

# 1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2006

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleitung:

Andrea Lichtenwimmer,  
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Neue Tabellen  
zur Verkehrswert-  
berechnung nach  
Brandversicherungswert und nach  
dem Preisindiz  
für Wohngebäude

## Aufsätze

*Barth*: Die Reform des Rechts der italienischen GmbH 1

*T. Wachter*: Mündliche Gattungs-Verschaffungsvermächtnisse  
im Erbschaftsteuerrecht 10

*Kessler*: Gefahren für den Bauträgervertrag jenseits der  
MaBV: Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters 17

*Everts*: Elektronische Grundbucheinsicht und Umsatzsteuer 21

## Rechtsprechung

Keine Eintragung der Anteilshöhe eines GbR-Gesellschafters  
im Grundbuch  
(OLG München, Beschluss vom 9. 6. 2005, 32 Wx 052/05) 35  
mit Anmerkung *Lautner* 37

Prüfungsrecht und -pflicht des Grundbuchamtes bei der  
Eigentumsumschreibung  
(Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom  
24. 1. 2005, 2 W 204/04 und 2 W 220/04) 38  
mit Anmerkung *Bauer* 39

Wirksamkeitskontrolle des Ehevertrages bei Schwangerschaft  
(BGH, Urteil vom 25. 5. 2005, XII ZR 296/01) 44  
mit Anmerkung *Brandt* 48

Einstellung künstlicher Ernährung gegen Willen des Pflege-  
heims und Pflegepersonals  
(BGH, Beschluss vom 8. 6. 2005, XII ZR 177/03) 49  
mit Anmerkung *Albrecht* 51

Ausschließung ohne sachlichen Grund bei Beendigung  
eines Kooperationsvertrags  
(BGH, Urteil vom 14. 3. 2005, II ZR 153/03) 59

Keine Nachholung des Schlichtungsverfahrens nach  
Klageerhebung  
(BGH, Urteil vom 23. 11. 2004, VI ZR 336/03) 66

Zusammenlegung von Geschäftsanteilen und Euro-Umstellung  
als einheitlicher Beschluss  
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 7. 2. 2005,  
20 W 451/02) 71  
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.* 74

## Inhalt

### Aufsätze

- Barth*: Die Reform des Rechts der italienischen GmbH **1**
- T. Wachter*: Mündliche Gattungs-Verschaffungsvermächtnisse im Erbschaftsteuerrecht **10**
- Kessler*: Gefahren für den Bauträgervertrag jenseits der MaBV: Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters **17**
- Everts*: Elektronische Grundbucheinsicht und Umsatzsteuer **21**

### Buchbesprechungen

- Limmer/Hertel/Frenz/Maier: Würzburger Notarhandbuch (*Bülow*) **24**
- Hofer/Schwab/Henrich: From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht (*C. Braun*) **25**
- Tennie: Dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel (*Volmer*) **26**
- Sudhoff: Unternehmensnachfolge (*Winkler*) **27**
- Zimmer/Kersten/Krause: Handbuch für Notarfachangestellte (*Schneider*) **29**
- Preuß: Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger (*Rossak*) **31**
- Sarazin: Bibliographie de l'histoire du Notariat Francais (*Harms*) **33**

## Rechtsprechung

### Bürgerliches Recht

#### Allgemeines

1. Nichtigkeit eines notariellen Schuldanerkenntnis mangels Zugang einer Ausfertigung (OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2005, 3 W 89/05) **35**

#### Sachen- und Grundbuchrecht

2. Keine Eintragung der Anteilshöhe eines GbR-Gesellschafters im Grundbuch (OLG München, Beschluss vom 9.6.2005, 32 Wx 052/05) **35**  
mit Anmerkung *Lautner* **37**
3. Prüfungsrecht und -pflicht des Grundbuchamtes bei der Eigentumsumschreibung (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 24.1.2005, 2 W 204/04 und 2 W 220/04) **38**  
mit Anmerkung *Bauer* **39**
4. Zustimmungserfordernis bei Verfügung über Grundstücksanteil an Lebensgefährtin (OLG Hamm, Urteil vom 27.1.2004, 15 W 9/03) **41**
5. Zulässigkeit einer Wärmebezugsdienstbarkeit (OLG München, Beschluss vom 25.1.2005, 32 Wx 003/05) **43**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

6. Wirksamkeitskontrolle des Ehevertrags bei Schwangerschaft, mögliche Begrenzung des Betreuungsunterhalts (BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 296/01) **44**  
mit Anmerkung *Brandt* **48**
7. Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt teilt Rang des Elementarunterhalts (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 221/02) **49**
8. Einstellung künstlicher Ernährung gegen Willen des Pflegeheims und Pflegepersonals (BGH, Beschluss vom 8.6.2005, XII ZR 177/03) **49**  
mit Anmerkung *Albrecht* **51**
9. Betreuerbestellung trotz bestehender Vorsorgevollmacht (OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.3.2005, 11 Wx 3/05) **52**
10. Keine Sittenwidrigkeit bei Verzicht auf nahehehlichen Unterhalt und Versorgungsausgleich (Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 20.5.2005, 13 UF 162/04) **54**

### Erbrecht

11. Erbverzicht wirkt nur zwischen Vertragspartnern, nicht bei weiteren Erbfällen (BayObLG, Beschluss/Urteil vom 17.2.2005, 1Z BR 115/04) **56**
12. Enterbung als einseitige Verfügung im Erbvertrag, keine Unwirksamkeit nach Scheidung (OLG München, Beschluss vom 13.9.2005, 31 Wx 064/05) **57**
13. Keine Sittenwidrigkeit eines Testaments bei weitgehendem Ausschluss des Sohnes vom Nachlass (*nur Leitsatz*) (OLG Hamm, Beschluss vom 11.1.2005, 15 W 391/03) **59**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Ausschließung ohne sachlichen Grund bei Beendigung eines Kooperationsvertrags (BGH, Urteil vom 14.3.2005, II ZR 153/03) **59**
15. Übergang von Versorgungsverbindlichkeiten bei Spaltung durch Ausgliederung (BAG, Beschluss vom 22.2.2005, 3 AZR 499/03 [A]) **62**
16. Stimmlos gefasster HV-Beschluss anfechtbar, nicht nichtig (*nur Leitsatz*) (OLG Dresden, Urteil vom 11.1.2005, 2 U 1728/04) **66**

### Zivilprozessrecht

17. Keine Nachholung des Schlichtungsverfahrens nach Klageerhebung (BGH, Urteil vom 23.11.2004, VI ZR 336/03) **66**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Vollstreckung eines Titels auf Beseitigung einer Grunddienstbarkeit (OLG Stuttgart, Urteil vom 4.11.2004, 13 U 57/04) **68**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

19. Verweisung der Kostenbeschwerde an Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit (BGH, Urteil vom 20.1.2005, III ZR 278/04) **69**
20. Anmeldung GmbH-Auflösung und Person des „geborenen“ Liquidators gegenstandsgleich (OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.1.2005, 3 W 42/04) **71**
21. Zusammenlegung von Geschäftsanteilen und Euro-Umstellung als einheitlicher Beschluss (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 7.2.2005, 20 W 451/02) **71**  
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.* **74**
22. Euro-Umstellung bei weiteren Satzungsänderungen beim Geschäftswert nicht zu berücksichtigen (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25.5.2005, 20 W 189/03) **73**  
mit Anmerkung *Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.* **74**
23. Keine außerordentliche Beschwerde in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (*nur Leitsatz*) (Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 31.5.2005, 3 W 52/05) **75**
24. Bewertung einer Belastungsvollmacht (OLG Hamm, Beschluss vom 19.9.2005, 15 W 297/04) **75**
25. Bewertung einer Patientenverfügung (Landgericht Arnberg, Beschluss vom 23.3.2005, 2 T 32/04) **78**

### Steuerrecht

26. Baulandausweisung keine grunderwerbsteuerliche Gegenleistung (BFH, Urteil vom 27.10.2004, II R 22/03) **79**
27. Wegfall der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG bei Veräußerung des begünstigt erworbenen Betriebsvermögens (BFH, Urteil vom 16.2.2005, II R 39/03) **80**
28. Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen durch Übergabe von Geld- und Wertpapiervermögen zum Zwecke der Entschuldung (BFH, Urteil vom 1.3.2005, X R 45/03) **81**
29. Bewertung eines Verschaffungsvermächtnisses mit gemeinem Wert (FG Köln, Urteil vom 5.4.2005, 9 K 7416/01) **83**

### Hinweise für die Praxis

Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO, Wertbestimmung von Gebäuden einschl. Eigentumswohnungen anhand des Gebäudebrandversicherungswertes; Bewertung von Gebäuden und Eigentumswohnungen nach dem Baupreisindex (Preisindizes für Wohngebäude) **88**

### Standesnachrichten 97

### Sonstiges III

# 1 | MittBayNot Begründet 1864

Januar/Februar 2006 | 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,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer,  
Dr. Martin T. Schwab  
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

## AUFSÄTZE

### Die Reform des Rechts der italienischen GmbH

Von Notarassessor Dr. *Wolfgang Barth*, Weilheim i. Obb.\*

Von mancher Seite werden der deutschen GmbH im Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa schlechte Zukunftsaussichten bescheinigt. Die hierzu geführte Diskussion in Deutschland orientiert sich oft ausschließlich an den Gesellschaftsrechtssystemen im angelsächsischen Rechtskreis. Dort könnten Unternehmer mit geringstem finanziellen Aufwand und ohne gerichtliche oder notarielle Kontrolle Gesellschaften mit beschränkter Haftung gründen. Noch in der vergangenen Legislaturperiode wurde vom Bundesministerium der Justiz der Entwurf eines Mindestkapitalgesetzes vorgelegt, mit dem in einem ersten Schritt das Mindeststammkapital bei der GmbH von 25.000 € auf 10.000 € abgesenkt werden soll. Jetzt ist ein größeres Gesetzesvorhaben geplant, das eine umfangreiche GmbH-Novelle zum Gegenstand haben wird. Auch in Italien wurde vor kurzem das Recht der italienischen GmbH (*società a responsabilità limitata – s.r.l.*) umfassend reformiert. Die Reform nahm dabei in zentralen Bereichen das bestehende deutsche und das österreichische GmbH-Recht zum Vorbild und erkennt hierin ein Gesellschaftsrechtsmodell, das auch im europäischen Wettbewerb gut positioniert ist. Der folgende Beitrag will einen Überblick über das Recht der italienischen GmbH bieten und einige Besonderheiten aus Sicht des deutschen Rechtsbetrachters erläutern.

#### A. Einleitung

Mit Gesetz Nr. 366 vom 3.10.2001 beauftragte das italienische Parlament die Staatsregierung mit der umfassenden Reform des italienischen Gesellschaftsrechts, die mit gesetzvertretender Verordnung Nr. 6 vom 17.1.2003 umgesetzt wurde.<sup>1</sup> Das neue Recht ist zum 1.1.2004 in Kraft getreten, die Satzungen der bestehenden Gesellschaften mussten bis zum 30.9.2004 an das neue Recht angepasst werden.<sup>2</sup> Heraus-

gegriffen wird hier die Modernisierung des Rechts der s.r.l., die sich in vielen Bereichen an das bestehende Recht der deutschen und der österreichischen GmbH anlehnt<sup>3</sup> und daher auch für die in Deutschland geführte Diskussion über die Zukunftsfähigkeit der deutschen GmbH beachtet werden sollte.

Das vor der Reform geltende Recht der s.r.l. war bestimmt durch umfassende Verweisungen auf das Recht der italienischen Aktiengesellschaft (s.p.a.).<sup>4</sup> Dies führte dazu, dass auch das Recht der s.r.l. von den überwiegend zwingenden Bestimmungen zur Ausgestaltung der Satzung mit ihren aufwendigen Verfahrens- und Finanzierungsregelungen beherrscht wurde, die lediglich bei der s.p.a. aufgrund des ob-

\* Den Notaren Dr. *Herald Kleewein* und Dr. *Walter Crepez* danke ich für die freundliche Aufnahme in ihrem Notariat in Bozen und für ihre Unterstützung bei der vorliegenden Untersuchung. Mein aufrichtiger Dank gebührt den Ehegatten Dr. *Herald* und *Brigitte Kleewein* auch für die gastfreundschaftliche Betreuung während meines Aufenthalts in Bozen.

**1** Reformiert wurden das Recht der Aktiengesellschaft (*società per azioni – s.p.a.*) einschließlich der Kommanditgesellschaft auf Aktien (*società in accomandita per azioni – s.a.p.a.*), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*società a responsabilità limitata – s.r.l.*), der Genossenschaft (*società cooperative – s.c.*), der wechselseitigen Versicherungsgesellschaft (*mutue assicuratrici – m.a.*) sowie das gesamte Umwandlungsrecht (*trasformazione, fusione, scissione*).

**2** Art. 223-bis der Bestimmungen zur Durchführung des Zivilgesetzbuches und Übergangsbestimmungen.

**3** *Santosuosso*, La riforma del diritto societario, 2003, S. 189; *Barchi/Plattner*, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2003, S. 7. Bei der Reform des italienischen Aktienrechts hat daneben auch das amerikanische Gesellschaftsrecht eine große Rolle gespielt, dazu *Angelici*, La riforma delle società di capitali, 2003, S. 1 ff.

**4** Vgl. etwa die gesetzlichen Bestimmungen im alten Recht zur Gesellschafterversammlung (Art. 2486 CC [=Codice civile] a. F.) und Verwaltung (Art. 2487 CC a. F.), die kaum GmbH-spezifische Regelungen enthalten und weitgehend auf die Vorschriften der Aktiengesellschaft verweisen.

jektivierten Anlegerschutzes notwendig sind. Die Reform soll nun den Gesellschaftern einer s.r.l. eine weitgehende Satzungsautonomie gewährleisten und ihnen die rechtlichen Möglichkeiten bieten, die Gesellschaftsverhältnisse den jeweiligen Bedürfnissen und Interessenlagen der Gesellschafter anzupassen.<sup>5</sup> Die s.r.l. wird damit – vergleichbar dem gesetzlichen Leitbild in Deutschland<sup>6</sup> – den Personengesellschaften angenähert, jedoch bei Berücksichtigung der aus der Haftungsbeschränkung resultierenden Besonderheiten.<sup>7</sup>

## B. Gründung

### I. Gründungsvertrag und Handelsregistereintragung

Zur Gründung einer s.r.l. bedarf es wie in Deutschland des Abschlusses eines *Gründungsvertrages* in notariell beurkundeter Form.<sup>8</sup> Der Gründungsvertrag ist vom Notar beim Handelsregister, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, zu hinterlegen, Art. 2330 Abs. 1 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC. Mit dem Ziel der Beschleunigung des Eintragungsverfahrens wurde durch die Reform die Hinterlegungsfrist für den Notar von 30 Tagen<sup>9</sup> auf 20 Tage verkürzt. Mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister entsteht schließlich die s.r.l. als juristische Person, Art. 2331 Abs. 1 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC.

Als Besonderheit aus Sicht des deutschen Rechtsbetrachters sei an dieser Stelle vor allem auf die klare gesetzliche Regelung über die *Verteilung der Prüfungs Kompetenzen* zwischen Notar und Handelsregister hingewiesen. In Deutschland ist das Gericht nach § 9 c Abs. 1 GmbHG zur Überprüfung verpflichtet, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist, insbesondere ob auch etwaige Sacheinlagen richtig bewertet sind. Der Umfang dieser Prüfungsbefugnis

<sup>5</sup> Vgl. dazu Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 366 vom 3.10.2001; *Torroni*, I diversi modelli di s.r.l. offerti dalla riforma del diritto societario, *FederNotizie* 2004, S. 16; *Santosuosso*, La riforma del diritto societario, S. 2 ff., 9 ff.; *Galgano*, Il nuovo diritto societario, 2003, S. 473, 475; *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, 2003, S. 143; *Rebecca/Simoni*, Gli statuti delle s.r.l., 2001, S. 274 ff.

<sup>6</sup> Zum gesetzlichen Leitbild der GmbH vgl. *Scholz/H. P. Westermann*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, Einl. Rdnr. 1 ff.; *Michalski/Michalski*, GmbHG, 2002, Syst. Darst. 1 Rdnr. 2.

<sup>7</sup> *Galgano*, Il nuovo diritto societario, 2003, S. 473; *De Marchi*, Sui „particolari Diritti“ del socio nelle nuova s.r.l., *Revista del notariato* 2004, S. 80 f.; *Spada*, C'era una volta la società ..., *Revista del notariato* 2004, S. 11 ff.; *Santosuosso*, La riforma del diritto societario, 2003, S. 187 ff.

<sup>8</sup> Nach Art. 2463 Abs. 2 CC muss der Gründungsvertrag die Bezeichnung der Gesellschafter (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 1 CC), den Firmennamen sowie den Gesellschaftssitz (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 2 CC) und die Tätigkeit gemäß dem Gesellschaftszweck (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 3 CC) enthalten. Weiter sind Angaben notwendig zur Höhe des Stammkapitals (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 4 CC), zu den getätigten Einlagen sowie zu den von jedem Gesellschafter gehaltenen Gesellschaftsanteilen (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 5 und 6 CC), zum Geschäftsbetrieb samt Regelungen zur Vertretung, Geschäftsführung und Buchprüfung (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 7 und 8 CC) sowie zu den voraussichtlichen Gründungskosten (Art. 2463 Abs. 2 Nr. 9 CC). Als Gesellschaftssitz ist nunmehr wie in Deutschland lediglich die Gemeinde anzugeben, nicht mehr die gesamte Adresse. Bei der Änderung des Gesellschaftssitzes innerhalb derselben Gemeinde ist damit eine Satzungsänderung samt notariellen Protokolls (Art. 2480 CC) nicht mehr erforderlich; zu letzterem *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, 2003, S. 145; *Mariani/Ripa*, S.r.l., cambio della sede als risparmio, *ItaliaOggi* vom 26.2.2004, S. 31.

<sup>9</sup> Art. 2330 Abs. 1 CC a. F. i. V. m. Art. 2475 Abs. 2 CC a. F.

des Registergerichts war früher im Einzelnen umstritten<sup>10</sup> und es war daher auch für die gerichtliche Praxis schwierig, eine einheitliche Linie zu verfolgen. Klarheit hat hier der vor einigen Jahren durch das Handelsrechtsreformgesetz eingeführte § 9 c Abs. 2 GmbHG geschaffen.

Weitergehend als das deutsche Recht regeln die Art. 2330 Abs. 3 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC, dass das Handelsregister allein zur Überprüfung der formellen Ordnungsmäßigkeit der beigebrachten Unterlagen befugt ist. Für die materielle Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Satzung sowie des Gründungsvorganges ist allein der Notar zuständig, dieser aber auch allein verantwortlich. Die Übertragung der alleinigen Prüfungs kompetenz auf die Notare wurde bereits mit Gesetz Nr. 340 vom 24.11.2000 nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Entlastung der Justiz eingeführt und jetzt durch die Reform bestätigt.<sup>11</sup> Der Notar muss danach auch kontrollieren, ob die Einlagen den gesetzlichen Anforderungen entsprechend erbracht sind, was insbesondere im Bereich der Sacheinlagen von Bedeutung ist, und ob alle erforderlichen Genehmigungen, die sich etwa aus einem besonderen Gesellschaftszweck ergeben, vorliegen, Art. 2329 CC i. V. m. 2463 Abs. 3 CC.

### II. Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft

Bei der Frage, wer für die Verbindlichkeiten haftet, die noch vor der Eintragung der GmbH begründet werden, unterscheidet man in Italien wie in Deutschland zwischen der *Handelndenhaftung* und der *Gesellschafterhaftung*. Bislang war im italienischen GmbH-Recht wie im deutschen GmbH-Recht (§ 11 Abs. 2 GmbHG) lediglich die *Handelndenhaftung* gesetzlich in Art. 2331 Abs. 2 CC a. F. i. V. m. Art. 2475 Abs. 2 CC a. F. geregelt (jetzt Art. 2331 Abs. 2 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC). Für die vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte haften die Personen, die sie vorgenommen haben, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch. Mit der Reform wurden nunmehr auch Bestimmungen zur *Haftung der Gesellschafter* in Art. 2331 Abs. 2 CC i. V. m. 2463 Abs. 3 CC aufgenommen.

In Deutschland gibt es zur Haftung der Gründungsgesellschafter die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze zur Vorbelastungshaftung sowie zur Verlustdeckungshaftung. Das italienische Modell wird allerdings im Unterschied zur deutschen Rechtsprechung nicht von dem Grundsatz geprägt, dass im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern lediglich die Gesellschaft, nicht aber der Gesellschafter haften soll. Dieser Grundsatz in Deutschland resultiert unter anderem daraus, dass der Bundesgerichtshof die Verlustdeckungshaftung über den Umweg der Vorbelastungshaftung entwickelte. Nachdem die Rechtsprechung erkannte, dass die ursprüngliche weite Auslegung des Begriffs des „Handelnden“ in § 11 Abs. 2 GmbHG unter Einbeziehung der die Entscheidungen treffenden und insoweit „handelnden“ Gesellschafter<sup>12</sup> mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar war<sup>13</sup>, musste eine

<sup>10</sup> Dazu *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraxis, 5. Aufl. 2006, Rdnr. 343 i; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 9 c Rdnr. 2 ff.; *Scholz/Winter*, § 9 c GmbHG Rdnr. 8 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, 2004, S. 48; *Rebecca/Simoni*, Gli statuti delle s.r.l., S. 4 ff.

<sup>12</sup> BGH, NJW 1955, 1228; BGH, NJW 1961, 1016.

<sup>13</sup> BGH, BGHZ 47, 25 = NJW 1967, 828; BGH, BGHZ 65, 378 = NJW 1976, 419.

Haftung entwickelt werden, die nicht mehr an eine Handlung, sondern an die Stellung als Gesellschafter anknüpft. Der Bundesgerichtshof hatte sich dabei zunächst mit der Situation nach Eintragung der Gesellschaft zu beschäftigen. In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1981 ersetzte er das Vorbelastungsverbot durch den Identitätsgrundsatz, der dazu führt, dass alle Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft mit der Eintragung auf die identische GmbH übergehen.<sup>14</sup> Als Ausgleich müssen die Gesellschafter der Höhe nach unbeschränkt für diese Vorbelastungen haften, wobei diese Haftung in Anlehnung an die Differenzhaftung in § 9 GmbHG als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet ist. Mit dem Ziel der Kongruenz zwischen dieser Vorbelastungshaftung und der Haftungssituation vor der Eintragung entwickelte der Bundesgerichtshof schließlich 1997 die Verlustdeckungshaftung ebenfalls in Form der unbeschränkten, anteiligen Innenhaftung.<sup>15</sup> Dieses Haftungskonzept ist allerdings mehr von unübersichtlichen Ausnahmen als vom Regelfall geprägt.<sup>16</sup> Von Teilen des Schrifttums wird daher zu Recht das Modell der generellen *unbeschränkten, gesamtschuldnerischen Außenhaftung* bevorzugt.<sup>17</sup>

Genau diesen Weg ist jetzt der italienische Gesetzgeber gegangen. Nach Art. 2331 Abs. 2 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten aus dem Zeitraum vor der Eintragung (Vorgesellschaft) unmittelbar nach außen unbeschränkt und gesamtschuldnerisch. Wie in Deutschland muss allerdings noch ein persönliches Zurechnungsmoment hinzukommen. Der Gesellschafter der s.r.l. haftet nur, wenn er im Gründungsvertrag oder mit getrennter Vereinbarung das Geschäft beschlossen oder genehmigt hat. Ähnliches gilt in Deutschland, da die Vor-GmbH von den Geschäftsführern nur dann wirksam vertreten wird, wenn die Gesellschafter mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme aufgrund einer Vereinbarung in der Gründungssatzung oder aufgrund gesonderten Beschlusses einverstanden sind.<sup>18</sup>

Das italienische Recht überzeugt im Übrigen durch ein einheitliches System der Gründungshaftung in Form der unbeschränkten, gesamtschuldnerischen Außenhaftung, ohne danach differenzieren zu müssen, ob die Gesellschaft bereits eingetragen ist oder nicht.<sup>19</sup> Auch nach der Eintragung der Gesellschaft bleibt nämlich die Außenhaftung der Grün-

dungsgesellschafter bestehen und gehen die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft nicht automatisch auf die Gesellschaft über. Die eingetragene Gesellschaft haftet erst dann für die vor der Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten, wenn das Geschäft durch die eingetragene Gesellschaft genehmigt wird, Art. 2331 Abs. 3 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC. In diesem Fall haftet die Gesellschaft neben den Gesellschaftern – ebenso neben den „Handelnden“, deren Haftung ebenfalls mit der Eintragung nicht erlischt – und ist lediglich im Innenverhältnis zur Haftungsbefreiung der Gesellschafter und der Handelnden verpflichtet, Art. 2331 Abs. 3 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC.<sup>20</sup>

### III. Änderungen des Gründungsvertrages

Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedürfen eines Gesellschafterbeschlusses, der *notariell zu protokollieren* ist, Art. 2480 CC. Wie bei der Gründung obliegt die Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit des Beschlusses allein dem Notar. Das Handelsregister, bei dem der Beschluss vom Notar innerhalb von 30 Tagen zu hinterlegen ist<sup>21</sup>, ist auf die Überprüfung der formellen Ordnungsmäßigkeit beschränkt, Art. 2436 Abs. 2 CC i. V. m. Art. 2480 CC. Abweichend vom Gründungsverfahren darf der amtierende Notar die Protokollierung aber nicht ablehnen, wenn er von der Unrechtmäßigkeit des Beschlusses überzeugt ist. Er muss vielmehr die Hinterlegung des Beschlusses beim Handelsregister verweigern und dies innerhalb von 30 Tagen nach Aufnahme des Protokolls den Verwaltern mitteilen, Art. 2436 Abs. 3 CC i. V. m. Art. 2480 CC.<sup>22</sup> Diese können für eine Änderung des Gesellschafterbeschlusses sorgen oder die gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des Notars beantragen. Durch die Reform wurde auch die neue, dem § 54 Abs. 3 GmbHG vergleichbare Regelung des Art. 2436 Abs. 6 CC i. V. m. Art. 2480 CC eingeführt. Danach werden Beschlüsse über die Änderung des Gründungsvertrages erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister wirksam.<sup>23</sup>

### C. Finanzverfassung

Im Blickfeld der Reformdiskussion in Deutschland steht vor allem das System der Mindestkapitalausstattung. Bislang ist man den Forderungen nach der Einführung der Ein-Euro-GmbH nicht nachgekommen. Der deutsche Gesetzgeber plant lediglich die Absenkung des Mindestkapitals und will im Übrigen am Strukturmerkmal der Mindestkapitalausstattung festhalten.<sup>24</sup> Dieses System verwehrt von vornherein unseriösen oder aussichtslosen Unternehmensgründungen das Privileg der Haftungsbeschränkung und hat damit eine nicht zu unterschätzende Filterfunktion. Auch der italienische Gesetzgeber hat daher aus guten Gründen das Modell der Mindestkapitalausstattung beibehalten. Handlungsbedarf sah er im

<sup>14</sup> BGH, BGHZ 80, 129 = MittBayNot 1981, 192.

<sup>15</sup> BGH, BGHZ 134, 333 = MittBayNot 1997, 186.

<sup>16</sup> Nach dem Haftungsmodell des II. Zivilsenats besteht eine unbeschränkte, anteilige Außenhaftung der Gesellschafter, wenn die Gesellschaft vermögenslos, kein Geschäftsführer oder kein weiterer Gesellschaftsgläubiger vorhanden ist oder die Gesellschaft nur einen einzigen Gesellschafter hat (BGH, MittBayNot 1997, 186).

<sup>17</sup> *Almeppen*, NJW 1997, 3272 ff.; *Flume*, DB 1998, 45 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 1996, 353 ff.; *ders.*, ZIP 1997, 671 ff.; *Michalski/Barth*, NZG 1998, 525 ff.

<sup>18</sup> *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 11 Rdnr. 18 f.; *Michalski/Michalski*, § 11 GmbHG Rdnr. 53.

<sup>19</sup> Demgegenüber muss der Gesellschaftsgläubiger in Deutschland danach differenzieren, ob der Gesellschaftsvertrag schon beurkundet wurde (Vor-GmbH mit unbeschränkter, anteiliger Innenhaftung) oder noch nicht (Vorgründungsgesellschaft mit unbeschränkter, gesamtschuldnerischer Außenhaftung), ob im Fall der Vor-GmbH der Grundfall (Vor-GmbH mit unbeschränkter, anteiliger Innenhaftung) oder einer der vom II. Zivilsenat erwähnten Ausnahmefälle vorliegt (Vor-GmbH mit unbeschränkter, anteiliger Außenhaftung), schließlich ob die Eintragungsabsicht noch besteht (echte Vor-GmbH mit unbeschränkter, anteiliger Innenhaftung) oder bereits aufgegeben wurde (unechte Vor-GmbH mit unbeschränkter, gesamtschuldnerischer Außenhaftung).

<sup>20</sup> *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., 2003, S. 71; *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 16 f.

<sup>21</sup> Nach Art. 2436 Abs. 7 CC ist – ähnlich dem § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – bei jeder Satzungsänderung der vollständige Text der neuesten Fassung beim Handelsregister zu hinterlegen.

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 413 ff.

<sup>23</sup> Nach altem Recht war der Beschluss sofort wirksam, wurde jedoch bei Verweigerung der Eintragung rückwirkend unwirksam; *Barchi/Plattner*, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 128.

<sup>24</sup> Vgl. *Seibert*, BB 2005, 1061 f.

Bereich der Kapitalaufbringung insoweit, als diese vereinfacht und flexibler geworden ist. Zum anderen vervollständigte er aber auch das System der Kapitalerhaltung, etwa mit der Einführung von Regelungen zur Behaltung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen.

## I. Bareinlage

Das *Mindestkapital* beträgt unverändert 10.000 €, Art. 2463 Abs. 2 Nr. 4 CC. Die Regelungen zum Mindestbetrag der Stammeinlage in Höhe von einem Euro (Art. 2474 Abs. 2 CC a. F.) sowie zur Beteiligungsgröße größerer Stammeinlagen (Mehrfacher Betrag eines Euros, Art. 2474 Abs. 3 CC a. F.), wie sie das deutsche Recht noch in § 5 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 2 GmbHG kennt, sind mit der Reform abgeschafft worden.<sup>25</sup>

Der Regelfall der Kapitalaufbringung erfolgt über die Bareinlage, Art. 2464 Abs. 3 CC, die bei der Gründung wie in Deutschland nicht in voller Höhe eingezahlt werden muss, sondern entsprechend des Kapitalbedarfs der Gesellschaft eingefordert werden kann.<sup>26</sup> Der bei der Gründung auf jede Einlage aufzubringende Mindestbetrag wurde durch die Reform von 30 % (Art. 2329 Abs. 1 Nr. 2 CC a. F. i. V. m. Art. 2475 Abs. 2 CC a. F.) auf 25 % des Einlagewerts herabgesenkt, Art. 2464 Abs. 4 CC. Eine Vorschrift wie § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, die zumindest die Einzahlung eines Betrages in Höhe der Hälfte des Mindeststammkapitals von 25.000 € verlangt, kennt das italienische Recht nicht. Im Falle einer Einpersonen-GmbH ist dagegen wie in Deutschland (§ 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) der volle Einlagebetrag sofort einzubezahlen, Art. 2464 Abs. 3 CC.

In Deutschland findet der Notar bei der Gründung einer GmbH nicht selten die Situation vor, dass die Gesellschafter bereits zum Beurkundungstermin die Belege über die bereits erfolgte Einzahlung der Mindesteinlage beibringen. Aus Sicht mancher Laien mag diese Reihenfolge sogar zwingend sein, zumal wenn sie vor der Beurkundung die als Entwurf mitversandte Handelsregisteranmeldung samt Einzahlungsversicherung der Geschäftsführer studiert haben. Der Notar ist in diesen Fällen mit der Problematik der *Voreinzahlung* konfrontiert und der Frage der Erfüllungswirkung einer Zahlung, deren Rechtsgrund noch nicht begründet wurde und die auf ein Konto der mit der Vorgesellschaft nicht identischen Vorgründungsgesellschaft erfolgt ist.<sup>27</sup> Im Unterschied dazu verlangt das italienische Recht sogar ausdrücklich, dass der auf jede

Einlage zu erbringende Mindestbetrag bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Gründungsvertrages einbezahlt sein muss, Art. 2464 Abs. 4 CC. Genau dies ist vom amtierenden Notar bei der Beurkundung zu überprüfen, Art. 2329, 2330 Abs. 1 CC i. V. m. 2463 Abs. 3 CC.

Weiter spricht das Gesetz davon, dass der Einlagebetrag bei einer Bank einzuzahlen bzw. dorthin zu überweisen ist. Anders als § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, wonach sich der Mindestbetrag der Bareinlage endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden muss, soll der Verwalter der s.r.l. während der Gründungsphase gerade noch nicht frei über diese Mindestgeldeinlage verfügen können. Die Gelder unterliegen einer *Auszahlungssperre*. Nach Art. 2331 Abs. 4 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC dürfen die Mindestbeträge nur dann den Verwaltern ausgehändigt werden, wenn sie den Nachweis über die erfolgte Eintragung in das Handelsregister erbracht haben.<sup>28</sup>

Schließlich eröffnet das reformierte italienische Recht in Art. 2464 Abs. 4 CC die Möglichkeit, auch den Mindesteinzahlungsbetrag durch die Stellung eines Versicherungsvertrages oder einer *Bankbürgschaft* zu ersetzen, die zu einem späteren Zeitpunkt gegen Überweisung des Geldbetrages zurückgegeben wird.<sup>29</sup> Auf diesem Wege kann eine s.r.l. gegründet werden, ohne dass seitens der Gründungsgesellschafter bereits zum Gründungszeitpunkt größere Mengen liquider Mittel zur Verfügung gestellt werden müssen. Ob sich dieser Weg angesichts der mit solchen Versicherungs- und Bürgschaftsverträgen verbundenen Kosten durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

## II. Sacheinlage

Anders als die Bareinlage muss die Sacheinlage bereits bei der Gründung in voller Höhe eingebracht werden, Art. 2464 Abs. 5 CC. Die Reform stellt in Art. 2464 Abs. 2 CC klar, dass alle Aktivposten, die einer wirtschaftlichen Bewertung unterliegen, Gegenstand der Sacheinlage sein können. Erfasst werden also auch Vermögenswerte in Form von Know-how oder von schuldrechtlichen Forderungen, die sich gegen die Gesellschafter selbst richten, wie etwa Nutzungsrechte an Gesellschaftergrundstücken.<sup>30</sup> Die *Bewertung* der Sacheinlage erfolgt über einen Bericht eines Sachverständigen oder einer Prüfungsgesellschaft, Art. 2465 Abs. 1 CC. Der Bericht ist vom amtierenden Notar der Gründungsurkunde beizulegen und muss die eingebrachten Güter oder Forderungen beschreiben, das angewandte Bewertungsverfahren angeben und die Bescheinigung enthalten, dass der Wert mindestens dem zugewiesenen Kapitalanteil entspricht, Art. 2465 Abs. 1 CC. Die Reform brachte die Vereinfachung, dass der Sachverständige nicht mehr vom Präsidenten des Landgerichts bestellt werden muss (so Art. 2343 Abs. 1 CC a. F. i. V. m.

<sup>25</sup> *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 33.

<sup>26</sup> Wird die Einlage durch den Gesellschafter nicht erbracht, regelt Art. 2466 CC ein neues Verfahren über die anderweitige Kapitalaufbringung und Ausschließung des säumigen Gesellschafters (vgl. dazu *Stassano/Stassano*, La nuova società a responsabilità limitata, 2003, S. 67; *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 106 ff.). Im Unterschied zu den deutschen Regelungen in §§ 21 ff. GmbHG ist der Versteigerung des Gesellschaftsanteils noch ein gesetzliches Vorkaufsrechts der übrigen Gesellschafter vorgeschaltet, Art. 2466 Abs. 2 CC. Auch kennt das italienische Recht keine Ausfallhaftung der weiteren Gesellschafter wie in § 24 GmbHG. Falls ein Verkauf bzw. eine Versteigerung nicht möglich ist, ist die Beteiligung vielmehr einzuziehen und das Gesellschaftskapital entsprechend zu kürzen, Art. 2466 Abs. 3 CC. Ähnlich dem § 22 GmbHG haftet allerdings der Veräußerer eines Gesellschaftsanteils gesamtschuldnerisch neben dem Erwerber für noch offene Einlageforderungen, Art. 2472 CC.

<sup>27</sup> Vgl. *Spiegelberger/Walz*, GmbHR 1998, 761, 762 f.; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, § 7 GmbHG Rdnr. 5; *Langensfeld*, GmbH-Vertragspraxis, Rdnr. 323 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 70.

<sup>29</sup> Das deutsche Recht kennt eine ähnliche Bestimmung für die Erbringung der Stammeinlage bei der Einpersonengesellschaft, § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG. Ausführlich zum italienischen Recht *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 66 ff.; *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 100 f.; *Menchetti*, Il conferimento del capitale nelle nuova s.r.l., FederNotizie 2003, S. 221 ff.

<sup>30</sup> *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 103 ff.; *Adducci/Sparano*, Conferimenti mediante know-how, ItaliaOggi vom 3.4.2004, S. 44. Zur Gebrauchsüberlassung als Form der Sacheinlage in Deutschland vgl. BGH, BGHZ 144, 290 = NJW 2000, 2356; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, § 5 GmbHG Rdnr. 25.

Art. 2476 Abs. 1 CC a. F.) – so jetzt noch bei der s.p.a. (Art. 2343 Abs. 1 CC) –, sondern von den Gesellschaftern selbst bestimmt werden kann, Art. 2465 Abs. 1 CC.<sup>31</sup>

Bemerkenswert ist schließlich, dass Einlagen auch in Form von Arbeit oder *Dienstleistungen* erbracht werden können. In Deutschland wird diese Form der Kapitalaufbringung weitgehend abgelehnt, da es sich nicht um eine vermögenswerte Position handelt, die in der Weise auf die Gesellschaft übertragen werden kann, dass sie sich endgültig aus dem Vermögen des Gesellschafters aussondern lässt.<sup>32</sup> Anders bietet dagegen das reformierte italienische Recht in Art. 2464 Abs. 6 CC den Gesellschaftern ausdrücklich die Möglichkeit, die Einlageverpflichtung bei entsprechender Zulassung im Gesellschaftsvertrag auch durch die eigene Arbeit und Dienstleistung zu erfüllen. Begleitet werden muss diese Kapitalaufbringung allerdings von einer Bankbürgschaft, die zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger die von den Gesellschaftern eingegangenen Einlageverpflichtungen abdeckt, Art. 2464 Abs. 6 CC.<sup>33</sup>

Wie in Deutschland werden auch in Italien Versuche der Gesellschafter sanktioniert, im Wege einer *verdeckten Sacheinlage* die strengen Vorschriften über die Sachgründung zu umgehen. Nach Art. 2465 Abs. 2 CC bedürfen Rechtsgeschäfte, mit denen die Gesellschaft innerhalb der ersten beiden Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister von den Gründungsgesellschaftern – oder von später hinzukommenden Gesellschaftern oder von den Verwaltern – Güter oder Forderungen im Wert von mindestens zehn Prozent des Gesellschaftskapitals kauft, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung sowie der Überprüfung der Werthaltigkeit durch ein externes Gutachten.<sup>34</sup> Ausgenommen sind nur solche Ankäufe, die zu gewöhnlichen Bedingungen im Bereich der laufenden Geschäfte der Gesellschaft durchgeführt werden oder die über die Börse oder unter Aufsicht einer Gerichts- bzw. Verwaltungsbehörde stattfinden. Verstoßen die Gesellschafter gegen diese Bestimmungen ist der Vertrag entgegen der früheren Rechtsprechung nicht unwirksam<sup>35</sup>, sondern nach Art. 2343-bis Abs. 5 CC i. V. m. Art. 2465 Abs. 3 CC haften die Verwalter sowie der Veräußerer gesamtschuldnerisch für die Schäden, die der Gesellschaft, den Gesellschaftern und Dritten entstanden sind. Die Vorschrift des Art. 2465 CC ähnelt damit in vielen Bereichen den Bestimmungen über die Nachgründung in § 52 AktG. Der Bundesgerichtshof entwickelte dagegen die Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage in der GmbH gerade ohne Bezugnahme auf

die Vorschrift des § 52 AktG.<sup>36</sup> Denn die Ersatzansprüche nach §§ 52 f. AktG richten sich nicht gegen die Gesellschafter, sondern nur gegen die Geschäftsführung und setzen den Nachweis der Entstehung eines Schadens voraus. Dem II. Zivilsenat ging es aber um eine pauschale Ächtung der verdeckten Sacheinlage, unabhängig von der Frage des Verschuldens und der Entstehung eines Schadens.<sup>37</sup> Nicht zu Unrecht werden daher in Deutschland die Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage als „ganz und gar katastrophal“ bezeichnet<sup>38</sup>, worauf der Notar auch regelmäßig hinweisen sollte.

### III. Eigenkapitalersatz

Ziel der Reform war einerseits eine Vereinfachung der Kapitalaufbringung im Interesse der Gesellschafter, andererseits aber eine Verschärfung der Behandlung sonstiger Gesellschafterfinanzierungen zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger. Auch in Italien ist es verbreitet, dass Gesellschafter die eigene Gesellschaft neben der Stammkapitalausstattung mit Gesellschafterdarlehen versorgen und auf diese Weise, den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufrechterhalten. Solange die Gesellschaft gesund ist, bedeutet ein solches Finanzierungsverhalten kein erhöhtes Risiko für die Gesellschaftsgläubiger. Gelangt die Gesellschaft jedoch in eine Krise und wird dann die Entscheidung über die Ausstattung der Gesellschaft mit Fremdkapital nicht mehr aus der Sicht eines neutralen Dritten, sondern von den „befangenen“ Gesellschaftern getroffen, können solche Finanzierungsmaßnahmen schnell zu einer gefährlichen Verschleppung der Krise zu Lasten bestehender sowie neu hinzukommender Gläubiger führen. Der italienische Gesetzgeber hat daher mit Art. 2467 CC in Anlehnung an die Rechtssituation in Deutschland und Österreich<sup>39</sup> erstmals Vorschriften zur Behandlung solcher eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistungen kodifiziert.

Eigenkapitalersetzend ist nach Art. 2467 Abs. 2 CC eine Gesellschafterfinanzierung dann, wenn sie in einem *Zeitpunkt* gewährt wurde, in der unter Berücksichtigung der von der Gesellschaft ausgeübten Tätigkeit eine Überschuldung im Vergleich zum verfügbaren Nettovermögen festzustellen war oder die Gesellschaft sich in einer finanziellen Lage befand, in der Einlagen vernünftigerweise nicht zu Lasten der Überschuldung knüpft die Regelung an das auch in der praktischen Anwendung bei den deutschen Gerichten vorherrschende Merkmal zur Bestimmung des Eigenkapitalersatzcharakters an. Da sich allerdings der Überschuldungstatbestand nachträglich oft nur schwer ermitteln und nachweisen lässt, erleichtert der § 32 a Abs. 1 GmbHG die Umqualifizierung von Gesellschafterleistungen, indem er auf das Finanzierungsverhalten „ordentlicher Kaufleute“ Bezug nimmt. Dem vergleichbar nennt auch das italienische Recht ein alternatives Kriterium, nämlich die finanzielle Lage, in der Einlagen „ver-

<sup>31</sup> Auch besteht für die Verwalter im Unterschied zur Situation bei der s.p.a. (Art. 2343 Abs. 3 CC) nicht länger die ausdrückliche Pflicht, die Bewertung der Sacheinlagen innerhalb einer Frist von 180 Tagen zu überprüfen und bei einer dabei festgestellten Unterdeckung von mehr als einem Fünftel für die Herabsetzung des Gesellschaftskapitals zu sorgen, soweit der betreffende Gesellschafter nicht den Differenzbetrag ausgleicht (vgl. *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 119 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraxis, Rdnr. 83; *Hoffmann*, NZG 2001, 433 ff.; *Michalski/Zeidler*, § 5 GmbHG Rdnr. 138; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, § 5 GmbHG Rdnr. 24.

<sup>33</sup> Ausführlich *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 149 f.; *Pau*, Via libera al socio d'opera nelle s.r.l., ItaliaOggi vom 28.2.2004, S. 49; *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 112 ff.; *Mariani/Ripa*, Socio d'opera con la perizia giurata, ItaliaOggi vom 10.4.2004, S. 35.

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 122 ff.; *M. Schwab*, Die Nachgründung im Aktienrecht, 2003, S. 286 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 126 f.

<sup>36</sup> Ausführlich zur Abgrenzung der Lehre von der verdeckten Sacheinlage von der Nachgründungsvorschrift des § 52 AktG BGH, BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982.

<sup>37</sup> Zudem gelten die Bestimmungen zur Nachgründung nicht für Rechtsgeschäfte im Anschluss an eine Kapitalerhöhung und erfassen damit auch nicht den häufigen Fall, dass die Einlageforderung aus einer Kapitalerhöhung mit einer noch offenen Darlehensforderung des Gesellschafters oder mit stehen gelassenen Gewinnen verrechnet wird.

<sup>38</sup> *Lutter*, Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, Festschrift für Stiefel, 1987, S. 505, 517; *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraxis, Rdnr. 94.

<sup>39</sup> *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 123; *Haas*, GmbHR 2004, 557.

nünftig“ wären.<sup>40</sup> Die *Umqualifizierung* führt nach Art. 2467 Abs. 1 CC dazu, dass die Forderung des Gesellschafters auf Rückerstattung seiner Gesellschafterleistung im Vergleich zu den Forderungen anderer Gläubiger zu vernachlässigen ist. Das Gesellschafterdarlehen ersetzt also nicht Eigenkapital – insoweit ist auch der deutsche Begriff „Eigenkapitalersatzrecht“ missverständlich –, sondern führt nur zu einer Herabstufung zu einer nachrangigen Forderung.<sup>41</sup> Wie bei der Vorschrift des § 135 InsO ist die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen, die im Jahr vor der „Konkurserklärung“ der Gesellschaft erfolgt ist, nach Art. 2467 Abs. 1 CC rückgängig zu machen.

Der *Anwendungsbereich* ist in sachlicher Hinsicht nicht auf den Grundfall des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens beschränkt. Zwar fehlt eine dem § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG vergleichbare ausdrückliche Einbeziehung aller wirtschaftlich vergleichbaren Fälle. Art. 2467 CC spricht jedoch allgemein von einer für die Gesellschaft geleisteten Finanzierung, ohne dies auf bestimmte Finanzierungsformen einzuschränken. Eine Regelung zur Behandlung von kapitalersetzenden Gesellschaftersicherheiten, wie sie das deutsche Recht mit § 32 a Abs. 2 GmbHG und § 32 b GmbHG kennt, fehlt jedoch. In persönlicher Hinsicht ist das Eigenkapitalersatzrecht nicht auf den Gesellschafterkreis begrenzt, sondern erfasst – ähnlich der Einbeziehung von verbundenen Unternehmen in § 32 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG – nach Art. 2497-*quinquies* CC auch Dritte bzw. andere Gesellschaften, die Führungs- und Koordinierungstätigkeiten in der s.r.l. ausüben.

Weiter fällt auf, dass der italienische Gesetzgeber nicht die 1998 in Deutschland eingeführten *Einschränkungen* des Eigenkapitalersatzrechts übernommen hat, sondern es bei der Kodifizierung einer Generalnorm belässt und im Übrigen nicht in die eigenkapitalersatzrechtliche Diskussion eingreifen will. Der deutsche Gesetzgeber hatte sich dagegen bereits bei der Einführung der §§ 32 a, b GmbHG in der GmbH-Novelle von 1980 gegenüber der Rechtsprechung nicht durchsetzen können, als die zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsprechungsregeln weiter neben den Novellenregelungen angewendet wurden.<sup>42</sup> Auch die gesetzgeberischen Anstrengungen zur Begrenzung der Ausuferungen des Kapitalersatzrechts mit den Regelungen in § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG (Kleinbeteiligtenprivileg) und § 32 a Abs. 3 Satz 3 GmbHG (Sanierungsprivileg) werden mit deutlichen Worten kritisiert und ihnen häufig nur ein geringer praktischer Nutzen bescheinigt.<sup>43</sup> Noch weiter ging der österreichische Gesetzgeber, der zum 1.1.2004 sogar ein eigenes Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) mit ausführlichsten Regelungen zu den Voraussetzungen des Kapitalersatzrechts einführte.<sup>44</sup> Dort wird zum Beispiel der persönliche Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts auf Gesellschafter mit einer Mindestbetei-

lung von 25 % sowie auf sonst kontrollierende oder beherrschende Gesellschafter beschränkt, § 5 EKEG. Auch die Fälle des „Stehenlassens“ eines Gesellschafterdarlehens in der Krise sowie der kapitalersetzenden Nutzungserlassung, soweit es nicht das Nutzungsentgelt selbst betrifft, wird – in Abweichung von der rechtlichen Beurteilung in Deutschland – nicht dem Kapitalersatzrecht unterstellt, § 3 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 EKEG. Der italienische Gesetzgeber überlässt dagegen die rechtliche Einordnung der verschiedenen Spezialfälle der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung. Der Wortlaut des Art. 2467 CC setzt keine Mindestbeteiligung des finanzierenden Gesellschafters voraus und enthält weiter keine ausdrücklichen Beschränkungen des persönlichen wie sachlichen Anwendungsbereiches. Ob der italienische Gesetzgeber möglicherweise in einigen Jahren Anlass zu einer Korrektur sieht, wird sich zeigen.

## D. Mitgliedschaft

Ein Schwerpunkt der Gesellschaftsrechtsreform war die Einführung einer weitgehenden Satzungsautonomie, wie sie schon bislang in der deutschen GmbH besteht und die eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages an die individuellen Bedürfnisse der Gesellschafter ermöglicht.

### I. Inhaltliche Ausgestaltung

Die Verwirklichung dieses Ziel zeigt sich etwa an der neuen, dem § 5 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ähnlichen Vorschrift des Art. 2468 Abs. 2 CC. Danach kann die Aufteilung der Gesellschaftsanteile auf die Gesellschafter vom Verhältnis der von jedem Gesellschafter getätigten Einlage abweichen. Zum Beispiel kann ein Gesellschafter, der nur 20 % des Gesellschaftskapitals durch seine Einlage erbracht hat, dennoch eine Beteiligungsquote von 80 % halten. Der Gesetzgeber will damit Fälle der Unternehmensnachfolge sowie andere Konstellationen regeln, in denen besondere, für die Gesellschaft bedeutsame Fähigkeiten eines Gesellschafters berücksichtigt werden sollen.<sup>45</sup> Diesem Ziel dient auch der neue Art. 2468 Abs. 3 CC, der die Möglichkeit schafft, einem Gesellschafter einzelne *Sonderrechte* zuzuweisen. Denkbar ist ein Recht auf bevorzugte Behandlung bei der Aufteilung der Gewinne, auf Bestellung eines Verwalters oder ein Widerspruchsrecht bei bestimmten Geschäften der Gesellschaft.<sup>46</sup>

### II. Übertragung der Mitgliedschaft

Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Gesellschaftsanteils bedarf der *notariellen Beglaubigung*. Anders als in Deutschland, wo die von Beginn an gesetzlich bestehende notarielle Beteiligung bei der Übertragung von GmbH-Anteilen heute

<sup>40</sup> Zur Auslegung dieses Kriteriums *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 151 ff.; *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 124 ff.; *Angelici*, La riforma delle società di capitali, 2003, S. 44 ff.

<sup>41</sup> Zu dieser Klarstellung sah sich auch der deutsche Gesetzgeber 1998 durch die neue Formulierung in § 32 a Abs. 1 a. E. GmbHG veranlasst.

<sup>42</sup> BGH, BGHZ 90, 370 = NJW 1984, 1891.

<sup>43</sup> *Altmeyden*, ZIP 1996, 1455; *von Gerkan*, GmbHR 1997, 677; *Barth*, Der Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 GmbHG, 2001, S. 49 ff., 106, 151 ff., 171.

<sup>44</sup> Vgl. *Blöse*, GmbHR 2004, 412 ff.

<sup>45</sup> *De Marchi*, Sui „particolari Diritti“ del socio nelle nuova s.r.l., Revista del notariato 2004, S. 76 ff.; *Adducci/Sparano*, Si alle donazioni negli atti costitutivi, ItaliaOggi vom 5.3.2004, S. 32.

<sup>46</sup> Ausführlich *De Marchi*, Sui „particolari Diritti“ del socio nelle nuova s.r.l., Revista del notariato 2004, S. 82 ff.; *De Angelis*, Nelle s.r.l. un solo socio elegge il cda, ItaliaOggi vom 4.5.2004, S. 36. Zur Rechtslage in der Aktiengesellschaft *Magliulo*, Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a., 2004, S. 75 ff. Dabei wurde bewusst vermieden, bestimmte Arten von Gesellschaftsanteilen gesetzlich festzulegen, wie es das Gesellschaftsrecht noch vor der Reform in Form von Vorzugs- oder Mehrstimmrechtsaktien kannte, Art. 2348 ff. CC. Die Gesellschafter können den Inhalt des Sonderrechts vielmehr frei festlegen (vgl. *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 155).

von mancher Seite als ein Relikt aus dem 19. Jahrhundert abqualifiziert wird, handelt es sich bei der notariellen Mitwirkung bei der Übertragung von Anteilen an einer s.r.l. um eine moderne Überlegung des italienischen Gesetzgebers. Das notarielle Beglaubigungserfordernis wurde erst mit Gesetz Nr. 310 vom 12.8.1993 eingeführt und jetzt durch die Reform bestätigt. Hintergrund ist vor allem der Zweck der Beweissicherung und die Offenlegung der Anteilsübertragung.<sup>47</sup> In Italien hatte man zuvor mit der formfreien Übertragung von Gesellschaftsanteilen schlechte Erfahrungen gemacht. Oft ließ sich die genaue Gesellschafterstruktur im Nachhinein nur schwer ermitteln. Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wie des Staates, gerade auch im Hinblick auf das Ziel der Bekämpfung der Geldwäsche<sup>48</sup>, machen eine rechtssichere Dokumentation der Übertragungsvorgänge erforderlich. Die Beteiligung an einer GmbH, die sich in der Regel auf einen kleinen Gesellschafterkreis beschränkt, ist zudem nicht auf die einfache Übertragbarkeit wie bei einer Aktie angelegt, was jetzt auch durch die neue Vorschrift des Art. 2468 Abs. 1 CC deutlich wird.<sup>49</sup> Danach können die von den Gesellschaftern gehaltenen Gesellschaftsanteile gerade nicht durch Aktien zum Ausdruck gebracht werden.

Ähnlich der notariellen Anzeige nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist die Übertragungsurkunde vom beglaubigenden Notar innerhalb von 30 Tagen beim Handelsregister zu hinterlegen, Art. 2470 Abs. 2 CC. Gegen Vorlage der Unterlagen, aus denen sich die Übertragung und die *Hinterlegung* ergeben, können die Vertragsbeteiligten sodann die Eintragung des Anteilsübergangs in das vom Verwalter geführte Gesellschafterbuch<sup>50</sup> verlangen, Art. 2470 Abs. 2 CC. Erst mit der Eintragung in das Gesellschafterbuch wird die Anteilsübertragung im Verhältnis zur Gesellschaft wirksam, Art. 2470 Abs. 1 CC.

Aus deutscher Sicht überrascht schließlich die durch die Reform eingeführte Bestimmung zum *gutgläubigen Erwerb* eines Gesellschaftsanteils.<sup>51</sup> Anders als man es zunächst vermuten würde, knüpft die Regelung aber nicht an eine bestehende Eintragung des Veräußerers in das Handelsregister an. Nach Art. 2470 Abs. 3 CC besitzt vielmehr derjenige von mehreren Käufern Vorrang, der als erster in gutem Glauben die Eintragung ins Handelsregister vorgenommen hat.<sup>52</sup> Das italienische Recht kennt im Unterschied zur Rechtslage in

Deutschland auch einen gutgläubigen Erwerb von Forderungen. So geht die Abtretung einer Forderung einer zeitlich früher erfolgten Abtretung vor, wenn sie zuerst dem Schuldner durch Zustellung zur Kenntnis gebracht wurde, Art. 1265 CC. Bei der Abtretung eines GmbH-Anteils wird die Zustellung an den Schuldner durch die Eintragung im Handelsregister ersetzt. Eindeutige Schwäche der neuen Bestimmung ist allerdings, dass sie nur die (betrügerischen) Fälle erfasst, in denen ein Verkäufer seinen Gesellschaftsanteil zweimal veräußert. Nicht geregelt werden aber die viel häufigeren Fälle, dass ein Verkäufer aufgrund von Mängeln seines eigenen Rechtserwerbs, zum Beispiel wegen eines Verstoßes gegen Vinkulierungsvorschriften, niemals Rechtsinhaber geworden ist und daher seinem Vertragspartner auch nicht die Inhaberschaft an dem Recht verschaffen kann. Hier besteht auch in Deutschland eine Schutzlücke, die den Beteiligten einer Geschäftsanteilsübertragung häufig nicht bekannt ist.

### III. Beendigung der Mitgliedschaft

Vor der Reform kannte das alte Recht nicht die Möglichkeit eines *Gesellschafterausschlusses*<sup>53</sup> und nur ein begrenztes *Austritts- bzw. Kündigungsrecht* des Gesellschafters (Art. 2437 CC a. F.), das auch durch entsprechende Satzungsgestaltungen nicht erweitert werden konnte.<sup>54</sup> Man befürchtete eine Beeinträchtigung der Gesellschaftsgläubiger durch eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens in Folge der Auszahlungsansprüche der ausscheidenden Gesellschafter. Die Gesellschaftsrechtsreform brachte hier eine Trendwende und möchte dem Gesellschafter unter vereinfachten Bedingungen die Möglichkeit geben, sich aus der „Gefangenschaft“ der Gesellschaft zu befreien bzw. sich von unliebsam gewordenen Mitgesellschaftern zu trennen.<sup>55</sup> Art. 2473-*bis* CC sieht nunmehr die satzungsmäßige Einführung einer Ausschlussregelung für den Fall des Vorliegens eines berechtigten Grundes vor.<sup>56</sup> Die Fälle, in denen ein nicht ausschließbares gesetz-

<sup>47</sup> Vgl. *Ruggiero*, Le nuove regole formali e pubblicitarie per i trasferimenti d'azienda, Rivista del notariato 1994, S. 321 ff.; *Bortoluzzi*, Operazioni finanziarie e trasparenza: La legge 12 agosto 1993, N. 310, Vita Notarile 1994, S. 921, 924 ff. Zum Offenlegungsverfahren vgl. *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 174 f. Zur Diskussion in Deutschland vgl. *Heidenhain*, ZIP 2001, 721 ff.; *Kanzleiter*, ZIP 2001, 2105 ff.; *Walz/Fembacher*, NZG 2003, 1134 ff.; *Heckschen*, GmbHR 2004, R 25 f.; *Barth*, GmbHR 2004, 383 ff.

<sup>48</sup> *Ruggiero*, Le nuove regole formali e pubblicitarie per i trasferimenti d'azienda, Rivista del notariato 1994, S. 321, 324 f.

<sup>49</sup> Vgl. dazu *Galgano*, Il nuovo diritto societario, 2003, S. 474; *Stassano/Stassano*, La nuova società a responsabilità limitata, S. 59.

<sup>50</sup> Das Gesellschafterbuch ist nach Art. 2478 Abs. 1 Nr. 1 CC zwingend vorgeschrieben und enthält den Namen des Gesellschafters und den ihm zustehenden Anteil. Nach Art. 2478 Abs. 2 CC ist es vom Verwalter zu führen.

<sup>51</sup> Ausführlich *Marmocchi*, La circolazione delle partecipazioni sociali tra statuto e contratto, Rivista del notariato 2004, S. 70 ff.; *Galgano*, Il nuovo diritto societario, S. 482; *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 155 f.; *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 184 ff.

<sup>52</sup> Entsprechend Art. 1147 Abs. 3 CC besteht eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Gutgläubigkeit.

<sup>53</sup> *Santarcangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 194; *Barchi/Plattner*, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 54.

<sup>54</sup> *Bianchi*, S.r.l. e recesso, le relazioni pericolose, ItaliaOggi vom 27.2.2004, S. 34; *Stassano/Stassano*, La nuova società a responsabilità limitata, S. 281; *Barchi/Plattner*, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 45.

<sup>55</sup> Die Höhe des Abfindungsanspruchs des ausscheidenden Gesellschafters orientiert sich am Verkehrswert der Beteiligung zum Zeitpunkt der Austrittserklärung, Art. 2473 Abs. 3 CC. Die Abfindung kann durch die Gesellschaft ausgezahlt werden – notfalls begleitet von einer Herabsetzung des Gesellschaftskapitals – oder durch die Übernahme des Gesellschaftsanteils durch einen Mitgesellschafter oder einen Dritten erfolgen, Art. 2473 Abs. 5 CC. Sie ist innerhalb von 180 Tagen nach Zugang der Austrittserklärung zur Zahlung fällig, Art. 2473 Abs. 5 CC. Nicht eindeutig ist, ob das Gesetz die Vereinbarung einer anderen Berechnung des Abfindungsanspruchs zulässt, insbesondere die in der deutschen Vertragsgestaltung verbreiteten Abschläge im Interesse des verbleibenden Unternehmens. Verwiesen wird insoweit auf Art. 2437-*ter* Abs. 4 CC, der im Bereich der Aktiengesellschaft die satzungsmäßige Einführung abweichender Grundsätze zulässt (*Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 158).

<sup>56</sup> Weitere Einzelheiten sind der Ausgestaltung der Satzung überlassen, die allerdings in Anlehnung an die Rechtslage bei den Personengesellschaften insbesondere hinsichtlich des Vorliegens eines wichtigen Grundes sowie der Durchführung des Ausschlussverfahrens gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllen muss. Ausführlich *Pau*, s.r.l., la giusta causa esclude il socio, ItaliaOggi vom 19.5.2004, S. 30; *Mariani/Ripa*, s.r.l., esclusione del socio più libera, ItaliaOggi vom 10.3.2004, S. 40; *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 241 ff.

liches Austrittsrecht besteht, wurden erheblich erweitert<sup>57</sup> und die vertragliche Vereinbarung weiterer Austrittsrechte zugelassen, Art. 2473 Abs. 1 CC. Schließlich wurde durch die Reform auch das frühere Erfordernis, in die Satzung eine bestimmte Dauer der Gesellschaft anzugeben (Art. 2475 Abs. 1 Nr. 9 CC a. F.), abgeschafft und als Ausgleich für die Einführung der unbefristeten Gesellschaft ein ordentliches Austrittsrecht geschaffen, Art. 2473 Abs. 2 CC.<sup>58</sup>

## E. Organisation

Regelmäßige Gesellschaftsgremien sind die Verwaltung sowie die Gesellschafterversammlung. Daneben besteht die Möglichkeit der Schaffung von Kontrollorganen in Form eines Aufsichtsrates, dessen Bildung nur in bestimmten Fällen zwingend ist<sup>59</sup>, oder in Form eines Rechnungsprüfers, dessen Funktion auf die buchhalterische Kontrolle beschränkt ist.<sup>60</sup>

### I. Geschäftsführung und Vertretung

Zuständig für die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft sind die *Verwalter*. Diese werden von den Gesellschaftern im Gründungsvertrag oder später durch Gesellschafterbeschluss bestellt, Art. 2475 Abs. 2 CC i. V. m. Art. 2383 Abs. 1 CC. Sollen andere Personen als Gesellschafter zu Verwaltern bestellt werden, muss diese Möglichkeit der Fremdorganschaft ausdrücklich durch den Gründungsvertrag zugelassen werden, Art. 2475 Abs. 1 CC.<sup>61</sup> Werden mehrere Personen zu Verwaltern bestellt, so ist gesetzlicher Regelfall die Bildung eines Verwaltungsrates, der durch Mehrheitsentscheid im Rahmen einer Sitzung oder eines schriftlichen Verfahrens die Geschäftsführung leitet, Art. 2475 Abs. 3, 4 CC. Der Gründungsvertrag kann jetzt nach der Reform vorsehen, dass mehrere Verwalter die Geschäftsführung nur gemeinsam (Art. 2258 CC i. V. m. Art. 2475 Abs. 3 CC) oder je einzeln (Art. 2257 CC i. V. m. Art. 2475 Abs. 3 CC) vornehmen können.

Die Verwalter sind uneingeschränkt zur *Vertretung* der Gesellschaft berechtigt. Die neue Vorschrift des Art. 2475-bis Abs. 2 CC stellt – ähnlich wie die deutsche Regelung in § 37

Abs. 2 GmbHG – im Interesse des Rechtsverkehrs klar, dass Beschränkungen der Verwalterbefugnisse, wie zum Beispiel das Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung bei bestimmten Rechtsgeschäften, Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können, es sei denn die Beteiligten handeln vorsätzlich zum Schaden der Gesellschaft. Aufgehoben wurde der ultra-vires-Grundsatz des Art. 2384-bis CC a. F. Danach konnte sich die Gesellschaft bei Rechtshandlungen der Verwalter, die nicht zum Gegenstand der Gesellschaft gehörten, auf ihre fehlende Vertretungsmacht bösgläubigen Dritten gegenüber berufen.<sup>62</sup>

## II. Gesellschafterentscheidung

Eine Gesellschafterentscheidung ist erforderlich, soweit der Gründungsvertrag dies vorsieht<sup>63</sup>, einer der Verwalter oder ein Gesellschafterkreis, der ein Drittel des Gesellschaftskapitals vertritt, dies verlangen (Art. 2479 Abs. 1 CC), oder die Zuständigkeit in Art. 2479 Abs. 2 CC zwingend angeordnet ist, so etwa bei der Gewinnverteilung, der Bestellung von Verwaltern sowie der Änderung des Gründungsvertrages.

Die Reform vereinfachte das *Verfahren der Beschlussfassung* der Gesellschafter. Der reformierte Art. 2479-bis Abs. 1 CC lässt ausdrücklich alle Formen der – von den Verwaltern durchzuführenden, Art. 2479-bis Abs. 1 CC – Einberufung der Gesellschafterversammlung zu, die eine rechtzeitige Information zu den Themen der Tagesordnung gewährleistet. Möglich ist daher auch die Ladung per einfachem Brief, Fax, E-Mail oder Short-Message-Service (sms).<sup>64</sup> Das italienische Recht kennt anders als das GmbH-Gesetz<sup>65</sup> eine ausdrückliche Regelung zur Beschlussfähigkeit, wie sie häufig in GmbH-Satzungen in Deutschland aufgenommen wird. Nach Art. 2479-bis Abs. 3 CC ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn die Hälfte des Gesellschaftskapitals vertreten ist. Einfache Beschlüsse werden grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst, Art. 2479-bis Abs. 3 CC. Satzungsänderungen bedürfen der Zustimmung von der Hälfte des Gesellschaftskapitals, Art. 2479-bis Abs. 2 CC.<sup>66</sup> Zur Vereinfachung der Gesellschaftermitwirkung sieht Art. 2468 Abs. 5 CC ausdrücklich vor, dass

<sup>57</sup> Das gesetzliche Austrittsrecht besteht nach Art. 2473 Abs. 2 CC zum Beispiel dann, wenn der Gesellschafter seine Zustimmung zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks oder der Gesellschaftsform, zu Zusammenschlüssen, Spaltungen oder der Firmensitzverlagerung ins Ausland verweigerte. Neu ist auch die Regelung in Art. 2469 Abs. 2 CC, die dem Gesellschafter ein Austrittsrecht im Falle der Vinkulierung der Anteilsübertragung gibt.

<sup>58</sup> *Mariani/Ripa*, s.r.l., la durata tutela il patrimonio, ItaliaOggi vom 2.3.2004, S. 39; *Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni*, La riforma del diritto societario, S. 144. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate und kann durch die Satzung auf ein Jahr verlängert werden.

<sup>59</sup> Ein Aufsichtsrat ist nach Art. 2477 Abs. 2, 3 CC zwingend zu bilden, wenn das Gesellschaftskapital 120.000 € oder mehr beträgt (Art. 2477 Abs. 2 i. V. m. Art. 2327 CC) oder wenn in drei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren zwei der folgenden Grenzwerte überschritten sind (Art. 2477 Abs. 3 CC i. V. m. Art. 2435-bis Abs. 1 CC): Summe der Aktiva der Vermögensbilanz: 3.125.000 €; Erlöse aus Verkäufen und Leistungen: 6.250.000 €; durchschnittlich beschäftigte Angestellte: 50.

<sup>60</sup> Ausführlich *De Angelis*, S.r.l., azioni del socio contro i sindaci, ItaliaOggi vom 3.3.2004, S. 30 f.; *Santarangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 243 ff.; *De Angelis*, Revisore a scelta per le piccole s.r.l., ItaliaOggi vom 30.3.2004, S. 32.

<sup>61</sup> Vgl. *Bianchi*, S.r.l., via libera al manager esterno, ItaliaOggi vom 8.5.2004, S. 49; *Santarangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 202.

<sup>62</sup> Allerdings eröffnet Art. 2475-ter CC nunmehr die Möglichkeit, von Verwaltern abgeschlossene Verträge anzufechten, wenn deren Interesse im Widerspruch zu denen der Gesellschaft steht und der Interessenkonflikt dem Dritten bekannt oder erkennbar war. Ausführlich *Stassano/Stassano*, La nuova società a responsabilità limitata, S. 151 f.; *Bianchi*, S.r.l., via libera al manager esterno, ItaliaOggi vom 8.5.2004, S. 49.

<sup>63</sup> Vgl. dazu *Bianchi*, S.r.l., meno decisioni per i manager, ItaliaOggi vom 25.3.2004, S. 31.

<sup>64</sup> *Santarangelo*, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 306 ff.; *Caccavale/Magliulo/Maltoni/Tassinari*, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 286. Zu Gesellschafterversammlungen in Form von Videokonferenzen vgl. *Adducci/Sparano*, S.r.l., assemblea in videoconferenza, ItaliaOggi vom 9.4.2004, S. 35.

<sup>65</sup> *Roth/Altmeppen*, § 47 GmbHG Rdnr. 5; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, § 48 GmbHG Rdnr. 2 a.

<sup>66</sup> Diese Herabsetzung der Mehrheitserfordernisse wird begleitet von einer Verbesserung der Kontrollrechte der einzelnen Gesellschafter. Neben der schon bislang bestehenden Möglichkeit der Bildung eines Aufsichtsrates sowie der Einführung der einfacheren Form des Rechnungsprüfers (Art. 2477 Abs. 1 CC), wird seit der Reform auch das Bestehen des – dem § 51 a GmbHG ähnlichen – Einzelkontrollrechts (Auskunft gegenüber der Verwaltung und Einsicht in Geschäftsbücher) des nicht an der Verwaltung beteiligten Gesellschafters nach Art. 2476 Abs. 2 CC nicht mehr davon abhängig gemacht, dass die Gesellschaft keinen Aufsichtsrat hat (so noch Art. 2489 CC a. F.).

ein gemeinsamer Vertreter bestellt werden muss, wenn der Gesellschaftsanteil mehreren Inhabern gehört – eine sinnvolle gesetzliche Regelung, wie sie in Deutschland erst durch die Satzung eingeführt werden muss. Art. 2479-*bis* Abs. 5 CC regelt ausdrücklich auch die Ad-hoc-Gesellschafterversammlung, die wirksam Beschlüsse fassen kann, wenn das gesamte Gesellschaftskapital vertreten ist und niemand der Verfahrensweise widerspricht. Im Unterschied zur Rechtslage in Deutschland muss allerdings noch hinzukommen, dass auch alle Verwalter über die Versammlung informiert wurden und kein Einspruch gegen die sofortige Beschlussfassung erhoben haben; ihre Anwesenheit ist jedoch nicht erforderlich.<sup>67</sup>

Die Reform will in Anlehnung an die Rechtslage in Deutschland (§ 48 Abs. 2 GmbHG) auch die Möglichkeit schaffen, *Gesellschafterentscheidungen außerhalb von Versammlungen* zu fassen. Das neue Gesetz sieht dazu zwei Verfahren vor, die durch den Gründungsvertrag zugelassen werden können, Art. 2479 Abs. 3 CC.<sup>68</sup> Bei dem Verfahren der schriftlichen Befragung wird die Entscheidung aller Gesellschafter auf schriftlichem Wege eingeholt. Bei dem Verfahren der schriftlichen Zustimmung ist dagegen ausreichend, dass die erforderliche Mehrheit ihre Zustimmung schriftlich erteilt hat, ohne dass die anderen Gesellschafter gesondert befragt werden müssen.

## F. Besondere Beteiligungssituationen

Die Reform brachte schließlich überfällige Neuerungen bei der Einpersonengesellschaft sowie bei der GmbH & Co. KG.

### I. Einpersonen-GmbH

Bislang war in Italien die Bildung einer Einpersonengesellschaft nur eingeschränkt möglich, was nunmehr durch die Reform geändert wurde.<sup>69</sup> Ähnlich wie in Deutschland sind folgende *Besonderheiten* zu beachten.<sup>70</sup> So müssen die Geldanlagen bereits bei der Gründung in voller Höhe erbracht werden, Art. 2464 Abs. 4 CC (ähnlich § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG) und bei der späteren Vereinigung aller Gesellschaftsanteile in einer Person innerhalb von 90 Tagen zur vollen Höhe eingezahlt werden, Art. 2464 Abs. 8 CC (ähnlich § 19 Abs. 4 GmbHG). Zudem müssen die Verwalter beim Handelsregister eine Erklärung hinterlegen, die Zu- und Vorname oder Firmenbezeichnung, Geburtsort und -datum bzw. Gründungsstaat, Wohn- bzw. Firmensitz sowie die Staatsangehörigkeit des einzigen Gesellschafters enthält, Art. 2470 Abs. 4 CC. Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften drohen harte Sanktionen: Nach Art. 2462 Abs. 2 CC haftet der Alleingesellschafter mit seinem Privatvermögen, wenn die

Gesellschaft zahlungsunfähig wird. Der Alleingesellschafter haftet im Übrigen immer für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft, Art. 2331 Abs. 2 CC i. V. m. Art. 2463 Abs. 3 CC.

Art. 2478 Abs. 3 CC verlangt, dass Verträge zwischen der Gesellschaft und dem Alleingesellschafter nur dann den Gläubigern entgegengehalten werden können, wenn sie aus dem Entscheidungsbuch der Verwaltung oder aus sonstigen schriftlichen Urkunden mit sicher nachweisbarem Datum hervorgehen. Ähnlich will § 48 Abs. 3 GmbHG vor missbräuchlichen Gestaltungen in der Einpersonen-GmbH schützen.

### II. GmbH & Co. KG

Es überrascht, dass nach bisheriger Auffassung der Rechtsprechung die Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft für unzulässig gehalten wurde.<sup>71</sup> Der neue Art. 2361 CC leitet hier eine völlige Kehrtwende ein, als er voraussetzt, dass Aktiengesellschaften Beteiligungen mit unbeschränkter Haftung übernehmen dürfen, und dafür die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung verlangt. Die Vorschrift ist entsprechend auf die s.r.l. anzuwenden,<sup>72</sup> so dass nunmehr die Rechtsform der „GmbH & Co. KG“ auch in Italien zulässig ist.

### G. Ausblick

Die Reform des Gesellschaftsrechts in Italien hat das bisherige System der weitgehenden Verweisung des Rechts der s.r.l. auf das Recht der s.p.a. eingeschränkt und damit der s.r.l. einen eigenständigen Charakter verschafft. Das neue Recht bietet jetzt den Gesellschaftern die notwendige Flexibilität, um ihre Rechtsbeziehungen im Innenverhältnis untereinander weitgehend den individuellen Bedürfnissen anzupassen. Der italienische Gesetzgeber erkennt aber weiterhin die Notwendigkeit, dass im Außenverhältnis zum Schutze der Gläubiger ein anderer Maßstab anzulegen ist. Die Beschleunigung der Errichtung von Gesellschaften erfolgt nicht über eine Abschaffung der hoheitlichen Eingangskontrolle, sondern durch eine Verkürzung der Hinterlegungsfristen und die weitreichende Übertragung der Prüfungskompetenzen auf den Notar. Auch wurden die Regelungen zur Kapitalaufbringung zwar vereinfacht, das System der Mindestkapitalausstattung jedoch beibehalten und durch neue Vorschriften zur Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterfinanzierungen ergänzt. Dokumentationsinteressen Dritter (Staat, Gläubiger) gebieten weiterhin die Mitwirkung des Notars bei dem rechtsgeschäftlichen Wechsel des Gesellschafterbestandes. Die Reform in Italien zeigt, dass das deutsche GmbH-Modell besser ist als sein Ruf hierzulande. Niemand bestreitet, dass auch Regelungen des deutschen GmbH-Rechts modernisiert und angepasst werden müssen. Die italienische Gesellschaftsrechtsreform mag hierzu zahlreiche Anregungen bieten. Grundlegende und bewährte Systementscheidungen im deutschen Gesellschaftsrechts sollten jedoch nicht vorschnell „über Bord geworfen“ werden.

<sup>67</sup> Santarcangelo, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 331.

<sup>68</sup> Vgl. dazu Santarcangelo, L'atto costitutivo di s.r.l., S. 297 ff.; Mariani/Ripa, S.r.l., delibere sociali senza confini, ItaliaOggi vom 23.3.2004, S. 34.

<sup>69</sup> Barchi/Platner, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 17 f. Im Insolvenzfall bestand eine Durchgriffshaftung, wenn einziger Gesellschafter eine juristische Person war, Art. 2497 Abs. 2 a) CC a. F.

<sup>70</sup> Vgl. im Einzelnen Stassano/Stassano, La nuova società a responsabilità limitata, S. 7 ff.; Galgano, Il nuovo diritto societario, S. 484 f.; Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni, La riforma del diritto societario, S. 144; Santosuosso, La riforma del diritto societario, S. 190; Caccavale/Magliuolo/Maltoni/Tassinari, La riforma della società a responsabilità limitata, S. 473 ff.

<sup>71</sup> Santini/Manzana/Mazzanti/Normanni, La riforma del diritto societario, S. 44; Barchi/Platner, Praktisches Handbuch der neuen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 163.

<sup>72</sup> Die zu der Vorschrift ergangene Durchführungsbestimmung Art. 111-*duodecies* der Bestimmungen zur Durchführung des Zivilgesetzbuches und Übergangsbestimmungen erwähnt ausdrücklich auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

## Mündliche Gattungs-Verschaffungsvermächtnisse im Erbschaftsteuerrecht

– zugleich Anmerkung zum Urteil des FG Köln vom 5.4.2005, 9 K 7416/01\* –

Von Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen (Bayern)

Vermächtnisse erweisen sich vielfach als ein flexibles Instrument der Nachfolgeplanung. Diese Möglichkeit könnte jedoch durch neuere Entwicklungen im Erbschaftsteuerrecht schon bald eingeschränkt werden. Die Rechtsprechung tendiert zunehmend dazu, den Erwerb eines Sachvermächtnisnehmers nicht mehr mit dem niedrigeren Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes, sondern stets mit dem gemeinen Wert zu bewerten. Dies würde vor allem die Anordnung von Vermächtnissen über Grundstücke und Unternehmensbeteiligungen unattraktiv machen. Das FG Köln folgt in einer aktuellen Entscheidung dieser Auffassung.

### A. Einführung

Das FG Köln hatte im Wesentlichen über die Frage zu entscheiden, ob ein (Gattungs-)Verschaffungsvermächtnis<sup>1</sup>, das auf die Übertragung einer Eigentumswohnung im Wert von 250.000 bis 300.000 DM gerichtet war, für Zwecke der Erbschaftsteuer beim Vermächtnisnehmer mit dem (niedrigeren) Grundbesitzwert (§ 12 Abs. 3 ErbStG i.V.m. §§ 138 ff. BewG) oder mit dem (höheren) gemeinen Wert (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 BewG) zu bewerten ist. In einer sorgfältig begründeten Entscheidung hat das FG Köln – entgegen seiner früheren Auffassung<sup>2</sup> – nunmehr den Ansatz des gemeinen Werts für sachgerecht erachtet. Sollte der BFH der Entscheidung des FG Köln folgen,<sup>3</sup> würde die Anordnung von Verschaffungsvermächtnissen über Grundbesitz in vielen Fällen aus erbschaftsteuerrechtlichen Gründen wohl nicht mehr in Betracht kommen.

### B. Anerkennung mündlicher Vermächtnisse

#### I. Sachverhalt

Eine Besonderheit des vorliegenden Falls bestand darin, dass das Verschaffungsvermächtnis nicht in dem (privatschriftlichen) Testament des Erblassers enthalten war. Der Erblasser hatte der Erbin vielmehr wenige Tage vor seinem Tode im Krankenhaus mündlich aufgetragen, für den „Vermächtnisnehmer“ aus den Mitteln des Nachlasses eine Eigentumswohnung im Wert zwischen 250.000 und 300.000 DM zu kaufen. Nach dem festgestellten Sachverhalt wollte der Erblasser die Anordnung noch in sein Testament aufnehmen. Für den Fall,

dass ihm dies nicht mehr gelingen würde, sollte die Erbin jedoch die mündliche Erklärung seines letzten Willens bezeugen. In Erfüllung der Anordnungen des Erblassers hat die Erbin nach dem Tod des Erblassers im Jahr 1998 eine Eigentumswohnung im Wert von 251.000 DM erworben und diese sodann auf den „Vermächtnisnehmer“ übertragen.

#### II. Steuerliche Anerkennung formunwirksamer Vermächtnisse

##### 1. Gründe für die Anerkennung

Aus zivilrechtlicher Sicht ist das nur mündlich angeordnete Vermächtnis des Erblassers unstreitig formunwirksam (§§ 2231, 2247, 125 BGB). Nachdem das Erbschaftsteuerrecht in starkem Maße zivilrechtlich geprägt ist,<sup>4</sup> wäre an sich zu erwarten, dass ein zivilrechtlich (form-)unwirksames Vermächtnis auch für die Erbschaftsteuer unbeachtlich ist. Umso überraschender ist es, dass das Erbschaftsteuerrecht unwirksame Verfügungen von Todes wegen in weitem Umfang anerkennt.<sup>5</sup> Die auf den ersten Blick „großzügige“ Behandlung unwirksamer Verfügungen im Erbschaftsteuerrecht ist aber durchaus sachlich gerechtfertigt.

Die Abgabenordnung sieht ausdrücklich vor, dass die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften für die Besteuerung unbeachtlich ist, soweit und solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis dieses Rechtsgeschäfts gleichwohl eintreten und bestehen lassen (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AO<sup>6</sup>).<sup>7</sup> Diese Regelung wird (zumindest ihrem Rechtsgedanken nach) auch auf Testamente als einseitige Rechtsgeschäfte angewandt, an denen nur der Erblasser beteiligt ist.

\* MittBayNot 2006, 83 (in diesem Heft) = ZErB 2005, 257 = EFG 2005, 1133 mit Anm. *Fumi*.

<sup>1</sup> Zu zivilrechtlichen Fragen des Verschaffungsvermächtnisses siehe nur *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 2170 Rdnr. 1 ff.; *Fegeler* in Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2001, Abschnitt B VI. Rdnr. 82 ff.; *J. Mayer* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar Erbrecht, 2004, § 2170 Rdnr. 1 ff.; *Müller-Christmann* in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 2170 Rdnr. 1 ff.; *Staudinger/Otte*, BGB, Stand Dezember 2002, § 2170 Rdnr. 1 ff.; *Münch-KommBGB/Schlichting*, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2170 Rdnr. 1 ff.; *Schlitt* in Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 15 Rdnr. 24 ff.

<sup>2</sup> FG Köln, EFG 1999, 36 = ZEV 1999, 119. Das Urteil wurde durch den BFH (BFH/NV 2001, 601) aufgehoben. Die erbschaftsteuerrechtliche Behandlung des Verschaffungsvermächtnisses wurde durch die Revisionsentscheidung indes nicht geklärt.

<sup>3</sup> Davon ist im Hinblick auf die Entscheidung des BFH zu Vermächtnissen auszugehen (s. u. Fn. 24 und 34). Siehe im Einzelnen unten Abschnitt 3. f.

<sup>4</sup> Ausführlich dazu *Crezelius*, Erbschaft- und Schenkungsteuer in zivilrechtlicher Sicht, 1979, § 8, S. 30 ff.; *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 2005, Einführung Rdnr. 29 ff. (Stand Februar 2001); *Kapp/Ebeling*, ErbStG, 12. Aufl. 2005, § 1 Rdnr. 5 ff. (Stand Mai 2005); *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl. 2004, Einführung Rdnr. 7 f.; *Moench* in Moench, ErbStG, 2005, Einführung Rdnr. 55 ff. (Stand Mai 2003).

<sup>5</sup> Ausführlich zum Ganzen *Crezelius*, § 11, S. 43 ff.; *Engel/Coone*, INF 1995, 328; *Gebel*, UVR 1995, 239; *Kapp*, BB 1989, 997; *Moench*, ZErB 2000, 8; *Schuhmann*, UVR 1989, 230; *Theysohn-Wadle*, ZEV 2002, 221.

<sup>6</sup> Die Vorschrift lautet auszugsweise wie folgt: „Ist ein Rechtsgeschäft unwirksam (...), so ist dies für die Besteuerung unerheblich, soweit und solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis dieses Rechtsgeschäfts gleichwohl eintreten und bestehen lassen.“

<sup>7</sup> Ausführlich dazu *Brockmeyer* in Klein, Abgabenordnung, 8. Aufl. 2003, § 41 Rdnr. 1 ff.; *Koenig* in Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2004, § 41 Rdnr. 1 ff.

Darüber hinaus käme es in vielen Fällen zu einer unbilligen Doppelbesteuerung, wenn unwirksame, aber gleichwohl vollzogene Verfügungen von Todes wegen bei der Erbschaftsteuer in keiner Weise berücksichtigt werden würden. Im vorliegenden Fall hätte dies beispielsweise zur Folge, dass die Erbin den Nachlass voll versteuern müsste und das (unwirksame) „Vermächtnis“ auch nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehen könnte (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG). Die Erbin müsste demnach – unter Verstoß gegen das Bereicherungsprinzip (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) – einen Erwerb versteuern, den sie in dieser Form gar nicht gemacht hat. Die Übertragung der Eigentumswohnung von der Erbin auf den „Vermächtnisnehmer“ wäre zudem eine steuerpflichtige Schenkung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Für die Steuerklasse wäre dabei nicht das Verhältnis zum Erblasser, sondern das (ungünstigere) Verwandtschaftsverhältnis zur Erbin maßgebend.

## 2. Möglicher Widerspruch zwischen Zivilrecht und Steuerrecht

Verfügungen von Todes wegen sind demnach unter bestimmten Voraussetzungen auch dann der Erbschaftsteuer zugrunde zu legen, wenn sie zivilrechtlich unwirksam sind. In einer solchen Besteuerung ist kein Widerspruch zwischen Zivilrecht und Steuerrecht zu sehen. Der BFH<sup>8</sup> ist entsprechenden Einwänden bereits im Jahre 1973 überzeugend entgegengetreten und hat dazu u. a. ausgeführt:

„(...) Dem liegt das prinzipielle Missverständnis zugrunde, als ob durch die Anwendung des § 5 Abs. 3 StAnpG<sup>9</sup> das bürgerliche Recht eingeschränkt, seiner Geltung beraubt würde. Auch für das Steuerrecht ist und bleibt aber die vom Erblasser dem Kläger nur mündlich eröffnete Verfügung, die nicht die Voraussetzungen eines Nottestaments (§§ 2249, 2250 Abs. 2 BGB) erfüllt, wichtig. Das bürgerliche Recht dagegen, enthält keine Anordnung darüber, wie ein solcher Fall zu besteuern ist, wenn die Testamentserben trotz Nichtigkeit des Testaments dem letzten Willen des Erblassers Rechnung tragen. Das ist allein eine Frage des Steuerrechts; zwischen § 125 BGB und § 5 Abs. 3 StAnpG besteht darüber kein Widerspruch. (...)“

## 3. Voraussetzungen für die Anerkennung

### a) Rechtsprechungsgrundsätze

Bei der Besteuerung von Erbschaften können unwirksame Verfügungen von Todes wegen allerdings nicht uneingeschränkt berücksichtigt werden. Andernfalls könnten die Beteiligten die Erbschaftsteuer mehr oder weniger nach Belieben manipulieren. Steuern dürfen aber nur aufgrund und im Rahmen gesetzlicher Vorschriften erhoben werden (s. § 3 Abs. 1 AO). Die steuerliche Anerkennung unwirksamer Verfügungen von Todes wegen ist daher nur unter eng begrenzten Voraussetzungen möglich. Der BFH<sup>10</sup> hat diese in einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2000 wie folgt zusammengefasst:

„(...) Wird eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen ausgeführt, obwohl sie unwirksam ist, und beruht die Ausführung der Verfügung auf der Beachtung des erblasserischen Willens, den Begünstigter und Belasteter anerkennen, so hat die Besteuerung nach dem Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs zu beachten (...) § 41 Abs. 1 Satz 1 AO 1977 (...). (Die) erbchaftsteuerliche Beachtung unwirksamer Verfügungen von Todes wegen (setzt) zweierlei voraus:

1. Es muss eine – wenn auch den Wirksamkeitsanforderungen eines Testaments nicht genügende – Anordnung des Erblassers vorliegen, die dieser im Hinblick auf seinen Tod getroffen hat.

2. Die von den an dem Erbfall Beteiligten getroffene Regelung muss auf Grund der Anordnung des Erblassers ausgeführt worden sein.

Nur in diesem Fall haben die Bereicherung des Begünstigten und die Verminderung der Bereicherung des Beschwerdeführers ihre Wurzeln im erblasserischen Willen (...) Ein formunwirksames Vermächtnis (...) kann demnach der Besteuerung nur dann zugrunde gelegt werden, wenn feststeht, dass der Beschwerdeführer die Rechtshandlungen, die sich als Erfüllung dieses Vermächtnisses darstellen, mit dem Willen vorgenommen hat, dem Verlangen des Erblassers zu entsprechen. Erfolgt die Rechtshandlungen dagegen in Unkenntnis eines entsprechenden Erblasserswillens, so stellen sie sich nicht als Vollzug dieses Willens dar; die an der Vornahme der Rechtshandlung beteiligten Personen lassen dann nicht das wirtschaftliche Ergebnis des unwirksamen Rechtsgeschäfts eintreten, sondern treffen unabhängig davon Verfügungen, die sich nur nach ihren eigenen Vorstellungen richten. (...)“

Das Schrifttum stimmt dieser Rechtsprechung des BFH ganz überwiegend zu.<sup>11</sup> Die Finanzgerichte folgen dem BFH in dieser Frage gleichfalls,<sup>12</sup> wie auch die vorliegende Entscheidung des FG Köln erneut bestätigt hat. Die Finanzverwaltung hat sich zur steuerlichen Anerkennung unwirksamer Verfügungen von Todes wegen (soweit ersichtlich) noch nicht ausdrücklich geäußert, wendet die Rechtsprechungsgrundsätze in der Praxis aber ohne weiteres an.

### b) Einzelne Voraussetzungen

#### aa) Wille des Erblassers

Die Anerkennung einer unwirksamen Verfügung von Todes wegen setzt zunächst voraus, dass es sich bei der Anordnung um den letzten Willen des Erblassers handelt. Bloße Vorüberlegungen, Gedankenspiele oder Ankündigungen sind demnach nicht ausreichend. Vielmehr muss der Wille des Erblassers auf die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen

mündlich angeordneten Vorausvermächtnis); RFH, RStBf 1942, 1116 (zur steuerlichen Anerkennung einer mündlichen letztwilligen Verfügung, obwohl dadurch der Erbteil dem Zugriff des Gläubigers des tatsächlich Bedachten entzogen worden ist); RFH, RStBf 1942, 587 (zur Anerkennung einer mündlichen Äußerung des Erblassers gegenüber einer Hausgehilfin als Testament).

<sup>11</sup> S. nur Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, § 3 ErbStG Rdnr. 56 ff. (Stand September 2001); Geck in Ebeling/Geck, Handbuch der Erbgemeinschaft, 2005, Teil II Rdnr. 54 ff. (Stand Juni 2005); Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, BewG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 112 ff.; Kapp/Ebeling, § 3 ErbStG Rdnr. 67 ff. (Stand Mai 2005); Meincke, § 3 ErbStG Rdnr. 28 f., 39; Moench in Moench, § 3 ErbStG Rdnr. 54 ff. (Stand Mai 2005); Wilms in Wilms, ErbStG, 2005, § 3 Rdnr. 108 f. (Stand März 2002).

<sup>12</sup> S. etwa FG München, UVR 1994, 185; UVR 1994, 58; UVR 1992, 216; FG Münster, EFG 1971, 590.

<sup>8</sup> BStBl II 1974, 340 = DStR 1974, 288.

<sup>9</sup> Die Regelung entspricht heute § 41 AO (s. o. Fn. 6).

<sup>10</sup> Zuletzt BFH, BStBl II 2000, 558 = ZEV 2000, 335 = FR 2000, 830 mit Anm. Viskorf. Zuvor bereits BFH, BStBl II 1982, 28 (zu einem Testament, das aufgrund bindender wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament unwirksam war); BFH, BStBl II 1974, 340 = DStR 1974, 288 (zur mündlichen Anordnung eines Erblassers, der zum Zeitpunkt der Willensäußerung zu einer eigenhändigen Änderung seines Testaments nicht mehr in der Lage war); BFH, BStBl II 1970, 119 = DStR 1970, 118 (zu einem

gerichtet sein. Die Abgrenzung zwischen dem letzten Willen des Erblassers und unverbindlichen Entwürfen ist schon bei formwirksamen Verfügungen von Todes wegen alles andere als einfach (z. B. bei den sogenannten Brieftestamenten).<sup>13</sup> Besondere Schwierigkeiten ergeben sich naturgemäß, wenn der Erblasser seinen Willen nur mündlich geäußert hat.<sup>14</sup>

Die Feststellungslast für den Nachweis des (unwirksamen) Erblasserwillens trägt der Erbe bzw. der Erwerber. Vielfach wird in diesem Zusammenhang eine „sorgfältige Sachverhalts-ermittlung und (eine) kritische Beweiswürdigung“ verlangt.<sup>15</sup> In der Praxis werden an den Nachweis allerdings meist nur geringe Anforderungen gestellt.<sup>16</sup> Dies zeigt sich auch im vorliegenden Fall. Das FG Köln hat zur Feststellung der mündlichen Anordnungen des Erblassers kurz vor seinem Tod im Jahr 1998 entscheidend auf die Ausführungen in der notariellen Urkunde zur Übertragung der Eigentumswohnung aus dem Jahr 1999 abgestellt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Für die – zumal unstreitige – Annahme, dass eine Verfügung von Todes wegen dieses Inhalts nicht lediglich behauptet wird, spricht insbesondere die Tatsache, dass die am Erbfall Beteiligten die mündliche Anordnung des Erblassers ausdrücklich als ‚Rechtsgrund der Übergabe‘<sup>17</sup> in den zur Erfüllung des Vermächnisses abgeschlossenen Notarvertrag vom ... 1999 aufgenommen haben.“ Dies zeigt einmal mehr, welcher hoher Beweiswert notariellen Urkunden in Steuerverfahren beige-messen wird (siehe auch §§ 415, 418 ZPO und § 92 Nr. 3 AO). In entsprechenden Fällen kann es sich daher empfehlen, den der Übertragung zugrundeliegenden Sachverhalt – wie dies im vorliegenden Fall auch geschehen ist – unmittelbar in der notariellen Urkunde klar und zweifelsfrei zu dokumentieren. Bei der Formulierung wird man sich an den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientieren.

Der Erblasserwille kann aber selbstverständlich auch mit anderen Beweismitteln nachgewiesen werden. In Betracht kom-

<sup>13</sup> Ausführlich zur Frage des Testierwillens *Staudinger/Baumann*, BGB, § 2247 Rdnr. 15 ff. (Stand Mai 2003); *Beck* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, § 2247 BGB Rdnr. 8 ff.; *Palandt/Edenhofer*, § 2247 BGB Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Hagena*, § 2247 Rdnr. 5 ff.; *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2247 BGB Rdnr. 3; *Stahl* in *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 5 Rdnr. 21; *Voit* in *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2003, § 2247 Rdnr. 4 ff.

<sup>14</sup> Nach Auffassung der Rechtsprechung genügt bei einer mündlichen Verfügung von Todes wegen das „*ernstliche Verlangen des Erblassers, dass nach seinem Tode mit dem Nachlass in dem von ihm gewollten Sinne verfahren*“ wird selbst dann, wenn er sich der bürgerlich-rechtlichen Unwirksamkeit seiner Verfügung bewusst war. So etwa BFH, BStBl II 1974, 340 = DStR 1974, 288; BStBl II 1970, 119 = DStR 1970, 118.

<sup>15</sup> So etwa BFH, BStBl II 1970, 119 = DStR 1970, 118. Zustimmung etwa *Kapp/Ebeling*, § 3 ErbStG Rdnr. 77 (Stand April 2001).

<sup>16</sup> Kritisch dazu *Hübner* in *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, § 3 ErbStG Rdnr. 112; *Gebel*, UVR 1995, 239; *ders.* in *Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 60 (Stand September 2001); *Moench* in *Moench*, § 3 ErbStG Rdnr. 57 (Stand Oktober 2002).

<sup>17</sup> In der Notarurkunde wurde unter dem Abschnitt „Rechtsgrund der Übergabe“ u. a. Folgendes niedergelegt: „*Frau (...) verwirklicht durch die Übergabe den letzten Willen ihres Bruders, Herrn (...). Herr (...) verstarb am (...) 1998 im Krankenhaus der Universitätsklinik in (...). Kurz vor seinem Tode hat Herr (...) sich entschlossen, Herrn (...) eine Eigentumswohnung im Wert von etwa 250.000,- DM zu vermachen. Hierbei war es ihm wichtig, dass Herrn (...) kein Bargeld, sondern nur die Immobilie übergeben wird. Herr (...) teilte dies als seinen letzten Willen Herrn (...) und Frau (...) mit, um beide zu verpflichten, diesen Willen bei der Umsetzung seines Testaments auch dann zu befolgen, wenn es ihm nicht mehr möglich sein sollte, ihn schriftlich zu fixieren.*“

men dabei insbesondere Zeugenaussagen (z. B. von Ärzten, Pflegepersonal, Angehörigen, Steuerberatern<sup>18</sup>, Rechtsanwälten) und Schriftstücke (z. B. Briefe<sup>19</sup>, Notizzettel, Termin-kalender). Den Aussagen unabhängiger Zeugen wird man dabei im Allgemeinen einen höheren Beweiswert beimessen als den Aussagen von Personen, die an dem Erbfall selbst in irgendeiner Weise (z. B. als Erbe, Vermächtnisnehmer oder anderweitig Begünstigter) beteiligt sind. Wenig glaubhaft werden im Allgemeinen solche Nachweise sein, die schon dem äußeren Anschein nach ausschließlich auf die Reduzierung der Erbschaftsteuerbelastung gerichtet sind (z. B. die behauptete Anordnung mündlicher Vermächnisse zugunsten der Kinder und Enkel in Höhe der jeweils gültigen Erbschaftsteuerfreibeträge).

Ein gewisses Indiz für das Vorliegen eines entsprechenden Erblasserwillens kann im Einzelfall auch sein, dass dieser in zeitlicher Nähe zum Erbfall tatsächlich vollzogen wird.

### bb) Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen

Die Frage nach der steuerlichen Anerkennung der Verfügung von Todes wegen stellt sich naturgemäß nur dann, wenn die Anordnung des Erblassers zivilrechtlich unwirksam ist. Die Verfügung von Todes wegen muss dabei keineswegs aufgrund der Verletzung von Formvorschriften unwirksam sein,<sup>20</sup> auch wenn dies in der Praxis vermutlich der häufigste Fall sein dürfte. Die Rechtsprechungsgrundsätze gelten vielmehr auch dann, wenn die Verfügung von Todes wegen aus anderen Gründen unwirksam ist. Denkbar sind etwa folgende Fälle:

- Mangelnde Testier- oder Geschäftsfähigkeit (§§ 2247 Abs. 4, 2275 BGB),
- Keine höchstpersönliche Errichtung des Testaments (§§ 2065 f. BGB),
- Abweichung von bindenden Verfügungen in einem früheren Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testament (§§ 2271, 2289 BGB),<sup>21</sup>
- Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB, z. B. das Heimgesetz).

Die Unwirksamkeit muss im Übrigen nicht unbedingt die Errichtung einer Verfügung betreffen, sondern kann sich auch auf eine spätere Änderung oder eine Aufhebung beziehen.

Dagegen ist ein Testament, das vom Erblasser durch seine Vernichtung, Veränderungen oder die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung widerrufen worden ist (§§ 2255 f. BGB), auch erbschaftsteuerrechtlich unwirksam. In solchen Fällen kann das Testament nicht mehr anerkannt werden, da der Erblasser durch sein Verhalten gerade zum Ausdruck gebracht hat, dass die Anordnungen nicht mehr seinem letzten Willen entsprechen.

<sup>18</sup> Siehe dazu etwa den Fall des FG München, UVR 1994, 185, wo der Nachweis für ein mündlich angeordnetes Vermächtnis vor allem durch die Aussage eines Steuerberaters über eine beabsichtigte Nachfolgeregelung erbracht werden konnte.

<sup>19</sup> Siehe dazu den Fall des FG München, UVR 1994, 58, wo die Anordnung mündlicher Vermächnisse der Erblasserin durch einen Brief nachgewiesen werden sollte, dieser aber nicht mehr auffindbar war.

<sup>20</sup> Anders noch § 11 ErbStG 1925, wonach nur Formmängel unbeachtlich waren. § 11 des Gesetzes über die Vermögen- und Erbschaftsteuer vom 10.8.1925 (RGBl 1925 I, 233) lautete wie folgt: „Erfüllt der Erbe eine wegen Formmangels nichtige Verfügung von Todes wegen, so ist nur die Steuer zu erheben, die bei Gültigkeit der Verfügung des Erblassers zu entrichten gewesen wäre.“

<sup>21</sup> Siehe dazu die Fälle BFH, BStBl II 1982, 28 = NJW 1982, 407; FG München, UVR 1994, 185; UVR 1994, 58.

### cc) Tatsächliche Beachtung des Willens des Erblassers

Weitere Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung der zivilrechtlich unwirksamen Verfügung von Todes wegen ist schließlich, dass der letzte Wille des Erblassers von den Beteiligten beachtet und auch tatsächlich vollzogen wird. Werden die Anordnungen des Erblassers nur teilweise vollzogen,<sup>22</sup> kann die unwirksame Verfügung von Todes wegen auch nur insoweit der Besteuerung zugrunde gelegt werden (s. § 41 Abs. 1 Satz 1 AO: „soweit und solange“).

## 4. Praktische Konsequenzen

Für die Beratungspraxis ergibt sich daraus, dass auch Verfügungen von Todes wegen, die zivilrechtlich zweifelsfrei unwirksam sind, nicht unbedingt völlig unbeachtlich sind. Vielmehr können sie in Einzelfällen die entscheidende Grundlage für eine steuergünstige Nachlassabwicklung sein.

In Fällen, in denen der Erbfall noch nicht eingetreten ist, mag die Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen aufgrund der Bindungswirkung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments zivilrechtlich nicht mehr möglich sein. Erbschaftsteuerrechtlich kann sie unter Umständen aber gleichwohl sinnvoll sein.

## C. Bewertung eines Gattungs-Verschaffungsvermächtnisses

### I. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall war das mündlich angeordnete Verschaffungsvermächtnis für Zwecke der Erbschaftsteuer als wirksam anzuerkennen. Das FG Köln hatte sich daher mit der weiteren Frage zu befassen, ob der Erwerb des „Vermächtnisnehmers“ mit dem Grundbesitzwert (hier: 108.000 DM) oder mit dem gemeinen Wert (hier: 251.000 DM) der Eigentumswohnung zu bewerten war.

### II. Streitfrage

#### 1. Ausgangssituation

Bei einem Verschaffungsvermächtnis erwirbt der Begünstigte einen Anspruch auf Übereignung eines Gegenstandes, der sich nicht im Nachlass befindet, sondern von dem Beschwerten mit den Mitteln des Nachlasses erst beschafft werden muss (§§ 2169 Abs. 1, 2170 BGB). Das Verschaffungsvermächtnis ist in der Gestaltungspraxis insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Erblasser die erbschaftsteuerrechtlichen Bewertungsvorteile für bestimmte Sachwerte (z. B. Grundstücke) nutzen möchte, diese aber nicht selbst erworben hat und zu seinen Lebzeiten auch nicht mehr erwerben will.<sup>23</sup>

Ein Verschaffungsvermächtnis hat an drei Stellen Berührungspunkte mit der Erbschaftsteuer:

<sup>22</sup> Einen solchen Fall betraf die Entscheidung des BFH, BStBl II 1982, 28 = NJW 1982, 407.

<sup>23</sup> Ausführlich zur Möglichkeit der (vermeintlichen) Erbschaftsteuerersparnis durch Verschaffungsvermächtnisse *Daragan/Krug/Tanck*, Testamente, 2. Aufl. 2002, § 15 Rdnr. 27; *Daragan*, DStR 1998, 357, 359; *Gerken*, Steuergestaltung bei Schenkung und Erbschaft, 2002, Rdnr. 142 f.; *Riedel*, ZErB 2002, 43; *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, 2. Aufl. 2003, Stichwort „Vermächtnis“ Rdnr. 18; *Wälzholz*, ZEV 2001, 392, 393 f.

- **Bereicherung des Erben:** Der Erbe erwirbt zunächst das im Nachlass vorhandene Geldvermögen und muss dieses mit dem Nominalwert versteuern. Im vorliegenden Fall gehörte zum erstbeurpflichtigen Erwerb der Erbin u. a. auch das Barvermögen in Höhe von 251.000 DM (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

- **Belastung des Erben:** Der Erbe muss sodann mit den zum Nachlass gehörenden Geldmitteln einen bestimmten Gegenstand beschaffen (oftmals ein Grundstück). Von seinem Erwerb kann er daher die Vermächtnisverbindlichkeit in Abzug bringen (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG). Die Höhe der Vermächtnisverbindlichkeit bemisst sich dabei – bislang unstrittig – nach dem Geldbetrag, den der Erbe tatsächlich zur Erfüllung des Vermächtnisses aufwenden muss. Im vorliegenden Fall konnte die Erbin somit von ihrem steuerpflichtigen Erwerb eine Nachlassverbindlichkeit in Höhe von 251.000 DM steuermindernd in Abzug bringen.

- **Bereicherung des Vermächtnisnehmers:** Noch nicht abschließend geklärt ist dagegen, in welcher Höhe der Erwerb des Vermächtnisnehmers zu besteuern ist.

Der BFH hatte bislang über diese Frage noch nicht zu entscheiden.<sup>24</sup> Die Finanzverwaltung hat sich lediglich dahin gehend geäußert, dass dem Berechtigten eines Verschaffungsvermächtnisses die Vergünstigungen für Betriebsvermögen (§§ 13a, 19a ErbStG) nicht zu gewähren sind (R 55 Abs. 4 Satz 3 ErbStR).<sup>25</sup> Diese Auffassung dürfte aber vor allem darin begründet sein, dass bei einem Verschaffungsvermächtnis der Erblasser nicht selbst Inhaber des begünstigten Betriebsvermögens war und es demnach beim Übergang des Betriebsvermögens an der notwendigen Kontinuität zwischen Erblasser und Erwerber fehlt. Zur erbschaftsteuerlichen Behandlung von Verschaffungsvermächtnissen, die auf Grundstücke gerichtet sind, liegen dagegen (soweit ersichtlich) noch keine Stellungnahmen der Finanzverwaltung vor.<sup>26</sup> Im Schrifttum wird die Frage kontrovers diskutiert.

#### 2. Maßgeblichkeit des gemeinen Werts

Das FG Köln hat sich nunmehr dafür ausgesprochen, den Erwerb des Begünstigten eines Verschaffungsvermächtnisses mit dem gemeinen Wert zu besteuern.<sup>27</sup>

Für diese Auffassung spricht vor allem das sogenannte Korrespondenzprinzip. Danach sollen sich die Steuerlast des Vermächtnisnehmers (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und die Nachlassverbindlichkeit des Erben (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) wertmäßig entsprechen. Der Erbe kann die Vermächtnisverbindlichkeit in Höhe seiner tatsächlichen Aufwendungen steuermindernd geltend machen (hier: 251.000 DM). Dem

<sup>24</sup> In vergleichbaren Konstellationen hat der BFH jedoch stets den gemeinen Wert zugrunde gelegt. Zu einem Kaufrechtsvermächtnis BFH, MittBayNot 2001, 590 mit Anm. *Wälzholz*; BFH, BFH/NV 2001, 1564. Zu einem Wahlvermächtnis BFH, BStBl II 2001, 725 = ZEV 2001, 452 mit Anm. *Wälzholz*.

<sup>25</sup> Zustimmend *Kapp/Ebeling*, 12. Aufl. 2005, § 13 a ErbStG Rdnr. 16 (Stand Juli 2002); *Weinmann* in Moench, § 13 a ErbStG Rdnr. 50 (Stand Juni 2004). Zu Recht anderer Auffassung *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, § 13 a ErbStG Rdnr. 12 f.; *ders.*, DStR 2003, 4 f.; *Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, § 13 a ErbStG Rdnr. 28, 132 (Stand März 2005); *Meincke*, § 13 a ErbStG Rdnr. 7 f.

<sup>26</sup> In Abschnitt R 92 Abs. 2 Satz 1 und 124 Abs. 3 Satz 2 ErbStR nimmt die Finanzverwaltung nur allgemein zu Sachvermächtnissen, nicht aber speziell zu Verschaffungsvermächtnissen Stellung.

<sup>27</sup> So auch *Gebel* in Troll/Gebel/Jülicher, § 3 ErbStG Rdnr. 174 (Stand März 2005); *ders.*, ZEV 1999, 85, 87; *Moench* in Moench, § 3 ErbStG Rdnr. 104 f. (Stand Mai 2005).

entspricht es, auch den Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Übertragung der (vom Erben beschafften) Eigentumswohnung mit dem gemeinen Wert anzusetzen (d. h. hier gleichfalls 251.000 DM).

Dem Korrespondenzprinzip könnte man indes (theoretisch) auch dadurch Rechnung tragen, dass man sowohl beim Erben als auch beim Vermächtnisnehmer den Grundbesitzwert (hier: 108.000 DM) ansetzt. Dagegen spricht aber vor allem, dass es dann beim Erben insoweit zu einer Besteuerung käme, obwohl dieser gar nicht bereichert ist. Der Erbe hätte Aufwendungen in Höhe des gemeinen Werts (hier in Höhe von 251.000 DM für den Kauf der Eigentumswohnung) und könnte gleichwohl nur eine Nachlassverbindlichkeit in Höhe des Grundbesitzwerts (hier: 108.000 DM) steuermindernd geltend machen. Die daraus resultierende Besteuerung des Erben wäre mit dem Bereicherungsprinzip (s. § 10 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) indes nicht vereinbar.

Darüber hinaus begründet das FG Köln die Bewertung mit dem gemeinen Wert mit den Besonderheiten des hier vorliegenden Gattungs-Verschaffungsvermächnisses. In diesem Fall steht der Gegenstand der Zuwendung im Zeitpunkt der Entstehung der Erbschaftsteuer (§ 11 ErbStG) noch gar nicht fest, sondern muss durch die Beschaffung erst noch konkretisiert werden. Die Bewertung eines Grundstücks mit dem Grundbesitzwert sei schon praktisch nicht möglich, wenn das zu bewertende Grundstück noch gar nicht feststeht.

### 3. Maßgeblichkeit des Steuerwerts

Das Korrespondenzprinzip ist indes nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.<sup>28</sup> Es wird daher auch die Auffassung vertreten, dass beim Verschaffungsvermächnis der Erwerb des Vermächtnisnehmers nur mit dem Grundbesitzwert (hier: 108.000 DM) zu bewerten ist.<sup>29</sup>

Für diese Auffassung spricht vor allem das Bereicherungsprinzip des Erbschaftsteuerrechts.<sup>30</sup> Grundgedanke der Erbschaftsteuer ist es, den beim Erwerber aufgrund des Erbfalls eingetretenen Zuwachs an Leistungsfähigkeit zu besteuern. Die Bereicherung dient damit sowohl der Rechtfertigung als auch der Begrenzung der Erbschaftsteuer. Die Bereicherung beim Verschaffungsvermächnis besteht im Regelfall aber gerade in der Sache selbst. Die Besteuerung mit dem gemeinen Wert der Sache knüpft dagegen an eine Bereicherung an, die beim Begünstigten des Verschaffungsvermächnisses überhaupt nicht eingetreten ist. In dem Konflikt zwischen Bereicherungs- und Korrespondenzprinzip verdient im Übrigen das Bereicherungsprinzip den Vorrang, da nur dieses gesetzlich geregelt ist (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG).

Für den Ansatz des Grundbesitzwerts spricht darüber hinaus die allgemeine Überlegung, dass ein Anspruch keinen höheren Wert als eine Sache selbst haben kann. Der Vermächtnisnehmer erwirbt im Unterschied zum Erben nicht die Sache selbst, sondern lediglich einen auf die Übertragung der (erst

noch zu beschaffenden) Sache gerichteten schuldrechtlichen Anspruch. Dieser Anspruch kann aber nicht mehr wert sein als die Sache selbst.<sup>31</sup>

Darüber hinaus deutet auch der Gesetzeswortlaut darauf hin, dass der Erwerb des Vermächtnisnehmers mit dem Grundbesitzwert zu bewerten ist. Der Erbschaftsteuer unterliegt der Erwerb „durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs)“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Das Erbschaftsteuergesetz löst sich hier mithin von der bürgerlich-rechtlichen Betrachtungsweise. Gegenstand der Besteuerung ist dasjenige, was der Vermächtnisnehmer in Erfüllung des Vermächtnisanspruchs tatsächlich erwirbt (hier: die Eigentumswohnung) und nicht schon der darauf gerichtete Vermächtnisanspruch.<sup>32</sup>

Der Bewertung des Erwerbs des Vermächtnisnehmers mit dem gemeinen Wert hätte zudem zur Folge, dass es zu einer unterschiedlichen Besteuerung bei Erben und Vermächtnisnehmern käme. Beim Erben eines Grundstücks käme der Grundbesitzwert zum Ansatz, der Vermächtnisnehmer müsste dagegen den gemeinen Wert versteuern. Der Gesetzgeber des Erbschaftsteuergesetzes ist aber gerade davon ausgegangen, dass der Erwerb von Erben und Vermächtnisnehmern in gleicher Weise der Besteuerung unterliegt (s. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, in dem beide Erwerbsvorgänge nacheinander und gleichberechtigt aufgeführt sind). Eine unterschiedliche Behandlung von Erben und Vermächtnisnehmer wäre allenfalls dahingehend gerechtfertigt, dass die Erbschaftsteuerbelastung des Vermächtnisnehmers geringer als diejenige des Erben ist, um auf diese Weise der schwächeren Rechtsposition des Vermächtnisnehmers Rechnung zu tragen. Der Erbe erwirbt Eigentum und Besitz an den Nachlassgegenständen unmittelbar im Zeitpunkt des Todes, während der Vermächtnisnehmer den zugewandten Gegenstand erst mit der Erfüllung des Vermächtnisses erwirbt.

Die mangelnde Konkretisierung des Vermächtnisgegenstands bei einem Gattungs-Verschaffungsvermächnis steht einer Bewertung mit dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstands nicht entgegen. Die Erbschaftsteuer entsteht mit dem Tod des Erblassers (§ 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 1 ErbStG). Zu diesem Zeitpunkt steht der Gegenstand des Vermächtnisses naturgemäß noch nicht fest, so dass auch eine Bestimmung des Steuerwerts ausscheidet. Allerdings ist zu diesem Zeitpunkt auch die Höhe der tatsächlichen Aufwendungen für die Beschaffung des Vermächtnisgegenstands noch nicht bekannt (hier: Kauf einer Eigentumswohnung im Wert zwischen 250.000 und 300.000 DM), so dass auch der Ansatz des gemeinen Werts noch nicht möglich ist. Eine spätere Änderung des (bereits erlassenen) Erbschaftsteuerbescheids ist demnach ohnehin notwendig und auch möglich (s. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO). Im Übrigen erscheint es wenig sinnvoll, Gattungs- und

<sup>28</sup> Das FG Köln, MittBayNot 2006, 83 (in diesem Heft) geht indes davon aus, dass sich der Grundgedanke des Korrespondenzprinzips auch in § 10 Abs. 6 ErbStG wiederfindet.

<sup>29</sup> In diesem Sinne etwa FG München, EFG 2002, 1465; Geck in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, Abschnitt C Rdnr. 32; Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, § 3 ErbStG Rdnr. 131; Kapp/Ebeling, § 3 ErbStG Rdnr. 176 (Stand April 2004); Meincke, § 3 ErbStG Rdnr. 42; Wälzholz, ZEV 2001, 392, 393 f.

<sup>30</sup> Das FG Köln, MittBayNot 2006, 83 (in diesem Heft) spricht in diesem Zusammenhang auch von der „fundamentale(n) Bedeutung des erbschaftsteuerlichen Bereicherungsprinzips (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG)“.

<sup>31</sup> Siehe dazu auch Meincke, § 3 ErbStG Rdnr. 40 mit weitergehenden Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung des BFH und des RFH. Kritisch zu dieser Begründung Moench in Moench, § 3 ErbStG Rdnr. 101 (Stand Dezember 2003): „dogmatisch nicht haltbar“.

<sup>32</sup> So insbesondere Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, § 3 ErbStG Rdnr. 23, 127 ff. Anders allerdings der BFH in seinen Entscheidungen zum Kaufrechts- und Wahlvermächnis (Fn. 25). Dort hat er u. a. Folgendes ausgeführt: „Der Bewertung eines Vermächtnisses nach § 12 ErbStG hat die Bestimmung dessen vorauszugehen, was der Bedachte „durch Vermächtnis“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) mit dem Tod des Erblassers erworben hat. Dies ist Gegenstand des Vermächtnisses und nicht dasjenige, was er „aufgrund“ des Vermächtnisses, d. h. zu dessen Erfüllung, letztlich erhält. (...)“ Diese Begründung hat auch das FG Köln, MittBayNot 2006, 83 (in diesem Heft) wörtlich übernommen.

Stück-Verschaffungsvermächtnisse für Zwecke der Erbschaftsteuer unterschiedlich zu bewerten, obwohl der Vermächtnisgegenstand in beiden Fällen nicht zum Nachlass gehört.

#### 4. Entscheidung des FG Köln

Nach sorgfältiger Abwägung aller Argumente gelangt das FG Köln gleichwohl zu dem Ergebnis, dass der Anspruch des Begünstigten eines Verschaffungsvermächtnisses mit dem gemeinen Wert anzusetzen ist. Das FG Köln hat an diesem Ergebnis aber insbesondere deshalb Bedenken, weil es zu einem nur schwer nachvollziehbaren Unterschied zwischen der erbschaftsteuerrechtlichen Behandlung eines reinen Sachvermächtnisses und eines Verschaffungsvermächtnisses führt.<sup>33</sup> Bei einem reinen Sachvermächtnis ist für die Besteuerung des Vermächtnisnehmers von dem steuerlichen Wert des jeweiligen Vermächtnisgegenstands auszugehen. Bei einem Grundstücksvermächtnis ist demnach der (niedrigere) Grundbesitzwert maßgebend. Bei einem Verschaffungsvermächtnis wäre dagegen – folgt man dem Korrespondenzprinzip – stets der gemeine Wert anzusetzen. Es lässt sich in der Tat sachlich kaum rechtfertigen, dass die Besteuerung des Vermächtnisnehmers davon abhängt, ob der Vermächtnisgegenstand zum Nachlass gehört (dann Steuerwert) oder nicht (dann gemeiner Wert).

Diesen Wertungswiderspruch wird der BFH vermutlich allerdings nicht dadurch beseitigen, dass er beim Verschaffungsvermächtnis – in Durchbrechung des Korrespondenzprinzips – den Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes ansetzt. Vielmehr ist zu erwarten, dass der BFH künftig bei der Besteuerung beider Vermächtnisnehmer stets den gemeinen Wert zugrunde legen wird. Eine andere Entscheidung des BFH wäre mehr als überraschend, nachdem der Zweite Senat<sup>34</sup> vor kurzem in einem *obiter dictum* bereits angekündigt hat, bei der Bewertung von reinen Grundstücksvermächtnissen künftig vom gemeinen Wert ausgehen zu wollen.<sup>35</sup> Auf diese Weise wäre nicht nur der vom FG Köln aufgezeigte Wertungswiderspruch beseitigt, sondern zugleich das Korrespondenzprinzip konsequent eingehalten.

Das FG Köln macht in seiner Entscheidung im Übrigen deutlich, welche Überlegung vermutlich für die Rechtsprechung des BFH entscheidend ist. Es geht schlicht darum, die durch eine „*inkongruente Bewertung entstehende(n) Steuerlücken*“ zu vermeiden. Nach der Gegenauffassung müsste der Vermächtnisnehmer nämlich lediglich den Grundbesitzwert versteuern, obwohl der Erbe von seinem Erwerb eine Nachlassverbindlichkeit in Höhe des gemeinen Werts abziehen könnte.

#### 5. Stellungnahme

Die neuere Rechtsprechung zur Bewertung von Grundstücksvermächtnissen ist nicht nur mit dem erbschaftsteuerrechtlichen Bereicherungsprinzip kaum vereinbar, sondern führt auch zu einer faktischen Einschränkung der erbrechtlichen

Gestaltungsmöglichkeiten. Vermächtnisnehmer, die sich bereits heute vielfach als „Erben 2. Klasse“ fühlen, werden bei der Erbschaftsteuer künftig tatsächlich schlechter behandelt als Erbe. Während der Erbe auch in Zukunft in den Genuss der günstigen Grundbesitzwerte kommt, muss der Vermächtnisnehmer stets den vollen gemeinen Wert versteuern.

#### 6. Ausblick auf die weitere Entwicklung

##### a) Rechtsprechung des BFH

In der Rechtsprechung des BFH zeichnet sich allerdings bereits seit einiger Zeit ein gewisser „Trend“ hin zum gemeinen Wert ab.

Die Frage, wie eine auf die Übertragung eines Grundstücks gerichtete Forderung für Zwecke der Erbschaftsteuer zu bewerten ist, hatte den Zweiten Senat bereits im Jahr 2002 veranlasst, die Verfassungsmäßigkeit des gesamten Erbschaftsteuergesetzes in Frage zu stellen.<sup>36</sup> Für die Entscheidung des konkreten Falls (Bewertung eines Anwartschaftsrechts) war die Vorlage aber nicht unbedingt erforderlich, so dass vielfach schon die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags in Frage gestellt wird.<sup>37</sup> Mit einer Entscheidung des BVerfG ist erst Ende 2006 zu rechnen.

Der Zweite Senat hat aber auch in der Zwischenzeit immer wieder neue Ansätze unternommen, um seine offenkundigen Bedenken an der unterschiedlichen Bewertung der einzelnen Vermögensgegenstände im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer zum Ausdruck zu bringen. In der – bereits erwähnten – Entscheidung vom 2.7.2004 hat er eine jahrzehntelange Praxis zur Bewertung von Sachvermächtnissen in Frage gestellt, ohne dass dafür eine sachliche Notwendigkeit bestanden hätte. Die Entscheidung hat im Schrifttum einen „Sturm der Entrüstung“ ausgelöst.<sup>38</sup>

In einer neueren Entscheidung gibt der Zweite Senat erneut zu erkennen, dass er ausschließlich den gemeinen Wert als sachgerechten Bewertungsmaßstab ansieht.<sup>39</sup> Im Rahmen eines Übergabevertrages wurde vereinbart, dass die Erwerberin verpflichtet ist, an ihren Bruder bestimmte Grundstücke zu übertragen, „*soweit dieser es wünscht*“. Der BFH geht davon aus, dass der Bruder aufgrund des Übergabevertrages ein unbedingtes Forderungsrecht erworben hat, das mit dem gemeinen Wert zu bewerten ist.

##### b) Auffassung der Finanzverwaltung

Die Finanzverwaltung hat sich bislang noch nicht eindeutig dazu geäußert, ob sie sich der neuen Rechtsprechung anschließen wird. Bislang scheint das nicht der Fall zu sein. Die Erbschaftsteuerrichtlinien gehen unverändert davon aus, dass

<sup>33</sup> An der Entscheidung des FG Köln, MittBayNot 2006, 83 (in diesem Heft), fällt auf, dass das Gericht wiederholt Bedenken an seiner eigenen Entscheidung äußert. Daraus kann man den Eindruck gewinnen, dass dem FG Köln an sich – unverändert (s. o. Fn. 3) – eine Bewertung des Vermächtnisnehmers mit dem Grundbesitzwert vorzugswürdig erschien und die Entscheidung eher im Hinblick auf die zu erwartende Revisionsentscheidung getroffen hat.

<sup>34</sup> BFH, BStBl II 2004, 1039 = ZEV 2004, 474 mit Anm. Crezelius = MittBayNot 2005, 342 (Ls.). Ausführlich dazu Daragan, ZErB 2005, 40; Götz, INF 2005, 69; Rohde/Neu, GmbH-StB 2005, 106; Streck, NJW 2005, 805.

<sup>35</sup> Zuvor bereits angedeutet in einer Urteilsanmerkung von Viskorf (Richter am II. Senat des BFH), FR 2001, 966, 967.

<sup>36</sup> BFH, BStBl II 2002, 598. Siehe dazu nur Viskorf in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, vor § 12 ErbStG Rdnr. 1 ff.

<sup>37</sup> So beispielsweise die Bundesregierung in ihrer (unveröffentlichten) Stellungnahme zu dem Normenkontrollverfahren beim BVerfG (Az 1 BvL 10/02).

<sup>38</sup> Plastisch etwa Daragan, ZErB 2005, 40, 43: „(...) kann die vom BFH avisierte ‚Änderung der Rechtsprechung‘ (...) dahin geführt werden, wo sie hingehört, nämlich das Absurdistan.“ Ungewöhnlich kritisch auch Streck, NJW 2005, 805, 806: „Kommt die skizzierte Rechtsprechung, so opfert der II. Senat auf dem Altar erbschaftsteuerlicher Systematik die Neutralität des Erbschaftsteuerrechts im Verhältnis Erbe/Vermächtnisnehmer. Ich kann mir nicht vorstellen, dass dies bedacht, dass dies gewollt ist. Darum soll hier in aller Klarheit darauf hingewiesen werden. Ist dies bedacht, ist es gewollt, so ist kaum ein Grund vorstellbar, der es einsichtig macht, diesen Einfluss des Erbschaftsteuerrechts auf letztwillige Verfügungen zuzulassen.“ Ähnlich auch die anderen in Fn. 34 genannten Aufsätze.

<sup>39</sup> BFH, BStBl II 2005, 408 = ZEV 2005, 216.

für die Besteuerung eines Sachvermächtnisnehmers von dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstands auszugehen ist.<sup>40</sup> Neuere Erlasse der Länderfinanzverwaltung scheinen diese Auffassung zu bestätigen.<sup>41</sup>

Es mag zunächst überraschend erscheinen, dass sich die Finanzverwaltung einer Auffassung, die an sich im Interesse des Fiskus ist, nicht bereitwillig anschließt. Doch ist den Vertretern der Finanzverwaltung wohl nur allzu bewusst, dass die Bestimmung des gemeinen Werts von Grundstücken ein außerordentlich schwieriges und streitanfälliges Unterfangen ist.<sup>42</sup> Die heute geltenden Vorschriften zur Bewertung von Grundstücken sollen demnach nicht nur die Erben von Grundstücken begünstigen,<sup>43</sup> sondern auch eine einfache und praktikable Bewertung von Grundstücken ermöglichen. Die Ermittlung des gemeinen Werts von Grundstücken in vielen Tausenden von Fällen erscheint wenig realistisch. Vermutlich würden auch etwaige Mehreinnahmen an Erbschaftsteuer in keinem Verhältnis zu dem erhöhten Verwaltungsaufwand stehen.

In einer neueren Stellungnahme zur Übertragung von treuhänderisch gehaltenen Vermögensgegenständen hat die Finanzverwaltung allerdings die Auffassung vertreten, dass der Herausgabeanspruch des Treugebers aus dem Treuhandvertrag (§ 667 BGB) mit dem gemeinen Wert (und nicht mit dem Steuerwert des Treuguts) zu bewerten ist.<sup>44</sup> Dementsprechend werden die Vergünstigungen für Betriebsvermögen (§§ 13a, 19a ErbStG) für die Übertragung von Ansprüchen aus einem Treuhandverhältnis auch dann nicht mehr gewährt, wenn es sich bei dem Treugut um begünstigtes Betriebsvermögen (z. B. eine Beteiligung an einer Personengesellschaft) handelt. Für die Bewertung von Sachvermächtnissen ist diese Stellungnahme der Finanzverwaltung indes nicht – zumindest nicht unmittelbar – von Bedeutung, da es sich bei dem Anspruch des Vermächtnisnehmers um einen einseitigen Anspruch und nicht wie bei dem Anspruch des Treugebers um einen Anspruch aus einem gegenseitigen Vertrag handelt.

### c) Überlegungen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber trägt sich gleichfalls immer wieder mit dem Gedanken, Grundstücke für Zwecke der Erbschaftsteuer mit einem höheren Wert als bisher zu bewerten. Einen entsprechenden Vorstoß hatte zuletzt das Land Schleswig-Holstein unternommen.<sup>45</sup> Eine solche Neuregelung würde Erben und Vermächtnisnehmer gleichermaßen treffen.

Allerdings gibt es neuerdings offenbar auch andere Überlegungen. In der Gesetzesbegründung zu dem Entwurf eines

Gesetzes zur Sicherung der Unternehmensnachfolge<sup>46</sup> heißt es beispielsweise: „(...) Dies lässt jedenfalls Zweifel aufkommen, ob die präkonstitutive Festlegung auf den gemeinen Wert als gesetzliche Zielgröße, die für die wichtigsten Vermögensgegenstände ohnehin seit langem keine praktische Bedeutung mehr hatte, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten noch haltbar ist.“<sup>47</sup>

Die derzeit geltenden Grundbesitzwerte gelten im Übrigen aufgrund einer gesetzlichen Verfallklausel ohnehin nur noch bis zum 31.12.2006 (§ 138 Abs. 4 BewG). Der Gesetzgeber wird sich demnach schon bald Gedanken über eine Neuregelung der Grundbesitzbewertung machen müssen.

### D. Fazit

In der Gestaltungspraxis wird man sich – unabhängig davon, ob man die neuere Rechtsprechung begrüßt oder nicht – wohl oder übel darauf einstellen müssen, dass Sachvermächtnisse künftig generell mit dem gemeinen Wert und nicht mehr mit dem Steuerwert des Vermächtnisgegenstandes bewertet werden. Der neue Bewertungsansatz wird vermutlich gleichermaßen für alle Arten von Vermächtnissen gelten (z. B. Sachvermächtnisse, Gattungs- und Stück-Verschaffungsvermächtnisse, Vorausvermächtnisse usw.).

Aus erbschaftsteuerrechtlichen Gründen wird man die Anordnung von Vermächtnissen daher nach Möglichkeit auf solche Gegenstände beschränken, die ohnehin mit dem gemeinen Wert bewertet werden (wie beispielsweise Bargeld, Wertpapiere, Hausrat, Schmuck, Kunstgegenstände oder Vermögen im Ausland). Sachen, die bei der Erbschaftsteuer derzeit noch mit einem niedrigeren Wert als dem gemeinen Wert bewertet werden (insbesondere Grundstücke, aber auch Betriebsvermögen und Anteile an nicht notierten Kapitalgesellschaften), sollten dagegen nach Möglichkeit auf Erben und nicht auf Vermächtnisnehmer übertragen werden. Denn für Erben gelten unverändert die günstigen Bewertungsansätze. Dagegen muss der Vermächtnisnehmer wohl stets den gemeinen Wert versteuern.

Die neue Rechtsprechung zum Erbschaftsteuerrecht hat weitreichende Auswirkungen auf die Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen. Ausweichstrategien, die nicht nur die steuerliche Benachteiligung von Grundstücksvermächtnissen vermeiden, sondern auch dem Willen des Erblassers nach einer Streitvermeidenden Regelung Rechnung getragen wird, lassen sich indes nicht ohne weiteres finden.

<sup>40</sup> R 92 Abs. 2 Satz 1 und 124 Abs. 3 Satz 2 ErbStR.

<sup>41</sup> Siehe dazu OFD Düsseldorf, Verfügung vom 30.6.2005, S 3014b - 5 - St 235 (D); OFD Düsseldorf, Verfügung vom 30.6.2005, S 3014 - 18 - St 231 (K); OFD Münster, Verfügung vom 30.6.2005, S 3300 - 140 - St 33 - 35, DB 2005, 1490 (Feststellung der Grundbesitzwerte für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer ab 1.1.1996 und für die Grunderwerbsteuer ab 1.1.1997), Teil C. „Der Vermächtnisnehmer wird im Fall des Grundbesitzvermächtnisses bei der ErbSt. so behandelt, als sei auf ihn Grundbesitz mit dinglicher Wirkung übergegangen.“

<sup>42</sup> Siehe nur R 17 Abs. 6 ErbStR.

<sup>43</sup> So BFH, (Fn. 34): „Die (...) Grundstückswerte (...) sind (...) nicht mehr auf einen (typisierten) gemeinen Wert gerichtet (...), sondern typisierende Werte, die ausdrücklich von den jeweiligen gemeinen Werten abweichen sollen. Insofern stellen diese Grundstückswerte in den Fällen, in denen sie die Verkehrswerte unterschreiten, bewusste Begünstigungen dar, die einer teilweisen Steuerbefreiung gleichkommen.“

<sup>44</sup> Siehe FinMin Bayern, Erlass vom 14.6.2005, 34 - S 3811 - 035 - 25199/05, MittBayNot 2005, 525 = ZEV 2005, 341 mit krit. Anm. von Oertzen.

<sup>45</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Erbschaftsbesteuerung (ErbStRefG), Gesetzesantrag des Landes Schleswig-Holstein, BR-Drucks. 422/04 vom 21.5.2004. Aufgrund eines Beschlusses des Finanzausschusses des Bundesrates vom 25.6.2004 wird der Antrag jedoch nicht weiter verfolgt. Ausführlich zum Ganzen *Landsittel*, BB-Special 5/2004, 8; *Verfürth*, StB 2004, 79. Siehe dazu auch *Moench* in *Moench*, ErbStG Einführung, Rdnr. 22d (Stand Mai 2005): „Der ‚Kieler Entwurf‘ enthält eine Reihe diskussionswürdiger Vorschläge, die zu gleichmäßigeren Ergebnissen des erbschaftsteuerlichen Bewertungsrechts führen würden. Obgleich der Entwurf zunächst gescheitert ist, dürfen diese Vorschläge nach einer Entscheidung des BVerfG im Mittelpunkt der Überlegungen stehen.“

<sup>46</sup> Siehe dazu BR-Drucks. 341/05 = BT-Drucks. 15/5448 (Gesetzesantrag des Freistaates Bayern); BR-Drucks. 322/05 = BT-Drucks. 15/5555 (Gesetzesentwurf der Bundesregierung) und dazu BT-Drucks. 15/5603 (Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates); BT-Drucks. 15/5604 (Gesetzesentwurf des Bundesrates). Ausführlich zum Ganzen *Bäumel*, DStZ 2005, 411; *Daragan*, ZErB 2005, 202; *Geck*, ZEV 2005, Heft 6, VI; *Landsittel*, ZErB 2005, 201; *Zipfel*, BB 2005, 1360.

<sup>47</sup> BR-Drucks. 341/05, S. 10, Teil I., Ziffer 1.

## Gefahren für den Bauträgervertrag jenseits der MaBV: Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters

Von Notarassessor Dr. Christian Kessler, Euskirchen

Während in der notarrechtlichen Literatur die Diskussion über die Gefahren für den Bauträgervertrag aufgrund der Sicherheitenproblematik des § 7 MaBV hoch hergeht,<sup>1</sup> droht dem Bauträgervertrag noch von ganz anderer Seite Ungemach. Wie an anderer Stelle schon einmal ausführlich dargestellt,<sup>2</sup> bildet sich in der insolvenzrechtlichen Literatur eine immer lauter werdende Meinung, die einem Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters bei einer Bauträgerinsolvenz in bestimmten Konstellationen für den Erwerber kaum tragbare Folgen zuschreibt. Dem Erwerber kann es dabei im schlimmsten Fall geschehen, dass er den Kaufpreis zweimal entrichten muss. Die Erfüllungswahl des Verwalters soll nach dieser Auffassung nämlich dazu berechtigen, auf Kosten des Erwerbers auch alle bestehenden Mängel des Baukörpers zu beseitigen und zwar auch dann, wenn der entsprechende Bautenstand schon einmal bezahlt wurde. Ausgehend von Überlegungen des gerade ausgeschiedenen Vorsitzenden des Insolvenzsensats des BGH, *Kreft*<sup>3</sup>, haben sich *Berscheid*<sup>4</sup> und *Reul*<sup>5</sup> sowie jüngst *Huber*<sup>6</sup> und in dieser Zeitschrift nun auch *Gottwald* und *Steer*<sup>7</sup> dieser Meinung angeschlossen.<sup>8</sup> Diese Auffassung soll nachfolgend einer kritischen Betrachtung unterzogen werden. Der Beitrag schließt mit einem Formulierungsvorschlag für eine vorsorgliche Regelung im Bauträgervertrag.

### I. Theorie von der doppelten Fälligkeit von Vorleistungen beim Bauvertrag

Ohne im Detail auf die insolvenzrechtlichen Hintergründe dieser Auffassung einzugehen, will ich nur kurz deren Grundlagen darstellen und alsdann an einem Beispiel die daraus für einen Bauträgervertrag in der Insolvenz möglichen Konsequenzen erläutern.

1. § 105 Satz 1 InsO bestimmt, dass ein Insolvenzgläubiger bei einem auf teilbare Leistungen gerichteten Vertrag, zu dem er Vorleistungen erbracht hat, auch bei einer Erfüllungswahl des Verwalters mit den seinen Vorleistungen entsprechenden Teilen seines Anspruchs Insolvenzgläubiger bleibt und nur für die noch zu leistenden Teile die Gegenleistung aus der Masse erhält. Hatte ein Notar 5 000 Urkundshüllen für 2.500 € gekauft, 1.250 € angezahlt und der Lieferant ist noch vor Lieferung in die Insolvenz gefallen, dann führt die Erfüllungswahl zu folgendem: Die vorgeleisteten 1.250 € bleiben verloren, darauf erhält der Notar Befriedigung nur zur Tabelle. Die noch ausstehenden 1.250 € hat der Notar alsdann zur Masse zu zahlen, erhält dafür aber auch nur den diesem Betrag entsprechenden Teil der Gegenleistung, d. h. nicht 5 000, sondern eben nur 2 500 Hüllen.

2. Ausgangsüberlegung dieser Regelung war, dass dem Insolvenzverwalter der Weiterbezug von Energie und die Weiterführung von sonstigen Dauer- und Sukzessivlieferungsverträgen möglich sein sollte, damit eine Unternehmensfortführung gewährleistet werden konnte. Ursprünglich war es nämlich so, dass in den Fällen, in denen der Insolvenz-

verwalter das Unternehmen des Schuldners fortführen wollte und beispielsweise Stromlieferungen vom Versorgungsträger benötigte, der Versorgungsträger zunächst als Masseverbindlichkeit die Bezahlung rückständiger Forderungen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung begehrte. Argument war, dass der Lieferungsvertrag bei Erfüllungswahl insgesamt erfüllt werden müsse. Die Rechtsprechung erkannte früh, dass eine solche Privilegierung nicht sachgerecht ist und entwickelte Begründungsansätze, wonach eben nur Forderungen aus nach Verfahrenseröffnung erfolgten Lieferungen die Qualität von Masseverbindlichkeiten erhielten. Der Gesetzgeber hat erstmals im Rahmen der Vergleichsordnung in § 36 Abs. 2 eine entsprechende Vorschrift geschaffen. Mit Einführung der InsO wurde diese Regelung dann für das gesamte Insolvenzrecht kodifiziert.

3. Parallel zu dieser gesetzgeberischen Entwicklung dehnte die Rechtsprechung den Begriff der Teilbarkeit von Leistungen im Anwendungsbereich des § 17 KO bzw. jetzt § 103 InsO immer weiter aus. Heute wird zum § 103 InsO absolut herrschend in Literatur und Rechtsprechung ein sehr weiter Teilbarkeitsbegriff vertreten, dessen genaue Grenzen allerdings noch nicht geklärt sind.<sup>9</sup> Wie nachstehend noch näher darzulegen sein wird, geht es im Rahmen des § 103 InsO und des dortigen weiten Teilbarkeitsbegriffes darum, sachgerecht zwischen Gegenleistungsansprüchen abzugrenzen, die aus Mitteln der Masse oder aus dem Vermögen des Schuldners vor Verfahrenseröffnung erworben wurden. Hierbei ist ein weiter Teilbarkeitsbegriff durchaus sachgerecht, damit nicht Mittel der Masse zu Befriedigungsvorteilen Einzelner fehlerverwendet werden. Hat der Schuldner beispielsweise seinen eigenen Gegenleistungsanspruch durch (Sicherungs-)Zession aus seinem Vermögen ausgeschieden, soll diese Zession nicht mehr solche Teile des Anspruchs erfassen können, die mit Mitteln der Masse im Rahmen der Vertragsdurchführung nach Erfüllungswahl geschaffen werden. Würde dort keine

<sup>1</sup> Ausgehend von einem Brief des Vorsitzenden des VII. Zivilsenats des BGH vom 22.12.2004, abgedruckt in *ZfIR* 2005, 300; siehe dazu weiter nur *Grziwotz*, *ZfIR* 2005, 267; *Kanzleiter*, *DNotZ* 2005, 191 und *Basty*, *DNotZ* 2005, 94.

<sup>2</sup> *Kessler*, *RNotZ* 2004, 176, 203 ff.

<sup>3</sup> *Kreft*, *FS Uhlenbruck*, 387, 400; *MünchKommInsO/Kreft*, 2002, § 105 Rdnr. 18.

<sup>4</sup> *Uhlenbruck/Berscheid*, *InsO*, 12. Aufl. 2003, § 105 Rdnr. 36.

<sup>5</sup> *Reul*, 10 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2004, S. 49, 59.

<sup>6</sup> *Huber*, *ZInsO* 2005, 449.

<sup>7</sup> *Gottwald/Steer*, *MittBayNot* 2005, 278, 281 f.

<sup>8</sup> Da es sich bei *Kreft*, *Berscheid* und *Huber* um die Kommentatoren der einschlägigen Normen in zwei führenden Insolvenzrechtskommentaren, dem *Uhlenbruck* und dem Münchener Kommentar, handelt, haben diese Meinungsäußerungen erhebliches Gewicht.

<sup>9</sup> Siehe dazu *BGHZ* 67, 242, 246; 125, 270 = *NJW* 1994, 1858; *BGHZ* 129, 336, 342 = *NJW* 1995, 1966; *BGHZ* 150, 353 = *NJW* 2002, 2783; *Uhlenbruck/Berscheid*, § 105 *InsO* Rdnr. 6; *MünchKommInsO/Kreft*, § 105 Rdnr. 8; *Kreft*, *FS Uhlenbruck*, 387, 388, 396; *Huber* in *Insolvenzrechtshandbuch*, 2. Aufl. 2001, § 36 Rdnr. 1; *Huber*, *NZI* 2002, 467, 469; *Kübler/Prütting/Tintelnot*, *InsO*, Loseblatt, § 105 Rdnr. 4; *Nerlich/Römermann/Balthasar*, *InsO*, Loseblatt, § 105 Rdnr. 7; *Schmitz*, *ZIP* 2001, 765, 768; *ders.*, *DZWIR* 1999, 485, 488; *Thode*, *ZfIR* 2000, 165, 181; *Scheffler*, *ZIP* 2001, 1182, 1183; *Mohrbuter/Mohrbuter*, *DZWIR* 2003, 1, 5.

enge Grenze gezogen, wäre die Erfüllungswahl für den Verwalter unkalkulierbar, da er immer damit rechnen müsste, von Rechten Dritter an dem mit Massemitteln geschaffenen Anspruch(-steil) bedroht zu sein. Für die Belange der Zurechnung des Gegenleistungsanspruchs im Falle des § 103 InsO kann es damit allein auf die Frage ankommen, ob sich die Leistungsteile in irgendeiner Form als vor bzw. nach Eröffnung erbracht abgrenzen und bewerten lassen.

4. *Kreft*, *Berscheid* und *Huber* gehen nun davon aus, dass auch im Rahmen des § 105 InsO eine Leistung dann als teilbar anzusehen ist, wenn sich die vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Leistungen feststellen und bewerten lassen. Damit erfüllen grundsätzlich auch Bauleistungen den so definierten Teilbarkeitsbegriff, denn es lässt sich ohne Schwierigkeiten feststellen, wie hoch der Wert der Bauleistungen zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung und wie hoch der Wert der später erbrachten Leistungen ist. Auch wenn dieser weite Teilbarkeitsbegriff gerade für den Bereich der Bauleistungen erheblicher Kritik ausgesetzt ist,<sup>10</sup> wird er erst dadurch interessant, dass die vorgenannten Autoren den weiten Teilbarkeitsbegriff des § 103 InsO auf § 105 InsO übertragen und gleichzeitig mit der grundsätzlichen Einheitlichkeit von Bauleistungen zu vereinen suchen. Während nämlich durchaus erkannt wird, dass es sich bei Bauleistungen an einem einheitlichen Objekt schwerlich um teilbare Leistungen handelt und ein Bauvertrag nur dann als erfüllt angesehen werden kann, wenn die Bauleistung vollständig und mangelfrei erbracht ist, sehen *Kreft*, *Berscheid* und *Huber* gleichwohl die Notwendigkeit, den Bauvertrag unter § 105 Satz 1 InsO zu subsumieren. Sie kommen dabei zu dem überraschenden Ergebnis, dass es sich beim Bauvertrag zum einen um einen Vertrag über teilbare Leistungen handeln soll, während zum anderen aber dessen Erfüllung die vollständige und mangelfreie Erbringung aller Bauleistungen voraussetzt. Es gibt danach den Vertrag über teilbare unteilbare Leistungen.<sup>11</sup>

Der wirkliche Clou dieser Auffassung besteht nun darin: Da der Insolvenzverwalter, wenn er die Erfüllung des Bauvertrages im Insolvenzverfahren wählt, zur Erfüllung grundsätzlich die vollständige mangelfreie Erbringung aller Bauleistungen schuldet, gleichzeitig aber der Erwerber nach § 105 Satz 1 InsO mit den auf seine Vorleistungen entfallenden Gegenansprüche bloßer Insolvenzgläubiger ist, kommt diese Meinungsgruppe zu dem Schluss, dass der Erwerber hinsichtlich der von ihm geleisteten Vorleistungen doppelt zahlen müsse. Hat der Erwerber eines Bauvorhabens über 200.000 € bereits 100.000 € gezahlt, ist das zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung vorhandene Bauwerk aber wegen Mängeln oder nicht zur Ausführung gekommener Bauteile nur anteilige 80.000 € wert, so führt die Erfüllungswahl des Verwalters dazu, dass der Erwerber nicht nur die ausstehenden 100.000 €, sondern auch die darüber hinausgehenden weiteren 20.000 € zu zahlen hat. In Höhe dieser 20.000 € hat der Erwerber nämlich Vorleistungen erbracht, die nach der Regel des § 105 InsO nur zu Insolvenz- nicht aber zu Masseforderungen führen. Da die Bauleistung aber nur einheitlich erfüllt werden kann, besteht die Verpflichtung des Verwalters bei der Erfüllungswahl in vollständiger Beseitigung bestehender Mängel und Ausführung noch nicht erbrachter Bauleistungen, die alsdann aber auch vom Erwerber zu vergüten sind.

<sup>10</sup> Siehe dazu namentlich Heidland, Der Bauvertrag in der Insolvenz, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 714 ff.; *ders.*, BauR 1998, 643, 649 f.; *Marotzke* in Heidelberg Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2003, § 105 Rdnr. 11.

<sup>11</sup> Siehe dazu auch *Kessler*, ZIP 2005, 2046.

## II. Die wesentlichen Kritikpunkte

Schon das vorstehend angeführte Beispiel zeigt, dass die von den vorgenannten Autoren vertretene Auffassung so wohl nicht richtig sein kann. Dafür sprechen mehrere rechtliche Erwägungen.

1. Zum einen ist, was hier nicht im Einzelnen dargelegt werden soll, die Anwendung des weiten Teilbarkeitsbegriffes, so wie vor allem *Kreft* ihn verstehen will, auf den Fall des § 105 InsO nicht geboten. Die Ausweitung des Teilbarkeitsbegriffes von Seiten der Rechtsprechung hat ihre Ursache vor allen Dingen darin, dass bei einer Erfüllungswahl im Rahmen des § 103 InsO sachgerecht zwischen den Rechten Dritter an Gegenleistungsforderungen des Insolvenzschuldners für vor Insolvenzeröffnung erbrachte Leistungen und solchen Teilen des Gegenleistungsanspruches des Insolvenzschuldners, die aus Mitteln der Masse erworben wurden, unterschieden werden soll. Wer die höchstrichterliche Rechtsprechung und Literatur der letzten Jahre zum Verwalterwahlrecht verfolgt hat, dem wird der Begriff der Erlöschenstheorie und der nunmehr neue der Umqualifizierung ein Anhaltspunkt sein. Kern der Überlegungen zur Wirkung der Verwalterwahl war es dabei immer, mit Mitteln der Masse geschaffene Leistungsansprüche auch der Masse zu erhalten und, sei es durch Neuentstehen nach dem Erlöschen der wechselseitigen Erfüllungsansprüche (so früher) oder der nunmehrigen Umqualifizierung der bestehen bleibenden Leistungsansprüche, einen Zugriff Dritter auf die Forderungen zu vermeiden. Für die Frage, was als Teilbarkeit im Sinne des § 105 InsO anzusehen ist, liefert diese Rechtsprechung aber keine sachgerechten Anhaltspunkte. Es wird nämlich übersehen, dass die Perspektive der für § 103 und § 105 InsO anzuwendenden Teilbarkeitsbegriffe eine völlig verschiedene ist. Während es für § 103 InsO auf die bloße Abrechen- und Abgrenzbarkeit ankommt, setzt § 105 InsO Teilerfüllbarkeit voraus. § 105 InsO beschäftigt sich nämlich im Hinblick auf den Begriff der Teilbarkeit nur und ausschließlich mit der Frage, inwieweit die auf die noch ausstehenden Leistungen des Vertragspartners entfallenden eigenen Leistungshandlungen des Insolvenzschuldners so abteilbar von der Gesamtleistung sind, dass sie jeweils einzeln Erfüllungswirkung haben können. Dies ist eine tatsächliche, keine rechtliche Frage.

2. Der zweite Kritikpunkt ergibt sich damit zwangsläufig aus dem Vorgesagten. *Kreft*, *Huber* und *Berscheid* müssen zur Rechtfertigung ihrer These zwangsläufig im Bereich der Bauverträge das schon sprachlich schwer nachzuvollziehende Argument anführen, dass, obschon es sich nach eigenem Bekunden bei Bauleistungen um nur einheitlich erfüllbare Verträge handelt, eine Teilerfüllung und damit eine Teilbarkeit also gerade nicht gegeben ist, diese gleichwohl teilbar sein sollen. Die Autoren kreieren damit die Teilbarkeit einer unteilbaren Leistung. Allein schon diese sprachliche Widersprüchlichkeit verdeutlicht die Probleme dieser Auffassung.

3. Hinzu kommt, dass die § 103 ff. InsO nach allgemeiner Meinung im insolvenzrechtlichen Schrifttum Ausdruck des durch das funktionelle Synallagma gewährleisteten Schutzes der Vertragspartner in gegenseitigen Verträgen sind. Die gesamte Regelungsmaterie bewegt sich auf Basis der synallagmatischen Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten. Wenn nun die These von *Kreft*, *Huber* und *Berscheid* dazu führt, dass der Vertragspartner des Insolvenzschuldners zu einer Mehrleistung gegenüber seinem ursprünglichen Leistungsversprechen verpflichtet sein soll, so ist dies mit dem Recht des gegenseitigen Vertrages schlicht nicht mehr vereinbar. Die Bestimmungen zum Verwalterwahlrecht sollen verhindern, dass der Insolvenzmasse werthaltige Rechtspositionen des Schuldners in Form der Ansprüche aus nicht vollstän-

dig erfüllten Verträgen entzogen werden, die Insolvenzeröffnung also gerade nicht zu einer aus sich selbst begründeten Masseminderung wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens soll jedoch nicht dazu führen, dass nicht (mehr) bestehende Ansprüche erweitert oder gar neu geschaffen werden.

4. Der bedeutendste Kritikpunkt an der Auffassung von *Kreft*, *Huber* und *Berscheid* ist aber, dass deren Überlegungen die Bedeutung des Begriffs der Erfüllung nach § 362 BGB verkennen. Hat der Vertragspartner des Insolvenzschuldners die volle Gegenleistung gezahlt, dann liegt Erfüllung vor, die zu einem Erlöschen seiner Leistungsverpflichtung führt. Jedem weiteren Zahlungsverlangen steht damit kein Anspruch mehr zu Gebote. Im vorstehend genannten Beispielfall hat der Erwerber das seinige getan, wenn er die vollen 200.000 € gezahlt hat. Seine Verpflichtung ist erfüllt. Jede weitere Zahlung erfolgt dann nicht mehr auf vertraglicher Grundlage. Da § 105 InsO die beiderseitige Teilbarkeit der Leistungen voraussetzt, führen die Vorleistungen des Vertragspartners auch schon zu Teilerfüllungen, was wiederum das teilweise Erlöschen der entsprechenden Ansprüche bedingt. Sind diese aber erloschen, kann auch insoweit kein Zahlungsverlangen mehr gestellt werden. Dass diese Wertung auch vom Insolvenzrecht geteilt wird, zeigt sich an der Betonung des Begriffs der Erfüllungen in § 103 ff. InsO. Hat nämlich der Vertragspartner bei Verfahrenseröffnung seine vollständige Gegenleistung schon erbracht, im vorgenannten Beispielfall also die 200.000 € gezahlt, dann existiert kein Wahlrecht des Verwalters nach § 103 InsO mehr. Das Wahlrecht ist dem Verwalter nur an die Hand gegeben, um die noch ausstehenden Ansprüche einzufordern, nicht jedoch um weitere neu zu schaffen. Ansonsten müsste konsequenterweise ja auch in den Fällen, in denen zwar der Vertragspartner seine vollständige Leistung erbracht hat, die Leistung des Insolvenzschuldners aber entweder nicht oder nicht mangelfrei erbracht wurde, dem Verwalter ebenfalls das Wahlrecht eingeräumt werden, die bestehenden Mängel zu beseitigen und dafür die angemessene Gegenleistung zu fordern. Man würde dem Gesetzgeber Inkonsequenz vorwerfen, hätte er dies nicht auch geregelt.

### III. Interessenlage der Beteiligten

Unter dem Stichwort der „Interessenlage der Beteiligten“ versuchen *Kreft*<sup>12</sup> und *Huber*<sup>13</sup> die von ihnen vertretene Auffassung dadurch zu rechtfertigen, dass sie die Interessenlage der Vertragsbeteiligten darauf untersuchen, ob diesen nicht durch die Beseitigung sämtlicher Mängel durch den Insolvenzverwalter nebst Kostentragung durch den Vertragspartner mehr gedient ist, als durch ein Scheitern des Vertrages. Sie argumentieren, die Kosten der Beseitigung entstünden ohnehin, so dass es sinnvoller erscheine, diese durch den mit dem Bauablauf vertrauten Bauunternehmer ausführen zu lassen, auch wenn sich dieser in der Insolvenz befinde. Selbst wenn dieses Argument zugkräftig wäre, ließen sich dabei die vorstehend dargestellten rechtlichen Bedenken an dieser Auffassung nicht rechtfertigen. Hinzu kommt aber auch, dass eine Typisierung der Interessen der Vertragsbeteiligten in der von *Kreft* und *Huber* vorgenommenen Form kaum möglich ist. Die Interessen der Auftraggeber eines Bauvertrages sind höchst subjektiv. Was bei einem auf Kredit finanzierten Bau eines Wohn- oder Mietobjekts zutreffend sein mag, mag für die Errichtung einer nur mit Barmitteln bezahlten Ferienhütte etwas gänzlich anderes sein. An anderer Stelle<sup>14</sup> habe ich dazu das

Beispiel eines Ferienhauses angeführt, das ein Pensionär mit Barmitteln errichtet. Da die Banken kaum mehr bereit sind, Menschen im Rentenalter Kredit zu geben, mag es für diesen Erwerber sehr viel günstiger sein, einen maroden Bautor unter Verlust seiner Barmittel zu besitzen, als ein fertiggestelltes Haus, das er mangels Kreditwürdigkeit nicht mehr bezahlen kann. Die Argumentation mit typischen Interessen der Beteiligten eignet sich für die Begründung des Ergebnisses jedenfalls nicht.

### IV. Handlungsnotwendigkeit beim Bauträgervertrag

Auch wenn die Auffassung von der „teilbaren unteilbaren Leistung“ vorstehend als mit dem Insolvenzrecht nicht vereinbar dargestellt wurde, stellt sie für den Vertragsgestalter gleichwohl ein nicht zu unterschätzendes Risiko dar. Da es sich bei den Autoren um namhafte Größen des Insolvenzrechts handelt, besteht die dringende Gefahr, dass ein etwa zur Entscheidung berufenes Gericht dieser Auffassung folgen wird und dem Erwerber unüberschaubare weitere Kosten auferlegt. Ich selbst hatte in der Praxis bereits einmal den Fall, dass ein komplettes Gebäude abgerissen werden musste, da von einem Subunternehmer der Keller unzureichend errichtet war. Zum Glück für den Erwerber handelte es sich um einen finanziell soliden Fertighaushersteller, von dem das Objekt erworben wurde. Wäre das Unternehmen dagegen in die Insolvenz gefallen, hätte bei Zugrundelegung der hier kritisierten Auffassung das finanzielle Ende der Familie, die bereits 96,5 % des Kaufpreises gezahlt hatte, gedroht. Einen Kaufpreis ganz oder auch nur teilweise doppelt entrichten können nur wenige. Dramatisch ist dabei, dass es, je unsorgfältiger der Bauunternehmer tatsächlich gearbeitet hat, umso interessanter für den Verwalter wird, die Erfüllung zu wählen.

Leider gibt es in der Literatur außer den von meiner Seite geäußerten Bedenken bislang keine weiteren Auseinandersetzungen mit dieser Auffassung. Ich halte es deshalb für äußerst bedenklich, sich von notarieller Seite auf den Standpunkt zurückzuziehen, dass die von *Huber*, *Kreft* und *Berscheid* vertretene Rechtsauffassung unzutreffend ist. Schon wegen der Bedeutung, die diese Autoren innerhalb des insolvenzrechtlichen Schrifttums haben, ist die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, dass Gerichte dieser Auffassung folgen könnten.

Handlungsmöglichkeiten gibt es aus meiner Sicht nur drei:

- Entweder nimmt der Notar im Hinblick auf die doch immer noch geringe Eintrittswahrscheinlichkeit entsprechender Schäden nur einen Belehrungsvermerk in die Urkunde des Bauträgerkaufvertrages auf und erklärt den Beteiligten die möglichen Risiken.
- Sollte es gelingen, die Beteiligten davon zu überzeugen, eine Erfüllungsbürgschaft von Seiten des Bauträgers stellen zu lassen, die die vorgenannten Risiken ausschaltet, erübrigt sich die Belehrung. Damit wäre dann auch Vorsorge hinsichtlich etwaiger Schäden getroffen, die erst nach vollständiger Zahlung auffallen.
- Dritte Möglichkeit ist es, im Bauträgervertrag Lösungsklauseln für den Insolvenzfall vorzusehen, deren Formulierung allerdings, um nicht gegen § 119 InsO zu verstoßen, eine gewisse Sorgfalt erfordert.<sup>15</sup>

Darauf zu hoffen, dass sich bei den Insolvenzverwaltern die hier kritisierte Auffassung weder herumspricht noch durchsetzt, erscheint mir zu risikoreich. Sollte sie sich nämlich durchsetzen, dann müsste sich jeder Insolvenzverwalter, der

<sup>12</sup> *Kreft*, FS Uhlenbruck, 387, 401.

<sup>13</sup> *Huber*, ZInsO 2005, 449, 452.

<sup>14</sup> *Kessler*, ZIP 2005, 2046, 2050 f.

<sup>15</sup> Siehe zu solchen Lösungsklauseln nachstehend V.

nicht die Erfüllung des Bauvertrages wählt, einen besonderen Rechtfertigungsgrund einfallen lassen. Für die Masse dürfte es bei Bauverträgen nämlich praktisch immer lukrativ sein, auf vollständige Kosten des Erwerbers zu Ende zu bauen.

## V. Lösungsklausel

Da die Stellung von Erfüllungsbürgschaften für die Beteiligten oftmals aus wirtschaftlichen Gründen ausscheidet, besteht aus kautelarjuristischer Sicht nur die Möglichkeit, über Lösungsklauseln im Bauträgervertrag nachzudenken, die es dem Erwerber ermöglichen, bei drohender oder eingetretener Insolvenz des Bauträgers, aus dem Vertrag auszusteigen.<sup>16</sup>

1. Von Seiten des Bauträgers steht Lösungsklauseln für den Insolvenzfall regelmäßig wenig entgegen, da ihm das Schicksal des Vertrages im Insolvenzfall erfahrungsgemäß gleichgültig ist. Der Gesetzgeber hat die Gefahr, die für das Verfahren von Vereinbarungen ausgeht, die das Wahlrecht des Verwalters ausschließen oder einschränken, durchaus gesehen. Um solche vertraglichen Vereinbarungen zu verhindern, wurde der § 119 in die InsO aufgenommen, eine Norm, die es so in der KO bislang nicht gab. Eindeutig verboten sind Klauseln, die bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Vertrages vorsehen, dass der Insolvenzverwalter das gesetzliche Wahlrecht nach § 103 InsO nicht oder nicht in der gesetzlichen vorgesehenen Weise ausüben kann. Streitig ist aber, ob § 119 InsO Lösungsklauseln zulässt, die nicht zu einer Beschränkung des Wahlrechts führen, sondern dem Vertragspartner den Ausstieg aus dem Vertrag ermöglichen. Die herrschende Meinung in der Literatur hält solche Klauseln für möglich,<sup>17</sup> die Gegenauffassung hält sie demgegenüber für mit dem Telos der §§ 103 ff. InsO unvereinbar.<sup>18</sup> Im einzigen Urteil, das der BGH bislang zur Wirksamkeit solcher Lösungsklauseln gesprochen hat, hat er sich, allerdings noch vor Einführung des § 119 InsO, für die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln ausgesprochen.<sup>19</sup> Von der Möglichkeit, Lösungsklauseln unter der geltenden Insolvenzordnung wirksam vereinbaren zu dürfen, kann ausgegangen werden.<sup>20</sup>

2. Dem Erwerber eines Bauträgerobjektes ein Rücktrittsrecht für den Insolvenzfall einzuräumen würde zwar die Lösung vom Vertrag ermöglichen, gleichzeitig aber auch den größten anzunehmenden Unfall des Bauträgervertrages in der Krise auslösen, nämlich den Wegfall der Sicherungswirkung der Vormerkung. Mit Rücktritt entfällt die Erfüllungsver-

pflchtung des Bauträgers. Die diesen Anspruch sichernde Vormerkung des Erwerbers verliert damit ihren Nutzen.<sup>21</sup> Ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der eingetragenen Vormerkung ist gegen den Insolvenzverwalter m. E. nicht durchzusetzen.<sup>22</sup> Dies gilt jedenfalls, wenn das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB dem Insolvenzverwalter entgegen gehalten wird.<sup>23</sup> Mit der Geltendmachung des Rücktrittsrechts kann der Erwerber seine Ansprüche alsdann nur noch zur Tabelle anmelden, der Insolvenzschutz des Übereignungsanspruchs der Vormerkung aus § 106 InsO wäre dahin.

In Betracht kommt damit praktisch tauglich nur die Ausübung eines Kündigungsrechts, das sich auf den bauvertraglichen Teil des Bauträgervertrages beschränkt. Dem Erwerber wird so nur die Lösung vom weiteren Fortbau des Objektes und damit auch der für ihn nach der hier kritisierten Auffassung so gefährlichen Mängelbeseitigung des insolventen Bauunternehmers ermöglicht.

3. Eine Lösungsklausel auf den Insolvenzfall könnte danach wie folgt lauten:

*Dem Erwerber wird das Recht eingeräumt, sich vom bauvertraglichen Teil dieses Vertrages durch Kündigung mit Wirkung hinsichtlich der noch nicht erbrachten Bauleistungen zu lösen, ohne dass dadurch die Übereignungsverpflichtung des Veräußerers am Grundbesitz eingeschränkt wird. Das Kündigungsrecht steht dem Erwerber nur für den Fall zu,<sup>24</sup> dass über das Vermögen des Veräußerers das Insolvenzverfahren eröffnet<sup>25</sup> wird. Das Kündigungsrecht ist befristet bis zum Ablauf von 6 Wochen nach Kenntnis des Erwerbers von der Insolvenzeröffnung.<sup>26</sup> Die Ausübung des Kündigungsrechts hat zur Folge, dass hinsichtlich der bereits erbrachten bzw. dinglich gesicherten Leistungen so abzurechnen ist, wie dies im Fall der Nichterfüllungswahl durch den Verwalter der Fall wäre. Die Kündigungserklärung hat schriftlich zu erfolgen, eine Kopie wird an den Notar erbeten.*

Zu bedenken bleibt die mögliche Anfechtung der Lösungsklausel nach den §§ 129 ff. InsO. Eine Lösungsklausel wäre als isolierter Vertragsbestandteil anfechtbar, wenn sie im

<sup>16</sup> Siehe zum Ganzen eingehend *Kessler*, RNotZ 2004, 176, 185 ff.; sowie Gutachten des DNotI, Nr. 11337.

<sup>17</sup> So namentlich *Wegener* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2002, § 103 Rdnr. 85 und § 119 Rdnr. 3; *Hess*, InsO, 2. Aufl. 2001, § 119 Rdnr. 19, 29; *Gottwald/Huber*, Insolvenzzrechtshandbuch, § 35 Rdnr. 13; *MünchKommInsO/Huber*, § 119 Rdnr. 28 ff.; *ders.*, MittBayNot 1999, 113, 116; *Graf/Wunsch*, ZIP 2002, 2117, 2118; *Treffler*, MDR 2000, 1178; *Benzler*, ZInsO 2000, 1, 8; *Eckert*, ZIP 1996, 897, 902; *Uhlenbruck*, MittRhNotK 1994, 305, 310.

<sup>18</sup> *Marotzke* in Heidelberger Kommentar zur InsO, § 119 Rdnr. 3 f.; *Kübler/Prütting/Titelnot*, § 119 InsO Rdnr. 15 f.; *Titelnot*, ZIP 1995, 616, 622; *Braun/Wolf*, InsO, 2002, § 119 Rdnr. 10; *Gerhardt*, AcP 200 (2000), 426, 437 f.; *Pape*, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 531, Rdnr. 63; *Berger*, ebenda, S. 499, Rdnr. 35 ff.; *ders.*, ZIP 1994, 173 ff.; im Ergebnis wohl auch *Uhlenbruck/Berscheid*, § 119 InsO Rdnr. 15 f.

<sup>19</sup> BGHZ 124, 76, 79 = NJW 1994, 449. In der Entscheidung führt der BGH ausdrücklich aus, bei Geltung des § 137 Abs. 2 RegE-InsO sei die Rechtslage eine andere. Dass dieser Abs. 2 nicht Gesetz geworden ist, darf deshalb zumindest als Indiz für eine künftige entsprechende Entscheidung des BGH gewertet werden.

<sup>20</sup> Weiterführend *Kessler*, RNotZ 2004, 176, 185 ff.

<sup>21</sup> Siehe dazu auch *Kessler*, RNotZ 2004, 176, 184; *Blomeyer*, NJW 1999, 472, 473; *Basty*, Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 254; siehe auch die warnenden Hinweise von *Volmer*, ZfIR 2001, 548 f.; *ders.*, ZfIR 2000, 493, 498.

<sup>22</sup> A. A. anscheinend *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 259. Mir ist bereits das Zurückbehaltungsrecht an der entwerteten Vormerkung außerhalb der Insolvenz schleierhaft, führt sie doch zur Aufrechterhaltung einer falschen Grundbuchposition. Erhebt der Eigentümer Feststellungsklage hinsichtlich des Nichtbestehens des Anspruchs kann diese Klage schlechterdings nicht aufgrund § 273 BGB abgewiesen werden. Den Unrichtigkeitsnachweis für das Grundbuchamt kann er alsdann mittels des Urteils führen.

<sup>23</sup> Siehe dazu BGH, MittBayNot 2003, 66.

<sup>24</sup> Dem Erwerber kann gegebenenfalls die Kündigungsmöglichkeit auch für den Fall eröffnet werden, dass der Kaufgegenstand aus vom Erwerber nicht zu vertretenden Gründen nicht bis zu den in diesem Vertrag genannten Zeitpunkten bezugsfertig bzw. vollständig fertiggestellt ist. Dies erscheint deshalb sachgerecht, da er mit dem gesetzlich vorgesehenen Rücktritt wiederum die Sicherung seines Übereignungsanspruchs gefährdet, was gerade in Verzugsituationen, die oftmals erstes Anzeichen möglicher künftiger Leistungsunfähigkeit sind, eine Gefahr darstellen kann.

<sup>25</sup> Die Klausel „oder die Eröffnung mangels Masse abgewiesen wird“ kann sinnvoll sein, diese Situation ist für den hier relevanten Fall aber unkritisch.

<sup>26</sup> Eine Höchstfrist für die Ausübung des Kündigungsrechts erscheint mir deshalb angebracht, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Ziele des Insolvenzverfahrens dadurch zu gefährden, dass dem Verwalter die Planungssicherheit genommen wird.

Insolvenzfall gläubigerbenachteiligende Wirkung hat und so zu einer Unausgewogenheit des Vertrages führt.<sup>27</sup> Eine Lösungsklausel, die zu keinem über die Loslösung vom Vertrag hinausgehenden wirtschaftlichen Schaden führt, kann nicht als anfechtbar eingestuft werden. Hat der Gesetzgeber die Loslösung vom Vertrag für den Insolvenzfall als grundsätzlich zulässig angesehen, hat die Masse in dem Vertrag einen Vermögensgegenstand nur insoweit, als das Lösungsrecht nicht ausgeübt wird.

Anders ist dies, wenn die Lösung vom Vertrag weitere die Gläubiger benachteiligende Konsequenzen hat. § 133 Abs. 1 InsO bereitet dabei die größten Schwierigkeiten. Der BGH hat in dem oben bereits zitierten Urteil<sup>28</sup> die Anfechtung einer Lösungsklausel zugelassen, da mit ihr – und zwar ausschließlich für den Insolvenzfall – die entschädigungslose Übereignung eines Massegegenstandes verbunden war. Darin wurde eine offenbar allein auf den Fall der Insolvenz anzuwendende gläubigerbenachteiligende Klausel gesehen. Angesichts der Tatsache, dass die Klausel Vermögensnachteile nur im Fall der Insolvenz vorsah und auch keine sonstige weitere Rechtfertigung für eine entschädigungslose Übereignung erkennbar war, war der Vorsatz zur Gläubigerbenachteiligung und dessen Erkennbarkeit für den Vertragspartner offenbar. Die

vorstehende Klausel trägt den Vermögensinteressen des Schuldners (und dessen Gläubiger) durch Bezugnahme auf das insolvenzrechtliche Abrechnungsverhältnis Rechnung.<sup>29</sup> Bestehende Vermögensinteressen werden nicht beeinträchtigt, da der Masse die Rechtsposition erhalten bleibt, die ihr ohne Aufwendung weiterer Massemittel (Nichterfüllungswahl) auch zustünde.

## VI. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung darf sich der Vertragspartner eines insolventen Bauträgers weiterhin darauf verlassen, im Fall der Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters den versprochenen Erwerbspreis, nicht jedoch weitergehende Zahlungen erbringen zu müssen. Das rechtliche Risiko einer Erfüllungswahl im Bauträgervertrag ist für den Erwerber derzeit aber deshalb nicht unbeträchtlich, da die hier kritisierte Auffassung von der doppelten Erfüllungspflicht bei Erfüllungswahl in der Literatur immer breiteren Raum einnimmt. Angesichts der ungeklärten Rechtslage sollte sich der vorsichtige Notar bis zur Klärung dieser Rechtsfrage zumindest einer der vorgenannten Handlungsmöglichkeiten, Erfüllungsbürgschaft, Lösungsklausel oder (allerdings nur zum eigenen Schutz) prägnanter Warnhinweis in der Urkunde bedienen.

<sup>27</sup> Siehe dazu MünchKommInsO/Huber, § 119 Rdnr. 53; Kessler, RNotZ 2004, 176, 186.

<sup>28</sup> BGHZ 124, 76 = NJW 1994, 449.

<sup>29</sup> Zu weiteren Überlegungen hinsichtlich einer eventuellen Notwendigkeit der Berücksichtigung auch des positiven Interesses des Insolvenzschuldners am Vertrag siehe Kessler, RNotZ 2004, 176, 186.

# Elektronische Grundbucheinsicht durch Notare und Umsatzsteuer

Von Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Das BayObLG hat mit Beschluss vom 27.10.2004<sup>1</sup> entschieden, dass Notare berechtigt sind, die bei ihnen anfallenden Gebühren für Grundbucheinsichten im automatisierten Abrufverfahren vom jeweiligen Kostenschuldner ersetzt zu verlangen. Das Gericht begründet seine Entscheidung unter anderem damit, dass der Notar zwar gegenüber der Justiz Gebührenschuldner wäre, beim Abruf der Daten jedoch nicht im eigenen Namen, sondern als Bevollmächtigter und „Verfahrensstandschafter“ der Beteiligten handle.<sup>2</sup> Dieser Auffassung ist zunächst einmal zuzustimmen. Das BayObLG hat sich in seiner Entscheidung aber auch dahingehend geäußert, dass verauslagte Gerichtskosten „ohne Ansatz von Mehrwertsteuer“ in Rechnung gestellt werden müssten,<sup>3</sup> wohl mit der Überlegung, dass sie wie durchlaufende Posten zu behandeln seien. Die vom Gericht zitierten Stimmen im Schrifttum<sup>4</sup> behaupten indes die Behandlung als durchlaufende Posten, ohne dies anhand von § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG zu belegen. Für die Notare stellt sich die Frage, ob die den Beteiligten als verauslagte Gerichtskosten in Rechnung gestellten Gebühren für den Abruf einer Grundbucheinsicht tatsächlich durchlaufende Posten im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG sind und damit nicht zum Entgelt als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer zählen.

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) vertritt nunmehr die Auffassung, dass der Ersatz der verauslagten Grundbuchabrufgebühren durch den Schuldner der Notarkosten tatsächlich umsatzsteuerpflichtig sei; das BMF geht dabei davon aus, „dass bundeseinheitlich entsprechend verfahren wird“.<sup>5</sup> Das BMF bezieht sich dabei auf ein zuvor zwischen den Ländern abgestimmtes Schreiben des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen, wonach ebenfalls die Annahme von durchlaufenden Posten hinsichtlich der geschuldeten Einsichtsgebühren nicht in Betracht komme.<sup>6</sup> Diese Rechtsmeinungen sollen nachfolgend näher untersucht werden.

## I. Begriff „durchlaufende Posten“

Nach der Legaldefinition des Begriffs „durchlaufende Posten“ in § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG gehören Beträge, die der Unternehmer im Namen und für Rechnung eines anderen vereinbart und verausgibt, nicht zum umsatzsteuerlichen Entgelt als Bemessungsgrundlage. Hintergrund der Regelung ist, dass das Handeln einer dritten Person zwischen Leistendem und Leistungsempfänger umsatzsteuerrechtlich nur inso-

<sup>1</sup> MittBayNot 2005, 76.

<sup>2</sup> MittBayNot 2005, 76, 78 [unter II. 2. cc) der Gründe].

<sup>3</sup> MittBayNot 2005, 76, 78 [unter II. 2. f) der Gründe].

<sup>4</sup> Bund, RNotZ 2004, 256, 260; Reetz/Bous, RNotZ 2004, 318, 322.

<sup>5</sup> BMF, Schreiben vom 20.6.2005, Gz. IV A 5 – S – 7200 30/05, Anlage zu BNotK-Rundschreiben Nr. 17/2005 v. 12.7.2005; s. a. DNotI-Report 2005, 127.

<sup>6</sup> Schreiben des Sächs. Staatsministeriums der Finanzen vom 17.6.2005, Gz. 35 – S 7200 – 62/5 – 31919, NotBZ 2005, 252.

weit erfasst wird, als der eigene Umsatz des Dritten reicht. Dagegen soll der Dritte nicht mit der vermittelten Leistung der Umsatzsteuer unterliegen.<sup>7</sup> Nach Auffassung des BFH ist die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG nur deklaratorisch – maßgeblich ist, dass derjenige, der „durchlaufende Posten“ vereinnahmt und verausgibt, insoweit selbst keine Leistung erbracht hat, dass er also nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung gehandelt hat.<sup>8</sup>

Die Vorschrift nimmt vom Entgelt somit nur die Beträge aus, die „im Namen und für Rechnung eines anderen“ durchlaufen. Beide Merkmale müssen grundsätzlich kumulativ erfüllt sein. Fehlt eine der Voraussetzungen, ist die Erfüllung der anderen ohne Wirkung, wobei es in erster Linie auf das Handeln „im Namen“ eines anderen ankommt.<sup>9</sup> Klargestellt hat der BFH bereits zu § 5 Abs. 3 UStG 1951, dass es für die Umsatzsteuer nicht ausreicht, dass der Wille, „für irgendjemand“ in fremdem Namen zu handeln, erkennbar hervortritt. Erforderlich sei vielmehr, dass dessen Name genannt wird.<sup>10</sup>

## II. Kostenschuldnerschaft von Notar oder Auftraggeber als Unterscheidungskriterium

Eine Ausnahme vom Erfordernis des Auftretens im Namen eines anderen hat der BFH insbesondere für Kosten zugelassen, die Rechtsanwälte, Notare und Angehörige verwandter Berufe bei Behörden für ihre Auftraggeber auslegen und diesen in derselben Höhe gesondert in Rechnung stellen. Voraussetzung ist aber, dass die Auftraggeber gegenüber der Behörde Kostenschuldner sind.<sup>11</sup> In der vorzitierten Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Notar für seine Mandanten verauslagte konsularische Legalisationsgebühren sowie Kosten für Handelsregister- und Grundbuchauszüge auch dann als durchlaufende Posten i. S. d. § 5 Abs. 3 UStG 1951 behandeln kann, wenn er dem Konsulat bzw. Amtsgericht gegenüber nicht ausdrücklich erklärt, dass er im Namen eines genau bezeichneten Mandanten auftritt.

Der BFH führte hierzu aus, dass grundsätzlich daran festgehalten werden müsse, dass Name und Anschrift des Vertretenen dem Zahlungsempfänger bekannt werden. Bei Verauslagung von Kosten durch Notare sei aber eine Ausnahme zu machen, weil sich das Tätigwerden des Notars gegenüber der Behörde nur am Rande seiner Haupttätigkeit vollziehe und Schuldner der Kosten nicht der Notar, sondern dessen Auftraggeber sei. Ein Bedürfnis, aus steuerlichen Gründen durch Mitteilung der Person und Anschrift des Vertretenen die Zurechnungsverhältnisse klarzustellen, bestehe in diesen Fällen nicht, sondern würde als überflüssige Mitteilung eine bloße Förmlichkeit bedeuten. Im letzten Absatz der Entscheidungsgründe legt der BFH dar, dass Schuldner der Kosten für die Grundbuchauszüge nicht der Notar, sondern der Auftraggeber des Notars sei. Am Erfordernis der Kostenschuldnerschaft des Auftraggebers hat der BFH auch in späteren Entscheidungen festgehalten.<sup>12</sup> Die Finanzverwaltung hat in ihren Umsatzsteuerleitlinien die oben dargestellte Rechtsprechung des BFH übernommen.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> BFH, BStBl III 1961, 492.

<sup>8</sup> BFH, BStBl II 1988, 153, 155.

<sup>9</sup> BFH, BStBl II 1988, 29, 33.

<sup>10</sup> BFH, BStBl II 1970, 191, 192.

<sup>11</sup> BFH, BStBl III 1967, 719.

<sup>12</sup> S. etwa BFH/NV 1989, 744, 745 m. w. N.

<sup>13</sup> UStR 152 Abs. 2 Satz 4, 5.

## III. Notar als Kostenschuldner im elektronischen Abrufverfahren

Will man also die Kosten, die für die Nutzung des automatisierten Grundbucheinsichtverfahrens anfallen, als durchlaufende Posten i. S. d. dargestellten BFH-Rechtsprechung qualifizieren, so kommt es – da jedenfalls in aller Regel nicht die Anschrift des Notargebürenschafters gegenüber der abrechnenden Behörde bekannt gegeben wird<sup>14</sup> – entscheidend auf die Person des Schuldners der durch die elektronische Grundbucheinsicht verursachten Gebühren an. Gem. § 2 GBAbVfV<sup>15</sup> i. V. m. § 133 Abs. 8 Satz 1 GBO, § 85 Abs. 3 GBV ist der Notar aber selbst Gebürenschaftler;<sup>16</sup> dies wird auch vom BayObLG nicht verkannt.<sup>17</sup> Die vom BFH zugelassene Ausnahme zu dem Grundsatz, dass durchlaufende Posten nur dann vorliegen, wenn Name und Anschrift des Vertretenen dem Zahlungsempfänger bekannt gemacht werden, kann daher gerade nicht eingreifen. Denn hierauf kommt es infolge eigener Kostenschuldnerschaft des Notars nicht an. Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis liegt auch kein Widerspruch zwischen der vom BayObLG festgestellten grundbuchrechtlichen bzw. kostenrechtlichen Situation und der umsatzsteuerlichen Rechtslage vor. Vielmehr lässt sich die vom BayObLG verwendete Bezeichnung des Notars als „Verfahrensstandschafter“ in ihrer eigentlichen prozessualen Bedeutung<sup>18</sup> ohne weiteres mit der umsatzsteuerlichen Behandlung vereinbaren.

Allerdings hat der BFH in seiner Entscheidung vom 24.8.1967<sup>19</sup> als Kostenschuldner für die Grundbuchauszüge gerade nicht den Notar, sondern dessen Auftraggeber angesehen. Ob dies für die durch Grundbucheinsicht verursachten Gebühren der damaligen Rechtsauffassung entsprach, kann indes offen bleiben.<sup>20</sup> Hiervon zu unterscheiden ist nämlich die Einrichtung und Nutzung des automatisierten Abrufverfahrens. Denn mit § 2 GBAbVfV i. V. m. § 133 Abs. 8 Satz 1 GBO, § 85 Abs. 3 GBV liegt jedenfalls nach aktuell geltender Rechtslage eine eindeutige Regelung zur Frage des Gebürenschafters im automatisierten Abrufverfahren vor. Wenn gleich dies das BayObLG aus kostenrechtlicher Sicht – zu Recht – nicht hindert, die dabei entstandenen Kosten als vom Notar lediglich „verauslagt“ i. S. von § 154 Abs. 2 KostO an-

<sup>14</sup> Schubert, MittBayNot 2005, 481, 482.

<sup>15</sup> Verordnung über Grundbuchabrufverfahrensgebühren vom 30.11.1994 (BGBl I, S. 3585), geändert durch die 2. EDVGBÄndV vom 11.7.1997 (BGBl I, S. 1808), sowie durch das KostREuroUG v. 27.4.2001 (BGBl I, S. 751).

<sup>16</sup> „Gebürenschaftler ist derjenige, dem die Einrichtung eines automatisierten Abrufverfahrens nach § 133 der Grundbuchordnung genehmigt worden ist (Empfänger).“

<sup>17</sup> Vgl. BayObLG, MittBayNot 2005, 76, 77 [unter II. 2. a) der Gründe].

<sup>18</sup> Vgl. *Karldieter Schmidt* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 12 Rdnr. 35 f.

<sup>19</sup> BFH, BStBl III 1967, 719.

<sup>20</sup> Die eigentliche Grundbucheinsicht einschließlich der Einsicht in die Grundakten ist damals wie heute kostenfrei, § 74 GBO, vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl. 2002, § 12 Rdnr. 35 und 7. Aufl. 1962, § 12 Anm. 6. Gebühren werden und wurden nur für die Erteilung von Abschriften erhoben, auch im maschinellen Verfahren („Ausdrucke“), § 73 Abs. 1 und 2 GBO – wegen der auch seinerzeit schon geltenden Veranlasserhaftung für die Gerichtskosten (vgl. § 2 Nr. 1 KostO) käme man zu einer Kostenschuldnerschaft des Auftraggebers nur, wenn man (ggfls. über § 15 GBO) den die gerichtliche Amtshandlung veranlassenden Notar als dessen Vertreter ansieht, vgl. in diesem Sinne *Korintenberg/Wenz/Ackermann*, KostO, 6. Aufl. 1965, § 2 Anm. II. 1.

zusehen, hat die umsatzsteuerliche Beurteilung aber losgelöst hiervon, allein anhand des § 10 Abs. 1 Satz 6 UStG zu erfolgen. „Verauslagte Gerichtsgebühren“ im Sinne des Kostenrechts und „durchlaufende Posten“ im Sinne des Umsatzsteuerrechts sind keine Synonyme.<sup>21</sup> Hieraus folgt zugleich, dass die Rechtsprechung des BFH aus den 1960er Jahren<sup>22</sup> die vom BayObLG vertretene Auffassung nicht (mehr) zu stützen vermag, sofern es um die Einrichtung und Nutzung des automatischen Abrufverfahrens geht.

#### IV. Unterschied zum Zentralen Vorsorgeregister

Mittelbar bestätigt wird die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung durch die umsatzsteuerliche Behandlung der Gebühren nach der Vorsorgeregister-Gebührensatzung der Bundesnotarkammer (VRegGebS)<sup>23</sup> i. V. m. § 78 b Abs. 2 BNotO. Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VRegGebS ist der Antragsteller Gebührenschuldner. Im Registrierungsverfahren beim Zentralen Vorsorgeregister ist aber der Notar niemals selbst Antragsteller, sondern tritt lediglich als Bote oder Vertreter des Vollmachtgebers auf<sup>24</sup> (ist also insbesondere kein „Verfahrensstandschafter“). Mittelbar wird dies durch die Existenz von § 147 Abs. 4 Nr. 6 KostO bestätigt.<sup>25</sup> Folgerichtig ist der Notar deshalb auch nicht selbst Gebührenschuldner, sondern kann eine für den Vollmachtgeber beglichene Eintragungsgebühr diesem (nur) als durchlaufende Posten in Rechnung stellen,<sup>26</sup> hierauf also keine Umsatzsteuer erheben.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Ebenso i. Erg. BMF (Fn. 5); Sächs. Staatsministerium der Finanzen (Fn. 6): „Auf die Möglichkeit der Kostenweiterbelastung kommt es nicht an.“

<sup>22</sup> BFH, BStBl III 1967, 719.

<sup>23</sup> vom 2.2.2005, DNotZ 2005, 81; in Kraft getreten am 1.3.2005.

<sup>24</sup> Görk, DNotZ 2005, 87, 89.

<sup>25</sup> Vgl. Görk, DNotZ 2005, 87, 89.

<sup>26</sup> Görk, DNotZ 2005, 87, 89.

<sup>27</sup> Allgemein zu durchlaufenden Posten in der notariellen Kostenrechnung, insb. zur Behandlung elektronischer Registereinsichten, Einholung von Papierauszügen aus dem Grundbuch und Abruf der digitalen Flurkarte s. Schubert, UVR 2005, 469 ff.; ders., MittBayNot 2005, 481.

#### V. Ergebnis

Als Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass der Notar die Kosten für die Nutzung des maschinellen Grundbuchs, soweit sie erstattungsfähig sind, in die umsatzsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage für die Kostenrechnung gegenüber seinen Mandanten einbeziehen muss,<sup>28</sup> es sei denn, dass er der abrechnenden Behörde für jeden Einzelfall Namen und Anschrift seines Auftraggebers mitteilt. Im elektronischen Abrufverfahren gibt es indes keine praktische Möglichkeit hierfür.<sup>29</sup> Die Auffassungen sowohl des BMF<sup>30</sup> als auch des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen<sup>31</sup> sind zutreffend.

Damit sind die Notare für die Rechtssuchenden leider ein Stück teurer geworden. Allerdings kommt diesen der elektronische Service auch unmittelbar zugute, weshalb man sich m. E. eher die Frage stellen sollte, warum denn die körperliche Einsichtnahme in das Grundbuch, die erheblich mehr Aufwand erfordert, überhaupt kostenfrei sein soll. Nach EU-Recht besteht zwar ein Wahlrecht, ob Umsatzsteuer in Rechnung gestellt wird oder nicht, auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen für durchlaufende Posten gegeben sind.<sup>32</sup> Bei der elektronischen Grundbucheinsicht sind diese Voraussetzungen aber gerade nicht gegeben und können technisch auch nicht hergestellt werden. Das bedeutet nun aber nicht, dass der Notar von sich aus für die Beteiligten Grundbuchauszüge (Ausdrucke) unmittelbar beim zuständigen Grundbuchamt einholen oder gar die gänzlich kostenfreie „händische“ Einsicht vornehmen muss (oder dies zumindest vorschlagen muss). Damit würde das gesamte System des elektronischen Grundbuchverkehrs ad absurdum geführt. Eine Änderung der gegenwärtigen Situation wird daher, wenn überhaupt, nur auf rechtspolitischer Ebene zu suchen sein, indem man die Regelung der Kostenschuldnerschaft des Notars für die laufenden Einsichten ändert, z. B. nach dem Vorbild der Gebührenbehandlung nach der Vorsorgeregister-Gebührensatzung der Bundesnotarkammer.

<sup>28</sup> Vgl. § 151 a i. V. m. § 140 S. 1 KostO.

<sup>29</sup> Schubert, MittBayNot, 2005, 481, 482.

<sup>30</sup> S. oben Fn. 5.

<sup>31</sup> S. oben Fn. 6.

<sup>32</sup> Schubert, MittBayNot 2005, 481, 482.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.): Würzburger Notarhandbuch. ZAP, 2005. 2 889 S., 148 € + CD-ROM

Das neue Notarhandbuch ist da! Allerdings nicht die ersehnte 4. Aufl. des Beck'schen Notarhandbuchs, sondern ein völlig neues Werk und – um es vorwegzunehmen – ernst zu nehmender Wettbewerber des erstgenannten Klassikers. Zunächst beeindruckt der Umfang des Würzburger Notarhandbuchs. Es hat sich erkennbar das Ziel gesetzt lückenlos jede sich im Berufsalltag des Notars stellende Frage zu beantworten. Dabei geht das Werk zu Recht wissenschaftlich nicht zu sehr in die Tiefe, sondern bietet Verlässliches. Kein Experimentierbuch also, sondern ein „Erledigungsbuch“.

Behandelt werden das Berufsrecht und Beurkundungsverfahren, das Immobilienrecht, Familienrecht, Erbrecht, Gesellschaftsrecht und das öffentliche Recht in der notariellen Praxis sowie das internationale Privatrecht. Die Darstellung des Berufsrechts beschränkt sich sinnvoll auf die Grundzüge und erstreckt sich auf 26 Seiten. Die Darstellung des Beurkundungsverfahrens – und darin liegt schon zu Beginn die Stärke des Werkes – bezieht auch praktisch außergewöhnliche Beurkundungen ein und bietet auch für diese (z. B. urheberrechtliche Prioritätsverhandlung, Verlosung) Mustertexte, die sich stets auch auf der dem Werk beigefügten CD-ROM finden. Eine ausführliche Darstellung über die vollstreckbare Urkunde und eine einmalig übersichtliche Darstellung der Vollstreckungsklauselumschreibung nach § 727 ZPO ist *Volmer* zu verdanken.

Eine bei den absoluten Grundlagen beginnende Darstellung der Gestaltung von Büroräumen und dergleichen im Kapitel „Büroorganisation“ mag einschließlich der Themen EDV-Ausstattung und Mitarbeitermotivation sowie ausführlicher Schilderung der Anlage einer Handakte bei Annahme eines Beurkundungsauftrages etwas zu umfangreich geraten sein; dafür glänzt das Kapitel mit einer detaillierten und übersichtlichen Darstellung der Führung der Bücher des Notars.

Ein exzellentes Kapitel befasst sich mit den Notarkosten (*Tiedtke*) und gibt Antworten, wo andere Lektüre versagt (z. B. vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung mit Zinsangabe). Ein griffiges Kapitel über Notarhaftung und Notarversicherung mahnt zur sorgfältigen Lektüre des übrigen Werkes.

*Hertel* ist ein abgerundetes Kapitel über den Grundstückskauf zu verdanken. Das beweist, dass das „neue Schuldrecht“ längst nicht mehr neu ist, sondern für die Gestaltungspraxis als ausgegoren gelten darf. Schade, dass *Hertel* die Auffassung vertritt, der Notar müsse eine Identifizierung nach § 1 Abs. 5 des Geldwäschegesetzes vornehmen ohne sich mit den begründeten Bedenken diesbezüglich zu befassen – mit gutem Grund beschränkt der wohl größte Teil der Notare sich auf die Personalienfeststellung nach Beurkundungsgesetz. Die Darstellung des Kaufvertrages ist ausführlich und absolut vollständig. Sie enthält interessante Ausführungen auch zur Absicherung des Verkäufers bezüglich der Löschung der Auflassungsvormerkung bei Scheitern des Geschäfts sowie zur Absicherung des Verkäufers hinsichtlich der Auflassung; insbesondere lehnt *Hertel* mit Recht die sog. „Bewilligungslösung“ ab. Praxisnah sind die Ausführungen zu Belehrungs-

pfllichten im Grundstückskaufvertrag und zum Belehrungsvermerk. Hervorragend gelungen ist auch die Gesamtdarstellung der Hinterlegung und Vertragsabwicklung über Notaranderkonto. Liegen die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Abwicklung des Vertrages über Anderkonto vor, so hilft die Darstellung die inzwischen richtigerweise ungewohnte Gestaltung richtig zu handhaben.

Etwas lang sind die Bauträgervertragsmuster geraten; in der Kürze liegt meines Erachtens auch Transparenz für den Verbraucher. Hervorragende Spezialliteratur in diesem Bereich wie der eben erschienene neue *Basty* zeigen wie es geht, machen es dem Wettbewerber Würzburger Notarhandbuch aber natürlich schwer. Die Darstellung zum Wohnungseigentum ist ebenfalls auch für den schon erfahreneren Praktiker lehrreich. Wie *Hügel* allerdings eine Öffnungsklausel mit Vollmacht zur Eintragung von Mehrheitsvereinbarungen in das Grundbuch durch Aufnahme in die Gemeinschaftsordnung verdinglichen will, bleibt trotz Empfehlung einer entsprechenden Gestaltung offen; ich halte den Formulierungsvorschlag hierzu nicht für brauchbar, nachdem „dingliche Vollmachten“ nach herrschender Meinung ausgeschlossen sind.

Vereinsregisteranmeldungen werden im Notariat zwar in der Regel von Inspektoren oder Fachangestellten eigenverantwortlich entworfen; schöne Muster wie im Würzburger Notarhandbuch sind aber – abgesehen von überlieferten „Schimmeln“ an der Notarsstelle – nicht leicht zu finden. Auch dies ist ein Beispiel für die beeindruckende Lückenlosigkeit des neuen Werkes.

Das „banale“ Recht der Grundpfandrechte findet bisher im Beck'schen Notarhandbuch seine m. E. einzige gelungene Darstellung. Auch hier ist das Würzburger Notarhandbuch dem Beck'schen auf den Fersen. Insbesondere übersichtliche tabellarische Aufstellungen – wie sie das ganze Werk durchziehen – ermöglichen das blitzschnelle Auffinden von gesuchten Lösungen. Schnell ist nachgeschlagen, dass bei der Grundschuldbestellung durch den nicht befreiten Vorerben die Zustimmung aller Nacherben, nicht aber der Ersatznacherben erforderlich ist. Die für die familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorgeschlagene Doppelvollmacht dürfte bei der Grundschuldbestellung wohl weniger häufig von Nutzen sein, wirkt doch in den seltensten Fällen die Bank als Urkundsbeteiligte mit. Das bemühte Zitat aus *Schöner/Stöber* bezieht sich denn auch ausschließlich auf Verträge (die richtige Lösung findet sich in *Schöner/Stöber* Rdnr. 3745).

Das Familienrecht (*J. Mayer* u. a.) bestätigt das exzellente Niveau des Werkes und sei hier ausschließlich der gebotenen Kürze einer Buchbesprechung wegen nur knapp erwähnt; Gleiches gilt für das Erbrecht und das Gesellschaftsrecht. Über 500 Mustertexte und Formulierungsbeispiele sind auch auf der beigegebenen CD-ROM enthalten. Darunter befinden sich zwar auch echte Einzeiler, ein Blick in das achtseitige Verzeichnis der Muster und Formulierungsbeispiele belegt jedoch, dass einem mit diesem Buch unter dem Arm auch als Notarvertreter im fremden Amt nicht mehr viel passieren kann.

Aufgrund der pädagogisch überlegenen und typografisch um Längen eleganteren und leserfreundlichen aber dafür nicht so vollständigen Gesamtdarstellung sei dem Berufsanfänger

nach wie vor eher zum Beck'schen Notarhandbuch geraten; das Würzburger Notarhandbuch ist für diesen Leserkreis eher dazu angetan, ihn – ob der Fülle der wichtigen Informationen – in Verzweiflung zu stürzen. Allen anderen kann die An-

schaffung wärmstens empfohlen werden. Soviel auf so engem Raum gibt es für uns sonst nirgends – ein wahres Handbuch!

Notar Dr. Lorenz Bülow, Immenstadt i. Allgäu

### Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.): From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht. Giesecking, 2005. 333 S., 84 €

„From Status to Contract“ – dieses Zitat stammt von dem englischen Juristen und Historiker *Henry Sumner Maine* (1822–1888). Es ist seinem 1861 erschienenen Werk „Ancient Law“ entnommen, in dem *Maine* die Entwicklung von Recht unter Berücksichtigung der Veränderungen in Gesellschaftsstrukturen verfolgt. „Status“ umschreibt dabei eine gesellschaftliche Ordnung, in der die rechtliche Stellung des Einzelnen von seiner Position in der Familie abhängt; „contract“ dagegen beschreibt eine Gesellschaft, bei der grundsätzlich jedes Familienmitglied Rechts- und Geschäftsfähigkeit besitzt (vgl. *Hofer*, S. 2). Die Entwicklung in Richtung auf eine umfassende rechtliche Freiheit ist nach *Maine* ein Kennzeichen der fortschrittlichen Gesellschaft („[...] we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract“, *Ancient Law*, Kapitel 5 a. E.). In neuerer Zeit wird der Ausdruck gerne dafür verwendet, grundlegende Veränderungen im Bereich des Schuldrechts oder des Familienrechts zu kennzeichnen (Nachweise bei *Hofer*, S. 1), bzw. dafür, den Wandel weg von einer zwingenden staatlichen Ordnung hin zur Möglichkeit, sich rechtliche Beziehungen nach eigenem Willen auszugestalten, zu umschreiben.

Gibt es diesen Wandel, gibt es die Möglichkeit zur selbstbestimmten Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen des Zusammenlebens (auch) im deutschen bzw. europäischen Familienrecht? Dieser Fragestellung nachzugehen war Ziel des vom 30.9. bis 2.10.2004 in Regensburg stattfindenden, nunmehr siebten Symposiums für Europäisches Familienrecht; die einzelnen Beiträge dieses Symposiums sind in dem vorliegenden Tagungsband enthalten. Nach der Entscheidung des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270) war (und ist) diese Frage gerade in Deutschland wieder ins engere Blickfeld gerückt. Von daher nimmt es nicht wunder, wenn der deutschen Rechtslage drei der insgesamt 14 Kapitel des Buches gewidmet sind. Kern der primär rechtsvergleichend konzipierten Betrachtung sind zehn Länderberichte; vervollständigt wird die Darstellung durch ein zusammenfassendes, rechtsvergleichendes Abschlusskapitel.

Was gestatten die Rechtsordnungen unserer europäischen Nachbarn an Gestaltung im Familienrecht? Die Themen für eine vertragliche Gestaltung sind vielfältig. Zu nennen sind Vereinbarungen über die Gestaltung bzw. Auflösung der Ehe, Modifikationen des gesetzlichen Güterstandes (sei es im Zusammenhang mit einem Verfahren, das auf Scheidung der Ehe gerichtet ist, sei es unabhängig davon), Umgestaltung der unterhaltsrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten bzw. im Verhältnis zu den gemeinsamen Kindern, schließlich Absprachen zur elterlichen Sorge und zum Umgang während und nach der Ehe. Auch Vereinbarungen zwischen den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft werden nicht

selten gewünscht. *Hausheer* (Schweiz), *Ferrari* (Österreich), *Pintens* (Belgien und Frankreich), *Novak* (Slowenien), *Hrušáková* (Tschechien), *Weiss* (Ungarn), *Scherpe* (Dänemark, Schweden, Norwegen, Finnland und Island), *Patti* (Italien), *Ferrer i Riba* (Spanien) und *Koutsouradis* (Griechenland) stellen jeweils (naturgemäß mit unterschiedlicher Gewichtung) die Rechtslage in den genannten Ländern dar.

Aus deutscher Sicht beschäftigt sich *Schwab* mit „Vereinbarung über Elternschaft und elterliche Verantwortung“. Regelungen, die das Sorge- und Umgangsrecht betreffen, werden immer beliebter. Man denke an Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen bzw. Verträge zwischen nicht miteinander verheirateten Eltern. Die Vereinbarungen stehen im Spannungsfeld von autonomer elterlicher Verantwortung und dem staatlichen Wächteramt für das Wohl minderjähriger Kinder (S. 35). Der Beitrag untersucht, in welchem Umfang derartige Vereinbarungen möglich sind, ob sie mit Bindungswirkung getroffen werden können, inwieweit sie der gerichtlichen Kontrolle unterliegen und welcher Prüfungsmaßstab dabei anzuwenden ist.

*Brambring* („Ehevertragfreiheit und ihre Grenzen“) stellt nach einer Erläuterung des BGH-Urteils vom 11.2.2004 dar, was aus notarieller Sicht zur Vermeidung der Unwirksamkeit getan werden kann. Durch ein entsprechend ausgestaltetes Beurkundungsverfahren ist abzusichern, dass auch der schwächere Part von seinen Freiheiten Gebrauch machen kann (S. 24 ff.). Auch die Vereinbarung von Alternativgestaltungen kann ein richterliches Eingreifen vermeiden helfen. Die Lebensplanung der Ehegatten spielt insoweit eine entscheidende Rolle; prophetische Gaben dürfen vom Notar aber zu Recht nicht erwartet werden (S. 26 f.). Nach Ansicht von *Brambring* muss die Teilnichtigkeit eines Ehevertrages nicht zwingend zu seiner gesamten Unwirksamkeit führen (S. 33 f.). Diese Ansicht wurde mittlerweile durch die Rechtsprechung bestätigt [vgl. nur BGH vom 25.5.2005, MittBayNot 2006, 44 (in diesem Heft)].

In einer Art „entwicklungsgeschichtlicher tour d'horizon“ untersucht *Hofer* die Frage, ob „Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten“ dem deutschen Familienrecht zugrunde liegt. Anders als oftmals angenommen war Ausgangspunkt des BGB in seiner ursprünglichen Fassung die grundsätzlich gleiche Freiheit beider Ehegatten zur Regelung ihrer güterrechtlichen und persönlichen Ehwirkungen unter Ablehnung staatlicher Bevormundung (S. 5 f.). Das erste Eherechtsgesetz 1976/77, das in einer Zeit beginnenden Verbraucherschutzes vielfach als „Geburtsstunde“ der Privatautonomie im Familienrecht gefeiert wird, führt im Kern nur diese Prinzipien (die grundsätzliche Gleichberechtigung von Mann und Frau) fort. Dieses lange Jahre auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde liegende Verständnis von Freiheit begann um die Jahrtausendwende u. a. durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu bröckeln. Der Schutz des schwächeren Parts als allgemeine Schranke des Privatrechts war auch im Familienrecht angekommen (S. 13 f.).

In einem abschließenden rechtsvergleichenden Kapitel stellt *Henrich* die Ergebnisse gegenüber und erläutert ergänzend die Rechtslage in England. Dort wird zurzeit die Diskussion über sog. pre-marital contracts neu geführt. Sie sollen zulässig sein, wenn bestimmte Grundbedingungen, wie z. B. unabhängige anwaltliche Beratung, vollständige Offenlegung der Vermögensverhältnisse, ausreichende Überlegungsfristen und (großzügige) Kompensationsleistungen für den Fall der Unterhaltsbedürftigkeit, erfüllt sind (S. 330). *Henrich* ist zuzustimmen, wenn er ausführt, dass diese Aussagen auch als Anregung für die Vertragsgestaltung in Deutschland dienen können.

Ich möchte ehrlich sein. Als ich das Buch das erste Mal zur Hand nahm und das Inhaltsverzeichnis durchblätterte, hielt ich es nicht für sonderlich „notarrelevant“. Lediglich die Beiträge von *Brambring* (dessen Gedanken zur Verfahrensgestaltung mittlerweile Allgemeingut im Notariat sein sollten) und *Schwab* sprangen mir ins Auge. Beide haben meine Erwartungen auch erfüllt. Gerade *Schwab* liefert einen guten Überblick und Fundstellen zu Rechtsprechung und den teils konträren Ansichten. Eine Vertiefung ist damit jederzeit gut möglich. Der erste Eindruck hat sich jedoch schnell gewandelt. Zwar wird man als Notar – von Ausnahmen abgesehen – nicht mit dem Familienrecht der Nachbarstaaten konfrontiert. Doch hilft gerade auch die Kenntnis anderer Rechtsordnungen und ihrer Regelungsmodelle bei der Urkundsgestaltung insoweit, als man einen „Vorrat an Lösungen“ (so *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in *Leser* [Hrsg.], *Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze, Band III, 1967*,

S. 1, 9 unter Berufung auf *E. Zitelmann*) für die von den Beteiligten gewünschten Problemstellungen parat hat. Sollte man tatsächlich einmal mit der Rechtsordnung eines der genannten Staaten konfrontiert werden, hat man eine Einstiegshilfe zur Hand (eine vertiefte Darstellung der Rechtsordnungen enthält der Band schon ob seiner Konzeption nicht). Verschönt wird das „Paket“ mit den wichtigsten Gesetzestexten in deutscher Übersetzung und einem eigenen Inhaltsverzeichnis für die einzelnen Kapitel, was das Auffinden der einschlägigen Problemkreise erleichtert. Bei Interesse am Familienrecht unbedingt lesen!

Zurück zum Anfang: Wie steht es nun um die selbstbestimmte Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen des Zusammenlebens in Deutschland? Dies hängt, wie *Hofer* (S. 14 ff.) überzeugend ausführt, wesentlich von der künftigen Haltung der Rechtsprechung ab. Zielt der erstrebte Schutz der schwächeren Person darauf ab, ihr den Gebrauch ihrer gleichen rechtlichen Freiheit zu ermöglichen bzw. diesen zu sichern, so ist die gerichtliche Kontrolle mit der Privatautonomie vereinbar. Soll der Einzelne dagegen durch „angemessene“ Vertragsinhalte und richterliche Anpassung abweichender Vereinbarungen, also eine „objektive Gerechtigkeit“, geschützt werden, ist er bevormundet; von der privatautonomen Konzeption des BGB bleibt wenig bis nichts übrig. Ob wir uns in diesem Sinne „from contract to status“ (i. S. eines Schutzstatus, *Hofer*, S. 16) bewegen, wird zunehmend unwahrscheinlicher, ist derzeit aber noch offen.

Notarassessor *Christian Braun*, Würzburg

### **Tennie: Dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel. Lang, 2005. 180 S., 39 €**

In seiner Münsteraner Dissertation geht *Christian Tennie* der Frage nach, in welchem Umfang und mit welchem Ziel dingliche Rechte des Privatrechts als Gestaltungsmittel des an sich öffentlich-rechtlichen Städtebaurechts zum Einsatz kommen und kommen können. Nach einem kurzen geschichtlichen Abriss (S. 2–4) stellt *Tennie* die zum Einsatz kommenden dinglichen Rechte vor, nämlich Dienstbarkeiten, Erbbaurecht und Vormerkung (S. 7–34). Den empirisch gewonnenen Einsatzbereich der dinglichen Rechte beschreibt *Tennie* kurz, aber noch ausreichend (S. 35–43). Längere Passagen widmet er dann den öffentlich-rechtlichen Schranken des Einsatzes der Berechtigungen (S. 45–114) sowie den Durchsetzungsmöglichkeiten der Berechtigungen (S. 115–130). Im Schlussvergleich (S. 131–164) kommt *Tennie* zu dem Ergebnis, dass privatrechtliche Instrumente als städtebauliche Gestaltungsmittel den Bebauungsplan und dessen Festsetzungen nur ergänzen, nie aber vollständig ersetzen können. Im Bereich dieser Ergänzung seien aber öffentlich-rechtliche Gestaltungsmittel weitgehend ausgeschlossen, so dass dann auch auf Rechtsinstitute des Privatrechts zurückgegriffen werden müsse.

*Tennie* schreibt seine Arbeit (wie auch die Angabe der Gutachter zeigt) aus öffentlich-rechtlicher Sicht. Er stellt die zum Einsatz kommenden zivilrechtlichen Mittel ordentlich und vollständig dar, einschließlich etwa der Praxis, über den Totalausschluss von Handlungsrechten eine an sich im Gesetz nicht vorgesehene Handlungspflicht zu erzielen (bspw. bei Fernwärmedienstbarkeiten). Neues bringt er dem Notar aber nicht. Die Arbeit ist weiter aus nordrhein-westfälischer

Sicht geschrieben, dessen Landesrecht die Baulast kennt. In Bayern, das nur die Übernahme von Abstandsflächen mit öffentlich-rechtlicher Rechtsnachfolgewirkung kennt, kommen Dienstbarkeiten natürlich umfangreicher zum Einsatz.

Aus notarieller Sicht stechen einige Schwächen der Arbeit ins Auge, so etwa auf S. 152, wenn *Tennie* im Rahmen der Kostenanalyse meint, dass die Unterschriftsbeglaubigung mit der Kostenfolge des § 45 KostO sich allein auf die Beglaubigung der Unterschrift beziehe, die Beglaubigung mit der Kostenfolge des § 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO demgegenüber auf eine Beglaubigung „nicht nur [der] Unterschrift, sondern [der] gesamt[n] Bewilligungserklärung“. Diese Abgrenzung von § 45 KostO zu § 38 Abs. 2 KostO war mir bisher nicht bekannt. Gut, Kostenrecht muss man nicht können, wenn man nicht unmittelbarer Adressat des jeweiligen Kostengesetzes ist. Unsicherheiten zeigen sich aber auch im allgemeinen Zivilrecht. Bei der Frage der privatrechtlichen Inhalts- bzw. Angemessenheitskontrolle der Bestellung von Dienstbarkeiten (S. 88, 89) erkennt *Tennie* beispielsweise nicht den doch fundamentalen Unterschied zwischen Klauselkontrolle gem. § 307 BGB und Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 BauGB, der darin besteht, dass § 307 BGB (wie schon der Name Klauselkontrolle sagt) sich auf eine einzelne Vertragsklausel bezieht, § 11 Abs. 2 BauGB aber eine „Gesamtvertragsangemessenheitskontrolle“ beinhaltet. Mit anderen Worten: Die einzelne Klausel ist nicht bei § 307 BGB, wohl aber bei § 11 BauGB kompensationsfähig.

Möglicherweise stellt mich das Werk auch deswegen nicht zufrieden, weil die mich subjektiv drängenden Fragen nicht oder nur unzureichend angesprochen sind. *Tennie* sieht beispielsweise das Erbbaurecht allein im Hinblick auf die Mög-

lichkeit, ein sogenanntes „Baurecht auf Zeit“ zu schaffen. Im Rahmen der gemeindlichen Bodenbewirtschaftung sehe ich die Bedeutung des Erbbaurechts primär im Bereich der Einheimischenmodelle, bei denen gegenwärtig die Absicherung der Nutzungsbindung mit enormem argumentativem Aufwand gegen die eben erwähnte Klauselkontrolle durchgesetzt werden muss, während doch beim Erbbaurecht dies alles über eine Bauwerksverwendung gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauVO über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts, somit für 99 Jahre, problemlos vereinbart werden kann (v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl., Rdnr. 4.55). Dennoch wenden die Gemeinden offenbar diese Gestaltung allenfalls am Rande an. Zum anderen stellt sich mir die Frage, ob nicht doch engere Bindungen der Gemeinde bestehen müssen, wenn sie über Privatrecht Regelungen durchsetzen möchte, die das Baurecht für Bebauungspläne nicht zulässt, wenn beispielsweise die Gemeinde über Nutzungsdienstbarkeiten Einfluss nimmt auf das Wirtschaftsleben und die Wirtschaftsstruktur eines neuen Baugebietes (vgl. etwa BGH, MittBay-Not 2003, 161 m. Anm. Grziwotz). Kann man sich tatsächlich schlicht auf die Überlegung zurückziehen, dass die Gemeinde

eben nicht über Gestaltungsmittel des BauGB handele und deswegen frei agieren könne (*Tennie*, S. 113)? Richtig ist, dass dieses freie Agieren auf vertraglicher Grundlage passieren muss, dementsprechend immer eine Zustimmung der Grundstückseigentümer erforderlich ist. Nur sehe ich auch hier die Gewichtung anders als *Tennie* (S. 75): Ich halte nicht diejenige privatrechtliche Gestaltung der Gemeinde für bedenklich, zu deren Durchsetzung die Gemeinde zur Not eine Enteignung einleiten könnte. In diesen Fällen wissen erstens alle Beteiligten sehr genau, wo die Grenze für eine vertragliche Gestaltung liegt, bis zu welchem Punkt die Gemeinde nachgeben muss oder kann. In diesen Fällen ist zweitens auch sicher: Die Gemeinde darf zur Verfolgung des öffentlichen Zwecks handeln, sonst könnte ja kein Enteignungsverfahren im Hintergrund stehen. Für weitaus gefährlicher halte ich die Fälle, in denen die Gemeinde unter dem Druck der sonst scheiternden Schaffung von Baurecht (nämlich durch Erlass eines Bebauungsplans) ihre Absichten durchsetzt.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

### **Sudhoff: Unternehmensnachfolge. 5. Aufl., Beck, 2005. 1 343 S., 118 €**

Anzuzeigen ist die Neuauflage von „*Sudhoff* Unternehmensnachfolge“. Seit der Voraufgabe sind bereits wieder fünf Jahre vergangen. Für ein so dynamisches Gebiet wie die Unternehmensnachfolge, das Schnittstellen zu den Bereichen Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Erbrecht aufweist, ist dies eine recht lange Zeit. Die Neuauflage wurde dazu genutzt, das Werk in allen Bereichen auf den Stand 1.1.2005 zu bringen.

Das Werk Unternehmensnachfolge gehört zu der „*Sudhoff*-Reihe“, bestehend aus den weiteren Bänden GmbH & Co KG, Personengesellschaften und Familienunternehmen. Die *Sudhoff*-Reihe hat es sich zum Ziel gesetzt, insbesondere für mittelständische (Familien-)Unternehmer und deren Berater maßgeschneiderte und in der Praxis erprobte Gestaltungsmodelle für alle wichtigen Fragen anzubieten. Daneben gehört es auch zum Ziel der *Sudhoff*-Reihe, dem Leser grundlegendes theoretisches Wissen in den jeweils einschlägigen Bereichen zu vermitteln. Diesen beiden Zielen wird die Neuauflage von „*Sudhoff* Unternehmensnachfolge“ im besonderen Maße gerecht. Dies liegt auch daran, dass der Autorenkreis sich durchweg aus Personen zusammensetzt, die neben ihrer praktischen Erfahrung im Bereich der Unternehmensnachfolge auch substanzielles theoretisches Wissen mitbringen.

Die Neuauflage gliedert sich – wie die Voraufgabe auch – in sechs Hauptbereiche: Unter „A. Erbrecht“ werden die erbrechtlichen Grundlagen vermittelt, die für den Bereich der Unternehmensnachfolge von Bedeutung sind. In Abschnitt „B. Vorweggenommene Erbfolge“ werden in diesem Zusammenhang auftretende Grundfragen behandelt, wie z. B. bei der vorweggenommenen Erbfolge zu beachtende Formvorschriften und gesellschaftsrechtliche Zustimmungserfordernisse sowie Sicherungsinstrumente für den Erblasser. Darüber hinaus werden Entscheidungshilfen für den Zeitpunkt der Durchführung der Unternehmensnachfolge sowie deren Ausgestaltung gegeben. In „C. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten“ werden ausführlich die einzelnen Gesellschaftsformen behandelt, die im Rahmen der Regelung

eine Unternehmensnachfolge in Betracht kommen können. Unter Abschnitt „D. Steuerrecht“ werden die steuerlichen Konsequenzen der Unternehmensnachfolge dargestellt, wobei der Schwerpunkt auf der Darstellung der lebzeitigen Unternehmensnachfolge mittels Veräußerung, Unternehmensaufgabe, Unternehmensverpachtung und vorweggenommener Erbfolge liegt. In Abschnitt „E. Gestaltung der Nachfolge durch Umwandlung des Unternehmens“ werden die Umwandlung des Unternehmens nach dem UmwG, aber auch Umwandlungsformen außerhalb des UmwG als Gestaltungsmittel der Unternehmensnachfolge behandelt. Beleuchtet werden ebenfalls die steuerlichen Konsequenzen der einzelnen Umwandlungsarten. Unter Abschnitt „F. Gestaltungsmodelle der Unternehmensnachfolge“ werden ausgewählte, in der Praxis bewährte Gestaltungsmodelle vorgestellt. In diesem Abschnitt finden sich beispielsweise Ausführungen zu Familiengesellschaften, Gründung einer Familiengrundbesitzgesellschaft, einer Familienholding, dem Wiesbadener Modell sowie zur lebzeitigen Unternehmensübertragung im Wege der Schenkung, mit laufender Gegenleistung und einmaliger Ausgleichsleistung.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit und ohne den Wert des Werkes in irgendeiner Weise schmälern zu wollen, werden im Folgenden einige Anmerkungen zu Punkten gemacht, die dem Rezensenten aufgefallen sind:

In § 8 Rdnr. 3 wird ausgeführt, dass die Vor- und Nacherbschaft große Bedeutung auch im Rahmen der Unternehmensnachfolgeplanung habe, weil dadurch dem Unternehmer ermöglicht werde, längerfristig auf den Nachlass einzuwirken. Bereits in der Besprechung zur Voraufgabe wurde darauf hingewiesen (MittBayNot 2000, 423, 424), dass die Vor- und Nacherbschaft im Unternehmensbereich nur äußerst zurückhaltend angewendet werden sollte. Dies liegt zum einen darin begründet, dass durch das Vorhandensein von zwei Erben nach dem Erblasser erhebliches Konfliktpotential innerhalb des Unternehmens geschaffen wird. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass die Vor- und Nacherbschaft sowohl beim Vorerben als auch beim Nacherben Erbschaftsteuer auslöst und der Nacherbe aufgrund der Bestimmung in § 20 Abs. 4

ErbStG mittelbar auch die beim Vorerben angefallene Erbschaftsteuer zu tragen hat (kritisch zur Anordnung der Vor- und Nacherbfolge im Unternehmensbereich auch *Lorz/Kirchdörfer*, Unternehmensnachfolge, 2002, Kap. 5 Rdnr. 77 ff.).

In § 20 Rdnr. 4 Fn. 7 wird das Urteil des OLG Dresden aus dem Jahr 2002 wiedergegeben, wonach Geldzuwendungen an eine Stiftung keine pflichtteilsergänzungsrelevante Schenkung darstellen. An dieser Stelle fehlt ein Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 10.12.2003 (DNotZ 2004, 475 ff.), mit der der BGH dieses Urteil des OLG Dresden aufgehoben hat und zu Recht darauf hinwies, dass auch Geldzuwendungen an eine Stiftung den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über eine Pflichtteilsergänzung unterliegen.

In § 25 Rdnr. 22 werden Rückforderungsrechte des Übergebers als Möglichkeit dargestellt, weiterhin Einfluss auf das im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragene unternehmerische Vermögen zu nehmen. Der Hinweis, dass Rückforderungsrechte auch einem Pfändungsgläubiger des Übergebers entgegengehalten werden können, ist mit Vorsicht zu genießen. Im Lichte des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 20.2.2003 (DNotZ 2004, 298 ff.) zur Pfändbarkeit eines freien Rückforderungsrechts wird nunmehr dem Schutz der Gläubiger deutlich mehr Gewicht zuerkannt als dem Interesse des Erwerbers, den Vermögensgegenstand behalten zu dürfen. Auf die Vereinbarung umfangreicher Rückforderungsrechte, die primär den Zugriff von Gläubigern des Übergebers auf das übertragene Vermögen verhindern sollen, ist in Zukunft zu verzichten (siehe hierzu auch die instruktiven Ausführungen von *Münch*, FamRZ 2004, 1329 ff.).

Missverständlich ist die Formulierung in § 26 Rdnr. 28, wonach eine rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft nach vorangegangener Gütertrennung nicht zulässig sei. Selbstverständlich ist auch dies unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit (§ 1408 BGB) zulässig. Richtig ist, dass erbschaftsteuerlich die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnngemeinschaft keine Relevanz besitzt (§ 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG).

In § 30 Rdnr. 4 wird mit der wohl h. M. die Auffassung vertreten, dass die Aufnahme eines Minderjährigen in eine Personengesellschaft der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Hinsichtlich der Aufnahme eines Minderjährigen als Kommanditist, bei dem die Haftung auf seine Kommanditeinlage beschränkt ist, überzeugt dies nicht, wenn den Kommanditisten über die Erbringung der Einlage hinaus keine weiteren Verpflichtungen treffen und er somit kein Unternehmerisiko trägt (etwas anderes gilt, wenn der Sonderfall des § 176 HGB vorliegt).

Gelingen ist die Darstellung der Bedeutung des § 1638 BGB im Falle der Übertragung unternehmerischen Vermögens auf Minderjährige (§ 26 Rdnr. 33 ff.). Die Übertragung einer Unternehmensbeteiligung an einen Minderjährigen kann dazu führen, dass im Falle der Scheidung der Unternehmerehe der geschiedene Ehepartner als Sorgeberechtigter namens des Minderjährigen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen kann. Aus diesem Grund ist es bei der Übertragung von unternehmerischem Vermögen auf Minderjährige unabdingbar, den Ehepartner von der Verwaltung des auf den Minderjährigen übertragenen (unternehmerischen) Vermögens auszuschließen und diese Aufgabe einem Pfleger oder gegebenenfalls einem Testamentsvollstrecker zu übertragen.

In § 26 Rdnr. 29 wird darauf hingewiesen, dass zum Schutz der Liquidität des Unternehmens der Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung gänzlich ausgeschlossen werden kann. Um die Liquiditätsbelastung des Unternehmens bei der Been-

digung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft generell möglichst gering zu halten, sollte auch die Möglichkeit des Ausschlusses oder zumindest der Beschränkung des Zugewinnausgleichs für den Fall der Beendigung der Ehe durch den Tod des Unternehmers in Betracht gezogen werden (Ausschluss der „güterrechtlichen Lösung“, § 1371 Abs. 2, 3 BGB).

Unter Abschnitt C des Werkes werden gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge dargestellt. Positiv hervorzuheben ist, dass dieser Abschnitt auch Formulierungsvorschläge enthält, welche ansonsten in dem Werk kaum zu finden sind. Innerhalb dieses Abschnittes werden sehr instruktiv die Vor- und Nachteile der einzelnen Gesellschaftsformen erläutert und dem Unternehmer wie auch seinem Berater wertvolle Entscheidungshilfen bei der Rechtsformwahl an die Hand gegeben.

Zum steuerrechtlichen Teil des zu besprechenden Werkes (Abschnitt D) ist anzumerken, dass die Darstellung der steuerlichen Folgen der Unternehmensnachfolge, sei es im Zusammenhang mit der Unternehmensveräußerung, der Unternehmensverpachtung, der Unternehmensaufgabe, der vorweggenommenen Erbfolge oder dem Erbfall sehr übersichtlich und für den Leser gewinnbringend abgefasst ist. Etwas übergewichtet ist die Darstellung der Ermittlung der 1%igen Beteiligung im Rahmen des § 17 EStG (§ 51 Rdnr. 148–156), da die 1%-Schwelle in den meisten Fällen überschritten wird.

Ausführlich und übersichtlich wird das Schicksal des Sonderbetriebsvermögens bei der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils dargestellt. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass bei der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils häufig das Sonderbetriebsvermögen schlichtweg vergessen und nicht beachtet wird, was zu einer nicht gewollten Aufdeckung der in dem Sonderbetriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven führt (§ 51 Rdnr. 39 ff.).

In § 74 Rdnr. 11 ff. werden Möglichkeiten dargestellt, wie sich der Unternehmer im Rahmen des „Wiesbadener Modells“ gegen zweckwidrige Verfügungen und gegen eine Ehescheidung absichern kann. Wichtig ist die Erkenntnis, dass Rückfallklauseln nicht nach dem üblichen Schema vereinbart werden dürfen, wonach der Veräußerer bei Eintritt bestimmter Umstände, z. B. Scheidung der Ehe, die Rückübertragung des an den Ehegatten überlassenen Betriebsgrundstücks verlangen kann. Ansonsten würde durch die nachträgliche personale Verflechtung eine Betriebsaufspaltung und damit eine steuerliche Verstrickung der in dem Grundbesitz vorhandenen stillen Reserven ausgelöst. Empfehlenswert ist es deshalb, für den Fall der Ehescheidung vorzusehen, dass der an den Ehegatten überlassene Grundbesitz an dritte Personen, z. B. an die Kinder, weiter zu übertragen ist. Diese Vorsichtsmaßnahmen sind aber nicht nur für den Fall der Beendigung der Ehe durch Scheidung zu treffen. Auch bei der Gestaltung der Unternehmensnachfolge durch Verfügung von Todes wegen ist unter steuerlichen Gesichtspunkten darauf zu achten, dass es nicht zu einer persönlichen Verflechtung zwischen dem Besitzunternehmen und dem Betriebsunternehmen dadurch kommt, dass dem Unternehmensnachfolger auch der dem Unternehmen dienende Grundbesitz zufällt. Umgekehrt ist auch darauf zu achten, dass bestehende Betriebsaufspaltungen nicht dadurch aufgehoben werden, dass durch das Unternehmertestament der dem Unternehmen dienende Grundbesitz an andere Personen fällt, als das Unternehmen selbst (§ 54 Rdnr. 1a).

Wie wichtig der Hinweis in § 54 Rdnr. 173 ist, dass bei der Gestaltung von Unternehmertestamenten dafür Sorge zu tragen ist, dass die gesetzliche bzw. testamentarische Erbfolge den gesellschaftsvertraglichen Erfordernissen entspricht, zeigt

das Urteil des BGH vom 18.4.2002 (DNotZ 2002, 768 ff.): Unterlässt es der Notar, den Gesellschaftsvertrag auf etwaige Vorgaben bezüglich der Gesellschafternachfolge zu überprüfen, macht er sich schadensersatzpflichtig, falls die erbrechtlichen und gesellschaftsvertraglichen Regelungen auseinanderfallen und der nicht qualifizierte Nachfolger zu einem unter dem Verkehrswert der Beteiligung liegenden Wert aus der Gesellschaft ausscheidet. Geheilt werden kann dies dadurch, dass die Erbschaft (fristgerecht!) ausgeschlagen wird, falls die Ersatzerben, z. B. Abkömmlinge, aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen nachfolgeberechtigt sind. Die in diesem Zusammenhang noch zu beachtenden Punkte sind unter § 54 Rdnr. 173 gut dargestellt.

Übersichtlich ist die Darstellung der Gestaltung von Unternehmensnachfolgen durch Umwandlung des Unternehmens (Abschnitt E). Instruktiv ist insbesondere, dass anhand von Fallbeispielen und Lösungsmodellen praxisnah Gestaltungsmöglichkeiten aufgezeigt werden. In § 64 Rdnr. 32 wird darauf hingewiesen, dass bei Umwandlungen größerer Gesellschaften davon abzuraten ist, Umwandlungen im Ausland zu beurkunden, da einige Registergerichte die Beurkundungen gesellschaftsrechtlicher Vorgänge im Ausland nicht anerkennen.

In Abschnitt F werden in der Praxis erprobte Gestaltungsmodelle der Unternehmensnachfolge vorgestellt. Zutreffend ist der Hinweis, dass bei der Schenkung einer stillen Beteiligung, z. B. an die Kinder, die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens erforderlich ist und ein etwaiger Formmangel nicht durch die interne Umbuchung eines Privatkontos auf den stillen Beteiligten geheilt wird.

Soweit in § 72 Rdnr. 14 festgestellt wird, dass eine Handelsgesellschaft im Außenverhältnis im Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister entsteht, ist dies in dieser Verallgemeinerung nicht richtig. Eine OHG und KG entstehen im Außenverhältnis bereits vor Eintragung im Handelsregister, wenn das Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (§§ 123 Abs. 2, 1 Abs. 2 HGB).

§ 72 Rdnr. 17 ff. enthalten zahlreiche nützliche Hinweise für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages eines Familienunternehmens, insbesondere im Hinblick auf die Regelung der Unternehmensnachfolge.

In § 72 Rdnr. 45 ff. werden ausführlich die gesellschafts- und steuerrechtlichen Unterschiede (im Bereich der Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer, Schenkungsteuer und Ertragsteuern) zwischen einer grundbesitzverwaltenden GbR und einer gewerblich geprägten Kommanditgesellschaft dargestellt. Für jeden, der sich mit Familiengrundbesitzgesellschaften befasst, ist die Lektüre dieses Abschnitts nutzbringend.

In § 75 Rdnr. 1 ff. werden die Besonderheiten und Einsatzgebiete einer Familienholding dargestellt. Es wird darauf hingewiesen, dass durch die Gründung einer Holding Geschäfts-

bereiche eines Unternehmens in Form von selbständigen Gesellschaften geführt und zentrale Führungsstrukturen geschaffen werden können (§ 75 Rdnr. 1). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Gründung einer (Familien-) Holding auch als gestalterisches Mittel genutzt werden kann, um im Ausland belegene Vermögensgegenstände, z. B. Beteiligungen an ausländischen Firmen, deren Vererbung sich nach ausländischem Recht richtet, in die Familienholding einzubringen. Dadurch wird erreicht, dass hinsichtlich dieser Vermögensgegenstände keine gesonderten, ausländischem Recht unterliegenden Verfügungen von Todes wegen errichtet werden müssen, da vom Erblasser ausschließlich die Beteiligung an der deutschen Familienholding nach deutschem Recht vererbt wird.

Klar und übersichtlich gelungen ist auch die Darstellung der steuerlichen Unterschiede zwischen einem Vermächtnis und einer Teilungsanordnung bei Nachlässen, die ausschließlich aus Betriebsvermögen, aus Betriebs- und Privatvermögen sowie ausschließlich aus Privatvermögen bestehen (§ 80 Rdnr. 1 ff.). Die ertragsteuerlichen Konsequenzen einer Erbauseinandersetzung werden häufig übersehen. Insbesondere ist bereits bei der Testamentsgestaltung darauf zu achten, dass Teilungsanordnungen dann zu Anschaffungskosten und insbesondere bei Betriebsvermögen zu Veräußerungsgewinnen führen, wenn aufgrund der Ungleichgewichtigkeit zwischen Betriebs- und Privatvermögen Ausgleichszahlungen erfolgen. Hinsichtlich des Übernehmers des Betriebsvermögens ist daran zu denken, dass dieser gegebenenfalls eine Steuerlast hinsichtlich der stillen Reserven übernimmt, auch wenn durch den Erbfall selbst (z. B. aufgrund einer Realteilung ohne Ausgleichszahlung) ein ertragsteuerlich neutraler Vorgang zwischen den Erben geschaffen wird.

Für die Neuauflage wird angeregt, auch den Bereich der Unternehmensnachfolge durch familienfremde Dritte in Form eines MBO (Management Buy-Out) oder eines MBI (Management Buy-In) zu behandeln: Nach Erhebung des Instituts für Mittelstandsforschung in Bonn steht in den kommenden Jahren jährlich bei ca. 89.000 Familienunternehmen mit einem Jahresumsatz von mindestens 50.000 € die Übergabe an. In voraussichtlich weniger als der Hälfte der übertragenen Unternehmen kommen die Unternehmensnachfolger aus dem Kreis der Familienmitglieder. Laut einer Umfrage bevorzugen 10 % der befragten Unternehmer eine Unternehmensnachfolge durch Mitarbeiter des Unternehmens (MBO), während 13 % die Nachfolge durch Außenstehende bevorzugen (MBI) (s. auch *Albach*, BB 2000, 781, 782).

Fazit: Die 5. Aufl. des „*Sudhoff*, Unternehmensnachfolge“ ist ein unentbehrlicher Ratgeber und Begleiter für alle, die sich mit der Unternehmensnachfolge befassen. Das Werk ist durchweg auf hohem Niveau geschrieben und gibt dem Praktiker viele wertvolle Hinweise bei seiner täglichen Arbeit.

Notar Dr. *Christian Winkler*, LL. M., Neu-Ulm

### **Zimmer/Kersten/Krause: Handbuch für Notarfachangestellte. 3., neubearb. und aktualisierte Aufl., Luchterhand, 2005. 628 S., 44 €**

Das Handbuch für Notarfachangestellte, das nunmehr in dritter, überarbeiteter Auflage erschienen ist, setzt den in den Voraufgaben eingeschlagenen Weg fort, den Mitarbeitern des Notars, besonders den Berufsanfängern, eine erste Hilfe-

stellung zu den Arbeitsvorgängen in der Notariatspraxis und in der Berufsschule zu geben. Es ermöglicht dem angehenden Notarfachangestellten, sich zügig mit den praktischen Büroabläufen im Notariat vertraut zu machen. Darüber hinaus bietet es jedoch auch dem jungen Notarassessor oder angehenden Anwaltsnotar einen einführenden Überblick über die Arbeitsabläufe im Notariat und eine wertvolle Orientierungshilfe.

Die Darstellung ist leicht verständlich und an der Praxis orientiert, enthalten sind zahlreiche Formulierungsmuster und Praxistipps. Durch die Fragen- und Antwortkataloge sowie die umfangreichen Übersichten und Checklisten wird dem Auszubildenden eine gute Wissenskontrolle ermöglicht. Auf Fundstellennachweise oder die Darstellung von Streitfragen wird in dem Buch bewusst verzichtet.

Inhaltlich wurden die einzelnen Kapitel in der Neuauflage auf den neuesten Stand gebracht und aktuellen Änderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung angepasst, insbesondere den zahlreichen Änderungen für das Notariat bedeutsamer Vorschriften, etwa des § 17 BeurkG im Hinblick auf Verbraucherverträge, die Änderungen bei Errichtung letztwilliger Verfügungen durch behinderte Beteiligte, die Möglichkeit der Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung, die Errichtung des zentralen Vorsorgeregisters und die Novelle des Lebenspartnerschaftsgesetzes. Besondere Berücksichtigung findet auch die Reform des Kostenrechts durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz. Das Werk wurde außerdem um Ausführungen zu den Kosten im Gesellschafts- und Umwandlungsrecht erweitert. Auch aktuelle Rechtsprechung, z. B. zur Inhaltskontrolle bei Eheverträgen, wurde eingearbeitet.

Das Handbuch ist, wie bereits die Voraufgaben, in sieben Abschnitte (A bis G) unterteilt, wobei der Schwerpunkt der Darstellung stets auf den Arbeitsabläufen liegt, die der Angestellte im Notariat selbständig zu bearbeiten hat.

Der von *Zimmer* verfasste erste Teil des Buches (Teil A) richtet sich in erster Linie an den Berufseinsteiger, der sich mit der Tätigkeit im Notariat vertraut machen will. Die Darstellung ist auch für den juristisch nicht vorgebildeten Auszubildenden gut geeignet, da die wesentlichen Grundlagen der notariellen Tätigkeit sowie juristische Fachbegriffe verständlich, jedoch knapp erklärt werden und ein erster Überblick über die Aufgaben des Notars in der Rechtsordnung und das öffentliche Amt des Notars gegeben wird. Dabei wird auch auf die einzelnen Ausprägungen des Amtscharakters, wie z. B. Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, eingegangen sowie ein wertvoller Überblick über die Organisation des Notariats und die im Notariat zu führenden Bücher, Register und Verzeichnisse gegeben. Auch der Abdruck von Mustern, z. B. von Urkundenrolle und Verfügungsbogen, sind als praxisnah positiv hervorzuheben.

Im zweiten Teil des Buches (Teil B) setzt sich *Zimmer* eingehend mit dem Beurkundungsverfahrensrecht auseinander. Zunächst erläutert *Zimmer* den Begriff der Urkunde sowie die verschiedenen Formen formbedürftiger Rechtsgeschäfte. Dann widmet sich der Verfasser eingehend den Grundzügen des Beurkundungsverfahrens, wobei die Beurkundung von Willenserklärungen durch Niederschrift ausführlich behandelt wird. In diesem Zusammenhang wird auch auf den Umfang der Verlesungspflicht und die unterschiedlichen Arten der Verweisung eingegangen, was auch für den angehenden Notarassessor von Interesse ist. Auch auf Vermerke bei der Beteiligung von Personengruppen, deren Mitwirkung am Beurkundungsverfahren eingeschränkt ist, geht *Zimmer* ein und gibt auch hier wertvolle Formulierungsbeispiele und Praxistipps. Anschließend beschäftigt sich die Darstellung mit der Behandlung der Urkunden, insbesondere mit der Anbringung von Vermerken auf der Urkunde und den verschiedenen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Erteilung von einfachen und vollstreckbaren Ausfertigungen. Ausführungen zu den Besonderheiten bei Verbraucherverträgen im letzten Abschnitt dieses Teils runden die Darstellung gelungen ab.

Der ebenfalls von *Zimmer* verfasste Teil C ist den Beurkundungen im Grundstücksrecht gewidmet. Einleitend gibt der

Verfasser einen praxisorientierten Überblick über das allgemeine Grundstücksrecht sowie das Grundbuchverfahren, der dem Auszubildenden einen guten Einstieg in die Thematik ermöglicht. Anhand von Mustern werden der Aufbau des Grundbuchs sowie die Grundzüge des Eintragungsverfahrens anschaulich dargestellt. Aufbauend hierauf stellt der Autor Inhalt und Vollzug des Grundstückskaufs verständlich und übersichtlich dar. Zahlreiche Formulierungsbeispiele, Checklisten und Praxistipps geben dem Auszubildenden auch in diesem Teil eine wertvolle Hilfestellung. Besonders die umfangreiche Darstellung der gesetzlichen Genehmigungserfordernisse und Mitteilungspflichten sowie der Abwicklung des Vertrags sind für den Notarfachangestellten wie auch für den Notarassessor hilfreich. Eingehend beschäftigt sich *Zimmer* auch mit den unterschiedlichen Formen der Kaufpreiszahlung wie der Kaufpreisabwicklung bei Direktzahlung oder über Notaranderkonto und der Fälligkeitsmitteilung. Insgesamt bietet die Darstellung dem Auszubildenden einen guten Überblick über den Grundstückskaufvertrag sowie dessen Vollzug, während sie für den Notarassessor wegen der Knappheit weniger geeignet erscheint. Anschließend werden der Kaufvertrag über eine Teilfläche sowie die Aufhebung und Änderung des Kaufvertrags kurz behandelt. Im dritten Teil dieses Abschnitts beschäftigt sich *Zimmer* mit den weiteren Geschäften im Grundstücksrecht. Der Autor geht dabei auf die Grundzüge des Wohnungseigentumsrechts, des Erbbaurechtsvertrages und des Überlassungsvertrages ein, während der Bauträgervertrag wohl im Hinblick auf die anvisierte Zielgruppe nur knapp dargestellt wird. Im Anschluss stellt *Zimmer* ausführlich die Grundpfandrechte dar. Behandelt werden zunächst die unterschiedlichen Arten und der Zweck der Grundpfandrechte, anschließend auch anhand von Mustern die verschiedenen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Bestellung einer Grundschuld wie Rang, Abtretung, Zwangsvollstreckungsunterwerfung, Vollzug und Umschreibung einer Vollstreckungsklausel.

Der vierte, von *Krause* verfasste, Teil des Buches (Teil D) ist den Beurkundungen im Familienrecht gewidmet. Im Hinblick auf die von den Autoren anvisierte Zielgruppe vermittelt der Autor dabei zunächst einen prägnanten und praxisnahen Überblick über das materielle Familienrecht. Dabei werden das eheliche Güterrecht, der Versorgungsausgleich, die Unterhaltspflichten und die eingetragene Lebenspartnerschaft ebenso wie die Verwandtschaft und Vormundschaft, rechtliche Betreuung und Pflegschaft verständlich, jedoch in der gebotenen Kürze dargestellt. Auch auf die Vorsorgevollmacht geht der Autor in angemessenem Umfang ein, während die Patientenverfügung leider nur sehr knapp behandelt wird.

Der zweite Teil dieses Abschnitts ist der Gestaltung verschiedener Eheverträge gewidmet. Auch *Krause* gelingt es anhand von zahlreichen Musterformulierungen und Checklisten die komplizierte Thematik klar und übersichtlich darzustellen und dem Auszubildenden nahe zu bringen. Dabei werden nicht nur die typischen Gestaltungsmöglichkeiten bzgl. Vereinbarungen über Unterhalt und Versorgungsausgleich sowie Modifikationen des gesetzlichen Güterstands für den Berufseinsteiger verständlich dargestellt und erläutert, sondern es wird auch erfreulich klar und ausführlich auf die neuere Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen eingegangen. Als Abschluss dieses Abschnitts gibt der Autor einen knappen Überblick über den Lebenspartnerschaftsvertrag und die Annahme als Kind, der wiederum durch Formulierungsbeispiele verdeutlicht wird.

Der ebenfalls von *Krause* verfasste Teil E dient der Darstellung der Beurkundungen im Erbrecht. Ausgehend von einer

gut verständlichen und prägnanten Einführung in das materielle Erbrecht, die u. a. die gesetzliche Erbfolge, Verfügungen von Todes wegen sowie deren Formen und Abwicklung und das Pflichtteilsrecht umfasst, vermittelt der Autor anhand von zahlreichen Mustern und Formulierungsbeispielen einen schnellen Einstieg in die Thematik. Aufbauend hierauf setzt sich der Verfasser im zweiten Abschnitt eingehend mit den verschiedenen Möglichkeiten der Gestaltung erbrechtlicher Anordnungen auseinander. Neben dem Erb- und Pflichtteilsverzicht beschäftigt sich *Krause* hier mit der Erbausschlagung, dem Erbscheinsantrag, dem Erbteilskauf und dem Erbauseinandersetzungsvertrag.

Auch in diesem Teil werden dem Leser neben der erforderlichen Erläuterung der theoretischen Grundlagen hilfreiche Formulierungsbeispiele mit an die Hand gegeben.

In Teil F beschäftigt sich *Zimmer* mit den Beurkundungen im Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht. Dabei werden die wichtigsten Grundzüge (Kaufmannsbegriff, Einzelkaufmann und Gesellschaften) kurz umrissen und die jeweils erforderlichen Anmeldungen zum Handelsregister anhand zahlreicher Formulierungsbeispiele praxistauglich dargestellt. Ausführungen zu Beurkundungen im Vereinsrecht runden die Darstellung ab, die sich bewusst auf das Wesentliche beschränkt und auf Details verzichtet. Der Umfang des Teils F, der im Vergleich zu den anderen Teilen mit nur 30 Seiten auffallend knapp ausfällt, wird zwar der Bedeutung des Gebiets in der notariellen Praxis nicht gerecht, bietet aber dem Auszubildenden eine kurze und übersichtliche Einführung in die Materie, die als Basis für eine spätere, tiefergehende Auseinandersetzung dienen kann.

*Kersten* stellt im abschließenden Teil G das notarielle Kostenrecht dar, das – der Zielgruppe der Leser entsprechend – mit ca. 150 Seiten zu Recht einen großen Raum einnimmt. Zunächst stellt *Kersten* unter Erläuterung der Grundbegriffe wie Geschäftswert, Gebührensätze und Auslagen die Grundzüge

des notariellen Kostenrechts dar, wobei insbesondere auch auf die gesetzlichen Neuerungen in angemessenem Umfang eingegangen wird. Aufbauend hierauf befasst sich der Autor ausführlich mit den kostenrechtlichen Aspekten der in den Teilen C bis F des Buches dargestellten notariellen Rechtsgeschäfte. Zahlreiche Beispiele mit Kostenberechnungen gewähren einen umfassenden und gut verständlichen Überblick über das gesamte notarielle Kostenrecht, für Notarfachangestellte wie Notarassessoren gleichermaßen geeignet. Aufbauend hierauf stellt der Verfasser Sonderfälle dar, wie z. B. mehrere Erklärungen in einer Urkunde, Hinterlegungs- und Verwahrungsgeschäfte des Notars, Entwürfe, Beglaubigungen und Gebührenermäßigungen. Abschließend befasst sich *Kersten* mit der Erstellung der Kostenrechnung. Wie üblich endet der Teil mit einem ausführlichen Fragen- und Antwortkatalog zur Wissenskontrolle.

Zusammenfassend gesehen, stellt dieses Buch eine wertvolle erste Hilfestellung für den angehenden Notarfachangestellten und den Berufseinsteiger dar. Den Autoren, die über langjährige Unterrichtserfahrung an Berufsschulen verfügen, ist eine leicht verständliche und doch umfassende Darstellung der Materie gelungen, die dem Berufsschüler durch zahlreiche Formulierungsbeispiele, Checklisten und Praxistipps nahe gebracht wird. Die Fragen- und Antwortkataloge, die sich am Ende eines jeden Teils befinden, ermöglichen dem Auszubildenden eine gute Wissenskontrolle für die Prüfungsvorbereitung. Für die von den Autoren anvisierte Zielgruppe ist daher das Buch bestens geeignet. Für den angehenden Notarassessor bieten die ersten beiden Teile sowie der letzte Teil eine praxisorientierte Einführung, vor allem ist Teil G zu einer Vermittlung des notariellen Kostenrechts gut geeignet. Dass für diese Berufsgruppe eine vertiefte, weiterführende Beschäftigung mit sämtlichen die notarielle Tätigkeit betreffenden Themenkomplexen notwendig ist, darf voraussetzend angemerkt werden.

Notarassessorin *Veronika Schneider*, Coburg

### **Preuß: Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger. Mohr Siebeck, 2005. 526 S., 109 €**

Erst der Untertitel der Bochumer Habilitationsschrift erschließt, dass sich die Verfasserin ausführlich mit einem grundlegenden Aspekt des notariellen Berufsrechts und des spiegelbildlichen Teils des staatlichen Organisationsrechts befasst: „Das Justizverfassungsrecht der Notare und Verwalter“.

*Preuß* meint, dieses Sondergebiet des Justizverfassungsrechts (Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger) bedürfe einer bisher noch nicht geleisteten Gesamtschau, die die Strukturentscheidungen insoweit offenlege. Dahinter steht das Bestreben, aus dem gesetzlich und rechtspraktisch weitgehend aufgearbeiteten Notarverfassungsrecht Rechtsregeln für ein als notwendig erachtetes Verwalterverfassungsrecht (der Insolvenz-, Zwangs- und Nachlassverwalter) zu gewinnen, da es insoweit an jeder gesetzlichen und rechtlichen Substanz bislang fehlt (insb. S. 90 f.).

Von der Themenstellung her hat *Preuß* zunächst einige Grundbegriffe zu klären, die den weiteren Gang der Untersuchung determinieren, vor allem den Begriff des externen Funktionsträgers, der Zivilrechtspflege leistet (S. 2–14): Dass Rechtspflege im Kern eine originär staatliche Aufgabe des Inhalts ist, Institutionen und Verfahren zur Sicherung und

Bereinigung (einschl. Konfliktvermeidung) ziviler Rechtspositionen und Rechtslagen zur Verfügung zu stellen, ist unstrittig. Sie ist von der nichtstaatlichen, privaten Rechtsbesorgung zu scheiden, gerade mit Blick auf die externen Funktionsträger. Der Unterschied liegt nach *Preuß* darin, dass der „staatliche“ Funktionsträger die Befugnis besitzt, verbindliche, konkrete und Rechtsfolgen auslösende Rechtsakte zu erlassen und insoweit Anordnungs- und Entscheidungsgewalt ausübt. Dies ist nach *Preuß* auch der Fall bei bloßen „Rechtsanwendungsinstitutionen“ (wie dem Notar), die dem Rechtssuchenden die Möglichkeit eröffnen, private Rechtsbeziehungen zu gestalten und abzuwickeln, wenn damit zugleich „staatliche“ Rechtskontrolle stattfindet, die sich in einem Rechtsakt wie oben qualifiziert niederschlägt (z. B. Urkunde). Die Zivilrechtspflege wird geleistet in der Form von Zivilverfahren, deren Wesensmerkmal ist, dass mit der verbindlichen Rechtskontrolle ein Verfahrensziel (Fürsorge/Kontrolle oder Befriedung) verfolgt wird, das auch im öffentlichen Interesse liegt.

Wann wird nun staatliche Zivilrechtspflege durch „externe Funktionsträger“ erbracht? Negativ formuliert lässt sich die Frage beantworten: wenn der Funktionsträger einerseits weder dem staatlich organisierten Justizapparat direkt zugehört als sog. interner Funktionsträger noch andererseits als organisatorisch und institutionell vom Staat völlig losgelöstes pri-

vates Organ der Rechtspflege agiert. Positiv definiert *Preuß*: Ein Externer wird zum Funktionsträger der staatlichen Justiz, wenn das von ihm einzuhaltende Verfahren im obigen Sinne hoheitlichen Charakter trägt und er an dieser Hoheitlichkeit teilnimmt; dies ist der Fall, wenn ihm im Verhältnis zu den Verfahrensbeteiligten wenigstens partiell eigene Entscheidungs- und Steuerungskompetenzen übertragen sind.

Herausgehoben und auf den Punkt gebracht wird das oben freigelegte Anliegen von *Preuß* durch ihre Feststellung, dass sowohl interne wie auch externe Zivilrechtspflege eines „Verfassungsrechts“ (präziser wäre es wohl gewesen, hier zur Vermeidung von Missverständnissen vom „Verfasstheitsrecht“ zu sprechen) bedarf, also einer institutionellen und organisatorischen Basisregelung, in welcher Kreise von Rechtspflegeaufgaben einer Erledigungsinstanz zugewiesen, Organisationseinheiten vorgeesehen und Organisationsregeln erlassen werden.

Anhand dieser Grundlegung und der aufgezeigten Kriterien nimmt *Preuß* (S. 15 ff.) nun einen Probeschlauf durch das Zivilverfahrensrecht (gegliedert in Zivilprozess, Zwangsvollstreckung i. w. S. und Freiwillige Gerichtsbarkeit) unter dem Signalbegriff „externer Funktionsträger der Zivilrechtspflege“ vor. Sie wird fündig und rubriziert unter dieser Kategorie die Notare (S. 27 ff., 40 ff., 68 ff.) auf der einen Seite und die Insolvenzverwalter (S. 53 ff.), Zwangsverwalter (S. 45 ff.) und Nachlassverwalter (S. 65 ff.) auf der anderen Seite. Durch den Raster fallen dagegen Vormund, Betreuer, Pfleger, Testamentsvollstrecker (S. 17 ff.), weiter Sachverständige im Prozess (S. 10 f.), Schiedsgerichte (S. 21 ff.), Gütestellen (S. 39 ff.), Pfandverwerter i. S. von § 825 ZPO (S. 42 ff.), Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss im Insolvenzverfahren (S. 49 ff.).

Bei den beiden externen Funktionsträgergruppen (Notare und Verwalter) werden die Unterschiede nicht verkannt: Während dem Notar (S. 68 ff.) allgemein-abstrakte Aufgabenmodule und Kompetenzen exklusiv zugewiesen sind, er also selbst Verfahrensträger ist und als solcher eine eigenständige personalistische Rechtspflegeinstitution auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege darstellt (organisationsrechtlicher Ansatz), werden dem Verwalter (S. 80 ff.) nur bestimmt-konkrete Aufgaben im Rahmen des einzelnen Zivilverfahrens zugewiesen, ohne dass er selbständiger Verfahrensträger wird; er wird im Rahmen der staatsinternen Verfahrensträgerschaft als externes Komplementärglied tätig (verfahrensrechtlicher Ansatz).

Trotz dieser Unterschiede meint *Preuß* (S. 82 ff.), dass sich bei beiden Arten externer Funktionsträger ähnliche strukturelle Probleme ergeben: Die Übertragung staatlicher Rechtspflegeaufgaben auf externe Funktionsträger hat zur Folge, dass der Staat auch in dieser Form delegierter Zivilrechtspflege ordnungsgemäße Justizgewährung zu gewährleisten hat, wobei die Abstimmung von staatlicher Steuerung (insb. Bestellung und Kontrolle) und Selbständigkeit des externen Funktionsträgers („Berufsfreiheit contra Amt/Staat“) das gemeinsame, wenn auch variierende Kernproblem darstellt, das eine konzeptionelle Grundentscheidung erfordert. Da aber eine rein verfahrensrechtliche Lösung wie bei den genannten Verwaltern nach Ansicht von *Preuß* (S. 90 f.) nicht tragfähig ist, bedarf es auch hier einer organisationsrechtlichen Ergänzung, eines „Verwalterverfassungsrechts“, wobei eine Parallelbetrachtung zum Notarverfassungsrecht – so *Preuß* – konzeptionelle Lücken schließen kann. Im Rahmen dieser Besprechung soll diesen Fragen zum Verwalterverfassungsrecht nicht nachgegangen werden (ausführlich S. 302–463).

Jedenfalls sind die umfangreichen Ausführungen von *Preuß* zum Notariat und zur Rechtsstellung des Notars hochinteres-

sant (S. 93–300): Notarielles Berufs-, Amts- und Statusrecht sowie korrespondierendes staatliches Organisationsrecht werden auf dem Boden eines Notarverfassungsrechtes als Sondergebiet des Justizverfassungsrechtes zusammenführend begriffen. Auf dieser Grundlage wird der Notar als „Außenstelle der Justiz“ gesehen: erstens als Rechtspflegeeinrichtung, als Institution außerhalb des eigentlichen Justizapparates in der Form eines außerdienstlichen Amtes, die zudem personalistisch konzipiert ist, was zur Folge hat, dass funktionsnotwendige Eigenschaften der Institution über persönliche Verhaltenspflichten des Amtsinhabers gewährleistet werden müssen, die in ihrem Zusammenspiel die Institution formen; zweitens: als Funktionsträger der Justiz, der zwar der Verwirklichung staatlicher Justizgewährung dient, aber eigenen Status der (sachlichen, persönlichen und organisatorischen) Unabhängigkeit besitzt, soweit er rechtspflegerisch und nicht nur administrativ tätig ist (S. 179 ff.); drittens als der staatlichen Organisations- und Kontrollgewalt unterworfenen, wobei diese sich vor allem in staatlicher Auswahl (im Einzelnen S. 240 ff.) und laufender Kontrollverantwortung (im Einzelnen S. 268 ff.) manifestiert, da an die Stelle der Wahrnehmung der Rechtspflegeaufgabe durch einen internen Funktionsträger die Auswahl und Kontrolle des externen Funktionsträgers treten muss.

Auf diesem soliden Fundament werden die relevanten Fragen angegangen, die hier vor allem zum ersten Gesichtspunkt stichwortartig aufgereiht werden sollen: Notar kein Angehöriger der freien Berufe (S. 95 f.), auch kein „Beliehener“ (S. 117 ff.); Amt bedeutet im Notariatsrecht einerseits instituierte Zuständigkeit im Sinne einer prinzipiell von der Person unabhängigen organisationsrechtlichen Einheit/Institution, aber auch andererseits Kennzeichnung des Status des Notars mit verliehener aufgabenbezogener Amtsgewalt und Amtsausübungsbefugnis in einem außerdienstlichen öffentlichen Amt, das eine Rechtspflegeeinrichtung als Außenstelle der Justiz mit allen entsprechenden Bindungen an den Staat nach innen darstellt und dessen Verkörperung der Notar ist (S. 115 ff.). Wichtig ist die Sicht der notariellen Grundpflichten, die die vom Notar verkörperte Rechtspflegeeinrichtung erst mit den funktionsnotwendigen Eigenschaften versehen und insoweit konstituierend für Institution und Status sind (S. 141 ff.). Diese Grundpflichten gegenüber dem Staat sind grundsätzlich zu unterscheiden von drittbezogenen Verfahrenspflichten gegenüber den Beteiligten, wobei letztere u. U. parallel zu den Grundpflichten bestehen, nach *Preuß* aber nicht ohne weiteres aus ersteren abgeleitet werden können. Die Grundpflichten lassen sich als aufgabenbezogene (Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Verschwiegenheit), organisatorische (Amtsbereitschaft, Schaffung und Organisation eigenständiger Funktionseinheit/Geschäftsstelle, Unabhängigkeit gegenüber Staat, Versicherungspflicht) und vertrauenssichernde (amtswürdiges Verhalten, Anscheinsverbot) systematisieren. Insbesondere zur Unabhängigkeit als Statusmerkmal (S. 197 ff.) ist zu bemerken, dass keine Unabhängigkeitsgewähr bei Umsetzung justizorganisatorischer Entscheidungen besteht, ebenso bei Verwaltungsverwahrung (von Verzeichnissen, Siegeln, usw., aber auch z. T. bei Verwahrungsgeschäften) und Herstellung der öffentlichen Urkunden als Verkörperung sowie beim Kostenansatz. Das Spannungsverhältnis von Unabhängigkeit und Dienstaufsicht besteht darin, dass der Notar als Rechtsanwender Freiraum hat, als Rechtsbefolger unterliegt er der Aufsicht. Rechtsanwender in diesem Sinne mit Freiraum ist der Notar grundsätzlich als Verfahrensträger bei Anwendung materiellen und Verfahrensrechts, Rechtsbefolger dagegen grundsätzlich bei Erfüllung der institutionellen Grundpflichten.

An der Arbeit von *Preuß* besticht dogmatische Stringenz, systematische Klarheit und kritische Einstellung gegenüber bisherigen Ansätzen, andererseits aber auch eine unerwartete Praxisnähe. Im gewählten Koordinatensystem ihrer Lösungsprämissen positioniert sie konsequent jedes Einzelproblem und leitet hieraus die praktische Lösung ab. So kann das Buch nicht nur wissenschaftlich Interessierten empfohlen werden. Auch den im Notariat und in der Dienstaufsicht praktisch Tätigen sei das Werk ans Herz gelegt; zum einen, um die Grundlagen der notariellen Betätigung wieder einmal zu reflektieren, zum anderen, um durchaus konkrete Fragestellungen, zum Beispiel bei und nach einer Geschäftsprüfung, zu klären.

Es würde den Wert des hoch zu lobenden Werkes ungerechtfertigt mindern, wenn man einzelne kleinere Schwächen her-

vorheben würde. Beispielsweise gelingt es auch *Preuß* m. E. nicht, das möglicherweise theoretisch aporische Spannungsverhältnis von statusmäßiger Unabhängigkeit und Staatsaufsicht mit dem Begriffspaar Rechtsanwender/Rechtsbefolger aufzulösen (zu den bisherigen Versuchen auch *Rossak*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsstellung des Notars –, Diss. Augsburg 1986, 146 ff., insb. 206 ff.); in der Praxis behilft man sich hier wie auch sonst mit „praktischer Konkordanz“. Jedenfalls wirkt es vor diesem Hintergrund übertrieben, wenn *Preuß* im Vorwort ihres Buches meint, das praktizierte Notarverfassungsrecht müsse erst nachvollziehbar und vorhersehbar gemacht werden; da möchte ich mit einer kabarettistischen Bemerkung antworten: *Preuß* findet für jede Lösung ein Problem.

Notar a. D. Dr. *Erich Rossak*, Mindelheim

**Sarazin: Bibliographie de l'histoire du notariat français (1200–1815). Paris, Lettrage Distribution, 2004. 651 S., 77 €**

Die vorzustellende Bibliographie wurde bereits 2002 in der Zeitschrift *Le Gnomon – Revue internationale de l'histoire du notariat* (Heft 133, S. 28) angezeigt. Im zweiten Trimester 2004 ist sie jetzt unter Anführung von 4346 Referenznummern im Buchhandel erschienen.

Die Arbeit wird eingeleitet durch ein siebenseitiges Vorwort (S. 7–13) des Direktors der *École des hautes études en sciences sociales*, Robert Descimon, der zu Recht die siebenjährige Unverzagtheit lobt, mit der *Sarazin* seine Bibliographie ausgearbeitet und veröffentlicht hat, trotz der sarkastischen Kritiken, die sich so oder so über seine Arbeit lustig machen werden. Die Antwort *Sarazins* hierauf ist die, dass es unmöglich ist, ja geradezu absurd, eine Bibliographie zu fertigen, die sämtliche Arbeiten zum Notariat, insbesondere auch die der Sekundärliteratur erfasst. Der Verfasser hat die *École nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques* absolviert und arbeitet als Archivar der Paläographie. Die Idee eine Bibliographie zur französischen Notariatsgeschichte der Jahre 1200 mit 1815 zu fertigen, kam ihm im Jahre 1994, fertig gestellt wurde sie im Januar 2002. *Sarazin* hat zahlreiche – auch unbekannte – Quellen zur Erstellung seiner Bibliographie durchgesehen, wohl sein größter Verdienst. Ihm gebührt Dank für so viel gelehrsame Selbstvergessenheit und angeborene Großzügigkeit, möge der Bibliographie ein langes Leben beschieden sein.

Soweit aus dem Vorwort, an das sich die von *Sarazin* verfasste neunzehnteilige Einführung (S. 15–34) anschließt. Ein einseitiges (S. 35) Abkürzungsverzeichnis, für französische Leser sicher völlig ausreichend, vermag den deutschen Benutzer nicht zufrieden zu stellen, eröffnet die eigentliche Bibliographie (S. 37–563). Drei Register erschließen dieselbe wie folgt: Index der Personennamen (S. 567–603), Index der geographischen Bezeichnungen (S. 604–634) und das Sachverzeichnis (S. 635–650). Ein einseitiges (S. 651) Inhaltsverzeichnis beschließt das Werk.

Die Einführung des Verfassers ist in zwei Abschnitte untergliedert. Der erste Abschnitt „Collecter, Classifier et Commenter“ erklärt die Gliederung der Bibliographie in vier Teile: 1. Verfasser, umfassend die Nrn. 1 bis 3105 und (Supplement) 4275 bis 4319. 2. Kataloge und Ausstellungskataloge,

Nrn. 3106 bis 3122. 3. Forschungsapparate (Les instruments de recherche), Nrn. 3123 bis 3232. 4. Anonyme Arbeiten des XIX. und XX. Jahrhunderts, Nrn. 3233 bis 3357.

Dem vierten Teil sind unter den Nrn. 3358 bis 4274 die gedruckten Quellen wie folgt beigefügt: Streitschriften (factums), Denkschriften (mémoires), Entscheidungen (arrêts), Verordnungen (édits), anonyme Werke vor 1800 (Formular- und Lehrbücher). *Sarazin* weist hier ausdrücklich daraufhin, dass dieser Teil in keiner Weise vollständig ist, vielmehr eine weitere Bibliographie zu den notariellen Formular- und Lehrbüchern vor 1800 verfasst werden könnte. Diese Aussage ist bedauerlich, sind doch einige der notariellen Formularbücher im sechzehnten Jahrhundert gleichzeitig in Frankfurt am Main und in Lyon gedruckt worden, so z. B. die Johann Fichard zugeschriebene *ars notariatus*. Ein Vergleich hätte aufschlussreiche Hinweise hinsichtlich der von den französischen und deutschen Notaren benutzten Handbücher geben können.

*Sarazin* weist auf die Veränderungen der Art und Weise der Nachforschungen während seiner siebenjährigen Arbeit an der Bibliographie hin. Anfänglich hat er hauptsächlich die gedruckten Repertorien durchgesehen, die er auf S. 18 anführt; mit der fortschreitenden Entwicklung des Internets wurde aber auch dieses umfänglich genutzt, die entsprechenden Hinweise finden sich auf S. 19.

Der zweite Abschnitt der Einführung „Guide des recherches dans les fonds d'actes privés en France métropolitaine (Archives notariales et judiciaires)“ zeigt zunächst auf, wie die Suche nach Abhandlungen zur Notariatsgeschichte in Frankreich zu erfolgen hat, um ein unnötiges Herumtappen in den Quellen zu vermeiden. Hierzu sind fünf geographische Regionen zu unterscheiden: 1) die Gebiete des geschriebenen Rechts (pays de droit écrit) oder die Gebiete des Gewohnheitsrechts (pays de coutume), die allerdings als Einheit zu behandeln sind, da die Archive national angelegt sind; 2) Paris; 3) Elsass; 4) Flandern und der französische Hennegau; 5) Savoyen. Außerdem sind zu trennen: die Registerführung (l'enregistrement), der Gebrauch der Originalurkunden, die Notare und Tabellionen. Daran schließt sich ein knapper rechtshistorischer Überblick über die gesetzliche Entwicklung des Notariats und des Archivwesens. Die Notariatsurkunden werden heute überwiegend – ausgenommen Paris – in den Archiven der Départements verwahrt. Die Referenznummern 3123 bis 3232 listen denn auch die Findbücher (Instruments de

recherches des archives départementales) der Departements sowie die der nationalen Archive auf. Die Urkunden der Pariser Notare werden heute zentral (Caran, 11, rue des Quatre-Fils, 75003 Paris) verwahrt. Dieser Bestand umfasste im Jahre 1980 26.000 laufende Meter mit schätzungsweise 60 Millionen Urkunden. Ein Repertorium von 2.964 Bänden erschließt diesen Urkundenbestand. Die verwahrten Notariatsurkunden werden heute überwiegend für biographische und genealogische Forschungen in folgenden Gruppierungen genutzt: Testamente, Nachlassverzeichnisse, Eheverträge, Erbauseinandersetzungen, Miet- und Pachtverträge, Rentenverträge (Leibrenten), Lehrverträge, Verkaufs- und Kaufverträge, sonstige Geschäftsverträge.

Zur Erstellung seiner Bibliographie benutzte *Sarazin* die Bestände der französischen Nationalbibliothek sowie die Bibliotheken von Dijon, Clermont-Ferrand und Besançon, die universitären Arbeiten (Diplom-, Magister- und Doktorarbeiten zur Geschichte und zum Recht) sowie verschiedene Bibliographien und geschichtswissenschaftliche Zeitschriften. Die Zeitschrift *Le Gnomon – Revue internationale de l'histoire du notariat* ist sehr zur Freude des Rezensenten nahezu mit jeder Nummer zitiert, auch wenn sie häufig belächelt wird, offensichtlich weil nicht jedes Wort ihrer Beiträge mit einem Zitat belegt ist.

Die Bibliographie ist innerhalb der vier Abschnitte alphabetisch geordnet. Die Standorte der angeführten Werke sind einzeln angegeben. Auffällig ist die sehr große Anzahl von Aufsätzen, die sich mit Testamenten, Eheverträgen und anderen Rechtsgeschäften beschäftigen. Hier wird ein Hauptmerkmal der Bibliographie sichtbar, die zahlreichen Abhandlungen zum materiellen Recht, die in einem solchen Umfang und Ausmaß in einer Bibliographie zur Notariatsgeschichte eigentlich nicht erwartet werden. Aufgrund des Titels wären vorwiegend Werke zur formellen rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Notariats in Frankreich zu erwarten gewesen.

In dem Abschnitt „Sources imprimées du XIXe au XVIIIe siècle“ werden zahlreiche königliche Entschließungen (acte royal) in zeitlicher Abfolge zum Notariat angeführt, die die fortschreitende rechtliche Entwicklung des Notariats in Frankreich beginnend mit der Entschließung Philipp des Schönen vom 24.4.1337 bis zum Gesetz vom 25 Ventôse des Jahres IX (16.3.1803) in einem Zentralstaat anschaulich verdeutlichen.

Für den an der Notariatsgeschichte und deren Entwicklung interessierten Leser stellt die Bibliographie eine unendliche Fundgrube dar, die auch gerade für die deutsche Notariatsgeschichte erhellend ist, hat das Ventôse-Gesetz doch tiefe Spuren in Deutschland hinterlassen. Letztlich beweist die Bibliographie an Hand der angeführten Referenzen jedoch, dass die Forschung in Frankreich die Notariatsurkunden überwiegend zur Erforschung der Sozialgeschichte und hier insbesondere der Familiengeschichte heranzieht, siehe z. B. Nr. 1714: Landès-Mallet, Anne-Marie : *La famille en Rouergue au moyen âge (1269–1345). Étude de la pratique notariale*. Rouen, 1985, 400 S.

Dennoch ist hervorzuheben, dass die Bibliographie ein äußerst umfangreiches und profundes Hilfsmittel zur Erforschung der Notariatsgeschichte in Frankreich darstellt. Ein vergleichbares Werk sucht man in Deutschland leider vergeblich. Es ist wünschenswert, dass es eine weite Verbreitung findet und zur Nachahmung anregt. Zugleich stellt sie einen ersten Schritt zu einer modernen Bibliographie der europäischen Notariatsrechtsgeschichte dar, deren Erstellung bereits vor vielen Jahren von Karl Siegfried Bader in Angriff genommen, die aber – bedingt durch seinen Tod – leider nicht fertig gestellt wurde.

Die Bibliographie kann über die Dokumente-Verlag GmbH, Postfach 13 40, 77603 Offenbach, bezogen werden.

Notar a. D. *Wolf-George Harms*, Johannesburg

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 781, 125 Abs. 1, 126 Abs. 4, 130 Abs. 1; BeurkG § 47; ZPO § 114 (*Nichtigkeit eines notariellen Schuldanerkenntnis mangels Zugang einer Ausfertigung*)

**Lässt der Anerkennende seine Erklärung zum Angebot eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses notariell beurkunden, wird die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform durch die notarielle Beurkundung ersetzt. Um dem Zugangserfordernis gerecht zu werden, ist es in diesem Fall erforderlich, dass dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Niederschrift gemäß § 47 BeurkG und nicht lediglich eine beglaubigte oder unbeglaubigte Abschrift zugeht.**

OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2005, 3 W 89/05

Der Antragsteller beabsichtigt, gegen die Beklagte im Urkundsverfahren einen Zahlungsanspruch aus einem notariell beurkundeten Schuldanerkenntnis geltend zu machen. Der Antragsteller erhielt keine Ausfertigung der notariellen Urkunde, sondern lediglich eine Kopie derselben.

Das Landgericht hat den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen mit der Begründung, der Antragsteller habe seine Bedürftigkeit nicht nachgewiesen. Außerdem wird in dem angefochtenen Beschluss ausgeführt, es bestünden Zweifel an einer hinreichenden Erfolgsaussicht.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Landgericht hat den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO). Der Antragsteller hat einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte nicht dargetan. (...)

Bei der notariell beurkundeten Erklärung handelt es sich ersichtlich um das Angebot zu einem konstitutiven Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB. Das geht daraus hervor, dass ein Schuldgrund in der Urkunde nicht genannt ist. Da diese von einem Notar erstellt worden ist, kann davon ausgegangen werden, dass dann, wenn ein deklaratorisches Anerkenntnis gewollt gewesen wäre, dies in der Urkunde zum Ausdruck gebracht worden wäre.

Ein konstitutives Schuldanerkenntnis kommt durch Vertrag zustande, wobei die Erklärung des Anerkennenden der Schriftform bedarf (§ 781 BGB). Ist aber für eine empfangsbedürftige Willenserklärung – wie hier – durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, wird die Erklärung gemäß § 130 Abs. 1 BGB nur wirksam, wenn sie dem Erklärungsempfänger in der vorgeschriebenen Form zugeht (vgl. u. a. BGH, DNotZ 1994, 440; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 126 Rdnr. 11 und § 130 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Einsele*, 4. Aufl., § 126 Rdnr. 21 und § 130 Rdnr. 33). Die Übersendung einer nicht unterzeichneten Abschrift genügt dazu nicht. Lässt der Anerkennende seine Erklärung notariell beurkunden, so wird die schriftliche Form durch die notarielle Beurkundung ersetzt (§ 126 Abs. 4 BGB). In diesem Fall ist es erforderlich, dass dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Niederschrift (§ 47 BeurkG), also nicht lediglich eine beglaubigte

oder unbeglaubigte Abschrift, zugeht (BGH, DNotZ 1996, 967; *Palandt/Heinrichs*, § 130 BGB Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Einsele*, § 130 Rdnr. 33). Da dem Antragsteller unstreitig weder eine von der Beklagten unterzeichnete schriftliche Erklärung noch eine notarielle Ausfertigung zugeht und die Parteien auch keine Zugangserleichterung vereinbart haben, ist die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht gewahrt. Die Übersendung einer Kopie durch den Notar genügt hierzu nicht. Das Schuldanerkenntnis ist daher gemäß § 125 BGB wegen Formmangels nichtig.

Die vom Landgericht erörterten Fragen, ob im konkreten Fall die Vorlage einer Kopie als Beweismittel im Urkundsverfahren ausreicht, ob der Antragsteller das Angebot der Beklagten annahm und ob dieses ggf. vor der Annahme widerrufen wurde, bedürfen daher keiner Prüfung.

Zu Unrecht vertritt der Antragsteller die Rechtsansicht, für das Zustandekommen eines wirksamen Schuldanerkenntnisses genüge es, dass die Beklagte dem beurkundenden Notar die Anweisung erteilt habe, ihm, dem Antragsteller, eine vollstreckbare Ausfertigung zu übermitteln. Die Rechtsprechung hat es zwar in bestimmten Fälle empfangsbedürftiger Willenserklärungen zur Wahrung der gesetzlichen Form genügen lassen, dass die Erklärung dem Notar ausgehändigt wurde (so z. B. BGH, NJW 1957, 217). Voraussetzung war jedoch stets, dass dies in Gegenwart des Erklärungsempfängers geschah, wodurch der Erklärende sich „diesem gegenüber“ der Urschrift seiner Erklärung entäußerte (vgl. BGH, DNotZ 1994, 440 ff.). Im vorliegenden Fall war der Antragsteller jedoch bei der Beurkundung der Anerkenntniserklärung unstreitig nicht anwesend, so dass sie nicht bereits zu diesem Zeitpunkt ihm gegenüber abgegeben werden konnte. Der Antragsteller kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Notar die Absicht hatte, ihm eine Ausfertigung zuzusenden, und diese nur irrtümlich an die Beklagte schickte. Insofern ist der vorliegende Fall nicht anders zu behandeln als ein solcher, in dem eine schriftliche Erklärung dem Adressaten deshalb nicht zugeht, weil sie auf dem Postwege verloren gegangen ist. In jedem Fall steht der mangelnde Zugang der Wirksamkeit entgegen. (...)

2. GBO § 47 (*Keine Eintragung der Anteilshöhe eines GbR-Gesellschafters im Grundbuch*)

**Veränderungen der Anteilshöhe einzelner Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind ebenso wenig in das Grundbuch einzutragen wie die Höhe des Anteils selbst.**

OLG München, Beschluss vom 9.6.2005, 32 Wx 052/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht

Die Beteiligten sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Zum Gesellschaftsvermögen gehören die verfahrensgegenständlichen Grundstücke. Mit Urkunde des beantragenden Notars veräußerte die Beteiligte zu 8 aus ihrem Gesellschaftsanteil der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Teile an die Beteiligten zu 1–7. Die Grundstücke sind weiterhin mit einer Verfügungsbeschränkung infolge einer Nießbrauchsbestellung am Gesellschaftsanteil der Ver-

käuferin für die Beteiligte zu 9 belastet. Letztere stimmte der Abtretung zu und erklärte insoweit eine entsprechende Freigabe des Nießbrauchsrechts.

Der Urkundsnotar beantragte namens der Beteiligten ohne Einschränkung auf die Beteiligten 1–8 den Vollzug der Urkunde durch die Eintragung der teilweisen Übertragung der Gesellschaftsanteile der Beteiligten zu 8 an die Mitgesellschafter sowie weiterhin, dass die Verfügungsbeschränkung nur noch am verbleibenden Anteil der Beteiligten zu 8 laste. Diesen Antrag wies das Amtsgericht zurück. Die gegen diesen Beschluss eingelegte Beschwerde der Beteiligten wies das Landgericht zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Die Beteiligten sind der Ansicht, das Publizitätsprinzip des Grundbuchs gebiete eine Verlautbarung der An- bzw. Abwachsung der Gesellschafteranteile im Grundbuch, zumal derartige Vorgänge im verfahrensgegenständlichen Grundbuch schon zuvor vermerkt worden seien. Das nach § 79 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel erwies sich als unbegründet.

#### Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001 (BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192) zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft seien bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke auch weiterhin nur auf die Namen der Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts“ einzutragen. Eine Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft lasse sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten. Der Erwerb eines zusätzlichen Anteils an der Gesellschaft begründe für einen Mitgesellschafter keinen neuen Eigentumserwerb an den einzelnen Gegenständen, sondern lediglich eine Erweiterung seines Anteilsrechts an der Gesellschaft. Daher fehle es an der Eintragungsfähigkeit der Erweiterung des Anteils einzelner Gesellschafter.

2. Die sorgfältig und ausführlich begründete Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand. Eine Eintragung der Erhöhung oder Verminderung des Anteils einzelner Gesellschafter an der Gesamthandsberechtigung ist schon deswegen nicht zulässig, weil der Anteil selbst nicht eintragungsfähig ist (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 47 Rdnr. 22; *Meikel/Böhringer*, 8. Aufl., § 47 GBO Rdnr. 180).

a) § 47 GBO bestimmt, dass bei Rechten, welche mehreren gemeinschaftlich zustehen, entweder die Bruchteile oder das Gemeinschaftsverhältnis anzugeben sind. Die Angabe von Bruchteilen kann aber nur dann in Betracht kommen, wenn der einzelne Berechtigte über seine Mitberechtigung an dem Grundstück entsprechend seiner Bruchteilsberechtigung auch verfügen kann. Das Grundbuch dient zwar prinzipiell dazu, über die privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks Auskunft zu geben (BayObLGZ 1960, 449, 451), doch ist diese Auskunftsfunktion nicht umfassend, sondern lediglich auf die Verfügungsbefugnis bezogen. So könnte z. B. der Eigentümer eines Grundstücks dieses mittels eines notariellen Kaufvertrags an einen anderen veräußern und es bestünde ein schuldrechtlicher Anspruch dieses Dritten gegen den Eigentümer auf Eigentumsverschaffung, der jedoch solange nicht im Grundbuch verlaubar wird, als nicht eine entsprechende Eigentumsvormerkung oder -änderung im Grundbuch eingetragen sind. Das Grundbuch gibt daher nicht Auskunft über sämtliche privatrechtlichen Verhältnisse eines Grundstücks, sondern lediglich über diejenigen, die mit der Verfügungsbefugnis über eingetragene Rechte zusammenhängen.

Diese Verfügungsbefugnis wiederum ist allein vom Gutgläubensschutz des Grundbuchs nach § 892 BGB erfasst. Daraus

ist zu schließen, dass in das Grundbuch lediglich eingetragen werden kann und darf, was sich unmittelbar auf die eingetragenen Rechte oder auf die Verfügungsbefugnis hinsichtlich dieser Rechte auswirkt. Dazu gehört nicht die interne Quote der Gesellschaftsanteile einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Eine Veränderung dieser internen Quote hat nämlich nicht die Auswirkung, dass derjenige Gesellschafter, dessen Anteile sich mindern, nunmehr eine verminderte Verfügungsbefugnis hätte. Aus dem Gesamthandsprinzip ergibt sich klar, dass auch dieser Gesellschafter in vollem Umfang an jeder Verfügung, welche das Eigentumsrecht betrifft, mitzuwirken hat.

b) Aus den bezeichneten Gründen ist die Rechtsprechung auch stets davon ausgegangen, dass eine Veränderung der Anteilshöhe vorhandener BGB-Gesellschafter im Grundbuch nicht eintragungsfähig ist (so OLG Frankfurt am Main, MittBayNot 1983, 167). Im Ergebnis dieselbe Meinung äußert der Bundesgerichtshof, wenn er davon ausgeht, dass die Eintragung eines neuen Gesellschafter im Grundbuch keine konstitutive Wirkung hat, sondern bei Eintritt eines neuen Gesellschafter in eine GbR die Gesamthänder in ihrer neuen Zusammensetzung ohne weiteres Eigentümer werden. Der Wechsel der Beteiligungsverhältnisse an der GbR sei lediglich im Wege einer Berichtigung in das Grundbuch einzutragen (BGHZ 138, 82, 85 = MittBayNot 1998, 249).

Aus dem Beschluss des 3. Zivilsenats des BayObLG vom 9.9.1993 (BayObLGZ 1993, 314 = MittBayNot 1994, 248) ergibt sich auch nichts anderes: Die – zu einer Kostenfrage ergangene – Entscheidung stellt deutlich klar, dass die Erweiterung des Anteils einzelner Gesellschafter im Grundbuch ebenso wenig einzutragen ist, wie die Größe des Anteils der einzelnen Gesamthänder.

c) Abgesehen von diesen rechtlichen Überlegungen, die es schon für sich unmöglich machen, eine Änderung der Beteiligung der einzelnen Teilnehmer an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch zu verlautbaren, wäre dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten weder wünschenswert noch sinnvoll. Dass bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Anteile der einzelnen Mitgesellschafter nicht angegeben werden, entspricht gängiger Grundbuchpraxis (vgl. *Demharter*, § 47 GBO Rdnr. 22). Eine Änderung in dieser Praxis würde es nach sich ziehen, dass sämtliche Grundbuchämter Deutschlands entsprechende Änderungen an allen bestehenden Eintragungen vornehmen müssten. Derartig weit reichende wirtschaftliche Konsequenzen müssten gegen den Wunsch, die Bruchteilsverhältnisse in bürgerlich-rechtlichen Gesellschaften zu verlautbaren, abgewogen werden. Dabei wäre sicher auch zu bedenken, dass in Gesellschaften mit beschränkter Haftung eine Verlautbarung ebenso wenig stattfindet wie bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts.

Den Gesellschaftern ist zwar zuzugeben, dass eine Verlautbarung ihres Anteilsumfangs in ihrem Interesse wäre. Es ist ihnen jedoch unbenommen, die Gesamthandsberechtigung der GbR in ein echtes Gemeinschaftsverhältnis nach Bruchteilen umzuwandeln, wenn für sie die Publizitätswirkung so wichtig ist.

d) Daraus, dass das Grundbuchamt am 11.7.2002 in der Spalte 4 der ersten Abteilung eine Eintragung über die teilweise Anteilsübertragung und Anwachsung rechtsirrig vorgenommen hat, können die Beteiligten keine Rechte herleiten. Diese Eintragung war zwar sachlich falsch, sie ist aber nicht der Eintragung eines Amtswiderspruchs zugänglich, weil ihr kein öffentlicher Glaube entspringt. Jedoch kann sie nach § 53 GBO jederzeit als inhaltlich unzulässige Eintragung gelöscht werden.

**Anmerkung:**

Mit diesem – im Ergebnis richtigen – Beschluss bezieht zum ersten Mal das gemäß Art. 11a BayAGGVG in Bayern für weitere Beschwerden in Grundbuchsachen neuerdings<sup>1</sup> zuständige OLG München zur höchst umstrittenen<sup>2</sup> Frage der Grundbuchfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts Stellung, wenn auch nicht ausdrücklich.

1. Erwartungsgemäß bleibt es dabei auf der Linie des 2. Senats des BayObLG<sup>3</sup> und lehnt die Grundbuchfähigkeit der GbR erkennbar ab, ohne jedoch die Problematik überhaupt noch einmal zu diskutieren.

a) Dies gilt zunächst für die Grundbuchfähigkeit in dem richtig verstandenen Sinn der *Eintragungsfähigkeit*,<sup>4</sup> also der Frage, ob die GbR nur mit ihrem Namen und Sitz in das Grundbuch eingetragen werden kann. Hätte das Gericht der GbR Grundbuchfähigkeit zuerkennen wollen, so hätte es die Frage der Eintragung der Vergrößerung oder Verkleinerung eines Gesellschaftsanteils von vorneherein nicht zu erörtern brauchen; wäre die GbR grundbuchfähig, würden die Gesellschafter selbst und damit erst recht ihre Anteile ja gar nicht mehr im Grundbuch eingetragen. Zudem schließt sich das Gericht den von ihm zitierten Gründen des Beschlusses der Beschwerdeinstanz ausdrücklich an, in denen die Grundbuchfähigkeit der GbR abgelehnt wird. Außerdem wendet es zwanglos § 47 GBO an, eine Vorschrift, die bei Annahme einer Grundbuchfähigkeit der GbR selbst, ebenso wie bei den Personenhandelsgesellschaften, gerade nicht mehr einschlägig wäre.

Soweit das Gericht die Grundbuchfähigkeit der GbR in diesem Sinne ablehnt, ist dem weiterhin zuzustimmen. Jedenfalls wegen des Problems des Identitätsnachweises mangels Registerpublizität der GbR im Bereich des formellen Konsensprinzips und bei Zwangseintragungen ist, wie an anderer Stelle ausführlich gezeigt,<sup>5</sup> eine Eintragung der GbR *nur* mit Namen und Sitz im Grundbuch mit den Erfordernissen eines sicheren Grundstücksverkehrs nicht vereinbar.<sup>6</sup> Wer das anders sehen will, muss letztlich bei dem durch das Grundbuch gewährten Verkehrsschutz entgegen der gesetzgeberischen Wertung bewusst erhebliche Abstriche machen<sup>7</sup> oder Hilfs-

lösungen am Gesetz vorbei suchen,<sup>8</sup> die jedoch nur scheinbar Verkehrsschutz gewähren<sup>9</sup>.

Ob auch der BGH dieser „bayerischen“ Rechtsprechungslinie folgen wird, bleibt allerdings abzuwarten. Zwar hat der IXa-Zivilsenat in seinem in einer Vollstreckungssache ergangenen Beschluss vom 16.7.2004 noch ausdrücklich jede Stellungnahme zu der Problematik vermieden.<sup>10</sup> Betrachtet man aber die neue Entscheidung des V. Senats des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft,<sup>11</sup> so fällt auf, dass dort ohne weiteres von der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft auf deren Grundbuchfähigkeit geschlossen wird. Außer einem Hinweis auf so zu vermeidende praktische Schwierigkeiten liefert der BGH hierfür keine weitere Begründung. Der BGH scheint also die Grundbuchfähigkeit als „integralen Bestandteil“<sup>12</sup> der Rechtsfähigkeit anzusehen. Dennoch bleibt nur davor zu warnen, dies einfach unesehen auf die GbR zu übertragen. Denn die gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR vorgebrachten Publizitätsbedenken treffen auf die ihrerseits im Grundbuch – wenn auch nicht „als solche“ – eingetragene und damit quasi öffentlich registrierte und identifizierbare Wohnungseigentümergeinschaft nicht zu. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass der V. Senat in seinem Beschluss die Wohnungseigentümergeinschaft eher als körperschaftsähnlich ansieht und sie sogar ausdrücklich in mehrfacher Hinsicht gegen die GbR abgrenzt.

b) Das OLG München folgt offenbar aber auch der Auffassung des BayObLG, dass es schon an der materiellen Rechtsinhaberschaft<sup>13</sup> der GbR an Grundstücken und Immobilienrechten fehle.<sup>14</sup> Dies wird deutlich, wenn es in den Gründen des Beschlusses heißt, es ergebe sich klar aus dem Gesamthandsprinzip, dass jeder *Gesellschafter* an einer Verfügung, welche das Eigentumsrecht betreffe, mitzuwirken habe. Das Gericht geht also weiterhin mit der traditionellen individualistischen Gesamthandslehre von der Rechtsträgerschaft der Gesellschafter selbst aus. Auch wenn diese Auffassung in sich konsequent ist und Widersprüche zwischen Grundbucheintragung und materieller Rechtslage vermeidet, ist sie wegen der grundsätzlichen Anerkennung der Außen-GbR durch den BGH als rechtsfähig<sup>15</sup> nicht mehr haltbar und führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen.<sup>16</sup> Deshalb entspricht es der mittlerweile herrschenden Meinung in der gesellschaftsrechtlichen aber auch der grundbuchrechtlichen Literatur, dass die GbR selbst materiell nicht nur Rechtsinhaberin von beweglichen Sachen und Rechten, sondern ebenso von Grundstücken und Immobilienrechten ist.<sup>17</sup>

1 Seit der die Abschaffung des BayObLG bestätigenden Entscheidung des BayVerfGH vom 29.9.2005, Vf. 3-VII-05, 7-VIII-05 (noch nicht veröffentlicht), ist diese Zuständigkeit wohl auch endgültig.

2 Gegen eine Grundbuchfähigkeit der GbR: BayObLG, MittBayNot 2003, 60; MittBayNot 2004, 201 mit Anm. Weigl; MittBayNot 2005, 143; Staudinger/Habermeier, BGB, 13. Aufl. 2003, Vorbem. zu §§ 705–740 Rdnr. 26 a; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 241 a; Böhringer, Rpfleger 2005, 225, 226; Demharter, NJW-Sonderheft BayObLG, 2005, 18; Lautner, MittBayNot 2005, 93; Kremer, RNotZ 2004, 239; Vogt, Rpfleger 2003, 491; Heil, NJW 2002, 2158; für eine Grundbuchfähigkeit: MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl. 2004, § 705 Rdnr. 314 f.; G. Wagner, ZIP 2005, 637; Nagel, NJW 2003, 1646; Ott, NJW 2003, 1223; Dümig, Rpfleger 2003, 80; ders., Rpfleger 2002, 53; Elsing, BB 2003, 909, 914; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330.

3 Vgl. die Nachweise in Fn. 2.

4 Lautner, MittBayNot 2005, 93, 94 m. w. N.; instruktiv hierzu G. Wagner, ZIP 2005, 637, 639 ff.

5 Lautner, MittBayNot 2005, 93, 97 ff.

6 So im Ergebnis auch das BayObLG und die in Fn. 2 genannten Autoren, die sich gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR ausgesprochen haben.

7 Bedenklich insoweit beispielsweise G. Wagner, ZIP 2005, 637, 644.

8 Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330.

9 G. Wagner, ZIP 2005, 637, 644; Demharter, NJW-Sonderheft BayObLG 2005, 18, 22.

10 BGH, DNotZ 2005, 121.

11 MittBayNot 2005, 495; hierzu Rapp, MittBayNot 2005, 449.

12 Vgl. zu diesem Begriff G. Wagner, ZIP 2005, 637, 645.

13 G. Wagner, ZIP 2005, 637, 639, spricht in diesem Zusammenhang von „Gründerwerbssfähigkeit“.

14 BayObLG, MittBayNot 2003, 60.

15 BGH, MittBayNot 2001, 192 mit Anm. Ann.

16 G. Wagner, ZIP 2005, 637, 641 ff.; Lautner, MittBayNot 2005, 93, 95; Nagel, NJW 2003, 1647.

17 In diesem Sinne außer den in Fn. 16 genannten Autoren etwa: Staudinger/Habermeier, Vorbem. zu §§ 705–740 Rdnr. 10, 26, MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 310, 312; Böhringer, Rpfleger 2005, 226; Langenfeld, BWNZ 2003, 4; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 332 f.; Dümig, Rpfleger 2002, 58 f.; Eickmann, ZfIR 2001, 434; Münch, DNotZ 2001, 545; a. A.: Vogt, Rpfleger 2003, 493; Heil, NJW 2002, 2159.

c) Es verbleibt daher beim – zugegebenermaßen unbefriedigenden – Ergebnis, dass trotz materieller Rechtsträgerschaft der GbR im Grundbuch weiterhin zumindest auch deren Gesellschafter eingetragen werden müssen.<sup>18</sup> So zu verfahren, dient dabei, anders als im Regelungsbereich des § 47 GBO, allein der notwendigen Identifizierung der Gesellschaft, nicht etwa dem Nachweis der Verfügungsbefugnis. Verkehrsschutz kann hierbei derzeit nur, bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde, über eine direkte oder, bei Vorlage eines wenigstens schriftlichen Gesellschaftsvertrags, über eine analoge<sup>19</sup> Anwendung der §§ 170 ff. BGB gewährleistet werden,<sup>20</sup> wenn man die §§ 891–893 BGB nicht – in systemwidriger Weise – entsprechend auf die Vertretungsbefugnis der eingetragenen Gesellschafter anwenden will. Änderungen im Gesellschafterbestand sind, ähnlich der Namensberichtigung bei der Eheschließung einer natürlichen Person, nur als Richtigstellung tatsächlicher Angaben zur Ermöglichung der Identifizierung im Grundbuch einzutragen.<sup>21</sup> So wenig dieses Ergebnis befriedigt, so sehr ist es hinzunehmende Folge der derzeitigen Rechtslage und erlaubt auch eine sinnvolle Behandlung der unzähligen Altfälle,<sup>22</sup> bis der Gesetzgeber sich zum dringend notwendigen Handeln entschließt.

2. In der konkret zu entscheidenden Frage der Eintragungsfähigkeit von Anteilsveränderungen bei GbR-Gesellschaftern ist dem vom OLG München gefundenen Ergebnis uneingeschränkt zuzustimmen. Auf der Grundlage der vorstehend unter Ziff. 1. c) vertretenen Auffassung gilt dies schon deshalb, weil die Eintragung der Gesellschafter ja nur der Identifizierung der Gesellschaft dient. Da die Anteilshöhe für die Identifizierung aber völlig irrelevant ist, ist die Höhe der Anteile selbst ebenso wenig wie eine Verschiebung der Anteile innerhalb des Gesellschafterkreises im Grundbuch einzutragen. Dasselbe gilt, wenn auch mit anderer Begründung,<sup>23</sup> wenn man mit dem OLG München der traditionellen Auffassung folgt. § 47 GBO, der bei einem Recht, das mehreren gemeinschaftlich zusteht, die Angabe entweder der Bruchteile oder des Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuch verlangt, hat nur den Zweck, die Verfügungsbefugnis mehrerer Berechtigter im Grundbuch auszuweisen.<sup>24</sup> Für die Verfügungsbefugnis ist es aber bei Gesamthandsgemeinschaften völlig irrelevant, wie hoch der Anteil des einzelnen Gesamthänders am Gesellschaftsvermögen ist (vgl. §§ 719 Abs. 1, 1450 Abs. 1 Satz 1, 2040 Abs. 1 BGB). Da den Gesamthändern das Recht gemeinschaftlich zusteht, können sie auch nur alle gemeinsam darüber verfügen, gleich, wie hoch ihre Beteiligung am Gesamthandsvermögen ist.<sup>25</sup> Schon deshalb verbietet sich eine Eintragung der Anteilshöhe, da überflüssige Tatsachen zur Beibehaltung der Übersichtlichkeit des Grundbuchs nicht eintragungsfähig sind.<sup>26</sup> Andererseits weist das Grundbuch nur Rechtsverhältnisse an Grundstücken aus, nicht an Ge-

samthandsgemeinschaften. Deshalb ist auch ein gutgläubiger Erwerb eines GbR-Anteils oder Erbanteils nach § 892 BGB nicht möglich, selbst wenn der Veräußerer im Grundbuch als Anteilsinhaber eingetragen ist.<sup>27</sup> Auch insoweit besteht also kein Bedarf zum Ausweis der Anteilshöhe. Zudem wäre eine Angabe von Bruchteilen verwirrend: einen verkehrsfähigen Anteil an einzelnen, zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen, also auch an einem dazu gehörenden Grundstück, hat der einzelne Gesamthänder gerade nicht, §§ 719 Abs. 1 Alt. 2, 1419 Abs. 1 Alt. 2, 2033 Abs. 2 BGB. Daher entsprach es auch bisher schon der ganz h. M., dass die Anteilshöhe bei Gesamthandsgemeinschaften nicht im Grundbuch eingetragen werden kann.<sup>28</sup> Einer *zusätzlichen* Eintragung der Anteilshöhe *neben* dem Gemeinschaftsverhältnis stünde, neben den vorstehend angeführten und den vom OLG München außerdem erwogenen wirtschaftlichen Gesichtspunkten,<sup>29</sup> vor allem auch der Wortlaut des § 47 GBO entgegen, der eindeutig nur eine alternative Eintragung von Bruchteilen oder Gemeinschaftsverhältnis zulässt. Wenn nach alledem schon die Anteilshöhe nicht im Grundbuch eingetragen werden kann, so gilt dies erst recht für Veränderungen derselben.

Notar *Konrad Lautner*, Straubing

<sup>27</sup> S. nur BGH, NJW 1997, 860, 861.

<sup>28</sup> OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 1983, 167; BayObLG, BayObLGZ 1993, 314, 315; *Demharter*, § 47 GBO Rdnr. 22; *Meikel/Böhlinger*, § 47 GBO Rdnr. 180; *Wenz*, MittRhNotK 1996, 382.

<sup>29</sup> Völlig unverständlich ist insoweit aber der Hinweis des Gerichts auf die Situation der Gesellschafter bei einer GmbH als juristischer Person!

### 3. BGB §§ 1364, 1365 Abs. 1, GBO § 18 (*Prüfungsrecht und -pflicht des Grundbuchamtes bei der Eigentumsumschreibung*)

**Das Grundbuchamt hat bei der Eigentumsumschreibung grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft im Sinne des § 1365 Abs. 1 BGB nicht vorliegt. Hat es jedoch Kenntnis von der Zustimmung in objektiver Sicht oder auch nur begründete Zweifel, die auf bestimmten konkreten Anhaltspunkten beruhen, so hat es gemäß § 18 GBO entweder den Antrag zurückzuweisen oder eine Zwischenverfügung zu erlassen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 24.1.2005, 2 W 204/04; 2 W 220/04

Das streitgegenständliche Grundstück in R. ist mit einem Einfamilienhaus mit Einliegerwohnung, einer Doppelgarage und einem Holzhaus bebaut. Zwischen dem eingetragenen Eigentümer und der Beteiligten zu 2, die das Hausgrundstück bewohnt, läuft seit dem Jahr 2000 ein Scheidungsverfahren. Der Eigentümer wohnt mit seiner neuen Lebensgefährtin – der Beteiligten zu 1 – anderswo zusammen. Mit Kaufvertrag vom 6.2.2003 verkaufte der Eigentümer das Hausgrundstück an die Beteiligte zu 1 zu einem Preis von 200.000 € unter Übernahme der in Abt. III Nr. 1 und 5 eingetragenen Grundpfandrechte zur Finanzierung des Kaufpreises. Am 20.5.2003 beantragte der beurkundende Notar u. a. die Umschreibung des Hausgrundstücks auf die Beteiligte zu 1. Die Beteiligte zu 2 widersprach dem Antrag mit der Begründung, die Eigentumsübertragung bedürfe ihrer Einwilligung nach § 1365 Abs. 1 BGB, weil das Grundstück den wesentlichen Teil des Vermögens des Verkäufers ausmache. Mit Zwischenverfügung vom 12.8.2003 gab das Amtsgericht dem Notar auf, die Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 2 beizubringen. Die Beteiligte zu 1 machte daraufhin geltend, der Eigentümer habe außer dem Hausgrundstück erhebliches weiteres Vermögen, so unter anderem ein unbelastetes Ferienhaus in Schweden, das die Beteiligte zu 2

<sup>18</sup> *Böhlinger*, Rpfleger 2005, 226; *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 99; *Nagel*, NJW 2003, 1647; *Langenfeld*, BWNNotZ 2003, 4.

<sup>19</sup> Hierzu ausführlich *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 95 ff.

<sup>20</sup> *G. Wagner*, ZIP 2005, 637, 644; *Wertenbruch*, WM 2003, 1788.

<sup>21</sup> *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 15 GBV Rdnr. 30 d; *Langenfeld*, BWNNotZ 2003, 4.

<sup>22</sup> Hierzu *Demharter*, NJW-Sonderheft BayObLG, 2005, 18, 22.

<sup>23</sup> Die Begründung des OLG München ist in jedem Fall für die – nicht rechtsfähige (BGH, NJW 2002, 3389 = NotBZ 2002, 450) – Erbengemeinschaft richtig.

<sup>24</sup> S. nur *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 47 Rdnr. 1.

<sup>25</sup> „Wesen der Gesamthand“, vgl. OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 1983, 167; BayObLG, BayObLGZ 1993, 314, 315; *Demharter*, § 47 GBO Rdnr. 22.

<sup>26</sup> *Demharter*, Anhang zu § 13 GBO Rdnr. 22.

selbst im Zugewinnverfahren per August 2000 mit 76.000 € bewertet habe. Die Beteiligte zu 2 entgegnete, das Hausgrundstück habe einen Verkehrswert zwischen 500.000 € und 600.000 €, das Ferienhaus sei mit 100.000 DM belastet. Mit Schreiben vom 14.10.2003 hielt das Amtsgericht seine Zwischenverfügung aufrecht. Hiergegen legte der Notar Beschwerde ein und trug ergänzend vor, die bei der Bewertung des Hausgrundstücks zu berücksichtigenden Belastungen valutierten mit 129.277 €.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die weitere Beschwerde in der Hauptsache ist nach §§ 78, 79, 80 GBO zulässig und begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf Verletzungen des Rechts (§§ 78 GBO, 546 ZPO).

(...)

2. Auch in der Sache selbst, auf die das Landgericht hilfsweise eingegangen ist, ist die angefochtene Entscheidung mit einem Rechtsfehler behaftet. Es hat den sich aus den Akten ergebenden Sachverhalt zur Frage, ob ein Gesamtvermögensgeschäft vorliegt, nicht erschöpfend gewürdigt (§ 25 FGG; *Keidel/Meyer-Holz*, § 27 FGG Rdnr. 42). Da dieser Sachverhalt zur Beurteilung der Frage ausreicht, ist das Rechtsbeschwerdegericht befugt, unter Absehen von einer Zurückverweisung über die Sache selbst zu entscheiden. Dies führt zu einem entgegengesetzten Ergebnis.

a) Bei größeren Vermögen – wie vorliegend – ist der Tatbestand des § 1365 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht erfüllt, wenn dem verfügenden Ehegatten Werte von 10 % seines ursprünglichen Gesamtvermögens verbleiben (BGH, DNotZ 1992, 239). Bei der Abwägung, ob ein veräußertes Grundstück, verglichen mit dem restlichen Vermögen, im Wesentlichen das gesamte Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt, ist der Wert der verbleibenden Vermögensstücke und des veräußerten Grundstücks um die darauf ruhenden dinglichen Belastungen in Höhe der Valutierung zu vermindern (BGH, MittBayNot 1980, 164). Dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 1364 BGB und § 1365 BGB entsprechend hat das Grundbuchamt grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft nicht vorliegt. Hat es jedoch Kenntnis von der Notwendigkeit der Zustimmung in objektiver Sicht oder auch nur begründete Zweifel, die auf bestimmten konkreten Anhaltspunkten beruhen, so hat es gem. § 18 GBO entweder den Antrag zurückzuweisen oder eine Zwischenverfügung zu erlassen (MünchKommBGB/*Gernhuber*, 3. Aufl., § 1365 Rdnr. 65 m. w. N.). Solche Kenntnis oder begründeten Zweifel bestehen vorliegend bei vollständiger Würdigung des Sachverhalts nicht.

b) Bei der Ermittlung des ursprünglichen Gesamtvermögens des Verkäufers und Ehemannes der Beteiligten zu 2 zur Zeit des Kaufvertrages vom 6.2.2003 sind Bedenken gegen den vom Sachverständigen S im Gutachten vom 15.1.2004 per Februar 2003 geschätzten Verkehrswert des Hausgrundstücks von 275.000 € nicht ersichtlich. Das Gutachten geht von zutreffenden Tatsachen aus und ist widerspruchsfrei, Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen bestehen nicht. Die Beteiligte zu 2 und das Landgericht haben dieses Gutachten auch in keinem Punkt konkret beanstandet. (...) Hinsichtlich der vom Verkehrswert abzuziehenden Belastungen des Grundstücks, soweit sie valutieren, ist zunächst davon auszugehen, dass solche gegeben sind, denn nach § 2 des Kaufvertrages wurde der Notar von den Vertragsparteien angewiesen, die im Grundbuch eingetragenen Belastungen für Rechnung des Verkäufers abzulösen und nur den Restbetrag an den Verkäufer auszubehalten, ferner hat auch die Beteiligte zu 2 vorgetragen, dass der Verkäufer in Bezug auf

das Grundstück „die Altschulden weiter bediene“. Das liegt auch nahe, denn ausweislich des Handblatts zum Grundbuch von R. sind Grundpfandrechte über insgesamt 342.360 DM eingetragen, wobei die letzte Eintragung – 100.000 DM Grundschuld für die Deutsche Postbank (offensichtlich zur Finanzierung des Ferienhauses in Schweden) – erst vom 15.1.1998 datiert. Die Beteiligte zu 2 ist dem vom Verkäufer angegebenen Darlehensbetrag von 129.277 €, der auf dem geschilderten Hintergrund nicht unrealistisch ist, letztlich nicht entgegengetreten, so dass zumindest von einem Betrag von rund 100.000 € auszugehen ist. Dass die Beteiligte zu 2 nach ihrer Darstellung noch nicht aus ihrer persönlichen Haftung aus der Grundschuldurkunde entlassen ist, vermag an der Anrechnung nichts zu ändern.

Hinsichtlich des Ferienhauses in Schweden bestreitet die Beteiligte zu 2 nicht mehr, dass ihr Ehemann noch dessen Eigentümer ist. Nach ihren Angaben in der Familiensache wurde dieses Haus im Jahre 1997 im verwahrlosten Zustand für etwa 110.000 DM erworben und sodann grundsaniert und renoviert. Per August 2000 hat sie das Ferienhaus mit 76.000 € bewertet. Auch sie ist zuletzt davon ausgegangen, dass dieses Grundstück unbelastet ist und mittels einer Belastung auf dem Hausgrundstück in R. finanziert wurde, was schon die erwähnte Eintragung der Grundschuld in Abt. III Nr. 5 des Grundbuchs nahe legte. Ungeachtet des von ihr nicht anerkannten Gutachtens des schwedischen Sachverständigen E vom 13.7.2004, der den Wert auf etwa (umgerechnet) ca. 54.000 € geschätzt hat, wird zumindest von einem Verkehrswert von ca. 30.000 € auszugehen sein.

Unter Außerachtlassung kleinerer streitiger Beträge ergibt sich nach allem ein anfängliches Gesamtvermögen von 205.000 € (275.000 abzügl. 100.000 zuzügl. 30.000 €).

c) Das Restvermögen errechnet sich mit 30.000 € (Ferienhaus). Dass dieses Haus zu Lasten des Hausgrundstücks in R. finanziert wurde, hat auf die Wertbemessung keinen Einfluss.

Dieses Restvermögen macht jedenfalls 14,6 % des ursprünglichen Gesamtvermögens aus und überschreitet mithin die 10 %-Grenze. Das Amtsgericht durfte mit der angefochtenen Zwischenverfügung die beantragte Eintragung nicht von der Beibringung der Zustimmung der Beteiligten zu 2 gemäß § 1365 Abs. 1 BGB abhängig machen.

3. Die Frage, ob der Kaufvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder als Scheingeschäft (§ 117 BGB) – wie von der Beteiligten zu 2 vorgetragen sowie vom Amts- und Landgericht angesprochen – unwirksam ist, war nicht Gegenstand der Zwischenverfügung – anders wäre die Fristsetzung zur Behebung des Eintragungshindernisses nicht verständlich – und deshalb nicht Gegenstand der Überprüfung im Beschwerdeverfahren (vgl. BayObLGZ 1990, 51, 56; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 77 Rdnr. 12).

### Anmerkung:

In dem Beschluss vom 24.1.2005 befasst sich das Schleswig-Holsteinische OLG mit der Prüfung des § 1365 Abs. 1 BGB durch das Grundbuchamt vor der Eigentumsumschreibung.

Grundlage der Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes ist § 20 GBO. Danach darf das Grundbuchamt eine Eigentumsumschreibung nur vornehmen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils „erklärt“ ist (materielles Konsensprinzip). Die Prüfungspflicht nach § 20 GBO erstreckt sich auf alle Aspekte der Wirksamkeit der Auflassung, also grundsätzlich auch auf die Notwendigkeit und das Vorliegen einer Einwilligung nach § 1365 BGB. Eintra-

gungsvoraussetzung ist angesichts des durch Beweismittelbeschränkung geprägten Eintragungsverfahrens aber nicht, dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Einigung anhand einer umfassenden materiellrechtlichen Prüfung feststellt. Im Interesse einer ordnungsgemäßen und beschleunigten Abwicklung des Grundstücksverkehrs darf das Grundbuchamt den Vollzug einer in der Form des § 29 GBO erklärten Auflassung vielmehr nur dann ablehnen, wenn es aufgrund feststehender Tatsachen zu der Überzeugung gelangt, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig werden würde.<sup>1</sup>

Nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zu einem Rechtsgeschäft durch das sich ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte verpflichtet, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen, die Einwilligung des anderen Ehegatten erforderlich. Wird ein derartiges Rechtsgeschäft ohne Zustimmung des anderen Ehegatten vorgenommen und verweigert dieser die nachträgliche Genehmigung, § 1366 Abs. 1, 4 BGB bzw. die Zustimmung zur Vornahme des Erfüllungsgeschäftes, § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB, so wird das Grundbuch durch die Eigentumsumschreibung unrichtig.

§ 1365 Abs. 1 BGB stellt ein absolutes Veräußerungsverbot<sup>2</sup> dar. Die Vorschrift enthält eine Ausnahme zu dem in § 1364 BGB enthaltenen Grundsatz, dass ein im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebender Ehegatte frei über sein Vermögen verfügen und sich zu solchen Verfügungen verpflichten kann.<sup>3</sup> Normzweck ist zum einen die Wahrung der wirtschaftlichen Grundlage der Ehe. Zum anderen soll der erst mit Rechtskraft des Scheidungsurteils entstehende Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten gesichert werden.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund gehen Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur auch dann von einem zustimmungsbedürftigen Gesamtvermögensgeschäft aus, wenn die Verfügung nur einen einzelnen Vermögensgegenstand betrifft, dieser jedoch das Vermögen des verfügenden Ehegatten weitgehend ausschöpft.<sup>5</sup> Der vermögensausschöpfende Charakter einer Verfügung ist anhand eines Vergleiches des Vermögens vor und nach der Verfügung zu ermitteln. Er ist zu bejahen, wenn bei größeren Vermögen das Restvermögen weniger als 10 % und bei kleineren Vermögen weniger als 15 % beträgt.<sup>6</sup> Die weite Auslegung des § 1365 Abs. 1 BGB soll dem Schutzzweck der Vorschrift Rechnung tragen. Sie belastet aber den Rechtsverkehr, da der gute Glaube des Geschäftspartners des veräußernden Ehegatten an das Nichtvorliegen eines Gesamtvermögensgeschäftes nicht geschützt wird.<sup>7</sup> Das beschriebene Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der grundsätzlichen Verfügungsfreiheit nach § 1364 BGB und der ausnahmsweisen Zustimmungspflichtigkeit nach § 1365 Abs. 1 BGB soll in der Rechtswirklichkeit nicht ins Gegenteil umgekehrt werden. Daher fordert die herrschende Meinung bei einer Verfügung über einen einzelnen Vermögensgegenstand

ein ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal. Der Erwerber muss entweder positiv wissen, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um nahezu das gesamte Vermögen des Veräußerers handelt oder aber zumindest die Verhältnisse kennen, aus denen sich dies ergibt.<sup>8</sup> Diese Auslegung des § 1365 Abs. 1 BGB ist das Ergebnis einer Abwägung zwischen den ehe- und familienrechtlichen Belangen des am Rechtsgeschäft nicht beteiligten Ehegatten einerseits und der Sicherheit des Rechtsverkehrs sowie der Handlungsfreiheit des verfügenden Ehegatten andererseits.<sup>9</sup>

Das Schleswig-Holsteinische OLG beschränkt sich demgegenüber auf die Frage des Vorliegens eines Gesamtvermögensgeschäftes in objektiver Hinsicht, verneint ein solches und gibt der weiteren Beschwerde schon aus diesem Grund statt. Der umfangreiche – für die vorliegende Darstellung – stark gekürzte Sachverhalt, wird in objektiver Hinsicht einer ausführlichen, hier ebenfalls verkürzt wiedergegebenen rechtlichen Würdigung unterzogen, die im Hinblick auf den objektiven Tatbestand des § 1365 Abs. 1 BGB keine Besonderheiten enthält und daher nicht näher beleuchtet werden soll. Auffällig ist vielmehr die völlige Ausblendung der subjektiven Komponente des § 1365 Abs. 1 BGB. Das OLG führt hierzu in den Gründen durch Bezugnahme auf die Kommentierung von *Gernhuber* in der 3. Auflage des Münchener Kommentars<sup>10</sup> aus, dass das Grundbuchamt nach § 18 GBO den Antrag auf Eigentumsumschreibung entweder zurückzuweisen oder eine Zwischenverfügung zu erlassen hat, sofern es Kenntnis von der Notwendigkeit der Zustimmung *in objektiver Hinsicht* oder auch nur begründete Zweifel an der Zustimmungsfreiheit hat, die auf bestimmten konkreten Anhaltspunkten beruhen. An der genannten Kommentarstelle fügt *Gernhuber* noch klarstellend hinzu, dass der Kenntnisstand des Erwerbers insoweit belanglos sei.<sup>11</sup>

In der aktuellen 4. Auflage des Münchener Kommentars verlangt *Koch* dagegen konkrete Anhaltspunkte für die Notwendigkeit der Zustimmung ohne Beschränkung auf die objektive Komponente des § 1365 Abs. 1 BGB.<sup>12</sup> Dieser Ansicht ist mit der herrschenden Meinung zuzustimmen.<sup>13</sup>

Der Auffassung von *Gernhuber* ist zwar insoweit zu folgen, als die Kenntnis des Erwerbers im Zeitpunkt der beantragten Eigentumsumschreibung belanglos ist. Relevant ist die Kenntnis des Erwerbers aber im Zeitpunkt der Beurkundung des Verpflichtungsgeschäftes.<sup>14</sup> Zustimmungspflichtig ist aus

1 *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 20 Rdnr. 38; Anh. zu § 13 Rdnr. 41.

2 *MünchKommBGB/Koch*, 4. Aufl., § 1365 Rdnr. 4.

3 *MünchKommBGB/Koch*, § 1364 Rdnr. 1.

4 BGHZ 132, 218, 221 = MittBayNot 1996, 308; 101, 225, 228 = DNotZ 1988, 174; 77, 293, 296 = MittBayNot 1980, 164; 40, 218, 219; BayObLG, NJW 1975, 833 ff.; *Staudinger/Thiele*, BGB, 13. Aufl., § 1365 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 1, 2; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 64. Aufl., § 1365 Rdnr. 1.

5 BGHZ 35, 135, 143; MittBayNot 1993, 374; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 13; *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 4.

6 BGH, DNotZ 1992, 239; *Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., § 10 IV 1; *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 23.

7 *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 14; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 27.

8 BGHZ 43, 174, 176; 64, 246, 247 = MittBayNot 1975, 184; 77, 293, 295 = MittBayNot 1980, 169; 106, 253, 256 = MittBayNot 1996, 155; 132, 218, 220 = MittBayNot 1996, 303; *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 28; *Staudinger/Thiele*, § 1365 Rdnr. 20.

9 *Henrich*, § 10 IV 1; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 28; *Staudinger/Thiele*, § 1365 Rdnr. 21.

10 § 1365 Rdnr. 65; diese Meinung wird auch vertreten von *Erman/Heckelmann*, BGB, 11. Aufl., § 1365 Rdnr. 11.

11 Wobei dies nur den Prüfungsumfang des Grundbuchamtes betrifft, während *Gernhuber* im Übrigen die subjektive Theorie vertritt.

12 *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 69.

13 BGHZ 64, 246, 250 = MittBayNot 1975, 184; 35, 135, 139 f.; BayObLGZ 1967, 87, 91 f.; 1987, 431, 435; LG Bochum, FamRZ 1991, 942, 943; OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 31, 33 = DNotI-Report 1998, 71; OLG Hamm, MittBayNot 2006, 41 (in diesem Heft); *Staudinger/Thiele*, § 1365 Rdnr. 113 aE; *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 28; *AnwK/Gruber*, BGB, § 1365 Rdnr. 73.

14 BGHZ 43, 174, 176 f.; 106, 253, 256 f.; BayObLGZ 1967, 87, 89; 1987, 431, 434 f.; BayObLG, MittBayNot 2000, 439; *Henrich*, § 10 IV 1; *Palandt/Brudermüller*, § 1365 Rdnr. 10; *MünchKommBGB/Koch*, § 1365 Rdnr. 33; *Staudinger/Thiele*, § 1365 Rdnr. 24; das Grundbuchamt muss daher bei seiner Prüfung insoweit „zurückblicken“.

§ 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB ersichtlich nämlich primär das Verpflichtungsgeschäft. Das Erfüllungsgeschäft ist gemäß § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann zustimmungsbedürftig, wenn auch das Verpflichtungsgeschäft zustimmungsbedürftig war, aber die Zustimmung hierzu nicht eingeholt wurde.<sup>15</sup> Ein objektiv unter § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB fallender notarieller Kaufvertrag ist mithin auch ohne Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam, wenn der Erwerber zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes nicht wusste, dass es sich für seinen Vertragspartner um ein Gesamtvermögensgeschäft handelte. Die Auflassung ist vom Grundbuchamt unberührt von § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB antragsgemäß zu vollziehen.<sup>16</sup>

Anknüpfend an die eingangs dargestellte Prüfungskompetenz nach § 20 GBO kann der Rechtspfleger dementsprechend nur dann zu der Überzeugung kommen, dass das Grundbuch durch die Eigentumsbeschreibung unrichtig wird, wenn sowohl für das Vorliegen des objektiven als auch für das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes des § 1365 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäftes konkrete Anhaltspunkte bestehen. Die begründete Besorgnis, dass das Grundbuch unrichtig wird, besteht nur in dem Maße, in dem die begründete Besorgnis besteht, dass § 1365 Abs. 1 BGB einschlägig ist. Dies wiederum setzt voraus, dass sowohl die objektiven als auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen. Die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes kann nicht über die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB hinausgehen. Es wurde oben ausgeführt, dass sich die materiellrechtlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB bei der Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände als Produkt der Abwägung zwischen den Belangen des durch § 1365 Abs. 1 BGB geschützten, nicht am Rechtsgeschäft beteiligten Ehegatten einerseits und der Sicherheit des Rechtsverkehrs sowie der nach § 1364 BGB den Regelfall darstellenden Verfügungsfreiheit des veräußernden Ehegatten andererseits darstellen. Die Besorgnis, dass das Grundbuch unrichtig wird, darf nicht als weiterer grundstücksspezifischer Belang zu Gunsten des nicht beteiligten Ehegatten in diese Abwägung eingestellt werden und zu einer das subjektive Tatbestandsmerkmal ignorierenden, quasi „überschießenden“ Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes führen. Es handelt sich bei dem Anliegen, das Grundbuch nicht unrichtig werden zu lassen, nur um einen spezifisch immobilienrechtlichen, vollzugstechnischen Annex zum Schutzzweck des § 1365 Abs. 1 BGB, der von dem dargestellten materiellrechtlichen Abwägungsergebnis auszugehen hat. Ansonsten würde man die Erleichterung für den Rechtsverkehr durch das subjektive Tatbestandsmerkmal auf dem Weg über die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes für den Grundstücksverkehr faktisch aushebeln.<sup>17</sup> Daher ist das Grundbuchamt nur dann berechtigt und verpflichtet, durch Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten in der Form des § 29 GBO oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich aus den Eintragungunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Vornahme des notariellen Verpflichtungsgeschäftes sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht vorlagen.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Henrich, § 10 IV 1.

<sup>16</sup> BGH, NJW-RR 1990, 1154 f.

<sup>17</sup> In diese Richtung auch BayObLGZ 1967, 87, 92, wonach die Erleichterung durch die subjektive Theorie dem Immobiliargüterverkehr in gleicher Weise zugute kommen soll, wie dem übrigen Rechtsverkehr.

<sup>18</sup> BayObLG, MittBayNot 2000, 439; BayObLGZ 1967, 87.

Unabhängig davon wäre das subjektive Tatbestandsmerkmal des § 1365 Abs. 1 BGB vorliegend erfüllt gewesen, wenn es sich objektiv um ein Gesamtvermögensgeschäft gehandelt hätte. Maßgeblicher Gesichtspunkt hierfür ist, dass die Erwerberin die Lebensgefährtin des Veräußerers war. Da es sich bei der Kenntnis vom Gesamtvermögenscharakter eines Veräußerungsgeschäftes um eine innere Tatsache handelt, kann deren Vorliegen nur aus äußeren Tatsachen gefolgert werden.<sup>19</sup> Bei nahen Verwandten, die in Kontakt miteinander stehen, legen die Umstände die entsprechende Kenntnis nahe. Anders gewendet spricht in diesem Fall eine Vermutung für die Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse.<sup>20</sup> Gleiches dürfte für die Lebensgefährtin gelten, die mit dem Ehemann zusammenwohnt. In diesem Sinne entscheidet auch das OLG Hamm<sup>21</sup> in einem Beschluss vom 27.1.2004: In dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt veräußerte der Ehemann das streitgegenständliche Grundstück ebenfalls an seine neue Lebensgefährtin, welche bereits verschiedene Vermögensgegenstände von ihm übernommen hatte. Aus dieser Sachlagenlage durfte das Grundbuchamt dem OLG Hamm zufolge die Schlussfolgerung ziehen, dass der Erwerberin die Vermögensverhältnisse des Veräußerers bekannt waren und somit die subjektive Komponente des § 1365 Abs. 1 BGB vorlag.

Vom Ergebnis her betrachtet ist der hier erörterte Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG dennoch nicht zu beanstanden, da § 1365 Abs. 1 BGB schon am objektiven Tatbestand scheiterte. Mithin fehlte es bereits am objektiven Substrat für das subjektive Element des § 1365 Abs. 1 BGB. Da ein Beschluss im Urteilsstil und nicht im Gutachtenstil abgefasst wird, waren Ausführungen zum subjektiven Tatbestand entbehrlich und zwar unabhängig davon, ob dieser bei Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäftes zu bejahen oder zu verneinen gewesen wäre.

Notarassessorin *Brigitte Bauer*, LL. M. EUR., Weilheim

<sup>19</sup> MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 34.

<sup>20</sup> OLG Celle, FamRZ 1987, 942, 944; MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rdnr. 34.

<sup>21</sup> MittBayNot 2006, 41 (in diesem Heft).

4. BGB § 1365; GBO § 20 (*Zustimmungserfordernis bei Verfügung über Grundstücksanteil an Lebensgefährtin*)

**Das Grundbuchamt ist berechtigt und verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt des Antrags auf Eigentumsumschreibung konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bei der Verfügung über einen 3/4-Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück, der verbleibende 1/4-Miteigentumsanteil infolge dinglicher Belastungen praktisch wertlos ist. Auf vertraglich übernommene Gegenleistungen kommt es nicht an. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.1.2004, 15 W 9/03

*Aus den Gründen:*

Der Beteiligte zu 1 ist Alleineigentümer eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind im gesetzlichen Güterstand verheiratet, das

Scheidungsverfahren zwischen ihnen ist seit Juni 2001 rechts-hängig.

Der Beteiligte zu 1 hat mit notariellem Vertrag einen  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem vorbezeichneten Grundstück an seine Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 2, übertragen und auf-gelassen. Der Vertrag sieht als Gegenleistung ein Altenteilrecht bestehend aus einem Wohnrecht und der Verpflichtung des Beteiligten zu 2 zur Hege und Pflege des Beteiligten zu 1 in gesunden und in kranken Tagen vor. Als weitere Gegenleistung ist die Übernahme von  $\frac{3}{4}$  der auf dem Grundstück las-tenden Darlehensverbindlichkeiten vereinbart. Dem Grund-buchamt wurde eine Ausfertigung der Urkunde vorgelegt und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung veranlasst. Weiter wurde als einzutragende Belastung eines jeden Mit-eigentumsanteils der Ausschluss des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft während der Lebzeiten des Beteiligten zu 1 vereinbart.

Am 13.2.2002 hat die Beteiligte zu 3 beim Familiengericht einen dinglichen Arrest gegen den Beteiligten zu 1 zur Sicherung eines von ihr reklamierten Zugewinnausgleichsanspruchs erwirkt. Mit Schriftsatz vom 14.2.2002 hat sie eine Ausfertigung des Arrestbefehls beim Grundbuchamt vorlegen und die Eintragung einer Arresthypothek an dem oben bezeichneten Grundstück beantragen lassen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eigentumsumschreibung von der Vorlage einer Zustimmungserklärung der Beteiligten zu 3 in grundbuchmäßiger Form abhängig gemacht, da der Beteiligte zu 1 mit dem  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil über einen Gegenstand verfüge, der nahezu sein gesamtes Vermögen aus-mache. Gegen die vom Landgericht zurückgewiesene diesbe-zügliche Beschwerde richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2.

II. Die weitere Beschwerde ist zulässig. (...)

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Ent-scheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 78 Satz 1 GBO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutref-fend von einer gem. § 71 Abs. 1 GBO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2 ausgegangen. Die Kammer war mit einer rechtsmittelfähigen Zwischenverfügung des Amts-gerichts befasst. Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO waren gegeben. Es ist allgemein anerkannt, dass das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet ist, durch Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO den Nachweis der Zustimmung des Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt des Antrags auf Eigen-tumsumschreibung konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsver-bots nach § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben sind (vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1998, 31, 33 m. w. N.). Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprü-fung stand.

Die Kammer hat im Ausgangspunkt die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes hinsichtlich einer Zustimmungsbedürftig-keit gemäß § 1365 BGB zutreffend beurteilt. Es geht hier um die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels aufgrund der von den Beteiligten zu 1 und 2 in der notariellen Urkunde vom 17.12.2001 erklärten Auflassung (§ 925 BGB). Die Wirksamkeit der Auflassung ist dem Grundbuchamt nachzu-weisen (§ 20 GBO).

Da die Beteiligten zu 1 und 3 unstreitig im Güterstand der Zu-gewinnsgemeinschaft lebten, ist die dingliche Einigung un-wirksam (§ 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn der Beteiligte zu

1 mit der Auflassung eines  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteils über sei-ner Vermögen im Ganzen verfügt hat. Nach ständiger Recht-sprechung des BGH (vgl. etwa BGH, NJW 1993, 2441 f.) ist letzteres auch dann anzunehmen, wenn die Verfügung nur einen einzelnen Vermögensgegenstand betrifft, dieser das Vermögen jedoch weitgehend ausschöpft. Maßgebend ist dabei ein Vergleich des Vermögens vor und nach der Verfü-gung, wobei – abhängig von der Größe des Vermögens – ein Restvermögen von 10 bis 15% als unerheblich angesehen wird (BGH, NJW 1991, 1739 f.). In Fällen der Verfügung über einen Einzelgegenstand setzt die Anwendung des § 1365 BGB zusätzlich voraus, dass der Verfügungskontrahent weiß, dass es sich bei dem Vermögensgegenstand um das wesentli-che Vermögen des Verfügenden handelt oder er die Umstände kennt, aus denen sich dies ergibt (etwa BGH, NJW 1993, 2441; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 63. Aufl., § 1365 Rdnr. 9; *Kemper* in HK-BGB, 3. Aufl., § 1365 BGB Rdnr. 9).

Nicht ausdrücklich erörtert hat die Kammer in diesem Zu-sammenhang die Frage, ob das Grundbuchamt befugt war, diesen Gesichtspunkt aufzugreifen. Dies ist jedoch unschäd-lich, da eine solche Prüfungsbefugnis, wie bereits ausgeführt, hier zu bejahen war. Die Prüfungspflicht im Rahmen des § 20 GBO erstreckt sich auf alle Aspekte der Wirksamkeit der Auf-lassung, also grundsätzlich auch auf die Notwendigkeit und das Vorliegen einer Einwilligung nach § 1365 BGB. Aller-dings entspricht es nahezu allgemeiner Auffassung, dass die Vorlage einer Zustimmungserklärung des Ehegatten nur ver-langt werden kann, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonstigen des Grundbuchamt bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Voraussetzungen des § 1365 BGB erfüllt sind, also das betroffene Grund-stück das Vermögen des Verfügenden im wesentlichen aus-schöpft und dies dem Verfügungskontrahenten bekannt war (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1998, 31, 33; OLG Zwei-brücken, Rpfleger 1989, 95; BayObLG, Rpfleger 2000, 265; OLG Gelle, NJW-RR 2000, 384).

Nach diesen Grundsätzen waren das Grundbuchamt bzw. das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht befugt, die bean-tragte Eintragung von der Vorlage einer Zustimmungserklä-rung der Beteiligten zu 3 abhängig zu machen. Ein hinrei-chend konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Verfügung über einen  $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil am hier betroffenen Grundstück einer solchen über das Vermögen im Ganzen gleichstand, er-gab sich für das Grundbuchamt aus der Tatsache der Arrest-vollstreckung und dem Inhalt des Arrestbefehls. Wenn das zu-ständige Prozessgericht, hier also das Familiengericht, es für hinreichend glaubhaft gemacht hält, dass der Verfügende bereits erhebliche Vermögenswerte übertragen hat, ist es bei der Übereignung eines mit einem Mehrfamilienhauses bebauten Grundstücks bzw. eines erheblichen Miteigentumsanteils an diesem durchaus nahe liegend, von dem Vorliegen der Voraus-setzungen des § 1365 BGB auszugehen.

Hinsichtlich der maßgeblichen Wertverhältnisse ist das Land-gericht jedenfalls im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der dem Beteiligten zu 1 verbleibende  $\frac{1}{4}$ -Miteigentums-anteil kein erhebliches Vermögen mehr darstellt. Dabei kann es letztlich dahinstehen, in welchem Umfang die dinglichen Belastungen von dem Verkehrswert des Gesamtgrundstücks abzusetzen sind. Selbst wenn man, entsprechend dem Vortrag der weiteren Beschwerde von einem Verkehrswert von 650.000 DM ausgeht, läge der rein rechnerische Anteil von einem Viertel deutlich unterhalb des unstreitigen Valuten-standes der an dem Miteigentumsanteil entstehenden Gesamt-grundschuld. Berücksichtigt man weiter, dass als dingliche Belastung des Miteigentumsanteils der bedingte Ausschluss

des Anspruchs auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft eingetragen werden soll, so liegt es auf der Hand, dass es praktisch kaum möglich sein wird, für ein derart belastetes und gebundenes Recht auf dem Immobilienmarkt einen Käufer zu finden. Der dem Beteiligten zu 1 verbleibende Miteigentumsanteil ist damit praktisch wertlos.

Zu Recht ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass es für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB nicht auf die von der Beteiligten zu 2 vertraglich übernommenen Gegenleistungen ankommt. Diese Sichtweise entspricht der ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. etwa BGH, NJW 1993, 2441; *Kemper*, a. a. O., § 1365 Rdnr. 7).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob der Beteiligte zu 1 entgegen seinem Vorbringen in dem Zugewinnausgleichsverfahren weiteres Vermögen in nennenswertem Umfang hat. Der aus der Abtretung der Lebensversicherung resultierende bedingte Rückabtretungsanspruch kann rechnerisch allenfalls so berücksichtigt werden, dass bei der Bewertung des Grundstücks und des verbleibenden Miteigentumsanteils die Valutenstände der Belastungen um den Rückkaufswert reduziert werden, da die Abtretungen dieselben Verbindlichkeiten sichert, wie die Grundpfandrechte. Auch dann übersteigen die Valutenstände jedoch noch den rechnerischen Anteil von  $\frac{1}{4}$  an dem Wert des Gesamtgrundstücks. Das Vorhandensein weiteren Vermögens hat der Beteiligte zu 1 weder gegenüber dem Grundbuchamt noch gegenüber der Kammer geltend gemacht.

Zu Recht ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beteiligten zu 2 die Vermögensverhältnisse des Beteiligten zu 1 und damit der Umstand, dass  $\frac{3}{4}$  des Grundeigentums sein Vermögen im wesentlichen ausschöpften, bekannt waren. Die Kammer hat insoweit auf den unstreitigen Umstand abgestellt, dass die Beteiligte zu 2 die Lebensgefährtin des Beteiligten zu 1 ist und bereits verschiedene Vermögensgegenstände von ihm übernommen hatte. Die hieraus gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich des Kenntnisstandes der Beteiligten zu 2 liegen auf tatrichterlichem Gebiet und sind im Wege der Rechtsbeschwerde nur eingeschränkt überprüfbar. Relevante Fehler des landgerichtlichen Verfahrens sind insoweit nicht ersichtlich und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht geltend gemacht.

##### 5. BGB § 1018 (*Zulässigkeit einer Wärmebezugsdienstbarkeit*)

**Eine Grunddienstbarkeit ist nicht schon deswegen inhaltlich unzulässig, weil die Einhaltung der in ihr festgeschriebenen Unterlassungsverpflichtung den Eigentümer wirtschaftlich zu einem bestimmten Tun (Wärmebezug von einem Unternehmen) zwingt.**

OLG München, Beschluss vom 25.1.2005, 32 Wx 003/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Der Beteiligte ist Eigentümer eines Grundstücks. In Abteilung II des Grundbuchs ist unter lfd. Nr. 2 Folgendes eingetragen:

„Grunddienstbarkeit (Unterlassen des Errichtens, Betriebens, Bereitstellens und Beziehens von Wärme zur Raumheizung und Brauchwarmwasser sowie Heizanlagenbetriebsrecht) für den jeweiligen Eigentümer von BV Nr. 1 in Band ..., Blatt ...; gemäß Bewilligung vom 29.5.1992 und 5.6.1996 (UR ...); eingetragen am ...“

Die im Grundbuch bezeichnete Bewilligung lautet wie folgt:

„Der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks hat es zu unterlassen:

- a) auf dem dienenden Grundstück Anlagen zu errichten oder zu betreiben oder errichten und betreiben zu lassen, die der Erzeugung von Wärme zur Raumheizung und von Wärme zur Bereitung von Brauchwarmwasser dienen;
- b) auf dem dienenden Grundstück von Dritten Wärme oder Brauchwarmwasser zu beziehen oder beziehen zu lassen.“

Mit Schriftsatz vom 15.3.2004 legte der Beschwerdeführer beim Amtsgericht eine „Grundbuchbeschwerde“ ein und beantragte, die bezeichnete Grunddienstbarkeit zu löschen. Dieser Antrag wurde vom Grundbuchamt zurückgewiesen. Eine gegen die Zurückweisung eingelegte sofortige Beschwerde wies das Landgericht zurück. Gegen den Beschluss des Landgerichts wandte sich die weitere Beschwerde des Beteiligten, mit welcher er sein Lösungsbegehren weiterverfolgte. Das zulässige Rechtsmittel erwies sich als nicht begründet.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Beschwerde sei zulässig, jedoch unbegründet, weil eine Löschung im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht vorzunehmen sei; die Eintragung im Grundbuch sei nämlich inhaltlich zulässig. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses Bezug genommen.

2. Die sorgfältig und ausführlich begründete Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand:

a) Gemäß § 108 BGB kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit unter anderem sein, dass der Eigentümer des Grundstücks bestimmte Handlungen nicht vornehmen darf. Unstreitig ist es in der Rechtsprechung, dass eine positive Leistungspflicht nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann (vgl. hierzu BGH, WM 1984, 820, 821 = MittBayNot 1984, 126; WM 1985, 808, 809; 1985, 1003, 1004). Dies wird überwiegend aus dem Wortlaut und dem Kontext der Norm gefolgert (vgl. *Walter*, NJW 1988, 377, 387).

Daneben besteht Einigkeit darüber, dass die Dienstbarkeit keine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit des Eigentümers des belasteten Grundstücks enthalten darf. Es darf durch die Grunddienstbarkeit nur eine Unterlassungspflicht im Hinblick auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks normiert werden (vgl. BGHZ 29, 244, 248 = DNotZ 1959, 191).

b) Beide Gründe für die Unzulässigkeit einer Dienstbarkeit liegen nicht vor: Gestaltungen wie die in der eingetragenen Grunddienstbarkeit vorgenommene können zwar als lediglich formelle Unterlassungsdienstbarkeiten bezeichnet werden, da sie materiell im Ergebnis die gleiche Wirkung äußern wie eine positive Verpflichtung zur Vornahme der nach dem Umfang des Verbots allein noch erlaubten Handlung. Aus diesem Grund hat das Bayerische Oberste Landesgericht auch in früheren Entscheidungen (BayObLGZ 1976, 218; MittBayNot 1978, 213; 1982, 242) derartige Grunddienstbarkeiten regelmäßig für unzulässig gehalten. Das OLG Düsseldorf (MDR 1979, 758) hatte damals schon eine entgegengesetzte Auffassung vertreten.

Zu Recht hebt der BGH (MittBayNot 1984, 126) aber hervor, dass eine derartige Differenzierung zwischen einer materiellen und einer lediglich formellen Unterlassungsdienstbarkeit dem Gesetz fremd ist. Eine unmittelbare Rechtspflicht zur Unterlassung ist qualitativ etwas ganz anderes als ein faktischer Zwang zu einem positiven Tun, der sich erst aufgrund der tatsächlichen Besonderheiten des dienenden Grundstücks mittelbar ergibt, etwa weil der Eigentümer eines Gaststätten-

grundstücks, das mit einem Verbot zum Ausschank von Bier belastet ist, aus wirtschaftlichen Gründen zum Bezug solcher Getränke bei der dienstbarkeitsberechtigten Brauerei gezwungen ist (*Staudinger/Mayer*, Kommentar zum BGB, 76. Überarbeitung 2002, § 1118 Rdnr. 83). Unter diesen Umständen hat der BGH gerade die mittelbare dingliche Absicherung von Fernwärmebezugspflichten durch eine Grunddienstbarkeit für zulässig gehalten und auch auf deren wirtschaftliche Bedeutung zur dinglichen Absicherung von Investitionen hingewiesen (BGH, a. a. O.).

In gleicher Weise wurde ein Ferienparkbetriebsrecht, wonach eine Eigentumswohnung nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden darf und wonach allein dem Berechtigten die Verwaltung und Vermietung der Wohnung, die Wärmeversorgung, der Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Telefonanlage obliegt, als zulässiger Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit angesehen (BGH, NJW-RR 2003, 733, 735 = DNotZ 2003, 533).

c) Die eingetragene Grunddienstbarkeit enthält auch keine unzulässige Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit des Beteiligten, weil dieser nicht in seinen Eigentümerrechten am Grundstück selbst, sondern lediglich in seiner rechtsgeschäftlichen Freiheit durch die Dienstbarkeit beschränkt wird. Es ist zwar dem Beschwerdeführer zuzugeben, dass angesichts der tatsächlichen Verhältnisse in Deutschland die Nutzung eines Grundstücks ohne Wärmebereitung in sehr hohem Maße eingeschränkt ist. Aus diesem Grund läuft wohl auch die in der Dienstbarkeit normierte Verpflichtung im Ergebnis darauf hinaus, dass der Eigentümer in seinen rechtlichen Möglichkeiten eingeengt ist. Dies genügt aber nicht zur inhaltlichen Unzulässigkeit einer solchen Grunddienstbarkeit, weil jede Unterlassungsverpflichtung den Handlungsspielraum des Verpflichteten mehr oder weniger einschränkt. Der entscheidende Gesichtspunkt ist vielmehr die Unmöglichkeit einer sachgerechten Abgrenzung zwischen der noch ausreichenden Entscheidungsmöglichkeit und der Situation, in welcher der Eigentümer zwangsläufig in eine bestimmte Richtung gedrängt wird.

d) Schließlich verstößt die eingetragene Dienstbarkeit nicht gegen die guten Sitten, weil sie lediglich die Sicherung schuldrechtlicher Beziehungen über die damaligen subjektiven Vertragsgrenzen hinaus bezweckte. Ihre Bestellung war aus diesem Grund weder eine Gesetzesumgehung noch ein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB.

e) Der Senat folgt daher nicht den zitierten Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts. Eine Vorlageverpflichtung nach § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO resultiert hieraus nicht: Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob das Gesetz zur Auflösung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 25.10.2004 (GVBl, S. 400) auch dahingehend auszulegen ist, dass das Oberlandesgericht München im zivilrechtlichen Zuständigkeitsbereich des Bayerischen Obersten Landesgerichts dessen Rechtsnachfolger ist. Jedenfalls folgt der Senat mit seiner Entscheidung aber einer solchen des BGH im Urteil vom 2.3.1984 (WM 1984, 820 = MittBayNot 1984, 126), so dass keine Verpflichtung zur Vorlage an den BGH besteht (vgl. hierzu *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 79 Rdnr. 14 Fn. 40). Dass der BGH im Urteil vom 2.3.1984 nicht in einer Grundbuchsache entschieden hat, ist dabei unschädlich. Es kommt lediglich darauf an, dass die Auslegung einer das Grundbuchrecht berührenden Vorschrift Gegenstand des Urteils war (vgl. hierzu *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, § 79 GBO Rdnr. 18 Fn. 53 m. w. N.).

6. BGB §§ 138, 242, 313, 1408, 1410, 1585 c (*Wirksamkeitskontrolle des Ehevertrags bei Schwangerschaft, mögliche Begrenzungen des Betreuungsunterhalts*)

1. **Zur Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen bei Schwangerschaft.**
2. **Zur Ausübungskontrolle von Eheverträgen in Fällen, in denen sich die wirtschaftlichen Verhältnisse eines Ehegatten in der Ehe wesentlich ändern.**

BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 296/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragsgegnerin, die durch notariell beurkundeten Ehevertrag teilweise auf Scheidungsfolgen verzichtet hatte, nimmt den Antragsteller auf Auskunft hinsichtlich seiner Einkünfte und seines Endvermögens in Anspruch.

Der 1953 geborene Antragsteller und die 1959 geborene Antragsgegnerin schlossen am 16.3.1990 miteinander die Ehe, aus welcher der am 19.4.1990 geborene Sohn hervorging. Am 14.3.1990 schlossen die Parteien einen notariellen Ehevertrag, in dem sie Gütertrennung vereinbarten sowie grundsätzlich auf Versorgungsausgleich und nachehelichen Unterhalt verzichteten. Der Antragsteller verpflichtete sich jedoch, für die Antragsgegnerin vom Tage der Heirat an monatliche Rentenversicherungsbeiträge zu zahlen, deren Höhe mindestens  $\frac{2}{3}$  des Beitrags betragen sollte, der nach dem höchsten Rentenbemessungsbetrag bezahlt werden müsse. Diese Verpflichtung sollte – und zwar unabhängig von der Höhe des jeweiligen, vom Einkommen der Ehefrau bestimmten Rentenversicherungsbeitrags – für den Zeitraum entfallen, in dem die Ehefrau durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder aus sonstigen Gründen kraft Gesetzes rentenversicherungspflichtig würde, jedoch bei ihrem Ausscheiden wieder auflieben. Im Übrigen sollte die Verpflichtung mit Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages eines Ehegatten enden. Im Falle des Verzugs mit drei Beiträgen sollte die Ehefrau berechtigt sein, vom Ausschluss des Versorgungsausgleichs zurückzutreten.

Hinsichtlich des Unterhalts vereinbarten die Parteien im Einzelnen:

„Wir verzichten weiter für den Fall der Scheidung unserer Ehe gegenseitig auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts auch für den Fall des Notbedarfs und der veränderten Umstände. Jeder von uns nimmt den Verzicht des anderen hiermit an.

Dieser Unterhaltsverzicht ist auflösend bedingt für den Fall, dass aus unserer Ehe ein oder mehrere gemeinsame Kinder hervorgehen. Dabei gehen wir davon aus, dass in diesem Fall einer von uns einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit nicht mehr oder nicht mehr in der bisherigen Weise nachgehen kann.

Für diesen Fall soll der zu gewährende Unterhalt wie folgt geregelt werden:

Der unterhaltsberechtigte Ehegatte, dem die elterliche Sorge für unsere ehelichen Abkömmlinge bzw. einen Abkömmling übertragen ist und der diese elterliche Sorge auch ausübt, erhält von dem unterhaltspflichtigen Ehegatten einen monatlichen Unterhalt von 2.000 DM, bis das jüngste gemeinsame Kind das sechste Lebensjahr vollendet hat.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Unterhaltsberechtigte wegen der Erziehung und Betreuung des oder der Kinder nicht in der Lage ist, für seinen Unterhalt zu sorgen.

Für den Zeitraum von der Vollendung des sechsten bis zur Vollendung des vierzehnten Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes erhält der unterhaltsberechtigte Ehegatte, falls er bis dahin immer noch die Erziehung und Betreuung übernommen hat, einen monatlichen Unterhalt in Höhe von 1.000 DM.

Nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes entfällt jeglicher Unterhaltsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten. Allerdings erhält er unabhängig von dem Alter des oder der Kinder, auch für den Fall, dass das jüngste gemeinsame Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, begrenzt auf den Zeitraum von zwei Jahren nach Rechtskraft der Scheidung einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 2.000 DM.

Im Übrigen endet der Unterhaltsanspruch des Unterhaltsberechtigten einmal im Fall der Wiederverheiratung, aber auch für den

Fall, wenn der Unterhaltsberechtigte eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit einem neuen Partner eingeht.

Der an den oder die gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu zahlende Unterhalt wird von dieser Vereinbarung nicht betroffen. Er errechnet sich für den Fall der Scheidung nach den dann geltenden gesetzlichen Bestimmungen.“

Das Amtsgericht hat die Ehe der Parteien geschieden und ausgesprochen, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Im Übrigen hat es der Antragsgegnerin Unterhalt in Höhe von monatlich 2.000 DM für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Scheidung und in Höhe von monatlich 1.000 DM für die Zeit danach bis zum 30.4.2004 zugesprochen. Das darüber hinausgehende Begehren der Antragsgegnerin auf Unterhalt und auf Zugewinnausgleich hat das Amtsgericht insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Antragsgegnerin ihr Begehren auf Durchführung des Versorgungsausgleichs und, im Wege der Stufenklage, auf Auskunft hinsichtlich der Einkünfte und des Endvermögens des Antragstellers weiter.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat, im Hinblick auf die nach Erlass der angefochtenen Entscheidung geänderte Rechtsprechung des Senats zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen (FamRZ 2004, 601 = MittBayNot 2004, 270), Erfolg. Es führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht. (...)

## II.

Die Ausführungen des OLG halten rechtlicher Überprüfung nur teilweise stand.

A. Der Senat hat in der angeführten Grundsatzentscheidung vom 11.2.2004 dargelegt, dass sich nicht allgemein und für alle denkbaren Fälle abschließend beantworten lässt, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung, durch welche Ehegatten ihre unterhaltsrechtlichen Verhältnisse oder ihre Vermögensangelegenheiten für den Scheidungsfall abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regeln, unwirksam (§ 138 BGB) oder die Berufung auf alle oder einzelne vertragliche Regelungen unzulässig ist (§ 242 BGB). Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich unterliegen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht. Die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Zu diesem Kernbereich gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Im Übrigen wird man eine Rang-

abstufung vornehmen können, die sich vor allem danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben. So ist die Absicherung des laufenden Unterhaltsbedarfs für den Berechtigten in der Regel wichtiger als etwa der Zugewinn- oder der spätere Versorgungsausgleich. Innerhalb der Unterhaltstatbestände wird – nach dem Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) – dem Krankheitsunterhalt (§ 1572 BGB) und dem Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB) Vorrang zukommen. Die Unterhaltspflicht wegen Erwerbslosigkeit erscheint demgegenüber nachrangig. Ihr folgen Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 2 1. Variante, Abs. 3 BGB), die allerdings – je nach Fallgestaltung – als Bestandteile des Lebensbedarfs gleichen Rang mit dem jeweiligen Unterhaltsanspruch, z. B. aus § 1570 BGB, haben, wenn damit ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden sollen (vgl. BGH, DNotZ 2005, 857). Am ehesten verzichtbar erscheinen Ansprüche auf Aufstockungs- und Ausbildungsunterhalt (§§ 1573 Abs. 2, 1575 BGB). Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt rangiert der Versorgungsausgleich, der einerseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu werten, andererseits aber auch dem Zugewinnausgleich verwandt ist. Der Zugewinnausgleich schließlich erweist sich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich.

Ob aufgrund einer vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, hat der Tatrichter zu prüfen. Er hat dabei zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird.

Soweit ein Vertrag danach Bestand hat, erfolgt sodann eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB. Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Ver-

trauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht. Hält die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge der richterlichen Rechtsausübungskontrolle nicht stand, so führt dies im Rahmen des § 242 BGB noch nicht zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt (vgl. BGH, MittBayNot 2004, 270 ff. m. w. N.).

Die genannte Entscheidung des Senats ist in der Literatur unterschiedlich kommentiert worden (zustimmend etwa: *Osterloh*, jurisPR-BGHZivilR 12/2004; *Strohal*, jurisPR-FamR 3/2004; *Brandt*, MittBayNot 2004, 278, 281 f.; *Bergschneider*, FamRZ 2004, 1757 ff.; *Langenfeld*, ZEV 2004, 311, 313; *Wachter*, ZFE 2004, 132, 143; *Kornexl*, FamRZ 2004, 1609, 1610; *Münch*, ZNotP 2004, 122, 131; [kritisch aber zur Frage der Schutzwirkung notarieller Beurkundung im Rahmen der Gesamtabwägung, *ders.*, DNotZ 2004, 901 ff.; dazu auch *Brambring*, FGPrax 2004, 175 ff.]; *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 ff.; *Gageik*, RNotZ 2004, 295 ff.; *Koch*, NotBZ 2004, 147. Ablehnend bzw. kritisch dagegen *Dauner-Lieb*, JZ 2004, 1027 ff.; *dies.*, FF 2004, 65 ff.; *Klam*, INF 2004, 315, 317 f.; *Grziwotz*, FamRB 2004, 105, 106 f., 199 ff. und 239 ff.; *ders.*, BGHReport 2004, 519 ff.; *Bredthauer*, NJW 2004, 3072, 3076; *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273 ff.; *Breil*, Streit 2004, 80, 81; *Sanders*, FF 2004, 249, 250; *Sarres*, FF 2004, 251; *Mayer*, FPR 2004, 363, 368 ff. Offen *Borth*, FamRZ 2004, 609 ff.; *Finger*, LMK 2004, 108 ff.). Diese Angriffe geben jedoch dem Senat keinen Anlass, von seiner Rechtsprechung abzugehen. Zu ihnen ist vielmehr Folgendes zu bemerken:

1. Das Senatsurteil vom 11.2.2004 wird verkannt, soweit aus ihm entnommen wird, der Senat erwäge bei Eheverträgen entgegen § 139 BGB generell nur eine Teilnichtigkeit oder eine geltungserhaltende Reduktion. Ergibt die Wirksamkeitskontrolle, dass einzelne Klauseln eines Ehevertrages schon im Zeitpunkt seines Zustandekommens nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, so ist nach § 139 BGB in der Regel der gesamte Ehevertrag nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne die nichtigen Klauseln geschlossen sein würde, was sich insbesondere aus anderweitigen Parteivereinbarungen, z. B. salvatorischen Klauseln, ergeben kann.

2. Aus den gesetzlichen Regelungen über nahehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich lässt sich kein unverzichtbarer Mindeststandard an Scheidungsfolgen herauslesen (vgl. §§ 1585 c, 1408 Abs. 2, 1587 o, 1408 Abs. 1, 1414 BGB). Diese Regelungen legen als gesetzliches Leitbild einer Ehe zugrunde, in der nur ein Ehegatte ein Erwerbseinkommen erzielt, während der andere unter Aufgabe eigener Erwerbstätigkeit die Familienarbeit übernimmt. Indessen können sich wegen der weitgehenden Autonomie der Ehegatten, ihr Verhältnis einvernehmlich zu gestalten, hiervon Abweichungen in mehrfacher Hinsicht ergeben. Die Ehegatten können, auch wenn die Ehe dem gesetzlichen Leitbild entspricht, den wirtschaftlichen Wert von Erwerbseinkünften und Familienarbeit unterschiedlich gewichten. Sie können aber auch die Ehe, abweichend vom gesetzlichen Leitbild, so ausgestalten, dass sich von vornherein für keinen von ihnen berufliche Nachteile ergeben, etwa in einer Doppelverdiener-ehe, in der die Kinder durch Dritte betreut werden. Korres-

pondierend zur Autonomie der Ehegatten bei der Ausgestaltung ihrer Lebensverhältnisse unterliegen die Scheidungsfolgen daher grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Andererseits liegt dem gesetzlichen Scheidungsfolgensystem der Gedanke zugrunde, dass ehebedingte Nachteile, die ein Ehegatte um der Ehe oder der Kindererziehung willen in seinem eigenen beruflichen Fortkommen und dem Aufbau einer entsprechenden Altersversorgung oder eines entsprechenden Vermögens auf sich genommen hat, nach der Scheidung ausgeglichen werden sollen, wobei Erwerbstätigkeit und Familienarbeit – wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben – grundsätzlich als gleichwertig behandelt werden. Ob eine ehevertragliche Scheidungsfolgenregelung mit diesem Grundgedanken vereinbar ist, ist, wie dargelegt, in jedem Einzelfall nach den Grundlagen der Vereinbarung und den Vorstellungen der Ehegatten bei ihrem Abschluss sowie der verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens konkret zu prüfen.

3. Hinsichtlich der subjektiven Unterlegenheit im Rahmen des § 138 BGB geht der Senat davon aus, dass eine Schwangerschaft der Frau bei Abschluss des Ehevertrages für sich allein zwar noch keine Sittenwidrigkeit des Ehevertrages zu begründen vermag. Sie indiziert aber eine ungleiche Verhandlungsposition und damit eine Disparität bei Vertragsabschluss.

B. Der Senat teilt im vorliegenden Fall im Ergebnis die Wertung des Berufungsgerichts, dass der von den Parteien geschlossene Ehevertrag nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Unter Berücksichtigung der vom Senat im Urteil vom 11.2.2004 (a. a. O.) entwickelten und oben dargelegten Beurteilungskriterien ergibt sich im Einzelnen:

a) Das Oberlandesgericht ist davon ausgegangen, dass die Schwangerschaft der Ehefrau bei Abschluss der Vereinbarung für sich allein nicht ausreicht, die Nichtigkeit der Vereinbarung zu begründen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat dazu unbestritten vorgetragen, dass sie aufgrund der Schwangerschaft Wert darauf gelegt habe, dass das erwartete Kind ehelich geboren werde. Der Antragsteller habe sich jedoch geweigert, sie ohne Ehevertrag zu heiraten. Die Eheschließung habe sich dadurch mehrfach verzögert. Nur unter Zurückstellung erheblicher Bedenken habe sie den notariellen Vertrag schließlich zwei Tage vor der Eheschließung unterzeichnet. Dieser Geschehensablauf vermag zwar allein eine Sittenwidrigkeit der Vereinbarung nicht zu begründen, bildet aber ein Indiz für eine ungleiche Verhandlungsposition der Antragstellerin. Der Vertrag ist daher einer verstärkten richterlichen Kontrolle zu unterziehen, wobei in einer Gesamtschau alle maßgeblichen Faktoren zu berücksichtigen sein werden.

b) Zutreffend hat das Oberlandesgericht den Ehevertrag nicht schon deshalb für sittenwidrig erachtet, weil die Ehegatten den Betreuungsunterhalt abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt haben.

Zwar gehört der Betreuungsunterhalt zum Kernbereich der Scheidungsfolgen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die von den Ehegatten insoweit getroffene eigenständige Regelung die Antragsgegnerin – gemessen an den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – in sittenwidriger Weise benachteiligt. In zeitlicher Hinsicht ist eine solche Benachteiligung der Antragsgegnerin zwar nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil das Gesetz für den Unterhaltsanspruch der mit dem Vater nicht verheirateten Mutter einen ungleich engeren Zeitrahmen vorgibt. Andererseits ist die Regelung der Parteien nicht schon deshalb als sittenwidrig zu missbilligen, weil die Parteien die Betreuungsbedürftigkeit ihres erwarteten

Kindes an niedrigere Altersgrenzen gebunden haben, als sie von der bisherigen Rechtsprechung für angemessen erachtet worden sind.

Die Parteien haben in ihrem Ehevertrag allerdings auch die Höhe des Betreuungsunterhalts abweichend von den gesetzlichen Vorgaben geregelt und auf einen Betrag von zunächst 2.000 DM, für die Zeit ab Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes auf 1.000 DM, festgeschrieben. Eine solche Fixierung der Unterhaltshöhe ist zwar nicht schon deshalb unproblematisch, weil der vorgesehene Unterhaltsbetrag den Betrag, der von der Rechtsprechung als Existenzminimum angesehen wird, übersteigt. Sie rechtfertigt das Verdikt der Sittenwidrigkeit aber nicht schon dann, wenn der eheangemessene Unterhalt (§ 1578 BGB) – nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden oder vorhersehbaren Einkommensverhältnissen – nicht erreicht ist, sondern allenfalls dann, wenn die vertraglich vorgesehene Unterhaltshöhe nicht annähernd geeignet ist, die ehebedingten Nachteile der Antragsgegnerin auszugleichen. Das ist hier weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Auf einen Vergleich mit den (hier: späteren) ehelichen Lebensverhältnissen kommt es, wie dargelegt, nicht an, weil es insoweit nur um den Ausgleich ehebedingter Nachteile gehen kann.

c) Dem Unterhalt wegen Alters oder Krankheit (§§ 1571, 1572 BGB), den die Parteien hier ebenfalls ausgeschlossen haben, misst das Gesetz zwar als Ausdruck nahehelicher Solidarität besondere Bedeutung bei. Das schließt, wie der Senat ausgeführt hat, eine vertragliche Disposition über diese Unterhaltsansprüche jedoch nicht schlechthin aus. Auch im vorliegenden Fall bestehen gegen den Ausschluss dieser Unterhaltsansprüche – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB – keine Bedenken.

Das ergibt sich bereits daraus, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Parteien noch nicht absehbar war, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten die Antragsgegnerin wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte. Dies gilt umso mehr, als die Antragsgegnerin jedenfalls für die Zeit der Kindesbetreuung durch den vereinbarten Betreuungsunterhalt jedenfalls aus damaliger Sicht auch gegen das Risiko der Krankheit – und zwar unabhängig von der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Antragstellers – abgesichert war. Eine entsprechende Absicherung bestand für die Risiken von Alter und Krankheit jedenfalls für eine Übergangszeit von zwei Jahren nach der Scheidung, für die sich der Antragsteller – und zwar ebenfalls unabhängig von seiner unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit – zur Unterhaltszahlung verpflichtet hatte.

Hinsichtlich des Altersunterhalts ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass sich der Antragsteller im Ehevertrag verpflichtet hatte, in der Ehe für die Antragsgegnerin im vereinbarten Umfang Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen. Insoweit war – jedenfalls nach den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden oder doch vorhersehbaren Verhältnissen – für die Alterssicherung der Antragsgegnerin jedenfalls bei längerer Ehedauer Sorge getragen.

d) Auch gegen den Ausschluss des Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit sind unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB Bedenken nicht zu erheben. Dieser Unterhaltstatbestand erscheint, wie der Senat ausgeführt hat, nachrangig, weil das Gesetz das Arbeitsplatzrisiko ohnehin auf den Berechtigten verlagert, sobald dieser einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz gefunden hat (§ 1573 Abs. 4, vgl. auch § 1573 Abs. 5 BGB). Zudem haben die Parteien durch die Verpflichtung des Antragstellers, an die Antragsgegnerin nach einer Scheidung

– und zwar unabhängig von der Betreuungsbedürftigkeit des Kindes – für eine Übergangszeit von zwei Jahren Unterhalt zu zahlen, auch für den Fall einer nahehelichen Erwerbslosigkeit der Antragsgegnerin Vorkehrungen getroffen. Dass die Parteien schon nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den Scheidungsfall mit einer längerfristigen Erwerbslosigkeit der Antragsgegnerin rechnen mussten, weil diese sich in der Ehe der Kindesbetreuung widmen und ihre Berufstätigkeit deshalb nicht oder zeitweise nicht fortführen würde, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

e) Der von den Parteien vereinbarte Verzicht auf Aufstockungsunterhalt und auf Billigkeitsunterhalt (§ 1573 Abs. 2, § 1576 BGB) rechtfertigt, wie der Senat dargelegt hat, schon nach der Bedeutung dieser Unterhaltstatbestände im System des Scheidungsfolgenrechts das Verdikt der Sittenwidrigkeit regelmäßig nicht.

f) Für die Vereinbarung des Wahlgüterstands der Gütertrennung gilt nichts anderes.

g) Auch der Ausschluss des Versorgungsausgleichs führt nicht zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrags. Als gleichberechtigte Teilhabe beider Ehegatten am beiderseits erworbenen Versorgungsvermögen ist der Versorgungsausgleich einerseits dem Zugewinnausgleich verwandt und wie dieser ehevertraglicher Disposition grundsätzlich zugänglich (§ 1408 Abs. 2, § 1587o BGB). Er ist jedoch andererseits als vorweggenommener Altersunterhalt zu verstehen; von daher steht er einer vertraglichen Abbedingung nicht schrankenlos offen. Im vorliegenden Fall haben die Parteien den Versorgungsausgleich indessen nicht schlechthin abbedungen, sondern durch eine Verpflichtung des Antragstellers, für die Antragsgegnerin während der Ehe Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung zu leisten, ersetzt. Es ist nicht festgestellt, dass diese Regelung die Antragstellerin – nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und im Hinblick auf die freiberufliche Tätigkeit des Antragstellers, auf die das Oberlandesgericht zu Recht hinweist – benachteiligt.

1. Auch bei einer abschließenden Gesamtschau aller vorstehenden Gesichtspunkte kommt eine Sittenwidrigkeit nicht in Betracht.

2. Zur Ausübungskontrolle nach § 242 BGB hat der Senat in seinem nach Erlass der angefochtenen Entscheidung ergangenen Urteil vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270, 275) ausgeführt, dass hierfür nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich sind. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist.

Das Oberlandesgericht, dem das Senatsurteil vom 11.2.2004 noch nicht bekannt sein konnte, hat auf der Grundlage der Rechtsprechung des Senats (vgl. dazu MittBayNot 2004, 270, 271 f. m. w. N.) zutreffend keine Feststellungen dazu getroffen, ob es dem Antragsteller vorliegend nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt sein könnte, sich auf den Verzicht der Antragsgegnerin zu berufen. Denn Anhaltspunkte dafür, dass überwiegende schutzwürdige Interessen gemeinschaftlicher Kinder der Geltendmachung des Verzichts entgegenstünden, was nach der früheren Rechtsprechung für die Anwendung des § 242 BGB erforderlich war, waren weder vorgetragen noch ersichtlich.

a) Dass die Antragsgegnerin durch die notarielle Vereinbarung der Parteien ehebedingte Nachteile hinsichtlich des Unterhalts, des Zugewinns oder des Versorgungsausgleichs erlitten hätte, ist bisher weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Übrigen könnte die begehrte Auskunft insoweit auch einen eventuellen Vortrag der Antragsgegnerin unter keinem Gesichtspunkt beeinflussen.

b) Indessen finden auf Eheverträge, soweit die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung, die die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben, abweicht, auch die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (jetzt: § 313 BGB) Anwendung. Dabei kann allerdings ein Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht schon deswegen angenommen werden, weil ein Vertragspartner ein erheblich höheres Einkommen als der andere erzielt. Dies gilt umso weniger, als Eheverträge, die gesetzliche Scheidungsfolgen abbedingen, üblicherweise gerade im Hinblick auf solche bestehenden oder sich künftig ergebenden Unterschiede in den wirtschaftlichen Verhältnissen geschlossen werden. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daher allenfalls in Betracht, wenn die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausnahmsweise eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben. Ob die Parteien ihrem Vertragsabschluss solche Erwägungen zugrunde gelegt haben, ist bisher nicht festgestellt.

3. Soweit die Parteien vertraglich auch den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben, könnte der Vertrag schon deshalb keinen Bestand haben, wenn der Antragsteller seiner Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zur Rentenversicherung der Antragsgegnerin nicht nachgekommen ist, die den Ausschluss des Versorgungsausgleichs kompensierende Regelung des Ehevertrags also nicht erfüllt hat. Dies hat die Antragsgegnerin – vom Antragsteller unwidersprochen – geltend gemacht. Das angefochtene Urteil nimmt auf diesen Parteilvortrag, wenn auch nur pauschal, Bezug. Der Tatrichter wird deshalb zu prüfen haben, ob die Antragsgegnerin von dem ihr eingeräumten Recht, bei Verzug des Antragstellers mit mehreren Beitragszahlungen von dem vereinbarten Ausschluss des Versorgungsausgleichs zurückzutreten, wirksam Gebrauch gemacht hat.

#### Anmerkung:

1. Ein Sachverhalt, der dem Praktiker bekannt vorkommen dürfte: Ein Paar erwartet ein Kind. Der künftige Ehemann ist selbständig, beide nicht mehr blutjung, verfügen also über eine gewisse Berufs- und Lebenserfahrung. Nun soll das „Verhältnis“ – auf ausdrücklichen Wunsch der werdenden Mutter – legalisiert werden. Im vorsorgenden Ehevertrag werden Regelungen, zu allen drei relevanten Bereichen, dem Güterrecht, dem Versorgungsausgleich und dem nahehelichen Unterhalt, getroffen. Obwohl der Vertrag 1990, d. h. lange Jahre vor der durch das BVerfG eingeleiteten Zeitenwende abgeschlossen wurde, haben sich die Beteiligten ersichtlich um einen „typengerechten“ Ehevertrag bemüht, der klar auf die einvernehmlich geplante Aufteilung von Familien- und Erwerbsarbeit Rücksicht nimmt. Der Kernbereich der Scheidungsfolgen ist wohl überlegt und fein dosiert modifiziert. Abgesehen vom Güterrecht, wo jedenfalls die weit überwiegende Meinung in der Rechtsprechung und der Literatur nach wie vor vom jedenfalls grundsätzlichen Primat der Vertragsfreiheit ausgeht, finden wir keinen kompensationslosen Verzicht. Nicht nur 1990, sondern auch noch nach gründlichem Studium der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen von 2001 und deren erster praktischer Umsetzung durch den BGH

2004 wäre die weit überwiegende Zahl der Praktiker wohl davon ausgegangen, dass der Vertrag ohne jeden Zweifel „halten“ und Rechtsmittel gegen die dies bestätigenden Entscheidungen des Amtsgerichts und des OLG genauso ohne Zweifel erfolglos bleiben würden. Dennoch hat die Revision Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, „im Hinblick auf die nach Erlass der angefochtenen Entscheidung geänderte Rechtsprechung des Senats zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen“, wie der BGH selbst ausführt.

Die schon seit 2001 immer wieder geäußerte Befürchtung, angesichts der geänderten Rechtsprechung der obersten Gerichte empfehle es sich, vom Abschluss von Eheverträgen ebenso abzusehen, wie von der Eheschließung selbst, wird wieder wach. Bei genauerer Analyse der vorstehenden Entscheidung erweisen sich derartige Befürchtungen jedoch als unbegründet.

2. Der Senat setzt sich zunächst eingehend mit seiner Leitentscheidung vom 11.2.2004 und deren Echo in der Literatur auseinander und referiert dazu nochmals die seither in allen Folgeentscheidungen nahezu wörtlich aufgegriffenen Ausführungen zur Kernbereichslehre, gleichsam eine Bausteinsammlung für die Instanzgerichte. Die neue Linie wird ausdrücklich bekräftigt und gegen „Angriffe“ aus der Literatur verteidigt, ohne dass diese jedoch im Einzelnen spezifiziert würden.

a) In einem obiter dictum nimmt der BGH zur Geltung des § 139 BGB Stellung. Dieser gilt natürlich im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle – wie auch das übrige Zivilrecht – soweit die Parteien nicht individuell Abweichendes vereinbart haben. „Salvatorische Klauseln“ können derartige abweichende Parteivereinbarungen darstellen, jedoch nur dann, wenn sie den tatsächlichen Parteiwillen zum Ausdruck bringen, dass und welche Vertragsregelungen miteinander stehen und fallen sollen. Bloße formelhafte Wendungen werden den Anforderungen des BGH keinesfalls genügen. Sie werden nicht dazu führen, dass in diesem Stadium der Prüfung das gerade noch Zumutbare gehalten wird, eine geltungserhaltende Reduktion zu Gunsten des vom Vertrag Begünstigten wird nicht erfolgen.

b) Wie schon in den vorangehenden Entscheidungen fordert der BGH auch hier die Prüfung am Maßstab des § 138 BGB in objektiver und subjektiver Hinsicht, die Wirksamkeitskontrolle, als ersten Schritt der Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Das gilt ausdrücklich nicht nur bei krassen Missbrauchsfällen. Dabei ist ausschließlich der Zeitpunkt des Vertragschlusses relevant. Weil es kein verpflichtendes gesetzliches Leitbild der Ehe und deshalb keinen verpflichtenden Mindeststandard an Scheidungsfolgen gibt, dürfen die Ehegatten einvernehmlich auch bei der „Hausfrauenehe“ Familien- und Erwerbsarbeit unterschiedlich gewichten. Der BGH stellt klar, dass es dann, aber eben auch nur dann bei der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit und als deren Konsequenz bei der gleichberechtigten Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten bleibt, wenn keine wirksamen Parteivereinbarungen vorliegen. Zu begründen ist dabei das Verdikt der Sittenwidrigkeit der konkreten Abreden als Ergebnis einer konkreten Gesamt abwägung, nicht die Zulässigkeit jedweder Abweichung vom gesetzlichen Normalfall als solcher.

In subjektiver Hinsicht führt Schwangerschaft, auch eine weit fortgeschrittene Schwangerschaft, nicht zur Geschäftsunfähigkeit der Frau. Sie ist ein gewichtiges Indiz für eine vertragliche Disparität, die zu verstärkter richterlicher Kontrolle Anlass gibt. Nicht mehr! Es würde m. E. deutlich zu weit gehen, wenn man aus der Wortwahl des BGH („indiziert eine ungleiche Verhandlungsposition“) folgerte, dass eine Schwanger-

schaft bei Beurkundung zur Beweislastumkehr im späteren Prozess führt.<sup>1</sup> Trotzdem sollte für uns als Vertragsgestalter die Beurkundung von Eheverträgen vor Eheschließung bei bekannter Schwangerschaft die Ausnahme sein, um schon den bösen Anschein zu vermeiden.

Das (Un-)Wirksamkeitsurteil ist Ergebnis einer Gesamtabwägung, in die auch die flankierenden Regelungen zum Versorgungsausgleich und zum Güterstand einzubeziehen sind.

Im Rahmen der subjektiven Wirksamkeitskontrolle stellt der BGH weiterhin dankenswerter Weise klar, dass der Betreuungsunterhalt zwar zum innersten Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt, aber trotzdem Modifikationen und auch Einschränkungen zugänglich ist, und zwar sowohl in zeitlicher als auch in betragsmäßiger Hinsicht und auch ohne vollständige Kompensation. Das geltende Ehevertrags- und Scheidungsfolgenrecht bietet keine lebenslange Lebensstandardgarantie, sondern erstrebt lediglich einen angemessenen – nicht notwendig vollständigen – Ausgleich ehebedingter Nachteile. Die späteren ehelichen Lebensverhältnisse sind deshalb im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ohne Bedeutung. Sittenwidrigkeit kommt in Frage, wenn die Vereinbarungen nicht annähernd geeignet sind, ehebedingte Nachteile auszugleichen. Wohl wird aber auch eine Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt künftig nicht mehr ausreichen.

c) Erstmals äußert sich der BGB zur Bedeutung des durch die Schuldrechtsreform neu ins BGB eingefügten § 313 BGB, dem Wegfall der Geschäftsgrundlage, dessen Anwendung jedoch allein aufgrund unterschiedlicher, auch extrem unterschiedlicher Einkommensverhältnisse nicht in Frage kommt, wenn die Parteien nicht eine bestimmte Relation ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse als auch künftig gewiss angesehen und ihre Vereinbarung darauf abgestellt haben.<sup>2</sup> Praktisch wird dies kaum je der Fall sein, weil in solchen Fällen wenig Anlass bestehen wird, einen Ehevertrag abzuschließen und die gesetzlichen Scheidungsfolgen zu modifizieren. Bedeutsam sind die Ausführungen jedoch für den Vertragsgestalter, weil sie die Notwendigkeit unterstreichen, beiderseitige oder auch einseitige Motive und Umstände des Vertragsschlusses ausreichend zu dokumentieren.

Der Ehemann hat die als Ersatz für den Ausschluss des Versorgungsausgleichs übernommene Verpflichtung unstreitig nicht erfüllt. Ob die Ehefrau das ihr für diesen Fall eingeräumte Rücktrittsrecht ausgeübt hat, war in den Tatsacheninstanzen nicht aufgeklärt worden. Deshalb bestand für den BGH kein Anlass Stellung zu nehmen zum Verhältnis zwischen vertraglich eingeräumten Gestaltungsrechten und der Inhaltskontrolle. Ob mangelnde Vertragstreue eines Ehepartners im Wege der Ausübungskontrolle zur Unwirksamkeit des Ehevertrages führt,<sup>3</sup> auch wenn der andere Ehepartner ihm eingeräumte Rechte nicht ausübt, in welchem Verhältnis also ein eventuell noch bestehender Erfüllungsanspruch zum Gestaltungsrecht und zur Inhaltskontrolle steht, bedarf noch genauerer Analyse. Schon jetzt sollte sich der Praktiker allerdings bei der Vereinbarung von Rücktrittsrechten über die genauen Modalitäten von deren Ausübung und die Konsequenzen der Ausübung oder auch Nichtausübung Gedanken machen.

Eine Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB hatten die Instanzgerichte im entschiedenen Fall aus damaliger Sicht zu Recht nicht für erforderlich gehalten und daher auch keinerlei Fest-

stellungen getroffen, die es dem BGH ermöglicht hätten, den Fall abschließend zu beurteilen. Daher, nicht etwa weil die getroffenen Vereinbarungen auf jeden Fall unwirksam oder jedenfalls anpassungsbedürftig sind, hatte das Rechtsmittel Erfolg.

3. Als Resümee lässt sich festhalten: Der BGH will mit seiner Rechtsprechungslinie „fair play“ im Ehevertragsrecht realisieren, dabei jedoch das Fallbeil des § 138 BGB möglichst vermeiden.<sup>4</sup> Der Vertrag soll auf die richtigen Füße gestellt, d. h. den Bedürfnissen der Parteien angepasst werden. Mit der Inhaltskontrolle greift der BGH helfend ein, wo das fair play so sehr verletzt ist, dass es „dem belasteten Ehegatten hinzunehmen auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist“<sup>5</sup>. Dem Parteiwillen soll jedoch dabei so weit als möglich zum Durchbruch verholfen werden. Das geschieht durch den Ausgleich ehebedingter Nachteile, die aufgrund einseitiger Übernahme von Familienarbeit entstanden sind. Dieser Ausgleich erfordert eine individuelle Gesamtschau, die zu Ergebnissen führt, die für jede Familie anders ausfallen werden. Die Praxis kann mit diesem Urteil leben, weitere Klärung ist wünschenswert. Erneut hat die Vorsitzende des XII. Zivilsenats betont, dass es sich insoweit um Fall-Rechtsprechung handelt, die nur anhand von Fällen ausgebaut und weiterentwickelt werden kann, die dem BGH zur Revision vorgelegt werden.

Notarin *Eva Maria Brandt*, Friedberg

<sup>4</sup> So auch *Hahne* auf der Tagung Nr. 28 c der Deutschen Richterakademie in Wustrau am 13.10.2005.

<sup>5</sup> BGH, MittBayNot 2006, 44, 46 (in diesem Heft).

7. BGB §§ 138 Abs. 1, 242 (*Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt teilt Rang des Elementarunterhalts*)

**Bei der Inhaltskontrolle von Eheverträgen teilt der Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt den Rang des Elementarunterhalts, soweit die Unterhaltungspflicht ehebedingte Nachteile ausgleichen soll.**

BGH, Urteil vom 25.5.2005, XII ZR 221/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen in DNotZ 2005, 857 ff. abgedruckt.

8. BGB §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 1896, 1901, 1904; ZPO § 91 a (*Einstellung künstlicher Ernährung gegen Willen des Pflegeheims und Pflegepersonals*)

**1. Verlangt der Betreuer in Übereinstimmung mit dem behandelnden Arzt, dass die künstliche Ernährung des betreuten einwilligungsunfähigen Patienten eingestellt wird, so kann das Pflegeheim diesem Verlangen jedenfalls nicht den Heimvertrag entgegensetzen. Auch die Gewissensfreiheit des Pflegepersonals rechtfertigt für sich genommen die Fortsetzung der künstlichen Ernährung in einem solchen Fall nicht (im Anschluss an BGH, MittBayNot 2003, 387).**

<sup>1</sup> So m. E. zu Unrecht *Bergschneider*, FamRZ 2005, 1449.

<sup>2</sup> BGH, MittBayNot 2006, 44, 48 (in diesem Heft) = FamRZ 2005, 1444, 1448.

<sup>3</sup> *Bergschneider*, FamRZ 2005, 1449.

**2. Hat sich der Rechtsstreit durch den Tod des Patienten erledigt, rechtfertigt der Umstand, dass die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn („Hilfe zum Sterben“) bislang nicht hinreichend geklärt erscheinen, eine gegenseitige Kostenaufhebung nach § 91 a ZPO.**

BGH, Beschluss vom 8.6.2005, XII ZR 177/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Aus den Gründen:*

Der ursprüngliche Kläger hatte, vertreten durch seinen Vater als Betreuer, von der Beklagten verlangt, seine künstliche Ernährung einzustellen, um ihn sterben zu lassen.

Der Kläger litt seit einem Suizidversuch am 19.7.1998 an einem apallischen Syndrom im Sinne eines Wachkomas. Er befand sich seit dem 10.9.1998 aufgrund eines von seinem Betreuer für ihn abgeschlossenen Heimvertrags im Pflegeheim der Beklagten. Dort wurde er von dem niedergelassenen Arzt Dr. S. behandelt und vom Pflegepersonal der Beklagten mittels einer – bereits vor der Aufnahme in das Heim eingebrachten – PEG-Sonde künstlich ernährt. Am 14.12.2001 ordnete Dr. S. im Einvernehmen mit dem Betreuer an, die künstliche Ernährung einzustellen und die Zuführung von Flüssigkeit über die Magensonde zu reduzieren. Über die Magensonde seien nur noch 500 ml kalorienfreie Flüssigkeit pro Tag zuzuführen, denen im Einzelnen bezeichnete Medikamente beizufügen seien. Dem Kläger solle ein Vernebler vor den Mund gebracht werden. Es sollten eine intensive Mundpflege durchgeführt und ein Schmerzpflaster aufgeklebt werden.

Die Beklagte lehnte die Durchführung dieser Anordnung, bei deren Befolgung der Kläger binnen (maximal) acht bis zehn Tagen an einer Nierenvergiftung sterben würde, u. a. mit der Begründung ab, ihre Pflegekräfte weigerten sich, der ärztlichen Anordnung nachzukommen.

Mit seiner Klage hatte der Kläger von der Beklagten begehrt, seine künstliche Ernährung in jeglicher Form zu unterlassen; außerdem hatte er von der Beklagten verlangt, die Anordnung des Dr. S. sowie sämtliche weiteren, ihn betreffenden palliativmedizinischen Anordnungen des verantwortlich behandelnden Arztes, insbesondere zur Durstverhinderung und im Rahmen der Schmerztherapie, durchzuführen. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage ab (Urteile veröffentlicht in NJW-RR 2003, 221 und NJW 2003, 1744). Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgte der Kläger sein erstinstanzliches Begehren weiter. Der Kläger ist am 26.3.2004 verstorben. Die Parteien haben den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt und wechselseitig Kostenanträge gestellt.

II.

Gemäß § 91 a ZPO hat der Senat nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu befinden. Diese Entscheidung hat zwar den bisherigen Sach- und Streitstand zu berücksichtigen. Sie erfolgt aber zugleich auch nach billigem Ermessen. Der Senat kann sich deshalb auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage beschränken und darauf verzichten, alle für den Ausgang des Rechtsstreits bedeutsamen Rechtsfragen zu überprüfen (BGHZ 67, 343, 345; BVerfG, NJW 1993, 1060, 1061; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 25. Aufl., § 91 a Rdnr. 24). Nach dem Ergebnis dieser summarischen Prüfung waren die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufzuheben.

1. Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts war das Unterlassungsbegehren des Klägers nicht schon deshalb unbegründet, weil der mit der Beklagten geschlossene Heim-

vertrag einem solchen Verlangen entgegenstand oder weil die Beklagte sich auf „ein aus ihren verfassungsmäßigen Rechten abzuleitendes Verweigerungsrecht“ berufen konnte.

a) Die mit Hilfe einer Magensonde durchgeführte künstliche Ernährung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der deshalb der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 154, 205 = MittBayNot 2003, 387). Eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung ist folglich eine rechtswidrige Handlung, deren Unterlassung der Patient analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die begehrte Unterlassung – wie hier – zum Tode des Patienten führen würde. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper macht Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig (Senatsbeschluss, a. a. O.).

b) Die künstliche Ernährung des Klägers widersprach dem vom Betreuer als wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Klägers geäußerten Willen.

aa) Der Vater des Klägers war in den Aufgabenkreisen, für die er zum Betreuer des Klägers bestellt worden war, dessen gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB). Zu den ihm übertragenen Aufgabenkreisen, die u. a. die „Sorge für die Gesundheit und die Vertretung gegenüber Dritten“ umfassten, gehörte auch die Entscheidung, ob und inwieweit in die körperliche Integrität des Klägers eingegriffen werden darf. Der Betreuer hat dem Willen des Klägers in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Geltung zu verschaffen (Senatsbeschluss, a. a. O.). Seine Anordnung, die weitere künstliche Ernährung des Klägers zu unterlassen, war deshalb gegenüber der Beklagten und ihrem Pflegepersonal bindend. Eine eigene Prüfungscompetenz, ob und inwieweit die getroffene Entscheidung der von § 1901 Abs. 2 bis 4 BGB normierten Pflichtenbindung gerecht wird, stand der Beklagten nicht zu; sie ist insoweit – wie jeder andere Dritte auch – auf die Möglichkeit beschränkt, beim Vormundschaftsgericht eine Überprüfung des Betreuerhandelns mit dem Ziel aufsichtsrechtlicher Maßnahmen nach § 1908 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1837 Abs. 1 bis 3, § 1836 BGB anzuregen.

bb) Die Weigerung des Betreuers, in eine weitere künstliche Ernährung des Klägers durch die Beklagte einzuwilligen, bedurfte im vorliegenden Fall auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Wie der Senat (a. a. O.) dargelegt hat, ist das Vormundschaftsgericht nur dann zu einer Entscheidung berufen, wenn der einen einwilligungsunfähigen Patienten behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder vertretbar erachtet und sie deshalb „anbietet“ und der Betreuer sich diesem Angebot verweigert. Ein solcher, die Kontrollzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts auslösender Konflikt bestand hier nicht. Der Betreuer und der behandelnde Arzt hatten sich übereinstimmend gegen eine weitere künstliche Ernährung des Klägers entschieden. Das Beharren der Beklagten, die künstliche Ernährung entgegen der ärztlichen Anordnung fortzusetzen, begründete keine dem Widerstreit von ärztlicher Empfehlung und Betreueranordnung vergleichbare Konfliktsituation.

c) Der mit dem Kläger geschlossene Heimvertrag berechtigt die Beklagten nicht, die künstliche Ernährung des Klägers gegen seinen – durch seinen Betreuer verbindlich geäußerten – Willen fortzusetzen. Das vom Betreuer wahrgenommene Recht des Klägers zur Bestimmung über den eigenen Körper ist einem antizipierten Verzicht nicht zugänglich (*Kohte*, AcP 185 [1985], 105, 137 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht,

5. Aufl., Rdnr. 197; *Uhlenbruck/Kern* in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 1, § 81 Rdnr. 7). Eine einmal erteilte Einwilligung in einen Eingriff in die körperliche Integrität kann bis zu dessen Vornahme jederzeit widerrufen werden (BGH, NJW 1980, 1903; MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl., § 823 Rdnr. 673); ebenso kann der Fortsetzung einer Dauerbehandlung jederzeit widersprochen werden. Selbst wenn, wie das Oberlandesgericht meint, die Parteien mit dem Heimvertrag das Recht des Klägers auf Selbstbestimmung einschränken oder doch die Grenzen dieses Rechts bindend festlegen wollten, konnten sie eine solche Einschränkung oder Bindung jedenfalls rechtswirksam nicht vereinbaren. Der Widerruf einer mit dem Abschluss des Heimvertrags erteilten Einwilligung des Klägers in seine künstliche Ernährung wurde durch den Heimvertrag folglich nicht gehindert. Ohne Belang ist auch, ob sich die Beklagte in dem Heimvertrag zu einer auch die künstliche Ernährung des Klägers umfassenden Versorgung verpflichtet hatte. Denn eine solche Leistungspflicht begründete jedenfalls keine Rechtspflicht des Klägers, die von der Beklagten geschuldete Leistung anzunehmen; erst recht schuf sie keine Befugnis der Beklagten, die Annahme dieser Leistung gegen den Willen des Klägers zu erzwingen.

d) Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts stand der Beklagten gegenüber dem Unterlassungsbegehren des Klägers auch kein Verweigerungsrecht zu, das sich aus den in Art. 1, 2 und 4 GG verbürgten Rechten der Beklagten oder ihrer Pflegekräfte ableiten ließe. Zwar sind die Pflegekräfte der Beklagten auch in ihrer beruflichen Tätigkeit Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Das bedeutet jedoch nicht, dass damit auch ihre ethischen oder medizinischen Vorstellungen vom Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG umfasst sind oder mit dem verlangten Unterlassen in diesen Schutzbereich eingegriffen würde (vgl. *Hufen* in einer nicht veröffentlichten gutachtlichen Stellungnahme zu der angefochtenen Entscheidung; zum Maßstab für einen Eingriff in die Menschenwürde, vgl. etwa BVerfGE 30, 1, 26). Ein Verstoß gegen Art. 2 GG ist nicht ersichtlich; insbesondere fand das Selbstbestimmungsrecht der Pflegekräfte am entgegenstehenden Willen des Klägers bzw. des für ihn handelnden Betreuers – also an den „Rechten anderer“ (Art. 2 Abs. 1 GG) – ihre Grenze. Die Frage, ob das Verlangen des Klägers die Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) des Pflegepersonals berührte, kann letztlich dahinstehen. Soweit das Strafrecht die künstliche Ernährung eines willensunfähigen Patienten gebietet (vgl. dazu unter 2.), bedarf es eines Rückgriffs auf Art. 4 Abs. 1 GG nicht; niemand darf zu unerlaubten Handlungen gezwungen werden. Im Übrigen verleiht die Gewissensfreiheit dem Pflegepersonal aber kein Recht, sich durch aktives Handeln über das Selbstbestimmungsrecht des durch seinen Betreuer vertretenen Klägers hinwegzusetzen und seinerseits in dessen Recht auf körperliche Unversehrtheit einzugreifen (*Hufen*, NJW 2001, 849, 853). Darin liegt auch der Unterschied zur Normsituation des § 12 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz, auf den sich das Oberlandesgericht zu Unrecht beruft: Danach ist zwar niemand verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken. Die Vorschrift berechtigt aber auch niemanden, durch positives Tun in die Rechte Dritter einzugreifen, um Abtreibungen zu verhindern.

2. Das Oberlandesgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht geprüft, ob möglicherweise strafrechtliche Verbote die Beklagte bzw. deren Organe oder Personal hinderten, dem Unterlassungsverlangen des Klägers nachzukommen. Die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinn („Hilfe zum Sterben“, vgl. im Einzelnen BGHSt 40, 257 = NJW 1995, 204), auf die das klägerische

Verlangen zielt, erscheinen dem Senat bislang nicht hinreichend geklärt (zum Meinungsstand etwa: Zwischenbericht der Enquetekommission des Deutschen Bundestags, Ethik und Recht der modernen Medizin. Patientenverfügungen, BT-Drucks. 15/3700, S. 37 ff., 45). Sie sind jedoch für die Entscheidung des vorliegenden Falles von Bedeutung; denn die Beklagte kann nicht zivilrechtlich zu einem Verhalten verurteilt werden, mit dem die Organe und Beschäftigten der Beklagten Gefahr laufen, sich zu den Geboten des Strafrechts in Widerspruch zu setzen. Das vorliegende Verfahren bietet – im Hinblick auf die hier allein zu treffende Kostenentscheidung – keinen geeigneten Rahmen, die Frage nach diesen Grenzen abschließend zu beantworten. Der Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits war danach letztlich ungewiss. Dem trägt die beiderseitige Kostenlast Rechnung.

### Anmerkung:

Die vorstehend abgedruckte Entscheidung des BGH ist als erste Folgeentscheidung zu dem Beschluss vom 17.3.2004<sup>1</sup> zu sehen, der für die zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung grundlegend war. Die mit Spannung erwartete Revisionsentscheidung greift aber leider nicht in dem erhofften Umfang klärend in die Diskussion ein, da das Gericht nur mehr über die Kosten des dramatischen Rechtsstreits zu befinden hatte. Die Beschränkung auf die summarische Prüfung der Rechtslage erklärt, dass die Richter nicht in eine vertiefte Auseinandersetzung mit der zum Teil massiven Kritik an der bisherigen Rechtsprechung eingetreten sind. Auch ist zu vermuten, dass der XII. Zivilsenat bei einer Entscheidung in der Hauptsache die Strafrechtssenate des BGH eingebunden hätte. Dennoch lassen sich dem jüngsten Beschluss eine Reihe von Präzisierungen entnehmen, welche die Patientenverfügung in einem klareren Licht erkennen lassen.

Der Betreuer oder Bevollmächtigte (nachfolgend Vertreter) übermittelt nicht bloß den Willen des Patienten als dessen Bote, sondern hat dem in gesunden Tagen geäußerten Willen in eigener rechtlicher Verantwortung und nach Maßgabe des § 1901 BGB Geltung zu verschaffen.<sup>2</sup> Die Patientenverfügung wirkt also grundsätzlich nicht aus sich heraus gegenüber dem Arzt, sondern der darin geäußerte Wille wird durch die Entscheidung des Vertreters konkretisiert und auf den Einzelfall angewendet. Das Vorhandensein eines Vertreters ist demnach in den Fällen zentral, in denen die Patientenverfügung der Konkretisierung bedarf, weil sie nicht genau die eingetretene medizinische Lage trifft. Die Patientenverfügung ist somit die über den Verlust der Geschäftsfähigkeit hinaus wirkende Anweisung im Innenverhältnis zwischen Patient und Vertreter, die Letzterer im Außenverhältnis umsetzt. In welchem Umfang die Patientenverfügung auch direkt gegenüber dem Arzt Bedeutung erlangen kann, war nicht entscheidungserheblich.

Daraus folgt zwanglos, dass die Entscheidung des Vertreters den Arzt, das Personal und den Heimträger bindet und diese nicht überprüfen können und dürfen, ob der Vertreter entsprechend der Patientenverfügung entschieden hat. Befürchten sie missbräuchliches Handeln des Vertreters, steht ihnen nur die Möglichkeit offen, beim Vormundschaftsgericht aufsichtliche Maßnahmen anzuregen. Eine eigene Prüfungscompetenz für das Innenverhältnis zwischen Patient und Vertreter steht ihnen nicht zu.

<sup>1</sup> BGHZ 154, 205 = DNotZ 2003, 850 = MittBayNot 2003, 387.

<sup>2</sup> Ebenso *Wagenitz*, FamRZ 2005, 669. Prof. Dr. Thomas Wagenitz ist Mitglied des XII. Zivilsenats des BGH.

Einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf der Vertreter nur im Konfliktfall. Dieser liegt vor, wenn der Arzt die lebenserhaltende Maßnahme für medizinisch geboten oder zumindest vertretbar erachtet, der Vertreter darin aber nicht einwilligt, sondern den Behandlungsabbruch verlangt. Die unter Umständen missverständlichen Äußerungen in der bisherigen Rechtsprechung, wonach jede Einwilligung des Vertreters in den Behandlungsabbruch der gerichtlichen Genehmigung bedarf,<sup>3</sup> sind damit erledigt.

Aus dem Versprechen des Heims, seine Bewohner umfassend auch durch parenterale<sup>4</sup> Ernährung zu versorgen, kann nicht die Verpflichtung des Patienten abgeleitet werden, derartige Leistungen auch abzunehmen und die damit verbundenen Eingriffe zu dulden. Auch eine ausdrückliche Regelung im Heimvertrag, wonach der Patient auf die Dauer seines Aufenthalts darauf verzichtet, unter Umständen einen Behandlungsabbruch zu verlangen, ist unwirksam, weil die Einwilligung in eine Behandlung und deren Widerruf einer vertraglichen Bindung generell nicht zugänglich sind. Die zwar einmal erteilte Einwilligung in die Behandlung, z. B. durch PEG<sup>5</sup>, kann jederzeit widerrufen werden und ist dann auch für das Heim beachtlich. Deshalb werden auch umgekehrt die in manchen Heimverträgen neuerdings enthaltenen Verpflichtungen des Bewohners, eine Patientenverfügung zu errichten und aufrechtzuerhalten, unwirksam sein.

Das Gericht verneint auch im Gegensatz zur Vorinstanz die Frage, ob das Heim oder die darin beschäftigten Pflegekräfte die Mitwirkung am Behandlungsabbruch aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere wegen des Eingriffs in ihre Menschenwürde und Gewissensfreiheit, ablehnen können. Der Pfleger oder die Schwester kann nicht unter Berufung auf das eigene Gewissen den Patienten gegen seinen Willen aktiv weiterbehandeln; den Pflegenden ist zuzumuten, ohne eigenes Tun den Tod des Patienten zuzulassen. Das Heim wäre nur dann berechtigt, die Mitwirkung am Behandlungsabbruch zu verweigern, wenn sich das Personal dadurch strafbar machen würde. Wo aber die genauen strafrechtlichen Grenzen der Mitwirkung beim Behandlungsabbruch liegen, war im Rahmen einer Kostenentscheidung nicht zu beantworten. Diese zentrale Frage des Rechts der Patientenverfügung – ist die Wirksamkeit der Patientenverfügung auf bestimmte Krankheitszustände, z. B. den irreversibel tödlichen Verlauf, beschränkt oder nicht? – wird erst in einer weiteren Entscheidung näher geklärt werden können, die allerdings noch nicht abzusehen ist. Bis dahin verbleibt es bei den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung.

Die Auswirkungen dieses Beschlusses auf die Situation der Krankenpflege in Deutschland werden zu beobachten sein: Es steht zu befürchten, dass bestimmte Pflegeeinrichtungen, die nicht die schlechtesten sein müssen, sich aus der Behandlung chronisch Schwerstkranker zurückziehen, da sie die hier beschriebene Konfliktlage nur dadurch vermeiden können, dass sie derartige Patienten überhaupt nicht mehr aufnehmen. So sind in der Vergangenheit in vielen Krankenhäusern in kirchlicher Trägerschaft die gynäkologischen Abteilungen geschlossen worden, um nicht mit der Frage des Schwangerschaftsabbruchs konfrontiert zu werden.

Andererseits wird das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in der Entscheidung des BGH erneut gestärkt. Dies hat Be-

deutung nicht nur gegenüber dem Pflegepersonal und dem Heimträger, sondern auch z. B. gegenüber dem Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK). Mancherorts verlangt der MDK, die künstliche Ernährung auch im Widerspruch zu den Wünschen des Patienten, seiner Vertreter und des behandelnden Arztes fortzuführen, und übt dazu erheblichen Druck auf die Heimleitung aus. Dem wird das Heim künftig selbstbewusst entgegen treten können, ohne seine Zulassung zu gefährden.

In seinen direkten Auswirkungen auf das Recht der Patientenverfügung ist die Entscheidung des XII. Zivilsenats gerade aus der Sicht des Praktikers zu begrüßen. Wie sie sich langfristig auswirken wird, bleibt mit Interesse abzuwarten. Wie sagt doch der Lateiner: ... et semper respice finem!

Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

#### 9. BGB §§ 1896 Abs. 2, 1897 Abs. 4 (*Betreuerbestellung trotz bestehender Vorsorgevollmacht*)

**Ist eine bevollmächtigte Person nicht in der Lage, die Pflegebedürfnisse eines Elternteils sachgerecht und mit der gebotenen Distanz zu erkennen und eine sach- und fachgerechte Pflege sicherzustellen, so liegt darin eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen, die die Bestellung eines Betreuers trotz Erteilung einer Vollmacht erforderlich macht.**

Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 10.3.2005, 11 Wx 3/05

Die Beschwerdeführerin ist die Tochter der Betroffenen. Durch notarielle Vollmacht vom 11.1.1999 bevollmächtigte diese die Beschwerdeführerin zur Vermeidung einer Betreuung, sie auch nach dem Eintritt eines Zustandes der Geschäftsunfähigkeit sowohl in Vermögensangelegenheiten als auch in persönlichen Angelegenheiten umfassend zu vertreten. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Vollmacht verwiesen. Die Betroffene ist nach einer Multiinfarkt-Demenz und einem Morbus Parkinson jedenfalls seit dem Jahre 2003 umfassend pflegebedürftig, geschäftsunfähig und nicht mehr in der Lage sich zu äußern. Nach einem Bericht des Hausarztes der Betroffenen vom 17.3.2004, hat das Amtsgericht nach Einholung eines ärztlichen Gutachtens zum Zustand und zur Betreuungsbedürftigkeit der Betroffenen ungeachtet der Vollmacht eine Betreuung angeordnet und einen Berufsbetreuer bestellt.

Die gegen die Entscheidung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde der Tochter der Betroffenen hat das Landgericht nach Einholung eines Gutachtens zu der Frage, ob die Beschwerdeführerin geeignet sei, ihre Mutter zu betreuen und zu pflegen zurückgewiesen. Die Tochter der Betroffenen macht mit ihrer weiteren Beschwerde geltend, entgegen den Feststellungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung sei sie selbst in der Lage, die Pflege ihrer Mutter sicherzustellen. Der bestellte Berufsbetreuer sei ungeeignet; jedenfalls mit entsprechender professioneller Hilfe könne sie die persönliche Pflege und Betreuung ihrer Mutter wieder ohne weiteres übernehmen.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Mit zutreffenden Gründen hat das Landgericht die Beschwerde der Tochter der Betroffenen gegen die Entscheidung des Amtsgerichts, für die Betroffene einen Betreuer zu bestellen, zurückgewiesen.

a) Die Betroffene ist betreuungsbedürftig. Sie ist aufgrund ihrer umfassenden Erkrankung nicht mehr in der Lage, auch nur noch irgendwelche ihrer Angelegenheiten selbst zu besor-

<sup>3</sup> BGH, MittBayNot 2003, 387 am Anfang.

<sup>4</sup> Unter Umgehung des Magen-Darm-Trakts.

<sup>5</sup> Perkutane endoskopische Gastrostomie. Eine PEG-Sonde ist eine Magensonde, die durch die Bauchdecke direkt in den Magen eingeführt wurde. Sie dient der künstlichen Ernährung von Patienten.

gen. Sie kann sich nicht mehr äußern und ist umfassend pflegebedürftig. Dies steht auf der Grundlage der eingeholten medizinischen Sachverständigenutachten fest und wird auch von der Beschwerdebeurteilung nicht in Zweifel gezogen.

b) Die Einrichtung einer Betreuung und die Bestellung eines Betreuers ist auch erforderlich. Der Bestellung eines Betreuers steht die von der Betroffenen im Jahre 1999 der Beschwerdeführerin erteilte Vollmacht nicht entgegen.

Nach umfangreicher Sachaufklärung hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend festgestellt, dass die Beschwerdeführerin nicht in der Lage ist, die Pflege und Betreuung ihrer Mutter sachgerecht sicherzustellen. Auf der Grundlage der konkreten Umstände des Einzelfalles können daher vorliegend die Belange der Betroffenen durch die von ihr Bevollmächtigte, die Beschwerdeführerin, nicht ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Nach der Bestimmung des § 1896 Abs. 2 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in dem die Betreuung erforderlich ist. Nach der klaren gesetzlichen Regelung scheidet die Bestellung eines Betreuers aus, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Das Betreuungsrecht ist nach der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung in § 1896 Abs. 2 BGB vom Grundsatz der Subsidiarität beherrscht. Der Wille des Betroffenen, den dieser zu einer Zeit geäußert hat, in der er zu einer eigenständigen Willensbildung uneingeschränkt in der Lage war, ist zu beachten. Hat er durch eine Vollmacht für die Zeit späterer Geschäftsunfähigkeit vorgesorgt, scheidet die Einrichtung einer Betreuung in Bereichen, für die die Vollmacht erteilt worden ist, gem. § 1896 Abs. 2 BGB regelmäßig aus (BayObLG, FamRZ 2004, 403; MünchKommBGB/Schwab, 4. Aufl., § 1896 Rdnr. 48; Palandt/Diederichsen, BGB, 64. Aufl., § 1896 Rdnr. 11; Senat, OLG Ost 2005, 587). Der in der Vorschrift zum Ausdruck kommende Gedanke der Subsidiarität der staatlichen Betreuung gegenüber der von dem Betroffenen noch in den Zeiten seiner Geschäftsfähigkeit selbst geregelten privaten Betreuung war einer der wesentlichen Grundgedanken des neuen Betreuungsrechts (Klie, FPR 2004, 671, 672). Die Vorschrift ist Ausdruck des allgemeinen Regelungsgedankens des Betreuungsrechts, dass der noch zu Zeiten eigener Entscheidungsfähigkeit des Betroffenen gebildete Wille Vorrang vor abstrakten Wertungen hat, soweit er sich aus schriftlichen Zeugnissen, allgemeinen Lebensentscheidungen, Wertvorstellungen und Überzeugungen des Betroffenen hinreichend sicher ermitteln lässt (BGH, MittBayNot 2003, 387; mit Anm. Langenfeld, ZEV 2003, 449 ff.).

Trotz Erteilung einer Vollmacht ist die Anordnung einer Betreuung dennoch möglich und geboten, wenn die Wirksamkeit der vorgelegten Vollmacht zweifelhaft ist (BayObLG, FamRZ 1994, 720), wenn die erteilte Vollmacht den Anforderungen an eine Vorsorgevollmacht nicht genügt (OLG Zweibrücken, MittBayNot 2003, 45), oder wenn der Bevollmächtigte die Vollmacht zum Nachteil des Betroffenen missbraucht hat (BayObLG, FamRZ 2003, 1219 m. w. N.).

Die Bestellung eines Betreuers ist indes nicht auf diese Fallgestaltungen beschränkt. Nach dem gesetzlichen Wortlaut steht die erteilte Vollmacht der Bestellung eines Betreuers nur dann entgegen, wenn die Angelegenheiten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Die Vorschrift ist unglücklich formuliert, da sie den entscheidenden Richter zum Vergleich des durch die Vollmacht von dem Betroffenen selbst gestalte-

ten privaten Vorsorgekonzept mit einem öffentlichen Vorsorgekonzept professioneller Hilfe zwingt. Ein direkter Vergleich zweier schon im Ansatz derartig unterschiedlicher Ausgangssituationen ist kaum möglich (Damrau, Betreuungsrecht, 2. Aufl., § 1896 BGB Rdnr. 78 „Äpfel und Birnen“; ebenso Zimmermann in Soergel, BGB, 2000, § 1896 Rdnr. 79). Bei dem vom Gesetzgeber hier jedenfalls angeordneten Qualitätsvergleich (Staudinger/Bienwald, BGB, 12. Aufl., § 1896 Rdnr. 126) bietet sich ein Rückgriff auf die zu § 1897 Abs. 4 BGB entwickelten Kriterien an. Beide Vorschriften beruhen auf den gleichen Regelungsgedanken (Senat, OLG Ost 2005, 587). Aus dem Rückgriff auf diese Bestimmung lässt sich entnehmen, dass die Bestellung eines Betreuers trotz bestehender Vollmacht möglich ist, wenn die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch den Betreuer dem Wohl des Betreuten klar zuwiderläuft. Es genügt also nicht, dass aus der objektivierten Sicht des Richters die Interessen des Betroffenen eher oder besser durch einen professionellen Betreuer als durch den Bevollmächtigten wahrgenommen werden können (Palandt/Diederichsen, § 1897 BGB Rdnr. 20; Schwab, FamRZ 1990, 685). Auch genügt es nicht, dass die Wertvorstellungen des Bevollmächtigten, nach denen er die Vollmacht ausübt, in Teilbereichen allgemeinen Wertvorstellungen zuwiderlaufen (LG Frankfurt a. M., FamRZ 2003, 632). Auch Spannungen zwischen dem Bevollmächtigten einerseits und dem Pflegepersonal oder behandelnden Ärzten andererseits genügen nicht, die Vollmacht unbeachtet zu lassen und stattdessen eine Betreuung einzurichten (OLG Oldenburg, Recht und Psychiatrie 2003, 102).

Die Angelegenheiten des Betroffenen können aber dann durch den Bevollmächtigten nicht mehr ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden, wenn die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch den Bevollmächtigten eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet (BayObLG, FamRZ 2003, 704, zu § 1897 BGB). Dies ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Interessen des Betroffenen sachgerecht wahrzunehmen und er aus in seiner Person liegenden Gründen zur Zeit nicht in der Lage ist, professionelle Hilfsangebote bei der Betreuung wahrzunehmen. Die Nachrangigkeit der Betreuung darf sich nicht gegen den Betroffenen selbst wenden (BayObLG, OLG Ost 2004, 285).

Diese Voraussetzungen hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung rechtsfehlerfrei bejaht. Die von dem Landgericht geschilderten Vorfälle, die sich aus dem Bericht des Hausarztes im Jahre 2004 und aus dem Bericht des Polizeipräsidenten in Berlin vom 21.3.2004 ergeben, zeigen deutlich, dass die Beschwerdeführerin zum Schluss nicht mehr in der Lage war, die Pflege ihrer Mutter umfassend, vollständig und sorgfältig sicherzustellen. Diese Feststellung wird gestützt durch die Ausführungen der ärztlichen Gutachten vom 27.8.2003 und vom 12.5.2004. Sie werden bestätigt durch das von der Kammer eingeholte psychiatrisch-neurologische Gutachten vom 23.10.2004, in dem der Sachverständige auf der Grundlage der vorliegenden Daten nachvollziehbar dargelegt hat, dass die Beschwerdeführerin zur Zeit nicht in der Lage ist, die Pflegebedürfnisse ihrer Mutter sachgerecht und mit der gebotenen Distanz zu erkennen und eine sach- und fachgerechte Pflege der Mutter sicherzustellen.

Die Bevollmächtigte ist auch nicht in der Lage, die mangels eigener Eignung zwingend erforderliche professionelle Hilfe in Anspruch zu nehmen. Derartige Hilfen, die es dem Bevollmächtigten – ungeachtet der im Einzelfall möglicherweise unvermeidbaren persönlichen Überforderung – ermöglichen würden, die Pflege selbst zu organisieren, wären der Bestellung eines fremden Betreuers jedenfalls vorzuziehen. Sie sind

daher vor der Bestellung eines Dritten zum Betreuer auszuschöpfen (OLG Oldenburg, FamRZ 2004, 1320). Aus den Feststellungen des Landgerichts, die durch die Gutachten und letztlich auch durch das Verhalten der Beschwerdeführerin im Verfahren bestätigt werden, ergibt sich indes, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, sachgerecht mit anderen Pflegestellen zusammenzuarbeiten, vielmehr von dort ausgehende Anregungen als unerwünschte Einmischung in ihre Beziehung zu ihrer Mutter betrachtet.

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus Vorwürfe gegen die Amtsführung des bestellten Betreuers erhoben hat, finden diese Vorwürfe weder in den Feststellungen des Landgerichts noch in dem sonst aus den Akten Ersichtlichen eine Stütze. Das Auflaufen von Mietrückständen beruhte ganz offensichtlich darauf, dass der Betreuer eine gewisse Zeit benötigte, um überhaupt in den Besitz der erforderlichen Unterlagen zu kommen. Im Übrigen hat der Betreuer eine sachgerechte medizinische Betreuung und Pflege der Betroffenen sichergestellt.

Die angefochtene Entscheidung erweist sich damit als zutreffend, so dass die sofortige weitere Beschwerde zurückzuweisen war.

Der Senat sieht allerdings Anlass zu dem Hinweis, dass es – auch – Aufgabe des vom Landgericht bestellten Betreuers ist, die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrer Mutter zu ermöglichen und zu fördern, jedenfalls sobald die Aufregungen im Zusammenhang mit der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens abgeklungen sind.

10. BGB §§ 138, 242, 1570 (*Keine Sittenwidrigkeit bei Verzicht auf nahehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich*)

**Die Vereinbarung eines wechselseitigen, vollständigen Verzichtes auf nahehelichen Unterhalt, auf den Versorgungsausgleich und die Vereinbarung der Gütertrennung, führt trotz der einseitigen Belastung eines der Vertragspartner nicht zwangsläufig zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrages. Vielmehr ist eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens, sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens erforderlich.**

Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 20.5.2005, 13 UF 162/04

Der 1952 geborene Antragsteller und die 1965 geborene Antragsgegnerin schlossen 1985 die Ehe miteinander, aus der die Kinder C und P hervorgegangen sind. Zur Zeit der Heirat war die Antragsgegnerin philippinische Staatsangehörige. Der Antragsteller ist Deutscher, die Antragsgegnerin hat inzwischen die deutsche Staatsangehörigkeit erworben.

Einige Tage vor der Heirat schlossen die Parteien einen notariellen Ehevertrag. Nach § 1 des Ehevertrages vereinbarten sie den Güterstand der Gütertrennung und schlossen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus. Gemäß § 2 verzichteten die Parteien für den Fall der Scheidung wechselseitig auf Unterhalt, und zwar auch für den Fall der gesetzlichen veränderten Umstände. Nach § 3 schlossen sie den Versorgungsausgleich aus und verzichteten gegenseitig auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Im September 1996 trennten sich die Parteien.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat teilweise Erfolg, soweit sie nahehelichen Betreuungsunterhalt gemäß

§ 1570 BGB verlangt. Im Übrigen ist ihre Berufung unbegründet.

Der notarielle Ehevertrag ist wirksam. Der Vertrag ist insbesondere nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 BGB), er ist auch nicht wirksam angefochten worden (§§ 119, 142 BGB). Für die Zeit der Betreuungsbedürftigkeit des jetzt 10-jährigen Sohnes P, geboren am 31.3.1995, ist es dem Antragsteller jedoch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf den Unterhaltsverzicht zu berufen.

Bei seiner Würdigung geht der Senat von den Grundsätzen aus, die der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270) zur Prüfung der Wirksamkeit von Eheverträgen niedergelegt hat. Der Bundesgerichtshof führt aus, es lasse sich nicht allgemein abschließend beantworten, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung, durch welche Ehegatten ihre unterhaltsrechtlichen Verhältnisse oder ihre Vermögensangelegenheiten für den Scheidungsfall abweichend von den gesetzlichen Vorschriften regelten, unwirksam (§ 138 BGB) oder die Berufung auf alle oder einzelne vertragliche Regelungen unzulässig sei (§ 242 BGB). Erforderlich sei eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens. Dabei sei von folgenden Grundsätzen auszugehen:

Die gesetzlichen Regelungen über nahehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich unterlägen grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kenne das geltende Recht nicht. Dies dürfe aber nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarung beliebig unterlaufen werden könne. Das wäre dann der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheine. Die Belastungen des einen Ehegatten würden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreife. Zu diesem Kernbereich gehöre in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen sei für deren Disponibilität eine Rangabstufung vorzunehmen, die sich in erster Linie danach bemesse, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage hätten. Der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) rangiere vor dem Unterhalt wegen Krankheit und wegen Alters (§§ 1572 und 1571). Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt rangiere der Versorgungsausgleich. Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung werde dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abgedungen würden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyt oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt werde.

Die danach gebotene Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien führt zu dem Ergebnis, dass der notarielle Ehe-

vertrag nicht wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist (§ 138 BGB). Zwar bedeuteten die Vereinbarung eines wechselseitigen vollständigen Verzichtes auf nachehelichen Unterhalt, auf den Versorgungsausgleich und die Vereinbarung der Gütertrennung im praktischen Ergebnis eine einseitige Belastung der Antragsgegnerin. Denn die Antragsgegnerin war vor der Heirat und noch zur Zeit der Eheschließung philippinische Staatsangehörige, war vermögenslos und hielt sich unberechtigt in der Bundesrepublik Deutschland auf. Aufgrund dessen hatte sie zur Zeit des Abschlusses des notariellen Ehevertrages keine Zukunftsperspektive und war auf illegale Erwerbstätigkeiten angewiesen, um leben zu können. Da es für die Wirksamkeitskontrolle auf die tatsächlichen Umstände zur Zeit des Abschlusses des Ehevertrages ankommt, ist die spätere für die Antragsgegnerin günstigere Entwicklung, die ihr wegen des späteren Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit auch für den Fall der Scheidung eine eigene Zukunftsperspektive in der Bundesrepublik Deutschland gab, ohne Bedeutung. Obwohl bei Abschluss des notariellen Ehevertrages die Zukunft der Antragsgegnerin vollständig von dem Antragsteller abhing, verstößt der Ehevertrag nicht gegen die guten Sitten. Denn wie sich aus den oben zitierten Grundsätzen des Bundesgerichtshofs ergibt, ist eine Gesamtschau der getroffenen Vereinbarungen, der Gründe und Umstände ihres Zustandekommens sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens erforderlich. In diesem Zusammenhang ist die Interessenlage des Antragstellers vor der Heirat zu berücksichtigen. Seinerzeit war er von seiner ersten Ehefrau geschieden, aus der der Sohn F, geboren 1978, stammte, der bei ihm lebte. Durch diese erste Scheidung hatte er bereits finanzielle Einbußen hinnehmen müssen, so dass er – wie er vorträgt – nur bereit war, eine neue Ehe einzugehen, wenn er die finanziellen Risiken einer weiteren Scheidung nicht tragen müsste. Der Antragsteller hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat erklärt, er habe erst kurz vor der Heirat davon erfahren, dass sich die Antragsgegnerin illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe und schon eine Heirat mit einem anderen Mann geplant gewesen sei. Er habe die Antragsgegnerin im Kreise anderer philippinischer Staatsangehöriger kennen gelernt, sie gemocht, sei auch verliebt gewesen, sei aber nicht bereit gewesen, das finanzielle Risiko einer neuen Ehe auf sich zu nehmen. Dies habe er ihr vor der Heirat klar gemacht und sie sei einverstanden gewesen. Dieses Interesse des Antragstellers ist gegenüber dem Bedürfnis der Antragsgegnerin, durch die Ehe auch für den Fall der Scheidung wirtschaftlich gesichert zu sein, von erheblichem Gewicht. Der notarielle Ehevertrag ist noch vor der Heirat geschlossen worden. Der Antragsteller hatte zu dieser Zeit die volle Dispositionsfreiheit darüber, ob er die Antragsgegnerin heiratete oder nicht. Deshalb war es ihm auch nicht verwehrt, für den Fall der Scheidung vom Gesetz grundsätzlich gebilligte Vereinbarungen zu treffen, durch die die Parteien wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich verzichteten und Gütertrennung einführten.

Zutreffend führt das Familiengericht in dem angefochtenen Urteil aus, dass der Ehevertrag auch nicht gemäß § 142 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist, da es an einer fristgemäßen Anfechtungserklärung im Sinne der §§ 121, 143 BGB fehlt. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe hierzu in dem angefochtenen Urteil des Familiengerichts verwiesen.

Da der notarielle Ehevertrag Bestand hat, hat der Senat im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegen-

über einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abgedungen sei (§ 242 BGB). Der Bundesgerichtshof (a. a. O.) führt hierzu aus, dafür seien nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, vielmehr sei entscheidend, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergebe, die unzumutbar sei. Insgesamt habe sich die gebotene Abwägung an der Rangordnung der Scheidungsfolgen zu orientieren. Halte die Berufung eines Ehegatten auf den vertraglichen Ausschluss der Scheidungsfolge der richterlichen Rechtsausübungskontrolle nicht stand, so führe dies im Rahmen des § 242 BGB noch nicht zur Unwirksamkeit des vertraglich vereinbarten Ausschlusses. Der Richter habe vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der nunmehr eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trage. Dabei werde er sich umso stärker an der vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolge zu orientieren haben je zentraler diese Rechtsfolge im Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts angesiedelt sei.

Diese Grundsätze führen hier dazu, dass der Antragsteller verpflichtet ist, an die Antragsgegnerin für die Zeit der Betreuungsbedürftigkeit des Sohnes P Geschiedenenunterhalt gemäß § 1570 BGB zu zahlen. Bei der Bemessung des Unterhalts orientiert sich der Senat an dem kleinen Selbstbehalt, der zurzeit 820 € monatlich beträgt. Diesen Betrag benötigt die Antragsgegnerin aus eigenen Einkünften und ergänzendem Ehegattenunterhalt. Die Bemessung des Bedarfs in Höhe von insgesamt 820 € monatlich berücksichtigt auch, dass der Senat nach der Anhörung der Parteien davon überzeugt ist, dass weiterhin eine langdauernde verfestigte eheähnliche Beziehung zwischen der Antragsgegnerin und dem Zeugen Z besteht. (...) Danach kann festgestellt werden, dass sich seit der letzten Beurteilung der Voraussetzungen für eine Verwirkung des Ehegattenunterhalts nach § 1579 Nr. 7 BGB durch den Senat im Rahmen des Getrenntlebensunterhalts die Verhältnisse tatsächlich nicht geändert haben. Der Senat hält daher weiterhin die Voraussetzungen der Verwirkung für gegeben. Auch unter diesem Aspekt sind die Belange des erst 10 Jahre alten Sohnes P zu berücksichtigen mit der Folge, dass der Senat in der Gesamtschau den Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin an einem Bedarf von insgesamt 820 € monatlich orientiert. (...)

Der durch den notariellen Ehevertrag wirksam ausgeschlossene Versorgungsausgleich führt im Rahmen der Ausübungskontrolle nicht zur Anpassung der Vereinbarung. Zwar gehört der Versorgungsausgleich nach der oben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Kernbereich der Scheidungsfolgen, allerdings innerhalb dessen zum entfernteren Bereich. Die Antragsgegnerin ist im Januar 1965 geboren, mithin 40 Jahre alt, hat in der Ehe laut Auskunft der Landesversicherungsanstalt Schleswig-Holstein bereits monatliche Rentenanwartschaften von 90,11 € erworben, war nach der Ehezeit im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB versicherungspflichtig erwerbstätig oder – finanziert durch die Arbeitsverwaltung – in berufsfördernden Maßnahmen, erhielt außerdem in der Vergangenheit Arbeitslosengeld, Krankengeld und Übergangsgeld und wird Ende Juni 2005 mit einer zweijährigen Berufsausbildung beginnen, für die weiterhin das Überbrückungsgeld von 855,30 € gezahlt wird, so dass sie auch voraussichtlich für das Alter gesichert ist. Da ihr die Agentur für Arbeit eine Berufsausbildung finanziert, kann davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin künftig eine eigene berufliche Stellung erreichen wird, die es ihr ermög-

licht, genügend Rentenanwartschaften zu sammeln. Im Hinblick auf ihre Erkrankung (rezidivierende Bindegewebsgeschwulst) besteht zurzeit keine Erwerbsunfähigkeit, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Antragsgegnerin aus Gesundheitsgründen nicht langdauernd erwerbstätig sein kann. Hiergegen spricht schon der kurz bevorstehende Beginn ihrer Ausbildung. (...)

11. BGB § 2346 (*Erbverzicht wirkt nur zwischen Vertragspartnern, nicht bei weiteren Erbfällen*)

**Ein Erbverzicht wirkt nur zwischen den Vertragspartnern und bezieht sich ausschließlich auf den Erbfall, der durch den Tod der Person eintritt, mit welcher der Verzichtende den Vertrag geschlossen hat. Somit ist nicht die Möglichkeit eröffnet, einen allgemeinen Verzichtsvertrag mit dem Inhalt zu schließen, dass der Verzichtende auch in allen weiteren Erbfällen, die in Bezug zu dem Vertragspartner stehen, ausgeschlossen sein soll.**

BayObLG, Beschluss vom 17.2.2005, 1Z BR 115/04

Gründe:

#### I.

Der Erblasser ist zwischen dem 28.11.2002 und dem 1.12.2002 im Alter von 51 Jahren verstorben. Er war unverheiratet und hatte keine Abkömmlinge. Eine von dem Erblasser getroffene Verfügung von Todes wegen liegt nicht vor.

Aus der Ehe der vorverstorbenen Eltern des Erblassers ist neben dem Erblasser als weiterer Abkömmling der Beteiligte zu 1 hervorgegangen. Der Vater des Erblassers hatte außer dem Beteiligten zu 1 und dem Erblasser noch einen weiteren Abkömmling, den außerhalb der Ehe am 14.1.1950 geborenen Beteiligten zu 2. Mit notariellem Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 26.9.1980 hat der Beteiligte zu 2 gegenüber seinem Vater auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtet.

Der Beteiligte zu 2 ist der Auffassung, der gegenüber seinem Vater erklärte Erb- und Pflichtteilsverzicht erstreckte sich nicht auf den durch den Tod des Erblassers, seines Bruders, eingetretenen Erbfall, und beantragte die Erteilung eines Erbscheins, wonach der Erblasser auf Grund gesetzlicher Erbfolge von dem Beteiligten zu 1 zu  $\frac{3}{4}$  und von dem Beteiligten zu 2 zu  $\frac{1}{4}$  beerbt worden ist. Der Beteiligte zu 1 ist dem mit dem Vorbringen entgegengetreten, der Erbverzicht vom 26.9.1980 wirke auch gegenüber dem Erblasser, da es der Wille des vorverstorbenen Vaters und des Beteiligten zu 2 gewesen sei, dass mit der notariellen Urkunde vom 26.9.1980 und der dort vereinbarten Zahlung an den Beteiligten zu 2 „alles erledigt sein sollte“.

Das Nachlassgericht stellte mit Vorbescheid vom 26.1.2004 die Erteilung eines Erbscheins gemäß dem Antrag des Beteiligten zu 2 in Aussicht. Gegen diesen Vorbescheid legte der Beteiligte zu 1 Beschwerde ein.

Die Beschwerdekammer erholte Stellungnahmen des Notars, der den Erb- und Pflichtteilsverzicht vom 26.9.1980 beurkundet hat. Mit Beschluss vom 17.8.2004 wies das Landgericht die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurück. Der Senat hob diese Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers mit Beschluss vom 11.10.2004 auf.

Das Beschwerdegericht hat nach Behebung des Mangels die Beschwerde des Beteiligten zu 1 mit Beschluss vom 24.11.2004

erneut zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich seine weitere Beschwerde.

#### II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Der Erblasser sei mangels letztwilliger Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz beerbt worden. Da er nicht verheiratet war und keine Abkömmlinge hinterlassen habe, seien die Eltern und deren Abkömmlinge als Erben berufen. Nachdem die Eltern vorverstorben seien, gehe der hälftige Erbanteil der Mutter des Erblassers auf deren einzigen Abkömmling, den Beteiligten zu 1, über. Der Erbteil des Vaters gehe zu gleichen Teilen an die Beteiligten zu 1 und zu 2 als dessen Söhne. Somit sei der Beteiligte zu 1 insgesamt zu drei Viertel, der Beteiligte zu 2 zu ein Viertel als Erbe berufen.

Eine Änderung dieser Erbfolge bewirke auch nicht der Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag vom 26.9.1980. Ein Erbverzicht wirke nur zwischen den Vertragspartnern und beziehe sich nur auf den Erbfall des Vertragspartners. Der Erblasser sei nicht Vertragspartner des Erbverzichtsvertrags vom 26.9.1980 gewesen. Ein Verzichtsvertrag, der über den Vertragspartner hinauswirke, sei dem deutschen Recht fremd. Ferner sei der Beteiligte zu 2 auch nicht unter Berücksichtigung der Vorschriften über den vorzeitigen Erbausgleich als Erbe nach seinem Halbbruder ausgeschlossen. Die Voraussetzungen für die Annahme eines vertraglich gewollten vorzeitigen Erbausgleichs lägen ersichtlich nicht vor. Auch komme eine Umdeutung in einen Erbverzichtsvertrag nicht in Betracht. Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass der Erblasser den Beteiligten zu 2 durch Testament hätte ausschließen können, dies aber nicht erfolgt sei.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält rechtlicher Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Der Erblasser ist gesetzlich von dem Beteiligten zu 1 zu drei Vierteln und dem Beteiligten zu 2 zu einem Viertel beerbt worden. Nachdem der Erblasser weder verheiratet war noch Abkömmlinge hinterlassen und eine letztwillige Verfügung nicht errichtet hat, sind ausschließlich die gesetzlichen Erben zweiter Ordnung zur Nachfolge berufen. Dies sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge (§ 1925 Abs. 1 BGB). Nachdem die beiden Elternteile des Erblassers vorverstorben sind, treten an die Stelle des Vaters und der Mutter die jeweiligen Abkömmlinge (§ 1925 Abs. 3 Satz 1 BGB). Dabei bedarf es der gesonderten Betrachtung der mütterlichen und der väterlichen Linie (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 1925 Rdnr. 4). Die Abkömmlinge der einzelnen Elternteile erben nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften (§ 1925 Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 1924 Abs. 1 und Abs. 4 BGB). Einziger zu berücksichtigender Abkömmling in der Linie der Mutter ist der Beteiligte zu 1. Er ist somit nach seinem Bruder zur Hälfte als Erbe berufen. In der Linie des Vaters des Erblassers sind die beiden Beteiligten als Söhne zu berücksichtigen. Nach § 1925 Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 1924 Abs. 4 BGB sind die beiden Halbbrüder je zu einem Viertel berufen. Sonach ist der Erblasser von dem Beteiligten zu 1 zu drei Vierteln und von dem Beteiligten zu 2 zu einem Viertel beerbt worden.

b) Dem vom Beteiligten zu 2 am 26.9.1980 unterzeichneten Erbverzicht kann in dem hier zu prüfenden Erbgang keine Verzichtswirkung nach § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB beigemessen werden. Zu Recht hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass der Erbverzicht nur zwischen den Vertragspartnern wirkt. Es ist herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Litera-

tur, dass sich ein Erbverzicht immer nur und ausschließlich auf den Erbfall bezieht, der durch den Tod derjenigen Person eintritt, mit welcher der Verzichtende den Vertrag geschlossen hat (OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1450, 1451; *Erman/Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2346 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Strobel*, 4. Aufl., § 2346 Rdnr. 9; *Palandt/Edenhofer*, Überbl. v. § 2346 Rdnr. 3; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2346 Rdnr. 9; *Staudinger/Schotten*, BGB, Bearbeitung 2004, § 2346 Rdnr. 26). Somit ist nicht die Möglichkeit eröffnet, einen allgemeinen Verzichtsvertrag mit dem Inhalt zu schließen, dass der Verzichtende auch in allen weiteren Erbfällen, die in Bezug zu dem Vertragspartner stehen, ausgeschlossen sein soll (vgl. MünchKommBGB/*Strobel*, a. a. O.; *Soergel/Damrau*, a. a. O.; *Staudinger/Schotten*, a. a. O.). Unabhängig davon, dass die vom Beteiligten zu 1 begehrte Wirkung des Verzichtsvertrags vom 26.9.1980 von Rechts wegen ausscheidet, gäbe schon der vertragliche Wortlaut einen über den Vertragspartner hinausreichenden Verzichtswillen nicht her.

Nicht durchdringen kann die weitere Beschwerde auch mit ihrer Auffassung, dass der Vater für seine beiden ehelichen Söhne die Verzichtserklärung des Beteiligten zu 2 für die weiteren Erbfälle entgegengenommen habe. Hierfür fehlt es schon an Anknüpfungstatsachen in der Vertragsurkunde selbst, die eine solche Annahme rechtfertigen könnten. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Vater nicht nur für seine Person den Erbverzicht des Beteiligten zu 2 entgegennehmen, sondern auch als Vertreter für den Erblasser und den Beteiligten zu 1 einen rein verpflichtend wirkenden Vertrag über den gesetzlichen Erbteil künftiger gesetzlicher Erben gemäß § 311 b Abs. 5 Satz 1 BGB abschließen wollte.

c) Zuletzt schließt auch die Bestimmung des § 1934 e BGB a. F., die auf den vorliegenden Fall noch Anwendung finden würde (vgl. Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB), den Beteiligten zu 2 nicht von der gesetzlichen Erbfolge nach seinem Halbbruder aus. Dies wäre nur anzunehmen, wenn in der Vereinbarung vom 26.9.1980 zwischen dem Vater und dem Beteiligten zu 2 eine wirksame Regelung über den vorzeitigen Erbgang gesehen werden könnte. Hierfür fehlen, worauf das Landgericht zu Recht hingewiesen hat, jedoch jegliche Anhaltspunkte tatsächlicher und rechtlicher Art.

12. BGB §§ 1938, 1941, 2077, 2278, 2279, 2298, 2299 (*Enterbung als einseitige Verfügung im Erbvertrag, keine Unwirksamkeit nach Scheidung*)

1. **In einem Erbvertrag kann eine Enterbung nicht in vertragsmäßiger Weise, sondern nur als einseitige Verfügung getroffen werden.**
2. **Haben sich in einem Erbvertrag die Ehegatten wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt, keinen Schluss-erben bestimmt und ferner verfügt, dass der längstlebende Ehegatte seine Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt und im Übrigen frei verfügen darf, kann bei einer Scheidung der Ehe die ergänzende Testamentsauslegung ergeben, dass der Erblasser seine Verwandten, zu denen er ein dauerhaft schlechtes Verhältnis hatte, auch für den Fall der Scheidung der Ehe von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen wollte.**

OLG München, Beschluss vom 13.9.2005, 31 Wx 064/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht

Die 78-jährige Erblasserin verstarb am 8.7.2003; sie hinterließ keine Abkömmlinge. Ihre Ehe wurde im Jahr 1995 geschieden. Die Erblasserin und ihr damaliger Ehemann schlossen am 25.11.1960 einen notariellen Ehe- und Erbvertrag. In dem erbvertraglichen Teil war geregelt, dass sich die Eheleute unter beiderseitiger Annahme vertragsmäßig gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzen. Der überlebende Erbe sollte in keiner Weise beschwert sein. Am 26.1.1982 schlossen die Erblasserin und ihr Ehemann einen ergänzenden Erbvertrag. In diesem Vertrag wurde auf den Ehe- und Erbvertrag vom 25.11.1960 Bezug genommen. Im Übrigen enthält der Erbvertrag folgende Regelung:

*„Wir ergänzen hiermit den Erbvertrag wie folgt:*

*Der längerlebende Ehe teil, gleichgültig wer von uns beiden dies ist, schließt hiermit seine Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge aus. Einen Schluss-erben (Erben des längerlebenden Ehe teils) wollen wir auch heute ausdrücklich nicht bestimmen. Der längerlebende Ehe teil kann beliebig verfügen.*

*Wir erkennen an, vom Notar darauf hingewiesen worden zu sein, dass bei Ableben des längerlebenden Ehe teils mangels gesetzlicher Erben der Freistaat Bayern Erbe würde, wenn der Längerlebende keine anderslautende letztwillige Verfügung trifft.*

*Kinder sind aus unserer Ehe nicht vorhanden.“*

Die Erblasserin hatte einen Bruder, der im Jahr 1998 verstorben ist. Weitere Geschwister hatte sie nicht. Die Beteiligte zu 1 ist einziger Abkömmling des Bruders der Erblasserin. Der Beteiligte zu 2 ist der Fiskus.

Die Beteiligte zu 1 beantragte am 6.5.2004 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin ausweist. Sie vertrat die Auffassung, dass nach der Scheidung der Erblasserin die geschlossenen Erbverträge unwirksam seien. Nach Beweisaufnahme wies das Nachlassgericht den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zurück und kündigte an, das Erbrecht des Fiskus festzustellen, sofern nicht gegen diese Entscheidung innerhalb von vier Wochen Beschwerde eingelegt wird. Die eingelegte Beschwerde der Beteiligte zu 1 wies das Landgericht zurück. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde war zulässig; sie hatte jedoch in der Sache keinen Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die wechselseitige Erbeinsetzung des früheren Ehemanns der Erblasserin sei von Gesetzes wegen durch die Scheidung hinfällig geworden. Die Überprüfung der Vertragsklausel, wonach der länger lebende Ehepartner seine Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, ergebe, dass es sich hierbei nicht um eine vertragsmäßige Verfügung handle. Deshalb folge aus der Scheidung der Vertragspartner nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit der nicht vertragsmäßigen Verfügung. Allerdings sei die erbvertragliche Regelung aus dem Jahr 1982 unklar. Die erbvertragliche Bestimmung des Ausschlusses der Verwandten komme nicht unmittelbar zur Anwendung, da die Erblasserin nicht der länger lebende Ehegatte sei. Andererseits sei für den Fall des Scheiterns der Ehe vor dem Ableben eine erbvertragliche Absprache nicht getroffen worden. Die von den Vertragspartnern getroffene Regelung sei daher auslegungsbedürftig und auch auslegungsfähig. Die Regelung des Ausschlusses der Verwandten des längstlebenden Vertragspartners sei auf den ausdrücklichen Wunsch der Erblasserin aufgenommen worden. Hieraus ergebe sich, dass das Verhältnis der Erblasserin zu ihren Verwandten für die Regelung ausschlaggebend gewesen sei. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme komme die Kammer zu der Erkenntnis, dass die Erblasserin ihre Verwandten unter allen Umständen von der Erbfolge habe ausschließen wollen. Dieser Wille finde in dem Erbvertrag nur einen unvollkommenen Ausdruck. Er korrespondiere jedoch mit außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, die zur Ermittlung

des Erblasserwillens herangezogen werden können. Sonach liege eine wirksame Enterbung der Beteiligten zu 1 vor. Ein Anspruch auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin bestehe deshalb nicht.

Der Wortlaut der Vereinbarung des Erbvertrags vom 26.1.1982 stehe dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Zwar solle danach der Ausschluss des Verwandtenerbrechts mit dem Tod des Letztversterbenden eintreten. Es sei aber darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss der Verwandten beim ersten Erbfall aus damaliger Sicht bereits durch die Einsetzung des Ehegatten zum alleinigen Erben sichergestellt war. Deshalb habe nach der Vorstellung der Erblasserin, die an eine Ehescheidung offenbar nicht gedacht habe, die erbvertragliche Regelung genügt, um eine dauerhafte Enterbung der eigenen Verwandten sicherzustellen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das Landgericht geht zu Recht davon aus, dass wegen § 2279 Abs. 2 BGB, § 2077 Abs. 1 BGB die erbvertragliche Erbeinsetzung des früheren Ehemanns durch die Scheidung unwirksam geworden ist. Es kann hier für die Entscheidung dahinstehen, nach welcher Vorschrift sich letztlich die weiteren Auswirkungen der scheidungsbedingten Unwirksamkeit auf die erbvertraglichen Regelungen beurteilen. Denn weder die Anwendung von § 2279 Abs. 1 i. V. m. § 2085 BGB (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2298 Rdnr. 2) noch die Vorschrift des § 2298 BGB führen zur Unwirksamkeit der weiteren im Erbvertrag enthaltenen Verfügung der Enterbung der Verwandten.

aa) Die Anwendbarkeit von § 2298 BGB auf den in § 2077 Abs. 1 BGB normierten Unwirksamkeitsgrund ist unstritten (vgl. ablehnend *Staudinger/Kanzleiter*, BGB [1998], § 2298 Rdnr. 7; bejahend *Erman/M. Schmidt*, BGB, 11. Aufl., § 2298 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Musielak*, 4. Aufl., § 2298 Rdnr. 3). Nach § 2298 Abs. 1 BGB hätte nämlich die Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Verfügung grundsätzlich die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages unter Einschluss der einseitigen Verfügungen zur Folge (vgl. MünchKommBGB/*Musielak*, § 2298 Rdnr. 2; a. A. *Erman/M. Schmidt*, § 2298 Rdnr. 2; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2298 Rdnr. 10). Die Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit tritt aber auch bei Anwendung der Bestimmung des § 2298 BGB dann nicht ein, wenn ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB). § 2298 Abs. 1 BGB bestimmt keine zwingende Rechtsfolge, sondern ist nur Auslegungsregel, die dem vermuteten Parteiwillen Rechnung trägt (BayObLG, DNotZ 1996, 53; MünchKommBGB/*Musielak*, § 2298 Rdnr. 7). Der Fortbestand der Verfügung der Erblasserin, wonach sie ihre Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt, ist trotz der Unwirksamkeit der vertraglichen Erbeinsetzung gegeben, da ein von dem Eintritt der Nichtigkeit abweichender Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (vgl. § 2298 Abs. 3 BGB). Der geschiedene Ehemann der Erblasserin hat vor dem Nachlassgericht bekundet, dass die getroffene Regelung in Bezug auf die Enterbung der Verwandten unabhängig von dem Bestand der Ehe sein sollte. Diese Äußerung kann nicht anders gedeutet werden, als dass sich nach dem Willen der Vertragschließenden eine etwaige Scheidung nur auf die vertragliche Erbeinsetzung des Ehepartners, nicht aber auf die weitere getroffene Verfügung der Enterbung der Verwandten auswirken sollte. Anderweitige Anhaltspunkte, welche die vom geschiedenen Ehemann bekundete Willensrichtung der Erblasserin ausschließen, sind nicht erkennbar.

Der Ausschluss der eigenen Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge steht auch nicht als vertragsmäßige Verfügung der

Erblasserin mit den weiteren erbvertraglichen Regelungen, insbesondere mit der Erbeinsetzung des Ehepartners, in einem engen und unzertrennbaren Zusammenhang, dass mit dem Wegfall der vertragsmäßigen Erbeinsetzung des Ehemannes auch die Verfügung über die Enterbung der eigenen Verwandten entfallen müsste. Denn die Enterbung ohne Erbeinsetzung nach § 1938 BGB kann in einem Erbvertrag nicht als zulässige vertragsmäßige Verfügung getroffen werden. Als vertragsmäßige Verfügung eines Erbvertrages ist nach § 2278 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1941 Abs. 1 BGB nur die Erbeinsetzung, nicht jedoch die Enterbung ohne Erbeinsetzung möglich. In einem Erbvertrag kann die Enterbung nur als einseitige Verfügung nach § 2299 Abs. 1 BGB getroffen werden (*Palandt/Edenhofer*, § 1938 BGB Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Leipold*, § 1938 Rdnr. 2; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1938 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/Müller-Christmann*, BGB, § 1938 Rdnr. 3). Nachdem sich die durch die Scheidung bewirkte Nichtigkeitsfolge wegen des anderweitigen Willens der Vertragsparteien nur auf die vertragsmäßige Erbeinsetzung des geschiedenen Ehemanns auswirkt, hat die einseitige Verfügung der Erblasserin des Ausschlusses der eigenen Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge auch nach der Scheidung der Vertragschließenden nach wie vor Bestand.

bb) Keine andere Beurteilung ergibt sich, wenn als Prüfungsmaßstab nicht § 2298 BGB, sondern § 2279 Abs. 1 i. V. m. § 2085 BGB herangezogen wird. Danach hat die Unwirksamkeit einer von mehreren Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur dann zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Dies ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gerade nicht der Fall. Vielmehr war der Erblasserin die Enterbung ihrer Verwandten so wichtig, dass sie hierfür eine Ergänzung des Erbvertrages der Ehegatten aus dem Jahr 1960 für notwendig erachtet hat.

Somit ist es von Rechts wegen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Verfügung der Enterbung der Verwandten der Erblasserin als einseitige Verfügung für nach wie vor als wirksam erachtet hat. Diese zutreffende rechtliche Beurteilung führt dazu, dass die Verfügung der Enterbung der eigenen Verwandten im Weiteren nicht den erbvertraglichen Regelungen unterworfen ist, sondern dem Recht der Testamente unterliegt (§ 2299 Abs. 2 Satz 1 BGB).

b) Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die einseitige erbrechtliche Regelung der Erblasserin nicht die hier zu entscheidende Konstellation umfasst, sondern den Fall, dass die Erblasserin ihren Ehemann überlebt. Nicht zu beanstanden ist die vom Landgericht hierwegen angestellte Folgerung, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin daher der Auslegung bedarf und der Auslegung zugänglich ist.

aa) Die Testamentsauslegung selbst ist Sache der Gerichte der Tatsacheninstanz. Die Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357, 363 = MittRhNotK 1993, 229; BayObLG, FamRZ 2002, 269, 270 = ZErB 2002, 25; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 147 ff.).

bb) Gemessen an diesen Kriterien ist die vom Landgericht vorgenommene Auslegung, dass die Erblasserin ihre Verwandten auch für den Fall der Scheidung ihrer Ehe und des Wegfalls des Vertragserben von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen hat, nicht zu beanstanden.

(1) Zu dem Ausschluss der Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ist das Landgericht der Sache nach – ohne seine Auslegung ausdrücklich so zu bezeichnen – durch ergänzende Auslegung gekommen. Die ergänzende Testamentsauslegung kann grundsätzlich alle in der Zeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Erbfall eintretenden Veränderungen berücksichtigen. Sie dient somit insbesondere dazu, eine nachträgliche Lücke im Testament zu schließen. Dabei ist zu ermitteln, was nach der Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung als von ihm gewollt anzusehen wäre, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte (BayObLGZ 1966, 390, 394; 1982, 159, 165; 1988, 165, 167). Es handelt sich somit nicht mehr darum, dass der erwiesene oder auch nur zu vermutende wirkliche Wille des Erblassers zur Geltung gebracht wird, sondern um die Berücksichtigung eines nur hypothetischen Willens, den der Erblasser vermutlich gehabt haben würde, wenn er bei seiner letztwilligen Verfügung die künftige Entwicklung vorausschauend in Betracht gezogen hätte (BayObLGZ 1988, 165, 168 m. w. N.). Bei der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens sind auch außerhalb des Testaments liegende Umstände sowie Äußerungen des Erblassers zu berücksichtigen (BGH, MittBayNot 1973, 101). Dies ist aber nur dann zulässig, wenn sich für die behauptete Willensrichtung des Erblassers ein auch noch so geringer Anhaltspunkt oder ein noch so unvollkommener Ausdruck aus dem Testament selbst ergibt (BGHZ 22, 357, 362; 74, 116, 119).

(2) Unter Zugrundelegung vorstehender Grundsätze konnte das Landgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Erblasserin bei Berücksichtigung der Scheidung ihrer Ehe die Verfügung so gestaltet hätte, auch in diesem Fall die eigenen Verwandten nicht als gesetzliche Erben zu berufen. Sie hat bei Abschluss des ergänzenden Erbvertrags im Jahr 1982 den Fall der Scheidung ihrer Ehe und den Wegfall des Vertragserben in Person ihres Ehemanns offensichtlich nicht bedacht. Der Erblasserin kam es aber angesichts ihres schlechten Verhältnisses insbesondere zur Ehefrau ihres Bruders ersichtlich darauf an, ihre einzigen Verwandten von der Erbfolge auszuschließen. Auch sollte nach der Aussage des geschiedenen Ehemanns vor dem Nachlassgericht die getroffene Regelung unabhängig von dem Fortbestand der Ehe sein. Ferner hat die Beweisaufnahme ergeben, dass die Initiative für die ergänzende Vertragsklausel von der Erblasserin ausging. Wie entscheidend für sie diese Frage war, zeigt sich des Weiteren daran, dass es ihr mangels Einsetzung eines Schlusserben offensichtlich nicht wichtig war, wer ihr Vermögen nach ihrem Ehemann erben soll. Von Belang war ausweislich der getroffenen Regelung allein, wer ihr Vermögen jedenfalls nicht erhalten soll, nämlich ihre Verwandten. Hierzu zählt auch die Beteiligte zu 1.

(3) Der ergänzenden Testamentsauslegung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass nach der Ehescheidung der einzige dem Willen der Erblasserin entsprechende Vertragserbe weggefallen ist und ihre Rechtsvertreterin sie darauf hingewiesen hat, der Erbvertrag vom 26.1.1982 könne keine Wirkung mehr entfalten. Der Heranziehung eines hypothetischen Willens der Erblasserin stünde entgegen, wenn sie sich mit ihren Verwandten im Allgemeinen oder der Beteiligten zu 1 im Besonderen nach der Scheidung ausgesöhnt oder jedenfalls mit ihnen wieder Kontakt aufgenommen hätte. Der Begründung der weiteren Beschwerde ist hingegen eindeutig zu

entnehmen, dass dies nicht der Fall war, und die Erblasserin bis zu ihrem Tod zu ihren Verwandten keinen Kontakt hatte. Auch das Ergebnis der Beweisaufnahme ergab keine Andeutung, dass sich das Verhältnis zu den Verwandten in den letzten Jahren vor ihrem Tod gebessert hätte. Der Text der Erbverträge vom 25.11.1960 und 26.1.1982 legt auch nicht die Annahme nahe, dass die Erblasserin bei Kenntnis des Wegfalls ihres Ehemanns als dem einzigen Vertragserben insbesondere ihre Verwandten als Ersatzerben haben wollte. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Erblasserin habe mit ihrer Verfügung die Verwandten auch im Fall der Ehescheidung von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen wollen.

13. BGB §§ 1937, 138 (*Keine Sittenwidrigkeit eines Testaments bei weitgehendem Ausschluss des Sohnes vom Nachlass*)

**Die Bestimmung eines Testaments, durch die der Erblasser mit dem Ziel des möglichst weitgehenden Ausschlusses seines (Adoptiv-)Sohnes von der Teilhabe an seinem Vermögen seinen von diesem abstammenden Enkel als Vorerben einsetzt und den Eintritt der Nacherbfolge u. a. an die Bedingung knüpft, dass sein Sohn Pflichtteilsansprüche geltend macht, ist nicht im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.**

OLG Hamm, Beschluss vom 11.1.2005, 15 W 391/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist in OLGR-Mitte 2005, 509 abgedruckt.

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. BGB §§ 138, 737; GmbHG § 34; AktG § 246 (*Ausschließung ohne sachlichen Grund bei Beendigung eines Kooperationsvertrags*)

- Das grundsätzlich nicht anzuerkennende Recht, einen Mitgesellschafter ohne Vorhandensein eines sachlichen Grundes aus einer GmbH auszuschließen, kann dann nicht als sittenwidrig angesehen werden, wenn als Grund für die Ausschließung in der Satzung die ordentliche Beendigung eines Kooperationsvertrages bestimmt ist, dem gegenüber die gesellschaftsrechtliche Bindung von gänzlich untergeordneter Bedeutung ist, weil mit ihr keine Chancen verbunden sind, die nicht bereits aufgrund des Kooperationsvertrages bestehen.**
- Anfechtungsgründe gegenüber einem Gesellschafterbeschluss müssen, soll die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG nicht funktionslos werden, innerhalb dieser Frist geltend gemacht werden, eine zeitlich unbegrenzte Einführung solcher Gründe kommt nicht in Betracht (Klarstellung von BGHZ 152, 1, 6).**

BGH, Urteil vom 14.3.2005, II ZR 153/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Gegenstand der beklagten Gesellschaft ist die Errichtung, die Organisation und der Betrieb einer internationalen Kooperation nationaler Paketdienste. Gesellschafter sind die jeweils in ihren Ländern exklusiv als Partner des Systems tätigen „nationalen Partner“. Zwischen der Beklagten und den nationalen Partnern bestehen Kooperationsverträge, die im Einzelnen die gegenseitigen Rechte und Pflichten festlegen. Diese Verträge sind auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die ordentliche Kündigungsfrist beträgt zwölf Monate zum Monatsende; außerdem ist bestimmt, dass die Verträge aus wichtigem Grund jederzeit gekündigt werden können, wobei – in nicht abschließender Form – eine Reihe von Umständen aufgeführt sind, die als wichtiger Grund gelten sollen. In § 8 Abs. 2 lit. a der Satzung der Beklagten war ursprünglich vorgesehen, dass der Beklagten eine call-option zusteht, wenn ein Gesellschafter nicht mehr in das von ihr organisierte Paketsystem als nationaler Partner eingegliedert ist. Die zwangsweise Einziehung eines Geschäftsanteils war nach § 9 a. O. u. a. für den Fall der Kündigung der Gesellschaft seitens eines Gesellschafters oder bei einem Verstoß gegen das gesellschaftsvertragliche Wettbewerbsverbot zugelassen. Im Dezember 1995 wurde eine Satzungsänderung beschlossen, die die genannte call-option aufhob und als neuen Einziehungsgrund den Fall aufführte, dass ein Gesellschafter nicht mehr nationaler Partner ist. Ob diese am 15.3.2002 in das Handelsregister eingetragene Satzungsänderung wirksam beschlossen worden ist, ist zwischen den Parteien umstritten.

Die Klägerin, eine Gesellschaft spanischen Rechts mit Sitz in S., die zu den Gründungsgesellschaftern der Beklagten gehörte und einen Geschäftsanteil von 4.440,00 € (= 4,278 % des Stammkapitals) hält, war die für Spanien zuständige Organisation. Mit Beschluss vom 20.3.2001 hat die Gesellschafterversammlung der Beklagten den Geschäftsführer der Klägerin aus dem Beirat – er ist u. a. zuständig für die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer der Beklagten – abberufen und beschlossen, der beabsichtigten Kündigung des mit der Klägerin geschlossenen Kooperationsvertrages zum 31.3.2002 zuzustimmen und die Geschäftsführung anzuweisen, die Kündigung auszusprechen. Der Beschluss der Versammlung lautet:

„The Shareholder Meeting instructs the Management to terminate the Co-Operation Agreement with R. L. in accordance with the contractual notice period“

Zeitgleich mit dieser Gesellschafterversammlung hat der dort neu gewählte Beirat den bisherigen Geschäftsführer T. abberufen und an seiner Stelle Th. A. zum Geschäftsführer bestellt. Dieser sprach namens der Gesellschaft mit Schreiben vom 21.3.2001 gegenüber der Klägerin die Kündigung des Kooperationsvertrages zum 31.3.2002 aus; diesem Schreiben, in welchem Herr A. mitteilte, zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt worden zu sein, war ein die Abberufung des bisherigen und die Bestellung des neuen Geschäftsführers betreffender Auszug aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 20.3.2001 beigelegt.

Den Beschluss der Gesellschafterversammlung und die Kündigung des Kooperationsvertrages hält die Klägerin für unwirksam, weil sie auf diese Weise gleichzeitig ihre Gesellschafterstellung – sei es auf dem Wege der Ausübung der call-option, sei es auf dem der Zwangseinziehung – verliere, ohne dass dafür ein sachlicher Grund bestehe. Mit ihrer am 4.5.2001 bei Gericht eingegangenen Anfechtungs- und Feststellungsklage hat sie auf Nichtigerklärung des Beschlusses vom 20.3.2001 und auf die Feststellung angetragen, dass die ausgesprochene Kündigung des Kooperationsvertrages unwirksam ist. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens hat die Klägerin – gestützt auf ein von ihr inzwischen eingeholtes Rechtsgutachten – ihr Begehren auch damit begründet, ihr sei in der Gesellschafterversammlung das rechtliche Gehör verweigert worden, weil man ihrem Geschäftsführer den Grund für die Kündigung des Vertrags nicht mitgeteilt habe; außerdem sei damit ihr Informationsrecht aus § 51 a GmbHG verletzt worden. Schließlich hat sie sich darauf berufen, dass Herr A. bei der Kündigung nicht alleinvertretungsberechtigtes Organ der Beklagten gewesen sei; sie bestreite in diesem Zusammenhang, dass dem abberufenen Geschäftsführer T. die Entschließung der Gesellschafterversammlung vor Ausspruch der Kündigung mitgeteilt worden sei. Deswegen hat sie mit Schreiben vom 13.11.2002 die Kündigung auch wegen fehlender (Allein-)Vertretungsmacht des Herrn A. zurückgewiesen. Während des zweitinstanzlichen Verfahrens hat die Gesellschafterversammlung der Beklagten beschlossen, von der call-option Gebrauch zu machen bzw. den Geschäftsanteil der Klägerin einzuziehen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Hiergegen richtet sich die – vom Berufungsgericht zugelassene – Revision der Klägerin.

#### Gründe:

Die Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts mit Recht bestätigt. Der angefochtene Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 20.3.2001 und die zwecks seiner Umsetzung ausgesprochene ordentliche Kündigung des Kooperationsvertrages sind formell und materiell wirksam.

1. Das nach dem Kooperationsvertrag in das freie Ermessen beider Vertragsteile gestellte Recht, den Vertrag ordentlich zu kündigen, ist für die Beklagte nicht deswegen eingeschränkt, weil die Beendigung des Kooperationsvertrages der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, die Gesellschafterstellung der Klägerin auf dem satzungsrechtlich vorgegebenen Weg zu beenden.

a) Auch die Klägerin verkennt nicht, dass der Kooperationsvertrag, der zwischen einer ordentlichen – erst zum Ablauf des zwölften Monats nach der Erklärung wirkenden – und einer aus wichtigem Grund jederzeit möglichen Kündigung unterscheidet und hinsichtlich des Rechts zu ordentlicher Kündigung beide Vertragsparteien gleich behandelt, keinen Anhaltspunkt für ihre Auffassung gibt, der Beklagten sei auch eine ordentliche Kündigung nur bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes erlaubt.

b) Zu Unrecht meint die Klägerin, die Einschränkung des in dem Kooperationsvertrag vereinbarten freien, gerade nicht an besondere Gründe gebundenen ordentlichen Kündigungsrechts ergebe sich aus gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.

aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats (BGHZ 125, 74, 79 m. w. N. = NJW 1994, 1196; BGH, DNotZ 2004, 865; vgl. ferner zum Meinungsstand im Schrifttum MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 737 Rdnr. 17) kann allerdings eine gesellschaftsvertragliche Regelung nicht anerkannt werden, die einem einzelnen Gesellschafter das Recht einräumt, Mitgesellschafter ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes aus einer Personengesellschaft oder einer GmbH (BGHZ 112, 103 ff. = MittBayNot 1990, 319) auszuschließen. Tragende Erwägung hierfür ist, den von der Ausschließung oder Kündigung bedrohten Gesellschafter zu schützen. Denn das freie Kündigungsrecht des anderen Teils kann von ihm als Disziplinierungsmittel empfunden werden, so dass er aus Sorge, der Willkür des ausschließungsberechtigten Gesellschafters ausgeliefert zu sein, nicht frei von seinen Mitgliedschaftsrechten Gebrauch macht oder seinen Gesellschafterpflichten nicht nachkommt, sondern sich den Vorstellungen der anderen Seite beugt („Damoklesschwert“ vgl. BGHZ 81, 263, 268; BGHZ 105, 213, 217 = MittBayNot 1989, 95).

bb) Einem solchen gesellschaftsvertraglich begründeten „Hinauskündigungsrecht“ ist die hier zu beurteilende Fallgestaltung – anders als die Klägerin meint – schon nicht unmittelbar vergleichbar. Nach der Satzung ist nicht einem einzelnen Gesellschafter die Entscheidung überlassen, über die Zustimmung zur Kündigung eines der zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern bestehenden Kooperationsvertrages zu befinden, vielmehr beschließen hierüber die gleichzeitig als nationale Partner in das Paketsystem eingegliederten Gesellschafter. Allenfalls durch eine Übernahme einer größeren Zahl der nationalen Partner durch einen der Gesellschafter kann sich im Laufe der Zeit eine Situation ergeben, in der dieser, weil er nunmehr die Mehrheit der Stimmen in der Gesellschafterversammlung besitzt, wie ein Gesellschafter mit gesellschaftsvertraglich begründeten Befugnissen einen anderen Gesellschafter auf dem Zwischenschritt über die an keine sachliche Voraussetzung gebundene Beendigung des Kooperationsvertrages aus der Gesellschaft entfernen kann.

cc) Selbst wenn man mit der Klägerin diese faktisch gewonnene Entscheidungsmacht den genannten Fällen eines gesellschaftsvertraglich eingeräumten „Hinauskündigungsrechts“ gleichstellen wollte, ist es nicht als sittenwidrig anzusehen, wenn die Beklagte von den ihr in dem Kooperationsvertrag eingeräumten Befugnissen Gebrauch macht. Der Grundsatz, dass ein einzelner Gesellschafter einen Mitgesellschafter nicht ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ausschließen darf, besteht nämlich nicht ausnahmslos. Durchbrechungen hat der Senat, auch wenn er zunächst keinen Anlass hatte, deren Voraussetzungen im Einzelnen festzulegen (vgl. BGHZ 68, 212, 215; BGHZ 81, 263, 269) als möglich erörtert, sie später für den Fall des Ausschlusses des Erben eines Mitgesellschafter (BGHZ 105, 213 ff. = MittBayNot 1989, 95) sowie für den Fall ausdrücklich anerkannt, dass der ausschließungsberechtigte GmbH-Gesellschafter mit Rücksicht auf die enge persönliche Beziehung zu seiner Mitgesellschafterin die volle Finanzierung der Gesellschaft übernommen und der Partnerin die Mehrheitsbeteiligung und die Geschäftsführung eingeräumt hatte (BGHZ 112, 103 ff. = MittBayNot 1990, 319). Auch für eine Praxisgemeinschaft von Ärzten hat der Senat ein – zeitlich begrenztes – Hinauskündigungsrecht anerkannt, wenn es allein dazu dient, die Prüfung zu ermöglichen, ob zu dem neuen Partner das notwendige Vertrauen hergestellt werden kann und ob die Gesellschafter auf Dauer in ihrer für die gemeinsame Berufsausübung erforderlichen Weise harmonisieren können (BGH, DNotZ 2004, 865).

dd) Ein solcher Ausnahmefall liegt – wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat – auch hier vor. Die entscheidende Bedeutung für die Beziehungen der Gesellschafter bzw. nationalen Partner zu der Beklagten ergibt sich aus dem Kooperationsvertrag. Er regelt im Einzelnen die wechselseitigen Rechte und Pflichten und bestimmt vor allem den wirtschaftlichen Ertrag für den einzelnen Partner; zutreffend hat das Berufungsgericht der Klägerin entgegengehalten, dass nichts näher gelegen hätte, als das Recht zu ordentlicher Kündigung an strengere Voraussetzungen zu knüpfen, wenn wirklich die Absicht bestanden hätte, die Partner vor einer verhältnismäßig kurzfristigen Beendigung der Zusammenarbeit zu schützen.

Die Mitgliedschaft in der Beklagten, von der die Gesellschafter keine nennenswerten Gewinne beziehen, stellt sich gegenüber dem Kooperationsverhältnis als ein bloßer Annex dar; sie verschafft dem einzelnen Gesellschafter keine Chancen, die nicht bereits aufgrund des Kooperationsvertrages bestehen. Die durch die Mitgliedschaft in der Beklagten eröffneten Mitwirkungsmöglichkeiten erschöpfen sich für die Gesellschafter in der Einflussnahme auf die Gestaltung des von der Beklagten betriebenen internationalen Paketnetzdienstes, indem sie in der Gesellschafterversammlung die von den Geschäftsführern vorgelegte Jahresplanung billigen, über die Entlastung der Geschäftsführung entscheiden und die Geschäftsführer – über den von ihnen gewählten Beirat – bestellen, abberufen, sie in ihrer laufenden Arbeit kontrollieren sowie mit darüber befinden, mit welchen Unternehmen eine Kooperation begründet oder aufrechterhalten werden soll. Nur ein zugleich mit der Beklagten durch einen Kooperationsvertrag verbundener Gesellschafter kann diese Mitgliedschaftsrechte sinnvoll ausüben. Umgekehrt ist die Beklagte nach der gesamten Konstruktion des Vertragswerks aber darauf angewiesen, den an Stelle des ausgeschiedenen für das entsprechende Land neu gewonnenen Kooperationspartner in den Kreis der Gesellschafter aufzunehmen. Dem trägt die satzungsrechtliche Möglichkeit, den ehemaligen Partner auf dem Wege der call-option bzw. der Zwangseinziehung aus der Gesellschaft zu entfernen, Rechnung, indem auf diesem Weg

der Gleichlauf von bestehendem Kooperationsvertrag und Gesellschaftereigenschaft hergestellt werden kann.

2. Der angefochtene Gesellschafterbeschluss leidet auch nicht an weiteren Mängeln.

a) Da – wie ausgeführt – der Kooperationsvertrag auch ohne Vorhandensein eines wichtigen Grundes ordentlich gekündigt werden kann, bedarf der entsprechende Beschluss der Gesellschafterversammlung keiner Begründung. Ihren Standpunkt, dass sie keinen Grund für die Beendigung der Zusammenarbeit sieht, hat die Klägerin vor der Beschlussfassung eingehend darlegen können. Darin, dass dem Geschäftsführer der Klägerin in der Gesellschafterversammlung die Gründe im Einzelnen nicht dargelegt worden sind, warum die Gesellschaftermehrheit den Kooperationsvertrag mit ihr beenden will, liegt entgegen der Ansicht der Klägerin keine Verletzung ihres Informationsrechts (§ 51 a GmbHG), weil es sich hierbei um Angelegenheiten des einzelnen Gesellschafters und nicht – wie dies nach § 51 a GmbHG erforderlich ist – um solche der Gesellschaft handelt.

b) Abgesehen davon, dass danach Anfechtungsgründe nicht schlüssig vorgetragen sind, hat das Berufungsgericht mit Recht diese erst während des Berufungsverfahrens eingeführten Gründe als verfristet (§ 246 Abs. 1 AktG analog) angesehen. Es entspricht der gefestigten, vom Schrifttum ganz überwiegend zustimmend aufgenommenen (vgl. *Hüffer*, AktG, 6. Aufl., § 246 Rdnr. 26 m. eingehenden Nachw.) Rechtsprechung des Senats (BGHZ 120, 141, 156 f.; 134, 364, 366; 137, 378, 386 m. w. N.), dass die Anfechtungsgründe binnen der einen Monat betragenden Anfechtungsfrist geltend gemacht werden müssen. Aus der Entscheidung des Senats vom 22.7.2002 (BGHZ 152, 1), in der es allein um den Umfang der Darlegung der Berufungsgründe ging, ergibt sich entgegen der Ansicht der Klägerin nicht, dass der Anfechtungskläger jederzeit neue Anfechtungsgründe in den Rechtsstreit einführen und damit die vom Gesetzgeber aus wohl erwogenen Gründen geschaffene Vorschrift des § 246 Abs. 1 AktG funktionslos machen dürfe; vielmehr muss bei der Anfechtungsklage binnen der Anfechtungsfrist der nach der genannten Entscheidung den einen Teil des Klagegrundes dieser Klage bildende maßgebliche Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die Anfechtbarkeit des Beschlusses herleiten will, vorgetragen werden (vgl. *Hüffer*, § 246 AktG Rdnr. 26; *Bork*, NZG 2002, 1094 f.; v. *Falkenhausen/Kocher*, ZIP 2003, 426 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 45 Rdnr. 146; a. A. *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 80).

3. Auch der Feststellungsantrag ist – wie das Berufungsgericht zutreffend entschieden hat – unbegründet.

a) Auf das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Kündigung kann die Klägerin die Unwirksamkeit der Kündigung, wie vorstehend ausgeführt, nicht stützen.

b) Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert – anders als die Klägerin meint – auch nicht an der etwa fehlenden organschaftlichen (Allein-)Vertretungsmacht des Geschäftsführers A., der das Kündigungsschreiben unterzeichnet hat. Die Klägerin meint zu Unrecht, der neu berufene Geschäftsführer A. habe bei der Kündigung ausschließlich als organschaftlicher Vertreter der Beklagten handeln können; vielmehr hat er – wie sich aus dem Beschlussprotokoll ergibt – die entsprechende Erklärung kraft einer ihm von der Gesellschafterversammlung eigens zwecks Umsetzung des Beschlusses erteilten Einzelvollmacht mit Wirkung für die Gesellschaft abgegeben. Auf die Frage, ob seinem Vorgänger T. die Entscheidung über seine Abberufung zuvor mitgeteilt worden war oder ob die

Beklagte – wie das Berufungsgericht angenommen hat – das Handeln von Herrn A. stillschweigend genehmigt hat, kommt es danach nicht an.

15. BGB §§ 415, 613 a; BetrAVG § 4; UmwG §§ 168, 135, 126 (*Übergang von Versorgungsverbindlichkeiten bei Spaltung durch Ausgliederung*)

**Der Übergang einer Versorgungsverbindlichkeit durch Spaltungsplan im Rahmen einer Umwandlung ist nicht von einer Zustimmung des Versorgungsberechtigten und/oder des Pensions-Sicherungs-Verein abhängig. Er wird auch nicht durch einen ausdrücklichen Widerspruch des Berechtigten verhindert. Das gilt auch im Falle der Privatisierung kommunaler Einrichtungen.**

BAG, Beschluss vom 22.2.2005, 3 AZR 499/03 (A)

#### Gründe:

Die Parteien haben darüber gestritten, ob die beklagte Stadt Versorgungsschuldnerin des Klägers geblieben ist, obwohl der städtische Eigenbetrieb, in welchem der Kläger zuletzt beschäftigt war, nach seinem Ausscheiden auf die neu gegründete Klinikum D gGmbH ausgegliedert wurde.

Der Kläger war durch Anstellungsvertrag vom 21.6.1993 von der beklagten Stadt als Vorsitzender der Krankenhausleitung und Kaufmännischer Direktor der Städtischen Kliniken D zum 1.7.1993 befristet für die Zeit bis zum 30.6.1998 eingestellt worden. Im Anstellungsvertrag war für den Kläger eine Versorgung nach beamtenversorgungsrechtlichen Grundsätzen u. a. für den Fall des Ausscheidens aus den Städtischen Kliniken infolge Nichtwiederbestellung nach Ablauf der Wahlzeit vorgesehen, es sei denn, es lag ein wichtiger Grund zur Entlassung vor.

Am 23.4.1997 hatten die Parteien einen „Zusatzvertrag zum Anstellungsvertrag“ geschlossen, wonach der Kläger mit Ablauf des 30.4.1997 von seiner Tätigkeit als Vorsitzender der Krankenhausleitung und Kaufmännischer Direktor bis zum 30.6.1998 unter Fortzahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung freigestellt wurde. Nach § 3 Nr. 1 dieses Vertrages vereinbarten die Parteien weiter, dass mit Ablauf des 30.6.1998 der in § 5 des Anstellungsvertrages vereinbarte Versorgungsfall eintritt.

Am 14.6.1999 hatte der Rat der beklagten Stadt beschlossen, den Eigenbetrieb Städtische Kliniken D zum 1.7.1999 auf eine gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung auszugliedern.

Am 19.10.1999 ließ die beklagte Stadt die Ausgliederung aus dem Vermögen der Stadt D durch Neugründung einer GmbH notariell beurkunden. In der Vereinbarung über die Vermögensübertragung im Rahmen der Ausgliederungserklärung heißt es u. a.:

„Die Stadt D überträgt den gesamten kommunalen Eigenbetrieb Städtische Kliniken D mit allen Gegenständen ihres Aktiv- und Passivvermögens, also sämtliche Aktiva und Passiva des kommunalen Eigenbetriebes, jeweils als Gesamtheit mit allen Rechten und Pflichten auf die durch die Ausgliederung entstehende Gesellschaft, und zwar gegen Gewährung eines Geschäftsanteils auf die übertragende Körperschaft. Die Ausgliederung erfolgt gemäß §§ 168, 123 ff. UmwG. (...)“

Bei den als Gesamtheit übertragenen Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens des Eigenbetriebes handelt es sich im Einzelnen um: (...)

c) alle dem Eigenbetrieb zuzuordnenden Verträge, insbesondere Lieferverträge, Werkverträge und sonstigen Rechte;

d) alle Verbindlichkeiten des Eigenbetriebes, die diesem wirtschaftlich zuzuordnen sind;

e) sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse des Eigenbetriebes;

f) Sachen, Rechte, Vertragsverhältnisse, soweit sie dem vorbezeichneten Eigenbetrieb im weitesten Sinne wirtschaftlich zuzuordnen sind, werden mit übertragen; dies gilt auch insbesondere für bis zur Eintragung der Ausgliederung in das Handelsregister erworbenen Rechte oder Sachen und begründete Vertragsverhältnisse und Verbindlichkeiten.“

Der Kläger ist in keiner der anlässlich der Spaltung erstellten Urkunden namentlich genannt. Die Ausgliederung wurde am 4.11.1999 in das Handelsregister eingetragen.

Mit seiner Klage hat der Kläger das Ziel verfolgt, die Einstandspflicht der Beklagten für seine Versorgungsansprüche gerichtlich feststellen zu lassen. Diese Einstandspflicht bestehe trotz der Ausgliederung ohne zeitliche Begrenzung weiter.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten die Klage abgewiesen. In der Revisionsinstanz haben die Parteien einen Vergleich geschlossen, in welchem die Beklagte erklärte, sie stehe subsidiär für die Erfüllung der besonderen Versorgungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger bis zum Eintritt eines betriebsrentenrechtlichen Versorgungsfalles ein, längstens bis zu dem Ende des Monats, in dem der Kläger sein 65. Lebensjahr vollendet. Im Hinblick auf diesen Vergleichsschluss haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und wechselseitig Kostenanträge gestellt.

## II.

Dem Kläger sind die Kosten des übereinstimmend für erledigt erklärten Rechtsstreits nach § 91 a ZPO aufzuerlegen. Die Klage war zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses, in welchem alle erforderlichen Tatsachen aufgeklärt waren, unbegründet.

1. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten einen Versorgungsanspruch nach beamtenversorgungsrechtlichen Grundsätzen auf Grund seines Anstellungsvertrages vom 21.6.1993 erworben. Dieser bestand nach § 3 Nr. 1 des Zusatzvertrages zum Anstellungsvertrag vom 23.4.1997 in rechnerisch unstrittiger Höhe bereits ab dem 1.7.1998. Soweit sich dieser Versorgungsanspruch auf die Zeit bis zum Eintritt eines der im Betriebsrentengesetz vorgesehenen Versorgungsfälle bezieht, fällt er allerdings noch nicht in den Schutzbereich dieses Gesetzes.

2. Die Versorgungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger sind mit der Ausgliederung des kommunalen Eigenbetriebs Städtische Kliniken D auf die neu gegründete Klinikum D gGmbH übergegangen.

a) Die beklagte Gebietskörperschaft hat hinsichtlich ihres Eigenbetriebs Städtische Kliniken D von der Möglichkeit des § 168 UmwG Gebrauch gemacht.

Es handelt sich um eine Spaltung zur Neugründung, auf die nach § 135 Abs. 1 UmwG grundsätzlich die Bestimmungen über die Spaltung zur Aufnahme, die §§ 126 ff. UmwG, entsprechende Anwendung finden. Nach § 136 Satz 2 UmwG

tritt an die Stelle des Spaltungs- und Übernahmevertrages der Spaltungsplan. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG verlangt damit auch für den Spaltungsplan die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die an die übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile unter Zuordnung zu den übernehmenden Rechtsträgern.

Nach § 171 UmwG treten die Wirkungen der Ausgliederung, wie sie in § 131 UmwG beschrieben werden, mit Eintragung des neuen Rechtsträgers, vorliegend also am 4.11.1999, ein. Dabei legt § 131 UmwG als Rechtsfolge einer Ausgliederung insbesondere fest, dass eine partielle Gesamtrechtsnachfolge eintritt. Die im Spaltungsplan gekennzeichneten Vermögensteile gehen auf die im Spaltungsplan vorgesehenen Rechtsträger über. Einer Einzelübertragung bedarf es nicht (allgemeine Auffassung, vgl. nur *Teichmann* in Lutter, UmwG, § 131 Rdnr. 2). Weiter bestimmt § 172 UmwG für die Ausgliederung durch Gebietskörperschaften, dass durch den Übergang der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden oder neuen Rechtsträger die Körperschaft von der Haftung für die Verbindlichkeiten nicht befreit wird, wobei allerdings nach den §§ 173, 157 UmwG die Haftung der Gebietskörperschaft zeitlich begrenzt ist. Diese haftet für die im Ausgliederungsvertrag aufgeführten Verbindlichkeiten nur, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach der Ausgliederung fällig und daraus Ansprüche gegen die Gebietskörperschaft gerichtlich geltend gemacht sind.

b) Die Festlegungen bei der Ausgliederung zur Neugründung reichten aus, die Versorgungsverbindlichkeiten, welche die Beklagte gegenüber dem Kläger hatte, auf die neu gegründete Gesellschaft übergehen zu lassen. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger mit seinen Versorgungsansprüchen weder in der Ausgliederungserklärung noch in der Anlage hierzu noch in sonstigen aus Anlass der Ausgliederungserklärung errichteten Urkunden namentlich genannt worden ist.

aa) In seinem Urteil vom 8.10.2003 (MittBayNot 2004, 285), dem der Senat beitrifft, hat sich der Bundesgerichtshof mit überzeugender Begründung der Auffassung in der Literatur angeschlossen, wonach die Anforderungen an die Kennzeichnung einzelner Gegenstände im Zusammenhang mit Umwandlungsvorgängen nicht überspannt werden dürfen. Vielmehr müssen Erklärungen nach § 123 UmwG, also auch Spaltungspläne, nach den §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden. Es genügt, wenn der Gegenstand bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Unternehmensteils zugerechnet werden muss. Deshalb sind insbesondere sog. All-Klauseln zulässig, mit denen sämtliche zu einem bestimmten Bereich gehörenden Gegenstände erfasst werden (ebenso *Priester* in Lutter, UmwG, § 126 Rdnr. 43; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, § 131 Rdnr. 110; sowie die amtliche Begründung zu § 126 UmwG BT-Drucks. 12/6699, S. 119). Größere Bestimmtheitsanforderungen sind jedenfalls im Falle des Klägers auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes geboten. Der Kläger war zum Zeitpunkt der Umwandlung aus dem Beschäftigungsverhältnis ausgeschieden. Seine Verbindung zur Beklagten und/oder der ausgegliederten Gesellschaft reduzierte sich damit auf eine Stellung, wie sie grundsätzlich jeder Gläubiger einer Verbindlichkeit aus einem Dauerschuldverhältnis hat.

bb) Die Zuordnung der Versorgungsverbindlichkeiten, die gegenüber dem Kläger bestanden und bestehen, zu der zur Ausgliederung gegründeten Gesellschaft ist unabhängig von § 613 a BGB zu überprüfen, dessen Geltung auch im Fall von Umwandlungen durch § 324 UmwG angeordnet ist. § 613 a BGB findet nur Anwendung, wenn es um die Beantwortung

der Frage geht, ob mit dem Übergang eines Arbeitsplatzes zu einem neuen Betriebsinhaber der bisherige Arbeitsplatzinhaber mit seinen Rechten und Pflichten aus dem bisherigen Arbeitsverhältnis zum neuen Betriebsinhaber wechselt oder nicht. Es geht um die Sicherung von Arbeitsplätzen, nicht um die Sicherung von Verbindlichkeiten von Nicht-Arbeitnehmern, wie es auch ein Betriebsrentner oder ein sonstiger Gläubiger eines Dauerschuldverhältnisses ist (vgl. nur BAG, AP BGB § 613 a Nr. 61 mit Anm. *Stebur*; für den Fall einer Ausgliederung durch eine Gebietskörperschaft BVerwG, 13.7.1999, 1 C 13/98, ZIP 1999, 1816).

Das Landesarbeitsgericht hat deshalb auch zu Recht angenommen, dass die Verweisung in § 324 UmwG auf § 613 a BGB einer Zuordnung der Rechtsverhältnisse ehemaliger Arbeitnehmer bei Umwandlungsvorgängen nicht im Wege stehe (ebenso *Doetsch/Rühmann* in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, J Rdnr. 141). Damit können auch Versorgungsverbindlichkeiten von Mitarbeitern, die vor der Spaltung aus den Diensten des Unternehmens ausgeschieden sind, sowohl dem übertragenden als auch dem neu gegründeten Subjekt zugeordnet werden.

cc) Das Landesarbeitsgericht hat den für die Zuordnung maßgeblichen Spaltungsplan vom 19.10.1999 zutreffend ausgelegt. Die Versorgungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger als früherem Vorsitzenden der Leitung und Kaufmännischem Direktor der Städtischen Kliniken D sind mit auf die neu gegründete Gesellschaft übertragen worden. Sie gehörten zur Gesamtheit der übertragenen Gegenstände, die als „alle Verbindlichkeiten des Eigenbetriebes, die diesem wirtschaftlich zuzuordnen sind“, beschrieben sind.

(1) Es kann unentschieden bleiben, ob die Auslegung von Erklärungen zur Ausgliederung grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten ist, dessen Auslegung für das Revisionsgericht bindend ist, wenn sie rechtsfehlerfrei vorgenommen wurde und zu einem vertretbaren Auslegungsergebnis geführt hat (BGH, MittBayNot 2004, 285). Die Auslegung des Landesarbeitsgerichts hält auch einer uneingeschränkten Kontrolle stand.

(2) Der Kläger rügt im Ergebnis ohne Erfolg, das Landesarbeitsgericht habe nicht alle Umstände des Einzelfalles bei seiner Auslegung verwertet. Die vom Kläger aufgeführten Gesichtspunkte ändern an der Richtigkeit des vom Landesarbeitsgericht gefundenen Auslegungsergebnisses nichts.

Es ist ohne rechtliche Bedeutung, dass die einschlägigen Erklärungen den Kläger nicht persönlich bezeichnen, und dass der Kläger im Personalüberleitungsvertrag nicht genannt wird. Der Kläger war nicht Arbeitnehmer der Beklagten, der auf die Gesellschaft überzuleiten war. Er war lediglich früherer Mitarbeiter. Deshalb sind Bestimmungen im Personalüberleitungsvertrag für einen möglichen Wechsel des Schuldners von bereits entstandenen Versorgungsverbindlichkeiten unmaßgeblich.

Es kommt auch nicht darauf an, ob für die Versorgungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger in der Ausgliederungsbilanz zum 30.6.1999 Rückstellungen gebildet wurden. Es handelt sich insoweit lediglich um ein Hilfsmittel zur wirtschaftlichen Klärung des Ausgliederungsprozesses. Dass der Ausgliederung durch Neugründung diese Bilanz des Eigenbetriebs zum 30.6.1999 zugrunde lag, bedeutet nicht, dass alle die Gegenstände, die in dieser Bilanz nicht aufgeführt sind, nicht übergehen sollten. Es kann deshalb dahinstehen, ob in den im geprüften Jahresabschluss zum 30.6.1999 enthaltenen Rückstellungen für Pensionen auch die für die Versorgungs-

verbindlichkeiten gegenüber dem Kläger erforderlichen Rückstellungen enthalten sind. Es steht jedenfalls fest, dass das vom Wirtschaftsprüfungsunternehmen erstellte versicherungsmathematische Gutachten über die Bewertung der Pensionsverpflichtungen der Städtischen Kliniken D zum 31.12.1998 auch die Pensionsansprüche des Klägers bewertet hat.

Entscheidend ist allein, dass die Versorgungsverbindlichkeiten gegenüber dem Kläger zu den „Verbindlichkeiten des Eigenbetriebes, die diesem wirtschaftlich zuzuordnen sind“, gehören: Der Kläger war leitender Mitarbeiter des Eigenbetriebes Städtische Kliniken D der Beklagten. In dieser Eigenschaft ist ihm die Zusage einer beamtenmäßigen Versorgung gemacht worden. Er mag zwar schon in seinen früheren Tätigkeiten für die Beklagte Versorgungsanwartschaften erworben haben. Die sich daraus ergebenden Ansprüche sind aber allenfalls mit den nun versprochenen Versorgungsleistungen zu verrechnen. Solche Anwartschaften könnten auch den ungewöhnlich hohen Versorgungsgrad von 73 % erklären, den der Kläger bereits zum Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit im Eigenbetrieb erreicht hatte. Aus ihnen ergibt sich aber nicht, dass die jetzt im Streit befindlichen Versorgungsverbindlichkeiten, die aus Anlass der Übernahme der Leitungsverantwortung für den Eigenbetrieb durch den Kläger begründet wurden, wirtschaftlich der Stadt und nicht ihrem Eigenbetrieb zuzuordnen wären. Das Gegenteil ist der Fall.

Dass dies auch bereits vor dem Abspaltungszeitpunkt von der Beklagten für den Kläger erkennbar so gesehen wurde, belegt deren Schreiben an den Kläger vom 8.6.1998, das der Kläger zu Unrecht in einem entgegengesetzten Sinn interpretiert: Dort verweist die Beklagte auf eine Vereinbarung zwischen ihr und dem Eigenbetrieb, auf Grund deren die Versorgungsfälle nach beamtenrechtlichen Grundsätzen von dem Organisations- und Personalamt der beklagten Stadt „abgewickelt“ würden. Das Schreiben bringt damit gerade nicht zum Ausdruck, dass die Zuordnung der Versorgungsverbindlichkeit gegenüber dem Kläger verändert worden ist, sondern bestätigt, dass diese Verbindlichkeit dem Eigenbetrieb zugeordnet war und bleibt. Lediglich die organisatorische Abwicklung der Verbindlichkeit des Eigenbetriebes wird in Erfüllung eines Dienstleistungsauftrags von der zentralen Verwaltung übernommen.

3. Diese mit dem Spaltungsplan erfolgte Zuordnung der Versorgungsverbindlichkeit zur neu gegründeten gGmbH ist ohne die Zustimmung des Klägers und des Pensions-Sicherungs-Vereins VVaG wirksam geworden. Sie führt dazu, dass die Beklagte nur noch für die innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums, also bis zum 4.11.2004, fällig gewordenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldnerin neben der neu gegründeten Gesellschaft eintreten muss. Danach ist die Gesellschaft alleinige Schuldnerin des Klägers. Der Feststellungsantrag konnte deshalb, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt hatten, keinen Erfolg haben.

a) Der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang der ihn betreffenden Versorgungsverbindlichkeiten auf die Gesellschaft ist ohne rechtliche Bedeutung.

aa) Das Umwandlungsrecht kennt kein Recht zum Widerspruch, durch das ein Gläubiger den Übergang einer im Rahmen eines Spaltungsplanes zugeordneten Verbindlichkeit auf eine neu gegründete Gesellschaft verhindern könnte.

bb) Ein solches Recht kann nicht aus § 613 a BGB hergeleitet werden. Der Kläger war zum Zeitpunkt der Ausgliederung nicht mehr Arbeitnehmer der Beklagten. Es ging nicht um den Übergang seines Arbeitsverhältnisses, sondern lediglich um den Wechsel des Schuldners eines Dauerschuldverhältnisses.

§ 613 a BGB regelt einen solchen Übergang nicht. Weder gehen Versorgungsverbindlichkeiten im Falle eines Betriebsübergangs grundsätzlich nach § 613 a Abs. 1 BGB auf einen Betriebserberwerber über noch kann aus dem ursprünglich rechtsfortbildend entwickelten und heute in § 613 a Abs. 6 BGB niedergelegten Recht zum Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses ein Widerspruchsrecht gegen den Wechsel eines Versorgungsschuldners auf Grund eines Spaltungsplanes und der gesetzlich angeordneten Rechtsfolge der partiellen Gesamtrechtsnachfolge hergeleitet werden. Es handelt sich hier um gänzlich unterschiedliche Regelungsbereiche. Sie können auch keine entsprechende Anwendung von Normen aus dem einen in den anderen Regelungsbereich eröffnen.

cc) Aus § 613 a BGB und § 324 UmwG kann auch nicht, wie der Kläger meint, ein „Europäisches Grundrecht“ auf einen den Wechsel des Versorgungsschuldners verhindernden Widerspruch hergeleitet werden.

Die Regeln über den Betriebsübergang sind auf Rechtsverhältnisse von Personen, die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht mehr Arbeitnehmer im übergehenden Betrieb waren, nicht anzuwenden. Darüber hinaus verkennt der Kläger mit seiner Vorstellung, es gebe in diesem Zusammenhang ein Europäisches Grundrecht, den fast ausschließlich nationalen Hintergrund des Widerspruchsrechts im Rahmen des Betriebsübergangs: Während das Bundesarbeitsgericht schon früh (BAGE 26, 301) aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Grundrecht auf Achtung der Menschenwürde das Recht eines von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmers hergeleitet hatte, dem Übergang des eigenen Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserberwerber zu widersprechen, stand der Europäische Gerichtshof einer solchen rechtlichen Möglichkeit ursprünglich kritisch gegenüber. In den Urteilen vom 10.2.1988 (Rs. 324/86, EuGHE 1988, 739 „Daddy’s Dance Hall“) und vom 8.5.1988 (– verb. Rs. 144 und 145/87, EuGHE 1988, 2559) hatte der Europäische Gerichtshof noch angenommen, nach Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie sei der Veräußerer eines Betriebs von seinen arbeitsvertraglichen Pflichten selbst dann befreit, wenn die beschäftigten Arbeitnehmer dem nicht zugestimmt hätten. Die Richtlinie strebe lediglich an, den Arbeitnehmern die Möglichkeit einzuräumen, ihr Beschäftigungsverhältnis mit dem neuen Arbeitgeber zu denselben Bedingungen fortzusetzen, wie sie mit dem Veräußerer vereinbart worden seien. Die Richtlinie bezwecke nicht die Fortsetzung des Arbeitsvertrages mit dem Veräußerer für den Fall, dass die in den Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer ihre Tätigkeit nicht für den Erwerber fortsetzen wollten. Erst in einem Urteil vom 16.12.1992 (– verb. Rs. C-132/91, C-138/91 und C-139/91, EuGHE I 1992, 6577; bestätigt durch EuGH 12.11.1998 – Rs. C-399/96, EuGHE I 1998, 6965 „Wilfried Sanders“) räumte der Gerichtshof ein, dass der Schutz, den die Betriebsübergangsrichtlinie bieten solle, dann gegenstandslos sei, wenn der Betroffene selbst auf Grund seiner eigenen freien Entscheidung das Arbeitsverhältnis nach dem Übergang mit dem neuen Unternehmensinhaber nicht fortsetzen wolle. Daraus folgt, dass es kein europäisches Grundrecht auf Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses gibt.

b) Die Übertragung der Versorgungsverbindlichkeiten auf die Gesellschaft im Wege der Ausgliederung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil ihr weder der Kläger noch der Pensions-Sicherungs-Verein zugestimmt haben.

aa) Als Rechtsgrundlage für ein Zustimmungserfordernis des Klägers kommt § 415 BGB nicht in Betracht. Die §§ 414 und 415 BGB gelten nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur für

die Einzelrechtsnachfolge („eine Schuld“). § 131 UmwG, der über § 135 UmwG auch bei der Ausgliederung Anwendung findet, ordnet demgegenüber ausdrücklich, gerade auch um eine Anwendung der §§ 414, 415 BGB auszuschließen und Umwandlungsvorgänge zu erleichtern, eine partielle Gesamtrechtsnachfolge an (*Buchner*, Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, S. 33 ff.; *Kallmeyer*, UmwG, § 132 Rdnr. 11; vgl. auch aus der amtlichen Begründung des Umwandlungsgesetzes BT-Drucks. 12/6699, S. 121 f.). Die Anwendung des § 415 BGB ist darüber hinaus auch deshalb ausgeschlossen, weil die Ausgliederung nicht zu einer privaten Schuldübernahme, sondern zunächst zur Begründung einer Gesamtschuldnerstellung (§ 172 UmwG) führt, die lediglich auf die Dauer von fünf Jahren zeitlich begrenzt ist (§ 133 Abs. 3 UmwG).

Sonstige allgemeine Regelungen, die den Übergang einer Versorgungsverbindlichkeit auf eine ausgegliederte Gesellschaft von der Zustimmung des Gläubigers abhängig machten unabhängig davon, welcher Art die Verbindlichkeit ist, gibt es nicht. § 22 UmwG, der nach den §§ 135, 125 UmwG auch bei Ausgliederungen zur Neugründung Anwendung findet, gibt den Gläubigern bei Gefährdung der Erfüllung ihrer Forderungen ein Recht auf Sicherheitsleistung. Dieses war jedoch nicht Streitgegenstand.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass der Übergang der Versorgungsverbindlichkeiten auf die Gesellschaft, soweit sie dem Betriebsrentengesetz unterfallen, also nur für die Zeit ab dem Eintritt eines betriebsrentenrechtlichen Versorgungsfalles, nicht nach § 4 BetrAVG von der Zustimmung des Klägers oder des Pensions-Sicherungs-Vereins abhängig ist.

Dies entspricht der ganz herrschenden Meinung in der Literatur (*Gaul*, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, § 35 Rdnr. 19 ff., 29 f.; *Doetsch/Rühmann* in *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, J Rdnr. 142 bis 144; *Blomeyer/Otto*, BetrAVG, § 4 Rdnr. 36 f.; *Boecken*, Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, Rdnr. 136 ff.; *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, G Rdnr. 70 ff.; *Willemsen*, NZA 1996, 791, 801; *Hill*, BetrAV 1995, 114, 116 f.; *Buchner*, Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht, S. 33 ff.; *Küttner/Kreitner*, Personalbuch 2004, Umwandlung Rdnr. 19; a. A. nur *Langohr-Plato*, BetrAV 1996, 81). Auch das Bundesverwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass bei der Ausgliederung eines kommunalen Eigenbetriebs auf eine insolvenzfähige Gesellschaft des Privatrechts die Pflicht dieser Gesellschaft beginnt, Beiträge zur gesetzlichen Insolvenzversicherung zu zahlen, ohne dass es einer Zustimmung des Pensions-Sicherungs-Vereins bedarf (ZIP 1999, 1816).

Dem schließt sich der Senat an. § 132 UmwG verweist nicht auf § 4 BetrAVG. Die erstgenannte Bestimmung ordnet die Anwendung allgemeinen Rechts nur insoweit an, als es die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließt oder sie an bestimmte Voraussetzungen knüpft. § 4 BetrAVG schließt aber weder die Übertragbarkeit von Versorgungsverbindlichkeiten aus noch knüpft er sie an bestimmte Voraussetzungen. Vielmehr wird allein die Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge an die Zustimmung der Versorgungsanwärter und des Pensions-Sicherungs-Vereins VVaG gebunden (so insbesondere *Bachner/Köstler/Matthießen/Trittin*, Arbeitsrecht bei Unternehmensumwandlung und Betriebsübergang, G Rdnr. 72; ähnlich zu §§ 414 ff. BGB *Kallmeyer*, UmwG, § 132 Rdnr. 11). Darüber hinaus begründen die §§ 133, 134 UmwG zusammen mit § 22 UmwG ein in sich

geschlossenes Haftungssystem, das als spezielles Regelwerk auch § 4 BetrAVG vorgeht. Die in diesen nach § 135 UmwG auch auf Ausgliederungen zur Neugründung anwendbaren Bestimmungen vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers macht bei Betriebsrentenansprüchen nur dann Sinn, wenn der Pensions-Sicherungs-Verein und der Gläubiger keine Möglichkeit haben, mit der Verweigerung der Zustimmung den Übergang von Versorgungsverbindlichkeiten von vornherein zu verhindern. Es ist zwar richtig, dass mit dem Ausscheiden des bisherigen Versorgungsschuldners nach Ablauf der Zeit der gesamtschuldnerischen Haftung eine Minderung der Haftungsmasse verbunden sein kann und häufig verbunden sein wird. Dadurch kann es auch zu einer Gefährdung des Anpassungsanspruchs nach § 16 BetrAVG kommen. Der Gesetzgeber hat dieses Risiko jedoch gesehen und es bewusst bei der Neuregelung des Umwandlungsrechts ebenso in Kauf genommen wie bei den vergleichbaren Bestimmungen zur Begrenzung der Nachhaftung im Recht der Personengesellschaften. Schließlich zeigt § 134 Abs. 2 UmwG, dass Versorgungsverbindlichkeiten in das Haftungssystem der §§ 133 und 134 UmwG einbezogen seien und sich nicht nach den Sonderregeln des Betriebsrentenrechts richten sollten.

cc) Der Kläger kann das von ihm geltend gemachte Zustimmungserfordernis nicht auf § 4 BetrAVG stützen. Diese Bestimmung ist nur auf rechtsgeschäftliche Schuldübernahmen, nicht auf partielle Gesamtrechtsnachfolgen anwendbar.

c) Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass dem Übergang der von der Beklagten eingegangenen Versorgungsverbindlichkeiten nicht entgegensteht, dass dem Kläger eine betriebliche Altersversorgung nach beamtenversorgungsrechtlichen Grundsätzen versprochen worden ist. Der Kläger begründet dies damit, die Beklagte habe ihm zugleich auch einen unbedingten Anspruch auf Beihilfe nach der Beihilfeverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen versprochen; diese Verbindlichkeit könne nicht auf eine Gesellschaft privaten Rechts übergehen. Diese Herleitung ist schon deshalb unrichtig, weil Beihilfeansprüche nicht zur Versorgung i. S. d. Beamtenrechts gehören. Sie stehen im Beamtenrecht eigenständig neben der Altersversorgung. Dem entspricht es, dass der Anstellungsvertrag Regelungen über die Altersversorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen und über die Gewährung von Beihilfen nebeneinander stellt.

Mit der Zusage einer Altersversorgung nach beamtenversorgungsrechtlichen Grundsätzen wird eine bestimmte Höhe der Versorgungsansprüche, nicht ein dem Beamtenversorgungsrecht entsprechender Insolvenzschutz versprochen. Der Kläger kann deshalb auch nicht verlangen, dass sich seine Versorgungsansprüche stets gegen einen nicht insolvenzfähigen Schuldner richten.

d) Schließlich stehen dem Kläger auch keine Grundrechte zur Seite, die einer Übertragung der Versorgungsverbindlichkeiten auf die ausgegliederte Gesellschaft entgegenstünden.

Durch die Ausgliederung erleidet der Kläger keinen Substanzverlust bei seinen Versorgungsansprüchen. Allenfalls ein Verlust an Haftungsmasse ist festzustellen. Dieser wird für die Zeit ab Eintritt eines betriebsrentenrechtlichen Versorgungsfalles durch den gesetzlichen Insolvenzschutz ausgeglichen. Lediglich in dem kurzen Zwischenraum zwischen dem Ende der gesamtschuldnerischen Haftung auch der Beklagten und dem Eintritt eines Versorgungsfalles könnte sich ein Haftungsrisiko realisieren. Ein solches Risiko mutet der Gesetzgeber des Umwandlungsgesetzes den Gläubigern aber grundsätzlich zu. Zum Ausgleich ist ihnen vom Gesetzgeber die vom

Kläger im vorliegenden Rechtsstreit nicht genutzte Möglichkeit eingeräumt, unter bestimmten Voraussetzungen Sicherheitsleistung zu verlangen.

Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht berührt. Zwar haben andere frühere Arbeitnehmer der Beklagten, die nicht wie der Kläger dem ausgegliederten Betrieb zugeordnet waren, weiterhin die Beklagte als Versorgungsschuldnerin. Der Sachgrund für diese unterschiedliche Behandlung liegt indes in der unterschiedlichen Zuordnung der Arbeitsverhältnisse, welche die Versorgungsverhältnisse begründet haben.

16. AktG §§ 20, 243; WpHG § 21 (*Stimmlos gefasster HV-Beschluss anfechtbar, nicht nichtig*)

1. **§ 20 Abs. 1 AktG findet auf Gründungsaktionäre Anwendung.**
2. **Ein wegen allseitiger Verletzung der Anzeigepflicht aus § 20 Abs. 1 AktG „stimmlos“ gefasster – aber vom Versammlungsleiter festgestellter – Hauptversammlungsbeschluss ist nicht nichtig, sondern anfechtbar.**
3. **Eine Anfechtungsbefugnis kommt bei stimmlos gefassten Hauptversammlungsbeschlüssen auch einem Aktionär zu, dessen Mitgliedschaftsrechte ansonsten gemäß § 20 Abs. 7 AktG ruhen.**

OLG Dresden, Urteil vom 11.1.2005, 2 U 1728/04; nicht rechtskräftig.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt in ZIP 2005, 573.

## Zivilprozessrecht

17. EGZPO § 15 a (*Keine Nachholung des Schlichtungsverfahrens nach Klageerhebung*)

**Ist durch Landesrecht ein obligatorisches Güteverfahren vorgeschrieben, so muss der Einigungsversuch der Klageerhebung vorausgehen. Er kann nicht nach der Klageerhebung nachgeholt werden. Eine ohne den Einigungsversuch erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.**

BGH, Urteil vom 23.11.2004, VI ZR 336/03

Die Beklagte war 1999 Mieterin in einem Wohnhaus des Klägers. Dieser nimmt sie mit der Behauptung, sie habe ihn bei einem körperlichen Angriff im September 1999 verletzt, auf Zahlung von Schmerzensgeld und Ersatz materiellen Schadens in Anspruch. Er hat deshalb im September 2002 Klage beim Amtsgericht St. Wendel (Saarland) eingereicht. Das Amtsgericht hat den Streitwert der Klage – von den Parteien unbeanstandet – auf 545,36 € festgesetzt. Ein Schlichtungsverfahren nach §§ 37 a ff. des saarländischen Landesschlichtungsgesetzes vom 21.2.2001 (Amtsblatt 532) ist vor Klageerhebung nicht durchgeführt worden. Ein Antrag des Klägers, gemäß § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens zwecks Nachholung des Schlichtungsverfahrens anzuordnen, blieb ohne Erfolg. Der Kläger ließ ein klageabweisendes Versäumnisurteil gegen sich ergehen. Mit der Einspruchsschrift legte er die Bescheinigung einer anerkannten Schiedsperson über die Erfolglosigkeit eines Sühneversuchs vor.

Das Amtsgericht hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten, weil die Klage mangels eines der Klageerhebung vorangegangenen Schlich-

tungsverfahrens unzulässig sei. Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil die vom Amtsgericht zugelassene Berufung zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

#### Gründe:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das nach dem Landesschlichtungsgesetz obligatorische Schlichtungsverfahren könne nicht nach Klageerhebung nachgeholt werden. Der allgemeine Grundsatz, dass die Prozessvoraussetzungen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nachholbar seien, gelte insoweit nicht. Nach Sinn und Zweck des Verfahrens und der Gesetzesbegründung zu § 15 a EGZPO müsse der Einigungsversuch der Klageerhebung zwingend vorausgehen.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Eine Klage, deren Zulässigkeit nach § 15 a EGZPO und dem dazu bestehenden Landesrecht die Durchführung eines Güteversuchs vor einer Schlichtungsstelle voraussetzt, ist nur dann zulässig, wenn das Schlichtungsverfahren der Klageerhebung vorausgegangen ist. Seine Nachholung bis zum letzten Termin zur mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz führt nicht zur Zulässigkeit der Klage.

Der Bundesgerichtshof darf über diese Frage entscheiden. Die Voraussetzungen des § 545 Abs. 1 ZPO liegen vor. Nach § 15 a EGZPO kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass in bestimmten Fällen die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem von einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen. Die vorliegend zu klärende Streitfrage betrifft die Auslegung dieser Norm, also von Bundesrecht. Dass sich der Geltungsbereich des saarländischen Landesschlichtungsgesetzes nicht über einen Oberlandesgerichtsbezirk hinaus erstreckt, ist schon deshalb ohne Bedeutung. Im Übrigen beruhen die Vorschriften der von einzelnen Bundesländern erlassenen Landesschlichtungsgesetze (vgl. den Abdruck bei *Prütting*, Außergerichtliche Streitschlichtung, S. 251 ff.; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 22. Aufl., Anhänge zu § 15 a EGZPO), soweit es um die Zulässigkeitsperre geht, einheitlich auf der Vorgabe des § 15 a EGZPO und stimmen insoweit überein. Auch danach sind die Voraussetzungen des § 545 Abs. 1 ZPO zu bejahen (vgl. BGHZ 34, 375, 377 f.; BGH, NJW-RR 1988, 1021; VersR 1997, 1540).

Nach § 37 a Abs. 1 Nr. 1 des saarländischen Landesschlichtungsgesetzes ist, wenn die Parteien im Saarland wohnen, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 600 € nicht übersteigt, eine Klage erst zulässig, nachdem von einer in § 37 b genannten Gütestelle versucht worden ist, die Streitigkeit einvernehmlich beizulegen (Schlichtungsverfahren). Die Annahme der Vorinstanzen, dass danach im vorliegenden Fall ein Schlichtungsverfahren zwingend durchzuführen war, stellt die Revision nicht in Frage. Für eine Unrichtigkeit dieser Annahme ist auch nichts ersichtlich.

3. Die Frage, ob das obligatorische Streitschlichtungsverfahren der Klageerhebung zwingend vorausgehen muss, wird unterschiedlich beantwortet.

Sie wird teilweise bejaht (LG Ellwangen, NJW-RR 2002, 936; LG Karlsruhe, Justiz 2003, 265; AG München, NJW-RR 2003, 515; AG Nürnberg, NJW 2001, 3489; NJW-RR 2002, 430; MDR 2002, 1189; AG Rosenheim, NJW 2001, 2030; AG Wuppertal, ZInsO 2002, 91 f.; *Jenkel*, Der Streitschlichtungsversuch als Zulässigkeitsvoraussetzung in Zivilsachen, S. 252 f.;

Beunings, AnwBl. 2004, 82, 84; Fricke, VersR 2000, 1194, 1195; Kothe/Anger, Schlichtungsgesetz Baden-Württemberg, § 1 Rdnr. 40; Schläger, ZMR 2000, 504, 506; Schwarzmann/Walz, Das Bayerische Schlichtungsgesetz, Art. 1 Anm. 4; Stichelbrock, JZ 2002, 633, 636 f.; Wesche, MDR 2003, 1029, 1032 Fn. 36; Wetekamp, NZM 2001, 614, 616).

Abweichend davon wird die Ansicht vertreten, eine Nachholung des Schlichtungsverfahrens während des Rechtsstreits führe zur Zulässigkeit der Klage (OLG Hamm, MDR 2003, 387; AG Königstein, NJW 2003, 1954, 1955; MünchKomm-ZPO/Wolf, Aktualisierungsband, 2. Aufl., § 15 a EGZPO Rdnr. 4; Zöller/Gummer, ZPO, 24. Aufl., § 15 a EGZPO Rdnr. 25; Prütting/Krafka, a. a. O., Rdnr. 223; Prütting/Schmidt, a. a. O., Rdnr. 105 ff.; Reiß, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung, Diss. 2003, S. 24 f.; Friedrich, NJW 2002, 798, 799; 2003, 3534; Heßler, MittBayNot 2000, Sonderheft zu Ausgabe 4, S. 7; Mankowski, EWiR 2002, 347, 348; Schmidt, DAR 2001, 481, 486; Unberath, JR 2001, 355, 356 f.). Vereinzelt wird sogar vertreten, auf die Durchführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens könne vollends verzichtet werden, wenn eine Streitschlichtung offenkundig ergebnislos wäre (LG München II, NJW-RR 2003, 355 f.).

4. Der erkennende Senat folgt der erstgenannten Auffassung.

a) Dafür spricht der Wortlaut des § 15 a EGZPO. Danach kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem die Streitschlichtung versucht worden ist. Diesen Wortlaut haben die Landesschlichtungsgesetze übernommen, so auch der hier einschlägige § 37 a des saarländischen Landesschlichtungsgesetzes. Durch den Wortlaut wird zum Ausdruck gebracht, dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nicht nur besondere Prozessvoraussetzung sein soll, die (erst) zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen muss, sondern dass schon die Erhebung der Klage nur dann zulässig ist, wenn das Schlichtungsverfahren bereits durchgeführt wurde. Die Erhebung der Klage erfolgt nach § 253 Abs. 1 ZPO durch Zustellung der Klageschrift. Das Schlichtungsverfahren muss also vor diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden haben.

b) Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. In dem Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 4.5.1999 heißt es zu § 15 a EGZPO (BT-Drucks. 14/980, S. 6):

*„Ist durch Landesrecht ein obligatorisches Güteverfahren vorgeschrieben, so muss der Einigungsversuch der Klageerhebung vorausgehen. Eine ohne diesen Versuch erhobene Klage ist unzulässig.“*

*Nach Absatz 1 Satz 2 muss der Kläger die von einer Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über den erfolglosen Einigungsversuch mit der Klage einreichen. Hat dieser Versuch vor Einreichung der Klage stattgefunden, so kann die Bescheinigung bis zur Entscheidung des Gerichts über die Zulässigkeit der Klage nachgereicht werden. Dagegen kann – wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig ergibt – der Einigungsversuch selbst nicht nachgeholt werden.“*

c) Auch Sinn und Zweck des obligatorischen Schlichtungsverfahrens sprechen für diese Auslegung. In der Gesetzesbegründung zu § 15 a EGZPO (BT-Drucks. 14/980, S. 5) ist dazu ausgeführt, angesichts des ständig steigenden Geschäftsanfalls bei den Gerichten sei es notwendig, Institutionen zu fördern, die im Vorfeld der Gerichte Konflikte beilegen. Neben einer Entlastung der Justiz werde durch eine Inanspruchnahme von Schlichtungsstellen erreicht, dass Konflikte rascher

und kostengünstiger bereinigt werden könnten. Durch die Öffnungsklausel werde den Ländern, in denen ein hinreichendes Netz von Gütestellen bestehe oder in kurzer Zeit geschaffen werden könne, ermöglicht, ohne Mitwirken des Bundes zu versuchen, den Arbeitsanfall bei ihren Gerichten zu vermindern.

Diese Zielsetzung kann nur erreicht werden, wenn die Verfahrensvorschrift des § 15 a EGZPO konsequent derart ausgelegt wird, dass die Rechtssuchenden und die Anwaltschaft in den durch Landesgesetz vorgegebenen Fällen vor Anrufung der Gerichte auch tatsächlich den Weg zu den Schlichtungsstellen beschreiten müssen. Könnte ein Schlichtungsversuch noch nach Klageerhebung problemlos nachgeholt werden, ohne dass Rechtsnachteile befürchtet werden müssten, so wären die vom Gesetzgeber angestrebten Zwecke kaum zu verwirklichen. Das Vorgehen der Rechtssuchenden wäre dann vielfach schon von vornherein auf ein paralleles Vorgehen abgestellt mit dem festen Willen, eine Schlichtung scheitern zu lassen. Das obligatorische Schlichtungsverfahren könnte sich auf diesem Hintergrund im Bewusstsein der Rechtssuchenden und der Anwaltschaft kaum als dem gerichtlichen Verfahren zwingend vorgeschaltete Institution etablieren. Die Frage, ob der jeweilige Streitfall zu den Fällen gehört, bei denen zwingend zunächst die Schlichtung versucht werden muss, würde vielfach nur nachlässig geprüft, weil ohnehin nichts passieren könnte. Wäre aber erst einmal Klage erhoben, so könnte kaum erwartet werden, dass ein ausschließlich zum Zwecke der Herbeiführung der Zulässigkeit eingeleitetes Schlichtungsverfahren von dem ernsthaften Willen der Beteiligten getragen wäre, das bereits kostenträchtig eingeleitete Klageverfahren nicht fortzusetzen.

d) Aus diesen Gründen überzeugt der Hinweis der Gegenmeinung auf den Gesichtspunkt der Prozessökonomie nicht. Prozessökonomische Überlegungen dürfen sich angesichts der aufgezeigten Problemlage nicht nur auf den gerichtlichen Prozess beziehen. Sicher erscheint es auf den ersten Blick wenig sinnvoll, eine Klage abzuweisen, wenn diese nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens sogleich wieder erhoben werden kann. Prozessökonomische Überlegungen müssen im vorliegenden Zusammenhang aber die vom Gesetzgeber angestrebte Neuregelung des Verfahrensganges unter Einschluss des zwingend vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens in den Blick nehmen. Bei dieser Sichtweise erweist sich die Zulassung einer Nachholung des Verfahrens als nachgerade kontraproduktiv und damit ersichtlich nicht prozessökonomisch.

Dass es, insbesondere in einer Übergangszeit, vermehrt zu Klageabweisungen kommen kann, weil das Bewusstsein von der Notwendigkeit eines vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens noch nicht ausreichend verbreitet ist, muss hingenommen werden. Dem können die Gerichte im Übrigen vorbeugen, indem sie in den einschlägigen Verfahrensarten eingereichte Klagen nicht ohne Prüfung der Zulässigkeit zustellen, sondern den Kläger auf die Unzulässigkeit der Klage bereits nach deren Eingang hinweisen und eine Klagerücknahme, die auch schon vor Klagezustellung erklärt werden kann (Zöller/Greger, § 269 ZPO Rdnr. 8 a ff.; vgl. auch BGH, NJW 2004, 1530 f.), anregen. Damit lassen sich die Kosten denkbar gering halten.

Der teilweise von der Gegenmeinung erhobene Einwand, es sei nicht einzusehen, warum die in § 15 a EGZPO geregelte Prozessvoraussetzung als nicht nachholbar und damit anders behandelt werden sollte als andere Prozessvoraussetzungen, überzeugt ebenfalls nicht. Aus dem allgemeinen Zivilprozessrecht lässt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlerwogenen Gründen bereits die Zu-

lässigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen.

5. Im vorliegenden Fall erweisen sich die Aufrechterhaltung des klageabweisenden Versäumnisurteils und die Zurückweisung der dagegen eingelegten Berufung demnach als richtig. Der Kläger kann sein Klagebegehren, nachdem das Schiedsverfahren nunmehr durchgeführt ist, nur mit einer neuen Klage verfolgen (vgl. dazu *Jenkel*, a. a. O., S. 253 ff.). Ob – wozu in den Instanzen vorgetragen worden ist – der Anspruch inzwischen verjährt ist, ist hier nicht zu prüfen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte nicht abweichend entschieden werden.

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. ZPO § 888 (*Vollstreckung eines Titels auf Beseitigung einer Grunddienstbarkeit*)

1. **Die Verurteilung, die Beseitigung einer Grunddienstbarkeit zu erwirken, ist nach § 888 ZPO zu vollstrecken, wenn die zur Erreichung des Ziels erforderliche Geldsumme nicht feststeht.**
2. **Die Verurteilung zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung ist erst zulässig, wenn der Schuldner darlegt und beweist, dass er alles ihm zumutbare zur Bewirkung des Erfolgs übernommen hat.**
3. **In der Verurteilung ist der maximal vom Schuldner einzusetzende Geldbetrag nicht zu bestimmen. Dies ist Sache des Vollstreckungsverfahrens.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 4.11.2004, 13 U 57/04

Die Kläger haben die benachbarten Reihenhausgrundstücke 9008 bis 9008/5 von der Beklagten erworben. Die Häuser sind von der an der Ostgrenze des Grundstücks 9008 verlaufenden öffentlichen Straße her über den an der Nordgrenze der Grundstücke verlaufenden Zuweg zugänglich, den die jeweils anderen Hauseigentümer grundbuchrechtlich abgesichert mitbenutzen dürfen. Die Beklagte hat außerdem den Eigentümern des nördlich angrenzenden Grundstücks 9007 durch Eintragung eines unentgeltlichen Geh- und Fahrrechts ins Grundbuch die Mitbenutzung des Wegs auf den Grundstücken der Kläger gestattet, ohne die Kläger in den Kaufverträgen ausdrücklich auf diese Belastung hinzuweisen. Sie verlangen von der Beklagten deshalb Beseitigung, hilfsweise Schadensersatz.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte, alle erforderlichen Handlungen vorzunehmen und alle erforderlichen Erklärungen abzugeben, um das zu Lasten der Grundstücke der Kläger eingetragene Geh- und Fahrrecht zugunsten des Grundstücks 9007 zu beseitigen.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Hauptantrag ist zulässig. Er ist ausreichend bestimmt. Unbestimmt ist zwar „die Vornahme aller erforderlichen Handlungen und Erklärungen“. Doch das schadet nicht. Es geht um die Beseitigung des Geh- und Fahrrechtes, das zu Lasten der Grundstücke der Kläger eingetragen ist. Insoweit liegt ausreichende Bestimmtheit vor. Wie die Beklagte das erreicht, ist zunächst ihre Sache. Das bedarf keiner näheren Bestimmung. Die Beklagte soll nach dem Willen der Kläger für die Beseitigung sorgen. Dieses Begehren ist ausreichend bestimmt, weil das angestrebte Ergebnis entscheidend ist. Angaben darüber, welche konkreten Maßnahmen der Beklagte

ergreifen soll, um das Ziel zu erreichen, muss der Klagantrag wie z. B. bei der Mangelbeseitigung nicht enthalten. Es genügt, dass die Klage bzw. das Urteil den von den Klägern begehrten Erfolg durch Angabe von Ort und Inhalt des Gewünschten genau bestimmt (BGH, NJW 1986, 1676).

Ebenso wenig mussten Antrag und Verurteilung von vornherein die Beschränkung auf einen zumutbaren Umfang enthalten. Gegenstand der Klage bzw. der Verurteilung ist die Beseitigung des Grundbucheintrags. Wie die Beklagte das erreicht, ist zunächst ihre Sache. Solange nicht von vornherein feststeht, dass die Leistung unzumutbar oder unmöglich ist, ist unbeschränkt zu verurteilen. Im Übrigen hat die Beklagte selbst keine konkrete Zumutbarkeitsgrenze benannt, was aber, da es um sie geht, auch ihre Aufgabe wäre, wenn man überhaupt ihrem Ansinnen, dass der Antrag von vornherein eine Beschränkung enthalten muss, näher treten wollte.

Schließlich liegt kein Fall der Unmöglichkeit vor. Recht hat die Beklagte, wenn sie meint, dass sie nicht verurteilt werden dürfte, wenn die Unmöglichkeit der begehrten Leistung feststände. Eine Verurteilung zu einer Leistung, deren Unmöglichkeit bereits feststeht, ist unzulässig (BGH, a. a. O.). Von Unmöglichkeit kann hier jedoch nicht ausgegangen werden.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 888 ZPO, der für die Vollstreckung maßgeblich ist. Eine Vollstreckung nach § 887 ZPO (vertretbare Handlung) kommt deswegen nicht in Betracht, weil der Geldbetrag, der zur Ablösung der Grunddienstbarkeit notwendig ist, nicht feststeht. Grundsätzlich ist an § 887 ZPO zu denken, weil es nicht um eine persönliche Verpflichtung geht, bei der es dem Gläubiger darauf ankommt, dass gerade der Schuldner erfüllt. Zu § 887 ZPO gehört es jedoch auch, dass die zur Ablösung eines Rechts zu zahlende Summe feststeht, weil dann jeder Dritte durch Zahlung der feststehenden Summe die Voraussetzung zur Löschung des Grundbucheintrags schaffen kann (BGH, a. a. O., für den Fall der Löschung einer Hypothek eines Dritten). Die Entscheidung wurde nochmals bestätigt für den Fall einer Auflassungsvormerkung (BGH, NJW-RR 1987, 114), wobei sich der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung allerdings mit den Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen nicht befasste, sondern lediglich im letzten Satz darauf hinwies, „dass gegen den zweiten Klageantrag (Einholung der Löschungsbewilligung der Ehefrau des Beklagten) grundsätzlich keine Bedenken bestehen (vgl. BGH, NJW 1986, 1676)“.

Wenn wie hier die zu zahlende Summe nicht feststeht, handelt es sich um eine unvertretbare Handlung im Sinne von § 888 ZPO, wobei dessen Wortlaut der Anwendung nicht entgegensteht. Entgegen der früheren Auffassung ist die Einschränkung in § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO „wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt“ nicht eng auszulegen. Es ist ausreichend, dass die Zwangsvollstreckung möglich ist. Die Vollstreckung nach § 888 ZPO scheidet nur aus, wenn eindeutig feststeht, dass der Dritte, der mitwirken oder zustimmen muss, dazu nicht bereit ist.

Voraussetzung für eine solche Feststellung ist, dass der Vollstreckungsschuldner alles in seiner Macht Stehende getan hat, um die Mitwirkung oder Zustimmung des Dritten zu erlangen, und dass er seine darauf gerichteten Bemühungen im Einzelnen dargelegt hat (BayObLG, NJW-RR 1989, 462). Entgegen der Auffassung der Beklagten sind nicht die Kläger beweisschuldig. Dies ergibt sich gerade nicht aus der von ihr in Bezug genommenen Entscheidung BGH, NJW 1999, 2034 (= DNotI-Report 1999, 96). Ausweislich der Entscheidung trägt derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, während der Gegner die anspruchvernichtenden Tat-

sachen darzulegen und zu beweisen hat. Macht der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch geltend und wendet der Schuldner ein, die Sache veräußert zu haben, muss der Schuldner darlegen und beweisen, dass ihm die Erfüllung rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) möglich ist. Die fehlende Verfügungsmacht indiziert noch nicht die Unmöglichkeit. Nur für den Sonderfall der Auflassung hat der BGH dies in der zitierten Entscheidung anders gesehen. Darum geht es hier aber nicht, weshalb es bei der allgemeinen Beweislastverteilung bleibt, bezüglich der Unmöglichkeit bei der Beweislast der in Anspruch genommenen Beklagten.

Unmöglichkeit ist nicht gegeben. Die Feststellung der Unmöglichkeit setzt voraus, dass der Vollstreckungsschuldner, hier die Beklagte, alle ihm möglichen Anstrengungen unternommen hat, die Zustimmung oder Mitwirkung des Dritten zu erlangen. Sache des Vollstreckungsschuldners ist es dann auch, seine Bemühungen darzulegen, denn der Vollstreckungsgläubiger kann naturgemäß dazu keinen Sachvortrag bringen. Erst wenn es trotz entsprechender Bemühungen des Vollstreckungsschuldners ungewiss bleibt, ob der Dritte mitzuwirken bereit ist, kann dies zu Lasten des Vollstreckungsgläubigers gehen. Unter Anwendung dieser Grundsätze kann, selbst wenn der Vollstreckungsschuldner keinen klagbaren Anspruch gegen die Dritten hat, nicht ohne weiteres von der Unmöglichkeit ausgegangen werden. Der Schuldner muss darlegen, dass er seine Einwirkungsmöglichkeiten voll erschöpft hat (BayObLG, NJW-RR 1989, 462). Davon ist das Landgericht zu Recht nicht ausgegangen, sondern hat darauf hingewiesen, dass es erforderlich gewesen wäre, den Wohnungseigentümern des Grundstücks 9007 ein konkretes Angebot zu machen. Dabei ist insbesondere auch deutlich zu machen, dass es nicht die Kläger sind, die zu bezahlen haben, sondern die Beklagte, womit das Argument der Eigentümer des Grundstücks 9007 aus ihrer Eigentümerversammlung, man wolle nicht abzocken, erledigt sein dürfte. Das mag gegenüber Privatpersonen eine Rolle spielen. Gegenüber der Baugesellschaft ist dies irrelevant, insbesondere wenn sie für einen Fehler ihrerseits zu bezahlen hat.

Der Hauptantrag ist auch begründet. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass weder aus § 7 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen noch aus § 5 Ziff. 1 Abs. 3 der geschlossenen notariellen Kaufverträge eine Verpflichtung der Kläger bzw. eine Berechtigung der Beklagten zur Eintragung des Geh- und Fahrrechts zu Lasten der Kläger und zu Gunsten des Grundstücks 9007 zu entnehmen ist.

§ 7 der Allgemeinen Bestimmungen befasst sich eindeutig mit dem Geh- und Fahrrecht nur zu Gunsten und zu Lasten der klägerischen Grundstücke. § 5 Ziff. 1 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrags ergibt ebenfalls nichts zu Gunsten der Beklagten. Dort heißt es, dass der Verkäufer berechtigt ist, in Abteilung II des Grundbuchs weitere nachbarrechtliche Regelungen eintragen zu lassen, die zur Durchführung des Bauvorhabens oder der Bauvorhaben auf den Nachbargrundstücken und der Erschließung noch erforderlich oder zweckdienlich sind. Das Geh- und Fahrrecht zu Gunsten des Grundstücks 9007 ist weder zweckdienlich noch erforderlich. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass es nicht möglich ist, auf dem Grundstück 9007 einen eigenen Weg einzurichten.

Auf jeden Fall wäre die Klausel überraschend und damit nach § 3 AGBG nicht Vertragsinhalt, weil mit einer derartigen Regelung nicht zu rechnen ist, schon gar nicht dahin, dass die begünstigten Eigentümer des Grundstücks 9007 an den Lasten des Weges überhaupt nicht partizipieren, also zur Unterhaltung und Kostentragung nicht mitverpflichtet sind. Dafür gibt es keinen Grund.

Der Beweisantritt der Beklagten mit dem Zeugnis des Notarvertreters dahin, dass den Käufern die Bedeutung der Vertragsklausel bewusst gewesen sei, auch wenn sie vom Notarvertreter nicht erläutert wurde, ist schon deswegen gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO unbeachtlich, weil der Beweisantritt ohne Begründung erstmals in der Berufung erfolgte, aber auch wegen seiner Widersprüchlichkeit. Der Zeuge soll wissen, dass den Käufern etwas bewusst war, über das überhaupt nicht geredet wurde. Zumindest hätte es einer Begründung bedurft, weshalb der Zeuge dies gleichwohl wissen soll.

Für den Kläger 1 gilt dasselbe. Auch ihm steht der Beseitigungsanspruch zu. Er hat zwar einen etwas anderen Vertrag als die übrigen Kläger geschlossen. Zur Zeit seines Erwerbs war das streitige Geh- und Fahrrecht zu Gunsten der Grundstückseigentümer 9007 bereits im Grundbuch eingetragen. In § 5 Ziff. 1 Abs. 1 seines Kaufvertrags heißt es, dass in Abteilung II des Grundbuchs zu Lasten des Kaufgrundstücks u. a. ein Geh- und Fahrrecht eingetragen ist. Näher bezeichnet wurde es nicht. Aus dem Zusammenhang mit §§ 7 und 9 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen, die durch Bezugnahme ausdrücklich Inhalt und Gegenstand des Kaufvertrages sind, ergibt sich keinerlei Hinweis auf eine Belastung zu Gunsten des Grundstücks 9007. Es geht nur um die benachbarten Reihenhäuser der übrigen Kläger. Mit der Begünstigung des Grundstücks 9007 brauchte auch der Kläger 1 in keiner Weise zu rechnen, noch viel weniger in der Art, dass von dort keinerlei Lasten zu tragen sind.

## Kostenrecht

19. GVG § 17 a Abs. 2 Satz 1 (*Verweisung der Kostenbeschwerde an Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit*)

**Ist für eine Streitigkeit (hier: Einwendungen gegen die Kostenberechnung des Notars) nicht die vom Kläger angerufene ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, sondern die freiwillige Gerichtsbarkeit zuständig, so hat das angerufene Prozessgericht die Sache von Amts wegen an das zuständige Gericht zu verweisen. Haben die Instanzgerichte stattdessen die Klage als unzulässig abgewiesen, so nimmt das Revisionsgericht – auch ohne entsprechende Verfahrensrüge – die Verweisung durch Urteil vor.**

BGH, Urteil vom 20.1.2005, III ZR 278/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin schloss am 7.10.1999 mit der Vermieterin einen Mietvertrag über ein Geschäftsgrundstück in B. In dem Vertrag verpflichtete sich die Vermieterin, zugunsten der Klägerin eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Mietgegenstand nach Maßgabe eines dem Vertrag beigefügten Mustertextes zu bestellen und die Eintragung der Dienstbarkeit „auf Kosten des Mieters“ zu besorgen. Im Auftrag der Vermieterin beglaubigte der beklagte Notar am 31.1.2001 die Namensunterschriften der Vertreter der Vermieterin unter der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde. Seine Kostenrechnung vom 1.2.2001, in der – unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 123.308.000 DM – eine „Entwurfs-/Beglaubigungsgebühr“ von 26.107,50 DM angesetzt wird und die sich auf insgesamt (einschließlich Mehrwertsteuer) 30.311,38 DM beläuft, stellte der Beklagte zunächst auf die Vermieterin aus und übersandte sie dieser. Die Vermieterin gab ihm mit Schreiben vom 5.2.2001 die Rechnung zurück, verwies auf die vertragliche Verpflichtung der Klägerin zur Kostentragung und bat um Rechnungslegung gegenüber der Klägerin, wobei sie eine Kopie dieses Schreibens an die Klägerin zu Händen ihres Rechtsanwalts schickte.

Der Beklagte erstellte daraufhin eine gleichlautende Kostenberechnung auf die Klägerin und sandte diese Rechnung mit Schreiben vom 8.2.2001 an den Rechtsanwalt der Klägerin mit der Bitte um Weiterleitung an diese. Der Rechtsanwalt der Klägerin beanstandete in einem an die Vermieterin gerichteten – dem Beklagten in Kopie übersandten – Schreiben vom 19.3.2001 den Ansatz einer Entwurfsgebühr und fügte hinzu, er könne der Klägerin nicht empfehlen, die Kostenrechnung zu begleichen. Mit Schreiben vom 15.9.2002 bat die Buchhaltung der Klägerin, die offenbar die Rechnung von Februar 2001 nicht erhalten hatte, um Erstellung einer an die Klägerin gerichteten Rechnung. Daraufhin erteilte der Beklagte der Klägerin eine weitere, auf den 26.8.2002 datierte, auf Euro (15.497,96 €) umgestellte Rechnung. Im September 2002 leistete die Klägerin hierauf eine Abschlagszahlung in Höhe von 5.000 €.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Rückzahlung dieses Betrages unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. Sie macht geltend, der Ansatz einer Entwurfsgebühr sei nicht berechtigt, überhaupt sei die Klägerin im Verhältnis zum Notar nicht Kostenschuldnerin. Amtsgericht und Landgericht haben die Klage als unzulässig abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

#### Gründe:

Die – zulässige, nicht durch § 17 a Abs. 5 GVG gehinderte (vgl. BGHZ 121, 367, 370 ff.; *Zöller/Gummer*, ZPO, 25. Aufl., § 17 a GVG Rdnr. 18 m. w. N.) – Revision führt zur Verweisung der Sache an das zuständige Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 156 KostO).

1. Die Vorinstanzen haben mit Recht den von der Klägerin mit der Klage beschrittenen Weg zur ordentlichen Streitigen Gerichtsbarkeit als unzulässig angesehen. Der gegen den beklagten Notar geltend gemachte Anspruch auf Rückerstattung gezahlter Notarkosten kann nicht in einem Zivilprozess verfolgt werden, sondern nur mit der für „Einwendungen gegen die Kostenberechnung“ vorgesehenen Beschwerde im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 156 KostO; vgl. auch § 157 Abs. 1 Satz 1 KostO; BGH, MDR 1961, 395; NJW 1967, 931, 933; DNotZ 1988, 379; *Hartmann*, Kostengesetze, 34. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 3, 5, 6 ff.; *Bengel/Tiedke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 6; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., August 2004, § 156 Rdnr. 17, 17 a).

a) Das Berufungsgericht meint, der Weg, Einwendungen gegen die Kostenberechnung des Beklagten im Verfahren nach §§ 156 ff. KostO geltend zu machen, stehe der Klägerin deshalb offen, weil sie Kostenschuldnerin des Beklagten nach § 3 Nr. 2 KostO sei. Nach dieser Vorschrift ist Kostenschuldner des Notars (auch) derjenige, der die Kosten durch eine vor dem Notar abgegebene oder diesem „mitgeteilte“ Erklärung übernommen hat (vgl. SchlHOLG, JurBüro 1982, 894 f.; BayObLG, DNotZ 1985, 563 f.). Allein die Verpflichtung in einem Vertrag, (Notar-)Kosten zu übernehmen, wirkt allerdings, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, nur zwischen den Vertragspartnern (*Hartmann*, § 3 KostO Rdnr. 5 m. w. N.). Das Berufungsgericht nimmt indes im Ansatz mit Recht an, dass eine Kostenübernahmeerklärung im Sinne des § 3 Nr. 2 KostO auch in der Weise erfolgen könnte, dass der Vertrag, in dem ein Teil – zunächst im Innenverhältnis – die notariellen Kosten übernimmt, mit dem Wissen und Wollen dieses Vertragspartners dem Notar mitgeteilt wird (*Hartmann*, § 3 KostO Rdnr. 4).

aa) Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Begründung des Berufungsgerichts für die Annahme, ein solcher Tatbestand liege hier vor, trägt. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die Klägerin habe ihre Zustimmung – gemeint ist: zu dem Hinweis der Vermieterin gegenüber dem Notar auf die Kostenübernahmeverpflichtung der Klägerin im Mietvertrag – dadurch zum

Ausdruck gebracht, „dass sie der alsbald an sie gerichteten Kostenrechnung nur wegen eines Gebührentatbestandes widersprochen hat, ohne sich darauf zu berufen, dass sie selbst nicht Kostenschuldnerin sei und deshalb überhaupt nicht in Anspruch genommen werden könne“.

bb) Zwar sind an den Inhalt der Kostenübernahmeerklärung keine zu hohen Anforderungen zu stellen, sie muss aber mit Deutlichkeit hervorheben, dass die Übernahme gegenüber dem Notar gewollt ist (BayObLG, DNotZ 1985, 563; BayObLG, MittBayNot 1994, 467, 468; *Waldner* in *Rohs/Wedewer*, Sept. 2000, § 3 Rdnr. 12). Vorliegend dürfte es, wie der Revision zuzugeben ist, im Zusammenhang mit dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 19.3.2001, das an die Vermieterin gerichtet und dem Beklagten zur Kenntnisnahme übersandt worden war, an einer (positiven) Erklärung der Klägerin bzw. ihres Rechtsanwalts in Richtung Notar fehlen, durch die – etwa im Sinne eines „Anerkennnisses dem Grunde nach“ – die Verpflichtung, gegenüber dem Notar eine Zahlungspflicht eingehen zu wollen, zum Ausdruck kam.

Eine andere – vom Berufungsgericht aus seiner Sicht folgerichtig nicht geprüfte – Frage ist die, ob die Klägerin durch ihr Gesamtverhalten, einschließlich der weiteren Vorgänge im August und September 2002, die Kostentragungspflicht gegenüber dem Beklagten übernommen hat. Das kann letztlich offenbleiben.

b) Denn die Beschwerdebefugnis (§ 20 Abs. 1 FGG) der Klägerin für eine gegen die Kostenberechnung des Beklagten gerichtete Beschwerde im Sinne des § 156 Abs. 1 KostO folgt schon daraus, dass der Beklagte eine an die Klägerin gerichtete Kostenberechnung erstellt, die Klägerin hieraus in Anspruch genommen hat und auch im gerichtlichen Verfahren die Klägerin nach wie vor als seine Kostenschuldnerin ansieht (vgl. *Hartmann*, § 156 KostO Rdnr. 15; *Bengel/Tiedke*, a. a. O., § 156 Rdnr. 9, 13). Damit ist genau die Situation gegeben, für die das Gesetz die (ausschließliche) funktionelle Zuständigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Beschwerdeinstanz zur Überprüfung der Kostenberechnung des Notars vorsieht; in diesem Verfahren ist unter anderem zu klären, ob der Beklagte die Klägerin zu Recht als Kostenschuldnerin herangezogen hat. Soweit gemeinhin gesagt wird, wer nicht Kostenschuldner sei, sei nicht beschwerdeberechtigt (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1990, 40), betrifft dies die Beschwerdeeinlegung durch Dritte.

2. Die Vorinstanzen hätten jedoch, statt die Klage als unzulässig zu verwerfen, die Streitigkeit entsprechend § 17 a Abs. 2 Satz 1 GVG von Amts wegen an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das zur Entscheidung über die Notarbeschwerde nach § 156 KostO zuständig ist, verweisen müssen.

a) Die §§ 17 bis 17 b GVG sind im Verhältnis der Streitigen ordentlichen Gerichtsbarkeit zur freiwilligen Gerichtsbarkeit – jedenfalls soweit es sich, wie hier, um echte Streitsachen handelt – entsprechend anwendbar (vgl. BGH, MittBayNot 2001, 494 = NJW 2001, 2181; *Kissel/Mayer*, GVG, 4. Aufl., § 17 Rdnr. 55 f. m. w. N.).

b) Den betreffenden Mangel im Verfahren der Instanzgerichte muss der Senat im Revisionsverfahren auch ohne Rüge der Revision berücksichtigen (vgl. § 557 Abs. 3; siehe *Zöller/Gummer*, § 557 Rdnr. 8 m. w. N.). Eine Klageabweisung als unzulässig mangels Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs ist nämlich seit der Neufassung der Vorschriften über die Rechtswegverweisung durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 17.12.1990 (BGBl

I, S. 2809) nicht mehr vorgesehen (BGH, DNotZ 1994, 294; vgl. Begründung zu §§ 17 und 17 a GVG, BT-Drucks. 11/7030, S. 37; *Kissel/Mayer*, § 17 GVG Rdnr. 35) und von der Rechtsprechung nur in einzelnen Ausnahmefällen als möglich anerkannt worden (vgl. BGH, NJW 1993, 332; *Musielak/Wittschier*, ZPO, 4. Aufl., § 17 a GVG Rdnr. 5 m. w. N.).

c) Die gebotene Verweisungsentscheidung hat der Senat selbst zu treffen. Hat ein oberster Gerichtshof des Bundes – wie hier – auf das gegen eine inhaltlich unrichtige (hier: die Klage als unzulässig abweisende) Instanzentscheidung eingelegte Rechtsmittel über die Rechtswegfrage zu entscheiden, so folgt daraus die Kompetenz auch zur Verweisung an das Gericht des zulässigen Rechtsweges (BSG, NVwZ-RR 2000, 648). Die Entscheidung ergeht, da mit der Verweisung zugleich die angefochtenen Prozessurteile aufgehoben werden und die Aufhebung eines Urteils wiederum grundsätzlich in Urteilsform geschieht, in Form eines Urteils (vgl. BSG, a. a. O.; Senat, NJW 1998, 2745). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4.3.1998 (VIII ZB 25/97, NJW 1998, 2057, 2058), in der nicht beanstandet wurde, dass das Berufungsgericht ein erstinstanzliches Urteil in Beschlussform aufgehoben und den Rechtsstreit an das zuständige Arbeitsgericht verwiesen hatte, steht nicht entgegen. Es handelte sich dort um die (erstmalige) Entscheidung eines Oberlandesgerichts im Vorabverfahren gemäß § 17 a Abs. 2 bis 4 GVG. Um eine solche Vorabentscheidung geht es hier nicht.

20. KostO § 44 Abs. 1; GmbHG §§ 65, 67 (*Anmeldung GmbH-Auflösung und Person des „geborenen“ Liquidators gegenstandsgleich*)

**Wird eine GmbH mit Beschlussfassung der Gesellschafter wirksam aufgelöst und zugleich der bisherige Geschäftsführer entsprechend § 66 Abs. 1 GmbHG erster Liquidator, so handelt es sich bei der Anmeldung von Auflösung der Gesellschaft und Person des Liquidators um denselben Gegenstand i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO.**

OLG Oldenburg, Beschluss vom 3.1.2005, 3 W 42/04

Eine GmbH ist durch Beschluss der Gesellschafterversammlung aufgelöst worden. Der alleinige Gesellschafter und alleinvertretungsrechtige Geschäftsführer wurde zugleich zum Liquidator bestimmt. Dieser unterzeichnete am selben Tage eine beide Umstände enthaltende Erklärung zur Anmeldung beim Handelsregister. Der Notar beglaubigte die Unterschrift und reichte die Anmeldung beim Handelsregister ein. Hierfür machte er gemäß §§ 38 Abs. 2 Nr. 7, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach einem Geschäftswert von 25.000 € geltend.

Die vorgesetzte Dienstbehörde hat die Auffassung vertreten, bei der Anmeldung der Auflösung der GmbH einerseits und der Bestellung des Liquidators andererseits handele es sich kostenrechtlich um verschiedene Gegenstände i. S. v. § 44 Abs. 2 KostO und hat den Notar gemäß § 156 Abs. 6, Abs. 1 KostO angewiesen, eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht entschied, dass es sich nicht um verschiedene Gegenstände handele. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde hatte vor dem OLG Erfolg.

Aus den Gründen:

## II.

Bei der vom Notar vorgenommenen Anmeldung der Auflösung der GmbH und des ersten Liquidators handelt es sich, zumindest bei der hier vorliegenden Fallgestaltung, um denselben Gegenstand i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO. Nach einhelliger Auffassung tritt im Regelfall, in dem – wie hier – der Auf-

lösungsbeschluss keine Satzungsänderung enthält, die Auflösung der Gesellschaft mit der Fassung des Auflösungsbeschlusses durch die Gesellschafter ein. Die Eintragung im Handelsregister hat dann lediglich deklaratorische Bedeutung (BGH, ZIP 1999, 281, 283; *Altmeppen*, GmbHG, 4. Aufl., § 65 Rdnr. 2; *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl., § 65 Rdnr. 13; *Hachenburg/Ulmer/Hohner*, GmbHG, 8. Aufl., § 65 Rdnr. 2; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 16. Aufl., § 65 Rdnr. 5; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner*, GmbHG, § 65 Rdnr. 6). Mit der Auflösung verlieren die bisherigen Geschäftsführer ihre Vertretungsbefugnis (*Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, § 65 GmbHG Rdnr. 5). An ihre Stelle treten nunmehr die Liquidatoren. Handelt es sich um die bisherigen Geschäftsführer als nach § 66 GmbHG „geborene“ Liquidatoren, so bedarf es hierzu nicht einmal eines Gesellschafterbeschlusses. Sowohl die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft als auch die Anmeldung der Liquidatoren hat durch die ersten Liquidatoren zu erfolgen. Auch soweit diese zuvor Geschäftsführer waren, handeln sie wegen der insoweit erloschenen Vertretungsmacht nicht als solche, sondern als Liquidatoren (*Altmeppen*, §§ 65 GmbHG Rdnr. 6, 67 Rdnr. 5; *Schulze-Osterloh* in Baumbach/Hueck, §§ 65 GmbHG Rdnr. 5, 67 Rdnr. 4; *Hachenburg/Ulmer/Hohner*, §§ 65 GmbHG Rdnr. 2, 67 Rdnr. 8; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 67 Rdnr. 2; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner*, §§ 65 GmbHG Rdnr. 2, 67 Rdnr. 3; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., §§ 65 GmbHG Rdnr. 7, 67 Rdnr. 8; *Weitbrecht* in Münchener Handbuch GesR/GmbH, § 63 GmbHG Rdnr. 9). Die Anmeldung nach § 65 GmbHG ist bei bereits wirksamer Auflösung der Gesellschaft somit notwendigerweise mit der Anmeldung der ersten Liquidatoren nach § 67 GmbHG verbunden (*Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, § 65 GmbHG Rdnr. 1).

Unter diesen Umständen besteht zwischen den beiden angemeldeten Rechtsverhältnissen ein derart enger innerer Zusammenhang, dass nach Auffassung des Senats von Gegenstandsgleichheit auszugehen ist (vgl. auch *Gustavus*, Handelsregistranmeldungen, 5. Aufl., A 115).

21. KostO §§ 26, 27, 39, 44, 47, 156 (*Zusammenlegung von Geschäftsanteilen und Euro-Umstellung als einheitlicher Beschluss*)

**Wurde auf einer Gesellschafterversammlung neben der Euro-Umstellung auch ein Beschluss darüber gefasst, dass die Geschäftsanteile zusammengelegt werden sollen, so sind diese Beschlüsse nicht gesondert zu bewerten. Vielmehr muss in so einem Falle von einem einheitlichen Beschluss ohne bestimmtem Geldwert ausgegangen werden. Andernfalls käme man zu dem Ergebnis, dass mehrere materielle Satzungsänderungen trotz größerer Bedeutung für das Gesellschaftsverhältnis billiger wären als mehrere formelle Änderungen bzw. ein Zusammentreffen von formellen und materiellen Änderungen.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 7.2.2005, 20 W 451/02

Aus den Gründen:

Der Notar beurkundete eine Gesellschafterversammlung der Kostenschuldnerin. Darin wurde unter u. a. beschlossen, die bisherigen Geschäftsanteile von 10.000 DM, 30.000 DM und zwei Mal je 5.000 DM zu einem Geschäftsanteil von 50.000 DM zusammenzulegen und den Gesellschaftsvertrag

entsprechend zu ändern. Ferner wurde das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 50.000 DM auf Euro umgestellt und zur Glättung durch Erhöhung des Nennbetrags der vorhandenen Stammeinlage um 35,40 € auf 25.600 € erhöht. Außerdem protokollierte der Notar in derselben Urkunde die Übernahmemeinlage der erhöhten Stammeinlage.

In der zu dieser Protokollierung erstellten Kostenrechnung hat der Notar jeweils eine <sup>20/10</sup>-Gebühr nach §§ 47 und 36 KostO aus einem Geschäftswert von 200 DM nebst 16 % Umsatzsteuer berechnet. Dies hat die Dienstaufsicht bei ihrer Kostenprüfung beanstandet und die Auffassung vertreten, für die Protokollierung der beiden Beschlüsse sei die <sup>20/10</sup>-Gebühr nach § 47 KostO aus einem Geschäftswert von je 50.000 DM für die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Euro-Umstellung und 69,40 DM (= 35,40 €) für die Stammkapitalerhöhung zu erheben. Es handele sich mit Ausnahme der Glättung um Beschlüsse ohne bestimmten Geldwert im Sinn von § 27 Abs. 1 i. V. m. § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. Für die Übernahmemeinlage sei lediglich eine <sup>10/10</sup>-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO entstanden aus einem Geschäftswert von 69,24 DM.

Nachdem der Notar die Beanstandung hinsichtlich des Geschäftswertes für die Gebühr des § 47 KostO nicht anerkannt hat, hat ihn die Dienstaufsicht angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat die Gebühr nach § 47 KostO für die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf 580 DM (296,55 €) festgesetzt und dazu ausgeführt, sowohl bei dem Beschluss über die Umstellung des Stammkapitals auf Euro als auch über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile handele es sich um Beschlüsse ohne bestimmten Geldwert, lediglich der Beschluss über die Kapitalerhöhung habe den Wert der beschlossenen Erhöhung. Infolge der Verschiedenheit der Beschlussgegenstände erfolge eine Zusammenrechnung nach § 44 Abs. 2 a) KostO. Für die Währungsumstellung habe der Gesetzgeber keine Sonderregelung vorgesehen, ohne dass darin eine Gesetzeslücke zu sehen sei. Die wirtschaftliche Bedeutung des Gesellschafterbeschlusses zur Währungsumstellung liege in der Ermöglichung einer gesetzeskonformen Fortführung der Gesellschaft.

Gegen diese Entscheidung hat der Notar weitere Beschwerde eingelegt und die Auffassung vertreten, die Gebühr des § 47 KostO berechne sich höchstens mit dem Wert des § 26 Abs. 7 KostO a. F. für Vorgänge ohne wirtschaftliche Bedeutung für das Unternehmen. Bereits zuvor hatte der Notar die Meinung vertreten, die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Umstellung auf Euro zusammen mit der zur Glättung des Stammkapitals erfolgten Erhöhung seien lediglich als eine Satzungsänderung zu behandeln.

Die weitere Beschwerde des Notars ist zulässig. Die erforderliche Zulassung durch das Landgericht liegt vor. Allerdings könnte die Beschwer des Notars fraglich sein, da die Kostenrechnung vom Landgericht erhöht worden, der Notar durch die angefochtene Entscheidung also nicht in seinen Gebühreninteressen beeinträchtigt ist. Grundsätzlich kann nach bisher ganz überwiegender Auffassung nur der Beteiligte des Verfahrens weitere Beschwerde einlegen, der durch die Entscheidung des Landgerichts beschwert ist, also nicht der Notar von sich aus zugunsten des Kostenschuldners, auch auf Anweisung der Dienstaufsichtsbehörde nicht, wenn diese mit ihrer auf Erhöhung zielenden Anweisungsverfügung beim Landgericht – wie vorliegend – durchgedrungen ist (OLG Celle, MittBayNot 2005, 175; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 156 Rdnr. 83 m. w. H.; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2003, § 156 Rdnr. 56; a. A. BayObLG, in

st. Rspr., zuletzt MittBayNot 1994, 169; *Hartmann*, KostG, 34. Aufl., § 156 Rdnr. 70).

Auf die Gebühreninteressen ist jedoch nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.4.2002 (1 BvR 358/02, NotBZ 2005, 41) für die Beschwer nicht allein abzustellen, da der Notar in seiner Berufsausübungsfreiheit betroffen ist, soweit eine erstinstanzliche Entscheidung ihm auferlegt, entgegen seiner Rechtsauffassung höhere Gebühren zu verlangen. Aufgrund dieser Entscheidung hält der Senat seine bisherige Auffassung, im Fall der Anweisung des Notars zur Erhebung höherer Gebühren sei eine dagegen gerichtete weitere Beschwerde des Notars mangels Beschwer unzulässig, nicht mehr aufrecht. Die weitere Beschwerde des Notars ist demnach jedenfalls zulässig, soweit er sie in eigenem Namen eingelegt hat. Ob sie auch als Anweisungsbeschwerde zulässig wäre, obwohl die Kammer in vollem Umfang der Auffassung der Dienstaufsichtsbehörde gefolgt ist und deshalb kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Anweisungsbeschwerde ersichtlich ist (OLG Celle, MittBayNot 2005, 175; OLG Zweibrücken, Büro 1988, 1054; *Rohs/Wedewer*, a. a. O.), kann dahingestellt bleiben.

In der Sache hat die weitere Beschwerde teilweise Erfolg. Die landgerichtliche Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung, soweit die Kammer die Gebühr gemäß §§ 47, 141 KostO aus einem Geschäftswert von 100.069,24 DM und nicht nur 50.069,24 DM berechnet hat.

Zutreffend ist allerdings, dass ein Beschluss über die Zusammenlegung von mehreren in der Hand eines Gesellschafters befindlichen Geschäftsanteilen zu einem einheitlichen Gesellschaftersanteil dieses Gesellschafters deshalb, weil er das Gesellschaftsverhältnis ohne Wertverschiebung ändert, ein Beschluss mit unbestimmtem Geldwert ist (OLG Hamm, JurBüro 1975, 639, 641; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 27 KostO Rdnr. 49; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dezember 2004, § 41c Rdnr. 36). Nach den §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 a. F. (§§ 41 c Abs. 1, 41 a Abs. 4 Nr. 1 n. F.) KostO ist das Landgericht deshalb zu Recht von einem Geschäftswert von 50.000 DM für den Beschluss über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile ausgegangen.

Auch bei dem Beschluss über die Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro handelt es sich um einen Beschluss ohne bestimmten Geldwert, bei dem der Geschäftswert nach §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. 1 % des eingetragenen Stammkapitals, mindestens 50.000 DM beträgt. Daneben ist der Beschluss über die zur Glättung beschlossene Kapitalerhöhung ein Beschluss mit einem bestimmten Geldwert, der nach § 39 KostO zu bewerten ist und dem Nennwert der Kapitalerhöhung, hier also 35,40 € = 69,24 DM, entspricht (OLG Hamm, MittBayNot 2005, 79; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 27 KostO Rdnr. 105; *Rohs/Wedewer*, § 41 c KostO Rdnr. 17; *Tiedtke*, MittBayNot 1999, 166, 168). Die Anwendung des § 26 Abs. 7 KostO a. F. (41 a Abs. 6 KostO n. F.), wonach bei Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung der Geschäftswert 5.000 DM beträgt, scheidet schon nach seinem klaren Wortlaut aus, darüber hinaus verweist § 27 Abs. 1 KostO a. F. nur auf § 26 Abs. 4 KostO a. F. und nicht auf Abs. 7. Für den Wert von Beschlüssen ohne wirtschaftliche Bedeutung gibt es keine dem § 26 Abs. 7 KostO a. F. entsprechende gesetzliche Regelung. Auch eine Ermäßigung des Wertes nach Art. 45 Abs. 2 EGHGB scheidet aus, da diese Norm ausschließlich für Anmeldungen zum Handelsregister gilt (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 27 KostO Rdnr. 105; *Rohs/Wedewer*, § 41 c KostO Rdnr. 17; *Tiedtke*, MittBayNot 1999, 166, 167).

Aus rechtlichen Gründen ist aber zu beanstanden, dass das Landgericht für die Beschlüsse über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Euro-Umstellung nicht von einem einheitlichen Beschluss ohne bestimmtem Geldwert ausgegangen ist und insoweit nicht nur 50.000 DM als Geschäftswert angesetzt hat. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass nur ein einheitlicher Beschluss mit unbestimmtem Geldwert vorliegt, wenn neben der Euro-Umstellung weitere Satzungsänderungen mitbeurkundet werden, die keinen bestimmten Geldwert haben (OLG Hamm, MittBayNot 2005, 79; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 27 KostO Rdnr. 91 und 105; *Rohs/Wedewer*, § 44 KostO Rdnr. 10; *Assenmacher/Matthias/Göttlich/Mümmeler*, KostO, 15. Aufl., Stichwort „Beschlüsse von Gesellschaftern“, Ziff. 5 allgemein für die Änderung einer Satzung in mehreren Punkten). Nach Auffassung des Senats gilt dies sowohl für materielle als auch nur formelle Satzungsbestandteile, also Regelungen, die auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages durch Vereinbarung unter den Gesellschaftern oder mit Dritten wirksam getroffen werden können, wenn der Satzungstext geändert worden ist. Die Benennung des jeweiligen Inhabers der Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag hat zwar nur eine derartige formelle Satzungsqualität (*Zimmermann in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 8), die Zusammenlegung der Geschäftsanteile hat sich aber in einer Änderung des Textes von § 3 des Gesellschaftsvertrages niedergeschlagen. Der von der Dienstaufsicht vertretenen Auffassung, der Beschluss über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile sei neben der Euro-Umstellung in jedem Fall gesondert zu bewerten, kann deshalb nicht gefolgt werden. Dies würde sonst zu dem Ergebnis führen, dass mehrere materielle Satzungsänderungen trotz größerer Bedeutung für das Gesellschaftsverhältnis billiger wären als mehrere formelle Änderungen bzw. ein Zusammenreffen von formellen und materiellen Änderungen.

Demnach ist gegenstandsverschieden im Sinn von § 44 Abs. 1 KostO lediglich der Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals, weil er einen Gegenstand mit bestimmtem Geldwert hat, so dass der Geschäftswert für die Gebühr nach § 47 KostO nur mit 50.069,24 DM angenommen wurde.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die nachfolgende Entscheidung des OLG Frankfurt am Main und die Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. Ö. R., MittBayNot 2006, 74 (in diesem Heft).

22. KostO §§ 26, 27, 44, 47, 156 (*Euro-Umstellung bei weiteren Satzungsänderungen beim Geschäftswert nicht zu berücksichtigten*)

1. **Beschließt die Gesellschafterversammlung einer GmbH die Euro-Umstellung des Stammkapitals, verbunden mit einer Kapitalerhöhung zur Glättung, liegt ein Beschluss ohne bestimmten Geldwert und ein gegenstandsverschiedener Beschluss mit bestimmtem Geldwert vor.**
2. **Bei gleichzeitiger Beurkundung bzw. Anmeldung weiterer Satzungsänderungen, wie z. B. der Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile als weiterer Beschluss mit einem Gegenstand ohne bestimmten Geldwert, ist die Euro-Umstellung beim Geschäftswert nicht zusätzlich zu berücksichtigen.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25.5.2005, 20 W 189/03

#### Aus den Gründen:

Der Notar beurkundete eine Gesellschafterversammlung der Kostenschuldnerin. Darin wurde einem zwischen der Kostenschuldnerin und ihrer Alleingesellschafterin geschlossenen Teilbeherrschungsvertrag und einer Zusatzvereinbarung dazu zugestimmt. Weiter wurde beschlossen, die bisherigen Geschäftsanteile der Alleingesellschafterin zu einem Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 8.000.000 DM zusammenzulegen. Ferner wurden das Stammkapital der Gesellschaft, der Geschäftsanteil der Gesellschafterin sowie die Betragsangaben im Gesellschaftsvertrag auf Euro umgestellt. Das Stammkapital und der Geschäftsanteil betragen danach gerundet 4.090.335,04 €. Schließlich wurde dieses Stammkapital der Gesellschaft um 9.664,96 € auf 4.100.000 € erhöht. Die neue Stammeinlage zur Aufstockung des Geschäftsanteils wurde zum Nennwert ausgegeben und die Alleingesellschafterin zur Übernahme zugelassen.

Außerdem protokollierte der Notar in derselben Urkunde die Übernahmeerklärung der erhöhten Stammeinlage sowie die Neufassung von § 4 des Gesellschaftsvertrages bezüglich der Höhe des Stammkapitals und die Neufassung des Gesellschaftsvertrages insgesamt unter Berücksichtigung der beschlossenen Änderungen.

In der zu dieser Protokollierung erstellten Kostenrechnung hat der Notar u. a. eine <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr gemäß § 47 KostO aus einem Geschäftswert von 258.903,02 DM nebst 16 % Umsatzsteuer berechnet. Dabei hat er für die Zustimmungserklärung 80.000 DM und für die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Umstellung auf Euro jeweils 80.000 DM sowie für die Erhöhung des Stammkapitals 18.903,02 (= 9.664,96 €) berücksichtigt. Die Dienstaufsicht des Notars hat beanstandet, dass die beschlossene Neufassung des Gesellschaftsvertrages noch gesondert zu dem Umstellungsbeschluss mit dem nach § 26 Abs. 4 Satz 1 KostO zu bestimmenden Wert mit weiteren 80.000 DM, zu berücksichtigen sei.

In einer weiteren Urkunde hat der Notar einen Entwurf für eine Handelsregisteranmeldung gefertigt und Unterschriftsbeglaubigungen vorgenommen. Die Anmeldung hatte unter Ziffer 1) die Zustimmung zu einem Teil-Beherrschungsvertrag und unter Ziffer 2) und 3) die Euro-Umstellung und die beschlossene Neufassung des Gesellschaftervertrags zum Inhalt. Insoweit hat der Notar in einer berechtigten Kostenrechnung eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach den §§ 145, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO berechnet und für die Ziffer 1) 80.000 DM, für die Ziffer 2) 9.451,53 DM und für die Ziffer 3) 80.000 DM bei der Berechnung des Gesamtgeschäftswertes von 169.451,53 DM berücksichtigt. Diesen Geschäftswert hat die Dienstaufsicht bei ihrer Kostenprüfung beanstandet und die Auffassung vertreten, für die unter 2) vorgenommene Anmeldung der Euro-Umstellung seien neben dem Erhöhungsbetrag weitere 5.000 DM gem. Art. 45 Abs. 2 EGHGB i. V. m. § 26 Abs. 7 KostO beim Geschäftswert zu berücksichtigen.

Nachdem der Notar die Beanstandung nicht anerkannt hat, hat ihn die Dienstaufsicht angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat ausgeführt, der Gesellschafterbeschluss über die Umstellung auf Euro habe keine konstitutive Wirkung, deshalb habe der umgestellte Betrag neben dem Erhöhungsbetrag wertmäßig unberücksichtigt zu bleiben. Gegen diese Entscheidung hat der Notar weitere Beschwerde eingelegt und die Auffassung vertreten, der Geschäftswert für den Umstellungsbeschluss sei neben dem Erhöhungsbetrag in die Berechnung des Geschäftswertes einzubeziehen, was vorliegend aber zu keiner Änderung der Berechnungsweise führe. Die Kostenschuldnerin hat sich der Auffassung des Notars angeschlossen.

Die weitere Beschwerde hat keinen Erfolg. Weder der für die Handelsregisteranmeldung angesetzte Wert ist zu niedrig, noch der Geschäftswert für die Protokollierung der Gesellschafterversammlung.

Bei dem Beschluss über die Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro handelt es sich um einen Beschluss ohne bestimmten Geldwert, bei dem der Geschäftswert nach §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. 1 % des eingetragenen Stammkapitals – hier also 80.000 DM – beträgt. Daneben ist der Beschluss über die zur Glättung beschlossene Kapitalerhöhung ein Beschluss mit einem bestimmten Geldwert, der nach § 39 KostO zu bewerten ist und dem Nennwert der Kapitalerhöhung, hier also 9.664,96 € = 18.903,02 DM, entspricht [OLG Hamm, MittBayNot 2005, 79; OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 2006, 71 (in diesem Heft); *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 105; *Rohs/Wedewer*, Stand Dezember 2004, § 41 c Rdnr. 17; *Tiedtke*, MittBayNot 1999, 166, 168]. Die Anwendung des § 26 Abs. 7 KostO a. F. (41 a Abs. 6 KostO n. F.), wonach bei Anmeldungen ohne wirtschaftliche Bedeutung der Geschäftswert 5.000 DM beträgt, scheidet schon nach seinem klaren Wortlaut aus, darüber hinaus verweist § 27 Abs. 1 KostO a. F. nur auf § 26 Abs. 4 KostO a. F. und nicht auf Abs. 7. Für den Wert von Beschlüssen ohne wirtschaftliche Bedeutung gibt es keine dem § 26 Abs. 7 KostO a. F. entsprechende gesetzliche Regelung. Auch eine Ermäßigung des Wertes nach Art. 45 Abs. 2 EGHGB scheidet aus, da diese Norm ausschließlich für Anmeldungen zum Handelsregister gilt (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 41 c Rdnr. 105; *Rohs/Wedewer*, § 41 c Rdnr. 17; *Tiedtke*, MittBayNot 1999, 166, 167).

Deshalb war bereits für die Beschlüsse über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Euro-Umstellung von einem einheitlichen Beschluss ohne bestimmtem Geldwert auszugehen und insoweit nur 80.000 DM als Geschäftswert anzusetzen. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass nur ein einheitlicher Beschluss mit unbestimmtem Geldwert vorliegt, wenn neben der Euro-Umstellung weitere Satzungsänderungen mitbeurkundet werden, die keinen bestimmten Geldwert haben [OLG Hamm, MittBayNot 2005, 79; OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 2006, 73 (in diesem Heft); *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 41 c Rdnr. 105; *Assenmacher/Matthias/Göttlich/Mümmeler*, KostO, 15. Aufl., Stichwort „Beschlüsse von Gesellschaftern“, Ziff. 5 allgemein für die Änderung einer Satzung in mehreren Punkten].

Da in der beanstandeten Kostenrechnung bei der Berechnung des Geschäftswertes für die Zusammenlegung der Geschäftsanteile und die Euro-Umstellung bereits jeweils 80.000 DM berücksichtigt worden sind, kommt eine weitere Erhöhung des Geschäftswertes nicht in Betracht.

Entsprechendes gilt auch für die berichtigte Kostenrechnung hinsichtlich der Handelsregisteranmeldung, bei der sich der Wert ebenfalls nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO a. F. richtet. Neben der mit 80.000 DM bereits berücksichtigten Anmeldung der Neufassung des Gesellschaftsvertrages waren für die Anmeldung der Euro-Umstellung nicht zusätzlich 5.000 DM anzusetzen, Gegenstandsverschieden im Sinn von § 44 Abs. 2 KostO ist lediglich der Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals, weil er einen Gegenstand mit bestimmtem Geldwert hat. Dieser Wert ist aber sowohl in der Kostenrechnung für die Protokollierung des Gesellschafterbeschlusses, als auch bei der Handelsregisteranmeldung gesondert bei der Bemessung des Geschäftswertes berücksichtigt worden.

### Anmerkung:

Beschlüsse über die Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro und weitere Satzungsänderungen betreffen den gleichen Gegenstand gem. § 44 Abs. 1 KostO.<sup>1</sup> Diese Gegenstands-gleichheit gilt sowohl für die Beschlüsse als auch für die dementsprechende Handelsregisteranmeldung.<sup>2</sup> Der Geschäftswert für den Beschluss ist nach §§ 41 c i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bestimmen mit 1 % des eingetragenen Stammkapitals, mindestens 25.000 € und höchstens 500.000 €. Der gleiche Wert ist auch für die Registeranmeldung maßgebend (§§ 41 a Abs. 4 Nr. 1, 39 Abs. 4 KostO). Die Gegenstands-gleichheit wird damit begründet, dass die Änderung der Satzung in mehreren Punkten (ausgenommen hiervon ist eine Kapitalerhöhung, für die ein geldwertbestimmter Beschluss vorliegt; bei Zusammenbeurkundung mit anderen Satzungs-änderungen ist dieser Beschluss wegen Gegenstandsverschie-denheit zusätzlich zu bewerten) ebenso gegenstands-gleich ist wie die völlige Neufassung der Satzung.<sup>3</sup> Wird mit der Euro-Umstellung eine Glättung des Stammkapitals beschlossen, liegt ein gegenstandsverschiedener Beschluss vor, dessen Wert gem. §§ 41c, 41a Abs. 4 Nr. 1 KostO nach dem Glättungsbe-trag zu bestimmen ist. Die Ermäßigung des Wertes für den Beschluss auf die Hälfte des Glättungsbetrages (Art. 45 Abs. 2 EGHGB) findet nicht statt, der halbe Glättungsbetrag ist nur für die Registeranmeldung anzunehmen.<sup>4</sup>

Diese Bewertungsgrundsätze hat das OLG Frankfurt in zwei aufeinander folgenden Entscheidungen bestätigt. Der 20. Zivil-senat des OLG Frankfurt vertritt in beiden Entscheidungen weiter die Auffassung, dass die Zusammenlegung der Ge-schäftsanteile zu dem Bereich „Satzungsänderungen“ gehört und deshalb nicht zusätzlich bewertet werden dürfe. Der Senat stellt fest, dass nach seiner Auffassung auch materielle und formelle Satzungsbestandteile, also Regelungen, die auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages durch Vereinbarung un-ter den Gesellschaftern oder mit Dritten wirksam getroffen werden können, Teil der Satzungsänderungen sind, wenn der Satzungstext dementsprechend angepasst wird. Die Benen-nung des jeweiligen Inhabers der Geschäftsanteile im Gesell-schaftsvertrag habe zwar nur eine derartige formelle Satzungs-qualität,<sup>5</sup> die Zusammenlegung der Geschäftsanteile habe sich aber (wie in den entschiedenen Fällen) in einer Änderung des Textes von § 3 des Gesellschaftsvertrages niedergeschlagen.

Dem OLG Frankfurt kann in diesem Punkt nicht zugestimmt werden. Die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, zu der die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erforderlich ist, erfolgt durch einfachen Beschluss.<sup>6</sup> Der Beschluss selbst

<sup>1</sup> OLG Hamm, MittBayNot 2005, 79 = ZNotP 2005, 78 mit Anm. *Tiedtke* = RNotZ 2004, 512; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 41 c Rdnr. 105; *Haferland/Schmidt/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 543; Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1022.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1039.

<sup>3</sup> Vgl. *Korintenberg*, § 41 c Rdnr. 91; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 44 Rdnr. 10; Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 772.

<sup>4</sup> *Korintenberg*, § 41 a Rdnr. 120.

<sup>5</sup> *Zimmermann* in Rohweder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 8.

<sup>6</sup> KG, GmbHR 1997, 603, 605; *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 105; *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 142; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 18; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 7; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 15 Rdnr. 31; *Jasper* in Münchner Handbuch GesR/GmbH, § 24 Rdnr. 220; a. A., wonach für die Zusammenlegung der Geschäftsanteile kein Beschluss erforderlich ist, sondern die einseitige Erklärung des Inhabers genüge: *Priester*, GmbHR 1976, 1301; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 53 Rdnr. 106.

hat keinen satzungsändernden Charakter,<sup>7</sup> auch wenn es einer von § 15 Abs. 2 GmbHG abweichenden Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag bedarf.<sup>8</sup> Es genügt also nach der erstgenannten herrschenden Meinung ein Beschluss mit einfacher Mehrheit.<sup>9</sup> Eine Satzungsänderung ist nicht notwendig.<sup>10</sup> Die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen unterliegt daher grundsätzlich nicht dem Verfahren nach § 53 und § 54 GmbHG. Daraus folgt, dass der Beschluss über die Zusammenlegung keine Satzungsänderung sein kann. Der Beschluss erhält auch dann keinen satzungsändernden Charakter, wenn aus Anlass anderer Satzungsänderungen die formale Anpassung der Satzung auch zu der Zusammenlegung der Geschäftsanteile mit beschlossen wird. Wird die Satzung im Zusammenhang mit der Zusammenlegung entsprechend angepasst, liegt in der Satzungsanpassung selbst ein satzungsändernder Charakter, der mit den weiteren Satzungsänderungen gegenstandsgleich ist und keinen kostenpflichtigen weiteren Beschluss enthält. Der dieser „formalen“ Satzungsänderung vorausgehende Beschluss über die Zusammenlegung der Geschäftsanteile bleibt nach hier vertretener Auffassung ein eigener kostenpflichtiger Beschluss, der auch neben Satzungsänderungen nach § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zusätzlich zu bewerten ist.<sup>11</sup> Der Auffassung des OLG Frankfurt in den beiden Entscheidungen kann daher insoweit nicht gefolgt werden; im Übrigen ist ihnen aber zuzustimmen.

Prüfungsabteilung der  
Notarkasse A. d. ö. R., München

<sup>7</sup> BGH, GmbHR 1988, 337, 338.

<sup>8</sup> Scholz/Winter, § 15 GmbHG Rdnr. 105 m. w. N.

<sup>9</sup> Scholz/Priester, § 53 GmbHG Rdnr. 181 m. w. N.; insbesondere KG, NZG 2000, 787.

<sup>10</sup> Scholz/Priester, § 53 GmbHG Rdnr. 181.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Haferland/Schmidt/Tiedtke, Rdnr. 354.

23. KostO §§ 154, 156 Abs. 4 Satz 2, 3 und 4; FGG § 29 a Abs. 1 Nr. 2 (*Keine außerordentliche Beschwerde in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*)

1. **Nach Inkrafttreten des § 29 a FGG kommt auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die außerordentliche Beschwerde nicht mehr in Betracht.**
2. **Die Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Kostenberechnung eines Notars ist nicht deshalb unzulässig, weil sie von dem gesamten Spruchkörper des Beschwerdegerichts und nicht allein von dem Vorsitzenden getroffen worden ist.**

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 31.5.2005, 3 W 52/05; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

#### Hinweis der Schriftleitung:

Der Beschluss ist mit Gründen in MDR 2005, 1245 abgedruckt.

24. KostO §§ 41 Abs. 1, 44 Abs. 1 (*Bewertung einer Belastungsvollmacht*)

1. **Eine in einem Grundstückskaufvertrag dem Käufer erteilte Vollmacht, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten, ist mit dem Kaufvertrag auch dann im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO gegenstandsgleich, wenn der äußere Umfang der Vollmacht den Betrag des Kaufpreises übersteigt.**
2. **Die Bewertung der Vollmacht richtet sich in diesem Fall allein nach § 41 Abs. 1 KostO. Maßgebend ist also ausschließlich der Umfang des Rechtsgeschäfts, für das die Vollmacht erteilt ist.**
3. **Wegen Abweichung von der Entscheidung des KG in DNotZ 1992, 117 wird die Sache gem. § 28 Abs. 2 FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.**

OLG Hamm, Beschluss vom 19.9.2005, 15 W 297/04; mitgeteilt von Helmut Engelhardt, Richter am OLG Hamm

Der Notar beurkundete einen Grundstückskaufvertrag, durch den die Beteiligten zu 1) ein bebautes Grundstück von dem Beteiligten zu 2) erwarben. Die Beteiligte zu 2a) und der Beteiligte zu 2) sind Geschwister. Als Kaufpreis wurden 119.000 € vereinbart. In Abteilung II des Grundbuchs ist zugunsten der Eltern der Beteiligten zu 1a) und zu 2), ein Wohnungsrecht und eine Reallast (Kostenübernahme) eingetragen, die nach den vertraglichen Vereinbarungen durch die Beteiligten zu 1) mitsamt den schuldrechtlichen Verpflichtungen übernommen wurden. Weiter verpflichteten sich die Beteiligten zu 1), den Verkäufer von Zahlungsverpflichtungen gegenüber den Dritten in Höhe von jeweils 5.000 DM freizustellen, die der Verkäufer im zeitlichen Zusammenhang mit der Begründung der Rechte Abteilung II übernommen hatte. Einen in der damaligen Urkunde zugunsten der Beteiligten zu 2a) begründeten Zahlungsanspruch von 5.000 DM hoben die Beteiligten einvernehmlich auf. „Um dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises usw.“ zu ermöglichen, verpflichtete sich der Beteiligte zu 3), Grundpfandrechte bis zur Höhe von 140.000 € zu bestellen, und erteilte den Beteiligten zu 1) Vollmacht, die hierzu erforderlichen Erklärungen für ihn abzugeben.

Die Kostenberechnung mit einem Gesamtbetrag von 1.060,19 € hat der Notar die Gebühr für Beurkundung wie folgt in Ansatz gebracht:

Wert: 147.669,38 € gem. § 44 II a, 20 I, 41 I, 18 I KostO (140.000 € Kaufvertrag inkl. Belastungsvollmacht zzgl. 7.669,38 € Freistellung)

Beurkundungsgebühr gemäß §§ 141, 32, 36 II EUR 564,00.

Der Präsident des Landgerichts hat aus Anlass einer Geschäftsprüfung die Kostenberechnung im Hinblick auf den Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr beanstandet. Die Belastungsvollmacht stelle sich als Erfüllung einer Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag dar und könne deshalb nicht mit einem höheren Betrag als dieser, nämlich insgesamt 126.669,38 €, bewertet werden. Er hat den Notar gemäß § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.

Der Notar ist der Anweisungsbeschwerde aus eigenem Recht entgegengetreten. Er hat insbesondere den Standpunkt vertreten, Gegenstandsgleichheit im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO könne nur angenommen werden, wenn die Belastungsvollmacht den Kaufpreis vom Umfang her nicht übersteige.

Das Landgericht hat durch Beschluss die angefochtene Kostenberechnung in der Weise abgeändert, dass es den Gesamtbetrag der Kostenberechnung anderweitig auf 990,59 € festgesetzt hat. Diese Neuberechnung beruht nach den Gründen der Entscheidung auf einem anderweitigen Ansatz des Geschäftswertes für die Beurkundungsgebühr in Höhe von 126.669,38 €. Gegen diese Entscheidung richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig. (...)

In der Sache hält der Senat das Rechtsmittel für teilweise begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO). Der Senat beabsichtigt, den Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr anderweitig auf 140.000 € festzusetzen und nach Maßgabe der nachstehenden Berechnung die angefochtene Kostenberechnung dahin neu zu fassen, dass sie mit einem Gesamtbetrag von 1.025,39 € abschließt. Einer entsprechenden abschließenden Entscheidung des Senats steht jedoch der auf weitere Beschwerde ergangene Beschluss des Kammergerichts (DNotZ 1992, 117 f.) entgegen; denn auf der Grundlage der vom Kammergericht vertretenen Rechtsauffassung müsste der Senat die weitere Beschwerde zurückweisen.

1. Nach Auffassung des Senats ist hier folgende rechtliche Beurteilung geboten:

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer gem. § 156 Abs. 6 Satz 1 KostO Erstbeschwerde ausgegangen, die der Notar auf Anweisung seines Dienstvorsetzten erhoben hat. Der Gegenstand der Beanstandung der Kostenberechnung, auf den sich die Anweisung des Präsidenten des Landgerichts bezieht, bestimmt und begrenzt zugleich den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, das hier somit ausschließlich der Überprüfung der Höhe der Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO bzw. des hierfür maßgebenden Gegenstandswertes dient. Die Kostenberechnung in ihrer Neufassung entspricht in formeller Hinsicht den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO und kann damit Gegenstand einer sachlichen Überprüfung im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO sein. Dabei bleibt im Ergebnis unerschädlich, dass bei den Auslagenpositionen die Zitierweise nicht sämtliche Untergliederungsziffern der angewendeten gesetzlichen Vorschriften (§§ 136, 137, 152 KostO) erfasst. Nach der Rechtsprechung des Senats (JurBüro 1992, 343; JurBüro 1993, 308; zuletzt FGPrax 2005, 45) führt eine unzureichende Zitierweise bei den Auslagenpositionen dann nicht zur Unwirksamkeit der Kostenberechnung, wenn durch die verbale Umschreibung der angefallenen Aufwendungen oder nach den Gesamtumständen dem Informationsinteresse des Kostenschuldners in gleicher Weise Rechnung getragen wird. Die hier vorgenommene textliche Umschreibung der Positionen mit „Schreibauslagen/Fotokopien“ bzw. „Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen“ kann danach noch als ausreichend betrachtet werden. Der Senat hat deshalb davon abgesehen, den Notar um eine weitergehende formelle Neufassung seiner Kostenberechnung zu ersuchen, die auch noch im Verfahren der weiteren Beschwerde möglich wäre (Senat, JMBI NW 1994, 226).

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts nach Auffassung des Senats rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Wert des Kaufvertrages bemisst sich gemäß § 20 Abs. 1 KostO nach dem Kaufpreis zuzüglich der durch den Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen und durch den Käufer übernommenen Verpflichtungen. Auszugehen ist danach von dem Kaufpreis von 119.000 €. Hinzuzurechnen sind jedoch die durch die Käufer übernommenen Zahlungsverpflichtungen des Verkäufers (2x 5.000 DM) sowie der Verzicht der Beteiligten zu 2 a) auf ihren Zahlungsanspruch von 5.000 DM, insgesamt 7.669,38 €. Die Frage der Gegenstandsgleichheit stellt sich insoweit nicht, da die übernommenen Verpflichtungen bereits gemäß § 20 Abs. 1 KostO bei der Wertbemessung zu berücksichtigen sind.

Auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts lässt sich allerdings nicht abschließend beurteilen, inwieweit die Übernahme der Belastungen aus den Rechten Abteilung II des Grundbuchs, jedenfalls aber die

diesen zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen Anlass zu einer weiteren relevanten Erhöhung des Geschäftswertes geben könnten. Diese Frage kann hier jedoch dahinstehen, da die mit dem Ziel der Gebührenherabsetzung eingelegte Anweisungsbeschwerde auf die aus eigenem Recht des Notars erhobene weitere Beschwerde nicht zu einer Gebührenerhöhung führen kann (BGH, MittBayNot 2003, 235).

Die Belastungsvollmacht ist nach Auffassung des Senats gemäß § 41 Abs. 1 KostO mit dem Höchstwert der möglichen Belastung, mithin mit 140.000 € zu bewerten. Da beide Erklärungen in derselben Verhandlung beurkundet sind, stellt sich zunächst die Frage, ob zwischen beiden Gegenstandsgleichheit (§ 44 Abs. 1 KostO) besteht oder § 44 Abs. 2 KostO anzuwenden ist. Erst in einem zweiten Schritt ist die Frage zu beantworten, ob im Falle der Gegenstandsgleichheit die Belastungsvollmacht, der nach § 41 Abs. 1 KostO ein über dem Kaufpreis liegender Wert zukäme, wertmäßig außer Betracht bleibt, wie das Kammergericht (DNotZ 1992, 117 f.) dies annimmt, oder aber nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO zu verfahren ist.

Zur Frage der Gegenstandsgleichheit hat der BGH (MittBayNot 2003, 235, 236 f.) u. a. ausgeführt: „... Danach betreffen alle zur Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses niedergelegten Erklärungen der Partner des Rechtsverhältnisses samt allen Erfüllungs- und Sicherungsgeschäften auch dritter Personen oder zu Gunsten dritter Personen denselben Gegenstand i. S. des § 44 Abs. 1 KostO (vgl. OLG Oldenburg, DNotZ 1953, 317, 318 f.; BayObLG, Rpfleger 1961, 324, 325; OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1964, 244; OLG Hamm, JurBüro 1971, 351; OLG Köln, JurBüro 1997, 206; Ackermann, Rpfleger 1966, 241; Hartmann/Albers, § 44 KostO Rdnr. 4; Korintenberg/Lappe/u. a., § 44 KostO Rdnr. 16 m. w. N.; Göttlich/Mümmeler/u. a., „Mehrere Erklärungen“, Nr. 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 Gegenstandsgleichheit anzunehmen (OLG Köln, JurBüro 1997, 206 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) ...“.

Für die Fallkonstellation der gleichzeitigen Beurkundung von Kaufvertrag und Belastungsvollmacht wird die Gegenstandsgleichheit im Sinne des § 44 Abs. 1 KostO in der obergerichtlichen Rechtsprechung regelmäßig bejaht, wenn die Belastungsvollmacht dazu dient, Mittel für die Finanzierung des Kaufpreises oder andere, auf das Grundstück bezogene Investitionen aufzubringen (OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1977, 503; KG, a. a. O.; OLG Celle, a. a. O.; OLG Naumburg, ZNotP 1998, 208; OLG Rostock, ZNotP 2002, 203 f.; grundsätzlich auch OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103 f.).

Das Landgericht hat eine Gegenstandsgleichheit zwischen Kaufvertrag und Belastungsvollmacht mit der Begründung angenommen, in tatsächlicher Hinsicht sei davon auszugehen, dass der den Kaufpreis übersteigende Betrag der durch die Vollmacht begründeten Belastungsmöglichkeit der Finanzierung der übernommenen Ablösungsverpflichtung sowie Renovierungsarbeiten diene. Diese Annahme erscheint dem Senat verfahrensrechtlich bedenklich, weil das Landgericht die für diese tatsächliche Feststellung erforderlichen Ermittlungen (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 12 FGG) nicht durchge-

führt hat, nachdem das tatsächliche Vorbringen der Beteiligten keine Grundlage für diese tatsächliche Beurteilung geben konnte.

Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich in diesem Punkt jedoch aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig. Nach Auffassung des Senats ist die Gegenstandsgleichheit zwischen Kaufvertrag und Belastungsvollmacht unabhängig davon zu bejahen, welchen konkreten Zwecken der den Kaufpreis übersteigende Betrag der aufgrund der Vollmacht zu bestellenden Grundstücksbelastung dient. Grundlage für die Beurteilung der Gegenstandsgleichheit sind die schuldrechtlichen Absprachen der Beteiligten. Das Kammergericht (a. a. O.) hat zutreffend hervorgehoben, dass die Belastungsvollmacht sich als Erfüllungsgeschäft bezogen auf eine inhaltliche Modifikation der schuldrechtlichen Vereinbarungen der Beteiligten darstellt: Abweichend vom gesetzlichen Regeltyp des Kaufvertrags wird dem Erwerber bereits vor dem Eigentumsübergang eine wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks, nämlich als dingliche Sicherheit für anderweitige Verpflichtungen des Käufers zu dienen, ermöglicht. Die Belastungsvollmacht als zeitlich vorverlagertes Erfüllungsgeschäft ermöglicht es dem Erwerber, von der ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Im Rahmen der Vertragsfreiheit steht es den Vertragsparteien frei, diese vorweggenommene Nutzungsmöglichkeit einzuschränken, etwa indem die Beleihung des Grundstücks nur für beschränkte Zwecke erfolgen darf. Für die kostenrechtliche Bewertung muss jedoch unerheblich bleiben, wie im Einzelnen die Vertragsparteien ihre Absprachen über die vorzeitige Nutzungsmöglichkeit ausgestalten. Für die Beurteilung der Gegenstandsgleichheit ist allein ausschlaggebend, dass die Erteilung der Vollmacht sich jeweils als Vollzug der schuldrechtlichen Vereinbarung der Vertragsparteien darstellt.

Auf der Grundlage der danach zu bejahenden Gegenstandsgleichheit zwischen Kaufvertrag und Belastungsvollmacht stellt sich die weitere Frage, wie eine Vollmacht zu bewerten ist, deren Umfang den vereinbarten Kaufpreis übersteigt. Während eine verbreitete vertretene Auffassung (OLG Naumburg, ZNotP 1998, 208; OLG Rostock, MittBayNot 2002, 307 mit zust. Anm. *Tiedtke*, ZNotP 2002, 203 f.; OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103 f.; ebenso *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 79; *Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1330) die Vollmacht entsprechend ihrem erteilten Umfang mit der Folge einer differenzierten Gebührenberechnung nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KostO bewerten will, stehen das Kammergericht (DNotZ 1992, 117 f. mit zust. Anm. *Hansens*) und das OLG Celle (JurBüro 1997, 156 f. mit zust. Anm. *Mümmeler*) auf dem Standpunkt, dass allein der Wert des Kaufvertrages maßgebend sei, die Kosten also allein nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO zu berechnen seien, wenn – wie dies in aller Regel der Fall ist – die Belastungsvollmacht dazu dient, dem Erwerber die vorzeitige wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks zu ermöglichen (ebenso *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand 3/2005, § 44 Rdnr. 6 f.; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., S. 490).

Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Wie insbesondere das OLG Köln (MittRhNotK 1996, 103 f.) überzeugend ausgeführt hat, bedingen sich Gegenstandsgleichheit und Wertgleichheit nicht wechselseitig. Vielmehr ergibt sich aus § 44 Abs. 1 KostO, dass mehrere gegenstandsgleiche Erklärungen grundsätzlich selbständig zu bewerten sind. Kaufvertrag und Vollmacht unterliegen unterschiedlichen Bewertungsgrundsätzen: Der Kaufvertrag ist nach § 39 Abs. 2 KostO nach dem höheren Wert der Leistung einer der Vertragsparteien zu bewerten. Der Wert der hier vorliegenden

Spezialvollmacht bemisst sich demgegenüber nach § 41 Abs. 1 KostO nach dem Wert des Rechtsgeschäfts, für das die Vollmacht erteilt ist. Zu bewerten ist hier also die Rechtsmacht zum Abschluss des vorgesehenen Rechtsgeschäfts, also das rechtliche Können ohne Rücksicht auf die schuldrechtlichen Bindungen (das rechtliche Dürfen), die der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegen. Die Argumentation des KG (DNotZ 1992, 117, 119), der höhere Wert eines gegenstandsgleichen Geschäfts könne sich dann nicht auswirken, wenn dieses Geschäft der Erfüllung des anderen gegenstandsgleichen Geschäfts diene, läuft darauf hinaus, ein unerwünschtes Ergebnis der Bewertung nach § 41 Abs. 1 KostO durch Verschiebung der Bewertung auf die schuldrechtliche Ebene zu vermeiden: Da der Überlassung der vorzeitigen wirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks im Rahmen der schuldrechtlichen Vereinbarung kein über den Kaufpreis hinausgehendes Gewicht zukomme (Wertberechnung nach § 39 Abs. 2 KostO), könne auch die Erteilung der Vollmacht, die der Erfüllung des schuldrechtlichen Geschäfts diene, nicht höher bewertet werden. Bereits die Annahme, die Einräumung einer vorgezogenen Belastungsmöglichkeit werde erfahrungsgemäß bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt, erscheint nicht unproblematisch und entzieht sich einer Nachprüfung im Einzelfall (OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103 f.; *Klein*, RNotZ 2002, 499, 501). Aus der Sicht des Senats ist ausschlaggebend, dass sich die Argumentation des KG sowohl über die besondere Bewertungsvorschrift des § 41 Abs. 1 KostO als auch darüber hinweg setzt, dass § 44 Abs. 1 KostO bereits eine kostenrechtliche Privilegierung für den Fall vorsieht, dass in einer notariellen Urkunde gegenstandsgleiche Geschäfte mit unterschiedlichen Werten und verschiedenen Gebührensätzen zusammentreffen.

Die Bewertung der Vollmacht nach dem Umfang des Rechtsgeschäfts in Übereinstimmung mit § 41 Abs. 1 KostO erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil die Belehrungspflicht des Notars (§ 17 BeurkG) dem äußeren Umfang der Vollmacht entspricht. Er muss den Grundstücksverkäufer auch über die Gefahren belehren, die sich aus einer über den Kaufpreis hinausgehenden dinglichen Belastung des Grundstücks insbesondere im Fall einer etwa erforderlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages ergeben können, also eine dingliche Haftung des Grundstücks für Verbindlichkeiten des Käufers begründet werden kann, die nicht durch Rückzahlung eines von einem Kreditgeber zur Verfügung gestellten Betrages in Höhe des Kaufpreises abgelöst werden kann (OLG Köln, MittRhNotK 1996, 103 f.). Deshalb kann der äußere Umfang der Vollmacht für die Wertberechnung nicht außer Betracht bleiben.

Auf dieser Grundlage beabsichtigt der Senat unter teilweiser Aufhebung der angefochtenen Entscheidung die angefochtene Kostenberechnung abzuändern und wie folgt neu zu fassen:

Gegenstandswert gemäß §§ 141, 44 Abs. 1, 20 Abs. 1, 41 Abs. 1, 18 Abs. 1 KostO	140.000 €
Beurkundungsgebühr §§ 141, 32, 36 Abs. 2, 44 Abs. 1 Satz 2 1. HS KostO	534 €
Gegenstandswert gemäß §§ 141, 20 Abs. 1 KostO	119.000 €
Vollzugsgebühr § 146 Abs. 1 KostO	118,50 €
Gegenstandswert gem. §§ 141, 20 Abs. 1, 30 Abs. 1 KostO (30 % des Kaufpreises)	35.700 €
Betreuungsgebühr § 147 Abs. 2 KostO für Überwachung der Kaufpreisfälligkeit	54 €

Betreuungsgebühr § 147 Abs. 2 KostO für Überwachung der Umschreibungsreife	54 €
Unzeitgebühr §§ 141, 32, 58 Abs. 3 KostO	30 €
Schreibauslagen/Fotokopien §§ 152, 136 KostO	71,50 €
Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen §§ 152, 137 KostO	21,96 €
16 % Mehrwertsteuer § 151 a	141,43 €
Summe	1.025,39 €

2. In dem von ihm beabsichtigten Sinn kann der Senat nicht entscheiden, ohne im Sinne des § 28 Abs. 2 FGG von der eingangs genannten Entscheidung des KG abzuweichen. Dieser Entscheidung liegt ein mit der vorliegenden Sache weitgehend vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Auf der Grundlage der bereits dargestellten Rechtsauffassung des KG müsste der Senat die weitere Beschwerde zurückweisen. Dessen Entscheidung bezieht sich zwar auf einen Fall, in dem der beurkundete Vertrag eine Beschränkung der zulässigen Verwendung der Belastungsvollmacht für die Kaufpreisaufbringung und ein Bauvorhaben ergab. Der Senat versteht die Entscheidung des KG in ihrem Zusammenhang jedoch in einem weitergehenden Sinn so, dass für die Bewertungsfrage allein die schuldrechtliche Vereinbarung über die vorzeitige Nutzungsüberlassung des Grundstücks ausschlaggebend ist, die je nach Lage des Falles unterschiedlich gestaltet sein kann. Wäre die Entscheidung des KG indessen in einem engeren Sinn zu verstehen, dass der von ihm angenommene Bewertungszusammenhang nur für die dort genannte Zweckbindung der Belastung des Grundstücks bejaht werden sollte, so müsste der Senat die Sache an das Landgericht zurückverweisen, damit dieses nähere tatsächliche Ermittlungen (§ 12 FGG) dazu durchführen kann, welche konkreten Zwecke nach den Vorstellungen der Urkundsbeteiligten der Belastungsumfang der Vollmacht in dem den Kaufpreis übersteigenden Teil haben sollte. Auch in einem solchen Fall wäre eine Vorlagepflicht des Senats begründet.

25. KostO § 30 Abs. 3, Abs. 2 (*Bewertung einer Patientenverfügung*)

**Eine Patientenverfügung betrifft eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit, deren Geschäftswert regelmäßig gemäß § 30 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 KostO 3.000 € beträgt. Eine Abweichung hiervon ist nicht geboten, da genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine anderweitige Schätzung fehlen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Landgericht Arnsberg, Beschluss vom 23.3.2005, 2 T 32/04; mitgeteilt von *Klaus-Peter Teipl*, Richter am Landgericht

*Aus den Gründen:*

Der Notar, der Beteiligte zu 1), beurkundete eine Patientenverfügung des Beteiligten zu 2), wonach bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen von einer Reanimation, von lebensverlängernden Maßnahmen, künstlicher Ernährung und Beatmung u. a. abgesehen werden soll, sondern lediglich Schmerzmittel u. a. verabreicht werden sollen. Er erklärte weiter, dass er für den Fall des klinischen Todes mit einer Organentnahme nicht einverstanden ist. Der Beteiligte zu 2) bevollmächtigte Dritte damit, seinen Wünschen Geltung zu verschaffen. Für seine Tätigkeit erteilte der Beteiligte zu 1) dem Beteiligten

zu 2) eine Kostenberechnung, in der er von einem Geschäftswert von 20.000 € ausging und eine <sup>10/10</sup>-Gebühr gemäß §§ 32, 36 Abs. 1 KostO sowie Auslagen erhob.

Im Rahmen einer Geschäftsprüfung beanstandete der Präsident des Landgerichts den der Beurkundungsgebühr zugrunde gelegten Geschäftswert. Er führte aus, bei der Beurkundung einer sog. „Patientenverfügung“ handele es sich um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit, deren Wert mangels tatsächlicher Anhaltspunkte gemäß § 30 Abs. 2 und 3 KostO mit 3.000 € zu bemessen sei. Der Beteiligte zu 1) wurde angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts zu beantragen. Der Beteiligte zu 1) ist der Ansicht, in der Patientenverfügung seien Anordnungen enthalten, aufgrund derer über Leben und Tod entschieden werde. Deshalb müsse der Rahmen des § 30 Abs. 2 KostO ausgeschöpft werden. Zwar handele es sich um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit, jedoch könne das Vermögen des Erklärenden zumindest als Anhaltspunkt berücksichtigt werden.

## II.

Die Anweisungsbeschwerde des Beteiligten zu 1) ist gemäß § 156 Abs. 6 KostO zulässig und führt zur Abänderung der Kostenberechnung in dem tenorierten Umfang.

Die Beschwerde beschränkt sich auf die Frage, welcher Geschäftswert der Beurkundung einer Patientenverfügung gemäß §§ 32, 36 Abs. 1 KostO zugrunde zu legen ist. Nach Auffassung der Kammer handelt es sich bei der Beurkundung einer Patientenverfügung um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von § 30 Abs. 3 KostO. Als nichtvermögensrechtliche Angelegenheit kommen hauptsächlich personenrechtliche und familienrechtliche Angelegenheiten in Betracht, wie beispielsweise die Anerkennung der Vaterschaft und deren Widerruf, Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung, Sorgeerklärungen nichtverheirateter Eltern, Volljährigkeitserklärungen, Identitäts- und Lebensbescheinigungen, usw. (vgl. *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung, § 30 Rdnr. 40).

Die Patientenverfügung enthält für den Fall der Entscheidungsunfähigkeit Erklärungen zu möglicherweise in der Zukunft erforderlich werdenden medizinischen Maßnahmen, zu denen die Einwilligung erklärt oder verweigert wird. Mit ihr soll in der Regel ein selbstbestimmter und würdiger Sterbevergang gewährleistet werden. Sie richtet sich an behandelnde Ärzte, an den Betreuer oder an einen Bevollmächtigten. Damit ist sie mit den in der Rechtsprechung als nichtvermögensrechtliche Angelegenheit anerkannten Beispielfällen uneingeschränkt vergleichbar. Sie ist aber von einer Altersvorsorgevollmacht und einer Betreuungsverfügung zu unterscheiden (*Palandt*, vor § 1896 Rdnr. 6 ff.; *Keilbach*, FamRZ 2003, 969; *Bund*, JurBüro 2004, 173).

Gemäß § 30 Abs. 3 KostO in Verbindung mit § 30 Abs. 2 KostO ist der Wert mit dem Regelwert von 3.000 € anzunehmen, da genügende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung fehlen. Die Vermögensverhältnisse des Erklärenden sind dabei unbeachtlich. Denn Sinn und Zweck der Patientenverfügung ist nicht die Sicherung der Interessen der hinterbliebenen Erben, sondern der bereits dargelegte Wunsch nach selbstbestimmtem und würdevollem Sterben. Dieser Wunsch kann nicht in Abhängigkeit von dem Vermögen des Erklärenden unterschiedlich hoch bewertet werden (vgl. OLG Frankfurt a. M., RenoR 2001, 219). Eine Abweichung von dem Regelwert gemäß § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO ist nicht geboten. Der Regelwert erscheint im Hinblick darauf, dass es sich bei der Beurkundung einer – im Übrigen nicht formbedürftigen – Patientenverfügung um ein rechtlich einfaches Notargeschäft handelt, nicht unangemessen hoch oder niedrig zu sein (so auch OLG Frankfurt a. M., a. a. O.).

Mit der Annahme des Regelwertes für eine Patientenverfügung sieht sich die Kammer im Einklang mit der herrschenden Literaturmeinung (*Bund*, JurBüro 2004, 173, 177; *Notarkasse*, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 954; *dies.*, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1755; *Tiedtke*, ZNotP 2001, 37, 38; *Keilbach*, FamRZ 2003, 969, 980; *ders.*, DNotZ 2004, 172 Fn. 7).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 1755.

## Steuerrecht

26. GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Baulandausweisung keine Grunderwerbsteuerliche Gegenleistung*)

**Verkauft ein Grundstückseigentümer an eine Gemeinde Grundbesitz und stellt die Gemeinde anschließend einen Bebauungsplan auf, so bleibt die Werterhöhung, die dem Grundstückseigentümer durch die Überplanung ihm verbleibender Flächen erwächst, bei der Bemessung der Grunderwerbsteuer für den gemeindlichen Erwerb unberücksichtigt. (Leitsatz des Einsenders)**

BFH, Urteil vom 27.10.2004, II R 22/03; eingesandt von Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

In einer zwischen der Klägerin, einer politischen Gemeinde, und mehreren Grundstücksverkäufern (V) geschlossenen „Rahmenvereinbarung über die Bebauung eines Grundstücks – Kaufvorvertrag“ vom 21.8.1995 hatten sich V verpflichtet, der Klägerin auf deren Verlangen hin Teilflächen eines Grundstücks zu verkaufen. Dem lag die Absicht der Klägerin zugrunde, das Grundstück als Bauland auszuweisen und seine alsbaldige Bebauung sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollten die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen (z. B. Aufstellung eines Bebauungsplans, Sicherung der Erschließung) geschaffen und das Grundstück in Erschließungsflächen und Baugrundstücke aufgeteilt werden. Die Erschließungsflächen sollten insgesamt und die Baugrundstücke im Umfang von 60 v. H. der Flächen an die Klägerin übereignet werden; der von der Klägerin zu zahlende Kaufpreis sollte 60 DM je qm betragen.

Nach Durchführung einer der Rahmenvereinbarung entsprechenden Planung der Klägerin und Rechtskraft des Bebauungsplans erwarb diese von V mit notariell beurkundetem Grundstückskaufvertrag verschiedene insgesamt 9.350 m<sup>2</sup> große Teilflächen zum Kaufpreis von 60 DM je qm, insgesamt 561.000 DM. Bei V verblieben Teilflächen in der Größe von 4.933 m<sup>2</sup>. Das Finanzamt setzte gegen die Klägerin Grunderwerbsteuer in Höhe von 34.405 DM fest. Die Bemessungsgrundlage in Höhe von 1.720.255 DM ermittelte es unter Zugrundelegung des Kaufpreises von 561.000 DM sowie einer zusätzlichen Gegenleistung in Höhe der Wertsteigerung von 1.159.255 DM, die die bei V verbliebenen Flächen aufgrund der Baulandausweisung erfahren hatten.

Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage blieb ohne Erfolg. Das Finanzgericht die infolge der Baulandausweisung eingetretene Wertsteigerung der bei V verbliebenen Grundstücksflächen als Gegenleistung der Klägerin für die von ihr erworbenen Flächen. Die Baulandausweisung sei ausdrückliche Geschäftsgrundlage für den Verkauf von Teilflächen an die Klägerin gewesen. Aufgrund des kausalen Zusammenhangs zwischen der Rahmenvereinbarung, der Aufstellung des Bebauungsplans und dem Erwerb der Teilflächen durch die Klägerin sei der infolge der Baulandausweisung eingetretene Wertzuwachs der bei V verbliebenen Grundstücke im Rahmen eines echten Austauschverhältnisses eingetreten. Die etwaige Rechtsunwirksamkeit der von der Klägerin als hoheitliche Maßnahme übernommenen Verpflichtung zur Baulandausweisung sei gemäß § 41 Abs. 1 AO für die Besteuerung unerheblich. (...)

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Herabsetzung der Grunderwerbsteuer (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

1. Bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerpflichtigen Grundstückskaufvertrag bemisst sich die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gilt als Gegenleistung u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. 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 (BFH, BFH/NV 2002, 1612). Der Erwerb des Grundstücks und die Gegenleistung müssen kausal verknüpft sein (BFH, BFHE 159, 255, BStBl II 1990, 186 = Mitt-RhNotK 1990, 110; BFH/NV 1999, 666).

a) Erwirbt eine Gemeinde einen Teil der von ihr durch Aufstellung eines Bebauungsplans und Sicherung der Erschließung baureif gemachten Grundflächen, ist der beim Grundstücksveräußerer eintretende Wertzuwachs der ihm verbleibenden und nunmehr baureifen Teilflächen grundsätzlich keine Gegenleistung der erwerbenden Gemeinde für ihren Grundstückserwerb. Es fehlt an einer für eine Gegenleistung im Grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne erforderlichen Verknüpfung zwischen dem Grundstückserwerb der Gemeinde und dem Wertzuwachs der dem Grundstücksveräußerer verbleibenden Grundstücksflächen. Der Grundstücksveräußerer empfängt den Wertzuwachs der ihm verbleibenden Grundstücksflächen nicht als Entgelt für die an die Gemeinde veräußerten Grundstücksflächen. Die erwerbende Gemeinde gewährt den aus der Baureifmachung folgenden Wertzuwachs nicht aufgrund einer gegenüber dem Veräußerer (vertraglich) übernommenen Pflicht zur Baureifmachung.

Die Befugnis und Pflicht der Gemeinden zur Aufstellung von Bauleitplänen (§ 1 Abs. 3 BauGB) erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse (*Söfker* in Brügelmann, BauGB, § 1 Rdnr. 212). Es besteht daher nach § 2 Abs. 3 BauGB kein Rechtsanspruch auf Aufstellung von Bauleitplänen. Ebenso haben die Gemeinden eine Verpflichtung zur Erschließung (§ 123 BauGB) nur gegenüber der Allgemeinheit und nicht gegenüber dem einzelnen Bürger (BFH, BFHE 194, 452 = MittBayNot 2001, 499 m. w. N.). Wertzuwächse der durch diese öffentlichen Maßnahmen begünstigten Grundstücke sind deshalb, auch wenn eine Gemeinde im zeitlichen Zusammenhang mit diesen Planungsmaßnahmen einen Teil der von ihr zur Baureife geführten Grundstücke selbst erwirbt, keine von der Gemeinde gegenüber dem Grundstücksveräußerer für ihren Erwerb erbrachte „Leistung“ i. S. der § 8 Abs. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Ob andere Grundsätze zu gelten haben, wenn sich die Gemeinde gegenüber einem Grundstücksveräußerer unter Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB vertraglich zur Aufstellung von Bauleitplänen oder städtebaulichen Satzungen verpflichtet hat, bleibt offen. Der Wertzuwachs der von der Gemeinde in rechtmäßiger Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Baureife geführten Grundstücksflächen ist vielmehr ein bloßer Reflex der allein auf öffentliche Interessen ausgerichteten Bauleitplanung (vgl. auch BFH, MittBayNot 2001, 499).

b) An dieser Beurteilung ändert sich entgegen der Auffassung des FG auch dann nichts, wenn die vertragliche Vereinbarung zwischen dem Grundstücksveräußerer und der Gemeinde über ihren Grundstückserwerb Elemente eines städtebaulichen Vertrags aufweist und Geschäftsgrundlage dieses

Vertrags (auch) die Baulandausweisung von beim Veräußerer verbleibenden Grundstücken ist. Eine Gemeinde kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob sie sich zur Erfüllung eines öffentlichen Interesses der Mittel des Privatrechts bedienen will (BVerwG, BVerwGE 92, 56 = NJW 1993, 2695 m. Anm. *Grziwotz*, NJW 1993, 2665). Verträge zur Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele sind durch § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB i. d. F. der Bekanntmachung vom 27.8.1997 (BGBl I, 2141) ausdrücklich zugelassen; ihre rechtliche Zulässigkeit unterlag auch bereits zuvor keinen rechtlichen Zweifeln (BVerwG, BVerwGE 92, 56; BGH, MittBayNot 1999, 96; BGHZ 153, 93 = MittBayNot 2003, 341 (Ls.) = DNotZ 2003, 241 m. Anm. *Grziwotz*). Insbesondere können sich Gemeinden im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Bebauungsplans auf privatrechtlichem Wege Grundstücke in dem zukünftigen Baugebiet beschaffen, um in Erfüllung gemeindlicher Aufgaben z. B. den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu decken (BVerwG, BVerwGE 92, 56; BGH, MittBayNot 1999, 96). Der Umstand, dass Geschäftsgrundlage derartiger Verträge (auch) die Baureifmachung und die damit verbundene Werterhöhung von Grundstücken des Veräußerers sind, ändert nichts an dem von der Gemeinde mit dem Grundstücksankauf verfolgten qualifizierten öffentlichen Interesse. Da der Vorentscheidung eine andere Rechtsauffassung zugrunde liegt, war sie aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif. Der Grunderwerbsteuerbescheid ist rechtswidrig, soweit das Finanzamt einen Wertzuwachs für die bei V verbliebenen Grundstücksflächen in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einbezogen hat.

Der angegriffene Bescheid erweist sich nicht etwa deshalb als rechtmäßig, weil die Klägerin gegenüber V unter Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB eine Verpflichtung zur Baulandausweisung eingegangen ist und damit eine sonstige Leistung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) vorliegt. Sollte das vorinstanzliche Urteil dahin zu verstehen sein, dass für die Klägerin in der mit V geschlossenen Rahmenvereinbarung eine solche Verpflichtung begründet wurde, ist der Senat an diese Auslegung der Rahmenvereinbarung nicht nach § 118 Abs. 2 FGO gebunden. Revisionsrechtlich ist in vollem Umfang nachprüfbar, ob das FG bei der Auslegung eines Vertrags u. a. die gesetzlichen Auslegungsregeln beachtet hat (*Gräber/Ruban*, FGO, 5. Aufl., § 118 Rdnr. 24 m. w. N.). Diese Prüfung ergibt, dass die Klägerin in der Rahmenvereinbarung – ohne Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB – lediglich ihre Absicht bekundet hat, für die Grundstücksflächen der V eine Baulandausweisung und Sicherstellung einer alsbaldigen Bebauung vorzunehmen. Hingegen hat sich die Klägerin gegenüber V nicht zur Baulandausweisung verpflichtet und daher mit Abschluss der Rahmenvereinbarung ausschließlich eine ihr übertragene öffentliche Aufgabe auf dem Gebiet des Städtebaurechts wahrgenommen.

27. ErbStG § 13 Abs. 2 a Satz 3 a. F. (*Wegfall der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG bei Veräußerung des begünstigt erworbenen Betriebsvermögens*)

**Der Wegfall der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG a. F. tritt unabhängig davon ein, aus welchen Gründen das begünstigt erworbene Betriebsvermögen veräußert oder der Betrieb aufgegeben wurde; eine teleologische Reduktion des Nachversteuerungstatbestands kommt insoweit nicht in Betracht.**

BFH, Urteil vom 16.2.2005, II R 39/03

Der Kläger ist zu 1/2 Miterbe nach der am 20.9.1994 verstorbenen E. Zum Nachlass gehörte u. a. ein Anteil an einer KG. Im Jahr 1998 stellte diese ihre Produktion ein, entließ sämtliche Arbeitnehmer und veräußerte ihr Vermögen einschließlich des Betriebsgrundstücks an verschiedene Erwerber. Ertragsteuerrechtlich wurde dieser Vorgang als Betriebsaufgabe behandelt. Der Kläger war zu diesem Zeitpunkt mit 30,2 % an der KG beteiligt; nach § 4 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags war für eine Auflösung der Gesellschaft eine Mehrheit von 3/4 aller Stimmen erforderlich.

Das beklagte Finanzamt setzte die Erbschaftsteuer zunächst unter Gewährung des anteiligen Betriebsvermögensfreibetrags (250.000 DM) fest. Mit dem angefochtenen Änderungsbescheid vom 9.6.2000 versagte es jedoch den Abzug des Freibetrags unter Berufung auf die Betriebsaufgabe.

Im Einspruchs- und Klageverfahren behauptete der Kläger, für die Beschlussfassung über den Verkauf des Betriebsgrundstücks und des Anlagevermögens habe eine einfache Mehrheit in der Gesellschafterversammlung ausgereicht; er sei als Minderheitsgesellschafter nicht in der Lage gewesen, über diese Fragen zu entscheiden. Er habe aus dem Verkauf des Gesellschaftsvermögens nicht nur keine liquiden Mittel erlangt, sondern im Gegenteil der Gesellschaft anschließend noch erhebliche Mittel zugeführt, damit Verpflichtungen gegenüber den Banken erfüllt werden konnten. Die KG sei handelsrechtlich auch nach der Betriebsaufgabe nicht aufgelöst worden. Das Finanzgericht wies die Klage ab (EFG 2003, 1486).

Mit seiner Revision vertritt der Kläger die Auffassung, die Aufgabehandlungen der KG, die er als eigenständige Rechtspersönlichkeit ansieht, seien ihm als Anteilinhaber nicht zuzurechnen. Der Nachversteuerungstatbestand diene der Verhinderung missbräuchlicher Gestaltungen; eine solche habe hier aber nicht vorgelegen.

*Gründe:*

II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht erkannt, dass die Voraussetzungen des Nachversteuerungstatbestands des § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG in der für die Jahre 1994 und 1995 geltenden Fassung im Streitfall erfüllt sind (dazu unten 1.) und eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift nicht in Betracht kommt (dazu unten 2.).

1. Nach § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG a. F. fällt die Steuerbefreiung für Betriebsvermögen mit Wirkung für die Vergangenheit weg, soweit innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb ein Gewerbebetrieb, ein Teilbetrieb oder ein Anteil an einer Gesellschaft i. S. des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG veräußert wird; als Veräußerung gilt auch die Aufgabe des Gewerbebetriebs.

a) Dieser Nachversteuerungstatbestand erfasst auch die Aufgabe eines Mitunternehmeranteils. Zur näheren Begründung verweist der Senat auf seinen – zur Nachfolgevorschrift des § 13 a Abs. 5 Nr. 1 ErbStG ergangenen – Beschluss vom 7.7.2004, II B 32/04 (BFHE 206, 370 = BStBl II 2004, 747, unter II. 1.). Ertragsteuerrechtlich ist eine Fallgestaltung wie die vorliegende zwar als Aufgabe des (ganzen) Gewerbebetriebs einer Mitunternehmerschaft zu beurteilen. Gegenstand eines der Erbschaftsteuer unterliegenden Erwerbsvorgangs kann jedoch nie ein (ganzer) Gewerbebetrieb einer Mitunternehmerschaft, sondern immer nur ein Anteil an einer Mitunternehmerschaft sein. Die Nachversteuerungstatbestände sind auf weitgehende Korrespondenz mit den Erwerbstatbeständen angelegt, wie vor allem aus der Fassung der Nachfolgeregelung des § 13 a Abs. 5 ErbStG deutlich wird. Dies rechtfertigt es, bereits bei der Auslegung des § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG a. F. die Tatbestandsalternative „Aufgabe eines Anteils an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG“ abweichend von der ertragsteuerrechtlichen Behandlung auch auf Fälle zu erstrecken, in denen eine Aufgabe des (ganzen) Gewerbebetriebs gegeben ist.

b) Auf das Vorbringen des Klägers, er habe die Veräußerung des Betriebsvermögens gesellschaftsrechtlich nicht verhindern können, kommt es nicht an. Als Gesamthänder muss er sich das Handeln der Gesellschafterversammlung auch dann zurechnen lassen, wenn dieses auf der Ausübung eines Verwaltungs- und Verfügungsrechts beruht, das bereits einer Mehrheit von Gesellschaftern zusteht (vgl. – zur Zurechnung von Handlungen eines Konkursverwalters in Ausübung von dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht – BFH, BFHE 206, 370 = BStBl II 2004, 747, unter II. 2.). Der Sachverhalt ist insoweit nicht mit dem im Schreiben der obersten Finanzbehörden der Länder vom 29.11.1994 (BStBl I 1994, 905 Tz. 5.6, jetzt R 67 Abs. 2 ErbStR 2003) genannten Fällen, auf die der Kläger sich beruft, vergleichbar. Ohnehin hat der Kläger keine Angaben über sein eigenes Abstimmungsverhalten gemacht; er hat insbesondere niemals behauptet, gegen die Veräußerung gestimmt zu haben.

Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob die Rechtsauffassung des Klägers zutrifft, auch die Veräußerung des gesamten Vermögens einer Personengesellschaft könne von den Gesellschaftern bereits mit einfacher Mehrheit beschlossen werden, oder ob sich in derartigen Fällen aus § 116 Abs. 2 HGB ein Einstimmigkeitserfordernis ergibt (vgl. zur Betriebsstilllegung und zur Veräußerung von Unternehmensteilen als unter § 116 Abs. 2 HGB fallende außergewöhnliche Geschäfte *Ulmer* in Staub, HGB, 4. Aufl. 1999, § 116 Rdnr. 12 m. w. N.).

2. Gründe, den Betriebsvermögensfreibetrag trotz Aufgabe des Gewerbebetriebs zu gewähren, liegen nicht vor.

a) Eine verminderte Leistungsfähigkeit des Klägers als Erwerber von Betriebsvermögen rechtfertigt nicht die Weitergewährung des Freibetrags nach § 13 Abs. 2 a ErbStG. Zwar hat das BVerfG aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet, dass die verminderte Leistungsfähigkeit des Erwerbers von Betriebsvermögen, die sich u. a. aus der Sozialgebundenheit und mangelnden Fungibilität des Vermögens ergeben kann, bei der Erbschaftbesteuerung zu berücksichtigen ist (BVerfG, BVerfGE 93, 165 = DNotZ 1995, 758, unter C. I. 2. b bb; vgl. auch BFH, BStBl II 2002, 598 = MittBayNot 2002, 418, unter B. II. 3. a bb). Dieser Vorgabe entspricht aber bereits die für den Streitfall maßgebliche Bewertung des Betriebsvermögens durch Ansatz der Steuerbilanzwerte (§ 12 Abs. 5 i. V. m. § 109 BewG). Die Bewertungsmethode stellt (ungeachtet ihrer sonstigen verfassungsrechtlichen Mängel) regelmäßig sicher, dass die erbschaft- und schenkungsteuerrechtlichen Werte für das Betriebsvermögen deutlich unterhalb des gemeinen Werts bleiben (vgl. Vorlagebeschluss des BFH, BStBl II 2002, 598, 600: „45 v. H. des wirklichen Substanzwerts“) und die von Verfassungen wegen zu berücksichtigenden, mit dem Betriebsvermögen verbundenen Risiken bereits wertmäßig erfasst sind. Denn derartige Belastungen und Risiken schlagen sich im Verkehrswert nieder. Wird dieser aber wegen der geltenden Bewertungsmethode regelmäßig nicht erreicht, besteht aus Verfassungsgründen kein Zwang, wegen derselben Belastungen trotz Aufgabe des Gewerbebetriebs zusätzlich einen Freibetrag zu gewähren.

b) Der Gesetzgeber hat die Gewährung des Freibetrags nach § 13 Abs. 2 a ErbStG a. F. und die darin liegende Begünstigung des Betriebsvermögens gegenüber anderen Vermögensarten auch mit der Erleichterung der Betriebsfortführung u. a. zur Erhaltung von Arbeitsplätzen begründet (Begründung zum Entwurf des Standortsicherungsgesetzes vom 4.1.1993, BR-Drucks. 1/93, 49, und vom 20.1.1993, BT-Drucks. 12/4158, 47; Begründung zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 1997 vom 11.6.1996, BT-Drucks. 13/4839, 64 ff.). Dieses Förderungsziel wird objektiv verfehlt, wenn der Betrieb innerhalb

der vom Gesetzgeber festgelegten Fünf-Jahres-Frist veräußert oder aufgegeben wird. Der Gesetzgeber hat die Grenzen seines Typisierungsspielraums nicht überschritten, wenn er die individuellen Motive für die objektive Zielverfehlung unberücksichtigt lässt.

c) Eine teleologische Reduktion des § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG a. F. ist weder nach seinem Wortlaut noch nach seiner Zielsetzung geboten. Die dafür in der Literatur umrissenen Anwendungsfälle (*Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbSt, § 13 a Rdnr. 267, 271, Stand März 2004: „erzwungene Veräußerung“; *Krumm*, ZEV 2005, 46, 49: „existenzbedrohender Zustand“) rechtfertigen eine Einschränkung des § 13 Abs. 2 a Satz 3 ErbStG a. F. nicht, da jede unternehmerische Entscheidung über die Betriebsveräußerung, -aufgabe oder -fortführung sich in einem Spannungsfeld zwischen der Gestaltungsfreiheit und Eigenverantwortlichkeit des selbständig Tätigen einerseits und der Bindung an Marktmechanismen andererseits bewegt. Es wäre überdies – selbst unter Zuziehung betriebswirtschaftlicher Sachverständiger – nicht mit einer für die erforderliche Überzeugungsbildung (§ 96 Abs. 1 Satz 1 FGO) hinreichenden Sicherheit möglich, unternehmerische Entscheidungen daraufhin zu überprüfen, ob sie „erzwungen“ worden sind.

Darüber hinaus müsste in jedem Einzelfall sichergestellt werden, dass der begünstigte Erwerber weder in Zusammenhang mit dem Veräußerungs- oder Aufgabevorgang noch in der Zeit zwischen Erwerb und Verlust des Betriebsvermögens Vorteile aus dem Erwerb gezogen hat. Selbst in Insolvenzfällen ist nicht ausgeschlossen, dass der Erwerber dem Betrieb noch „rechtzeitig“ Vermögensgegenstände entzogen hat. Die damit erforderliche Prüfung sämtlicher Vermögenstransaktionen innerhalb eines längeren – sich unter Umständen über fünf Jahre erstreckenden – Zeitraums stünde der Vollziehbarkeit des Nachversteuerungstatbestands entgegen. Dies wird auch am Streitfall deutlich, in dem sich der Kläger auf Darlegungen zu den liquiden Mitteln, die er im Rahmen der Betriebsaufgabe erlangt bzw. nicht erlangt haben will, beschränkt, aber keinerlei Angaben zu seinen in den vier vorangehenden Jahren im Zusammenhang mit dem begünstigt erworbenen Betriebsvermögen erlangten Vermögensvorteilen macht.

Soweit der Senat in seinem Beschluss in BStBl II 2004, 747 (unter II. 3.) bei lediglich summarischer Prüfung eine teleologische Reduktion des Nachversteuerungstatbestands in Betracht gezogen hat, hält er daran nicht mehr fest.

28. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a (*Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen durch Übergabe von Geld- und Wertpapiervermögen zum Zwecke der Entschuldung*)

**Anlässlich der Übergabe von Geld- oder Wertpapiervermögen kann eine als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last begründet werden, wenn diese Werte – unter weiteren Voraussetzungen – vereinbarungsgemäß zur Tilgung von Schulden verwendet werden, mit denen die Anschaffung oder Herstellung von ertragbringendem Vermögen – hier: einem eigengenutzten Einfamilienhaus – finanziert worden war (Anschluss an BFH, Beschluss vom 12.5.2003, GrS 1/00, BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 305, unter C. II. 6. b bb; entgegen BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 = MittBayNot 2005, 85, Tz. 21 letzter Absatz).**

BFH, Urteil vom 1.3.2005, X R 45/03

Die Kläger sind miteinander verheiratet und wurden für das Streitjahr 1996 zur Einkommensteuer zusammen veranlagt.

Die Mutter der Klägerin übertrug dieser mit notariell beurkundetem Vertrag vom 6.8.1986 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge einen Geldbetrag in Höhe von 100.000 DM. Im Gegenzug verpflichtete sich die Klägerin, an ihre Mutter auf deren Lebenszeit eine wertgesicherte Rente in Höhe von monatlich 650 DM zu zahlen. Die Erhöhung/Herabsetzung der Zahlungsverpflichtungen entsprechend § 323 ZPO war vorbehalten.

Mit privatschriftlichem Schenkungsvertrag vom 22.11.1987, der keinen Hinweis auf eine vorweggenommene Erbfolge enthält, übertrug die Mutter der Klägerin dieser ein Wertpapierdepot mit einem Gesamtwert von 200.000 DM. Diesem zufolge verpflichtete sich die Klägerin unter Vereinbarung einer Wertsicherungs- und Anpassungsklausel, ihrer Mutter für die Dauer von zehn Jahren einen Betrag von 1.600 DM monatlich zu zahlen.

Nach der mündlichen Verhandlung vom 12.12.1996 im finanzgerichtlichen Verfahren wegen Einkommensteuer 1987 (FG Düsseldorf, 15 K 2630/94), in der über die nämliche Streitfrage zu entscheiden war, legten die Kläger hinsichtlich des Wertpapiervermögens einen weiteren Vertrag vom 16.9.1987 vor, nach welchem die Wertpapiere ebenfalls im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen würden und die Versorgungsleistungen der Klägerin an ihre Mutter auf Lebenszeit zu leisten seien.

Im Streitjahr 1996 zahlte die Klägerin ihrer Mutter einen Betrag von insgesamt 26.909 DM. Diesen Betrag machten die Kläger in ihrer Einkommensteuererklärung als dauernde Last geltend. Das beklagte Finanzamt lehnte den Abzug ab mit der Begründung, der Tatbestand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sei nicht gegeben. Die hiergegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg (EFG 2004, 401).

#### Gründe:

#### II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Zu Unrecht hat das FG die Klage allein mit der Begründung abgewiesen, im Zusammenhang mit der Übergabe von Geld könne keine als Sonderausgabe abziehbare dauernde Last vereinbart werden.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Wegen der dogmatischen Grundlagen der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze wird auf den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 4-6/89 (BStBl II 1990, 847 = MittBayNot 1990, 372), auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 13.9.2000, X R 147/96 (BStBl II 2001, 175), die Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00 (BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 305) und GrS 2/00 (StBl II 2004, 100 = MittBayNot 2004, 310) sowie auf die hierzu ergangene Folgerechtsprechung verwiesen (zuletzt Senatsurteil vom 16.6.2004, X R 22/99, BStBl II 2004, 1053 = MittBayNot 2005, 250).

2. Die tatrichterliche Feststellung des FG, dass im Zusammenhang mit der Übergabe von Wertpapieren im Wert von 200.000 DM Versorgungsleistungen auf die Dauer von lediglich zehn Jahren vereinbart worden sind, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zulässige und begründete Revisionsrügen haben die Kläger insoweit nicht erhoben. Der Fall einer notwendigen Beiladung liegt hier nicht vor (vgl. BFH, BFH/NV 1993, 717, unter 1.). Die Versagung des rechtlichen Gehörs ist nicht ausreichend gerügt. Das FG hat dem im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens eingereichten Vertrag vom 16.9.1987 keine Bedeutung beigemessen, weil es nach-

vollziehbare Erläuterungen zum Grund einer solchen (Nachtrags-)Vereinbarung vermisst hat. Den durch Angehörige der steuerberatenden Berufe vertretenen Klägern hätte klar sein müssen, dass die nachträgliche Darlegung eines in einem entscheidungserheblichen Punkte geänderten Sachverhalts einer Erläuterung bedurfte. Zudem durfte das FG der Vereinbarung vom 22.11.1987 als der Jüngeren die Bedeutung beimessen, dass durch sie die Vereinbarung vom 16.9.1987 zum Nachteil der Mutter der Klägerin geändert wurde.

Ausgehend von den tatrichterlichen Feststellungen des FG sind die monatlichen Zahlungen von 1.600 DM nicht als Sonderausgaben abziehbar. Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats sind im Zusammenhang mit einer Vermögensübergabe vereinbarte Leistungen grundsätzlich nur dann eine dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 2 EStG), wenn sie auf die Lebenszeit des Versorgungsberechtigten gezahlt werden (Senatsurteile vom 3.8.1994, X R 44/93, BStBl II 1996, 676 = MittRhNotK 1995, 238; vom 31.8.1994, X R 58/92, BStBl II 1996, 672 = MittRhNotK 1995, 240; Beschluss vom 9.10.1997, X B 51/97, BFH/NV 1998, 447). An dieser Voraussetzung fehlt es hier.

Soweit sich die Kläger darauf beziehen, dass die Einkommensteuer-Richtlinien 1986 (EStR) eine auf die Mindestlaufzeit von zehn Jahren begrenzte dauernde Last als nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a Satz 1 EStG abziehbar anerkannt haben, müsste ein auf den rechtlichen Gesichtspunkt der rückwirkenden Verschärfung der Rechtsprechung gestützter Anspruch auf Erlass einer Billigkeitsmaßnahme in einem anderen Verfahren (BFH, Beschluss vom 25.6.1984, GrS 4/82, BStBl II 1984, 751, unter C. I. 1.; Senatsurteil vom 31.7.2002, X R 39/01, BFH/NV 2002, 1575, unter 5. a. E.) geltend gemacht werden. Dies würde freilich voraussetzen, dass die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge davon ausgehen konnte, mit der Übergabe von Wertpapiervermögen könne eine dauernde Last gestaltet werden.

3. Lebenslängliche Leistungen haben die Klägerin und ihre Mutter anlässlich der Übertragung des Betrages von 100.000 DM vereinbart. Insoweit kommt nach den Grundsätzen des Beschlusses des Großen Senats des BFH in BStBl II 2004, 95 (= MittBayNot 2004, 305) eine Abziehbarkeit als dauernde Last in Betracht.

a) Hinsichtlich der Art des übergebenen Vermögens, das Grundlage für die Vereinbarung von als dauernde Last anzuerkennenden Versorgungsleistungen sein kann, hatte die bisherige Rechtsprechung, auf die sich die Vorinstanz noch stützen konnte, seit jeher unterschieden zwischen der Übergabe von Geldvermögen und den unter der Bezeichnung „existenzsichernd“ zusammengefassten Vermögensarten. Der Große Senat hat hierzu unter Bezugnahme auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 10.11.1999, X R 46/97 (BStBl II 2000, 188 = MittBayNot 2000, 253) in seinem Beschluss in BStBl II 2004, 95 (= MittBayNot 2004, 305, unter C. II. 6. der Entscheidungsgründe) ausgeführt: Sieht man wiederkehrende Leistungen nur unter der Voraussetzung als Sonderausgaben bzw. als wiederkehrende Bezüge i. S. des § 22 Nr. 1 EStG an, dass sie aus den Nettoerträgen des überlassenen Vermögens bestritten werden können, so kann auch die Übertragung von Geldvermögen, Wertpapieren und typischen stillen Beteiligungen in gleicher Weise berücksichtigt werden wie die Übertragung der bisher unter der Bezeichnung „existenzsichernd“ zusammengefassten Vermögensarten. Durch diesen Systemwechsel zu einer folgerichtigen Dogmatik des Ertragsvorbehalts ist der Grund für die Restriktion durch die frühere Rechtsprechung entfallen (s. im Einzelnen Senatsurteil in BStBl II 2004, 1053 = MittBayNot 2005, 250).

b) Hiernach kann Wertpapier- und Geldvermögen den bisher unter der Bezeichnung „existenzsichernd“ zusammengefassten Vermögensarten grundsätzlich gleichgestellt werden. Dies ist rechtlich möglich unter zwei alternativ gegebenen Voraussetzungen:

aa) Ein übergebener Geldbetrag muss entweder – ebenso wie der Erlös aus der Veräußerung der vom Großen Senat ausdrücklich erwähnten „ihrer Art nach ertraglosen Wirtschaftsgüter“ – ertragbringend angelegt werden (Senatsurteil in BStBl II 2004, 1053 = MittBayNot 2005, 250), wobei die Versorgungsleistungen aus den erzielten Erträgen zu erbringen sind. In der Konsequenz der Entscheidung des Großen Senats liegt es, dass sich der Übernehmer im Übergabevertrag verpflichtet, „eine ihrer Art nach bestimmte Vermögensanlage zu erwerben, die einen zur Erbringung der zugesagten Versorgungsleistungen ausreichenden Nettoertrag abwirft“. Wird Geld in der vorstehend genannten Weise vom Beschenkten neu angelegt, ist für die Beurteilung des sog. Ertragsvorbehalts die Rendite der neuen Vermögensanlage (Reinvestition) maßgebend. Hinsichtlich der Ertragsprognose ist abzustellen auf den Zeitpunkt, zu dem die Vereinbarung zwischen den Parteien des Übergabevertrages getroffen wird.

bb) Die Übergabe von Geld kann aber auch dem Ziel einer Entschuldung dienen. Der Große Senat des BFH hat die Abziehbarkeit von wiederkehrenden Leistungen als dauernde Last anerkannt, wenn der Übernehmer vereinbarungsgemäß Geldvermögen zur Tilgung von Schulden verwendet und dadurch Zinsaufwendungen erspart, die nicht geringer sind als die zugesagten Versorgungsleistungen (Beschluss in BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 305, unter C. II. 6. b bb a. E.). Die Finanzverwaltung folgt dem nicht; sie wendet diese rechtliche Aussage über den entschiedenen Einzelfall hinaus mit der Begründung nicht an, ersparte Zinsen gehörten nicht zu den Erträgen (BMF-Schreiben vom 16.9.2004, BStBl I 2004, 922 = MittBayNot 2005, 85, Tz. 21 letzter Absatz).

Der erkennende Senat sieht keine Veranlassung, die Aussage des Großen Senats in Frage zu stellen. Allerdings setzt die Übergabe von Vermögenswerten für Zwecke der Schuldentilgung voraus, dass ein Wirtschaftsgut, das wie z. B. ein Einfamilienhaus der Erzielung von Erträgen – hier: in Gestalt eines Nutzungsvorteils (Beschluss in BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 305, unter B. II. 6. b der Entscheidungsgründe) – dient, von langfristigen Schuldverpflichtungen entlastet wird. Diese Einschränkung folgt aus dem Begründungszusammenhang, in den der Große Senat seine hier erörterte Aussage gestellt hat. Das Erfordernis der Langfristigkeit zielt auf den Fall ab, dass der Empfänger des Geldes die Anschaffung/Herstellung einer Vermögensanlage fremdfinanziert und nicht lediglich etwa einen Konsumentenkredit aufgenommen hatte. Die hiermit vorausgesetzte „Vermögenswirksamkeit“ der Schuldentilgung ergibt sich aus der Funktion der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, das Vermögen im Generationennachfolgeverbund – „zur Weiterführung durch den Übernehmer“ (Senatsurteil vom 10.11.1999, X R 10/99, BStBl II 2002, 653) – zu erhalten. Das hierin zum Ausdruck kommende Prinzip einer generationenübergreifenden Perpetuierung des Übergebervermögens wird bei der hier erörterten Konstellation der Schuldentilgung nur gewahrt, wenn und soweit ein Finanzierungszusammenhang mit dem Erwerb einer ertragbringenden Vermögensanlage besteht, die ihrerseits Objekt einer Vermögensübergabe sein könnte. Damit wird die Relevanz von Zufälligkeiten im zeitlichen Ablauf der Reinvestition beim Vermögensübernehmer eingeschränkt. Im Übrigen wird es im Regelfall nur unter der Voraussetzung der vom Senat befürworteten Einschränkung möglich sein,

wie vom Großen Senat für die Abziehbarkeit vorausgesetzt, die vereinbarten Versorgungsleistungen und die ersparten Zinsen betragsmäßig zueinander ins Verhältnis zu setzen.

4. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Da sich seine Entscheidung auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend darstellt, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zurückzuverweisen.

Nach dem Vortrag der Kläger im Revisionsverfahren ist in Betracht zu ziehen, dass die Klägerin die von der Mutter übertragenen Vermögensgegenstände dazu verwenden sollte, das Grundstück in E zu entschulden. Das FG wird im zweiten Rechtsgang der im Revisionsverfahren vorgetragene Behauptung der Klägerin nachgehen und prüfen, welches Darlehen getilgt worden ist und wie sich eine etwaige Vorfälligkeitsentscheidung auf die Relation von ersparten Zinsen und Versorgungsleistungen auswirkt. Sollte das FG aufgrund einer erneuten Würdigung der vorgelegten Verträge unter Berücksichtigung des Vorbringens der Kläger zu dem Ergebnis kommen, dass in sachlichem Zusammenhang auch mit der Übertragung der Wertpapiere lebenslängliche Versorgungsleistungen vereinbart worden sind, wird auch dieser Sachverhalt in die Prüfung der besagten Relation einzubeziehen sein. Das FG wird weiterhin prüfen, ob der Versorgungsvertrag oder gegebenenfalls die Verträge wie vereinbart durchgeführt worden sind.

5. Der Streitfall gibt dem Senat keine Veranlassung zu entscheiden, wie die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn auch ersparte Tilgungen vereinbarungsgemäß ertragbringend reinvestiert werden.

29. ErbStG §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 10, 12 Abs. 1; § 92 Abs. 2; BewG § 9; BGB §§ 2155, 2169 Abs. 1, 2170 (*Bewertung eines Verschaffungsvermächtnisses mit gemeinem Wert*)

1. **Verfügungen von Todes wegen, die zivilrechtlich unwirksam sind, können für Zwecke der Erbschaftsteuer gleichwohl anerkannt werden, wenn sie nachweislich den letzten Willen des Erblassers wiedergeben, von allen Beteiligten anerkannt und dann auch tatsächlich vollzogen werden.**
2. **Der Erwerb eines Grundstücks aufgrund eines (Gatungs-)Verschaffungsvermächtnisses ist beim Vermächtnisnehmer mit dem gemeinen Wert und nicht mit dem Grundbesitzwert zu bewerten. (Leitsätze des Rezensenten)**

FG Köln, Urteil vom 5.4.2005, 9 K 7416/01; Revision beim BFH eingelegt, II R 25/05.

Streitig ist, ob das zugunsten des – im Laufe des Klageverfahrens verstorbenen – Sohnes der Kläger ausgesetzte Verschaffungsvermächtnis bei seiner Erbschaftsteueranlagung mit dem gemeinen Wert oder mit dem Steuerwert des Grundstücks anzusetzen ist, auf dessen Erwerb sich der Vermächtnisanspruch bezieht.

Der am 1998 verstorbene Erblasser – nach eigenen Angaben der Onkel des mittlerweile verstorbenen Sohnes der Kläger – hatte in seinem privatschriftlichen Testament aus dem Jahr 1998 unter anderem bestimmt, dass sein „Neffe“ aus seinem, des Erblassers, Geld- bzw. Wertpapiervermögen einen Betrag i.H. von 50.000 DM erhalten solle. Das verbleibende Geld- und Wertpapiervermögen sowie alle übrigen Nachlassgegenstände mit Ausnahme der Immobilien sollten seiner Schwester – der Tante des Herrn A – und im Falle ihres Todes diesem zukommen.

Die Erbin hatte in ihrer 1998 eingereichten Erbschaftsteuererklärung als Vermächtnisnehmer den Sohn der Kläger mit einem Erwerb i. H. von 50.000 DM angegeben. Ergänzend teilte sie dem beklagten Finanzamt (FA) mit, der Erblasser habe ihr im Krankenhaus wenige Tage vor seinem Tod aufgetragen, für den Sohn der Kläger aus den Mitteln des Nachlasses eine Eigentumswohnung im Wert zwischen 250.000 und 300.000 DM zu kaufen. Sie solle diese Wohnung im Einvernehmen mit dem Bedachten aussuchen, wobei die Letztentscheidungsbefugnis bei ihr liegen solle. Er habe die Anordnung noch in sein Testament aufnehmen wollen und sie für den Fall, dass ihm dies nicht mehr gelingen würde, gebeten, die mündliche Erklärung seines letzten Willens, über den er auch den Bedachten unterrichtet habe, zu bezeugen. Da sie beabsichtige, den Wünschen des Erblassers zu entsprechen, aber bis jetzt noch kein geeignetes Objekt gefunden habe, beantrage sie, – noch ausstehenden – Erbschaftsteuerbescheid hinsichtlich eines Teilbetrags von 300.000 DM gemäß § 165 Abs. 1 AO vorläufig zu erteilen.

Ungeachtet dessen setzte das FA ausgehend von der eingereichten Erbschaftsteuererklärung unter Zugrundelegung eines Vermächtniserwerbs im Wert von 50.000 DM nach Abzug des persönlichen Freibetrags nach Steuerklasse II (20.000 DM) Erbschaftsteuer i. H. von 3.600 DM gegen den Sohn der Kläger fest.

1999 ging beim FA eine beglaubigte Abschrift des notariellen Vertrags ein, mit dem die Erbin als Alleineigentümerin dem Sohn der Kläger eine Eigentumswohnung übertragen hatte. Den der Kostenberechnung zugrunde gelegten Wert dieser Wohnung bezifferte der Notar in seinem Begleitschreiben mit 251.000 DM. Unter Gliederungspunkt 4 der notariellen Urkunde war als „Rechtsgrund der Übergabe“ auszugsweise Folgendes niedergelegt:

*„Frau..... verwirklicht durch die Übergabe den letzten Willen ihres Bruders, Herrn..... Herr..... verstarb am..... 1998 im Krankenhaus der Universitätsklinik in..... Kurz vor seinem Tode hat Herr..... sich entschlossen, Herrn..... eine Eigentumswohnung im Wert von etwa 250.000 DM zu vermachen. Hierbei war es ihm wichtig, dass Herrn..... kein Bargeld, sondern nur die Immobilie übergeben wird. Herr..... teilte dies als seinen letzten Willen Herrn..... und Frau..... mit, um beide zu verpflichten, diesen Willen bei der Umsetzung seines Testaments auch dann zu befolgen, wenn es ihm nicht mehr möglich sein sollte, ihn schriftlich zu fixieren.“*

Nachdem der Sohn der Kläger auf wiederholte Aufforderung des Beklagten eine vereinfachte Erbschaftsteuererklärung übersandt hatte, in der das Verwandtschaftsverhältnis des Erwerbers zum Erblasser mit „Cousin meines Vaters“ bezeichnet war, erließ das FA einen auf § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO gestützten Änderungsbescheid, in dem er die Erbschaftsteuer des Sohns der Kläger nunmehr ausgehend von einem Erwerb i. H. von 297.858 DM (= 50.000 DM Barvermächtnis + 251.000 DM Kaufpreis Wohnung./l. 3.142 DM erklärte Notar- und Grundbuchkosten) auf 47.226 DM erhöhte.

Den hiergegen gerichteten Einspruch des Sohns der Kläger, mit dem dieser begehrte, der Erbschaftsteuerfestsetzung den mit – gerundet – 108.000 DM bezifferten Bedarfswert der Eigentumswohnung zugrunde zu legen, wies das beklagte FA als unbegründet zurück. Dabei hielt er an seiner Auffassung fest, dass der Einspruchsführer in Bezug auf die Eigentumswohnung einen Anspruch aus einem Verschaffungsvermächtnis (§§ 2169 Abs. 1, 2170 BGB) und somit einen Sachleistungsanspruch erworben habe, der in Anlehnung an die auch für den vorliegenden Sachverhalt einschlägige Rechtsprechung zum Kaufrechtsvermächtnis (BFH, BFH/NV 2001, 601; BFH/NV 2001, 1564; BStBl II 2001, 725 = ZEV 2001, 452 mit Anm. Wälzholz; BStBl II 2001, 605 = MittBayNot 2001, 590 mit Anm. Wälzholz) sowie die – die Bewertung von Sachleistungsansprüchen betreffenden – BFH-Urteile (BStBl II 1990, 434; BStBl II 1991, 620; BStBl II 1991, 749) mit dem gemeinen Wert (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG) zu erfassen sei.

Zur Begründung der Klage, mit der das im Einspruchsverfahren geltend gemachte Begehren weiterverfolgt wird, führen die Kläger als Rechtsnachfolger ihres Sohnes unter Bezugnahme auf das dortige Vorbringen im Wesentlichen aus: Ihr Sohn habe durch Vermächtnis seines Onkels kein Bargeld, sondern einen Sachleistungsanspruch erworben. Dieser könne nicht mit einem höheren Wert anzusetzen sein als der Gegenstand, zu dessen Erwerb er berechtigt (Hinweis auf RFH, RStBl 1929, 562; BFH, BStBl III 1966, 507).

Soweit der Beklagte zur Begründung seiner abweichenden Ansicht auf die BFH-Entscheidungen vom 6.12.2000 (BFH/NV 2001, 601) und vom 6.6.2001 (DStR 2001, 1432 = BStBl II 2001, 605) verweise, verkenne er, dass die dort zugrundeliegenden Sachverhalte mit dem Streitfall nicht vergleichbar seien. Das Urteil vom 6.12.2000 betreffe die erbschaftsteuerrechtliche Beachtlichkeit eines wegen unklarer letztwilliger Verfügungen geschlossenen Vergleichs. Hier aber habe der Erblasser eindeutig angeordnet, dass der Sohn der Kläger lediglich Grundeigentum und kein Bargeld erhalten solle. Die weiterhin zitierte Entscheidung vom 6.6.2001 sei ebenso wenig einschlägig, da sie die Bewertung eines Kaufrechtsvermächtnisses zum Gegenstand habe. Während der Vermächtnisnehmer im Urteilsfall eine Kaufoption, d. h. ein Gestaltungsrecht erworben habe, sei dem Sohn der Kläger ein Sachleistungsanspruch vermacht worden. Da er hierfür keine Gegenleistung habe erbringen müssen, handele es sich um einen einseitigen Sachleistungsanspruch, der nach Abschn. 92 Abs. 2 der ErbStR mit dem Steuerwert des Gegenstands anzusetzen sei, der den Inhalt des Vermächtnisses bilde.

Darüber hinaus würde eine Besteuerung des Verschaffungsvermächtnisses mit dem gemeinen Wert zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung mit der Schenkung unter Lebenden führen. Hätte der Erblasser die Grundstücksschenkung schon zu Lebzeiten vollzogen und aus seinen Barmitteln finanziert, wäre bei gleicher Vermögensübertragung unstreitig der Bedarfswert maßgeblich gewesen. Das ErbStG besteuere den Vermögensanfall beim Zuwendungsempfänger. Diesem sei indes nur Grundvermögen angefallen.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist unbegründet.

#### I.

Der angefochtene Erbschaftsteueränderungsbescheid und die dazu ergangene Einspruchsentscheidung sind rechtmäßig und verletzen die Kläger als Gesamtrechtsnachfolger ihres verstorbenen Sohnes nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Insbesondere hat der Beklagte dessen Erwerb aufgrund des mündlich ausgesetzten (Gattungs-)Verschaffungsvermächtnisses (§§ 2155, 2169 Abs. 1, 2170 BGB i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) zu Recht nicht mit dem Steuerwert der ihm von der Erbin übertragenen Eigentumswohnung, sondern mit dem gemeinen Wert (§ 12 Abs. 1 ErbStG, § 9 BewG) angesetzt.

1. Dabei war der Beklagte in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht gehindert, die erstmalige Erbschaftsteuerfestsetzung zu ändern. (*wird ausgeführt*)

2. Die nach alledem verfahrensrechtlich zulässige Änderungsfestsetzung ist auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Beklagte ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Sohn der Kläger die ihm von der Erbin übertragene Eigentumswohnung im Wege eines (Gattungs-)Verschaffungsvermächtnisses (§§ 2169 Abs. 1, 2170, 2155 BGB) von dem verstorbenen Erblasser erworben hat und dass der Besteuerung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der gemeine Wert des zu verschaffenden Gegenstands (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 BewG), d. h. der von der Erbin gezahlte Kaufpreis, zugrunde zu legen ist.

a) Als nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen gilt u. a. der Erwerb durch Vermächtnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. V. m. §§ 2147 ff. BGB). Vermächtnis ist – in Abgrenzung zur Erbeinsetzung (§ 1939 BGB), bei der dem Begünstigten das Vermögen des Erblassers als Ganzes oder zu einem Bruchteil zugewendet wird (§ 2087 BGB) – die Einzelzuwendung eines Vermögensvorteils durch Verfügung von Todes wegen (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., Einf. vor § 2147 Rdnr. 1). Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das mit dem Erbfall entstehende (§ 2176 BGB) Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstands zu

fordern (§ 2174 BGB). Hat der Erblasser keinen konkreten Gegenstand (Stückvermächtnis) vermacht, sondern die vermachte Sache nur der Art nach bestimmt (Gattungsvermächtnis), so beschränkt sich der Vermächtnisanspruch des Bedachten auf Leistung einer seinen Verhältnissen entsprechenden Sache (§ 2155 Abs. 1 BGB). Das Gattungsvermächtnis kann, da § 2169 BGB hierauf keine Anwendung findet (*Palandt/Edenhofer*, § 2169 BGB Rdnr. 1), auch zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlass gehörende Gegenstände betreffen mit der Folge, dass der Beschwerte verpflichtet wird, eine Sache aus der vom Erblasser bestimmten Gattung zu verschaffen (Verschaffungsvermächtnis, § 2170 Abs. 1 BGB).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die letztwillige Verfügung des Erblassers, seine Schwester – die Erbin – solle dem Sohn der Kläger aus den Mitteln des Nachlasses eine Eigentumswohnung im Wert von 250.000 bis 300.000 DM kaufen, als ein nach Gattungsmerkmalen bestimmtes Verschaffungsvermächtnis (§ 2155 i. V. m. § 2170 BGB) anzusehen.

Dieses begründete zwar zivilrechtlich kein Forderungsrecht (Verschaffungsanspruch) zugunsten des Bedachten, da die nur mündlich geäußerte Vermächtnisanordnung wegen Verstoßes gegen die zwingenden Formvorschriften der §§ 2231, 2247 Abs. 1, 126 BGB nichtig war (§ 125 Satz 1 BGB). Auch ein zivilrechtlich unwirksam verfügtes Vermächtnis ist jedoch für Zwecke der Erbschaftsteuer nach dem Rechtsgedanken des § 41 Abs. 1 Satz 1 AO als gültig anzusehen, wenn und soweit der Beschwerte es beachtet und tatsächlich erfüllt (BFH, BStBl II 1970, 119 = DStR 1970, 118; BStBl II 1982, 28; BStBl II 2000, 558 = ZEV 2000, 335; *Moench*, ErbStG, § 3 Rdnr. 56 und 93; *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl., § 3 Rdnr. 39; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 67 ff., insbes. 70, 76, 79; kritisch dazu *Gebel*, UVR 1995, 239 ff.).

Voraussetzung für die erbschaftsteuerrechtliche Anerkennung zivilrechtlich unwirksamer Verfügungen von Todes wegen ist allerdings, dass

1. eine – wenn auch formunwirksame – Anordnung des Erblassers vorliegt, die dieser im Hinblick auf seinen Tod getroffen hat, und
2. die von den am Erbfall Beteiligten vorgenommene Regelung aufgrund dieser Erblasserverfügung ausgeführt worden ist, d. h. es muss feststehen, dass der Beschwerte die Rechtshandlungen, die sich als Erfüllung des formfehlerhaften Vermächtnisses darstellen, mit dem Willen vorgenommen hat, dem Verlangen des Erblassers zu entsprechen (BFH, BStBl II 2000, 558 = ZEV 2000, 335; für strenge Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung: *Kapp/Ebeling*, § 3 ErbStG Rdnr. 77).

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Der Senat ist nach Lage der Akten davon überzeugt (§ 96 Abs. 1 Satz 1 FGO), dass der Erblasser in Abänderung seines privatschriftlichen Testaments aus dem Jahr 1998 kurz vor seinem Tod für die Beteiligten verbindlich den Willen geäußert hat, dem Sohn der Kläger eine aus dem Nachlass zu finanzierende Eigentumswohnung der genannten Größenordnung (zwischen 250.000 DM und 300.000 DM) zukommen zu lassen. Für die – zumal unstrittige – Annahme, dass eine Verfügung dieses Inhalts nicht lediglich behauptet wird, spricht insbesondere die Tatsache, dass die am Erbfall Beteiligten die mündliche Anordnung des Erblassers ausdrücklich als „Rechtsgrund der Übergabe“ in den zur Erfüllung des Vermächtnisses abgeschlossenen Notarvertrag aufgenommen haben. Anhaltspunkte dafür, dass damit – z. B. – eine lebzeitige Schenkung der Erbin an den Sohn der Kläger verschleiert werden sollte, sind nicht ersichtlich.

Soweit die Kläger hierzu die Auffassung geäußert haben, der notarielle Übergabevertrag sei zivilrechtlich als Schenkung der Erblasserin an den Sohn der Kläger zu qualifizieren, versteht der Senat ihr Vorbringen – insoweit zutreffend – dahin, dass die Erbin mangels formwirksamer Vermächtnisanordnung bürgerlichrechtlich nicht zur Übertragung der Eigentumswohnung verpflichtet war. Gleichwohl liegt im Verhältnis zwischen Erbin und Vermächtnisnehmer eine unentgeltliche Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht vor. Denn Rechtsgrund der Eigentumsübertragung ist – wie der Vertragsurkunde eindeutig zu entnehmen ist – nicht ein Schenkungsversprechen der Erbin gegenüber dem Sohn der Kläger, sondern die letztwillige Verfügung (Vermächtnisanordnung) des Erblassers.

- b) Der Beklagte hat das zugunsten des Sohns der Klägers ausgesetzte (Gattungs-)Verschaffungsvermächtnis zutreffend mit dem gemeinen Wert des Vermächtnisgegenstands (§ 12 Abs. 1 ErbStG, § 9 BewG) in die erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen.

Der Bewertung eines Vermächtnisses gemäß § 12 ErbStG hat die Bestimmung dessen vorauszugehen, was der Bedachte „durch Vermächtnis“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) mit dem Tode des Erblassers erworben hat. Dies ist Gegenstand des Vermächtnisses und nicht dasjenige, was er „aufgrund“ des Vermächtnisses, d. h. zu dessen Erfüllung letztlich erhält (BFH, BStBl II 1983, 329; BStBl II 1996, 97; BStBl II 2001, 725; BFH/NV 2001, 1564; BStBl II 2001, 605).

Gegenstand eines Verschaffungsvermächtnisses, d. h. das, was der Vermächtnisnehmer mit dem Tod des Erblassers „durch“ das Vermächtnis erworben hat, ist der Anspruch gegen den/die Erben auf Erwerb und Übertragung eines bestimmten Gegenstands (Stückverschaffungsvermächtnis, §§ 2170 Abs. 1, 2174 BGB). Ist der zu verschaffende Gegenstand – wie im Streitfall – nur nach Gattungsmerkmalen konkretisiert, erwirbt der Bedachte (lediglich) einen Anspruch gegen den/die Erben auf Leistung einer seinen – des Bedachten – Verhältnissen entsprechenden Sache (§§ 2155 Abs. 1, 2174 BGB). Ist der Beschwerte, was insbesondere bei Stückvermächtnissen praktisch werden kann, zur Verschaffung außerstande, so hat er gemäß § 2170 Abs. 2 Satz 1 BGB „den Wert“ zu entrichten. Er kann sich auch durch Entrichtung „des Wertes“ befreien, wenn die Verschaffung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (§ 2170 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Ob der Erbschaftsteuerfestsetzung wegen des Erwerbs eines Verschaffungsvermächtnisses der gemeine Wert (§ 12 Abs. 1 ErbStG, § 9 BewG) oder der bei Grundstücken regelmäßig niedrigere Steuerwert des dem Bedachten zu verschaffenden Gegenstands zugrunde zu legen ist, wird in Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

Für den Ansatz des Steuerwerts haben sich in jüngerer Zeit zum Beispiel das FG München (EFG 2002, 1465), *Meincke* (§ 3 Rdnr. 42) sowie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 18.12.1997 (EFG 1999, 36, aufgehoben durch BFH, BFH/NV 2001, 601) ausgesprochen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat der erkennende Senat damals insbesondere den Bereicherungsgedanken angeführt, der als sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebendes Grundprinzip der Erbschaftsteuer (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) unbedingten Vorrang genieße und Ausnahmen der grundsätzlich wertkorrespondierenden Betrachtungsweise zulasse. Danach könne nicht entscheidend sein, wie der entsprechende Verschaffungsaufwand beim Beschwerten zu bewerten sei, sondern was Gegenstand der Bereicherung in der Person des Berechtigten sein solle (FG Köln, EFG 1999, 36). Das FG München (EFG 2002,

1465) und *Meincke* (§ 3 Rdnr. 42) begründen ihre Auffassung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BFH und die ihr folgende Verwaltungsansicht zur Bewertung einseitiger Sachleistungsansprüche (BFH, BStBl II 1997, 820; R 92 Abs. 2 ErbStR 2003). Dem zitierten Urteil (BFH, BStBl II 1997, 820), mit dem der BFH unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsauffassung entschieden hat, auch bei von einer Partei bereits erfüllten Verträgen sei die vertraglich vereinbarte Sachleistungsverpflichtung oder ein entsprechender Sachleistungsanspruch mit dem gemeinen Wert zu erfassen, ist im Rahmen eines obiter dictum zu entnehmen, dass „bei einseitigen Sachleistungsansprüchen, die – wie diejenigen aus Vermächtnissen – zu keiner Zeit Teil eines Gegenseitigkeitsverhältnisses waren.“ der Ansatz des gemeinen Werts zu einer unzutreffenden Besteuerung führe (vgl. hierzu auch *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 130). *Meincke* (§ 3 ErbStG Rdnr. 42 m. w. N.) und das FG München (EFG 2002, 1465) leiten aus dieser Äußerung die Erkenntnis her, dass – in Anlehnung an die (bisherige) BFH-Rechtsprechung zur Bewertung des reinen Sachvermögens (BFH, BStBl II 1996, 97; BStBl II 1997, 820; BStBl II 2000, 588) – der einseitige Sachleistungsanspruch steuerlich so zu bewerten sei wie die Sache selbst, bei Grundstücken also mit dem nach § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. §§ 138 ff BewG zu ermittelnden, regelmäßig unter dem Wert der eingesetzten Geldmittel liegenden Grundbesitzwert.

Die insbesondere von *Troll/Gebel/Jülicher* (ErbStG, § 3 Rdnr. 174), *Moench* (§ 3 Rdnr. 105) und – neuerdings wohl – *Kapp/Ebeling* (§ 3 ErbStG Rdnr. 175, Stand: Lfg. 45/April 2004) vertretene Gegenmeinung hält den gemeinen Wert für den „systematisch richtigen Wertmaßstab“, und zwar ungeachtet dessen, ob das Vermächtnis erfüllt werden kann oder sich der Vermächtnisanspruch bereits mit dem Erbfall (wegen subjektiver Unmöglichkeit) in einen Wertersatzanspruch verwandelt hat (*Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 Rdnr. 174 m. w. N., zur Bewertung bei Wertausgleich gemäß § 2170 Abs. 2 BGB vgl. auch Hessisches FG, EFG 2003, 1400; *Meincke*, § 3 ErbStG Rdnr. 42). Zur Begründung wird im Wesentlichen auf die fehlende Nachlasszugehörigkeit des Vermächtnisgegenstands abgehoben, die einem korrespondierenden Ansatz des Steuerwerts als Erwerb des Vermächtnisnehmers einerseits und als Nachlassverbindlichkeit des Erben andererseits entgegenstehe (*Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 174). *Kapp/Ebeling* (§ 3 ErbStG Rdnr. 175) knüpfen ihre Überlegungen an die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bewertung von Kaufrechtsvermächtnissen (vgl. z. B. BFH, BStBl II 2001, 605; BFH/NV 2001, 1564) und kommen zu dem Schluss, dass „wenn schon“ das Erwerbsrecht mit dem gemeinen Wert des Vermächtnisgegenstands zu erfassen sei, dies „erst recht“ für das Verschaffungsvermächtnis (gemeint ist wohl der zu verschaffende Vermächtnisgegenstand) gelten müsse, „das im Gegensatz zum Kaufrechtsvermächtnis nicht zum Nachlassvermögen“ gehöre, „sondern erst noch vom Erben beschafft werden“ müsse.

Der erkennende Senat schließt sich trotz auch insoweit bestehender Bedenken der letztgenannten Auffassung an. Dabei verkennt er weder die fundamentale Bedeutung des erbschaftsteuerrechtlichen Bereicherungsprinzips (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG), zufolge dessen allein maßgebend ist, inwieweit und in welcher Form sich eine Vermögensmehrung in der Person des Erwerbers darstellt, noch übersieht er die praktisch schwer nachvollziehbaren Bewertungsunterschiede je nachdem, ob zugunsten des Bedachten ein reines Sachvermächtnis, d. h. ein einseitiger (Sachleistungs-)Anspruch auf Übertragung eines bestimmten nachlasszugehörigen Gegenstands, angeordnet war oder ein Verschaffungsvermächtnis, das eben-

falls einen einseitigen (Sachleistungs-)Anspruch begründet, der jedoch auf den Erwerb und die Übertragung eines im Zeitpunkt des Todes nicht zum Erblasservermögen gehörenden Gegenstands gerichtet ist.

Ausschlaggebend für die Entscheidung des Senats ist in erster Linie der Gedanke der wertkorrespondierenden Berücksichtigung des Vermächtnisses als Erwerb beim Bedachten (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) sowie als Teil des Erwerbs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) und Nachlassverbindlichkeit (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) beim beschwerten Erben. Nach dem sogenannten Korrespondenzprinzip sind der Erwerb des Erben, die diesen Erwerb neutralisierende Vermächtnisverbindlichkeit des Erben und der Erwerb des Vermächtnisnehmers regelmäßig nach demselben Maßstab zu bewerten (*Meincke*, § 3 ErbStG Rdnr. 41; kritisch dazu *Hübner* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, § 3 ErbStG Rdnr. 129). Der systematischen Bedeutung dieses Prinzips trägt die (bisherige) BFH-Rechtsprechung z. B. dadurch Rechnung, dass sie aus reinen Grundstücksvermächtnissen sich ergebende Sachleistungsverpflichtungen der Erben und Sachleistungsansprüche der Vermächtnisnehmer ausnahmsweise mit den Steuerwerten der Grundstücke in Ansatz bringt (BFH, BStBl II 1996, 97; BStBl II 1997, 820, 823; BFH, BStBl II 2000, 588; BFH/NV 2004, 1690 = BStBl II 2004, 1039 = MittBayNot 2005, 342 [Leitsatz]). Zur Begründung dieser von der grundsätzlichen Handhabung abweichenden Rechtsprechung hat der BFH in BFH/NV 2004, 1690 ausgeführt, der ausnahmsweise Ansatz der Steuerwerte sei nicht im Hinblick auf den Vermächtnisnehmer als Berechtigten erfolgt, sondern wegen der Verhältnisse auf Seiten der Erben als Verpflichteten.

Beim Vermächtnisnehmer sei nur deshalb eine mit der Erben-seite korrespondierende Bewertung vorzunehmen gewesen, weil ein auf denselben Gegenstand bezogener Anspruch nicht anders habe bewertet werden sollen, als die ihm gegenüberstehende Verpflichtung (BFH, BFH/NV 2004, 1690). Ziel der vorgenannten BFH-Rechtsprechung war es mithin, durch eine inkongruente Bewertung entstehende Steuerlücken zu vermeiden. Würden nämlich der Gegenstand und die ihn betreffende Sachleistungsverpflichtung unterschiedlich bewertet, d. h. diese mit dem gemeinen und jener mit einem davon abweichenden Steuerwert, hätte letzterer auf Seiten der Erben Auswirkungen auf die Höhe der Bereicherung im Übrigen dergestalt, dass der übrige Erwerb nicht zu seinem vollen Wert erfasst würde (BFH, BFH/NV 2004, 1690). Dass der BFH neuerdings einen anderen Lösungsweg zur Bewertung reiner Grundstücksvermächtnisse in Erwägung zieht (Anwendung des § 10 Abs. 6 Satz 3 ErbStG auf die Herausgabepflicht des Erben, vgl. BFH, BFH/NV 2004, 1690), lässt die Berechtigung des Korrespondenzprinzips, zumal sich dessen Grundgedanke auch in § 10 Abs. 6 ErbStG wieder findet, unberührt.

Soweit Teile des Schrifttums und der Finanzgerichtsrechtsprechung (*Meincke*, § 3 ErbStG Rdnr. 42; FG München, EFG 2002, 1465) aus der BFH-Entscheidung vom 15.10.1997 (BStBl II 1997, 820) schlussfolgern, Verschaffungsvermächtnisse seien mit dem Steuerwert des vermachten Gegenstands anzusetzen, ist ihnen zwar dahingehend zuzustimmen, dass der Anspruch des durch Verschaffungsvermächtnis Bedachten ein einseitiger Sachleistungsanspruch ist und der BFH Ansprüche aus „Vermächtnissen“ ausdrücklich als Beispiel für derartige Sachleistungsansprüche genannt hat. Aber abgesehen davon, dass diese Aussage für das zitierte BFH-Urteil nicht entscheidungserheblich war, bleibt zweifelhaft, ob der BFH bei seiner beiläufigen Äußerung auch die Besonderheiten des Verschaffungsvermächtnisses, namentlich die fehlende Nachlasszugehörigkeit des Vermächtnisgegenstands und die daraus resultierenden Rechtsfolgen, bedacht hat. In

diesem Zusammenhang sei lediglich darauf hingewiesen, dass das Verschaffungsvermächtnis – anders als das reine Sachvermächtnis – keinen unmittelbaren Eigentumsübertragungs- bzw. Herausgabeanspruch gegen den Beschwerten begründet, sondern einen Eigentumsverschaffungsanspruch, d. h. eine Forderung, die den Beschwerten verpflichtet, die Sache zunächst mit Mitteln des Nachlasses selbst zu erwerben und sodann das Eigentum hieran auf den Bedachten zu übertragen. Den damit ggf. verbundenen Schwierigkeiten trägt das Zivilrecht dadurch Rechnung, dass es für den Fall des Unvermögens und des unverhältnismäßigen Beschaffungsaufwands eine Verpflichtung zum Ersatz des Werts, und zwar des gemeinen Werts (*Palandt/Edenhofer*, § 2170 BGB Rdnr. 2), vorsieht (§ 2170 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB).

Im Übrigen hält der Senat im Streitfall den Ansatz des gemeinen Werts auch deswegen für gerechtfertigt, weil der zu verschaffende Gegenstand nur der Gattung nach (§ 2155 BGB) bestimmt, das Verschaffungsvermächtnis hier also mit einem Gattungsvermächtnis kombiniert ist. Der Zugrundelegung des Steuerwerts beim Gattungsvermächtnis steht unabhängig davon, ob sich der vermachte Gegenstand im Nachlass befindet oder nicht, das Stichtagsprinzip (§ 11 ErbStG) insofern entgegen, als der Vermächtnisanspruch noch einer Konzentration bedarf, die erst nach dem Vermächtnisanfall erfolgen kann (*Troll/Gebel/Jülicher*, § 3 ErbStG Rdnr. 175). Praktisch of-

fenbar werden die Schwierigkeiten bereits bei der Frage, wie der Erbschaftsteuerfestsetzung ein Grundbesitzwert zugrunde gelegt werden soll, wenn das Grundstück, das es zu bewerten gilt, noch nicht feststeht.

c) Ist nach alledem der Vermächtniserwerb des Sohnes der Kläger mit dem gemeinen Wert des zu verschaffenden Gegenstands zu erfassen, hat der Beklagte zu Recht den von der Erbin gezahlten Grundstückskaufpreis i. H. von 251.000 DM in die – ansonsten unstreitige – erbschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage einbezogen. Denn dies ist der Betrag, der nicht nur im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erzielen gewesen wäre, sondern auch tatsächlich erzielt worden ist (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 BewG).

d) Da die Klage in vollem Umfang abzuweisen war, kann dahingestellt bleiben, ob der Vermächtniserwerb des Sohnes der Kläger zu Unrecht nach Steuerklasse II versteuert worden ist, weil der Erblasser nicht – wie im Testament und übrigen Schriftverkehr angegeben – sein Onkel (= Bruder des Vaters oder der Mutter) war, sondern der Cousin seines Vaters (Steuerklasse III).

#### **Hinweis der Schriftleitung:**

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Wachter*, MittBayNot 2006, 10 (in diesem Heft).

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO, Wertbestimmung von Gebäuden einschl. Eigentumswohnungen anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2004, 478); Bewertung von Gebäuden und Eigentumswohnungen nach dem Baupreisindex (Preisindizes für Wohngebäude)

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Mit Schreiben vom 24.11.2005 (Gz. 5604, VI – 4032/04) teilt das Bayerische Staatsministerium der Justiz unter Bezug auf die Bewertungshinweise gem. Schreiben vom 23.8.2004 (Gz. 5604, VI – 4032/04) im Interesse einer einheitlichen Sachbehandlung für die Berechnung der Gebäudewerte mit, dass sich die Richtzahlen, die in MittBayNot 2004, 478 veröffentlicht wurden, nicht geändert haben. Die Richtzahlentabellen wurden jedoch im Hinblick auf die Bewertung von Eigentumswohnungen ergänzt, wobei sowohl eine Berechnung nach dem Brandversicherungswert als auch durch Hochrechnung eines zu einem früheren Zeitpunkt bekannten Wohnungswertes (z. B. Kaufpreis, Herstellungskosten) nach dem Baupreisindex möglich ist.

Der Präsident des OLG Bamberg hat aufgrund dieses JMS eine ergänzte Tabelle zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, eine Aufstellung der mittleren Preisindizes und eine Zusammenfassung der Anlagen 8 a und 8 b WertR 2002 (Beilage zum BANz Nr. 238 a) erstellt. Bei den nachfolgenden Tabellen handelt es sich um die angepassten Tabellen.

Damit können auch Eigentumswohnungen, für die ein eigener Brandversicherungswert gebildet wurde, unter Anwendung der Wertermittlungsgrundsätze des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = DNotZ 1977, 434 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236; Rpfleger 1967, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) für Wohngebäude durch Multiplikation der entsprechenden Richtzahl mit der Stammversicherungssumme 1914 bewertet werden. Entsprechend den Grundsätzen für Wohngebäude wird auch für Eigentumswohnungen die Annahme einer Gesamtnutzungsdauer mit 100 Jahren (siehe Anlage 4 der WertR 2002) angenommen.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist (BayObLG, JurBüro 1984, 904). Eine andere Behandlung ist nur geboten, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine Nutzung nicht mehr möglich ist oder bei einer Verwertung des Grundstücks für das Gebäude ein Erlös nicht mehr zu erzielen wäre.

Weitere wertändernde Umstände (insbesondere Baumängel, Bauschäden, Umbau- und Modernisierungsmaßnahmen, wirtschaftliche Wertminderungen wie z. B. ungünstige zeitbedingte Raum- und Baugestaltung) sind im Einzelfall zu berücksichtigen, wenn sie bekannt sind oder glaubhaft dargelegt werden.

Zum Gebäudewert ist jeweils der Verkehrswert für den Grund und Boden hinzuzurechnen. Bei Bewertung unter Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB ist, falls keine

sicheren Anhaltspunkte vorhanden sind, dass der Richtwert tatsächlich für das Grundstück erzielbar ist, ein Sicherheitsabschlag von 25 % vorzunehmen. Das Gesamtergebnis für den Gebäudewert und den Wert des Grund und Bodens bildet den nach § 19 Abs. 2 KostO anzunehmenden Verkehrswert (gemeiner Wert).

Die Richtzahl der Bayerischen Landesbrandversicherung AG beträgt unverändert ab 1.10.2003 für Gebäude 13,3. Die Berechnung nach dieser Richtzahl ist auch dann maßgebend, wenn das Gebäude bei einer anderen Versicherungsgesellschaft versichert ist.

**Zu beachten:** Der Versicherungswert 1914 ist nicht auf Euro umzurechnen, weil die Richtzahl von 13,3 (früher 26,6) auf den Eurowert umgestellt worden ist. Ist die Versicherungssumme 1914 in neueren Versicherungsscheinen in Euro ausgewiesen, muss diese Summe von Euro auf DM ( $\times 1,95583$ ) umgerechnet werden. Der DM-Wert entspricht nach Multiplikation mit der maßgeblichen Richtzahl dem Euro-Verkehrswert. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn eine Versicherungsurkunde keine Versicherungssumme 1914 ausweist und diese Summe durch Rückrechnung berechnet wird.

### I. Berechnung nach dem Brandversicherungswert

Folgende Formeln sind für die Berechnung nach dem Brandversicherungswert anzuwenden:

#### 1. Wohngebäude

Versicherungssumme 1914  $\times$  Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG (Gleiches gilt für andere private Versicherer, da die Versicherungen im Wesentlichen denjenigen der Bayer. Landesbrandversicherung AG entsprechen), abzüglich altersbedingte technische Wertminderung, die nach der Tabelle zur Berechnung der Wertminderung wegen Alters bei linearer Abschreibung (Anl. 8 b zu den Wertermittlungsrichtlinien – WertR – 2002) zu bestimmen ist. Von diesen Abschlägen (insgesamt 20 %) sollte auch in Gebieten mit starker Bautätigkeit nur abgewichen werden, wenn hierfür konkrete Erkenntnisse vorliegen.

Die Wertminderungsabschläge von insgesamt 20 % sind in die nachstehende Tabelle bereits eingearbeitet.

#### Beispielsberechnung Einfamilienwohnhaus:

Einfamilienwohnhaus, Baujahr 1990, Stammversicherungssumme 1914 = 19.000,00 DM,

Grundstücksgröße: 1.000 m<sup>2</sup>, Vergleichswert des Gutachterausschusses 200,00 €/m<sup>2</sup>.

#### Berechnung:

##### a) Gebäude:

Stammversicherungssumme 1914 –  
keine Umrechnung auf Euro –  
19.000 DM  $\times$  9,044 (Richtzahl bei  
Gebäudealter von 15 Jahren,  
diese ist auf Eurowert umgestellt) =

171.836,00 €

**b) Grundstück:**

m<sup>2</sup>-Preis 200 €, hierauf Abschlag  
 von 25 % = 150,00 € × 1.000 m<sup>2</sup> = 150.000,00 €  
 Verkehrswert gem. § 19 Abs. 2 KostO = 321.836,00 €

**2. Eigentumswohnung**

Für die Berechnung des Gebäudewertes auf der Grundlage der Brandversicherung gilt die Besonderheit, dass sich die Höhe der altersbedingten technischen Wertminderung bei Eigentumswohnungen nach Tabelle der Anlage 8 a der WertR 2002 richtet, so dass sich in Abweichung der Werte für Gebäude mit einer Gesamtnutzungsdauer mit 100 Jahren (für die die Wertminderung entsprechend der Tabelle nach der Anlage 8 b der WertR 2002 zu berücksichtigen ist), höhere Werte ergeben. Die Tabelle zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert wurde entsprechend um eine Spalte für Eigentumswohnungen ergänzt. Die Abschläge für die Wertminderungen sind in die Tabelle bereits eingearbeitet.

**Beispielsberechnung:**

Eigentumswohnung, Baujahr 1990, Stammversicherungssumme 1914 = 19.000,00 DM,

Grundstücksgröße 1.000 m<sup>2</sup>, hieran Miteigentumsanteil <sup>150/1000</sup>, Vergleichswert des Gutachterausschusses 200,00 €/m<sup>2</sup>.

**a) Gebäudewert für die Eigentumswohnung:**

Stammversicherungssumme 1914 –  
 keine Umrechnung auf Euro –  
 19.000 DM × 9,682 (Richtzahl bei  
 Gebäudealter von 15 Jahren,  
 diese ist auf Eurowert umgestellt) = 183.958,00 €

**b) Grundstück:**

m<sup>2</sup>-Preis 200 € × 1.000,  
 hierauf Abschlag von 25 % =  
 150,00 € × 150/1000 m<sup>2</sup> = 22.500,00 €  
 Verkehrswert gem. § 19 Abs. 2 KostO = 206.458,00 €

**II. Bewertung anhand des Baupreisindex****1. Allgemeine Hinweise**

Sofern eine Bewertung anhand des Brandversicherungswertes nicht möglich oder nicht zweckmäßig erscheint, kann die Bewertung des Grundstückswertes (einschließlich Gebäude) sowohl für Grundstücke, die mit Einfamilien- oder Mehrfamilienhäusern bebaut sind wie auch für Eigentumswohnungen durch Hochrechnung des Baupreisindex erfolgen (vgl. hierzu *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 31 ff.; Prüfungsabteilung der Notarkasse, MittBayNot 2000, 156). Diese Berechnungsmethode kommt vor allem bei Eigentumswohnungen in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass der Immobilienwert zu einem früheren Zeitpunkt bekannt ist (z. B. Kaufpreis, Herstellungskosten).

**2. Bewertungsgrundsätze**

Für die Bewertung ist folgende Formel anzuwenden:

Der frühere Immobilienwert ist mit dem mittleren Index zum Bewertungszeitpunkt (= Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit) zu multiplizieren und durch den mittleren Index zu dividieren, der zum Zeitpunkt der früheren Wertermittlung maßgebend

war. Der so ermittelte Immobilienwert ist um die altersbedingte technische Wertminderung (Anlage 8 a bzw. 8 b WertR 2002) sowie einen Sicherheitsabschlag von 10 % zu kürzen. In der nachfolgenden Tabelle über den mittleren Preisindex ist dieser Sicherheitsabschlag nicht eingerechnet.

Sofern der frühere Immobilienwert noch auf DM lautet, ist dieser zunächst mit dem amtlichen Kurs von 1,95583 auf Euro umzurechnen.

**Besonderheiten bei Eigentumswohnungen:**

Bei Eigentumswohnungen bemisst sich die vorgenannte altersbedingte technische Wertminderung nach der Anlage 8 a WertR 2002, bei anderen Immobilien nach der Anlage 8 b WertR 2002. Die gegenüber der Anlage 8 b WertR 2002 geringere Wertminderung bei Eigentumswohnungen berücksichtigt die von den Wohnungseigentümern zu bildenden Instandhaltungsrücklagen, die kontinuierliche Instandhaltungsmaßnahmen zur Folge haben und sich demzufolge regelmäßig wertsteigernd auswirken. Somit wäre z. B. bei einer 1990 erstellten Eigentumswohnung bei einer Gebührenfälligkeit im Jahr 2005 ein Wertminderungsabschlag von 9 % nach Anlage 8 a WertR 2002 (Restnutzungsdauer der Immobilie von 85 Jahren), bei sonstigen Immobilien ein solcher von 15 % nach Anlage 8 b WertR 2002 vorzunehmen.

**3. Sicherheitsabschlag**

Von dem nach den obigen Grundsätzen ermittelten Immobilienwert ist im Allgemeinen der vom BayObLG (z. B. BayObLGZ 1976, 89 = DNotZ 1977, 434 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236) festgelegte Sicherheitsabschlag von 10 % vorzunehmen, da in den Indexzahlen keine Abschläge enthalten sind. Von einem solchen Abschlag sollte (auch in Gebieten mit starker Bautätigkeit) nur abgewichen werden, wenn hierfür konkrete Erkenntnisse vorliegen.

Ein Abschlag von weiteren 10 % ist bei der Berechnung des Immobilienwertes anhand der Baupreisindizes nicht angezeigt. Dieser vom BayObLG in der bereits genannten Rechtsprechung vorgegebene weitere Abschlag beruht auf den Besonderheiten der Brandversicherung und ist somit ausschließlich bei der Bewertung anhand des Brandversicherungswertes zu beachten.

**4. Weitere wertändernde Umstände**

Weitere wertändernde Umstände (insbesondere Baumängel, Bauschäden, Umbau- und Modernisierungsmaßnahmen, wirtschaftliche Wertminderungen wie z. B. ungünstige zeitbedingte Raum- und Baugestaltung) sind im Einzelfall zu berücksichtigen, wenn sie bekannt sind oder glaubhaft dargelegt werden.

**5. Bodenwert**

Erfolgt die Wertermittlung auf der Grundlage eines früheren Kaufpreises, so ist der Bodenwert nicht gesondert zu ermitteln, da er regelmäßig im Kaufpreis enthalten ist und somit an der Hochrechnung anhand des Baupreisindex teilnimmt. Bei Wertermittlung z. B. aufgrund der Herstellungskosten muss der anteilige Grundstückswert zugerechnet werden, wenn dieser in den Herstellungskosten nicht enthalten ist.

**6. Restwert**

Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Wertermittlung aufgrund der Brandversicherungswerte (s. hierzu die Eingangserläuterungen).

## 7. Indexzahlen

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine einheitliche Reihe mittlerer Indexzahlen ab 1913, ausgehend vom **Basisjahr 1995**, aus den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Zahlenreihen errechnet (s. die nachfolgende Tabelle). Für ältere Baujahre vor 1913 ist von einer einheitlichen Indexzahl auf der Basis 1995 von 4,0 auszugehen. Damit müssen keine Umbasierungen von Zahlenreihen unterschiedlicher Basisjahre mehr vorgenommen werden. Die nunmehr einheitlich anzuwendenden Indexzahlen treten damit an die Stelle der in Streifzug Anhang III veröffentlichten Zahlenreihen, Basisjahren und Umbasierungen.

## 8. Beispielsberechnungen:

### a) Kauf einer neu errichteten Eigentumswohnung

Eine Eigentumswohnung (Neubau) wurde im Jahre 1995 zum Kaufpreis von 150.000 € gekauft.

#### Geschäftswert zum Jahre 2005:

Mittlerer Preisindex 2005 (Gebührenfälligkeit)	= 100,8 (Basisjahr 1995)
Mittlerer Preisindex 1995 (Erwerbsjahr)	= 100 (Basisjahr 1995)

Die Berechnung erfolgt nach folgender Formel:

Kaufpreis Erwerbsjahr multipliziert mit Preisindex Bewertungsjahr dividiert durch Preisindex Erwerbsjahr abzüglich Wertminderung wegen Alters (Anl. 8 a WertR) abzüglich allgemeiner Abschlag 10 %	
Kaufpreis 1995 = 150.000 € × Preisindex 2005 = 100,8 : Preisindex 1995 = 100	151.200,00 €
abzüglich 6,0 % Wertminderung wegen Alters bei Abschreibung nach Ross des Herstellungswerts des Gebäudes (Alter 10 Jahre) = Anlage 8 a der WertR 2002	9.072 €
Summe	142.128,00 €
abzüglich allgemeiner Abschlag 10 %	14.212,80 €
Verkehrswert somit	127.915,20 €

### b) Kauf einer gebrauchten Eigentumswohnung

Eine Eigentumswohnung wurde im Jahre 1975 zum Kaufpreis von 100.000 € gekauft. Die Wohnanlage wurde 1965 errichtet.

#### Geschäftswert zum Jahre 2005:

Mittlerer Preisindex 2005 (Gebührenfälligkeit)	= 100,8 (Basisjahr 1995)
Mittlerer Preisindex 1975 (Erwerbsjahr)	= 43,3 (Basisjahr 1995)

Die Berechnung erfolgt nach folgender Formel:

Kaufpreis Erwerbsjahr multipliziert mit Preisindex Bewertungsjahr dividiert durch Preisindex Erwerbsjahr abzüglich Wertminderung wegen Alters (Anl. 8 a WertR) abzüglich allgemeiner Abschlag 10 %	
Kaufpreis 1975 = umgerechnet 100.000 € × Preisindex 2005 = 100,8 : Preisindex 1975 = 43,3	232.794,46 €
abzüglich 28 % Wertminderung wegen Alters bei Abschreibung nach Ross des Herstellungswerts des Gebäudes (Alter 40 Jahre) = Anlage 8 a der WertR 2002	65.182,45 €
Summe	167.612,01 €
abzüglich allgemeiner Abschlag 10 %	16.761,20 €
Verkehrswert somit	150.850,81 €

## III. Tabellen

### 1. Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

#### Materialien:

- Beschluss des BayObLG v. 9.4.1976, 3Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = DNotZ 1977, 434 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236)
- Wertermittlungsrichtlinien 2002 (WertR 2002)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahlen der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2003 für Gebäude 13,3.

## Stand 1.10.2003 mit Ergänzung vom November 2005

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	10,534	10,534	10,534	10,427	10,321
2	10,427	10,534	10,321	10,214	9,895
3	10,321	10,427	10,214	10,002	9,576
4	10,214	10,427	10,108	9,789	9,257
5	10,108	10,321	10,002	9,576	8,831
6	10,002	10,321	9,789	9,363	8,512
7	9,895	10,214	9,682	9,150	8,193
8	9,789	10,214	9,576	8,938	7,767
9	9,682	10,108	9,470	8,725	7,448
10	9,576	10,002	9,257	8,512	7,129
11	9,470	10,002	9,150	8,299	6,703
12	9,363	9,895	9,044	8,086	6,384
13	9,257	9,895	8,938	7,874	6,065
14	9,150	9,789	8,725	7,661	5,639
15	9,044	9,682	8,618	7,448	5,320
16	8,938	9,682	8,512	7,235	5,001
17	8,831	9,576	8,406	7,022	4,575
18	8,725	9,470	8,193	6,810	4,256
19	8,618	9,470	8,086	6,597	3,937
20	8,512	9,363	7,980	6,384	3,511
21	8,406	9,257	7,874	6,171	und darüber (Restwert = 30 %):
22	8,299	9,257	7,661	5,958	
23	8,193	9,150	7,554	5,746	3,192
24	8,086	9,044	7,448	5,533	
25	7,980	8,938	7,342	5,320	
26	7,874	8,938	7,129	5,107	
27	7,767	8,831	7,022	4,894	
28	7,661	8,725	6,916	4,682	
29	7,554	8,618	6,810	4,469	
30	7,448	8,512	6,597	4,256	
31	7,342	8,512	6,490	4,043	
32	7,235	8,406	6,384	3,830	
33	7,129	8,299	6,278	3,618	
34	7,022	8,193	6,065	3,405	
35	6,916	8,086	5,958	und darüber (Restwert = 30 %):	
36	6,810	8,086	5,852		
37	6,703	7,980	5,746	3,192	

Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte
<b>Lebensdauer</b>	<b>100 Jahre</b>	<b>100 Jahre</b>	<b>80 Jahre</b>
Gebäudealter in Jahren			
38	6,597	7,874	5,533
39	6,490	7,767	5,426
40	6,384	7,661	5,320
41	6,278	7,554	5,214
42	6,171	7,448	5,001
43	6,065	7,342	4,894
44	5,958	7,235	4,788
45	5,852	7,129	4,682
46	5,746	7,022	4,469
47	5,639	6,916	4,362
48	5,533	6,810	4,256
49	5,426	6,703	4,150
50	5,320	6,597	3,937
51	5,214	6,490	3,830
52	5,107	6,384	3,724
53	5,001	6,278	3,618
54	4,894	6,171	3,405
55	4,788	6,065	3,298
56	4,682	5,958	und darüber
57	4,575	5,852	(Restwert = 30 %):
58	4,469	5,746	3,192
59	4,362	5,639	
60	4,256	5,533	
61	4,150	5,426	
62	4,043	5,320	
63	3,937	5,214	
64	3,830	5,107	
65	3,724	4,894	
66	3,618	4,788	
67	3,511	4,682	
68	3,405	4,575	
69	3,298	4,469	
70	und darüber (Restwert = 30 %): 3,192	und darüber Restwert = 30 %): 4,256	

## 2. Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Preisindizes für Wohngebäude

### Mittlerer Preisindex für Wohngebäude

Basisjahr 1995 = 100

Jahr	Index	Jahr	Index	Jahr	Index
1913	4,5	1930	7,8	1946	8,4
1914	4,9	1931	7,1	1947	9,8
1915	5,5	1932	6,0	1948	12,9
1916	6,0	1933	5,8	1949	12,1
1917	7,5	1934	6,0	1950	11,5
1918	10,4	1935	6,0	1951	13,3
1919	17,1	1936	6,0	1952	14,2
1920	48,8	1937	6,1	1953	13,7
1921	82,9	1938	6,3	1954	13,7
1922/23	–	1939	6,3	1955	14,5
1924	6,3	1940	6,5	1956	14,9
1925	7,8	1941	6,7	1957	15,5
1926	7,6	1942	7,3	1958	15,9
1927	7,7	1943	7,4	1959	16,8
1928	8,0	1944	7,6	1960	18,0
1929	8,2	1945	7,8	1961	19,3

Jahr	Index	Jahr	Index	Jahr	Index
1962	20,9	1978	49,8	1994	97,7
1963	22,0	1979	54,2	1995	100
1964	23,0	1980	60,0	1996	99,8
1965	24,1	1981	63,5	1997	99,1
1966	24,8	1982	65,3	1998	98,7
1967	24,3	1983	66,7	1999	98,4
1968	25,3	1984	68,4	2000	98,7
1969	26,8	1985	68,7	2001	98,7
1970	31,2	1986	69,6	2002	98,6
1971	34,4	1987	70,9	2003	98,7
1972	36,7	1988	72,4	2004	99,9
1973	39,4	1989	75,0	2005	100,8
1974	42,3	1990	79,9		
1975	43,3	1991	85,5		
1976	44,8	1992	91,0		
1977	46,9	1993	95,4		

**Wertminderung wegen Alters (bei Berechnung nach Baupreisindex)**

Hinweise für die Praxis

Restnutzungsdauer	Bei linearer Abschreibung in v. H. des Herstellungswerts – Anlage 8 b WertR 2002				Nach Ross in v. H. des Herstellungswerts (bei <b>Eigentumswohnungen</b> ) – Anlage 8 a WertR 2002
Jahre	Übliche Gesamtnutzungsdauer in Jahren				
	30	50	80	100	100
1	97	98	99	99	99
2	93	96	98	98	97
3	90	94	96	97	96
4	87	92	95	96	94
5	83	90	94	95	93
6	80	88	93	94	91
7	77	86	91	93	90
8	73	84	90	92	88
9	70	82	89	91	87
10	67	80	88	90	86
11	63	78	86	89	84
12	60	76	85	88	83
13	57	74	84	87	81
14	53	72	83	86	80
15	50	70	81	85	79
16	47	68	80	84	77
17	43	66	79	83	76
18	40	64	78	82	75
19	37	62	76	81	73
20	33	60	75	80	72
21	30	58	74	79	71
22	27	56	73	78	69
23	23	54	71	77	68
24	20	52	70	76	67
25	17	50	69	75	66
26	13	48	68	74	64
27	10	46	66	73	63
28	7	44	65	72	62
29	3	42	64	71	61
30		40	63	70	60
31		38	61	69	58
32		36	60	68	57
33		34	59	67	56
34		32	58	66	55
35		30	56	65	54
36		28	55	64	52
37		26	54	63	51
38		24	53	62	50
39		22	51	61	49
40		20	50	60	48

Restnutzungsdauer	Bei linearer Abschreibung in v. H. des Herstellungswerts – Anlage 8 b WertR 2002				Nach Ross in v. H. des Herstellungswerts (bei <b>Eigentumswohnungen</b> ) – Anlage 8 a WertR 2002
Jahre	Übliche Gesamtnutzungsdauer in Jahren				
	30	50	80	100	100
41		18	49	59	47
42		16	48	58	46
43		14	46	57	45
44		12	45	56	44
45		10	44	55	43
46		8	43	54	42
47		6	41	53	41
48		4	40	52	40
49		2	39	51	39
50			38	50	38
51			36	49	37
52			35	48	36
53			34	47	35
54			33	46	34
55			31	45	33
56			30	44	32
57			29	43	31
58			28	42	30
59			26	41	29
60			25	40	28
61			24	39	27
62			23	38	26
63			21	37	25
64			20	36	24
65			19	35	24
66			18	34	23
67			16	33	22
68			15	32	21
69			14	31	20
70			13	30	20
71			11	29	19
72			10	28	18
73			9	27	17
74			8	26	16
75			6	25	16
76			5	24	15
77			4	23	14
78			3	22	13
79			1	21	13
80				20	12
81				19	11
82				18	11
83				17	10

Restnutzungsdauer	Bei linearer Abschreibung in v. H. des Herstellungswerts – Anlage 8 b WertR 2002				Nach Ross in v. H. des Herstellungswerts (bei <b>Eigentumswohnungen</b> ) – Anlage 8 a WertR 2002
Jahre	Übliche Gesamtnutzungsdauer in Jahren				
	30	50	80	100	100
84				16	9
85				15	9
86				14	8
87				13	7
88				12	7
89				11	6
90				10	6
91				9	5
92				8	4
93				7	4
94				6	3
95				5	3
96				4	2
97				3	2
98				2	1
99				1	1
100				0	0

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Bayer. Mitglieder im Präsidium des Deutschen Notarvereins ab 4.11.2005:

Ehrenpräsident des Dt. Notarvereins:

Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München

Vizepräsident des Dt. Notarvereins:

Notar Dr. Oliver Vossius, München

Vorstandsmitglied des Dt. Notarvereins:

Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg, verstorben am 14.12.2005

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.1.2006:

Notarin Dr. Andrea Schmucker, Mindelheim (Geschäftsführerin der Bundesnotarkammer Berlin, vgl. 3.), Notarin a. D.

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Notar Peter Pilhofer, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Notar Otto Buchmaier, Mühldorf a. Inn

Notar Bernhard Wacker, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Notar Dr. Hermann Amann, Berchtesgaden

Notar Dr. Helmut Roßner, Bayreuth

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Notar Kilian Angermaier, Fürth

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 22.12.2005:

Vilshofen (in Sozietät mit Notar Wolfgang Hoffmann)	dem Notarassessor Dr. Jürgen Schlögel (bisher in München Notarstellen Frhr. v. Oefele/ Dr. Götte)
---	---

Mit Wirkung vom 1.1.2006:

Cham	dem Notarassessor Dr. Robert Maurer (bisher in Augsburg Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhard)
------	--

Forchheim (in Sozietät mit Notar Werner Mitzel)	dem Notar Martin Thomas Reiß (bisher in Münnerstadt)
---	--

Höchstädt a. d. Donau	der Notarassessorin Monika Schmid (bisher in München Landesnotarkammer/Notarkasse)
-----------------------	--

Marktheidenfeld	dem Notarassessor Dr. Frank Eckert (bisher in Würzburg Deutsches Notarinstitut)
-----------------	--

Mindelheim	der Notarassessorin Dr. Andrea Schmucker (bisher in Berlin Bundesnotarkammer)
------------	--

Mindelheim	dem Notarassessor Till Franzmann (bisher in München Notarstelle Dr. Schaub)
------------	--

Passau (in Sozietät mit Notar Prof. Dr. Reimann)	dem Notar Dr. Henning Schwarz (bisher in Kötzing)
--	---

Mit Wirkung vom 1.2.2006:

Weilheim	dem Notar Cornelius Gruner (bisher in Traunstein)
----------	---

#### 5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Grund, Volkach (Notarstelle Dr. Wolf), ab 1.11.2005 abgeordnet an die Landesnotarkammer Bayern mit Dienstort AG Würzburg-Nachlassgericht

Notarassessorin Bianca Dähnert, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), ab 1.1.2006 in Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Notarassessor Carl Niemeyer, Miltenberg (Notarstellen Dr. Gutheil/Schwarzmann), ab 1.1.2006 in Starnberg (Notarstelle Dr. Wufka)

Notarassessor Sebastian Bäumler, Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 2.1.2006 in Ludwigshafen (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl)

Notarassessorin Eva Gebel, Bad Bergzabern (Notarstelle Dr. Endrulat), ab 2.1.2006 in Kandel (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Notarassessor Sven Schünemann, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger), ab 1.3.2006 in Otto beuren (Notarstelle Preißinger)

Amtmann i. N. Johann März, Traunstein (Notarstelle Gruner), ab 1.2.2006 in Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger)





---

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer  
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, 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, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |  |   |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Die GmbH in der notariellen Praxis (Schaub)<br/>21.1.2006 in Kiel</li> <li>2. Intensivkurs Erbrecht – Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Grundzüge und Probleme des Pflichtteilsrechts und vorbereitende Erbfolge (Frenz, R. Kössinger, Nieder)<br/>26.–28.1.2006 in Bochum</li> <li>3. Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts (Basty)<br/>3.2.2006 in Bochum, 4.2.2006 in Bad Homburg</li> <li>4. Unternehmensnachfolge in der Kautelarpraxis (Geck, Reimann)<br/>11.2.2006 in Homburg/Saar</li> <li>5. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (Frenz, Amann, Hertel)<br/>17.2.2006 in Kiel</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>6. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Spiegelberger, Koch)<br/>24.2.2006 in Bochum</li> <li>7. 4. Gesellschaftsrechtliche Jahrestagung (Crezelius, Heckschen)<br/>17.–18.3.2006 in Hamburg</li> <li>8. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger, Hüttemann, Richter, Wochner, Wachter)<br/>24.–25.3.2006 in Hamburg</li> </ol> |
|--|---|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

### Aktuelle Fragestellungen im Recht der GmbH und der Limited

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

am Dienstag, den 7.2.2006, 16 Uhr s. t., Geschwister-Scholl-Platz 1,  
80539 München, 1. Stock, Raum B 106

Professor Dr. *Wulf Goette*, Vorsitzender des II. Zivilsenats des BGH, beleuchtet u. a. Fragen der Haftung des Geschäftsführers einer in Deutschland tätigen private limited company (Ltd.), wie sie mittlerweile auch den BGH beschäftigen (Urteil vom 14.3.2005, II ZR 5/03, DNotZ 2005, 712). Wiss. Ass. Dr. *Andreas Engert*, LL. M., wird sich mit den Möglichkeiten zum seriösen Einsatz von Auslandsgesellschaften in Deutschland beschäftigen und auf die Perspektiven eingehen, die sich daraus für das deutsche und europäische Gesellschaftsrecht ergeben. Eine kurze Podiumsdiskussion unter Beteiligung des Publikums gibt anschließend Gelegenheit zur Vertiefung der rechtlichen Thematik.

In einem zweiten Teil wird Professor Dr. *Lorenz Fastrich* den Gläubigerschutz in der GmbH als Optimierungsproblem behandeln. Anschließend wird Notar Dr. *Oliver Vossius* seinen Entwurf eines ganzheitlichen GmbH-Reformgesetzes vorstellen. Eine weitere Podiumsdiskussion und ein kleiner Imbiss beschließen die Veranstaltung.

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen. Insbesondere Notarinnen und Notare sowie Notarassessorinnen und Notarassessoren, Anwältinnen und Anwälte sind herzlich eingeladen.

#### Anmeldung und Information:

Aktuelle Hinweise zur Veranstaltung können auch über das Internet unter <http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/lshager/FS-Notarrecht.htm> abgerufen werden. Um Anmeldung wird gebeten.

Lehrstuhl Professor Dr. Johannes Hager – Forschungsstelle für Notarrecht – Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Telefax 089 2180-13987, E-Mail: [gmbH-tagung@jura.uni-muenchen.de](mailto:gmbH-tagung@jura.uni-muenchen.de).

**Neuerscheinungen**

1. Brambring/Jerschke: Beck'sches Notar-Handbuch. 4., völlig überarb. u. erw. Aufl., Beck, 2006. 1 729 S., 98 €
2. Büte: Zugewinnausgleich bei Ehescheidung. 3. Aufl., E. Schmidt, 2006. 379 S., 49,80 €
3. Dornis: Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto. O. Schmidt, 2005. 159 S., 59,80 €
4. Gehrlein: GmbH-Recht in der Praxis. Recht und Wirtschaft, 2005. 475 S., 44 €
5. Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungspraxis. O. Schmidt, 2005. 522 S., 68 €
6. Heidenhain/Meister/Waldner (Hrsg.): Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht. 6., neu bearb. u. erw. Aufl., Beck, 2005. 1 862 S., 144 €
7. Kallmeyer: Umwandlungsgesetz. Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften. 3. Aufl., O. Schmidt, 2006. 1 471 S., 129 €
8. Lang/Weidemüller: Genossenschaftsgesetz. 34., völlig neu bearb. Aufl., de Gruyter, 2005. 1 130 S., 148 €
9. Langenfeld: GmbH-Vertragspraxis. 5. Aufl., O. Schmidt, 2006. 430 S., 59,80 €
10. Müller-Magdeburg: Rechtsschutz gegen notarielles Handeln. 2005, Heymanns. 400 S., 58 €
11. Schulze zur Wiesche/Ottersbach: GmbH & Co. KG. 3. Aufl., Nomos, 2005. 477 S., 59 €
12. Schwedhelm: Unternehmensumwandlung. Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, Einbringung, 5., neu bearb. Aufl., O. Schmidt, 2005. 474 S. + CD-ROM, 89,80 €
13. Spahlinger/Wegen: Internationales Gesellschaftsrecht. Beck, 2005. 413 S., 84 €
14. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. 18. Aufl., Beck, 2006. 1 650 S., 89 €
15. Sudhoff: GmbH & Co. KG. 6., neu bearb. Aufl., Beck, 2005. 1 555 S., 118 €
16. Stoye-Benk: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis. 2005, C. F. Müller. 316 S., 65 €
17. Tanck/Krug/Daragan: Anwaltformulare Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis. 3. Aufl., Dt. Anwaltverlag, 2005. 688 S. + CD-ROM/DVD, 98 €
18. Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat. 7., überarb. Aufl., Heymanns, 2005. 220 S., 38 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F