung auf alle vor der Abnahmereife entstandenen Ansprüche des Auftraggebers unabhängig von einer Beeinträchtigung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses erstreckt würde. Soll das den Regeln des § 7 MaBV zugrunde liegende Risikoverteilungsmodell zu Lasten des Bürgen geändert werden und dieser auch für die regelmäßig unabsehbaren Folgen verspäteter – sonst aber völlig einwandfreier – Leistungen des Bauträgers einstehen, so muss sich ein solcher Wille grundsätzlich aus der Vertragsurkunde ergeben (§ 766 BGB). Davon kann hier keine Rede sein. Aus der Bezugnahme der Bürgschaftsurkunde auf den Kaufvertrag, wonach die vom Bauträger zu stellende Bürgschaft „die Rückzahlung des Werklohnes bis zur vollständigen Fertigstellung der Sanierungs- und Renovierungsarbeiten“ sichern sollte, ergibt sich vielmehr deutlich, dass Verzögerungsschäden im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB a.F. nicht abgedeckt sind.

b) Infolgedessen ist eine Bürgenhaftung der Beklagten nicht gegeben. Dies gilt nicht nur für den vom Kläger in erster Linie geltend gemachten Mietausfall, sondern auch für die darüber hinaus ersetzt verlangten Rechtsanwalts- und Architektenkosten. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die vom Bauherrn für die Bauaufsicht oder ähnliche Aufgaben aufgewandten Architektenkosten als Teil des durch die Nicht- oder Schlechterfüllung des Bauträgervertrages entstandenen Schadens ersatzfähig sind und in vollem Umfang von der Bankbürgschaft

„gemäß § 7 MaBV“ erfasst werden (vgl. Senatsurteil vom 18.6.2002, a.a.O. S. 1658). So ist es hier aber nicht. Vielmehr sind die Architekten- und Anwaltskosten nach dem Sachvertrag des Klägers durch den Leistungsverzug der Bauträgerin entstanden, so dass sich ein Schadensersatzanspruch ausschließlich aus den §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F. ergeben kann.

III. Die Revision des Klägers war daher zurückzuweisen.

3. BGB §§ 459 ff. a.F. (*Gewährleistungsausschluss umfasst nicht zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang auftretende Mängel*)

**Haben die Parteien die Gewährleistungspflicht des Verkäufers i.S.d. §§ 459 ff. BGB a.F. für sichtbare und unsichtbare Mängel ausgeschlossen, so erfasst der Ausschluss in der Regel nicht solche Mängel, die nach Vertragsschluss und vor Gefahrübergang entstehen; wollen die Parteien auch solche Mängel von der Haftung ausschließen, müssen sie dies deutlich machen.**

BGH, Urteil vom 24.1.2003 – V ZR 248/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Vertrag vom 18.5.1999 verkaufte der Beklagte dem Kläger und dessen Ehefrau ein Hausgrundstück in Solingen für 530.000 DM. Die Gewährleistung für sichtbare und unsichtbare Mängel wurde ausgeschlossen. Die Übergabe und die Kaufpreisfälligkeit waren für den 30.11.1999 vereinbart. Mit der vollständigen Zahlung des Kaufpreises sollten Gefahr und Lasten auf die Käufer übergehen.

Zwischen Vertragsschluss und Gefahrübergang kam es am 26.8.1999 zu einem Wassereintrich. Dadurch entstanden nach der Behauptung des Klägers, der sich etwaige Ansprüche seiner Frau hat abtreten lassen, an dem Laminatboden in der Souterrainwohnung des Hauses und an einzelnen Türblättern Schäden, deren Beseitigung der Kläger mit insgesamt 4.868,96 DM veranschlagt. Ferner macht er geltend, der Beklagte habe beim Auszug Tapeten im Kellerbereich beschädigt, was Kosten in Höhe von 816,14 DM verursacht habe. Der Kläger verlangt vom Beklagten den Ersatz dieser und weiterer Schäden.

*Aus den Gründen:*

I. Das Berufungsgericht prüft das Begehren des Klägers unter dem Gesichtspunkt der Kaufpreisminderung nach §§ 459, 462, 472 BGB a.F. und lehnt einen Anspruch mit der Begründung ab, dass ein Gewährleistungsausschluss im Regelfall auch die von dem Verkäufer nicht verschuldeten Mängel erfasse, die zwischen dem Vertragsschluss und dem Gefahrübergang entstehen. Wolle sich der Käufer hierauf nicht einlassen, sei es seine Sache, dies in dem Kaufvertrag klarzustellen. Daran fehle es im vorliegenden Fall.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden und von der Revision auch nicht angegriffen ist der Ansatz des Berufungsgerichts, den geltend gemachten Anspruch nur unter dem Gesichtspunkt der Kaufpreisminderung (§§ 459, 462, 472 BGB a.F.) zu prüfen. Der Kläger verlangt zwar Ausgleich seiner Schäden. Die getroffenen Feststellungen erfüllen aber nicht die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 463 BGB a.F. Zu einer Kaufpreisminderung können die Schäden nach Maßgabe des § 472 BGB a.F. führen.

2. Rechtsfehlerhaft ist demgegenüber die Auffassung des Berufungsgerichts, der Gewährleistungsausschluss erfasse im

vorliegenden Fall die – nach Behauptung des Klägers – aufgetretenen Mängel.

a) Für die geltend gemachten Schäden an der Tapete im Kellerbereich ist dies selbst dann anzunehmen, wenn man dem Ansatz des Berufungsgerichts folgen wollte. Es legt den Vertrag dahin aus, dass der Haftungsausschluss auch nach Vertragsschluss entstandene Mängel erfasst, sofern sie von dem Verkäufer nicht verschuldet worden sind. In Betracht kommt also nur ein Haftungsausschluss für eine zufällige Verschlechterung zwischen Kaufabschluss und Gefahrübergang (vgl. zur Diskussion *Staudinger/Honsell*, BGB [1995], § 476 a.F. Rdnr. 11 m.w.N.; weitergehend auch nicht *Tiedtke*, NJW 1995, 3081, 3084, auf den sich das Berufungsgericht stützt). Ein Fall der zufälligen Verschlechterung liegt aber hinsichtlich der Schäden an der Tapete nach dem Vorbringen des Klägers nicht vor. Diese Schäden sollen beim Auszug des Beklagten insbesondere durch die Auswechslung von Türrahmen und Zargen entstanden sein. Auszugehen ist danach davon, dass der Beklagte oder die von ihm beim Auszug eingesetzten Leute schuldhaft gegen die dem Verkäufer bis zum Gefahrübergang obliegenden Schutzpflichten (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 433 Rdnr. 33) verstoßen haben.

b) Im Übrigen ist die Auslegung des Berufungsgerichts fehlerhaft, da sie der Interessenlage der Parteien nicht gerecht wird. (...)

bb) Der Sinn eines Gewährleistungsausschlusses beim Grundstückskauf besteht darin, den Verkäufer vor der Haftung wegen solcher Mängel zu bewahren, die ihm nicht bekannt sind. Dieses Interesse ist schützenswert. Sind ihm Mängel bekannt, die bei einer Besichtigung der Kaufsache nicht ohne weiteres erkennbar sind, so ist ein Gewährleistungsausschluss wegen der in der Regel dem Verkäufer zur Last fallenden Arglist unwirksam (§ 476 BGB a.F.). Hier gebietet die Interessenlage einen Schutz des Käufers. Ist ein Mangel ohne weiteres – auch für den Käufer – erkennbar, so hat dieser die Möglichkeit, seine Interessen selbst zu wahren, durch Aushandeln eines geringeren Kaufpreises oder durch ausdrückliche Vereinbarung der Mängelhaftung auch für diesen Fehler. Macht der Käufer von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, erfasst der Gewährleistungsausschluss im Regelfall auch solche Mängel. Auch dies ist interessengerecht.

Bei Fehlern, die nach Vertragsschluss auftreten, ist eine andere Beurteilung geboten. Der Käufer, der sich auf einen Gewährleistungsausschluss einlässt, kann sich vor den Folgen eines solchen Mangels nicht in vergleichbarer Weise schützen. Die Frage der Erkennbarkeit des Mangels mit der Möglichkeit, sich bei den Vertragsverhandlungen darauf einzurichten, stellt sich nicht. Auch das Korrektiv des § 476 BGB a.F. greift nicht. Wer sich als Käufer auf einen Haftungsausschluss einlässt, der auch die nach Vertragsschluss eintretenden Mängel erfasst, geht folglich ein großes Risiko ein. Dass hierzu ein Käufer im Regelfall bereit ist, kann nicht angenommen werden.

Zwar birgt die zufällig eintretende Verschlechterung der Kaufsache nach Vertragsschluss für den Verkäufer die gleichen Risiken. Er kann sie, solange die Gefahr noch nicht übergegangen ist, aber eher beherrschen. Das Gesetz weist ihm daher diese Risiken zu (§§ 446 Abs. 1, 459 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.).

Soweit die Revisionserwiderung meint, der Käufer sei dadurch hinreichend geschützt, dass er bei Übergabe die Kaufsache auf neu aufgetretene Mängel untersuchen und gegebenenfalls nach § 320 ff. BGB a.F. verfahren könne (vgl. Senat, BGHZ 129, 103, 106), verkennt sie, dass das Gesetz dem

Käufer das Recht zubilligt, die Kaufsache anzunehmen und anschließend Mängelrechte geltend zu machen (bis zur Grenze des § 464 BGB a.F.). Es verweist ihn nicht auf die Möglichkeiten, die die allgemeinen Normen der §§ 320 ff. BGB bieten. Daher ist es gerade die Frage, ob ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss diese Folge haben soll.

Wollen die Parteien von dieser gesetzlichen Regelung, die die beiderseitigen Interessen angemessen gewichtet, abweichen, müssen sie dies deutlich machen. Anderenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass einem Haftungsausschluss, für den ohnehin der Grundsatz einer engen Auslegung gilt (vgl. BGH, Urt. v. 11.7.1960, VII ZR 109/59, WM 1960, 1119, 1120; Senat, Urt. v. 26.1.1962, V ZR 168/60, WM 1962, 511, 512; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 459 Rdnr. 223), solch weitreichende Folgen beigemessen werden sollten (vgl. *Soergel/Huber* a.a.O.; *Staudinger/Honsell*, § 476 a.F. Rdnr. 11; *Erman/Grunewald*, BGB, 10. Aufl., vor § 459 Rdnr. 71; a.A., doch ohne näheres Eingehen auf die Problematik, *Tiedtke*, NJW 1995, 3081, 3084; ihm im Grundsatz folgend OLG Hamm, MDR 1999, 1189). Soweit der Senat in einer früheren Entscheidung (BGHZ 114, 34, 39) ohne weiteres davon ausgegangen ist, dass ein vergleichbarer Gewährleistungsausschluss generell auch die nach Vertragsschluss auftretenden Mängel erfasst, wird daran nicht festgehalten. (...)

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu die Anmerkung von *Amann*, zur Veröffentlichung vorgesehen in DNotZ, Heft 5 oder 6/2003

4. GBO § 81; ZPO §§ 46, 574 (*Kein Rechtsmittel gegen OLG-Entscheidung im Grundbuchverfahren*)

**Gegen die Entscheidung, mit der das Oberlandesgericht im Grundbuchverfahren die Ablehnung eines mit der weiteren Beschwerde befassten Richters für unbegründet erklärt, findet kein Rechtsmittel statt.**

BGH, Beschluss vom 19.12.2002 – V ZB 61/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Die Rechtsbeschwerde ist nicht statthaft. Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind unanfechtbar. Das gilt auch in Richterablenkungsverfahren, in denen das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat. Das Rechtsmittelsystem des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit trifft eine abschließende Regelung, in der die Anrufung des Bundesgerichtshofs außerhalb des Vorlegungsverfahrens (§ 28 Abs. 2 FGG, § 79 Abs. 2 GBO) nicht vorgesehen ist. Diese Beschränkung des Rechtsmittelzuges trägt einerseits dem Rang Rechnung, der den Oberlandesgerichten und ihren Entscheidungen zukommt, andererseits aber auch dem Bedürfnis nach einer Entlastung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschl. v. 13.11.1991, IV ZB 10/91, NJW-RR 1992, 383 = FamRZ 1992, 426). An dieser Rechtslage hat sich durch das In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001 (BGBl. I S. 1887) am 1.1.2002 nichts geändert. Eine Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde einem gesonderten Gesetzgebungsvorhaben vorbehalten (BT-Drucks. 14/4722, S. 69). (...)

5. BGB § 1018 (*Anpassung einer Dienstbarkeit an entwicklungsbedingte Veränderungen*)

**Der Umfang einer Grunddienstbarkeit steht nicht für alle Zeiten fest, sondern richtet sich nach den jeweiligen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, sozialen und technischen Entwicklung. Eine dadurch bedingte Erweiterung der Nutzung wird erst dann unzulässig, wenn sie neue Vorteile bringt, also der Nutzungszweck, der der ursprünglichen Grunddienstbarkeit zugrunde lag, erweitert wird.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 17.10.2002 – 8 U 3144/02 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt *Klaus Wirth*, Passau

*Aus den Gründen:*

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und zum Neuerlass der beantragten einstweiligen Verfügung. Die Klägerin hat glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund des dinglichen Geh- und Fahrrechts berechtigt ist, von den Beklagten zu verlangen, es zu unterlassen, Personen daran zu hindern, das Grundstück der Beklagten zu nutzen, soweit sie mit dem Pausenverkauf auf dem Schulgrundstück befasst sind.

1. Das zu Gunsten des Grundstücks der Klägerin bestehende Geh- und Fahrrecht am Grundstück der Beklagten darf die Klägerin auch insoweit in Anspruch nehmen, als Personen das Geh- und Fahrrecht nutzen, die den Pausenverkauf in einem für diese Zwecke erstellten Pavillon auf dem Schulgrundstück der Klägerin tätigen, obwohl dieser Verkaufspavillon erst 1990 errichtet wurde und sich auf einem Teil des Grundstücks befindet, den die Klägerin erst nach Eintragung der Grunddienstbarkeit (4.10.1978) hinzuerworben hat.

2. Zwar beschränkt sich eine Grunddienstbarkeit grundsätzlich auf den Grundstücksteil, der ursprünglich damit belastet war (BGH Rpfleger 78, 52), sodass die Vereinigung des ursprünglichen Grundstücks mit einem neuen Grundstücksteil den Bestand und den Umfang der dinglichen Berechtigung unberührt lässt (BGH Rpfleger 74, 148, 150). Die Benutzung des ursprünglich dienenden Grundstücks für Zwecke eines hinzuerworbenen Grundstücks ist deshalb in der Regel widerrechtlich (BGHZ, 44, 171, 175).

3. Zu Recht lässt der Bundesgerichtshof in der zuletzt genannten Entscheidung jedoch offen, ob sich hieraus eine nur gegenständliche Beschränkung des Dienstbarkeits-(ausübungs-)Rechts ergibt oder sein völliger Untergang. Der Senat ist im Einklang mit dem Bundesgerichtshof der Auffassung, dass das Ausübungsrecht lediglich die Benutzung auf ein Maß zu beschränken hat, das dem Durchschnittsmaß der Nutzung des dienenden Grundstücks in der Zeit vor der Ausdehnung des Grundstücks entspricht und das nicht zu einer wesentlichen Mehrbelastung des dienenden Grundstücks führt. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat eine bestimmte Ausübung der Grunddienstbarkeit zu dulden, soweit er zum Zeitpunkt der Begründung der Grunddienstbarkeit nach Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks mit einer solchen Nutzung rechnen musste. Dabei hat der Verpflichtete Fortschritte in der Technik oder gesellschaftliche und soziale Veränderungen im Rahmen des Zumutbaren hinzunehmen.

Der Senat entnimmt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 44, 171 ff. = NJW 65, 2340 ff.), dass der Umfang der Grunddienstbarkeit nicht für alle Zeiten feststeht, sondern

sich nach den jeweiligen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, sozialen und technischen Entwicklung ergibt.

Die Nutzung des Geh- und Fahrrechts wird insgesamt erst dann unzulässig, wenn eine Erweiterung der Nutzung neue Vorteile für das hinzugekaufte Grundstück bringt, also der Nutzungszweck, der der ursprünglichen Grunddienstbarkeit des herrschenden Grundstücks zu Grunde lag, erweitert wird.

4. Der Umfang der Ausübung der Grunddienstbarkeit richtet sich zwar nach den Vereinbarungen, die den Inhalt der Dienstbarkeit bilden, und zwar zur Zeit der Bestellung. Jedoch wird bei nachträglicher Steigerung der Bedürfnisse nicht auf den Augenblick der Bestellung abgestellt werden können, sondern auf die Vorstellungen der Verkehrsauffassung vom Rahmen des Charakters des herrschenden Grundstücks. Insofern kann auch nichts anderes gelten, wenn der Berechtigte sein Grundstück durch Hinzukauf erweitert. Damit wird die Ausübung des Wegerechts nicht unzulässig. Vielmehr muss nun der Umfang der zulässigen Benutzung unter den geänderten Umständen ermittelt werden. Es ist in einem solchen Falle festzustellen, welche Nutzung auf das herrschende Grundstück gegenwärtig entfallen würde, wenn das Gebäude und der Betrieb sich ausschließlich auf ihm befänden (vgl. hierzu *Dehner*, Nachbarrecht, 7. Aufl., 1991, B § 31, 15). Weil aber das von der Klägerin hinzugekaufte Grundstück – jedenfalls was den Betrieb des Verkaufspavillons angeht – den Zwecken des ursprünglichen Grundstücks dient (Schulbetrieb) und somit auch die Nutzung im Rahmen des Geh- und Fahrrechts dem Interesse des ursprünglichen Grundstücks dient, liegt allein deshalb noch keine Überschreitung der Ausübung des Geh- und Fahrrechts vor.

5. Entscheidend ist hier der Umstand, dass sich zur Zeit der Begründung des Geh- und Fahrrechts auf dem Grundstück der Klägerin bereits eine Schule mit vergleichbaren Schülerzahlen befand. Es kann dahingestellt bleiben, ob 1978 ein geregelter Pausenverkauf für Schüler und Lehrer dem Schulbetrieb immanent war. Jedenfalls gehört heute zu einem geregelten Schulbetrieb auch eine Einrichtung, die in den Pausen Speisen und Getränke zum Erwerb anbietet. Mag 1978 sich ein solches Angebot auf Milch, Kakao und Semmeln beschränkt haben können, so wird nach den heutigen Gepflogenheiten ein Sortiment von verschiedenen nicht alkoholischen Getränken sowie verschiedene Süßigkeiten und ein kleiner Imbissverkauf als üblich bezeichnet werden müssen. Daraus folgt, dass die Klägerin die Ausübung des Geh- und Fahrrechts auf dem Grundstück der Beklagten nicht über Gebühr ausgedehnt hat, soweit sie in dem 1990 erstellten Verkaufspavillon den Pausenverkauf durchführt. Der Pausenverkauf dient schulischen Zwecken und ist Bestandteil eines geordneten Schulbetriebs, mag auch der Umfang des Pausenverkaufs im Hinblick auf die gestiegenen Bedürfnisse von Schülern und Lehrern sowohl mengenmäßig als auch bezüglich des Sortiments zugenommen haben.

Da der Pavillon ausschließlich schulischen Zwecken dient, betreffen dessen Nutzungen ausschließlich die Schule selbst, die sich auf dem Grundstücksteil befindet, für den das Geh- und Fahrrecht bereits 1978 eingetragen worden ist. Obwohl der Pavillon selbst auf dem hinzuerworbenen Grundstücksteil errichtet worden ist, liegt eine widerrechtliche Benutzung jedenfalls so lange nicht vor, als sich die Nutzung in einem solchen Rahmen hält, dass es keinen Unterschied ausmacht, wenn sich der Pavillon nicht auf dem hinzugekauften, sondern auf dem ursprünglichen Grundstück befände (vgl. BGH NJW 65, 2340, 2342). Nur wenn die Klägerin eine willkürliche oder unvorhersehbare Veränderung der Nutzung des

Grundstücks insgesamt vornehmen würde, wäre nach der hypothetischen Betrachtungsweise des Bundesgerichtshofs die Ausübung des Geh- und Fahrrechts nicht mehr zulässig. Insofern liegt kein konkreter Vortrag der Beklagten vor, nach dem wesentliche Veränderungen im Nutzungszweck der Schule vorgenommen worden wären oder der Umfang der Nutzung sich unangemessen erhöht hätte. Für die Prüfung des Inhalts und des Umfangs der Dienstbarkeit ist aber nicht die Veränderung in der Größe des Pavillons, sondern die Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks insgesamt maßgebend. Es gehört zu den Verkehrsbedürfnissen eines Grundstücks, auf dem eine Schule steht, dass diejenigen, die den Pausenverkauf in einem Pavillon durchführen, die Zufahrt zur Schule im Rahmen des Üblichen benutzen können. (...)

#### Anmerkung:

1. Das Urteil des OLG München betrifft den in der Praxis häufiger vorkommenden und immer streitträchtigen Fall der *entwicklungsbedingten Veränderungen* bei einer Dienstbarkeit: Für das Schulgrundstück der klagenden Gemeinde bestand ein Geh- und Fahrrecht am dienenden Grundstück des Beklagten. Im Jahre 1990 errichtete die Gemeinde einen Pavillon für Zwecke des Verkaufs von Getränken und sonstigen Waren in der Pause und zwar auf einem Teil des Grundstücks, den sie erst nach der Einräumung der Grunddienstbarkeit hinzuerworben hatte. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks setzte sich nunmehr dagegen zur Wehr, dass das Geh- und Fahrrecht von Personen ausgeübt wird, die den Pausenverkauf tätigen. Ob er dies wegen einer zulässigen entwicklungsbedingten Veränderung der Grunddienstbarkeit dennoch zu dulden hat, kommt unter zwei Gesichtspunkten in Betracht: Zum einen geht es um die Zulässigkeit der Erstreckung der Benutzung über die Grenzen des ursprünglich bei der Rechtseinräumung vorhandenen herrschenden Grundstücks hinaus (örtliche Komponente); zum anderen ist zu prüfen, ob der nunmehr erfolgende Pausenverkauf eine unzulässige Änderung der Benutzungsart des herrschenden Grundstücks darstellt (sachliche Komponente). Diese Gesichtspunkte sind allerdings ineinander verwoben. Das OLG München hat im konkreten Fall zu Gunsten des Dienstbarkeitsberechtigten entschieden. Man kann dies auch anders sehen. Für die gestalterische Praxis zeigt der Fall zugleich, welche subtile Erwägungen hierzu von der Rechtsprechung angestellt werden.

2. Zunächst ist festzuhalten, dass Inhalt und Umfang von Dienstbarkeiten nicht von vornherein für alle Zeiten festgelegt sind, insbesondere wenn sie nicht zeitlich begrenzt wurden. Sie können sich vielmehr nach dem *jeweiligen Bedürfnis* des herrschenden Grundstücks unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung ändern, insbesondere auch mit einer Bedarfssteigerung wachsen (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH NJW 1959, 2060 = DNotZ 1959, 240, 241; BGHZ 44, 171, 172 f. = NJW 1965, 2340; BGHZ 106, 348, 350 = NJW 1989, 1607; BGH NJW-RR 1988, 1229, 1230 = DNotZ 1989, 562, MünchKomm/Falckenberg, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1018 Rdnr. 51; *Bauer/v. Oefele/Bayer*, GBO, 1999, AT III Rdnr. 356). Dies ergibt sich aus der *dienenden Funktion* der Dienstbarkeit und dem Umstand, dass sie im nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis wurzelt, das im besonderen Maß vom Gebot der Rücksichtnahme und den Grundsätzen von Treu und Glauben bestimmt ist. Methodisch gesehen steht diese Konkretisierung des Leistungsinhalts der *ergänzenden Vertragsauslegung* nahe (MünchKomm/Falckenberg § 1018 Rdnr. 52; *G. Schmidt*, Die Anpassung der Grunddienstbarkeit an entwicklungsbedingte Veränderungen, Diss. München 1970, 89 ff.).



a) Hinsichtlich des *örtlichen Umfangs* der Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit gilt jedoch zunächst: Wird dem herrschenden Grundstück ein anderes nicht berechtigtes Grundstück als Bestandteil zugeschrieben oder damit vereinigt (§ 890 BGB), so wirkt die Grunddienstbarkeit nicht ohne weiteres zugunsten des zugeschriebenen Teils, wie sich bereits aus dem Rechtsgedanken des § 1025 Satz 2 ergibt (vgl. BayObLGZ 1974, 5 = Rpfleger 1974, 148, 150 [keine BGH-Entscheidung, wie das OLG zitiert]; KG JFG 13, 314; BayObLG DJZ 1933, 1439; *Staudinger/J. Mayer*, BGB, Bearb. 2002, § 1018 Rdnr. 44; s. auch KG HRR 1936 Nr. 804). Die Ausübung ist hier also grundsätzlich nur zu Gunsten des realen Teils zulässig, der ursprünglich berechtigt war (*Staudinger/Gursky*, Bearb. 2002, § 890 Rdnr. 33; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1997, § 5 GBO Rdnr. 79; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 637). Zutreffend hat daher das OLG München die Grundsatzentscheidung von BGHZ 44, 171 = NJW 1965, 2340 (ähnlich BayObLG NJW-RR 1998, 304, 307) für seine Entscheidung herangezogen. Dort ging es um einen ähnlichen Fall: Nach dem Krieg wurde das herrschende Grundstück wieder bebaut, jedoch zusammen mit einem bislang nicht berechtigten Nachbargrundstück, wobei ein einheitliches Geschäftsgebäude entstand. Wird das Geh- und Fahrrecht dann – was in diesen Fällen zwangsläufig erfolgt – in einem Umfang ausgeübt, dass es nicht nur dem herrschenden Grundstück selbst Vorteile bietet, sondern auch dem mitbebauten Nachbargrundstück, geht die Benutzung über den Umfang der Dienstbarkeit hinaus. Die Benutzung für Zwecke des nicht berechtigten Nachbargrundstücks ist daher an sich widerrechtlich. Entgegen der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts zum gemeinen Recht (RGZ 27, 164, 166 f.) hat dies jedoch nicht den völligen Untergang des Ausübungsrechts der Dienstbarkeit zur Folge. Nach der neueren Rechtsprechung ergibt sich daraus nur eine *Beschränkung des Ausübungsrechts* der Dienstbarkeit (BGHZ 44, 171, 175 f. [entgegen dem OLG München dort nicht offen gelassen], BayObLG NJW-RR 1998, 304, 307; so auch bereits RG SeuffA 80 Nr. 169; zustimmend aus der Literatur etwa MünchKomm/Falckenberg § 1018 Rdnr. 53). Für die Bestimmung des Umfangs der Beschränkung entstehen allerdings Abgrenzungsprobleme. Der BGH löst sie unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die unter dem Stichwort „hypothetischer Nutzungsbedarf“ diskutiert wird: Für den Umfang der zulässigen Dienstbarkeitsausübung ist dabei maßgebend, welche Nutzungen auf das herrschende Grundstück in der Gegenwart dann entfallen würden, wenn sich das Gebäude oder der Betrieb lediglich auf dem herrschenden Grundstück befände. Dabei komme es wiederum auch auf die hypothetische Entwicklung an, die das herrschende Grundstück und sein Nutzungsbedarf unter Berücksichtigung des Fortschritts von Technik, Wirtschaft und Verkehr ohne willkürliche oder unvorhersehbare Veränderung durch seinen Eigentümer genommen hätte (BGHZ 44, 171, 177). Dies alles hat das OLG München berücksichtigt, jedoch übersehen, dass der BGH für diese Prüfung eine Einschränkung gemacht hat: Die Feststellung des „hypothetischen Nutzungsbedarfs“ ist nach der ausdrücklichen Feststellung des BGH nur dann erforderlich aber auch nur dann möglich, „wenn wegen der Einheitlichkeit des Gebäudes oder Geschäftsbetriebs auf den mehreren Grundstücken eine gesonderte Feststellung desjenigen Nutzungsteils, der wirklich auf das herrschende Grundstück entfällt, nicht möglich ist ...“. Hier hätte man m.E. im vorliegenden Fall zunächst ansetzen müssen. Der Verkaufspavillon steht nicht nur auf einem real noch abgrenzbaren Grundstücksteil, sondern für seine Nutzung erfolgt eine abgrenzbare Benutzung des dienenden Grundstücks mit dem Befahren durch Verkaufs- und Liefer-

fahrzeuge, die sich gerade deutlich von der sonstigen Ausübung des Geh- und Fahrrechts durch Schüler und Lehrer unterscheidet, und die wegen der damit für den Eigentümer des dienenden Grundstücks verbundenen Beeinträchtigungen der „Stein des Anstoßes“ war.

b) Das OLG prüft diese Abgrenzungsmöglichkeit nicht gesondert und erörtert sogleich den zulässigen „hypothetischen Nutzungsbedarf“. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass nach den „heutigen Gepflogenheiten“ ein Pausenverkauf „schulischen Zwecken“ dient und „Bestandteil eines geordneten Schulbetriebs“ ist, wobei ein „Sortiment von verschiedenen nicht alkoholischen Getränken sowie verschiedene Süßigkeiten und ein kleiner Imbissverkauf als üblich bezeichnet werden müssen“. Dass man dies auch anders sehen kann, insbesondere wenn man sich – nicht zuletzt aufgrund der „Pisa-Studie“ – auf den eigentlichen Zweck des Schulbetriebs besinnt, liegt auf der Hand. Bei einer Ganztagschule mag dies allerdings anders sein.

3. Gefördert wird die unterschiedliche Problembewertung durch die von der h. M. zur Berücksichtigung entwicklungsbedingter Veränderungen bei Dienstbarkeiten entwickelten Kriterien: Voraussetzung für die Anerkennung einer Bedarfsänderung ist danach, dass sich diese in den Grenzen einer der *Art nach gleich bleibenden Benutzung* des herrschenden Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung *nicht vorhersehbare* oder willkürliche *Benutzungsänderung* zurückzuführen ist (BGHZ 44, 171, 172 ff.; BGH NJW-RR 1988, 1229, 1230; NJW-RR 1995, 15, 16; NJW-RR 1999, 166 = Rpfleger 1999, 65; OLG München MDR 1982, 144; vgl. eingehend dazu MünchKomm/Falckenberg § 1018 Rdnr. 51 ff.). Diese negativ, allein an qualitativen Gesichtspunkten ausgerichtete Abgrenzung führt dazu, dass auch bei relativ geringen Bedürfnissteigerungen keine Umfangserweiterung eintritt, wenn nur die Benutzungsart geändert wird, etwa von der landwirtschaftlichen Nutzung hin zu einer gewerblichen (etwa BGH NJW 1959, 2059, 2060: Übergang zu einer landwirtschaftlichen Bezugs- und Absatzgenossenschaft). Wie der vorliegende Fall zeigt, hat sie zudem den Nachteil, dass die Meinungen darüber sehr stark differieren können, je nachdem, wie eng man den Begriff der „Benutzungsart“ auf dem herrschenden Grundstück fasst (nur eigentlicher Unterrichtszweck, auch Pausenbetrieb, auch Pausenverkauf, auch Aufführung von Theaterstücken und kulturellen Veranstaltungen – nur durch die Schüler, auch für Schüler, auch ohne direkten Bezug zu den Schulzwecken, nur, weil die Schule entsprechende Räumlichkeiten bietet?). Hinzu kommt, dass die Beurteilung doch sehr stark aus der Sicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks erfolgt.

Demgegenüber ist für den Eigentümer des dienenden Grundstücks allein bedeutsam, welche *Einschränkungen* sich für sein Grundstück und dessen Benutzung tatsächlich durch die Bedarfsveränderung des herrschenden Grundstücks ergeben (so zutreffend *G. Schmidt*, a.a.O., S 108; ähnlich MünchKomm/Falckenberg § 1018 Rdnr. 53, der generell Bedarfssteigerungen zulassen will, die „quantitativ dem ursprünglichen Nutzungsbedarf unter Berücksichtigung des allgemeinen wirtschaftlichen und technischen Fortschritts entsprechen“). Sachgerechter erscheint mir daher, für die Bestimmung der Rechte aus der Dienstbarkeit infolge tatsächlicher Veränderungen mehr auf die *Rechtsfolgen* für das belastete Grundstück abzustellen, also insbesondere auf die damit verbundenen Auswirkungen hinsichtlich *Umfang und Intensität* der Inanspruchnahme dieses Grundstücks (eingehender dazu *Staudinger/J. Mayer* § 1018 Rdnr. 159). Grad und Maß der Erweiterung der Vertragspflichten spielen auch sonst bei der

Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung, um die es auch hier letztlich geht, eine entscheidende Rolle (*Staudinger/H. Roth*, Bearb. 1996, § 157 Rdnr. 40 m.w.N.). Die Rechtsprechung zum „hypothetischen Nutzungsbedarf“ geht in diese Richtung (zutreffend *MünchKomm/Falckenberg* § 1018 Rdnr. 53). Dieser Auffassung steht auch das jüngst zu diesem Problemkreis vom BGH erlassene Urteil nicht entgegen: Darin hat er sich dagegen ausgesprochen, bei nicht voraussehbaren qualitativen Nutzungsänderungen eine inhaltliche Ausweitung der Dienstbarkeiten unter der Voraussetzung zuzulassen, dass sich die Nutzungsintensität hierdurch nicht erhöht; denn eine solche inhaltliche Erweiterung entferne sich zu weit von dem durch das Grundbuch und die Eintragungsbewilligung vorgegebenen Nutzungsrahmen und führe u.U. zu einer uferlosen Ausweitung des dinglichen Rechts (NJW 2000, 3206, 3207). Jedoch ist richtigerweise die „quantitative“ Frage der Beeinträchtigung des Eigentümers des dienenden Grundstücks nur ein weiteres einschränkendes Tatbestandsmerkmal neben den Voraussetzungen, die nach der h. M. für die Berücksichtigung einer entwicklungsbedingten Veränderung ohnehin vorliegen müssen.

In dem vom OLG München entschiedenen Fall besteht zudem die Besonderheit, dass sich sowohl der örtliche (Ausdehnung des herrschenden Grundstücks) als auch der sachliche Umfang der Ausübung der Dienstbarkeit infolge der entwicklungsbedingten Veränderungen des Rechts zu Lasten des betroffenen Eigentümers doppelt nachteilig auswirken würde. Dies muss zu seinen Gunsten besonders berücksichtigt werden, bildet doch die unzulässige Erweiterung des Vertragsgegenstandes die Grenze für eine ergänzende Auslegung (*MünchKomm/Mayer/Maly/Busche*, BGB, 4. Aufl. 2001, § 157 Rdnr. 46; *Staudinger/H. Roth* § 157 Rdnr. 39 f.) und dies würde hier gleichsam mehrfach erfolgen. Zudem wäre nach der Lehre vom „hypothetischen Nutzungsbedarf“ m. E. der Pausenverkauf für eine erweiternde Auslegung des Geh- und Fahrrechts nur dann beachtlich, wenn auf dem ursprünglich herrschenden Grundstück ein solcher nach dessen ursprünglichen räumlichen Dimensionen überhaupt möglich und damit vorhersehbar gewesen wäre.

4. Für die *Beratungspraxis* bleibt festzustellen, dass sich die Zulässigkeit entwicklungsbedingter Veränderungen bei Dienstbarkeiten kaum einschätzen lässt. Soweit wie möglich sollte daher bei einer wesentlichen Vergrößerung der herrschenden Grundstücke der Dienstbarkeitsinhalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung immer entsprechend erweitert werden, wenn dieser für die hinzuerworbene Fläche nur irgendwie bedeutsam werden kann, was allerdings die Bereitschaft und Mitwirkung des Eigentümers des dienenden Grundstücks erfordert.

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

6. GBO § 5, BGB §§ 890, 1018, 1025 (*Auswirkungen der Grundstücksvereinigung auf Dienstbarkeit*)

**Wird das herrschende Grundstück einer Grunddienstbarkeit mit einem Grundstück vereinigt, erstreckt sich die Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit formal auf das Gesamtgrundstück. Die Ausübung der Berechtigung ist aber zu Gunsten des Teils des Gesamtgrundstücks beschränkt, der das ursprünglich herrschende Grundstück bildete. Wird die Vereinigung später rückgängig gemacht,**

**erlischt die Berechtigung an der Grunddienstbarkeit für das durch Vereinigung mit dem ursprünglich herrschenden Grundstück verbundene Grundstück.**

BayObLG, Beschluss vom 5.12.2002 – 2Z BR 73/02 = Bay-ObLGZ Nr. 65, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

7. WEG §§ 5 Abs. 4, 10, 15, BGB § 10 18 (*Sondernutzungsrecht an Dienstbarkeit, die nur einigen Wohnungseigentumseinheiten zusteht*)

**Auch wenn eine Grunddienstbarkeit nicht für sämtliche, sondern nur für einige Wohnungseigentumseinheiten auf einem Grundstück eingetragen ist, können einzelnen der berechtigten Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte an dem Gegenstand der Dienstbarkeit eingeräumt werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Kassel, Beschluss vom 3.9.2002 – 3 T 359/02 und 3 T 365/02 –, mitgeteilt von Notarassessor *Alexander Krafka*, München

*Zum Sachverhalt:*

Mit Teilungserklärung vom 13.3.1998 teilten der Beteiligte zu 1) sowie Herr und Frau K als Eigentümer Grundbesitz in Wohnungs- und Teileigentum auf. Nachdem die Abgeschlossenheitsbescheinigung vorlag, erfolgte durch notariell beurkundeten Vertrag die endgültige Aufteilung des Wohnungs- und Teileigentums, wobei insgesamt acht Miteigentumsanteile, jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan im Einzelnen bezeichneten Räumen gebildet wurden. Unter Ziffer V. der notariellen Urkunde beantragte der Beteiligte zu 1), zu Lasten des in seinem Eigentum stehenden Grundstücks und zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers der neu gebildeten Wohnungs- und Teileigentumsrechte W 4, K 4; W 5, K 5; W 6, K 6 und W 7, K 7 (eingetragen in Blatt 5559 bis 5562) das Recht einzutragen, das belastete Grundstück als Grünfläche zu nutzen und, soweit genehmigt, dort zwei Carports zu errichten, wobei sämtliche Kosten der Unterhaltung der Fläche und der aufstehenden Baulichkeiten sowie die Verkehrssicherungspflichten die jeweiligen Eigentümer der berechtigten Wohnungs- und Teileigentumsrechte tragen sollten. Ferner wurde bestimmt, dass die Carports durch den Beteiligten zu 1) durch Sondernutzungsrechte einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechten zur alleinigen Nutzung gegen Kostenübernahme in der Form des § 29 GBO zugewiesen werden können und nach dieser Zuweisung die anderen Wohnungs- und Teileigentümer von der Nutzung der Carports ausgeschlossen sind, wobei die Nutzung der Carports auch die entsprechende Zuwegung umfasst. Die maßgebliche Gemeinschaftsordnung enthält in § 2 Abs. 4 folgende Bestimmung:

„Der (Beteiligte zu 1)) ist berechtigt, jederzeit einzelnen Einheiten in dem im Lageplan gelb dargestellten Haus (W 4 bis W 7) Sondernutzungsrechte an Carports auf dem Flurstück 4/5 (begründet durch die Grunddienstbarkeiten in dieser Urkunde) zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung zuzuordnen. Von den Beschränkungen des § 181 BGB wird Befreiung erteilt. Die Zuweisung der jeweiligen Sondernutzungsrechte erfolgt jeweils gegen Übernahme der hiermit verbundenen Instandhaltungskosten und Verkehrssicherungspflichten.

Unter der aufschiebenden Bedingung, dass der zur jeweiligen Sondernutzung eines Carparts allein berechnete Sondereigentümer in vorstehender Form bestimmt wird, sind die jeweils anderen Sondereigentümer von der Nutzung der Carports ausgeschlossen und haben die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden.“

Zu Gunsten der Wohnungseigentumsrechte bewilligte Grunddienstbarkeit (Grünflächennutzungs- und Carportrecht) wurde am 8.3.1999 auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks eingetragen.

Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 17.2.1999 verkaufte der Beteiligte zu 1) an die Beteiligten zu 2) und 3) einen <sup>3/27</sup> Miteigentumsanteil an dem eingangs bezeichneten Grundbesitz. Durch Erklärung vom 27.11.2001 (Bl. 61 d.A.) wies der Beteiligte zu 1) dem Wohnungseigentumsrecht W 4, K 4 zur alleinigen, unentgeltlichen und ausschließlichen Nutzung das Sondernutzungsrecht an einem Carport gemäß § 2 der Gemeinschaftsordnung zu. Gleichzeitig bewilligte und beantragte er die Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrechts in den betroffenen Grundbüchern. Demgemäß beantragte der Notar gemäß § 15 GBO die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport zu der Wohnungseigentumsseinheit W 4, K 4 sowie die Eigentumsänderung auf die Beteiligten zu 2) und 3) in das Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung teilte das Grundbuchamt mit, dass die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport nicht eintragungsfähig sei, da die Grunddienstbarkeit an dem Nachbargrundstück bereits wesentlicher Bestandteil des Wohnungseigentumsrechts sei, jedoch – mangels Bestellung der Grunddienstbarkeit zu Gunsten sämtlicher Wohnungseigentumsrechte – kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und somit auch nicht zu Gemeinschaftseigentum geworden sei. Hierzu nahmen die Antragsteller unter Einreichung eines Gutachtens des Deutschen Notarinstituts Stellung. Das Grundbuchamt hat durch weitere Zwischenverfügung an seiner Auffassung festgehalten und ergänzend darauf hingewiesen, dass die der Grunddienstbarkeit unterliegende Fläche weder Gemeinschafts- noch Sondereigentum sei, weshalb die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport nicht eintragungsfähig sei.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist gemäß § 71 GBO zulässig. Sie muss auch in der Sache Erfolg haben.

Nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung ihr Verhältnis untereinander abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Nach § 10 Abs. 2 WEG wirken solche Vereinbarungen gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind. Nach § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln. Es ist anerkannt, dass der Gebrauch von Stell- bzw. Garagenplätzen auf den im Gemeinschaftseigentum befindlichen Flächen durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer in der Weise geregelt werden kann, dass einzelnen Wohnungseigentümern bestimmte Flächen zum ausschließlichen Gebrauch unter Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer zugewiesen werden (vgl. die Nachweise in OLG Köln Rpfleger 1993, 335). Einer solchen Vereinbarung stehen die Regelungen gleich, die der gemäß § 8 WEG teilende Eigentümer im Zusammenhang mit der Teilungserklärung einseitig trifft (§ 8 Abs. 2 Satz 1 WEG i.V.m. § 5 Abs. 4 WEG).

Das Gesetz gibt den Wohnungseigentümern in den zitierten Vorschriften die Möglichkeit, ihr „Verhältnis untereinander“ abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln. Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander hat seine Grundlage in dem gemeinschaftlichen Eigentum am Grundstück und an denjenigen Gebäudeteilen, die nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehen (§§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 1 bis 3 WEG). Die Regelungen, die zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden sollen, müssen mit dem Wohnungseigentum, also dem gemeinschaftlichen Eigentum oder dem Sondereigentum in Zusammenhang stehen; in diesem Rahmen können Vereinbarungen jeder Art, nicht nur Vereinbarungen über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums getroffen werden (vgl. Bay-ObLG Rpfleger 1990, 354 (355) m.w.N.).

Das Bayerische Oberste Landesgericht (Rpfleger 1990, 354 ff.) hat ebenso wie das Oberlandesgericht Köln (Rpfleger 1993, 335 ff.) entschieden, dass eine Vereinbarung, welche die Ausübung einer für das gemeinsame Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit betrifft, das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander im Sinne des § 10 Abs. 2 WEG betrifft und daher in das Grundbuch eingetragen werden kann (ebenso: *Schneider*, Rpfleger 1998, 53 [6]). Beide Entscheidungen betrafen eine Benutzungsregelung betreffend auf dem Nachbargrundstück stehender bzw. zu errichtender Garagen. Zur Begründung wurde ausgeführt, auch eine Vereinbarung, welche die Ausübung einer für das gemeinsame Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit betreffe, regle das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und könne daher in das Grundbuch eingetragen werden. Den vorgenannten Entscheidungen schließt sich die Kammer an. Die Grunddienstbarkeit steht als subjektiv-dingliches Recht gemäß § 1018 BGB dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu. Herrschendes Grundstück kann auch das in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück sein, berechtigt sind in diesem Fall die Wohnungseigentümer als Miteigentümer in Gemeinschaft. Nach § 96 BGB gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks. Zu diesen Rechten gehört auch die Grunddienstbarkeit (vgl. *Palandt*, BGB, 61. Aufl., § 96 Rdnr. 2). Ist aber die Grunddienstbarkeit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, das im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer steht, und sind die Wohnungseigentümer in ihrer Verbundenheit als Wohnungseigentümer zugleich gemeinschaftlich Berechtigte der Grunddienstbarkeit, so betreffen die Vereinbarungen über die Ausübung der Grunddienstbarkeit das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander. Sie können zum Inhalt des Sondereigentums gemacht und im Grundbuch eingetragen werden. Wie das Bayerische Oberste Landesgericht und das Oberlandesgericht Köln in den oben bezeichneten Entscheidungen zutreffend dargelegt haben, ist diese Auslegung der genannten Vorschriften nicht nur möglich, sondern es besteht für sie auch ein Bedürfnis, um Regelungen über die Ausübung der Dienstbarkeit nach Wohnungseigentumsrecht zu ermöglichen und ein – sonst notwendiges – Nebeneinander von Wohnungseigentümergeinschaft und Bruchteilsgemeinschaft zu vermeiden.

Die vorgenannten Grundsätze sind auch auf den hier vorliegenden Fall anzuwenden. Allerdings hat das Grundbuchamt zutreffend darauf hingewiesen, dass herrschendes Grundstück hier nicht das in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück an sich ist, da die fragliche Grunddienstbarkeit nicht zu Gunsten des aufgeteilten Grundstücks, sondern nur zu Gunsten der jeweiligen Eigentümer der Wohnungs- und Teileigentumsrechte Blatt 5559 bis 5562 bewilligt und eingetragen wurde, während für die übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte (Blatt 5555 bis 5558) keine Grunddienstbarkeit bestellt wurde, weshalb nicht sämtliche Wohnungseigentümer als Miteigentümer in Gemeinschaft berechtigt sind. Aus diesem Grunde ist die Grunddienstbarkeit – worauf das Grundbuchamt ebenfalls zutreffend hingewiesen hat – nicht gemäß § 96 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, das im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer steht, sondern vielmehr wesentlicher Bestandteil der einzelnen Wohnungseigentumsrechte. Gleichwohl muss nach Ansicht der Kammer die vorgenannte Rechtsprechung auch auf den hier vorliegenden Fall Anwendung finden.

Für eine Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB kommen als herrschendes Grundstück nicht nur reale Grundstücke in Betracht, sondern auch das Wohnungseigentum, so dass die Zulässigkeit einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines ein-

zelen Wohnungseigentumsrechts bejaht wird (vgl. *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 100; BayObLG Rpfleger 1984, 142 [bei *Goerke*]; OLG Hamm Rpfleger 1980, 468 [470]; OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 333 [334]; BGH NJW 1989, 2391 [2392]). Dementsprechend wurde die zu Gunsten der in Blatt 5559 bis 5562 eingetragenen Wohnungseigentumsrechte bestellte Grunddienstbarkeit zutreffend im Grundbuch des belasteten Grundstücks eingetragen. Kommt es – wie hier – zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht für das in Wohnungseigentum aufgeteilte Grundstück an sich, sondern zu Gunsten einzelner Wohnungseigentumsrechte, ist die Grunddienstbarkeit nach der Bestimmung des § 96 BGB als Bestandteil des jeweils berechtigten Wohnungseigentums anzusehen. Diesbezüglich teilt die Grunddienstbarkeit als subjektiv-dingliches Recht das Rechtsschicksal des berechtigten Wohnungseigentums. Dass die Grunddienstbarkeit nicht für sämtliche, sondern nur für einen Teil der Wohnungseigentumsrechte bestellt ist, rechtfertigt nach Ansicht der Kammer bei der Frage der Zulässigkeit der Eintragung von Ausübungsregelungen keine abweichende Bewertung. Wie bereits ausgeführt, können die Wohnungseigentümer nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 WEG durch Vereinbarung ihr Verhältnis untereinander abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen regeln, wobei einer solchen Vereinbarung die Regelungen gleichstehen, die der gemäß § 8 WEG teilende Eigentümer im Zusammenhang mit der Teilungserklärung einseitig trifft. Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander wird auch im vorliegenden Fall betroffen, in welchem die Grunddienstbarkeit nicht zu Gunsten sämtlicher, sondern nur zu Gunsten einzelner Wohnungseigentümer bestellt wurde; denn auch in diesem Fall stehen die Regelungen, die zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden sollen, mit dem Wohnungseigentum in Zusammenhang. Die beantragte Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport, mithin die Regelung der Ausübung der Grunddienstbarkeit, steht ebenfalls in Zusammenhang mit dem Wohnungseigentum, so dass sie gemäß §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 Satz 2 WEG zulässig ist und als solche ins Grundbuch eingetragen werden kann. Ein Grund, die zu Gunsten einzelner Wohnungseigentumsrechte bestellte Grunddienstbarkeit hinsichtlich der Möglichkeit der Eintragung einer Ausübungsregelung anders zu behandeln als die sämtlichen Wohnungseigentümern in Gemeinschaft zustehende Grunddienstbarkeit besteht nicht, denn die Regelung der Ausübung der Grunddienstbarkeit, welche einzelnen – indes gemeinschaftlich – Berechtigten zusteht, betrifft ebenfalls die Verbundenheit der – wenn auch nicht sämtlicher – Wohnungseigentümer, weshalb sie damit immer zugleich auch das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander regelt.

Die von dem Grundbuchamt geäußerten Bedenken stehen nach alledem der beantragten Eintragung der Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport nach Ansicht der Kammer nicht entgegen. Aus diesem Grunde waren die Zwischenverfügungen des Grundbuchamtes auf die Beschwerde aufzuheben und die Sache war zur Entscheidung über den Antrag auf Eintragung der Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Carport an das Grundbuchamt zurückzugeben.

### Anmerkung:

Der Entscheidung ist zuzustimmen.

Ein Sondernutzungsrecht kann auch eine Fläche außerhalb des zu Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks betreffen, wenn dieses Benutzungsrecht durch eine Grunddienstbarkeit beim dienenden Grundstück abgesichert ist.<sup>1</sup> Die Dienstbarkeit gilt als Bestandteil des herrschenden Grund-

stücks (§ 96 BGB). Die Rechte hieraus sind dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen. Für ein solches Sondernutzungsrecht gelten die gleichen Grundsätze wie für ein derartiges Recht auf dem Grundstück der Eigentumswohnanlage. Gemäß §§ 10 Abs. 1, 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums regeln und dies nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG durch Grundbucheintragung mit dinglicher Wirkung gegen Rechtsnachfolger absichern. Das gleiche Recht steht dem aufteilenden Alleineigentümer nach § 8 Abs. 2 WEG zu. Durch die Gemeinschaftsordnung kann also ein solches Sondernutzungsrecht einer einzelnen Eigentumswohnung unter Ausschluss der anderen Wohnungseigentümer zugeordnet werden. Wenn bei Aufteilung noch nicht feststeht, welchen Eigentümern Sondernutzungsrechte zustehen sollen, ist ein anderes Verfahren möglich: Das Recht auf Mitgebrauch aller Miteigentümer nach § 13 Abs. 2 WEG wird hinsichtlich der betroffenen Fläche ausgeschlossen („negative Komponente“) und es bleibt einem dazu Berechtigten (meist dem Bauträger) überlassen, die Rechte den einzelnen Wohnungseigentümern zuzuweisen („positive Komponente“). Das alles ist heute unbestritten.<sup>2</sup>

Hier handelt es sich aber um einen Sonderfall: Die Grunddienstbarkeit wurde nicht für das ganze Grundstück, sondern nur zu Gunsten von vier der acht Eigentumswohnungen bestellt. Dazu ist zunächst zu bemerken, dass auch eine Eigentumswohnung als herrschendes Grundstück einer Grunddienstbarkeit gelten kann.<sup>3</sup> Die Dienstbarkeit ist dann Bestandteil der Wohnung nach § 96 BGB. Allerdings kann diese Beteiligung nicht dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet werden; denn ein „abgesondertes Gemeinschaftseigentum“, das nicht allen, sondern nur einzelnen Wohnungseigentümern zusteht, gibt es nicht. Die Rechte aus der Dienstbarkeit sind daher mit dem Sondereigentum verbunden. Anders als im Normalfall handelt es sich hier nicht um eine Regelung über den Gebrauch des Gemeinschaftseigentums, sondern um eine Bestimmung hinsichtlich des Sondereigentums. Dies ist zulässig. Das ergibt schon der Gesetzeswortlaut. § 15 Abs. 1 WEG lässt Vereinbarungen über den Gebrauch sowohl des Gemeinschaftseigentums als auch des Sondereigentums zu. Nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 und 2 WEG können solche Vereinbarungen, da sie das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen, durch Grundbucheintragung verdinglicht werden. Das gleiche Recht steht dem aufteilenden Alleineigentümer gemäß § 8 Abs. 2 WEG zu. Es ist auch anerkannt, dass Sondernutzungsrechte das Sondereigentum betreffen können.<sup>4</sup>

Zu prüfen ist auch die Frage, ob einer Grunddienstbarkeit dann noch Rechtswirksamkeit zukommt, wenn der Berechtigte von allen Befugnissen aus diesem Recht ausgeschlossen ist. Kann eine solche Rechtsfolge für diejenigen Wohnungseigentümer zutreffen, zu deren Gunsten eine Grunddienstbarkeit eingetragen ist, die aber durch die Bestimmung in der Gemeinschaftsordnung von der Nutzung der Carports ausgeschlossen sind? Wieweit diese Eigentümer dann noch zur Benützung der Grünfläche befugt sind, ist aus den Entscheidungsgründen nicht ersichtlich. Um den Sachverhalt zu vereinfachen, gehe ich davon aus, dass neben der Nutzung als Carport eine Nutzung als Grünfläche nicht möglich oder sinnvoll ist.

<sup>1</sup> OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 659; BayObLG MittBayNot 1990, 353 = DNotZ 1991, 600.

<sup>2</sup> BayObLG MittBayNot 1986, 24 = DNotZ 1986, 479 = BayObLGZ 1985, 308; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 35.

<sup>3</sup> BGH MittBayNot 1989, 272 = DNotZ 1990, 493.

<sup>4</sup> OLG Zweibrücken Rpfleger 1990, 19 = OLGZ 1990, 91; Ertl DNotZ 1988, 4, 11.

Den aus der Grunddienstbarkeit Berechtigten muss das Recht vorbehalten bleiben, im Innenverhältnis die Rechte aus den Dienstbarkeiten zu regeln. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie hier für vier Berechtigte nur zwei Carports vorhanden sind. Für den Eigentümer des dienenden Grundstücks bedeutet eine Zuweisung des Nutzungsrechts an einzelne Berechtigte keine weitere Belastung. Mit der Zuteilung der Sondernutzungsrechte erlischt nicht etwa für die ausgeschlossenen Dienstbarkeitsberechtigten ihre Grunddienstbarkeit. Die Verhältnisse können sich ja ändern, etwa dadurch, dass ein Berechtigter sein Sondernutzungsrecht an einen bisher Ausgeschlossenen abtritt. Dann hat dessen Grunddienstbarkeit wieder einen Sinn. Die Rechtslage ist ähnlich wie bei einem aufschiebend bedingten Recht.

Noch ein Hinweis für die Praxis: Soll eine Grunddienstbarkeit für die Ausübung von Sondernutzungsrechten auf einem Nachbargrundstück bestellt werden, so empfiehlt es sich, diese Dienstbarkeit zu Gunsten des ganzen Grundstücks und nicht für einzelne Eigentumswohnungen zu bestellen. Dies ist rechtlich weniger problematisch und ermöglicht eine Zuteilung oder eine spätere Abtretung eines Sondernutzungsrechts an jeden der Wohnungseigentümer. Wird wie im hier entschiedenen Fall verfahren, so kann eine Zuweisung oder Abtretung nur an einen der berechtigten Sondereigentümer erfolgen; denn die Grunddienstbarkeit erlaubt nur diesen die Nutzung.

Notar a.D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

#### 8. (Zulässigkeit eines Wirksamkeitsvermerks)

**Auch bei einer im Rang vor der Eigentumsvormerkung des Käufers eingetragenen Finanzierungsgrundschuld kann ein Wirksamkeitsvermerk eingetragen werden.**

(Leitsatz der Schriftleitung)

LG Darmstadt, Beschluss vom 30.10.2002 – 26 T 171/02 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar Uwe Friedrich, Babenhausen/H.

#### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag verkauften die Beteiligten zu 1. und 2., eingetragene Miteigentümer von Wohnungseigentum, dieses an die Beteiligte zu 3.

Unter Ziffer 5 d) der „Anlage Finanzierung“ zum vorgenannten Vertrag vereinbarten die Beteiligten:

„Vorrangvereinbarung, Zustimmung, Wirksamkeitsvermerke:  
Der Verkäufer als derzeitiger Eigentümer bietet dem Gläubiger Ausnutzung des Rangvorbehaltes durch ein diesem Angebot entsprechendes Grundpfandrecht ... an.

Der Käufer als künftiger Berechtigter der ihm in dieser Urkunde vorstehend bestellten Vormerkung bietet dem Gläubiger Zustimmung zur Bestellung dieses Grundpfandrechts ... sowie diesem Grundpfandrecht ... den Rang vor der Vormerkung einzuräumen und Wirksamkeitsvermerke bei Vormerkung und Grundpfandrecht zu bestellen ...“

Danach bewilligten die Beteiligten zu 1. bis 3. die Eintragung der zugunsten der Beteiligten zu 4. bestellten Grundschuld unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes im Rang vor der für die Beteiligte zu 3. bewilligten Vormerkung und entsprechende Wirksamkeitsvermerke.

Nachdem das Grundbuchamt die Auflassungsvormerkung in Abt. II lfd. Nr. 6 am 12.7.2002 und die vorgenannte Grundschuld in Abt. III lfd. Nr. 6 des Wohnungsgrundbuches am 6.8.2002 mit Rangvermerken, aber ohne Wirksamkeitsvermerke eingetragen hatte, beantragten die Beteiligten erneut die Eintragung der Wirksamkeitsvermerke.

Mit Beschluss vom 11.9.2002 wies das Grundbuchamt diesen Antrag zurück. Hiergegen richtet sich der Rechtsbehelf vom 13.9.2002, der nach Nicht-abhilfentscheidung vom 17.9.2002 als Beschwerde statthaft ist.

#### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet.

Die Zurückweisung des Antrages, Wirksamkeitsvermerke bei den Rechten Abt. II lfd. Nr. 6 und Abt. III lfd. Nr. 6 einzutragen, ist nicht gerechtfertigt.

Der Wirksamkeitsvermerk ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Die Eintragungsfähigkeit eines solchen Vermerkes ist indessen für solche Fälle anerkannt, in denen ein Bedürfnis dafür besteht, aus dem Grundbuch die Wirksamkeit eines eingetragenen Rechtes gegenüber einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich zu machen.

So wird die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch für zulässig erachtet, wenn die Verfügung über ein Grundstück, das der Nacherbfolge unterliegt, dem Nacherben gegenüber auch bei Eintritt des Nacherbfalles entgegen § 2113 BGB voll wirksam ist, da ansonsten aufgrund der Eintragung der Verfügung nach dem Nacherbenvermerk gemäß § 51 GBO deren Unwirksamkeit vermutet würde (vgl. *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 51 Rdnr. 25). Auch gegenüber einer Vormerkung auf Eigentumserwerb besteht ein Bedürfnis, die uneingeschränkte Wirksamkeit des vom Veräußerer vertragsgemäß bestellten, später eingetragenen Grundpfandrechts durch Vermerk klarzustellen. Der Wirksamkeitsvermerk ist insoweit ein einfaches Mittel, für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuches zu fördern.

Auch im vorliegenden Fall besteht ein den Eintragungsantrag rechtfertigendes Bedürfnis, die materiellrechtliche Wirksamkeit des Grundpfandrechts im Hinblick auf die Auflassungsvormerkung im Grundbuch klarzustellen. Denn auch bei Annahme der Rangfähigkeit der Vormerkung und aus dem Grundbuch ersichtlicher Vorrangigkeit des Grundpfandrechts ändert sich nichts daran, dass Zweifel an der Wirksamkeit des Grundpfandrechts nicht völlig ausgeschlossen sind. Das Rangverhältnis der Rechte ist für die Wirksamkeit der Belastung selbst zunächst grundsätzlich ohne Bedeutung (vgl. BGH, Beschluss v. 25.3.1999, V ZB 34/98 in Rpfleger 1999, 383).

Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass der Rangfähigkeit der Vormerkung vor dem Hintergrund der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nunmehr wieder grundsätzliche Bedenken entgegen gebracht werden.

So wird die Meinung vertreten, die Zulässigkeit eines bei der Auflassungsvormerkung und bei der mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten entstandenen Grundstücksbelastung einzutragenden Wirksamkeitsvermerks gebe generell Anlass, sich mit der Frage nach dem Rang einer Vormerkung zu befassen. Diese habe keinen Rang, mit der Folge, dass auch Vereinbarungen über den nicht vorhandenen Rang der Auflassungsvormerkung (Rangrücktritt, Rangvorbehalt) ausgeschlossen seien. Diesbezüglich erfolgte Eintragungen seien gegebenenfalls ohnehin in Wirksamkeitsvermerke umzudeuten und insoweit seien von Amts wegen Grundbuchberichtigungen vorzunehmen (vgl. *Schubert*, Der Rangrücktritt ist tot ..., Bemerkungen zum Beschluss des BGH v. 25.3.1999 in DNotZ 1999, 967).

Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, im vorliegenden Fall werde das Grundbuch durch zusätzliche Wirksamkeitsvermerke überfrachtet (a.A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 1523 a).

9. BGB § 1767, § 1757 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 (*Namensführung nach Volljährigenadoption*)

**Bei der Adoption kann nicht gerichtlich ausgesprochen werden, dass der Anzunehmende seinen bisherigen Geburtsnamen anstelle des Familiennamens des Annehmenden weiterführt.**

BayObLG, Beschluss vom 15.1.2003 – 1Z BR 138/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die 1973 geborene Beteiligte zu 1 ist verheiratet. Sie ist eine geborene R. und hat als Ehenamen den Familiennamen ihres Mannes A. angenommen. Aus der Ehe ist eine Tochter hervorgegangen. Die Eltern der Beteiligten zu 1 sind verstorben. Die 1949 bzw. 1953 geborenen Beteiligten zu 2 und 3 sind seit 1977 verheiratet. Sie führen als Ehenamen den Familiennamen des Beteiligten zu 2 D. Aus ihrer Ehe sind keine Kinder hervorgegangen.

Mit notarieller Urkunde vom 11.12.2001 haben die Beteiligten beim Vormundschaftsgericht beantragt, die Annahme der Beteiligten zu 1 als gemeinschaftliches Kind der Beteiligten zu 2 und 3 unter der Bedingung auszusprechen, dass die Beteiligte zu 1 ihren Geburtsnamen R. weiterführe und nicht als Geburtsnamen den Namen der annehmenden Beteiligten zu 2 und 3 D. erhalte. Trotz des Hinweises durch den Notar und das Vormundschaftsgericht, dass der unter dieser Bedingung gestellte Adoptionsantrag, dem der Ehemann der Beteiligten zu 1 zugestimmt hatte, unzulässig ist, haben die Beteiligten an dem Antrag festgehalten. Sie sind der Auffassung, dass die Regelung des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB, nach der das angenommene Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden erhält, verfassungswidrig sei.

*Aus den Gründen:*

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

2. Die Entscheidung des Landgerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Adoptionsdekret ist zu Recht abgelehnt worden, weil die Beteiligten es ausdrücklich nur unter der Bedingung begehrt haben, dass der Beteiligten zu 1 die Fortführung ihres bisherigen Geburtsnamens R. gestattet wird. Dies lässt das Gesetz nicht zu.

a) Für die Annahme Volljähriger gelten die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß, soweit sich aus §§ 1768 bis 1772 BGB nichts anderes ergibt (§ 1767 Abs. 2 BGB). Für die Namensführung nach der Adoption enthalten die genannten Vorschriften keine Regelungen. Daher ist insoweit § 1757 BGB uneingeschränkt anwendbar (BayObLG FamRZ 1985, 1182; *Palandt/Diederichsen* BGB, 62. Aufl., § 1767 Rdnr. 10). Gemäß § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Angenommene als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden. Im vorliegenden Fall hätte das beantragte Adoptionsdekret somit die Folge, dass die Beteiligte zu 1 als Geburtsnamen den von den annehmenden Beteiligten zu 2 und 3 getragenen gemeinsamen Familiennamen D. erhält. Die von den Beteiligten angestrebte Fortgeltung des bisherigen Geburtsnamens der anzunehmenden Beteiligten zu 1 ist im Gesetz nicht vorgesehen (OLG Celle FamRZ 1997, 115; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 115/116; Report 2000, 143/144; BayObLG FamRZ 2002, 1649/1650).

Der Gesetzgeber hat trotz häufiger Änderungen der weiteren in § 1757 BGB (bzw. § 1758 BGB a.F.) getroffenen Regelungen an den namensrechtlichen Konsequenzen der Adoption festgehalten, um damit die namensrechtliche Eingliederung des Adoptierten in die Familie des/der Annehmenden zu dokumentieren. Es ist daher dem Vormundschaftsgericht verwehrt, im Adoptionsdekret zu bestimmen, dass der als Kind Angenommene seinen bisherigen Geburtsnamen unverändert fortführt (vgl. OLG Karlsruhe a.a.O.).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1757 Abs. 4 Nr. 2 AGB. Danach kann den Adoptionsbeteiligten gestattet werden, dass dem neuen Familiennamen des Kindes der bisherige Familienname beigelegt wird. Diese Regelung bezieht sich nur auf den (neuen) Familiennamen, nicht auf den Geburtsnamen. Im vorliegenden Fall ist aber der Familienname der Beteiligten zu 1 von der Namensänderung nicht betroffen.

b) Die Bedenken der Beschwerdeführer gegen die Verfassungsmäßigkeit der in § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffenen Regelung, wonach das angenommene Kind zwingend als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden erhält, teilt der Senat nicht. Zwar wird der Geburtsname vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG) umfasst, weshalb der Namensträger verlangen kann, dass die Rechtsordnung seinen Namen respektiert und schützt. Dem Gesetzgeber ist jedoch erlaubt, diesen Anspruch im Hinblick auf die Funktion des Namens einzuschränken. Der Name hat als Unterscheidungsmerkmal nicht nur für den Namensträger Bedeutung, sondern erfüllt auch eine gesellschaftliche Funktion. Dazu gehört u.a. der Zweck, die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder äußerlich sichtbar zu machen (BVerfG FamRZ 1988, 587/589). Auch bei der Erwachsenenadoption wird der Anzunehmende in die Familie des Annehmenden aufgenommen. Dem entspricht, dass er als Geburtsnamen den Familiennamen des/der Annehmenden erhält.

Zwar führt eine Volljährigenadoption nicht gleichzeitig zu einer vollständigen Herauslösung des Angenommenen aus seinem bisherigen Familienverband, vielmehr bleiben die Rechtsbeziehungen zu leiblichen Verwandten bestehen (§ 1770 Abs. 2 BGB), so dass in einem solchen Falle auch andere namensrechtliche Regelungen als die des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB denkbar wären. Von Verfassungs wegen ist es nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber im Namensrecht der Verbindung des volljährigen Adoptierten zur neuen Familie den Vorrang gegeben hat. Der Senat schließt sich insoweit den im Beschluss des OLG Karlsruhe vom 23.12.1998 (FamRZ 2000, 115) im Anschluss an OLG Celle (FamRZ 1997, 115) dargelegten Gründen an. Der Gesetzgeber war insbesondere nicht verpflichtet, die von den Beschwerdeführern bevorzugte Lösung einer Adoption unter Beibehaltung des Geburtsnamens und Beifügung eines Adoptionsnamens zur Verfügung zu stellen.

10. BGB § 1408 (*Wirksamkeit von Eheverträgen*)

**Die Unwirksamkeit eines Ehevertrages mit Unterhalts- und Versorgungsausgleichsverzicht sowie Gütertrennung kommt nach der Rechtsprechung des BVerfG nur bei einer einseitigen Benachteiligung eines Ehegatten, die auf einseitiger Dominanz des anderen Ehegatten beruht, in Betracht. Hiervon kann regelmäßig nicht ausgegangen werden, wenn bei Vertragsabschluss beide Eheleute berufstätig waren und kein Kinderwunsch bestand, auch wenn später aus der Ehe noch Kinder hervorgegangen sind.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Beschluss vom 25.9.2002 – 16 WF 1328/02 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Christof Münch*, Kitzingen

*Zum Sachverhalt:*

Die Parteien streiten im Rahmen des anhängigen Ehescheidungsverfahrens über die Wirksamkeit eines Ehevertrages.

Der damals 33 Jahre alte Antragsteller und die 22-jährige Antragsgegnerin haben am 30.12.1993 die Ehe geschlossen. Der Antragsteller ist Deutscher, die Antragsgegnerin hat die britische Staatsangehörigkeit. Aus der Ehe sind die am 25.6.1996 geborene Tochter K und der am 17.7.1999 geborene Sohn A hervorgegangen, die seit Trennung der Parteien im Februar 2001 von der Mutter betreut werden.

Die Parteien haben kurz nach der Eheschließung am 2.2.1994 einen notariellen Ehevertrag geschlossen. Hierin wurde Gütertrennung vereinbart, der Ausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart sowie wechselseitig auf nahehelichen Unterhalt verzichtet.

Die Antragsgegnerin hat im Scheidungsverbund die Folgesachen nahehelicher Unterhalt und Zugewinnausgleich anhängig gemacht. Außerdem erstrebt sie die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Für das Scheidungsverfahren wurde einschließlich aller anhängiger Folgesachen Prozesskostenhilfe beantragt. Das Familiengericht bewilligte der Antragstellerin mit Beschluss vom 27.8.2001 Prozesskostenhilfe für das Ehescheidungsverfahren und die Folgesache nahehelicher Unterhalt. Für die Folgesachen Versorgungsausgleich und Güterrecht wurde im Hinblick auf den Ehevertrag Prozesskostenhilfe versagt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, der nicht abgeholfen wurde.

#### *Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin ist sachlich nicht begründet. Der Senat teilt die Einschätzung des Familiengerichts zur Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung zu den Folgesachen Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich in vollem Umfang. (...)

Der Ehevertrag vom 2.2.1994 wird nach dem bisherigen Streitstand einer richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls insoweit standhalten, als dort auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichtet und Gütertrennung vereinbart wurde.

Das Bundesverfassungsgericht hat in zwei Entscheidungen vom 6.2.2001 und 29.3.2001 (MittBayNot 2001, 207 und 485, FamRZ 2001, 343 und 985) bestimmt, dass Eheverträgen dort Grenzen zu setzen sind, wo jene nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln und zu einer einseitigen Lastenverteilung führen (vgl. eingehend *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337).

Darüber hinaus wurde der das Vertragsrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie nicht angetastet. Eheverträge nach § 1408 BGB sind nach wie vor zulässig, ebenso vertragliche Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt (§ 1585 c BGB).

Beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts lagen besondere Fallgestaltungen zugrunde. In beiden Fällen war die (künftige) Ehefrau bei Vertragsabschluss schwanger. In den Eheverträgen wurde einseitig auf Rechte verzichtet und/oder eine unzumutbare Zahlungsverpflichtung (Freistellung vom Kindesunterhalt) übernommen, so dass eine einseitige Benachteiligung des schwächeren Partners offenkundig war.

Eine nur annähernd vergleichbare Situation besteht hier nicht. Die Antragsgegnerin hat den Ehevertrag nach der Eheschließung abgeschlossen. Sie trägt selbst vor, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages davon ausgingen, dass sie keine gemeinsamen Kinder haben wollten. Die Antragsgegnerin ist nach der Eheschließung unstreitig bis jedenfalls Juni 1996 einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Die Lebensplanung der Parteien war offenbar nicht dahinge-

hend ausgerichtet, dass sich die Antragsgegnerin allein der Haushaltsführung und Kindesbetreuung widmen sollte.

Waren gemeinsame Kinder bei Eheschließung und Abschluss des Ehevertrages nicht geplant, besteht zunächst kein Indiz für eine einseitige Benachteiligung der Interessen der Ehefrau beim Ausschluss des Versorgungsausgleichs und der Wahl der Gütertrennung. Die spätere Ausgleichspflicht eines der Ehegatten hängt von der beruflichen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Vermögensentwicklung während der Ehe ab und ist bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar.

Die Antragsgegnerin übersieht, dass für die Frage der einseitigen Dominanz eines Ehegatten bei Vertragsabschluss und der Benachteiligungsabsicht auf die Verhältnisse und die Vorstellung der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist und nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse beim Scheitern der Ehe. Ändern sich die Verhältnisse nach Vertragsabschluss in einer nicht vorhergesehenen Weise, führt dies nicht rückwirkend zur Sittenwidrigkeit des Vertrages. Es kommt lediglich eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls bzw. der Änderung der Geschäftsgrundlage nach § 242 BGB in Betracht. Dem hat das Familiengericht hier dadurch Rechnung getragen, dass der Antragsgegnerin trotz des vereinbarten Verzichts auf nahehelichen Unterhalt Prozesskostenhilfe für die Geltendmachung eines etwaigen Unterhaltsanspruchs gewährt wurde.

Der vereinbarte Güterstand und der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist dagegen von der unerwarteten Geburt der beiden Kinder nicht unmittelbar betroffen. Insoweit fehlt jeder schlüssige Sachvortrag der Antragsgegnerin für ihre Vorstellung, sie habe einseitig auf ihr zustehende Rechte verzichtet. Beim Versorgungsausgleich ist nicht erkennbar, dass eine Ausgleichsverpflichtung des Antragstellers in Frage kommt. Aus dem kürzlich entschiedenen Rechtsstreit zum Trennungsunterhalt (Az. 16 UF 781/02) ist bekannt, dass der Antragsteller als Geschäftsführer und Mitgesellschafter einer GmbH keine Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung bezahlt oder Beiträge in eine Lebensversicherung auf Rentenbasis geleistet hat. Angesichts der bei der Antragsgegnerin zu berücksichtigenden Kindererziehungszeiten und ihrer Berufstätigkeit in den ersten Jahren der Ehe ist sogar naheliegend, dass sie bei Durchführung des Versorgungsausgleichs ausgleichspflichtig wäre. Der vereinbarte Ausschluss kann deshalb zugunsten der Antragsgegnerin erfolgt sein. Bei Vertragsabschluss kann jedenfalls nicht von einer erkennbar einseitigen Benachteiligung der Antragsgegnerin ausgegangen werden.

Bei der Wahl des vertraglichen Güterstands gilt dasselbe. Aus der Stufenklage zum Zugewinnausgleich ist auch nicht ansatzweise erkennbar, dass der durch Unterhaltslasten aus früherer Ehe belastete Antragsteller während der rund achteinhalb Jahre dauernden Ehe einen höheren Zugewinn erzielt haben könnte als seine Ehefrau, nachdem die Antragsgegnerin mit einem Anfangsvermögen in die Ehe ging, der Antragsteller dagegen Schulden hatte. Zudem lässt die Wahl der Gütertrennung bei Selbstständigen nicht von vornherein auf eine Benachteiligungsabsicht zum Nachteil des anderen Ehegatten schließen. In Hinblick auf das wirtschaftliche Risiko eines Gewerbetreibenden ist die Wahl dieses Güterstandes vielfach sogar interessengerecht. Durch die Gütertrennung kann ausgeschlossen werden, dass nach einem Wertverfall des Geschäftsbetriebes während der Ehe der andere Ehegatte infolge seines höheren Zugewinns ausgleichspflichtig wird.

Soweit sich die Antragsgegnerin darauf beruft, sie sei bei Abschluss des Ehevertrages sprachunkundig gewesen und der Vertragstext sei ihr vom Antragsteller dahin erläutert worden,

dass der Ehevertrag nur für den Fall wirksam sei, dass aus der Ehe keine Kinder hervorgehen, ändert dies an der Rechtslage nichts. Die Richtigkeit dieses Sachvortrags unterstellt, für den allerdings ein Beweisangebot fehlt, wäre der abgeschlossene Vertrag deshalb nicht sittenwidrig im Sinne von § 138 BGB. In Betracht käme allenfalls eine Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung, §§ 119, 123 BGB. Die Anfechtungsfristen der §§ 121, 124 BGB sind nach Sachlage seit langem verstrichen.

Die Beschwerde war somit zurückzuweisen.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. dazu den Beitrag von *Münch*, MittBayNot 2003, S. 107 (Heft 2) und die Anmerkung von *Bergschneider*, FamRZ 2003, S. 379 (Heft 6).

11. BGB § 566 a.F., § 2032 (*Keine Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft*)

- a) **Ein von einem Vertreter einer Erbengemeinschaft abgeschlossener Mietvertrag kann mangels Rechtsfähigkeit derselben nicht mit der Erbengemeinschaft als solcher, sondern nur mit den einzelnen Miterben zustande kommen.**
- b) **Zur Frage der Einhaltung der Schriftform in einem solchen Fall.**

BGH, Urteil vom 11.9.2002 – XII ZR 187/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Der Beklagte mietete durch schriftlichen Mietvertrag vom 3.6.1991 Gewerberäume an. Der Vertrag wurde von K für die Vermieter unterzeichnet. In dem Vertragsformular ist als Vermieter „die Erbengemeinschaft S vertreten durch K“ aufgeführt. In der Folgezeit veräußerte die Erbengemeinschaft das Grundstück an den Kaufmann B, der als Eigentümer eingetragen wurde. Dieser verkaufte das Grundstück im Mai 1997 an die Klägerin, für die eine Auflassungsvormerkung eingetragen wurde, und traf mit ihr am 10.9.1997 folgende Vereinbarung:

„Vollmacht und Abtretungserklärung

... Hiermit trete ich meine sämtlichen Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietverhältnis über das Objekt ... mit Herrn O an die Firma KW mbH ab und bevollmächtige diese, im eigenen Namen für eigene Rechnung sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis einschließlich Kündigungen außergerichtlich und gerichtlich wahrzunehmen.“

Die Klägerin kündigte unter dem 16.12.1997 das Mietverhältnis unter Hinweis auf die ihr vom Eigentümer erteilte Vollmacht und auf die Abtretung fristlos, hilfsweise zum 30.6.1998. Am 1.2.1999 wurde die Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 8.3.1999 kündigte die Klägerin erneut fristlos und klagte in der Folgezeit auf sofortige, hilfsweise zum 30.6.1998 erfolgende, Räumung und Herausgabe der Geschäftsräume.

#### Aus den Gründen:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts hat die Kündigung der Klägerin vom 16.12.1997 das Mietverhältnis zum 30.6.1998 beendet. (...)

II. 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Mietvertrag nicht mit der Erbengemeinschaft, sondern mit den Miterben zustande gekommen ist. Dies folgt daraus, dass die Erbengemeinschaft keine eigene Rechtsper-

sönlichkeit besitzt und auch sonst nicht rechtsfähig ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1988 – VIII ZR 277/87 – NJW 1989, 2133, 2134). Vereinzelt wird zwar die Ansicht vertreten, dass der Erbengemeinschaft die Rechtsfähigkeit unter Aberkennung der Rechtssubjektsqualität zuzuerkennen sei (vgl. *Gierke* Deutsches Privatrecht, [1895] Bd. I, S. 682) bzw. dass ihr eine Teilrechtsfähigkeit (vgl. *Grunewald* AcP 197 [1997] 305, 306 f.) oder eine Vollrechtsfähigkeit zukomme (vgl. *Flume* Die Personengesellschaft Bd. I [1977] S. 59 Fn. 48). Eine weitere Auffassung (*Karsten Schmidt* NJW 1985, 2785, 2788 f.) sieht nur die unternehmenstragende Erbengemeinschaft als rechtsfähig an. Die Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1988, a.a.O. 2134; BGHZ 30, 391, 397) und die überwiegende Meinung in der Literatur (vgl. *Staudinger/Werner* BGB [13. Bearb. 1996] §2032 Rdnr. 4, 5; *Staudinger/Bork* 100 Jahre BGB [1998] S. 181 ff., 195; *MünchKomm/Diitz* BGB, 3. Aufl., § 2032 Rdnr. 12; *Ulmer* AcP 198 [1998] 113, 124 ff.) vertreten indes den Standpunkt, dass die Erbengemeinschaft als solche nicht rechtsfähig ist. Dies wird damit begründet, dass es sich bei der Erbengemeinschaft nicht um ein eigenständiges Rechtssubjekt handelt, sondern um eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.

Aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft durch die Entscheidung des II. Zivilsenates (Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 – NJW 2001, 1056 f.) ergibt sich für die Erbengemeinschaft keine andere Rechtsstellung. Die Rechtsfähigkeit und damit auch die Parteifähigkeit jeglicher Gesamthand, etwa in der Form einer Innengesellschaft oder der Erbengemeinschaft, ist damit nicht anerkannt worden (*Armbrüster* GE 2001, 821, 823; a.A. *Grunewald* a.a.O. 306 f.). Die Entscheidung des II. Zivilsenates lässt sich zudem nicht auf die Erbengemeinschaft übertragen, da sie allein den besonderen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs im Bereich des Gesellschaftsrechtes Rechnung getragen hat.

Die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft ist auch nicht mit der BGB-Gesellschaft vergleichbar. In beiden Fällen ist zwar ein gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen vorhanden. Die Erbengemeinschaft ist jedoch dadurch gekennzeichnet, dass sie anders als die BGB-Gesellschaft nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich begründet wird. Sie ist zudem keine werbende Gemeinschaft, da sie – im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft – nicht auf Dauer angelegt, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet ist (vgl. *Staudinger/Bork*, a.a.O. S. 186).

Weiterhin ist die Handlungsorganisation bei der Personengesellschaft und der Erbengemeinschaft unterschiedlich ausgeprägt. Im Bereich des Gesellschaftsrechts regelt ein Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen die Rechte und Pflichten der auf Dauer angelegten Außengesellschaft, insbesondere Geschäftsführung und Vertretung. Demgegenüber besitzt die auf Auseinandersetzung angelegte Erbengemeinschaft keine Elemente, die ihre Handlungsorganisation prägen. Dies betrifft vor allem das Fehlen eines auf Dauer angelegten Handlungszweckes und der darauf gerichteten Personenverbindung (vgl. *Ulmer* a.a.O. 126 f.). Die Erbengemeinschaft kann daher nicht als Personenverbindung angesehen werden, die als solche zur Teilnahme am Rechtsverkehr bestimmt oder zumindest geeignet ist. Charakteristisch für eine Außengesellschaft als Vertragspartei ist jedoch, dass sie als Außengesellschaft an dem Rechtsverkehr teilnimmt und in diesem Rahmen auch Rechte und Pflichten begründet (vgl. BGH, Urteil vom 29.1.2001, a.a.O. 1056 f.; *Krämer* NZM 2002, 465, 466 f.).

Dem steht die Entscheidung des BGH (Urteil vom 13.6.1995 – IX ZR 121/94 – NJW 1995, 2551, 2552) nicht entgegen.



Zwar heißt es dort, das Berufungsgericht habe prüfen müssen, ob nicht der Erbengemeinschaft als solcher Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zustehen könnten. Damit ist aber entgegen der Ansicht von *Grunewald* (vgl. a.a.O. S. 313 ff.) nicht die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft anerkannt, sondern nur bejaht worden, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch dem (der Testamentsvollstreckung unterliegenden) Nachlass und nicht dem Eigenvermögen der einzelnen Erben zugerechnet werden kann.

2. Dem Berufungsgericht ist auch zuzustimmen, dass bei Vertragsschluss eine hinreichend bestimmte Einigung der Parteien über die Identität der Vermieterseite vorlag. Die Auslegung eines Vertrages ist grundsätzlich Sache des Tatrichters und in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Regeln, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf einem Verfahrensfehler beruht, indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1994 – V ZR 196/93 – NJW 1995, 45, 46). Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, dass der Begriff der Erbengemeinschaft von den Vertragsparteien als Kurzbezeichnung für die Erben als handelnde Rechtssubjekte verstanden wurde, ist nicht zu beanstanden. Die Vertragsparteien waren sich jedenfalls darüber einig, dass der Vertrag mit den Mitgliedern der Erbengemeinschaft zustande kommen sollte, unbeschadet der Frage, ob und welche Gedanken der Beklagte sich über die Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft gemacht hat. Dies ergibt sich daraus, dass ein Mietvertrag mit der Erbengemeinschaft als Rechtssubjekt nicht zustande kommen konnte. Daher konnte sich die Einigung hinsichtlich der Vertragsparteien nur auf die Miterben erstrecken, die Mitglieder der Erbengemeinschaft waren. Diese waren auch bestimmbar, weil sie durch Ermittlungen – etwa durch Anfragen bei dem Nachlassgericht – ausfindig gemacht werden konnten. Die Vertragsparteien haben des Weiteren zu erkennen gegeben, dass sie den Vertrag als abgeschlossen betrachten, da sie den Mietvertrag in Vollzug gesetzt haben (vgl. Senatsurteil vom 29.9.1999 – XII ZR 313/98 – NJW 2000, 354, 356). (...)

5. Der Revision ist indes darin zu folgen, dass das Mietverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 16.12.1997 zum 30.6.1998 beendet worden ist. Das Mietverhältnis war nach § 566 Satz 2 BGB a.F. ordentlich kündbar, da der Mietvertrag nicht dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB a.F. entsprach. Ein Mietvertrag genügt dann der Schriftform, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben (vgl. Senatsurteile vom 30.6.1999 BGHZ 142, 158, 161; vom 29.9.1999 a.a.O. 356). Hierbei sind auch die Vertragsparteien genau zu bezeichnen, da der Beweisfunktion, der das Schriftformerfordernis u.a. dient (vgl. BGHZ 139, 123, 130), nur dann genügt ist, wenn die genaue Bezeichnung des Vermieters aus der Vertragsurkunde ersichtlich ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn auf einer Vertragsseite eine Personenmehrheit beteiligt ist. Für einen Grundstückserwerber, dessen Informationsbedürfnis die in § 566 BGB a.F. vorgeschriebene Schriftform vorrangig dient, ist es zudem von wesentlicher Bedeutung, wer als Vermieter den Mietvertrag abgeschlossen hat, da er nur dann nach § 571 BGB a.F. in das Mietverhältnis eintritt, wenn der Vermieter und der Grundstückseigentümer identisch sind.

Diesen Anforderungen genügt die bei Vertragsschluss gefertigte Vertragsurkunde nicht. Darin ist als Vermieterin lediglich die Erbengemeinschaft S aufgeführt. Diese war nicht Ver-

tragspartei, da der Mietvertrag mit den einzelnen Erben zustande gekommen ist. Aus der Vertragsurkunde war damit für die Klägerin als Erwerberin des Mietobjektes nicht zu ersehen, wer Vertragspartei des Mietvertrages geworden ist, da die Erben nicht namentlich genannt waren. Nach der Rechtsprechung des Senates dürfen zwar auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände zur Auslegung herangezogen werden, ob der wesentliche Vertragsinhalt beurkundet ist. Dies betrifft etwa die Ermittlung der genauen Lage der Mieträume. Der Senat hat jedoch auch in diesen Fällen gefordert, dass sich aus der Vertragsurkunde selbst die hinreichende Bezeichnung der Größe und Lage der Mieträume im Gebäude ergeben muss (vgl. Senatsurteile vom 7.7.1999 – XII ZR 15/97 – NJW 1999, 3257, 3258; vom 30.6.1999 a.a.O. 164). In Anwendung dieser Grundsätze ist es daher erforderlich, dass die Vertragsparteien aus der Urkunde bestimmbar sind. Anhaltspunkte, die eine solche Bestimmbarkeit der Vertragsparteien zulassen, sind indes aus der Urkunde nicht ersichtlich. Die fehlende Bestimmbarkeit ergibt sich schon daraus, dass aus der Urkunde nicht hervorgeht, ob mit der „Erbengemeinschaft S“ die Erben nach einem Erblasser S oder Erben mit dem Namen S gemeint waren. Aufgrund dieser unpräzisen Bezeichnung ist für einen Erwerber des Mietobjektes aus der Vertragsurkunde nicht zu ersehen, wer der Erblasser und damit der frühere Grundstückseigentümer ist. Aus der Vertragsurkunde ist auch nicht die Anschrift des Erblassers bzw. der Erben ersichtlich. Für einen Erwerber besteht damit keine Möglichkeit, anhand der Vertragsurkunde die Erben zu ermitteln.

Im Übrigen ist für die Einhaltung der Schriftform auch erforderlich, dass sämtliche Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen. Unterzeichnet ein Vertreter – wie hier – den Mietvertrag, muss das Vertretungsverhältnis in der Urkunde durch einen das Vertretungsverhältnis anzeigenden Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen (vgl. BGHZ 125, 175, 179; OLG Rostock, NJW-RR 2001, 514, 515; *Heile* in *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraum-miete, 3. Aufl. Kap. II Rdnr. 758). Ob darüber hinaus weitere Anforderungen – etwa die Angabe der Art und des Grundes des Vertretungsverhältnisses – in der Vertragsurkunde erfüllt sein müssen, kann dahinstehen, da das Schriftformerfordernis des § 566 BGB a.F. bereits wegen der ungenauen Bezeichnung der Vertragsparteien nicht gewahrt war. Aus dem gleichen Grund kann auch dahinstehen, ob die Unterschrift des K dem Schriftformerfordernis des § 566 BGB a.F. entsprach.

6. Die Revision rügt auch zu Recht, dass die Klägerin zur Ausübung des Kündigungsrechts befugt war. Zwar war die Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung am 16.12.1997 noch nicht Eigentümerin, so dass die Voraussetzungen des § 571 BGB a.F. nicht vorlagen. Der Eigentümer und Vermieter hatte sie aber ermächtigt, im eigenen Namen die Rechte der Vermieterin geltend zu machen sowie zu kündigen. Eine solche Ermächtigung ist wirksam (Senatsurteil vom 10.12.1997 – XII ZR 119/96 – NJW 1998, 896, 897). Dem steht nicht entgegen, dass der Vermieter „alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag“ auf die Klägerin übertragen hat. Zwar ist die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag mangels Zustimmung des Mieters nicht wirksam geworden (BGH, Urteil vom 11.7.1996 – IX ZR 226/94 – NJW 1996, 3147, 3148 m.w.N.). Dies bedeutet aber nicht, dass die Unwirksamkeit der Übertragung der Pflichten gemäß § 139 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Der Vereinbarung ist der Wille der Vertragsparteien zu entnehmen, die Erwerberin und Klägerin solle mit Vertragsschluss jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Vermieters eintreten, als dies ohne Zustimmung des Mieters möglich ist. Dies traf auf die Ermächtigung zur Kündigung zu.

In der Ermächtigung des Erwerbers zur Kündigung ist, worauf die Revision zutreffend hinweist, keine Umgehung des § 571 BGB a.F. zu sehen. Die Bestimmung soll den Mieter davor schützen, im Falle der Veräußerung des Mietobjekts dem Herausgabeanspruch des Erwerbers ausgesetzt zu sein (BGHZ 48, 244, 247). Diese Gefahr besteht hier nicht. Der Mieter kann sich dem Erwerber gegenüber, der vor seiner Eintragung im Grundbuch als Eigentümer die Rechte des Vermieters geltend macht, seinerseits auf seine Rechte als Mieter in vollem Umfang stützen.

7. Auf den Feststellungsantrag der Klägerin hin war daher festzustellen, dass das Mietverhältnis seit dem 1.1.1998 nicht mehr besteht, da die Kündigung vom 16.12.1997 das Mietverhältnis nach § 565 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB a.F. zum 30.6.1998 beendet hat.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Ann*, MittBayNot 2003, S. 192 (in diesem Heft).

### Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 7 Abs. 2, 3; § 8 Abs. 2; § 9 c (*Anwendung der Gründungsvorschriften auf Verwendung einer Vorratsgesellschaft*)

- a) **Die Verwendung des Mantels einer „auf Vorrat“ gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar.**
- b) **Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden.**
- c) **Der Geschäftsführer hat jedenfalls entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich weiterhin in seiner freien Verfügung befindet.**

BGH, Beschluss vom 9.12.2002 – II ZB 12/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

I. Durch Gesellschaftsvertrag vom 14.6.2001 wurde die D. Fünfundzwanzigste Verwaltungsgesellschaft mbH als sog. Vorratsgesellschaft mit Sitz in G. und einem – ausweislich der Anmeldeversicherung eingezahlten – Stammkapital von 25.000 € gegründet und am 9.6.2001 in das Handelsregister des Amtsgerichts G. eingetragen. Gegenstand des Unternehmens war ausschließlich die Verwaltung eigener Vermögenswerte. Durch notariellen Kauf- und Abtretungsvertrag vom 30.8.2001 teilte der Alleingesellschafter B. den von ihm gehaltenen Geschäftsanteil in zwei Anteile von 24.500 € und 500 € auf und übertrug diese zum Kaufpreis von 27.000 € an S. (24.500 €) und E. (500 €); dabei sicherte er im Kaufvertrag zu, dass die Gesellschaft noch keine Geschäftstätigkeit ausgeübt habe. In einer noch am selben Tag durchgeführten Gesellschafterversammlung beriefen die neuen Gesellschafter den bisherigen Geschäftsführer ab, bestellten E. zur neuen alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführerin und änder-

ten Sitz, Firma und Unternehmensgegenstand der Gesellschaft sowie weitere Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages. Dieser sieht – bei unverändertem Stammkapital – nunmehr als Unternehmensgegenstand u.a. den Betrieb eines Partyservice vor. Am 3.9.2001 meldete die Geschäftsführerin E. die Änderungen bei dem Amtsgericht G. an, ohne diese mit einer Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden. Das Amtsgericht St., an das die Sache abgegeben worden war, beanstandete u.a. den fehlenden Nachweis über das Vorhandensein des Stammkapitals. Daraufhin legte die Antragstellerin beglaubigte Ablichtungen verschiedener Kontoauszüge vor, die per 31.8.2001 ein Guthaben der Gesellschaft von 24.987,32 € ausweisen. Durch Beschluss vom 31.10.2001 wies das Amtsgericht den Eintragungsantrag u.a. mit der Begründung zurück, es handele sich um einen Mantelkauf, auf den die Gründungsvorschriften entsprechend anzuwenden seien, so dass die nach § 8 Abs. 2 GmbHG erforderliche Versicherung fehle. Mit der Beschwerde vertrat die Antragstellerin die Ansicht, bei der an eine offene Vorratsgründung anknüpfende „Invollzugsetzung“ der Gesellschaft könne nicht die – erneute – Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG verlangt werden. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die dagegen erhobene weitere Beschwerde möchte das Oberlandesgericht ebenfalls zurückweisen, sieht sich hieran jedoch durch die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 24.3.1999 (BayObLG, MittBayNot 1999, 398, GmbHR 1999, 607) und des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 14.5.1991 (GmbHR 1992, 456) gehindert, weil es bei Befolgung der dort geäußerten Rechtsansicht dem Rechtsmittel stattgeben müsste. Daher hat es die Sache dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

(...)

III. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

1. Die Verwendung des Mantels einer zunächst „auf Vorrat“ gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar. Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Damit findet insbesondere eine registergerichtliche Prüfung (analog § 9 c GmbHG) der vom Mantelverwender in der Anmeldung der mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Änderungen (vgl. § 54 GmbHG) gemäß §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 3 GmbHG abzugebenden Versicherung statt.

a) Der Senat hat bereits im Beschluss vom 16.3.1992 (MittBayNot 1992, 339, BGHZ 117, 323) zum vergleichbaren Fall der Vorratsgründung einer Aktiengesellschaft ausgesprochen, dass Bedenken gegen die Zulassung derartiger Gründungen in erster Linie auf der Befürchtung beruhen, dass bei einer späteren Verwendung des Mantels die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten. Die Umgehung der Gründungsvorschriften könne zur Folge haben, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet sei. Das rechtfertige zwar kein generelles präventiv wirkendes Verbot der Gründung von Vorratsgesellschaften; im Interesse eines wirksamen Schutzes der Gläubiger sei aber bei der späteren Verwendung des Mantels, die als wirtschaftliche Neugründung anzusehen sei, die sinngemäße Anwendung der Gründungsvorschriften geboten (BGHZ a.a.O., 331). Offengelassen hat der Senat seinerzeit lediglich die – damals nicht entscheidungserheblichen – Einzelheiten der rechtlichen Ausgestaltung dieser Analogie einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle (BGHZ 117, 336).

b) Diese für die Vorratsaktiengesellschaft aufgestellten unmissverständlichen (vgl. dazu zutreffend *Ammon*, DStR 1999,

1040 – Anm. zu BayObLG a.a.O.) Grundsätze sind auf den – vorliegenden – Fall der Verwendung einer auf Vorrat gegründeten GmbH uneingeschränkt übertragbar (h.M., vgl. nur *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 15 mit umfangreichen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen hinsichtlich des Meinungsstandes). Die mit der Vorratsgründung und späteren wirtschaftlichen Neugründung bei der Mantelverwendung verbundenen Probleme eines wirksamen Gläubigerschutzes stellen sich bei der GmbH in gleicher Weise; daher ist auch bei dieser Kapitalgesellschaft dem vornehmlichen Zweck der Gründungsvorschriften, die reale Kapitalaufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Voraussetzung für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sicherzustellen (BGHZ a.a.O., 331), durch deren analoge Anwendung bei der späteren wirtschaftlichen Neugründung Rechnung zu tragen.

Die in der Entscheidung BGHZ 117, 323 offengelassene Frage, wie der Gläubigerschutz aus Anlass der Mantelverwendung nach Vorratsgründung im Wege der analogen Anwendung der Gründungsvorschriften im Einzelnen ausgestaltet ist, betrifft sowohl den durch die formal-rechtliche registergerichtliche Präventivkontrolle abgesicherten Mindestschutz als auch den weitergehenden Schutz auf der (materiell-rechtlichen) Haftungsebene, aufgrund etwa der Handelndenhaftung (§ 11 Abs. 2 GmbHG) oder der vom Senat entwickelten Unterbilanzhaftung (vgl. BGHZ 80, 129, 140; 105, 300, 303; 134, 303). Im vorliegenden Fall ist allein über Art und Umfang des registerrechtlichen Präventivschutzes zu befinden.

c) Da die Verwendung des Mantels einer auf Vorrat gegründeten GmbH als wirtschaftliche Neugründung anzusehen ist, ist sie in vollem Umfang in die mit den Gründungsvorschriften verfolgte Regelungsabsicht des Gesetzgebers einzubeziehen, die Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds sicherzustellen. Das Registergericht hat daher entsprechend § 9 c GmbHG i. V. m. § 12 FGG in eine Gründungsprüfung einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat (§ 7 Abs. 2, 3, § 8 Abs. 2 GmbHG). Entscheidender verfahrensrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Kontrolle durch das Registergericht ist auch bei der Verwendung des Mantels einer Vorrats-GmbH die anlässlich der wirtschaftlichen Neugründung abzugebende Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die dem Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG obliegende Versicherung, dass die geleisteten Mindesteinlagen zu seiner freien Verfügung stehen, beinhaltet von Gesetzes wegen, dass im Anmeldezeitpunkt derartige Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind. Nur wenn zureichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies – entgegen der Versicherung – nicht der Fall ist, darf und muss das Registergericht seine Prüfung auch auf die Frage erstrecken, ob die GmbH im Zeitpunkt der Anmeldung der Mantelverwendung nicht bereits eine Unterbilanz aufweist (vgl. BGHZ 80, 129, 143).

d) Die gegen eine derartige registergerichtliche Kontrolle der wirtschaftlichen Neugründung bei Verwendung eines auf Vorrat gegründeten GmbH-Mantels vorgebrachten Bedenken (vgl. dazu vornehmlich BayObLG a.a.O.), die sich vor allem auf die Begrenztheit der Erkenntnismöglichkeiten des Regis-

trichters und die Schwierigkeiten der Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung von der – nicht zu beanstandenden – Umorganisation einer bereits vorhandenen GmbH beziehen, hält der Senat nicht für durchgreifend.

Die vom Registergericht vorzunehmende Prüfung ist bei der wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats-GmbH grundsätzlich nicht schwieriger als bei einer „normalen“ Neugründung. Die mit der Mantelverwendung im Anschluss an eine offene Vorratsgründung regelmäßig einhergehenden, gemäß § 54 GmbHG eintragungspflichtigen Änderungen des Unternehmensgegenstandes, der Neufassung der Firma, Verlegung des Gesellschaftssitzes und/oder Neubestimmung der Organmitglieder liefern dem Registerrichter – sei es kumulativ, sei es auch nur einzeln – ein hinreichendes Indiz dafür, dass sich die Verwendung des bisher „unternehmenslosen“ Mantels vollziehen soll. Abgrenzungsschwierigkeiten – wie sie bei der Verwendung sog. gebrauchter, leerer GmbH-Mäntel auftreten können – sind gerade bei der Übernahme einer als offene Vorratsgesellschaft gegründeten GmbH, die keine Geschäftstätigkeit aufgenommen hat und deren Unternehmensgegenstand offen als „Verwaltung eigener Vermögenswerte“ bezeichnet ist (vgl. zu diesem Erfordernis: BGHZ a.a.O., 335 f.), für den Registerrichter typischerweise nicht zu erwarten.

Die registergerichtliche Nachprüfung der Mindestkapitalaufbringung wird auch nicht dadurch überflüssig, dass in der Regel bei der Verwendung des Mantels einer Vorratsgesellschaft das satzungsmäßige Stammkapital, wenn es bar eingezahlt worden ist, noch unversehrt – allenfalls geringfügig vermindert um Verwaltungskosten und Steuern – vorhanden sein wird. Es ist nämlich – gerade unter Umgehungsgesichtspunkten – nicht auszuschließen, dass die Gesellschaft, insbesondere aufgrund vorzeitiger Geschäftsaufnahme unter dem neuen Unternehmensgegenstand, bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Verluste erlitten hat oder das ursprünglich eingezahlte Kapital wieder entnommen worden ist. Sie muss daher wie jede andere neu gegründete GmbH die Auffüllung ihres Vermögens auf die gesetzlich mit der Anmeldeversicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG vorgeschriebene Mindestziffer gewährleisten.

Schließlich unterläuft eine registergerichtliche Kontrolle der Kapitalausstattung bei der Verwendung von Vorratsgesellschaften auch nicht das als berechtigt anerkannte Motiv, den mit der Dauer des Eintragungsvorgangs bei einer Neugründung „normalerweise“ verbundenen Zeitverlust zu vermeiden. Für den (neuen) Geschäftsführer ist die Abgabe der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG in der Regel unschwer möglich, da bei der offenen Vorratsgesellschaft – unter Beachtung des bisherigen „Gesellschaftszwecks“ – ein Kapitalabfluss, abgesehen von nicht nennenswerten Gebühren und sonstigen Kosten, nicht stattgefunden haben sollte; zeitliche Verzögerungen sind daher insoweit nicht zu befürchten. Kann die Versicherung hingegen nicht abgegeben werden, weil – aus welchen Gründen auch immer – das Mindestkapital nicht (mehr) gedeckt ist, so ist es ohnehin geboten, die Eintragung abzulehnen.

2. Ausgehend hiervon hat die weitere Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg, weil die vom Registergericht zu Recht geforderte Erklärung nach § 8 Abs. 2 GmbHG von ihr nicht abgegeben wurde. Die von der Antragstellerin vorgelegten Kontoauszüge über ein Bankguthaben von 24.987,32 € machen die vorgeschriebene Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG nicht entbehrlich. Die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG hat – wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat – nämlich die Funktion, durch eine abschließende Erklärung nach außen zu dokumentieren, dass das Stamm-

kapital in der gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthöhe der Gesellschaft zur freien Verfügung steht. Dadurch werden auch Umstände abgedeckt, die sich negativ auf den Vermögensbestand der GmbH auswirken, indes aus einem (bzw. gerade diesem) Kontoauszug nicht ersichtlich sind. Keinesfalls ist der neue Geschäftsführer bei der wirtschaftlichen Neugründung durch die Verfügung des Registergerichts zur Abgabe der Versicherung in einem solchen Fall unbillig benachteiligt. Handelt es sich nämlich, wie die Antragstellerin meint, tatsächlich lediglich um eine „Formalie“ – was das Registergericht nicht beurteilen kann –, so ist kein Grund ersichtlich, warum die Erklärung nicht umgehend abgegeben wird.

Die Antragstellerin wird daher Gelegenheit haben, in einem neuen Antrag den Anforderungen des § 8 Abs. 2 GmbHG zu entsprechen; alsdann würde der beabsichtigten Eintragung – zumindest insoweit – kein Hinderungsgrund mehr entgegenstehen.

13. GmbHG § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 10 (*Unternehmensgegenstand „Handel mit Waren aller Art“ unzulässig*)

**Die Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes im Gesellschaftsvertrag einer GmbH mit „der Handel mit Waren aller Art“ kann wegen unzureichender Individualisierung nicht im Handelsregister eingetragen werden.**

BayObLG, Beschluss vom 8.1.2003 – 3Z BR 234/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

14. GBO § 20 (*Grundbuchfähigkeit von Kapitalgesellschaften aus dem EU-Ausland*)

**Einer Kapitalgesellschaft, die in einem Mitgliedstaat des EG-Vertrags wirksam gegründet wurde und dort als rechtsfähig anerkannt ist, kann die Rechtsfähigkeit und damit die Grundbuchfähigkeit in Deutschland auch dann nicht versagt werden, wenn der tatsächliche Verwaltungssitz in Deutschland liegt.**

BayObLG, Beschluss vom 19.12.2002 – 2Z BR 7/02 = BayOLGZ 2002 Nr. 71 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*; Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 2 ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Hausgrundstücks, einer Eigentumswohnung und eines Doppel-Duplex-Stellplatzes zu einem Miteigentumsanteil von  $\frac{1}{4}$  eingetragen. Am 26.7.2000 wurden von einem Notar in Paderborn Kaufverträge beurkundet, in denen die Beteiligte zu 2 diese drei Immobilien an die Beteiligte zu 1, eine englische „private limited company“, verkaufte. Zugleich wurde die Eintragung von Eigentumsvormerkungen für die Beteiligte zu 1 bewilligt und beantragt und die Auflassung erklärt. Am 3.8.2000 wurden die Eigentumsvormerkungen für die Beteiligte zu 1 in den drei Grundbüchern eingetragen.

Am 26.3.2001 wurden die notariellen Urkunden vom 26.7.2000 bei dem Grundbuchamt eingereicht und die Eintragung der Beteiligten zu 1 als neue Eigentümerin unter Löschung der Eigentumsvormerkungen beantragt.

Mit Zwischenverfügungen hat das Grundbuchamt u.a. Zweifel an der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 1 geäußert und ihr aufgeben, Nachweise vorzulegen für eine geschäftliche Tätigkeit der Beteiligten zu 1, insbesondere durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags,

des Geschäftsberichts für das Jahr 2000 und der Steuernummer, ferner Nachweise über die Anmietung von Geschäftsräumen in London, Einstellung von Personal, Einrichtung eines Bankkontos sowie von Telefon- und Telefaxanschlüssen in Großbritannien.

Da die Beteiligte zu 1 die geforderten Auskünfte und Urkunden als Interna bezeichnete und nicht vorlegte, hat das Amtsgericht – Grundbuchamt – die Eintragungseinträge der Beteiligten zu 1 abgewiesen.

Hiergegen ging die Beteiligte zu 1 vor.

*Aus den Gründen:*

(...)

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

a) Die Beteiligte zu 1 kann als neue Eigentümerin nur eingetragen werden, wenn sie aus der Sicht des deutschen Rechts rechtsfähig ist. Dabei handelt es sich um eine weitere Eintragungsvoraussetzung im Sinn des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, unabhängig davon, ob die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang wirksam war. Die Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 1 muss nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden, weil § 32 GBO für ausländische juristische Personen und Handelsgesellschaften nicht gilt. Demnach muss im Eintragungsverfahren der Nachweis für alle Voraussetzungen erbracht werden, von denen die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 1 als ausländischer juristischer Person im Inland abhängt. Die Behandlung einer ausländischen juristischen Person als BGB-Gesellschaft (BGH WM 2002, 1929) hilft für das Grundbuchverfahren nicht weiter, weil die BGB-Gesellschaft als solche nicht im Grundbuch eingetragen werden kann (MittBayNot 2003, 61 = BayObLGZ 2002 Nr. 59 = ZIP 2002, 2175).

b) Die Rechtsfähigkeit der Beteiligten zu 1 als ausländische Kapitalgesellschaft ist nach ihrem Personalstatut zu beurteilen. Das deutsche internationale Privatrecht enthält keine gesetzliche Regelung des internationalen Gesellschaftsrechts.

Die Rechtsprechung beurteilte bisher die Rechtsfähigkeit einheitlich nach der Sitztheorie. Das bedeutet, dass sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach dem Recht desjenigen Staates beurteilen, in dem sich der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung, der effektive Verwaltungssitz, befindet (BGHZ 97, 269/271; BGH WM 2002, 1929; BayObLGZ 1998, 195/197 f.; OLG Hamm Rpfleger 1995, 153/154).

An dieser Rechtsauffassung kann aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 5.11.2002 in der Sache Überseeering (MittBayNot 2003, 63 = NJW 2002, 3614 = ZIP 2002, 2037) nicht mehr festgehalten werden, soweit Gesellschaften betroffen sind, die in einem Mitgliedstaat des EG-Vertrags wirksam gegründet wurden und dort weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz haben. Denn die Versagung der Rechtsfähigkeit, zu der die Anwendung der Sitztheorie bei einer in einem anderen Staat des EG-Vertrags gegründeten und dort rechtsfähigen Gesellschaft mit faktischem Sitz in Deutschland führen würde, verstößt nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 5.11.2002 gegen Art. 43 und 48 EG. Diese Vorschriften gewährleisten die Niederlassungsfreiheit für alle Angehörigen der Mitgliedstaaten (Art. 43 EG) und für Gesellschaften, die nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden und innerhalb der Gemeinschaft ihren Sitz haben (Art. 48 EG). Die Vorschriften sind unmittelbar anwendbares Recht (*Geiger* EGV, 3. Aufl., Art. 43 Rdnr. 8; *Scheuer* in *Lenz* EGV-Kommentar, 2. Aufl., Art. 43 Rdnr. 4) und verdrängen entgegenstehendes nationales Recht. Auch wenn der Europäische Gerichtshof unmittelbar nur über die Verlegung

des faktischen Sitzes von einem Mitgliedstaat in einen anderen entschieden hat, ergibt sich doch aus den Erwägungen des Gerichts (insbes. Textziff. 80, 81, 92, 95), dass das Diskriminierungsverbot der Art. 43, 48 EG auch die Fälle ergreift, in denen eine Gesellschaft wirksam nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurde und dort Rechtsfähigkeit erlangt hat, ihren faktischen Sitz aber stets nur in Deutschland hatte (s. dazu *Eidenmüller* ZIP 2002, 2233/2244). Das von den Vorinstanzen angenommene Eintragungshindernis besteht also nicht. Die Entscheidungen des Amtsgerichts – Grundbuchamt – und des Landgerichts sind aufzuheben. (...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch das Urteil BGH VII ZR 370/98 vom 13.3.2003 in MittBayNot Aktuell.

15. Art. 3 § 2 Ziffer 4 EuroEG, § 4 Abs. 2 und 5 EGAktG, § 229 Abs. 2 AktG (*Erleichterte Kapitalherabsetzung bei Euro-Umstellung nur soweit erforderlich*)

**Eine Kapitalherabsetzung im Zuge der Euro-Umstellung kann unter den erleichterten Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 und 5 EGAktG nur dann erfolgen, wenn sie sich auf diejenige Herabsetzung des Grundkapitals beschränkt, welche zur Glättung der Nennbeträge der Aktien auf den nächstniedrigeren Betrag in vollen Euro erforderlich ist. Eine darüber hinausgehende Kapitalherabsetzung, mit der ein „runder“ – etwa durch 10 teilbarer – Nennbetrag der Aktien in Euro erreicht werden soll, kann nur nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen der § 229 ff. AktG vorgenommen werden.**

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 5.11.2002 – 20 W 400/02 –

### Internationales Privatrecht

16. EGBGB Art. 3 Abs 2 Satz 1, Art. 17 (*Art. 17 Abs. 3 EGBGB keine „ordre public“-Klausel*)

**Art. 17 Abs. 3 EGBGB (Versorgungsausgleich) stellt keine „ordre public“-Klausel dar und wird daher – auch bei längerer Ehedauer und Kinderbetreuung – von Art. 8 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens zwischen dem Iran und dem Deutschen Reich verdrängt.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 27.1.2003 – 5 WF 210/02 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering, Würzburg

*Aus den Gründen:*

Das Amtsgericht hat unter Bezugnahme auf die veröffentlichte Judikatur überzeugend begründet, dass Art. 8 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens zwischen dem Iran und dem Deutschen Reich gemäß Art 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB den Art. 17 EGBGB verdrängt, mit der Folge, dass auch die Scheidungsfolgen nach iranischem Recht zu beurteilen sind, das aber den Versorgungsausgleich nicht kennt. Art. 17 Abs. 3 EGBGB stellt gerade keine spezielle „ordre public“-Klausel dar, die

sich gegen das Niederlassungsabkommen durchsetzen könnte. Das konkrete Ergebnis ist aus der Sicht des deutschen Rechts auch nicht unerträglich, zumal der Versorgungsausgleich eine Besonderheit des deutschen Rechts darstellt und weltweit wenig verbreitet ist. Die Durchführung des Versorgungsausgleichs mag in dem hier zu beurteilenden Fall wegen längerer Ehedauer und Kinderbetreuung als billig empfunden werden, jedoch führt die Nichtdurchführung des VA zu keinem unerträglichen Ergebnis. Würde die Beschwerdebegründung tragen, nach der die Nichtdurchführung des VA als Diskriminierung der Frauen gewertet wird, wenn diese den Haushalt führen und Kinder betreuen, dann wäre die mit dem Abkommen vereinbarte Verbindlichkeit hinfällig; regelmäßig müsste der Versorgungsausgleich durchgeführt werden. Der Senat folgt aber der Rechtsansicht des OLG Köln, FamRZ 2002, 613-614. Der Staatsvertrag und die daraus sich ergebende völkerrechtliche Bindung können nicht dadurch unterlaufen werden, dass Art. 17 Abs. 3 EGBGB als spezielle „ordre public“-Vorbehaltsklausel angesehen wird. Dies muss auch im Falle lang andauernder Ehen mit Kinderbetreuung gelten (OLG Köln, a.a.O.).

### Beurkundungs- und Notarrecht

17. BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1 (*Keine Unterzeichnung mit Vornamen*)

**Die Unterschrift des an der Beurkundung Beteiligten unter einer notariellen Urkunde erfordert die Unterzeichnung wenigstens mit dem Familiennamen; die Unterzeichnung ausschließlich mit dem Vornamen hat die Unwirksamkeit der von dem Beteiligten abgegebenen Erklärungen zur Folge.**

BGH, Urteil v. 25.10.2002 – V ZR 279/01 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 27.4.1998 erwarben der an den Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligte Beklagte zu 1 und der Beklagte zu 2 von der Klägerin ein Grundstück zum Preis von 4,5 Mio. DM. Beim Abschluss des Vertrags wurde der Beklagte zu 1 von seinem ersten Vorsitzenden M. Y. vertreten; dieser unterschrieb die Urkunde lediglich mit seinem Vornamen „M.“.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern die Zahlung eines Teilbetrags von 100.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; der Beklagte zu 1 hat das Urteil nicht angefochten. Die Berufung des Beklagten zu 2 ist erfolglos geblieben. Mit seiner Revision verfolgt er sein Ziel der Klageabweisung weiter.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. 3. Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – ist vielmehr § 313 Satz 1 BGB a.F. Danach bedarf ein Grundstückskaufvertrag zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung. Welche Anforderungen an dieses Formerfordernis zu stellen sind, regeln § 128 BGB und die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes. Nur auf letztere kommt es hier an, weil ein Fall des § 128 BGB nicht vorliegt.

4. Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG muss die von einem Notar errichtete Niederschrift in seiner Gegenwart von den

Beteiligten eigenhändig unterschrieben werden. Die Unterschrift ist Wirksamkeitsbedingung; eine Urkunde ohne Unterschrift führt zur Unwirksamkeit der Beurkundung (*Limmer in Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, § 13 Rdnr. 16). Mit der Unterschrift wird dokumentiert, dass sich die Beteiligten ihre Erklärungen zurechnen lassen und die Urkunde in ihrer körperlichen Form genehmigen; die Unterschrift dient damit als formelles Zeichen der Verantwortungsübernahme für Geltung und Gültigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts und für die Echtheit des beurkundeten Willens der Beteiligten (*Heinemann*, ZNotP 2002, 223, 224). Denn die Urkunde enthält nicht etwa Erklärungen des Notars, die er aufgrund des ihm mitgeteilten Willens der Beteiligten abgibt, sondern die eigenen Willenserklärungen der Beteiligten. Die Identifizierbarkeit der Beteiligten ist indes nicht Sinn der Unterschrift; hierzu dient die nach § 10 BeurkG zu treffende Identitätsfeststellung (vgl. KG, NJW-RR 1996, 1414; *Heinemann*, a.a.O.).

5. Welche Namensbestandteile die Unterschrift enthalten muss, regelt das Gesetz nicht. Aus dem Sinn und Zweck des Unterschriftserfordernisses ergibt sich allerdings, dass die Unterzeichnung der Urkunde mit dem Namen erfolgen muss, den der Beteiligte tatsächlich führt, der ihn also kennzeichnet; nur dann können die beurkundeten Erklärungen ihm als einer individuell bestimmten Person zugeordnet werden.

a) Das ist beim Gebrauch des Vornamens und des Familiennamens zweifellos der Fall, denn der bürgerliche Name einer Person besteht aus dem Familiennamen und mindestens einem Vornamen (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 12 Rdnr. 5). Aber auch die Unterzeichnung nur mit dem Familiennamen reicht für die Wirksamkeit der Urkunde aus; er individualisiert nämlich den Unterzeichner hinreichend, weil die Kennzeichnung einer Person zur Unterscheidung von anderen (vgl. BGH, Urt. v. 5.12.1958 – IV ZR 95/58 – NJW 1959, 525) im allgemeinen Sprachgebrauch jedenfalls außerhalb des Familien- und engeren Bekanntenkreises und erst recht im Rechtsverkehr durch den Familiennamen erfolgt.

b) Gegebenenfalls kann bei bestimmten Personengruppen auch die Unterzeichnung notarieller Urkunden ausschließlich mit dem Vornamen genügen, nämlich dann, wenn er die Person des Unterzeichnenden eindeutig kennzeichnet. Das ist dann der Fall, wenn sie unter diesem Vornamen in der Öffentlichkeit allgemein bekannt ist, wie z.B. kirchliche Würdenträger und Angehörige des Hochadels (vgl. RGZ 87, 109, 111; *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 22; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 13 BeurkG, Rdnr. 19; *Meckel/Lersch*, BeurkG, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 20; *Soergel/Harder*, BGB, 12. Aufl., § 13 BeurkG, Rdnr. 6; *Glaser*, DNotZ 1958, 302).

c) Ob die notarielle Urkunde auch dann wirksam ist, wenn andere Personen sie ausschließlich mit ihrem Vornamen unterzeichnen, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten (bejahend *Jansen*, a.a.O. Rdnr. 17; *Josef*, BayNotV 1927, 128, 136; *Heinemann*, a.a.O.; verneinend BGHZ 27, 274, 276 [zu § 16 TestG]; OLG Stuttgart, DNotZ 2002, 543, 544; LG Oldenburg, BWNNotZ 1991, 120; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 13 Rdnr. 41; *Firsching*, NJW 1956, 24; *Glaser*, a.a.O.; *Köhler*, Festschrift für Schippel, S. 209, 211). Der Senat entscheidet die Streitfrage dahingehend, dass eine solche Unterschrift die Unwirksamkeit der abgegebenen Erklärungen zur Folge hat.

aa) Der Zweck der Unterschriftsleistung kann durch die bloße Unterzeichnung mit dem Vornamen nicht erreicht werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft ausschließlich Regelungen über den Familiennamen, sei es als Geburtsname

(§§ 1616 ff. BGB), sei es als Ehefrau (§ 1355 BGB). Das Bestimmungsrecht über den in das Geburtenbuch einzutragenden Vornamen (§ 21 PStG) ist nicht näher geregelter Ausfluss der elterlichen Sorge (§§ 1626, 1628 BGB). Im Rechtsverkehr dient somit der Familienname und nicht der Vorname dazu, eine Person von einer anderen zu unterscheiden. Nicht einmal kraft allgemeiner Übung kommt dem Vornamen diese Unterscheidungsfunction zu; vielmehr ist insoweit der Gebrauch des Familiennamens allgemein üblich. Will jemand eine rechtsverbindliche schriftliche Erklärung abgeben, unterschreibt er sie demgemäß wenigstens mit seinem Familiennamen. Der Vorname wird dagegen üblicherweise im Schriftverkehr zwischen Familienangehörigen und engen Bekannten benutzt, soweit darin keine rechtsverbindlichen Erklärungen enthalten sind. Den beiden Namensbestandteilen kommt also eine unterschiedliche Bedeutung zu. Deswegen lässt sich der Unterzeichnung einer notariellen Urkunde nur mit dem Vornamen nicht sicher entnehmen, ob der Unterzeichner wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts einsteht. Diese Funktion kann ausschließlich die Unterzeichnung mit dem Familiennamen erfüllen. Nur in dem – hier nicht gegebenen – Fall, dass etwa ein ausländischer Beteiligter aufgrund seines Heimatrechts keinen Familiennamen führt, gilt etwas anderes. Der Notar darf selbstverständlich nicht die Unterschrift mit einem nicht geführten Namen verlangen.

bb) Die Unterschriftsleistung der Beteiligten mit dem Familiennamen ist in der Struktur des Urkundsverfahrens angelegt. Bei der Beurkundung von Willenserklärungen fertigt der Notar eine Niederschrift, in die er die vor ihm abgegebenen Willenserklärungen aufnimmt (§§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG). Anders als im Falle der Aufnahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen in ein gerichtliches Protokoll (§§ 160 Abs. 3 Nr. 1, 162 ZPO) begnügt sich das Gesetz bei der notariellen Beurkundung nicht mit dem Zeugnis der Urkundsperson, hier des Notars nach § 13 Abs. 3 BeurkG, darüber, dass die Beteiligten die über ihre Erklärungen aufgenommene Niederschrift genehmigt haben. Die Genehmigung muss vielmehr in der eigenhändigen Unterschrift der Beteiligten ihren Ausdruck finden (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Haben die Beteiligten unterschrieben, so wird nach § 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vermutet, dass ihnen die Niederschrift in Gegenwart des Notars vorgelesen (oder, wo zulässig, vorgelegt) wurde und ihre Genehmigung erhalten hat. Die abschließende Unterschrift des Notars unter die Urkunde (§ 13 Abs. 3 BeurkG) begründet diese Vermutung allein nicht. Der eigenhändigen Unterschrift der Beteiligten kommt mithin, neben der Notarunterschrift, eine eigenständige, mit dieser gleichrangige Bedeutung zu. Ein Anlass, die Anforderungen an die Unterschrift der Beteiligten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gegenüber den Erfordernissen der Schriftform (§ 126 BGB), wonach grundsätzlich – von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen – die Unterzeichnung mit dem Familiennamen erforderlich ist, herabzusenken, besteht nicht. Dies würde Zweck und Bedeutung der Unterschrift der Urkundsbeteiligten nicht gerecht. Der Eigenständigkeit der Unterschriftsleistung liefe es auch zuwider, Wirksamkeitsdefekte der Unterzeichnung durch Rückgriff auf den Inhalt der vorangehenden Niederschrift zu beseitigen. Denn deren Beweiswirkung (§ 415 ZPO) hängt wiederum von der rechtsgültigen Unterschrift der Beteiligten ab. Die Substituierung eines Urkundselements durch das andere wird dem Gebot der doppelten Unterschriftsleistung, welches das Beurkundungsverfahren kennzeichnet, nicht gerecht. Dass sich aus der Bezeichnung der Beteiligten im Eingang der notariellen Urkunde (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG) Schlüsse auf den Familiennamen desjenigen ziehen lassen,

der nur mit dem Vornamen unterzeichnet hat, hilft dem Mangel mithin nicht ab. Der im Beurkundungsgesetz vorgesehene Verfahrensgang ist vielmehr ein anderer. Der Notar hat sich über die Identität der Beteiligten nicht nur, aber auch zu dem Zwecke zu vergewissern, dass er die Vollständigkeit der Unterschriftsleistung unter dem Beurkundeten zu beurteilen vermag. Seine Amtspflicht ist es, hierauf hinzuwirken. Der Umstand, dass seit der Auflockerung der Formstrenge durch das Testamentsgesetz vom 31.7.1938 (RGBl. I 973) die Unterzeichnung mit Vor- und Familiennamen kein (absolutes) Wirksamkeitserfordernis des eigenhändigen Testaments mehr ist (§ 2247 Abs. 3 BGB), bleibt für die notarielle Urkunde, auch wenn sie eine letztwillige Verfügung zum Inhalt hat, ohne Bedeutung. Die Formerleichterung will, im weiteren Sinne des „favor testamenti“, der Erklärung des Erblassers, auch wenn dieser sich keiner juristischen Beratung bedient hat, zur Wirksamkeit verhelfen. Solche Gesichtspunkte spielen bei der Beurkundung in der Verantwortlichkeit des Notars keine Rolle.

cc) Auch lässt sich der im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Unterschrift in Anwaltsschriftsätzen vereinzelt bemühte Gedanke des Gerechtigkeitsempfindens, dem es zuwiderlaufen soll, Ansprüche an der Form der Unterschrift scheitern zu lassen, obwohl kein Zweifel an der Urheberchaft besteht (*Schneider*, NJW 1998, 1844, 1845), nicht auf den Fall der Unterzeichnung notarieller Urkunden nur mit dem Vornamen übertragen. Dort kommt nämlich der Unterschrift in erster Linie eine Identifizierungsfunktion zu, was bei der Unterzeichnung einer notariellen Urkunde – wie ausgeführt – nicht der Fall ist.

dd) Schließlich führt die hier vertretene Auffassung auch nicht zu Erschwerungen in der notariellen Beurkundungspraxis. Da der Notar die Identität der Beteiligten feststellen muss und dadurch ihren vollständigen Namen kennt, er außerdem dafür sorgen muss, dass die Beteiligten die Urkunde unterschreiben, bedeutet es für ihn keinen zusätzlichen Mehraufwand, bei der Unterschriftsleistung darauf zu dringen, dass kein Beteiligter nur mit seinem Vornamen unterschreibt, bzw. die Urkunde mit seiner eigenen Unterschrift nicht abzuschließen, bevor sämtliche Beteiligte sie wenigstens mit ihrem Familiennamen unterschrieben haben.

6. Nach alledem musste der erste Vorsitzende des Beklagten zu 1 als Urkundsbeteiligter (§ 6 Abs. 2 BeurkG) die Urkunde wenigstens mit seinem Familiennamen, den er ausweislich der am Anfang der Urkunde enthaltenen Wiedergabe der vom Notar vorgenommenen Identitätsfeststellung geführt hat, unterschreiben. Da seine Unterschrift nur den Vornamen enthält, sind seine Erklärungen unwirksam. Das hat zur Folge, dass der Kläger nicht nur keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen den Beklagten zu 1, sondern auch keinen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten zu 2 hat. Denn wenn – wie hier – das Grundstückseigentum nicht aufgeteilt, sondern als Ganzes an mehrere Erwerber veräußert werden soll, steht ihnen ein gemeinschaftlicher Anspruch auf Eigentumsübertragung zu; dieser Anspruch ist auf eine unteilbare Leistung gerichtet, so dass § 420 BGB nicht eingreift (BGH, Urt. v. 3.11.1983 – IX ZR 104/82 – NJW 1984, 795, 796). Ein solcher Anspruch ist jedoch nicht wirksam beurkundet (§ 313 BGB a.F.).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Kanzleiter*, MittBayNot 2003, S. 197 (in diesem Heft).

## Kostenrecht

18. KostO § 44 Abs. 1, KostO § 44 Abs. 2, KostO § 156 Abs. 6 S. 2 (*Keine Gegenstandsgleichheit von Geschäftsführerabberufung und -neubestellung*)

- a) **Die gleichzeitige Anmeldung der Abberufung und der Neubestellung von Geschäftsführern einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister hat verschiedene Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO.**
- b) **Hat der Notar auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde gegen die Entscheidung des Landgerichts über Einwendungen gegen die Kostenberechnung weitere Beschwerde erhoben, kann die hierauf ergehende gerichtliche Entscheidung nur dann auf eine Erhöhung der Kostenberechnung lauten, wenn der Notar bereits Erstbeschwerde mit dem Ziel der Erhöhung auf Weisung der Dienstbehörde eingelegt hatte.**

BGH, Beschluss vom 21.11.2002 – V ZB 29/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Der Kostengläubiger wurde von der Kostenschuldnerin, einer GmbH mit einem Stammkapital von 50.000 DM, beauftragt, das Ausscheiden des Geschäftsführers N. O. sowie die Bestellung der neuen Geschäftsführer O. M. und Y. S. zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Er entwarf eine entsprechende Anmeldungserklärung, beglaubigte die Unterschrift des anmeldenden Geschäftsführers und nahm die Anmeldung vor. Für diese Tätigkeit erhob er gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 7, 26, 44 Abs. 2 KostO eine Gebühr in Höhe von 130 DM nach einem Geschäftswert von 100.000 DM.

Der Präsident des Landgerichts beanstandete den doppelten Ansatz des Einzelwerts von 50.000 DM bei der Berechnung des Geschäftswerts und wies den Kostengläubiger an, seine Kostenrechnung im Wege der Beschwerde durch das Landgericht überprüfen zu lassen.

Mit Beschluss vom 28.2.2002 hat das Landgericht die Kostenrechnung dahingehend abgeändert, dass es einen Geschäftswert von 50.000 DM zugrunde gelegt und demgemäß eine Gebühr von 80 DM angesetzt hat; nach seiner Ansicht betrifft die gleichzeitige Anmeldung der Abberufung des bisherigen Geschäftsführers und der Bestellung neuer Geschäftsführer denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Kostengläubigers. Das OLG Düsseldorf möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Hieran sieht es sich durch die Entscheidungen des OLG Karlsruhe vom 26.9.1962 (DNotZ 1963, 500), des OLG Frankfurt vom 15.6.1966 (DNotZ 1967, 332), des OLG Hamm vom 15.12.1970 (JurBüro 1971, 349) und des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 12.9.2000 (FGPrax 2000, 252) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

(...)

III. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2, 4 KostO). Sie hat auch Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nämlich auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), weil nicht § 44 Abs. 1 KostO, sondern § 44 Abs. 2 KostO anwendbar ist.

1. Die Frage, ob es sich bei der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung und der Bestellung von Geschäftsführern einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister um denselben Gegenstand im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO oder um verschiedene Gegenstände (§ 44 Abs. 2 KostO) handelt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

a) Ebenso wie vom Landgericht und vom vorlegenden Oberlandesgericht wird in der Rechtsprechung anderer Ge-

richte und in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die gleichzeitige Anmeldung denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO betrifft, weshalb der Wert des § 26 Abs. 4 KostO nur einmal zugrunde zu legen ist (OLG Celle, JurBüro 1966, 692; OLG Stuttgart, Die Justiz 1979, 383 mit zust. Anm. von *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., § 44 KostO Nr. 33; OLG Köln, JurBüro 1987, 87 f. mit zust. Anm. von *Lappe*, a.a.O., § 44 KostO Nr. 71; LG Kleve, DB 1988, 1007; LG Hannover, JurBüro 1993, 432; *Rohs*, Rpfleger 1963, 41, 43; *Tschischgale*, JurBüro 1963, 745; *Lappe/Stöber*, Kosten in Handelssachen, S. 93; *Lappe*, Justizkostenrecht, 2. Aufl., S. 110; *Rohs/Wedewer*, KostO, 3. Aufl., § 44 KostO Rdnr. 10; vgl. auch *Hornig*, JVB1. 1957, 115, 118; *Rohs*, Rpfleger 1959, 44). Vom Standpunkt des Unternehmens aus gesehen handele es sich um das einheitliche Rechtsverhältnis der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft, in der durch Ausscheiden und Neubestellung von Geschäftsführern lediglich ein Wechsel in der Person des Vertreters, also nur eine Veränderung in der organschaftlichen Vertretung, erfolge. Das gleiche Ergebnis ergebe sich auch aus der Heranziehung oder entsprechenden Anwendung des § 27 Abs. 3 Satz 3 KostO, wonach mehrere Wahlen oder Wahlen zusammen mit Entlastungsbeschlüssen als ein Beschluss gelten. Da unter Wahlen auch die Abberufung von Geschäftsführern und deren Bestellung zu verstehen sei, lege diese Bestimmung den Schluss nahe, dass für die Anmeldung des Ergebnisses einer Wahl zur Eintragung in das Handelsregister nichts anderes gelten könne als für die Beurkundung der Wahlen selbst, weil der gleiche innere Zusammenhang bestehe. Außerdem erreiche die Gebühr eine unangemessene Höhe, wenn man den sich aus § 26 Abs. 4 KostO ergebenden Wert stets mit der Anzahl der vertretungsberechtigten Personen multipliziere, obwohl die Beurkundung keine nennenswerte Mehrarbeit für den Notar bedeute; sie könne den Wert für die erste Anmeldung sogar übertreffen, obwohl der Gesetzgeber für spätere Anmeldungen eine Kostenverringerung beabsichtigt habe, und außer Verhältnis zum Wert für mehrere gleichzeitige Eintragungen stehen.

b) Mehrheitlich wird dagegen die Auffassung vertreten, dass bei der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung, der Bestellung oder des Ausscheidens von Vorstandsmitgliedern, Geschäftsführern oder Prokuristen der Wert des § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO für jede Person anzusetzen und die Einzelwerte nach § 44 Abs. 2 a KostO zu addieren sind (OLG Karlsruhe, DNotZ 1963, 500; OLG Frankfurt, DNotZ 1967, 332; OLG Hamm, JurBüro 1971, 349 mit zust. Anm. von *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., § 44 KostO Nr. 36; KG, MittRh-NotK 2000, 260 mit zust. Anm. *Wagner*, NZG 2000, 992, u. *Tiedtke*, ZNotP 2000, 287; OLG Zweibrücken, FGPrax 2000, 252; LG Kassel, JurBüro 2001, 151; LG Hannover, JurBüro 2002, 91 mit zust. Anm. *Bund*; *Bühling*, KostO, 5. Aufl., § 26 KostO Anm. 7 und *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias*, KostO, 14. Aufl., „Anmeldung“ Ziff. 2.2, „Geschäftsführer“ Ziff. 2, „Mehrere Erklärungen“ Ziff. 3.3.2; *Weingärtner/Schöttler*, Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl., 2. Teil II. Rdnr. 5; *Reimann/Bengel* in *Korintenberg/Lappe* u.a., KostO, 15. Aufl., § 26 Rdnr. 57 u. § 44 Rdnr. 163; *Hartmann/Albers*, Kostengesetze, 31. Aufl., § 44 KostO Rdnr. 31; *Haferland*, Praxis des Kostenrechts, 3. Aufl., Rdnr. 472; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 5. Aufl., A 96; *Wenz*, Rpfleger 1959, 42; *ders.*, JurBüro 1963, 198; *Ackermann* DNotZ 1965, 537, 539 ff.; *ders.*, Rpfleger 1966, 241, 246; *Goost*, MittRhNotK 1968, 451, 473; *Mümmeler*, JurBüro 1975, 1435, 1444 ff.; *Klein*, MittRhNotK 1989, 62; *Tiedtke*, MittBayNot 1997, 14 [18]). Die Anmeldung über die Abberufung oder Bestellung von Geschäftsführern verlautbare die

ihnen entzogene oder übertragene Vertretungsbefugnis und damit die Haftung des Unternehmens Dritten gegenüber. Die in der Anmeldung enthaltenen Erklärungen betreffen daher das Rechtsverhältnis jeder einzelnen vertretungsberechtigten Person zum vertretenen Unternehmen. Diese jeweils voneinander unabhängigen Rechtsverhältnisse bildeten als eintragungspflichtige Tatsachen (§ 15 HGB) jeweils selbstständige Anmeldegegenstände, die nicht so eng miteinander zusammenhängen, als dass sie kostenrechtlich als ein Gegenstand behandelt werden könnten. Die Vorschrift des § 44 Abs. 1 KostO sei zudem eng auszulegen, weil sie als Ausnahme von dem allgemeinen kostenrechtlichen Grundsatz trotz Vorliegens verschiedener Gegenstände ein einheitliches Rechtsverhältnis fingiere.

c) Nach einer vereinzelt gebliebenen Auffassung liegen bei der Anmeldung der Abberufung einzelner Geschäftsführer jeweils selbstständige Gegenstände vor, während eine gesonderte Bewertung der gleichzeitigen Anmeldung eines neuen Geschäftsführers entfallen könne, weil sie eine notwendige Ergänzung darstelle (*Waldner*, Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl., Rdnr. 252).

2. Der Senat hält die vorstehend unter 1. b) dargestellte Auffassung für zutreffend. Danach haben die gleichzeitige Anmeldung der Abberufung und der Neubestellung von Geschäftsführern einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister verschiedene Gegenstände im Sinne des § 44 Abs. 2 KostO.

a) Die Begriffe „derselbe Gegenstand“ – „verschiedene Gegenstände“ in § 44 Abs. 1 und 2 KostO stammen aus der früheren Gesetzgebung. Nach der alten preußischen Praxis nahm man denselben Gegenstand an, wenn mehrere Erklärungen dasselbe Wirtschaftsgut betrafen; Gegenstand und Wirtschaftsgut wurden mithin gleichgesetzt (*Korintenberg/Lappe* u.a., a.a.O., § 44 Rdnr. 15). Die Kostenordnung 1935 übernahm in § 38 die übliche Ausdrucksweise von demselben und dem verschiedenen Gegenstand ohne nähere Erläuterungen. Es wurden lediglich vier Beispiele als Hinweise für die Anwendung des ersten Absatzes angeführt. Auch bei der Neufassung der Kostenordnung im Jahr 1957 blieb es bei der Terminologie; der Gesetzgeber verzichtete auf eine Definition des Begriffs „Gegenstand“, weil die Rechtsprechung eine Klärung herbeigeführt habe, wonach „Gegenstand“ im Sinne des neuen § 44 KostO (früher: § 38 KostO) das Rechtsverhältnis und nicht die Sache oder Leistung sei (amtl. Begründung in Art. II Nr. 25 des Kostenrechtsänderungsgesetzes vom 26.7.1957, BT-Drucks. 2/25545, S. 183). Allerdings blieben in § 44 Abs. 1 drei Beispiele von jeweils zwei verschiedenen Rechtsverhältnissen erhalten, nämlich Kauf und Auflassung, Schulderklärung und zur Hypothekenbestellung erforderliche Erklärungen sowie Schuldversprechen und Bürgschaft. Ihnen ist gemeinsam, dass sich ein Hauptgeschäft heraushebt, zu dem die beigefügten Erklärungen in einem inneren Zusammenhang stehen. Beim ersten Beispiel dient die weitere Erklärung zur Erfüllung (Durchführung), bei den anderen beiden zur Sicherung der Haupterklärung. Hieraus lässt sich der allgemeine Grundsatz entnehmen, dass selbstständige Rechtsgeschäfte, die zur Erfüllung, zur sonstigen Durchführung oder zur Sicherung eines anderen selbstständigen Rechtsgeschäfts gleichzeitig abgegeben werden, gegenstands-gleich sein sollen; wegen des nahen Zusammenhangs mit dem Hauptgeschäft werden sie kostenrechtlich aus Billigkeitsgründen begünstigt (*Kniebes*, MittRhNotK 1975, 193, 223).

b) Danach betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Siche-



zung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllung- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zu Gunsten dritter Personen denselben Gegenstand im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO (vgl. OLG Oldenburg, DNotZ 1953, 317, 318 f.; BayObLG, Rpfleger 1961, 324, 325; OLG Frankfurt, DNotZ 1964, 244; OLG Hamm, JurBüro 1971, 351; OLG Köln, JurBüro 1997, 206; *Ackermann*, Rpfleger 1966, 241; *Hartmann/Albers*, a.a.O., § 44 KostO Rdnr. 4; *Korintenberg/Lappe* u.a., a.a.O., § 44 KostO Rdnr. 16 m.w.N.; *Göttlich/Mümmeler* u.a., a.a.O., „Mehrere Erklärungen“ Ziff. 3.2.1 m.w.N.). Im Mittelpunkt jeder Prüfung, ob mehrere gleichzeitig beurkundete Rechtsverhältnisse denselben Gegenstand haben, steht deswegen die Frage ihres inneren Zusammenhangs. Je mehr das mitbeurkundete weitere Rechtsverhältnis von dem Hauptgeschäft abhängt, desto eher ist Gegenstands-gleichheit anzunehmen (OLG Köln a.a.O. m.w.N.). Auch wenn die Vertragspartner zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Zieles mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise verbunden haben, dass ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht, besteht ein enger innerer Zusammenhang und damit Gegenstandsgleichheit (KG, JurBüro 1991, 564 mit zust. Anm. *Mümmeler*, JurBüro 1991, 568).

c) Zwischen der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung und der Neubestellung von GmbH-Geschäftsführern zur Eintragung in das Handelsregister besteht kein innerer Zusammenhang in dem vorstehend beschriebenen Sinn.

aa) Der Anstellungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem neuen Geschäftsführer ist zwar eine wirtschaftliche Folge der Auflösung des Anstellungsvertrags mit dem bisherigen Geschäftsführer. Das Rechtsverhältnis des neuen Geschäftsführers zur Gesellschaft wird aber durch das Ausscheiden des bisherigen Geschäftsführers weder begründet, festgestellt, anerkannt, übertragen, aufgehoben, erfüllt oder gesichert. Dem kann nicht § 6 Abs. 1 GmbHG entgegengehalten werden, wonach die Gesellschaft einen oder mehrere Geschäftsführer haben muss. Denn nicht einmal die Abberufung des einzigen Geschäftsführers erfordert zwingend die Bestellung eines neuen Vertretungsorgans. Die Gesellschaft kann die Abberufung des alten Geschäftsführers beschließen, ohne zum Zweck der Anmeldung einen neuen zu bestellen. § 6 Abs. 1 GmbHG steht im Abschnitt über die Errichtung der Gesellschaft und beschreibt nur, dass für eine Anmeldung zur Eintragung im Hinblick auf §§ 7, 8 und 82 GmbHG ein Geschäftsführer erforderlich ist (KG, MittBayNot 2000, 339; vgl. auch BGHZ 80, 212, 215). Die Bestellung eines neuen Geschäftsführers ist auch nicht im Hinblick auf § 78 GmbHG zur Anmeldung der Abberufung des einzigen Geschäftsführers notwendig, weil der abberufene Geschäftsführer diese Anmeldung selbst vornehmen kann (*Commichau*, MittBayNot 1996, 17 f.; vgl. auch OLG Frankfurt, WM 1983, 1025). Die Anmeldungen der Abberufung und der Neubestellung können zudem auch zeitlich nacheinander oder getrennt von verschiedenen Notaren beurkundet werden. Denn die Eintragung der Veränderungen bei den Geschäftsführern in das Handelsregister hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Die Anmeldung der Abberufung des bisherigen Geschäftsführers ist daher nicht notwendig mit der Anmeldung der Bestellung eines neuen Geschäftsführers verknüpft.

bb) Zur Begründung eines inneren Zusammenhangs im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO kann – entgegen der vorstehend unter 1. a) dargestellten Auffassung – auch nicht darauf abgestellt werden, dass sich, vom Standpunkt des Unternehmens aus gesehen, die Anmeldungen immer auf die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft beziehen, bei der lediglich in

der Person des Vertreters ein Wechsel erfolgt. Diese Auffassung steht im Widerspruch zum Wortlaut des § 39 Abs. 1 GmbHG, wonach jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Die Anmeldepflicht bezieht sich somit nicht auf das abstrakte Vertretungsorgan, sondern auf die konkreten Personen der Geschäftsführer und die bei ihnen eingetretenen Änderungen. Nur sie können als eintragungspflichtige Tatsachen im Sinne von § 15 Abs. 1 HGB angesehen werden (KG, MittBayNot 2000, 339; OLG Zweibrücken, FGPrax 2000, 253; *Klein*, MittRhNotK 1989, 63; *Reimann/Bengel* in *Korintenberg/Lappe* u.a., a.a.O., § 26 Rdnr. 57). Deswegen ist auch die unter 1. c) dargestellte Auffassung nicht haltbar.

cc) § 27 Abs. 3 Satz 3 KostO kann nicht als Auslegungshilfe für § 44 Abs. 1 und 2 KostO herangezogen werden. Die Vorschrift bestimmt als Ausnahme von dem kostenrechtlichen Grundsatz, dass bei der gleichzeitigen Beurkundung mehrerer Beschlüsse § 44 KostO entsprechend gilt (§ 27 Abs. 3 Satz 1 KostO), dass mehrere Wahlen oder Wahlen zusammen mit Beschlüssen über die Entlastung der Verwaltungsträger als ein Beschluss gelten. Unter Wahlen werden auch die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern einer GmbH verstanden (OLG Frankfurt, DNotZ 1971, 609 ff.; OLG Celle, JurBüro 1966, 691; OLG Stuttgart, Justiz 1977, 312 f. mit zust. Anm. *Mümmeler*, JurBüro 1977, 1128; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 27 Rdnr. 39a); daraus wird gefolgert, dass, wenn der bedeutsamere Akt der Wahlen schon als ein Gegenstand angesehen wird, dies erst recht für die Verlautbarung von Beschlüssen in Form der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister gelten müsse (OLG Stuttgart, Justiz 1979, 383 f.; OLG Köln, JurBüro 1987, 88, 90; LG Hannover, JurBüro 1993, 432; *Tschischgale*, a.a.O., 1963, 745). Das ist jedoch nicht richtig. Denn in der Anmeldung wird nicht nur das Ergebnis der Beschlussfassung wiedergegeben wie in den Fällen des § 27 Abs. 3 Satz 3 KostO. Gemäß § 39 Abs. 3 GmbHG muss die Anmeldung nämlich auch die Versicherung des oder der neuen Geschäftsführer enthalten, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 3 und 4 GmbHG entgegenstehen, und dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind; ferner müssen der oder die neuen Geschäftsführer nach § 39 Abs. 4 GmbHG ihre Namensunterschriften zwecks Hinterlegung beim Handelsregister zeichnen, was üblicherweise in der Handelsregisteranmeldung erfolgt.

dd) Gegen die Auffassung, die Anwendung des § 44 Abs. 2 KostO auf die Anmeldung der Abberufung und Neubestellung von Geschäftsführern zur Eintragung in das Handelsregister führe wegen der Multiplikation des nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO zu ermittelnden Geschäftswerts mit der Anzahl der ausscheidenden und eintretenden Geschäftsführer zu einer unangemessen hohen Gebühr, die sogar den Wert für die erste Anmeldung übertreffe und außer Verhältnis zu dem Wert für mehrere gleichzeitige Eintragungen eines Unternehmens stehen könne, obwohl die Beurkundung keine nennenswerte Mehrarbeit für den Notar bedeute (*Rohs*, Rpfleger 1959, 44; *ders.*, Rpfleger 1963, 42; *Rohs/Wedewer*, a.a.O., § 44 Rdnr. 10), spricht § 39 Abs. 4 KostO i.V.m. § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO. Danach ist der Geschäftswert in jedem Fall auf 1 Mill. DM (ab 1.1.2002: 500.000 €) begrenzt.

3. Für die hier streitige Kostenrechnung gilt somit Folgendes:

Es liegen drei verschiedene Gegenstände vor, weil die Abberufung eines Geschäftsführers und die Bestellung zweier

neuer Geschäftsführer angemeldet wurden. Sie sind, ausgehend vom Stammkapital der Kostenschuldnerin von 50.000 DM, gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (§ 161 S. 1 KostO) zunächst mit jeweils 50.000 DM zu bewerten und sodann gemäß § 44 Abs. 2 a KostO zum Gesamtgeschäftswert von 150.000 DM zu addieren. Nach diesem Wert ist eine halbe Gebühr zu erheben (§ 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO), also 175 DM. Das sind 45 DM mehr als der Kostengläubiger – ohne Mehrwertsteuer – berechnet hat. Die Herabsetzung durch das Beschwerdegericht auf 80 DM erfolgte deswegen zu Unrecht.

Ein höherer als der mit der Kostenrechnung geltend gemachte Betrag kann dem Kostengläubiger nicht zugesprochen werden. § 156 Abs. 6 Satz 2 KostO, wonach die Entscheidung auch auf eine Erhöhung der Kostenberechnung lauten kann, gilt nur für den Fall, dass der Notar bereits Erstbeschwerde mit dem Ziel der Erhöhung auf Weisung der Dienstbehörde eingelegt hat (*Korintenberg/Lappe* u.a., a.a.O., § 156 Rdnr. 85). Hier ist die Weisungsbeschwerde jedoch mit dem Ziel einer Herabsetzung der Kostenrechnung des Kostengläubigers eingelegt und die weitere Beschwerde aus eigenem Recht des Notars erhoben worden. (...)

19. KostO 46 Abs. 3 (*Kostenprivilegierung für Aufhebung eines Erbvertrags*)

**Neben dem Abschluss fällt auch die Aufhebung eines Erbvertrags unter die Vorschrift des § 46 Abs. 3 KostO.**

BayObLG, Beschluss vom 15.1.2003 3Z BR 187/02 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligten heirateten am 14.8.1992. Am 16.9.1992 schlossen sie zu Urkunde des Amtsvorgängers des beteiligten Notars einen Ehe- und Erbvertrag. Darin vereinbarten sie Gütertrennung und für den Fall der Scheidung eine Abfindung desjenigen, der seinen Beruf zur Kindererziehung aufgegeben hat, den Verzicht auf Rückforderung von unentgeltlichen Zuwendungen sowie den Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei Kinderlosigkeit bzw. seine Einschränkung beim Vorhandensein von Kindern. Im erbrechtlichen Teil der Vereinbarung widerriefen die Beteiligten alle bisherigen Verfügungen von Todes wegen und setzten sich u.a. gegenseitig in dem bei Zugewinnsgemeinschaft gesetzlich geltenden Umfang zu Erben ein.

Am 1.12.1999 ließen die Beteiligten vom beteiligten Notar einen Nachtrag zu dem genannten Ehe- und Erbvertrag beurkunden. Darin hoben die Beteiligten alle seinerzeit getroffenen Verfügungen von Todes wegen auf. Im ehevertraglichen Teil wurde im Wesentlichen die Gütertrennung rückwirkend auf den Tag der Eheschließung aufgehoben. Bei Beendigung der Ehe durch Tod sollte der gesetzliche Zugewinnausgleich stattfinden. Für den Fall einer Scheidung wurde der Zugewinnausgleich ausgeschlossen.

Für die Nachtragsbeurkundung stellte der Notar den Beteiligten 1.212 DM in Rechnung. Der Betrag setzt sich aus einer <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für den Ehevertrag, einer <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für die Aufhebung des Erbvertrags, den Schreib- und Telekommunikationsauslagen sowie der Mehrwertsteuer hierauf zusammen. Zur Beseitigung etwaiger Formmängel überstellte der Notar den Beteiligten unter dem 19.11.2001 eine ergänzte, im wesentlichen Inhalt jedoch unveränderte Kostenrechnung, die dem Verfahren nunmehr zugrunde liegt.

Auf eine Prüfung hin beanstandete die Notarkasse die Erhebung der <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für die Aufhebung des Erbvertrags neben der <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für die Änderung des Ehevertrags; dies verstoße gegen § 46 Abs. 3 KostO. Der beteiligte Notar trat dem entgegen.

*Aus den Gründen:*

Die auf Weisung der Präsidentin des Landgerichts erhobene (§ 156 Abs. 6 Satz 1 KostO) weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2 KostO). Sie führt, da sie auch begründet ist, zur Streichung der <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für die Aufhebung des Erbvertrags.

1. Das Landgericht legt § 46 Abs. 3 KostO dahin aus, dass die Fälle, in denen die Aufhebung eines Erbvertrags gleichzeitig mit dem Abschluss oder der Änderung eines Ehevertrags beurkundet werden, nicht von der Vorschrift erfasst werden, weil die Aufhebung des Erbvertrags bereits in § 46 Abs. 2 Satz 1 KostO durch die Reduzierung auf eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr privilegiert wird. Mit § 46 Abs. 3 KostO habe der Gesetzgeber lediglich das Zusammentreffen zweier <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühren, nicht aber das der <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr für den Ehevertrag mit der reduzierten Gebühr des § 46 Abs. 2 KostO ausschließen wollen.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO) nicht stand.

a) Ein Teil der Literatur spricht sich für die Auslegung des § 46 Abs. 3 KostO aus, wie sie das Landgericht vorgenommen hat. *Ackermann* (Rpfleger 1965, 136/137) begründete diese Ansicht damit, die Vorschrift sei bloße Wertbestimmung, die offenbar davon ausgehe, dass der Gebührensatz der beiden zusammen beurkundeten Verträge gleich hoch ist. *Rohs/Wedewer* (KostO 79. ErgLfg zur 2. Aufl. § 46 Rdnr. 26) führen aus, „dieser Ansicht dürfte beizutreten sein“. *Assenmacher/Mathias* (KostO, 14. Aufl., „Ehevertrag“ S. 247) meinen, die Gebühr des § 46 Abs. 2 Satz 1 KostO für die Aufhebung eines Erbvertrags und, im Falle gleichzeitiger Aufhebung auch des Ehevertrags, die des § 36 Abs. 2 KostO hierfür müssten nebeneinander angesetzt werden.

b) Gegenteiler Ansicht sind außer der Notarkasse (vgl. deren Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Ehe- und Erbvertrag Rdnr. 230) *Korintenberg/Reimann* (KostO, 15. Aufl., § 46 Rdnr. 45): Das Nebeneinander der <sup>20</sup>/<sub>10</sub>- und der <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr stelle ein inadäquates Ergebnis dar. Daher werde bei Gegenstandsgleichheit der beiden Verträge auf die Aufhebung des Erbvertrags bei gleichzeitiger Änderung des Ehevertrags hinsichtlich des Gebührensatzes § 46 Abs. 3 KostO von seinem Normzweck her entsprechend anzuwenden sein.

c) Letzterem schließt sich der Senat an. § 46 Abs. 3 KostO begünstigt aus sozialen Gründen Verlobte und Eheleute, um ihnen hierdurch die umfassende Regelung ihrer Vermögensverhältnisse unter Lebenden und von Todes wegen zu erleichtern (BayObLGZ 1966, 432/434). Diesem Zweck entspricht es, die Vorschrift auch anzuwenden, wenn ein Ehevertrag (oder dessen Abänderung) und die Aufhebung eines Erbvertrags zusammen beurkundet werden. Hierfür spricht auch folgende Überlegung: Beurkundet der Notar einen Ehevertrag und einen neuen Erbvertrag, durch den ein früherer Erbvertrag ohne ausdrückliche Aufhebung inhaltlich beseitigt wird (vgl. BayObLG FamRZ 1994, 190/191), so ist zweifelsfrei § 46 Abs. 3 KostO anzuwenden. Es fällt nur eine <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr aus dem höheren Geschäftswert an. Es wäre kaum nachvollziehbar, wenn bei einer gemeinsamen Beurkundung eines Ehevertrags und der schlichten Aufhebung des Erbvertrags, wie der Fall hier liegt, gleichwohl eine gesonderte Gebühr für die Aufhebung des Erbvertrags angesetzt würde. (...)

20. KostO § 19 Abs. 4, § 156, FGG § 12, § 15 (*Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs*)

1. **Für die Frage, ob aus einem landwirtschaftlichen Betrieb ein erheblicher Teil eines Familieneinkommens erwirtschaftet werden kann, ist nicht auf den Lebensbedarf des konkreten Inhabers, sondern auf den Bedarf einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie abzustellen.**
2. **Zu den Anforderungen an den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Betriebes und zur Feststellungslast in diesem Fall.**

BayObLG, Beschluss vom 8.1.2003 – 3Z BR 197/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Zum Sachverhalt:*

Der beteiligte Notar beurkundete am 30.4.1999 die Übergabe mehrerer Grundstücke von insgesamt 4,5459 ha Fläche, beschrieben als Wohnhaus, Wirtschaftsgebäude, Gebäude- und Freifläche, Grünland und Acker-Grünland, von den Eltern des Beteiligten an diesen. In der Urkunde wurde die Auflassung der Grundstücke an den Beteiligten und die Bestellung eines Leibgedings für die Eltern des Beteiligten erklärt, dessen wesentlicher Inhalt in einem Wohnungsrecht, der Gewährung täglicher Kost und jederzeitiger Wart und Pflege, jeweils lebenslang, besteht.

In der Kostenrechnung, die der beteiligte Notar dem Beteiligten am 3.5.1999 übersandte, wurde, ausgehend vom Verkehrswert der Grundstücke, ein Geschäftswert von 667.000 DM angenommen.

Mit seiner Beschwerde hiergegen begehrte der Beteiligte die Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs und damit die Heranziehung des vierfachen Einheitswertes der Grundstücke.

Das Landgericht hob mit Beschluss vom 12.3.2001 die Kostenrechnung des beteiligten Notars auf, wies den Notar an, unter Anwendung der Bewertungsvorschrift des § 19 Abs. 4 KostO eine neue Kostenrechnung zu erstellen und ließ die weitere Beschwerde zu.

Auf die weitere Beschwerde des beteiligten Notars hiergegen hob der Senat am 16.5.2001 die Entscheidung des Landgerichts auf und verwies die Sache an das Landgericht zurück. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 11.9.2002 erneut so entschieden wie bereits mit Beschluss vom 12.3.2001. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars vom 8.10.2002.

#### *Aus den Gründen:*

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Sie ist in der Sache begründet.

1. Das Landgericht stützt die Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs (§ 19 Abs. 4 KostO) darauf, dass im Zeitpunkt der Hofübergabe mit dem Betrieb nachhaltig und dauerhaft ein Gewinn von mindestens 1.000 DM pro Monat zu erzielen sei. Die entsprechende Feststellung trifft es aufgrund der Angaben des Beteiligten.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO, 546 ZPO).

a) In materiellrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die von ihm zugrunde gelegten Tatsachen die Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs (§ 19 Abs. 4 KostO) rechtfertigen würden.

Nach der Rechtsprechung des Senats fallen unter dieses Privileg nur solche land- oder forstwirtschaftlichen Betriebe, die den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern können (vgl. BayObLGZ 1992, 231/233 und zu den Einzelheiten den im vorliegenden Verfahren ergangenen Beschluss des Senats vom 16.5.2001, NJW-RR 2001, 1366). Dabei ist, da § 19 Abs. 4 KostO auf die Leistungsfähigkeit des

Betriebes als solchen abstellt, und dessen Fortbestand sichern will, ein objektiver Maßstab anzulegen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Betrieb zum konkreten je nach den persönlichen Umständen unterschiedlichen Lebensbedarf seines derzeitigen Inhabers wesentlich beiträgt. Maßgebend ist vielmehr, ob der Betrieb geeignet ist, einen wesentlichen Beitrag zum Unterhalt einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie zu leisten. Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auf die objektiven Abgrenzungskriterien in landwirtschaftlichen Gesetzen gleicher Zielsetzung wie das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft LaFG – und das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte GAL – zurückgreift (vgl. die Nachweise im erwähnten Beschluss vom 16.5.2001).

Da nach dem Willen des Gesetzgebers gegebenenfalls auch die nebenberufliche Führung des Betriebes genügen soll (vgl. BT-Drucks. 11/2343 S. 7), kann hinsichtlich der Höhe dieses Beitrags nicht auf den vollen Unterhaltsbedarf einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie abgestellt werden. Der Senat hat es in einer früheren Entscheidung (BayObLG FamRZ 1997, 831) genügen lassen, dass aus dem Betrieb ein jährlicher Überschuss von ca. 8.600,- DM erwirtschaftet wird, zu dem Fördermittel in Höhe von 4.000,- bis 4.500,- DM im Jahr hinzutreten. Die Auffassung des Landgerichts, die nachhaltige und dauerhafte Erzielung eines Gewinns von mindestens 1.000,- DM im Monat reiche unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit des Betriebes zur Gewährung des Landwirtschaftsprivilegs aus, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dabei berücksichtigt der Senat auch, dass der Betrieb seinem Inhaber in aller Regel, so ersichtlich auch hier, vergütungsfrei Naturalleistungen wie mietfreies Wohnen oder den Verbrauch im Betrieb erzeugter Produkte gewährt.

b) Gleichwohl kann die Entscheidung keinen Bestand haben. Die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Leistungsfähigkeit des Betriebes sind verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, weil sich das Landgericht insoweit ausschließlich auf die schriftlichen Angaben des Beteiligten gestützt hat, ohne dass diese durch objektive Anhaltspunkte untermauert oder durch eine förmliche Beweiserhebung gestützt wären.

aa) Das Gericht der weiteren Beschwerde hat die Feststellungen des Tatrichters dahin zu überprüfen, ob der hierfür erforderliche Sachverhalt ausreichend ermittelt (§ 12 FGG) oder die gebotene Form der Beweisaufnahme (§ 15 FGG) nicht beachtet wurde und ob die Beweismittel fehlerhaft ist. Letztere ist nur in beschränktem Umfang nachprüfbar, nämlich dahin, ob der Tatrichter alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, nicht gegen gesetzliche Beweisregeln, gegen die Denkgesetze oder feststehende Erfahrungssätze verstoßen und ob er die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (BayObLG NJW-RR 1996, 583 und JurBüro 1994, 620).

bb) Bei der Notarkostenbeschwerde nach § 156 KostO stehen sich der Kostenschuldner und der Notar wie streitende Parteien mit entgegengesetzten Interessen gegenüber. Es liegt daher ein echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor (vgl. BayObLGZ 1980, 100/104; OLG Frankfurt/Main Beschluss vom 28.2.2002 Gz. 20 W 179/01 – zitiert nach juris; *Keidel/Kayser* FGG, 14. Aufl., § 12 Rdnr. 197). In Verfahren dieser Art besteht die Aufgabe des Gerichts darin, über ein behauptetes subjektives Recht des Notars, nämlich den Kostenanspruch, zu entscheiden (BayObLG a.a.O. m.w.N.). Unter diesen Umständen gilt der Grundsatz, wonach es im Ermessen des Tatrichters liegt, ob er sich zur Feststellung von Tatsachen mit formlosen Ermittlungen begnügt oder in der gemäß § 15 Abs. 1 FGG vorgesehenen Form Beweis er-

hebt (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 1323), nur eingeschränkt. Das bezieht sich insbesondere auf Tatsachen, die sich wie hier die Ertragskraft des Betriebes auf das Bestehen oder den Umfang dieses Anspruchs auswirken und unter den Beteiligten strittig sind. Eine förmliche Beweisaufnahme, z.B. in der Form einer Beteiligtenvernehmung (vgl. dazu *Keidel/Schmidt* § 15 Rdnr. 56 f.), hat das Landgericht nicht durchgeführt.

cc) Es kann dahinstehen, ob bereits hierin ein Rechtsverstoß zu sehen ist. Jedenfalls hat das Landgericht dadurch, dass es seine entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen allein auf die Angaben des Beteiligten gestützt hat, die Anforderungen zu niedrig angesetzt, die an den Nachweis der Leistungsfähigkeit zu stellen sind.

Der Beteiligte trug auf die gerichtliche Aufforderung, seinen Sachvortrag zu ergänzen, mit Schreiben vom 25.6.2001 vor, wie hoch sein Viehbestand sei, wie er seine Produkte vermarkte, dass seine Ehefrau regelmäßig im Betrieb beschäftigt sei und er aus dem Betrieb ein nachhaltiges, dauerhaftes und für den Lebensunterhalt notwendiges Einkommen erziele. Daraufhin gab der Vorsitzende der Beschwerdekammer dem Beteiligten auf, im Einzelnen darzulegen und auf geeignete Weise glaubhaft zu machen, welche einzelnen Grundstücke des gesamten Betriebs für welchen landwirtschaftlichen Zweck genutzt werden und welche Erträge hieraus erzielt werden. In einem Klammerzusatz wurde der Beteiligte beispielhaft auf Nachweismöglichkeiten hingewiesen (Vorlage von Belegen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Steuerbescheiden, schriftlichen Bestätigungen von Zeugen). Der Beteiligte antwortete darauf mit Schreiben vom 11.7.2001, in dem er für 1999 Betriebseinnahmen von insgesamt 19.675 DM, Betriebsausgaben von insgesamt 5.788 DM, mithin einen Überschuss in Höhe von 13.887 DM angab. Als Nachweis für die Flächenbewirtschaftung fügte er einen Bewilligungsbescheid des Amtes für Landwirtschaft vom 4.10.2000 bei. Neben weiteren Angaben zum Viehbestand trug der Beteiligte in seinem Schreiben vor, dass für das Jahr 2000 vom gleichen Betriebsergebnis wie für das Jahr 1999 ausgegangen werden kann. Schließlich schlug er vor, einen Ortstermin auf seinem Anwesen durchzuführen.

Hierzu äußerte sich der beteiligte Notar mit Schreiben vom 22.10.2001. In dem Schreiben des Beteiligten (vom 11.7.2001) sei ein Nachweis, der den Anforderungen des Senats genüge, nicht zu sehen. Insbesondere sei nicht dargelegt, dass ein nicht unwesentlicher Teil des Lebensunterhalts durch den landwirtschaftlichen Betrieb erwirtschaftet werde. Aus diesem Schreiben des Notars ist in Verbindung mit dessen bisherigen Einlassungen im Verfahren zu entnehmen, dass er den Tatsachenvortrag des Beteiligten anzweifelt.

Bei dieser Sachlage durfte sich das Landgericht nicht allein auf die schriftlichen Angaben des Beteiligten stützen. Diese waren durch keinerlei objektive Belege oder Nachweise untermauert, obwohl das Landgericht zunächst zu Recht selbst solche Nachweise angefordert hatte. Die Vorgehensweise des Landgerichts lief darauf hinaus, ohne jede nähere Verifizierung den bestrittenen Angaben des Beteiligten Glauben zu schenken.

3. Damit fehlen erhebliche, verwertbare Tatsachenfeststellungen, ohne die eine abschließende Entscheidung nicht getroffen werden kann. Daher muss die Entscheidung des Landgerichts erneut aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen werden.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Zur Feststellung der maßgebenden Tatsachen betreffend die Ertragsfähigkeit des Betriebes kann das Landgericht den

Beteiligten vernehmen (vgl. *Bassenge* § 15 Rdnr. 36 ff. und BayObLGZ 1991, 10/14) sowie gegebenenfalls von dem Beteiligten vorgelegte objektive Unterlagen (Belege etc.) oder sonstige Nachweise heranziehen. Insoweit trifft den Beteiligten, der die Privilegierung für sich in Anspruch nimmt und allein über die insoweit wesentlichen Kenntnisse verfügt, eine gewisse Verpflichtung, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken (vgl. *Keidel/Kayser* § 12 Rdnr. 3).

Sollte das Landgericht gleichwohl die erforderliche Überzeugung zur Leistungsfähigkeit des Betriebes nicht gewinnen können, ist nach Maßgabe der Feststellungslast zu entscheiden (vgl. OLG Köln JurBüro 1992, 752/753; *Keidel/Kayser* § 12 Rdnr. 190). Diese trägt der Beteiligte, da er die Privilegierung für sich in Anspruch nimmt (vgl. *Zöller/Greger* ZPO, 23. Aufl., vor § 284 Rdnr. 17a). Dies ergibt sich auch aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Absätzen 2 und 4 des § 19 KostO.

## Öffentliches Recht

21. VwGO §§ 132 Abs. 2, 137 Abs. 1, BauGB §§ 127 ff., KAG Art. 5a (*Erschließungsbeitragsrecht in Bayern Landesrecht*)

**Die das Erschließungsbeitragsrecht regelnden §§ 127–135 BauGB gehören in Bayern seit In-Kraft-Treten des Art. 5a KAG (Kommunalabgabengesetz i.d.F. des Gesetzes vom 27.12.1996, GVBl S. 541) am 1.1.1997 zum Landesrecht.**

VGH München, Beschluss vom 26.4.2002 – 6 B 99.44 –, rechtskräftig (bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 9.8.2002 – 9 B 35.02 –, nachstehend abgedruckt), mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

*Aus den Gründen:*

Unabhängig von dem Vorbringen der Klägerseite liegen die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision bereits deshalb nicht vor, weil die in der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen kein revisibles Recht betreffen.

Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Beschluss vom 21.12.1999, Az. 7 B 116.99 <juris> m.w.N.) voraus, dass die Rechtssache eine bestimmte Frage des *revisiblen* Rechts (§ 137 Abs. 1 VwGO) aufwirft, die im Interesse der Rechtseinheit oder der Fortentwicklung des Rechts der Klärung in einem Revisionsverfahren bedarf. Die in der angefochtenen Entscheidung herangezogenen materiellen Rechtsvorschriften, an die die Klägerin die von ihr formulierte Grundsatzfrage knüpft, gehören seit In-Kraft-Treten des Art. 5a KAG (Kommunalabgabengesetz i.d.F. des Gesetzes vom 27.12.1996, GVBl S. 541) am 1.1.1997 zum bayerischen Landesrecht.

Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG i.d.F. des Gesetzes vom 27.10.1994 (BGBl I S. 3146) erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht mehr auf das „Recht der Erschließungsbeiträge“; diese Materie fällt nunmehr in den Bereich der ausschließlichen Landesgesetzgebung. Die Regelungen der §§ 127 ff. BauGB gelten aber als Bundesrecht fort und können durch Landesrecht ersetzt werden (Art. 125a Abs. 1 GG). Die objektive Auslegung des Art. 5a KAG führt zu dem Ergebnis, dass der bayerische Landes-

gesetzgeber die §§ 127–135 BauGB in der am 1.1.1997 geltenden Fassung in bayerisches Landesrecht überführt hat. Für die Gesamtrezeption und gegen die Annahme einer auf Grünanlagen beschränkten Teilregelung spricht zum einen die thematisch nicht weiter eingegrenzte amtliche Überschrift des Art. 5a KAG „Erschließungsbeitrag“ und zum anderen auch der Wortlaut des Einleitungssatzes der Vorschrift „In Bayern werden Erschließungsbeiträge, nach dem Baugesetzbuch (BauGB) mit der Maßgabe erhoben, daß ...“. Danach gründet der Anwendungsbefehl für die §§ 127 ff. BauGE nicht mehr unmittelbar im Bundesrecht, sondern er wird in Bayern generell über die landesrechtliche Norm des Art. 5a KAG vermittelt. Die in den Gesetzesmaterialien (vgl. LT-Drs. 13/4553 S. 3) zu erkennenden differierenden Vorstellungen haben keinen Niederschlag in dem Gesetzeswortlaut gefunden. Dieser ist als Verweisung konstitutiv im Sinne einer Geltungsvermittlung der Regelungen des 2. Abschnitts des 6. Teils des BauGB über das Bayerische Landesrecht zu verstehen und wirft keine Zweifel auf, die durch subjektive Interpretation zu beheben wären. Angesichts dieses objektiven Auslegungsbedufes auf der Ebene des einfachen Landesrechts kommt es nicht auf die zu Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG kontrovers diskutierte Frage an, ob „ersetzen“ nur eine umfassende Regelung durch den Landesgesetzgeber zulässt und Art. 5a KAG deshalb im Wege der verfassungskonformen Interpretation als Gesamtregelung auszulegen sei (verneinend *Wiens*, BayVBl 1998, 481; bejahend *Hesse*, BayVBl 1998, 485/486 jeweils m.w.N.).

---

22. VwGO § 132 Abs. 2 Nr. 1, §§ 137, 173 Satz 1, ZPO § 560, BauGB §§ 127 ff., BayKAG Art. 5a (*Erschließungsbeitragsrecht in Bayern Landesrecht, Auslegung durch VGH*)

**Nach der vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vorgenommenen Auslegung des Art. 5a des bayerischen Kommunalabgabengesetzes i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 27.12.1996 (GVBl S. 541) hat der bayerische Landesgesetzgeber durch diese Vorschrift die §§ 127 bis 135 BauGB in der am 1.1.1997 geltenden Fassung in bayerisches Landesrecht überführt. Damit ist auch die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vorgenommene Auslegung dieser Vorschriften des Baugesetzbuchs der Überprüfung im Revisionsverfahren grundsätzlich entzogen.**

BVerwG, Beschluss vom 9.8.2002 – 9 B 35.02 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist unbegründet. Die für die Zulassung der Revision allein geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO kommt der Rechtsache nicht zu. Dieser Zulassungsgrund liegt nur dann vor, wenn für die Entscheidung des Berufungsgerichts eine konkrete, jedoch fallübergreifende Rechtsfrage von Bedeutung war, deren noch ausstehende höchstrichterliche Klärung im Revisionsverfahren zu erwarten ist und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zu einer bedeutsamen Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint (vgl. BVerwGE 23, 90 <91>). Daran fehlt es hier.

Für klärungsbedürftig hält die Beschwerde die erschließungsbeitragsrechtliche Behandlung eines Parkdecks, nämlich die Frage, ob Grundflächen eines Parkdecks bei der Verteilung des für eine Anbaustraße entstandenen beitragsfähigen Erschließungsaufwands außer Ansatz bleiben oder entsprechend

berücksichtigt werden müssen. Eine Klärung dieser Frage wäre jedoch im angestrebten Revisionsverfahren nicht zu erwarten. Denn das Berufungsgericht hat, wie es durch seinen Nichtabhilfebeschluss vom 26.4.2002 ausdrücklich klargestellt hat, die insoweit maßgebliche Vorschrift des § 131 Abs. 1 BauGB nicht als Bundesrecht angewandt, sondern als Landesrecht, das – von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen – der Revision nicht zugänglich ist (§ 137 Abs. 1 VwGO). Nach der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung des Art. 5a des bayerischen Kommunalabgabengesetzes i.d.F. des Änderungsgesetzes vom 27.12.1996 (GVBl S. 541) hat der bayerische Landesgesetzgeber durch diese Vorschrift die §§ 127 bis 135 BauGB in der am 1.1.1997 geltenden Fassung in bayerisches Landesrecht überführt (vgl. Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG), nachdem sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG i.d.F. des Gesetzes vom 27.10.1994 (BGBl I S. 3146) nicht mehr auf das „Recht der Erschließungsbeiträge“ erstreckt. Diese Auslegung eines Landesgesetzes, auf dessen Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann, wäre gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend. Damit ist auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der erschließungsbeitragsrechtlichen Vorschriften des Baugesetzbuchs, namentlich des § 131 Abs. 1 BauGB, der Überprüfung im Revisionsverfahren grundsätzlich entzogen. Dass für die Auslegung des Landesrechts durch das Berufungsgericht eine grundsätzlich klärungsbedürftige Frage des Bundesverfassungsrechts von Bedeutung war, hat die Beschwerde nicht dargelegt.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Grziwotz*, MittBayNot 2003, S. 200 (in diesem Heft).

---

23. AGBG § 9; BauGB § 11 Abs. 2 (*Zulässigkeit von Einheimischenmodellen*)<sup>1</sup>

- a) **Privatrechtliche städtebauliche Verträge, mit denen Grundstücke zur Deckung des Wohnbedarfs an Ortsansässige veräußert werden („Einheimischenmodelle“), unterliegen – jedenfalls bei Vertragsschluss vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die EG-Richtlinie vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen am 31.12.1994 – nicht der Inhaltskontrolle nach den §§ 9 bis 11 AGBG, sondern sind an dem – jetzt in § 11 Abs. 2 BauGB geregelten – Gebot angemessener Vertragsgestaltung zu messen.**
- b) **Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung ermöglicht nicht nur eine Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses, sondern auch eine Überprüfung der einzelnen Vertragsklauseln. Hierbei erlangen – unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage bei Einheimischenmodellen – auch die den §§ 9 bis 11 AGBG zugrunde liegenden Wertungen Bedeutung. Es ist jedoch – weitergehend als nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Kompensation von Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag möglich.**

<sup>1</sup> Anmerkung der Schriftleitung: Die Entscheidung ist mit Anmerkung *Grziwotz* zur Veröffentlichung in Heft 5/2003 der DNotZ vorgelesen.

- c) **Eine Regelung bei Verkauf eines Grundstücks im Rahmen eines Einheimischenmodells, die die Käufer im Fall einer Weiterveräußerung innerhalb von zehn Jahren nach Vertragsabschluss zur Abführung der Differenz zwischen Ankaufrispreis und Bodenwert verpflichtet, stellt keine unangemessene Vertragsgestaltung dar. Die Gemeinde hat jedoch bei ihrer Ermessensentscheidung über die Einforderung des Mehrerlöses auch die persönlichen Verhältnisse der Käufer zu berücksichtigen.**

BGH, Urteil vom 29.11.2002 – V ZR 105/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

## Steuerrecht

24. MaBV § 3 Abs. 2, GrEStG §§ 8 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer auf Kapitalnutzungsvorteil bei Bauträgervertrag*)

1. **Wenn der Käufer eines Bauträgerobjekts den Kaufpreis vorleistet, liegt hierin ein geldwerter Vorteil, der in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer als sonstige Leistung einzubeziehen ist.**
2. **Abschlagszahlungen nach Maßgabe der MaBV sind keine solchen Vorleistungen.**
3. **Für die Berechnung des geldwerten Vorteils bei Vorauszahlung ist daher nicht auf den Zeitraum zwischen Zahlung und endgültiger Fertigstellung des Objekts, sondern auf den Zeitraum zwischen Zahlung und Fälligkeit der Abschlagszahlungen abzustellen, die der Käufer sonst nach Baufortschritt zu zahlen gehabt hätte.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

BFH, Urteil vom 25.4.2002 – 11 R 57/00 –, mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar *Dr. Christopher Frantzen*, Berlin

*Zum Sachverhalt:*

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) schlossen am 18.12.1998 einen notariell beurkundeten Wohnungseigentumskaufvertrag mit Bauerrichtungsverpflichtung ab. Der Verkäufer verpflichtete sich, das Wohnungseigentum den Klägern unverzüglich nach vollständiger Fertigstellung der Wohnung zu übergeben. Mit den Bauarbeiten sollte am 1.3.1999 begonnen werden. Vorgesehen war eine Bauzeit von 14 Monaten.

Der Kaufpreis betrug 364.873 DM mit einem Wahlrecht für die Kläger: Entweder hatten sie in Anlehnung an § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) den Kaufpreis in – dem Baufortschritt entsprechenden – Teilbeträgen zu zahlen oder sie konnten ihn bei Vertragsabschluss in einem einzigen Betrag mit einem Nachlass von 10.834 DM, d.h. in Höhe von 354.039 DM, entrichten. Die Kläger machten von der letzteren Möglichkeit („Anzahlungsvariante“) Gebrauch. Zusätzlich mussten die Kläger für Marketing und Konzeption 32.983 DM sowie an einen Treuhänder 10.307 DM zahlen. Die Höhe des Preisnachlasses war durch Abzinsung des (ungekürzten) Kaufpreises entsprechend den Fälligkeiten fiktiver Teilzahlungen nach der MaBV ermittelt worden.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) setzte gegen die Kläger mit zwei Bescheiden vom 22.4.1999 nach einer Gegenleistung von (422.318,25 DM : 2 =) 211.159,12 DM Grunderwerbsteuer in Höhe von jeweils 7.390 DM fest. Die Bemessungsgrundlage ermittelte das FA, indem es dem bei Vertragsabschluss gezahlten ermäßigten Kaufpreis (354.039 DM) zuzüglich der Gebühren für Marketing etc. (43.290 DM) einen dem Verkäufer gewährten geldwerten Vorteil in Gestalt der vorzeitigen Kapitalnutzungsmöglich-

keit in Höhe von 24.989,25 DM hinzurechnete. Den Wert der Kapitalnutzungsmöglichkeit ermittelte das FA wie folgt: 354.039 DM (vorausgezahlter Kaufpreis) x 5,5 v.H. (Zinswert der Nutzungen) x  $\frac{462}{360}$  (Zeitraum der Vorausleistung in Tagen).

Mit ihren nach erfolglosen Einsprüchen erhobenen Klagen, die das Finanzgericht (FG) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hat, beantragten die Kläger, die Steuer nach einer Gegenleistung von (408.163 DM : 2 =) 204.081,50 DM auf jeweils 7.142 DM zu ermäßigen. Entgegen der Auffassung des FA sei als zusätzliche Gegenleistung durch dem Verkäufer zugewendete Kapitalnutzung nur die Differenz zwischen dem (Raten-)Kaufpreis und dem ermäßigten Kaufpreis, d.h. ein Betrag in Höhe von 10.834 DM anzusetzen.

Das FG gab mit seinem in EFG 2000, 1027 veröffentlichten Urteil der Klage teilweise statt. Es vertrat die Auffassung, dass bei der Zahlung eines Grundstückskaufpreises in – dem Baufortschritt entsprechenden – Teilbeträgen, die in Anlehnung an § 3 Abs. 2 MaBV festgesetzt worden sind, keine sonstige Leistung durch Kapitalüberlassung zu sehen ist. Der von den Klägern dem Verkäufer durch (Voraus-)Zahlung bereits bei Vertragsabschluss zugewendete Kapitalüberlassungsvorteil sei deshalb zeitlich und betragsmäßig an den Raten zu messen, die die Kläger bei Wahl der Ratenzahlung nach Baufortschritt zu entrichten gehabt hätten. Der Vorteil müsse – entgegen der Auffassung der Kläger – gemäß § 15 Abs. 1 BewG mit einem Zinssatz von 5,5 v.H. berechnet werden. Unter Berücksichtigung eines danach sich ergebenden Werts der Kapitalüberlassung in Höhe von 13.857 DM setzte das FG die Grunderwerbsteuer auf jeweils 7.195 DM herab.

Mit der Revision macht das FA die Verletzung von § 8 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG geltend.

*Aus den Gründen:*

Die Revision des FA ist unbegründet. Das FG hat die der Steuerfestsetzung zugrunde gelegte Bemessungsgrundlage nicht zu Lasten des FA zu niedrig berechnet.

1. Der notariell beurkundete Vertrag vom 18.12.1998 ist ein Rechtsvorgang, der nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegt. Die Steuer bemisst sich nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen.

Als sonstige Leistungen sind alle Verpflichtungen des Käufers anzusehen, die zwar nicht unmittelbar Kaufpreis für das Grundstück im bürgerlich-rechtlichen Sinne, aber gleichwohl Entgelt für den Erwerb des Grundstücks sind. Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 12.10.1994 II R 4/91 (BFHE 176, 56, BStBl II 1995, 69) kann eine als sonstige Leistung zu qualifizierende Gewährung eines geldwerten Vorteils vorliegen, wenn sich der Käufer eines Grundstücks zu einer Vorleistung des Kaufpreises verpflichtet. Der geldwerte Vorteil besteht nach dieser Entscheidung in der vorzeitigen Kapitalnutzungsmöglichkeit.

2. Zu Unrecht beruft sich das FA für seine Auffassung, der Wert der Kapitalnutzungsmöglichkeit richte sich im Streitfall nach dem Zeitraum zwischen der Zahlung des vereinbarten Preises und der endgültigen Fertigstellung des Bauwerks, auf das zitierte Urteil. Der Senat folgt vielmehr der Entscheidung des FG zugrunde liegenden Überlegung, dass hinsichtlich der Teilzahlungsbeträge, die bei Werkverträgen als Abschlagszahlungen nach der MaBV vereinbart werden, der Ansatz einer sonstigen Leistung in Gestalt der Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit an den Unternehmer nicht in Betracht kommt.

Gemessen daran, was im Rechtsverkehr aufgrund der MaBV üblich ist, entspricht die Leistung von Abschlagszahlungen

nach Baufortschritten dem bürgerlich-rechtlichen Modellfall im Sinne des Urteils in BFHE 176, 56, BStBl II 1995, 69. Der in der MaBV getroffenen Regelung kommt für das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung Leitbildfunktion in der Weise zu, dass – nach den Maßstäben der MaBV – insoweit nicht von Vorleistungen des Bestellers gesprochen werden kann, als der Unternehmer seinerseits bereits die in der MaBV genannten (Teil-)Bauleistungen erbracht hat. Diese Beurteilung entspricht der ab 1.5.2000 geltenden Neuregelung in § 632a BGB i.V.m. der zu § 27a des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) erlassenen Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.5.2001 (BGBl I 2001, 981), wonach der Besteller vom Unternehmer zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV verpflichtet werden kann.

Der Senat hat keine Bedenken, dass das FG im Streitfall die Höhe der Abschlagszahlungen anhand der von den Vertragsparteien der Berechnung des Preisnachlasses zugrunde gelegten, nach dem voraussichtlichen Baufortschritt ermittelten Teilbeträge geschätzt hat. Offen lassen kann der Senat, ob dem FG darin zu folgen ist, dass sich aus der Gegenüberstellung der Vorauszahlung mit den Teilzahlungen, die entsprechend dem Baufortschritt bei Anwendung der MaBV zu leisten wären (oder tatsächlich zu leisten sind), vorzeitige Zahlungen der Kläger als Besteller ergeben, die als Kapitalnutzungsüberlassung zu erfassen sind. Die Kläger, zu deren Vorteil sich eine Verneinung dieser Frage auswirken würde, haben keine Revision eingelegt, ein höherer als der vom FG angenommene Kapitalnutzungsvorteil kommt zugunsten des FA nicht in Betracht.

#### Anmerkung:

Vorstehendem Urteil kommt weit über den entschiedenen Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu. Der Fall wies die Besonderheit auf, dass die Kläger, Käufer einer Eigentumswohnung nach der MaBV, von der ihnen in dem Bauträgervertrag optional eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hatten, anstelle von Ratenzahlungen nach Baufortschritt gem. § 3 Abs. 2 MaBV („Ratenzahlungsvariante“) den Gesamtkaufpreis im Wege einer einmaligen „Anzahlung“ unter Einräumung eines nicht unerheblichen „Preisnachlasses“ („Anzahlungsvariante“) zu begleichen. Dass ein solcher Preisnachlass in die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage gem. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einzubeziehen ist, war zwischen den Parteien unstreitig. Der Streit entspann ausschließlich über die Frage, wie der in die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehende „Kapitalnutzungsvorteil“ zu berechnen ist (vgl. die Entscheidung der Vorinstanz: FG Berlin, Urt. v. 30.3.2000 – 1 K 1374/99, EFG 2000, 1027).

Der BFH hat die Entscheidung zum Anlass genommen, sich auch darüber zu äußern, wie diejenigen Fälle steuerlich zu behandeln sind, in denen die Käufer des Bauträgervertrages die geschuldeten Kaufpreistraten entsprechend den Vorgaben des § 3 Abs. 2 MaBV i.V.m. der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.5.2001 (BGBl I 2001, 981), also nach Baufortschritt leisten („Ratenzahlungsvariante“) als Normalfall der Kaufpreiszahlung bei Bauträgerverträgen nach der MaBV).

Die Finanzverwaltung, insbesondere in Berlin, vertrat hierzu in Anknüpfung an das Urteil des BFH vom 12.10.1994 – II R 4/91 (BFHE 176, 56 = BStBl II 1995, 69) die Auffassung, dass auch eine Ratenzahlung nach Baufortschritt gem. § 3 Abs. 2 MaBV eine Vorauszahlung des Kaufpreises bzw. von

Teilen des Kaufpreises darstelle und der darin enthaltene Kapitalnutzungsvorteil in die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage gem. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einzubeziehen sei. Der Wert der Kapitalüberlassung wurde gem. § 15 Abs. 1 BewG regelmäßig mit 5,5 von Hundert angenommen.

Die Finanzverwaltung in Berlin (Finanzamt Spandau – Grunderwerbsteuerstelle) hat hierzu folgendes **Formblatt** entwickelt, welches regelmäßig den entsprechenden Grunderwerbsteuerbescheiden beigefügt ist:

„Anlage zum Grunderwerbsteuerbescheid (zur Position ‚Kapitalnutzungsvorteil‘):

– Auszug aus dem Urteil des BFH vom 12.10.1994, II R 4/91 (BStBl. 1995, II, S. 69) –

„Mit der im Kaufvertrag vereinbarten Vorausleistung des Kaufpreises ‚verzichtet‘ der Käufer zu seinem Nachteil auf die im bürgerlich-rechtlichen Modellfall des gegenseitigen Vertrages vorgesehene Zug-um-Zug-Erfüllung der beiderseitigen Ansprüche (sog. funktionelles Synallagma; §§ 320, 322 BGB). Haben die Kaufvertragsparteien keine von den dispositiven Vorschriften der §§ 320, 322 BGB abweichenden Vereinbarungen getroffen, so kann jeder Vertragspartner die Leistung des anderen erst dann verlangen, wenn er gleichzeitig die eigene Leistung anbietet (vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., § 15 I, S. 205). Der Käufer kann daher die Zahlung des Kaufpreises bis zur Bewirkung der Gegenleistung (Sachleistung) durch den Verkäufer verweigern (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB). ‚Verzichtet‘ der Käufer im Kaufvertrag auf diese ihm durch das funktionelle Synallagma (§§ 320, 322 BGB) vermittelte Rechtsposition, den Kaufpreis erst im Zuge der Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung erbringen zu müssen, indem er sich einer Vorleistungsverpflichtung unterwirft, so gewährt er dem Verkäufer einen geldwerten Vorteil in Gestalt der vorzeitigen Kapitalnutzungsmöglichkeit. Sie ist als (zusätzliche) Gegenleistung i.S. des § 8 Abs. 1 GrEStG anzusehen. Zur Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinn gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt.“

Weitere Erläuterungen:

Auch eine – ggf. ratenweise – Vorauszahlung gemäß den Bestimmungen der MaBV ist bereits eine, vom bürgerlich-rechtlichen Modellfall abweichende, Vorausleistung. Diese Verordnung enthält lediglich vereinheitlichte Regelungen zur Vorausleistung, die wahlweise – aufgrund der Vertragsfreiheit – angewendet oder abgedungen werden können.

Der Veräußerer gewährt die Sachleistung mit Lastenwechsel; sämtliche Zahlungen vor Lastenwechsel sind daher Vorausleistungen.

Der Jahreswert der Nutzung ist gemäß § 15 Abs. 1 Bewertungsgesetz (BewG) regelmäßig mit 5,5 v.H. anzunehmen.

Der BFH ist dieser m.E. abenteuerlichen Auffassung der Finanzverwaltung, insbesondere seiner (Miss-)Interpretation seines Urteil vom 12.10.1994 – II R 4/91, deutlich entgegengetreten und hat hier die nötige Klarheit geschaffen:

„Zu Unrecht beruft sich das FA für seine Auffassung, der Wert der Kapitalnutzungsmöglichkeit richte sich im Streitfall nach dem Zeitraum zwischen der Zahlung des vereinbarten Preises und der endgültigen Fertigstellung des Bauwerks, auf das zitierte Urteil. Der Senat folgt vielmehr ... der Überlegung, dass hinsichtlich der Teilzahlungsbeträge, die bei Werkverträgen als Abschlagszahlungen nach der MaBV vereinbart werden, der Ansatz einer sonstigen Leistung in Gestalt der Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit an den Unternehmer nicht in Betracht kommt (*Hervorhebung vom Verfasser*).

Gemessen daran was im Rechtsverkehr aufgrund der MaBV üblich ist, entspricht die Leistung von Abschlagszahlungen nach Baufortschritten dem Modellfall im Sinne des Urteils in BFHE 176, 56, BStBl II 1995, 69. Der in der MaBV getroffenen Rege-

lung kommt für das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung Leitbildfunktion in der Weise zu, dass – nach den Maßstäben der MaBV – insoweit nicht von Vorleistungen des Bestellers gesprochen werden kann, als der Unternehmer seinerseits bereits die in der MaBV genannten (Teil-)Bauleistungen erbracht hat. Diese Beurteilung entspricht der ab 1. Mai 2000 geltenden Neuregelung in § 632a BGB i.V.m. der zu § 27a des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) erlassenen Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001 (BGBl I 2001, 981), wonach der Besteller vom Unternehmer zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV verpflichtet werden kann.“

Fazit: Bei Vereinbarung von Ratenzahlungen nach Baufortschritt gem. § 632a BGB i.V.m. der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.5.2001 (BGBl I 2001, 981) wiederum i.V.m. § 3 Abs. 2 MaBV („Ra-

tenzahlungsvariante“) richtet sich die Bemessungsgrundlage für die Erhebung der Grunderwerbsteuer, §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, ausschließlich nach dem vereinbarten Kaufpreis. Die Bemessungsgrundlage erhöht sich nicht um einen wie auch immer konstruierten fiktiven „Kapitalnutzungs Vorteil“. Etwas anderes gilt nur für diejenigen Fälle, in denen der Käufer unabhängig vom Baufortschritt den gesamten Kaufpreis oder Teile des Kaufpreises an- oder vorausbezahlt („Anzahlungs-“ oder „Vorauszahlungsvariante“, Fälle des § 7 MaBV). Diese Fallgestaltungen kamen in den 1990er-Jahren sehr häufig vor und waren in der Regel steuerlich motiviert (z.B. zum Erhalt der Sonder-AfA nach dem Fördergebietsgesetz; eine solche Fallgestaltung lag der Entscheidung des FG Berlin, Zwischenurteil vom 7.5.1998 – 1 K 1610/97, EFG 1998, 1353, zugrunde).

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Christopher Frantzen*, Berlin

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Grunderwerbsteuer; Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei Gütergemeinschaft

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.11.2002, Gz. 36 – S 4540 – 017 – 47604/02 in Ergänzung zum Erlass vom 4.6.2002, Gz. 36 – S 4540 – 017 – 23871/02 (MittBayNot 2002, 322)

(...)

Werden die jeweiligen Miteigentumsanteile an einem Grundstück von den Miteigentümern nicht durch getrennte Rechtsgeschäfte übertragen, liegen nach bundeseinheitlich abgestimmter Verwaltungsauffassung der Länder so viele Erwerbsvorgänge vor, wie Erwerber vorhanden sind, und die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG kann für jeden Erwerber nur einmal berücksichtigt werden (vgl. Abs. 4 des bundeseinheitlichen Erlasses zur Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei mehreren Veräußerern und Erwerbern, FMS vom 4.6.2002 – 36 – S 4540 – 017 – 23871/02). Das BFH-Urteil vom 10.4.1957 (BStBl III S. 213) gilt dabei als überholt.

Für Grundstücksveräußerungen durch Eheleute, die in Gütergemeinschaften leben, folgt hieraus, dass nur so viele Erwerbsvorgänge vorliegen, als Erwerber vorhanden sind, weil der einzelne Ehegatte nach § 1419 Abs. 1 BGB nicht über seinen Anteil an einem zum Gesamtgut gehörenden Grundstück ver-

fügen kann. Im Beispielsfall 1 käme die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG daher nur einmal zur Anwendung, wenn statt der Miteigentümer A und B die in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute A und B ein zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörendes Grundstück an den Erwerber C zum Alleineigentum veräußern.

Da die Gütergemeinschaft im Gegensatz zu anderen Gesamthandsgemeinschaften grunderwerbsteuerlich nicht relativ selbstständig sind, können nach übereinstimmenden Äußerungen in der Literatur (*Boruttau*, 15. Auflage, Rdnr. 88 zu § 3 GrEStG, *Hofmann*, 7. Auflage, Rdnr. 5 zu § 3 GrEStG; *Pahlke/Franz*, 2. Auflage, Rdnr. 22 zu § 3 GrEStG) Erwerbe von Grundstücken durch Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, so behandelt werden, wie wenn Bruchteile erworben würden. Deshalb ist auch dann von zwei Erwerbsvorgängen auszugehen, wenn im Beispielsfall 2 die Eheleute B und C das Grundstück zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft erwerben würden.

Zwei Erwerbsvorgänge liegen daher auch dann vor, wenn die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten A und B ein zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörendes Grundstück an die Ehegatten C und D veräußern. Dies gilt unabhängig davon, ob die Eheleute C und D das Grundstück als Miteigentümer je zur Hälfte oder zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft erwerben.

### 2. Aussetzung der Vollziehung (§ 361 AO) von Feststellungsbescheiden der Bedarfsbewertung in Erbbaurechtsfällen und bei Gebäuden auf fremdem Grund und Boden; Verfassungsmäßigkeit des § 148 Abs. 1 Satz 2 BewG

Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 4.12.2002 (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen Gz. 34 – S 3014 – 037 – 47071/02; Ministerium der Finanzen Rheinland-Pfalz Gz. S 3014 A – 447)

Im Hinblick auf den Beschluss des Bundesfinanzhofs vom 22.5.2002 – II B 173/01 (BStBl II S. 844), in dem dieser ernst-

liche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 148 Abs. 1 Satz 2 BewG geäußert hat, ist ab sofort Anträgen auf Aussetzung der Vollziehung von Feststellungsbescheiden der Bedarfsbewertung in Fällen des § 148 BewG zu entsprechen, wenn die Bedarfswerte erkennbar den Verkehrswert übersteigen.

Die Aussetzung der Vollziehung ist auf den Teil zu beschränken, um den der festgestellte Bedarfswert den Verkehrswert übersteigt. Zur Bestimmung des Aussetzungsbetrages ist regelmäßig ein Verkehrswertnachweis nicht erforderlich. Geeigneten Angaben des Steuerpflichtigen zur Höhe des Verkehrswerts ist zu folgen.



### 3. Ertragsteuerliche Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung; Erbausinandersetzung durch Realteilung bei Vorliegen einer Teilungsanordnung durch den Erblasser

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 5.12.2002, Gz. IV A 6 – S 2242–25/02

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind Tz. 8, 9 und 76 des BMF-Schreibens vom 11.1.1993 – IV B 2 – S 2242 – 86/92 – (BStBl 1993 I S. 62) unter Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 4.5.2000 – IV R 10/99 – (BStBl 2002 II S. 850) in allen noch offenen Fällen in folgender Fassung anzuwenden:

Tz. 8:

In den Fällen der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften – auch in den Fällen der Auseinandersetzung einer Mitunternehmerschaft – ist eine steuerlich unschädliche Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Erbfalls in engen Grenzen anzuerkennen, da die Erbengemeinschaft eine gesetzliche Fallgemeinschaft ist, die auf Teilung angelegt ist. Bei der Auseinandersetzungsvereinbarung wird in der Regel eine rückwirkende Zurechnung laufender Einkünfte für sechs Monate anerkannt. Die Frist beginnt mit dem Erbfall. In diesen Fällen können die laufenden Einkünfte daher ohne Zwischenzurechnung ab dem Erbfall ungeschmälert dem die Einkunftsquelle übernehmenden Miterben zugerechnet werden. Dies gilt auch bei Teilauseinandersetzungen. Liegt eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) des Erblassers vor und verhalten sich die Miterben tatsächlich bereits vor der Auseinandersetzung entsprechend dieser Anordnung, indem dem das Unternehmen fortführenden Miterben die Einkünfte zugeordnet werden, ist eine rückwirkende Zurechnung laufender Einkünfte auch über einen längeren Zeitraum, dessen Dauer sich an den Umständen des Einzelfalls zu orientieren hat, vorzunehmen. Soweit laufende Einkünfte rückwirkend zugerechnet werden, ist die Auseinandersetzung steuerlich so zu behandeln, als ob sich die Erbengemeinschaft unmittelbar nach dem Erbfall auseinander gesetzt hätte (Durchgangserwerb der Erbengemeinschaft). Solange die Teilungsanordnung von den

Erben vor der Auseinandersetzung beachtet wird, sind die Veranlagungen vorläufig nach § 165 Abs. 1 Satz 1 AO durchzuführen.

Tz. 9:

Allerdings reicht es nicht aus, wenn die Miterben innerhalb der Frist lediglich den Entschluss fassen, sich auseinander zu setzen. Vielmehr muss innerhalb der Frist eine klare und rechtlich bindende Vereinbarung über die Auseinandersetzung und ihre Modalitäten vorliegen. Diese Auseinandersetzungsvereinbarung muss den Übergang von Nutzungen und Lasten für die von dieser Auseinandersetzung betroffenen Wirtschaftsgüter auf den Zeitpunkt des Erbfalls festlegen; sie muss auch tatsächlich durchgeführt werden. Soweit noch eine Wertfindung erforderlich ist, kann diese jedoch auch außerhalb der Frist erfolgen.

Tz. 76:

Durch eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) wird lediglich die Art und Weise der Erbausinandersetzung durch den Erblasser festgelegt. Deshalb gehen auch bei der Teilungsanordnung zunächst alle Nachlassgegenstände auf die Erbengemeinschaft und nicht einzelne Nachlassgegenstände unmittelbar auf denjenigen Miterben über, der sie aufgrund der Teilungsanordnung erhalten soll. Dies gilt auch bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Verhalten sich die Miterben jedoch bereits vor der Auseinandersetzung entsprechend der Teilungsanordnung, ist dies auch steuerrechtlich anzuerkennen, solange die tatsächliche Auseinandersetzung innerhalb einer sich an den Umständen des Einzelfalls orientierenden Frist vorgenommen wird. Setzen sich die Erben einverständlich über die Teilungsanordnung hinweg, ist für die steuerliche Beurteilung die tatsächliche Auseinandersetzung maßgeblich. Solange die Teilungsanordnung von den Erben vor der Auseinandersetzung beachtet wird, sind die Veranlagungen vorläufig nach § 165 Abs. 1 Satz 1 AO durchzuführen.

Wegen der Auswirkungen der Rechtsänderungen durch das StSenkG und das UntStFG auf das BMF-Schreiben vom 11.1.1993 – IV B 2 – S 2242 – 86/92 – (BStBl 1993 I S. 62) wird ein gesondertes BMF-Schreiben ergehen.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Helmut Meyer, Garmisch-Partenkirchen, verstorben am 21.3.2003

Notar Wolf-Dieter Hille, Nürnberg, verstorben am 27.3.2003

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 8.3.2003:

Notar Dr. Peter Gassner, Zusmarshausen

Mit Wirkung vom 1.4.2003:

Notar Dr. Till Schemmann  
(Geschäftsführer der Bundesnotarkammer Berlin vgl. 3.),  
Notar a. D.

Notar Roland Schlindwein, Edenkoben, Notar a. D.

#### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2003:

Ansbach	dem Notarassessor Volker Appel (bisher in Nürnberg Notarstellen Dr. Ehrhardt/ Pillhofer)
Dachau	dem Notar Olrik Land (bisher in Neumarkt i. d. Opf.)
Edenkoben	der Notarin Dr. Anette Köster (bisher in Grünstadt)
Oettingen	dem Notarassessor Dr. Till Schemmann (Geschäftsführer der Bundes- notarkammer Berlin, vgl. 2.)
Oettingen	dem Notarassessor Matthias Dietrich (bisher in Würzburg Notarstellen Kirchner/ Dr. Gutmann)
Regensburg	der Notarin Ingeborg Ritz-Mürtz (bisher in Vohenstrauß)
Starnberg (in Sozietät mit Notar Wasserthal)	dem Notar Dr. Klaus-Jürgen Ohler (bisher in Rosenheim)
Mit Wirkung vom 1.5.2003:	
Dingolfing (in Sozietät mit Notar Dr. Bernd Pachtner)	dem Notarassessor Bertrand Koller (bisher in München Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Ebersberg  
(in Sozietät mit Notar  
Matthias Griebel)

dem Notar  
Dr. Christopher Baumhof  
(bisher in Rothenburg o.d.T.)

München  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Werner Reiß)

der Notarin a. D.  
Dr. Eva-Maria Hepp  
(bisher Geschäftsführerin der  
Notarkasse München)

Mit Wirkung vom 1.6.2003:

Wolfratshausen

dem Notar  
Dr. Karl Wübben  
(bisher in Bad Neustadt  
a. d. Saale)

Mit Wirkung vom 1.8.2003:

Bamberg  
(in Sozietät mit Notar  
Gerhard Wolf)

dem Notar  
Dr. Gustav Reißig  
(bisher in Burgau)

Mit Wirkung vom 1.10.2003:

Klingenberg

dem Notarassessor  
Christoph Baumeister  
(bisher in München Notar-  
stellen Frhr. v. Oefele/  
Dr. Götte)

#### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Helmut Hutterer, Altdorf b. Nbg. (Notarstellen Kirchner/  
Dr. Thiele)

Mit Wirkung vom 1.5.2003:

Alexander Schiel, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr.  
Gutmann)

#### 5. Neueinstellungen von Inspektoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2003:

Inspektor i. N. Markus Bogner, Neumarkt i. d. Opf. (No-  
tarstellen Leitenstorfer/Dr. Mickisch)

Inspektor i. N. Jürgen Freytag, Eschenbach i. d. Opf.  
(Notarstelle Trautner)

Inspektor i. N. Marco Fuchs, Greding (Notarstelle Dr.  
Reindl)

Inspektorin i. N. Manuela Goldbrunner, Simbach am Inn  
(Notarstelle Dr. Stumpp)

Inspektorin i. N. Claudia Gommer, München (Notarstel-  
len Dr. Schöner/von Grafenstein)

Inspektorin i. N. Kordula Hauke, München (Notarstellen  
Barth/Brunner)

Inspektorin i. N. Karina Heller, Bad Kissingen (Notar-  
stelle Makowka)

Inspektorin i. N. Stefanie Herbst, Markt Erlbach (Notar-  
stelle Weinmann)

Inspektorin i. N. Sabine Hilsenbeck, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Inspektorin i. N. Marlen Jarzina, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer)

Inspektorin i. N. Pia Kaiser, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer)

Inspektor Michael Kerres, München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Inspektorin i. N. Katrin Klügl, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Sieghörtner)

Inspektorin i. N. Melanie Lang, Hassfurt (Notarstelle Hartmann)

Inspektor i. N. Markus Lilly, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bleifuß)

Inspektor i. N. Andreas Nünke, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Inspektorin i. N. Astrid Pauli, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Inspektor i. N. Markus Piller, Schrobenhausen (Notarstelle Knab)

Inspektorin i. N. Sabine Praxenthaler, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Inspektorin i. N. Sabine Ruck, Monheim (Notarstelle Dr. Jung)

Inspektorin i. N. Stefanie Schabel, München (Notarstelle Hofmiller)

Inspektor i. N. Marc Schellhorn, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Inspektorin i. N. Katja Schönggraf, Bad Tölz (Notarstellen Dr. Safferling/Staudt)

Inspektor i. N. Michael Spranger, München (Notarstelle Dr. Schuck)

Inspektorin i. N. Gerlinde Stiegler, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

Inspektor i. N. Stefan Striegl, München (Notarstellen Dr. Reiß/Notarverwalter)

Inspektor i. N. Matthias Tischler, Landau Pfalz (Notarstellen Baumann/Schütz)

Inspektorin i. N. Ricarda Wegerer, Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Inspektor i. N. Jens Winter, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Inspektor i. N. René Wittkowski, Würzburg (Notarstelle Holderbach)

Inspektor i. N. Jürgen Wittmann, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann)

## 6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Michael Reindl, Greding, wurde mit Wirkung vom 3.2.2003 promoviert.

Mit Wirkung vom 15.3.2003 haben sich Notarin Birgit Stoll und Notar Jürgen Schmeißer in Fürth zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden.

Notarassessorin Claudia Balzer, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 16.2.2003 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Notarassessor Ulrich Feierlein, Bad Neustadt a. d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.5.2003 in Würzburg (Notarstellen Friederich/Dr. Limmer)

Notarassessorin Dr. Helene Förtig, München (Landesnotarkammer Bayern), ab 1.5.2003 in München (Geschäftsführerin der Notarkasse)

Oberinspektorin i. N. Sigrid Eisl, München (Notarstellen Dr. Schöner/v. Grafenstein), ab 1.2.2003 in München (Notarstelle Dietrich)

Oberinspektorin i. N. Karin Weber, bisher im Sonderurlaub, ab 1.3.2003 in Bad Neustadt a. d. Saale (Notarstelle Dr. Wübben)

Amtmann i. N. Ulrich Eser, Mutterstadt (Notarstelle Dr. Pongratz), ab 1.4.2003 in Bad Dürkheim (Notarstellen Unckrich/Holland)

Inspektorin i. N. Susanne Setzwein, Weilheim (Notarstelle Döbereiner), ab 1.4.2003 in Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller)

Inspektorin i. N. Doreen Birkfeld, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl), ab 1.5.2003 in Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger)

Oberinspektorin i. N. Doris Funke, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl), ab 1. 5. 2003 in Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Inspektor i. N. Josef Baumgartner, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter), ab 15.5.2003 in Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

## 7. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Karl Kühlthau, Sulzbach-Rosenberg, ab 1.5.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Theodor Zech, Kulmbach, ab 1. 6. 2003 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, Tel.: 089/54 82 17-0, Telefax: 089/55 55 51.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

1. Intensivkurs Grundstücksrecht  
(*Basty, Blank*)  
5.–9.5.2003 in Timmendorfer Strand
2. Deutsch-österreichischer Rechtsvergleich in der notariellen Praxis  
(*Wandel, Riering*)  
9.–10.5.2003 in Wien
3. Praktikertagung: Das Anderkonto in der notariellen Praxis  
(*Hertel*)  
10.5.2003 in Hannover
4. Ausgewählte Fragen des Erbrechts  
(*Kornxl*)  
16.5.2003 in Bochum  
17.5.2003 in Bremen
5. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis  
(*D. Mayer*)  
23.5.2003 in Frankfurt  
24.5.2003 in Hamburg
6. Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht  
(*Priester, Herzig, Spiegelberger*)  
23.–25.5.2003 in Hannover
7. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht  
(*Spiegelberger, Spindler, Wälzholz*)  
29.–31.5.2003 in Fischbachau
8. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht  
(*Waldner*)  
30.5.2003 in Rendsburg  
31.5.2003 in Bad Homburg
9. Die gesellschafts- und steuerrechtlichen Grundlagen der Personengesellschaft und der GmbH (*Fachinstitut für Steuerrecht*)  
(*Fischer, Geck*)  
23.–27.6.2003 in Hannover
10. Mittelständische Strukturen, Zivil- und Steuerrecht  
(*Fachinstitut für Steuerrecht*)  
(*Röhrich, Wassermeyer*)  
26.–27.6.2003 in Frankfurt
11. Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht  
(*Spiegelberger, Herzig, Schmidt, Wälzholz*)  
17.–19.7.2003 in Fischbachau

**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

### Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen

#### Drittes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

am Freitag, 6.6.2003 im Gartenpavillon des Juliusspitals, 97070 Würzburg, Klinikstraße 1

#### Themen:

1. **Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Kommunalrechtliche Bedingungen und wirtschaftliche Zielsetzungen**  
Prof. Dr. Alfred Katz, Rechtsanwalt, Ulm
2. **Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen**  
Dr. Klaus Piehler, Notar, Köln
3. **Komplexe Vertragsgestaltung im Städtebaurecht am Beispiel der Planung eines Einkaufszentrums**  
Prof. Dr. Hans-Jörg Birk, Rechtsanwalt, Stuttgart
4. **Rechtsfragen zur Vertretung von Kommunen bei Rechtsgeschäften**  
Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer, Kommunalwissenschaftliches Forschungszentrum Würzburg
5. **Baulanderwerb durch Kommunen – Legitimes Mittel zur Abschöpfung von Planungsgewinnen oder unzulässige rechtsgeschäftliche Enteignung?**  
Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar, Regen
6. **Einheimischenmodelle an der Schnittstelle zwischen Öffentlichem und Zivilrecht**  
Christian Hertel, Notar a. D., Würzburg, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstitutes

Jeweils im Anschluss an die Vorträge Diskussion. Gemeinsames Mittagessen mit der Möglichkeit zum Gedankenaustausch.

**Tagungsleitung:** Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer, Universität Würzburg, Vorstand des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

#### Organisatorischer Hinweis:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Fachanwälten für Verwaltungsrecht wird eine qualifizierte Teilnahmebescheinigung gem. § 15 FAO erteilt.

**Teilnahmegebühr** inkl. Verköstigung und Tagungsband:

110,- € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,

160,- € für Nichtmitglieder,

50,- € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung.

Die Teilnahme für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind, ist kostenfrei. Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2003“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ: 790 200 76, Kontonr. 6 671 594, überwiesen.

#### Anmeldung und Information:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 09 31/35 57 60, Fax: 09 31/35 57 62 25; E-Mail: notrv@dnoti.de

### Notarfußball-Europameisterschaft 29.5. bis 1.6.2003 in München

Der Verein zur Pflege des Europäischen Gedankens im Notariat e.V. mit dem Sitz in Hersbruck veranstaltet vom 29.5. bis 1.6.2003 in München die diesjährige Notarfußball-Europameisterschaft.

An dem Turnier nehmen die Notarfußballmannschaften Belgiens, Deutschlands, Frankreichs, Italiens, der Niederlande, Österreichs, Spaniens und Tschechiens teil. Die deutsche Mannschaft (Nur-Notariat) setzt sich aus Spielern der Landesnotarkammer Bayern, der Notarkammer Koblenz, der Notarkammer Pfalz, der Rheinischen Notarkammer, der Saarländischen Notarkammer und der Notarkammer Thüringen zusammen.

Die Fußballspiele finden am Freitag, 30.5.2003, von 10 Uhr bis 16.30 Uhr und am Samstag, 31.5.2003, von 9 Uhr bis 11.30 Uhr auf dem Gelände der Sportschule Oberhaching (Im Loh 2, 82041 Oberhaching, [www.sportschule-oberhaching.de](http://www.sportschule-oberhaching.de), S-Bahn-Linie 2, Haltestelle: Furth) statt.

Alle Fußballinteressierten sind als Zuschauer herzlich willkommen. Es wird kein Eintritt erhoben (was aber nicht als Indiz für ein niedriges sportliches Niveau missverstanden werden soll).

Informationen erteilen: Notar *Thomas Grauel*, Hauzenberg/Wegscheid, Tel. (0 85 86) 96 24 - 0 und Notar *Dr. Benno Sefrin*, Hassloch, Tel. (0 63 24) 92 11 - 0.

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Arnstein, Notarstelle Dr. Rombach, Karlstadter Straße 16, 97450 Arnstein, [mail@notarin-rombach.de](mailto:mail@notarin-rombach.de), [www.notarin-rombach.de](http://www.notarin-rombach.de)

Immenstadt i. Allgäu, Notarstellen Kellner/Dr. Bülow, Klosterplatz 11/II, 87509 Immenstadt i. Allgäu, [mail@notare-immenstadt.de](mailto:mail@notare-immenstadt.de), [www.notare-immenstadt.de](http://www.notare-immenstadt.de)

Alzenau, Notarstellen Brückner/Dolp, Hanauer Straße 13, 63755 Alzenau, Telefonnummer: 0 60 23/32 05-0, Fax: 0 60 23/32 05 20

Fürth, Notarstellen Schmeißer/Stoll, Schwabacher Straße 32,

90762 Fürth, Telefonnummer: 09 11/9 77 39 23, 77 01 66, Fax: 09 11/9 77 38 90, 7 49 89 61

Heilsbronn, Notarstellen Füller/Dr. Weigl, Hauptstraße 16, 91560 Heilsbronn, Telefonnummer: 0 98 72/4 81, Fax: 0 98 72/88 63

Ansbach, Notarstelle Appel, Bahnhofplatz 1, 91522 Ansbach, Telefonnummer: 09 81/42 11 1-0, Fax: 09 81/42 11 111, [notariat@notar-appel.de](mailto:notariat@notar-appel.de), [www.notar-appel.de](http://www.notar-appel.de)

Nürnberg, Notarstelle Schalloch, Josephsplatz 1, 90403 Nürnberg, Telefonnummer: 09 11/2 37 55-3, Fax: 09 11/2 37 55-44

## NEUERSCHEINUNGEN

- Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2. Auflage 2002, 278 Seiten, € 39,80
- Keidel/Kuntze/Winkler*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Verlag C.H. Beck, München, 15. Auflage 2003, 2 092 Seiten, € 128,-
- Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2003, 183 Seiten, € 22,-
- Kracht*, Checkbuch Testamentsgestaltung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2. Auflage 2003, 184 Seiten, € 34,80
- Langenfeld*, GmbH-Vertragspraxis. Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH & Co. KG, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 4. Auflage 2003, 375 Seiten und 1 CD-ROM, € 49,80
- Meyer-Panhuysen*, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2003, 308 Seiten, € 64,80
- Pauling*, Rechtsmittel in Familiensachen nach ZPO und FGG im Verbund-, Haupt- und Nebenverfahren, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2002, 276 Seiten, € 44,-
- Picot/Mentz/Seydel* (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, Verlag C.H. Beck, München 2003, 614 Seiten, € 75,-
- Röll/Sauren*, Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 8. Auflage 2002, 384 Seiten, € 39,80
- Schwedhelm*, Die Unternehmensumwandlung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 4. Auflage 2003, 451 Seiten, € 89,80
- Soyka*, Die Berechnung des Ehegattenunterhalts, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2. Auflage 2003, 360 Seiten, € 49,80
- Suchsland*, Die zweckmäßige Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen, Carl Heymanns Verlag KG, Köln u.a. 2003, 263 Seiten, € 72,-
- Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2. Auflage 2003, 580 Seiten, ca. € 100,- (Subskriptionspreis bis 30.4.2003: € 78,-)

### 1. **Pressemitteilung des BGH: Geltung der Sitztheorie für EU-Gesellschaften**

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im Anschluss an die Überseeentscheidung des Europäischen Gerichtshof vom 5.11.2002 in dem genannten Verfahren abschließend entschieden, dass die Klägerin nach deutschem internationalen Gesellschaftsrecht hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit dem Recht des Staates zu unterstellen ist, in dem sie gegründet worden ist. Denn eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist. Die Parteifähigkeit der Klägerin hängt nach dem anwendbaren deutschen Prozessrecht von der Rechtsfähigkeit ab, für die insoweit das dargestellte Personalstatut maßgebend ist. Im Ergebnis kann die Klägerin deshalb ihre Rechte aus dem Vertrag abweichend von den Vorentscheidungen und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor den deutschen Gerichten als niederländische BV verfolgen. Sie muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass sie nach deutschem Recht als rechtsfähige Personengesellschaft aktiv und passiv parteifähig ist (vgl. BGH, Urteil vom 1.7.2000 – II ZR 380/00, BGHZ 151, 204). Denn eine derartige Verweisung würde ebenfalls einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellen, wie der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs unmissverständlich entnommen werden kann, weil sie damit nämlich in eine andere Gesellschaftsform mit besonderen Risiken, wie z.B. Haftungsrisiken, gedrängt würde.

(Urteil vom 13.3.2003 – VII ZR 370/98 –)

### 2. **BGH: WEG-Verwalter als Makler**

(BGB §§ 652, 328)

Auch bei enger wirtschaftlicher Verflechtung des Maklers mit dem Vertragsgegner seines Kunden (hier: des Verwalters einer Wohnungseigentumsanlage) kann ein von den Voraussetzungen des § 652 BGB unabhängiges Provisionsversprechen – auch als Vertrag zugunsten Dritter – vorliegen. Dafür genügt tatsächliche Kenntnis des Kunden von den die Verflechtung begründenden Umständen; Rechtskenntnis, dass der Makler keine echte Maklerleistung erbringen kann, ist nicht erforderlich.

(Urteil vom 6.2.2003 – III ZR 287/02 –)

### 3. **BGH: Auswirkungen der Rechtsfähigkeit einer GbR auf laufende Zivilverfahren**

(ZPO §§ 50, 263, 313 Abs. 1 Nr. 1, BGB § 705)

In anhängigen Verfahren, in denen die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eine Gesamthandforderung entsprechend der früheren Rechtsprechung als notwendige Streitgenossen eingeklagt haben, ist nach der Änderung dieser Rechtsprechung (BGHZ 146, 341 ff.) kein Parteiwechsel dahin erforderlich, dass Klägerin nun die GbR ist. Vielmehr ist eine Rubrumsberichtigung der zulässige und richtige Weg.

(Urteil vom 15.1.2003 – XII ZR 300/99 –)

### 4. **BayObLG: Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung**

(GBO §§ 19,20; BGB § 167; AGBG §§ 1 Abs. 1, 9. 10 Nr. 4 [jetzt BGB §§ 305 Abs. 1, 307, 308 Nr. 4])

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts bezüglich der Unwirksamkeit einer Vollmacht wegen Verstößen gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls auf offensichtliche Unwirksamkeitsgründe beschränkt ist und eine offensichtliche Unwirksamkeit nach § 10 Nr. 4 AGBG (§ 308 Nr. 4 BGB) in der Regel nicht vorliegt, wenn eine nach außen unbeschränkte Vollmacht Bindungen im Innenverhältnis unterliegt (siehe BayObLGZ 2002, 296). Eine ausreichende Bindung im Innenverhältnis besteht regelmäßig dann, wenn entweder das Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte des Erwerbers unberührt bleiben oder dem Erwerber keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden.

(Beschluss vom 13.2.2003 – 2Z BR 125/02 –)

### 5. **BayObLG: Unzulässigkeit einer uneingeschränkten Dienstbarkeit**

(BGB § 1018)

Eine Dienstbarkeit, die das Recht einräumt, einen Teil eines Grundstücks für alle Zeiten in beliebiger Weise zu benutzen, ist inhaltlich unzulässig (Bestätigung von BayObLGZ 1986, 54 = MittBayNot 1986, 128)

(Beschluss vom 13.2.2003 – 2Z BR 131/02 –)

### 6. **BGH: Wirksamkeit ruinöser Gesellschafterbürgschaften auch bei Minderheitsgesellschafter**

(BGB § 138 Abs. 1)

Die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Wirksamkeit ruinöser Gesellschafterbürgschaften gelten in der Regel auch für Minderheitsgesellschafter der kredit-suchenden GmbH, und zwar auch dann, wenn der Betroffene nicht mit der Geschäftsführung betraut ist. Nur bei unbedeutenden Bagatell- und Splitterbeteiligungen kann nach dem Schutzgedanken des § 138 Abs. 1 BGB eine andere rechtliche Beurteilung in Betracht kommen.

(Urteil vom 10.12.2002 – XI ZR 82/02 –)

### 7. **BGH: 3/4-Mehrheit für Beschluss über Gesellschafterausschlussklage**

(GmbHG §§ 34, 46, 60 I Nr. 2)

a) Der Senat hält daran fest, dass ein – in der Satzung einer GmbH nicht vorgesehener – Gesellschafterbeschluss über die Erhebung einer Ausschließungsklage gegen einen Mitgesellschafter aus wichtigem Grund in Anlehnung an § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG einer qualifizierten Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen (unter Ausschluss derjenigen des Betroffenen) bedarf (Bestätigung von BGHZ 9, 157, 177).

b) Formelle Mängel des Gesellschafterbeschlusses, die dessen Anfechtbarkeit begründen, wie z.B. das Fehlen der erforderlichen Mehrheit, können nur mit fristgerechter Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Das Rechtsschutzbedürfnis für sie wird auch durch die Erhebung der Ausschließungsklage der GmbH nicht berührt.

c) Das den auszuschließenden Gesellschafter treffende Stimmverbot greift auf die mit ihm in einem Konsortium verbundenen und für seinen Verbleib in der Gesellschaft votierenden Gesellschafter jedenfalls dann nicht über, wenn ihm die Rechtsmacht zur Bestimmung ihres Abstimmungsverhaltens fehlt.

(Urteil vom 13.1.2003 – II ZR 227/00 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F



## Bestellschein für Einbanddecken der **MittBayNot** Jahrgang 2002

Ich bestelle

\_\_\_\_\_ Exemplare der Einbanddecke für die **MittBayNot**, Jahrgang 2002,  
zum Preis von € 8,50 zuzügl. Versandkosten und USt.

\_\_\_\_\_  
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  
Einbanddecken **MittBayNot**  
Kirschstraße 16  
**80999 München**