

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Dr. Hans Wolfsteiner, München

Schriftleiter:

Notarassessor

Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M.

Aktuell unter

www.notare.bayern.de

- Preisindex-Abfrage
Lebenshaltungskosten
(„Links“)
- Güteordnung BNotK
(„Notare Intern“)
- Statut Schiedsgerichtshof
(SGH) („Notare Intern“)

ISSN 0941-4193

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlungen

Dr. Spiegelberger, Rückfallklauseln in Überlassungsverträgen 1

Rechtsprechung

Gewährleistungsausschluss für Mängel, die zwischen Kaufvertragsschluss und Gefahrübergang entstehen (OLG Hamm) 33

Bestimmung einer noch zu vermessenden Teilfläche (BGH) 35

Zur Bestimmbarkeit des Zinsbeginns bei Sicherungshypothek (BayObLG) 37

Anspruch auf Änderung der Miteigentumsanteile bei Wohnungseigentum (BayObLG) 39

Zur Grundbuchfähigkeit politischer Parteien (OLG Zweibrücken) 42

Vorzeitige Erfüllung eines Grundstücksvermöchnisses durch befreiten Vorerben (OLG Düsseldorf) 45

Auflösende Bedingung der Nacherbfolge durch anderweitige Verfügung des Vorerben (OLG Hamm) 49

Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters (BGH) 51

Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG (BayObLG) 53

Keine Hinweispflicht des Notars auf Möglichkeiten zur Steuervermeidung (OLG Oldenburg) 56

Grunderwerbsteuer bei getrenntem Kauf- und Werkvertrag (BFH) 63

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Dr. Spiegelberger</i> , Rückfallklauseln in Überlassungsverträgen	1
Kurze Beiträge	
<i>Dr. Waldner</i> , Handelsregisteranmeldungen infolge der Streichung von § 36 HGB	13
<i>Mehler</i> , Interdisziplinäres Fachsymposium zum Thema „Vorsorgevollmacht“	16
<i>Dr. Kopp/Odersky</i> , Praktikum bei Notaren in London	22
<i>Dr. Bandel/Bode/Dr. Knapp</i> , Tagung der ERA Trier: Internationales Privatrecht im Binnenmarkt – Europäisierung des Haftungsrechts	24
Buchbesprechungen	
<i>Munzig</i> , Die Gemeinschaftsordnung im Wohnungseigentum (Reiß)	27
<i>Grziwotz</i> , Nichteheleche Lebensgemeinschaft, und <i>ders.</i> , Partnerschaftsvertrag für die nicht-eheleche Lebensgemeinschaft (Riemenschneider)	28
<i>Langenfeld</i> , GmbH-Vertragspraktikum (Riemenschneider)	29
<i>Korintenberg u. a.</i> , Kostenordnung (Schmidt)	30
<i>Neu/Neumann/Neumayer</i> , Handbuch der GmbH-Besteuerung (Spiegelberger)	31
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Gemeindliches Wiederkaufsrecht; Anwendbarkeit AGB-Gesetz (OLG München, Urteil vom 9.12.1998 – 3 U 2031/98 –)	32
2. Gewährleistungsausschluss für Mängel, die zwischen Kaufvertragsschluss und Gefahrübergang entstehen (OLG Hamm, Urteil vom 28.1.1999 – 22 U 100/98 –) (<i>nur Leitsatz</i>) mit Anmerkung <i>Dr. Weigl</i>	33
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Bestimmung einer noch zu vermessenden Teilfläche (BGH, Urteil vom 23.4.1999 – V ZR 54/98 –)	35
4. Zur Bestimmbarkeit des Zinsbeginns bei Sicherungshypothek (BayObLG, Beschluss vom 15.7.1999 – 2Z BR 96/99 –)	37
5. Eintragung eines Widerspruchs bei Auflassungsvormerkung (BayObLG, Beschluss vom 5.8.1999 – 2Z BR 35/99 –)	38
6. Anspruch auf Änderung der Miteigentumsanteile bei Wohnungseigentum (BayObLG, Beschluss vom 12.8.1999 – 2Z BR 80/99 –)	39

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
7. Grundschuldbestellung durch in der Vertretungsmacht beschränkten Vereinsvorstand (BayObLG, Beschluss vom 19.8.1999 – 2Z BR 63/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	40
8. Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Grundbuch (OLG München, Beschluss vom 5.11.1999 – 23 W 2894/99 –)	40
9. Entstehung einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft (OLG Hamm, Beschluss vom 19. 10. 1999 – 15 W 217/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	42
10. Zur Grundbuchfähigkeit politischer Parteien (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.9.1999 – 3 W 138/99 –)	42
<i>Erbrecht</i>	
11. Zur Frage des Verjährungsbeginns bei Pflichtteilsansprüchen (BGH, Urteil vom 6.10.1999 – IV ZR 262/98 –)	44
12. Vorzeitige Erfüllung eines Grundstücksvermöchtnisses durch befreiten Vorerben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.6.1999 – 3 Wx 104/99 –)	45
13. Auflösende Bedingung der Nacherbfolge durch anderweitige Verfügung des Vorerben (OLG Hamm, Beschluss vom 24.8.1999 – 15 W 218/99 –)	47
14. Formerfordernisse des notariellen Testaments bei sprechunfähigem Erblasser (OLG Hamm, Beschluss vom 7.9.1999 – 15 W 173/99 –)	49
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
15. Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters (BGH, Urteil vom 27.9.1999 – II ZR 356/98 –)	51
16. Zur Nennwertfestsetzung bei Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit Kapitalherabsetzung auf Null (BGH, Urteil vom 5.7.1999 – II ZR 126/98 –)	52
17. Eigenkapitalersatzfunktion eines Gesellschafterdarlehens bei Vorhandensein erheblicher stiller Reserven (BGH, Urteil vom 12.7.1999 – II ZR 87/98 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	53
18. Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG (BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999 – 3Z BR 321/99 –)	53
19. Amtsniederlegung des Geschäftsführers als Rechtsmissbrauch (BayObLG, Beschluss vom 15.6.1999 – 3Z BR 35/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	55
20. Verwendung von „Euro“ als Firmenbestandteil (OLG Hamm, Beschluss vom 26.7.1999 – 15 W 51/99 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	55
21. Zeitpunkt des Rechtsüberganges bei Einbringung eines Einzelunternehmens in GmbH (OLG Bremen, Urteil vom 31.3.1999 – 1 U 120/98 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	55
22. Keine notarielle Belehrungspflicht vor Abgabe der Versicherung gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG (LG Bremen, Beschluss vom 19.5.1998 – 13 T 12/98 A –)	55
Beurkundungs- und Notarrecht	
23. Keine Hinweispflicht des Notars auf Möglichkeiten zur Steuervermeidung (OLG Oldenburg, Urteil vom 18.6.1999 – 13 U 16/99 –)	56

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Kostenrecht	
24. Zur Wertermittlung von Grundbesitz durch Sachverständigengutachten (BayObLG, Beschluss vom 6.11.1998 – 3Z BR 178/98 –)	57
25. Verdrängung der Betreuungsgebühr im Abgeltungsbereich der Hebegebühr (OLG Hamm, Beschluss vom 26.8.1999 – 15 W 115/99 –)	58
26. Beurkundung eines Vertragspaktes durch den Notar (OLG Hamm, Beschluss vom 26.8.1999 – 15 W 111/99 –)	59
Öffentliches Recht	
27. Vergleich über Rücknahme eines Widerspruchs gegen Erteilung einer Baugenehmigung (BGH, Urteil vom 2.7.1999 – V ZR 135/98 –)	62
Steuerrecht	
28. Grunderwerbsteuer bei getrenntem Kauf- und Werkvertrag (BFH, Urteil vom 27.10.1999 – II R 17/99 –)	63
29. Aufwendungen zur Verhinderung der Entstehung eines Nießbrauches keine Anschaffungskosten (BFH, Beschluss vom 18.3.1999 – IV B 58/97 –)	66
30. Erwerb der Verwertungsbefugnis für ein Grundstück (BFH, Urteil vom 10.3.1999 – II R 35/97 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	67
Hinweise für die Praxis	
1. Basiszinssatz: Stand des Basiszinssatzes mit Beginn des 1. Januar 2000 (Bekanntmachung der Bundesbank vom 22.12.1999)	68
2. Grunderwerbsteuer: Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 (Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautende Erlasse vom 2.12.1999)	68
Standesnachrichten	70
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

ABHANDLUNGEN

Die Rückabwicklung der vorweggenommenen Erbfolge

Von Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

A. ÜBERBLICK

I. Aktualität des Themas

Die vorweggenommene Erbfolge hat Konjunktur. Seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges wurden in den alten Bundesländern erhebliche Vermögenswerte angesammelt. Die Erkenntnis, dass die Vermögensnachfolge unter Lebenden sachgerechter als von Todes wegen geregelt werden kann, nimmt zu. Aber auch die seit Jahren anhaltende Tendenz, die unentgeltliche Rechtsnachfolge bei Grundstücken einer höheren Erbschaft- und Schenkungsteuer zu unterwerfen, steigert die Bereitschaft der Übertragung unter Lebenden. Mit der steigenden Zahl lebzeitiger Zuwendungen gewinnt auch die Frage der Rückabwicklung gescheiterter Übertragungen an Bedeutung. Umso überraschender ist es, dass Entscheidungen hierzu relativ selten sind. Ob dies daran liegt, dass die Kautelarjurisprudenz ihre Hausaufgaben gut gelöst hat, wie *Kollhosser*¹ meint oder auch daran, dass Eltern trotz enttäuschter Erwartungen den Weg zu den Gerichten scheuen, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind die Rechtsfragen der Rückabwicklung für die Vertragsgestaltung von zunehmender Bedeutung.

II. Was ist eine vorweggenommene Erbfolge?

Maßnahmen der vorweggenommenen Erbfolge gehören zur hohen Schule der Kautelarjurisprudenz, meint *H. P. Westermann*²; man sei gewohnt, dass sie nach sorgfältigen Überlegungen geräuschlos abgewickelt werden. Dieses Lob ist umso wertvoller, als in der Literatur und Rechtsprechung weder der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge noch die Rechtsfolgen dieses Instituts geklärt sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kannte ursprünglich den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge nicht.³

Der Begriff „Vorwegnahme der Erbfolge“ oder „Vorweggenommene Erbfolge“ wird heute in einzelnen Gesetzesbe-

stimmungen ausdrücklich verwendet (§ 17 HöfeO, § 35 Abs. 1 Nr. 2 BauGB und § 593 a S. 1 BGB), in anderen Vorschriften am Rande berührt (vgl. §§ 511, 1374 Abs. 2, 1477 Abs. 2 S. 2 und § 1478 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Nach Auffassung des BGH⁴ versteht man unter vorweggenommener Erbfolge die Übertragung des Vermögens oder eines wesentlichen Teils davon durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger. M. E. ist die vorweggenommene Erbfolge ein über ein Wirtschaftsgut oder über das im Wesentlichen gesamte Vermögen des Übergebers abgeschlossener *Generationennachfolgevertrag*, der regelmäßig die Anrechnung auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht des Erwerbers und/oder eine Regelung über die Erbausgleichung sowie häufig auch die Versorgung des Übergebers zum Gegenstand hat, wobei das übergebene Vermögen weiterhin der Existenzsicherung des Übergebers dient, so dass für den Fall der Bedürftigkeit des Übergebers eine – gesetzliche oder vertraglich vereinbarte – Rückgabeverpflichtung besteht. Gegenstand dieses Generationennachfolgevertrages kann auch die Versorgung des Ehegatten des Übergebers sowie die Erbringung von Versorgungs- und Ausgleichsleistungen an die Geschwister des Erwerbers oder Übergebers sein.⁵

Ob die vorweggenommene Erbfolge ein eigenes typologisches Rechtsinstitut darstellt, ist bestritten.⁶ Der Typus ist eine ganzheitliche Erkenntnisform.⁷ Während bei der herkömmlichen Subsumtion überprüft wird, ob der Sachverhalt alle Tatbestandsmerkmale erfüllt, beruht die typologische Betrachtungsweise auf einem aus dem Gesamtbild bezogenen Ähnlichkeitsvergleich. Bei dem Typus werden eine Vielheit von Merkmalen unter einem leitenden Wert Gesichtspunkt zusammengestellt.⁸ Demnach kann aus dem Fehlen einzelner

⁴ DNotZ 1992, 32.

⁵ Vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge (1994), Rdnr. 18

⁶ Bejahend *Eccher* Antizipierte Erbfolge (1980), S. 158; *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen im Zivil- und Steuerrecht 4. Aufl. (1999) Rdnr. 217; *Weirich* DNotZ 1986, 5; a. A. *Kollhosser* AcP 194 (1994), S. 233.

⁷ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. 1991, S. 472.

⁸ Vgl. *Strahl* Stbg 1996, 264.

¹ AcP 194 (1994), 231 ff.

² FS für *Kellermann* (1991), S. 505.

³ Vgl. *Jörg Mayer* DNotZ 1996, 608.

typischer Merkmale nicht angenommen werden, dass keine vorweggenommene Erbfolge vorliegt, wenn andere typische Merkmale besonders ausgeprägt sind. *Bydlinski*⁹ warnt jedoch vor einer theoretischen Übertreibung eines Gegensatzes zwischen Begriff und Typus umso mehr, als in der bisherigen Diskussion wenig praktisch verwertbare Aufschlüsse über die methodische Leistungsfähigkeit des Typus für die Jurisprudenz gewonnen worden sei.

Im Allgemeinen werden folgende Rechtsgeschäfte als Fälle vorweggenommene Erbfolge behandelt:

- Reine Schenkung,
- Auflagenschenkungen,
- Gemischte Schenkung,
- Ausstattung,
- Altenteilsvertrag,
- Wirtschaftsüberlassungsvertrag,
- Geldzuwendungen gegen Erb- oder Pflichtteilsverzicht und
- Familienstiftung.

Die *Steuerrechtsprechung* zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen beschränkt sich nicht auf den Generationennachfolgevertrag, sondern bezieht auch Ehegattenschenkungen und ehebedingte Zuwendungen, ja sogar Vermögensübertragungen auf Familienfremde, ein.¹⁰

B. GESETZLICHE RÜCKFORDERUNGSRECHTE

Das Spektrum der Rückabwicklungsvarianten ist so bunt wie die vielen unter den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge fallenden Rechtsgeschäfte.

I. Gesetzliche Regelung bei Schenkung und Auflagenschenkungen

1. § 527 BGB Nichtvollziehung der Auflage

Unterbleibt die Vollziehung einer vereinbarten Auflage, so kann der Schenker gem. § 527 Abs. 1 BGB die Herausgabe des Geschenkes unter den für das **Rücktrittsrecht** bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Ein generelles Rückforderungsrecht bei Leistungsstörungen ergibt sich aus dieser Vorschrift nicht.¹¹

2. § 528 BGB Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers

So weit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außer Stande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, kann er gem. § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Gemäß Satz 2 dieser Bestimmung kann der Beschenkte die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abwenden. Bei regelmäßig wiederkehrendem Unterhaltsbedarf des Schenkers richtet sich der

Anspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB auf wiederkehrende Leistungen des Beschenkten in einer dem angemessenen Unterhaltsbedarf entsprechenden Höhe, bis der Wert des Schenkungsgegenstandes erschöpft ist.¹² Der Sozialhilfeträger kann den Rückforderungsanspruch nach Maßgabe von § 528 BGB gem. § 90 BSHG überleiten. Allerdings setzt dies voraus, dass der Überlassungsvertrag eine Schenkung beinhaltet. Sofern die in der Vergangenheit erbrachten oder durch den Übergabevertrag versprochenen Pflegeleistungen dem Wert des Vertragsgegenstandes entsprechen, scheidet ein Zugriff des Sozialhilfeträgers aus. Die Rechtsprechung verfährt in diesem Punkt teilweise großzügig. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf¹³ kann eine „mit Rücksicht auf“ in der Vergangenheit erbrachte Pflegeleistungen versprochene Zuwendung nach den Umständen des Einzelfalles auch dann eine Schenkung ausschließende Gegenleistung sein, wenn durch sie Vermögenswerte dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen werden sollen. Darüber hinaus ist ein Rückgriff des Sozialhilfeträgers ausgeschlossen, wenn das übertragene Hausgrundstück Schonvermögen i.S. des § 88 BSHG darstellt.¹⁴

3. Grober Undank gem. § 530 BGB

Eine Schenkung kann gem. § 530 Abs. 1 BGB widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undanks schuldig macht.

Die Herausgabe erfolgt gem. § 531 Abs. 2 BGB wiederum nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

II. Gemischte Schenkung

1. Rechtsprechung

Eine gemischte Schenkung setzt sich aus einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Teil zusammen.¹⁵ Der BGH¹⁶ beurteilt Übergabeverträge zwischen Eltern und Kindern, durch die wirtschaftlich die künftige Erbfolge vorweggenommen wird, als gemischte Schenkung, wenn die Kinder sich zu Unterhaltsleistungen an den Übergeber und zu Herauszahlungen an andere Erbberechtigte verpflichten. In anderen Entscheidungen¹⁷ behandelt der BGH die vorweggenommene Erbfolge als Auflagenschenkungen. Trotz der unklaren Grenzziehung ist die Unterscheidung zwischen Auflagenschenkungen und gemischter Schenkung von Bedeutung, da insbesondere die Rückabwicklung unterschiedlichen Kriterien unterliegt.¹⁸

Die Rückabwicklung einer gemischten Schenkung ist *expresis verbis* nicht geregelt. Eine gemischte Schenkung kann nach Auffassung des BGH wegen groben Undanks gem. § 530 BGB nur widerrufen werden, wenn der unentgeltliche Charakter des Geschäfts überwiegt.¹⁹ Wenn der entgeltliche Teil überwiegt, erfolgt die Rückabwicklung hingegen nach Kaufvertragsrecht.

¹² Vgl. BGH ZEV 1996, 152.

¹³ MittBayNot 1996, 203.

¹⁴ Vgl. DNotI-Report 1997, 47.

¹⁵ Vgl. *Palandt/Putzo* § 525 Rdnr. 8.

¹⁶ FamRZ 1967, 215.

¹⁷ Z.B. FamRZ 1970, 185.

¹⁸ Vgl. MünchKomm/*Kollhossner* § 516 Rdnr. 32-36.

¹⁹ Vgl. BGHZ 30, 122.

⁹ Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 2. Aufl. 1991, S. 545.

¹⁰ Vgl. BMF-Schreiben BStBl. 1996 I 1511 Tz. 23 (Rentenerlass).

¹¹ Kritisch zu den Rechtsfolgen des § 527 BGB *Ellenbeck MittRhNotK* 1997, 42; *Langenfeld/Günther* Rdnr. 293.

a) Abgrenzung

Dass mit dieser Abgrenzung nicht immer sachgerechte Ergebnisse erzielt werden, zeigt die Entscheidung des BGH:²⁰

Mutter M überträgt an ihren Sohn S Grundbesitz im Wert von insgesamt 600.000 DM. Übernommen werden die Belastungen Abt. II (ein Wohnungsrecht für eine Verwandte) und Grundpfandrechte mit einer Valutierung in Höhe von 277.000 DM. Der Sohn räumt der Mutter ein Altenteil ein, bestehend aus Wohnungsrecht, Verpflegung, Rentenzahlung und Übernahme der Beiträge zur landwirtschaftlichen Alterskasse. Wegen groben Undanks verlangte die Mutter ein halbes Jahr später die Rückgabe des übertragenen Grundbesitzes.

Auf Grund des eingeräumten Altenteils und der übernommenen Grundpfandrechte ging das Oberlandesgericht von einem überwiegend entgeltlichen Erwerb aus, so dass die Rückgabeklage abgewiesen wurde.

b) Gegenleistung

Um zu dem sachgerechten Ergebnis der Begründetheit des Rückgabeanspruches zu gelangen, musste der BGH den Begriff der Gegenleistung in mehrfacher Hinsicht eingrenzen; da der Schenker das Geschenk grundsätzlich nur so schulde, wie er es selbst habe, stelle die Übernahme der Belastungen in Abt. III des Grundbuches keine Gegenleistung dar. Die ausdrückliche Übernahme im Vertrag habe nur klarstellende Wirkung, es sei denn, dass ein anderer Vertragswille der Beteiligten ausdrücklich festgestellt werde. Die Leitsätze der BGH-Entscheidung lauten:

- Die Übernahme dinglicher Belastungen bei Schenkung eines Grundstücks stellt in der Regel keine Gegenleistung des Beschenkten dar, sondern mindert lediglich den Wert des Geschenks;
- die in einem Übergabevertrag dem Übernehmer auferlegte Versorgung des Übergebers ist in der Regel nicht Gegenleistung, sondern Auflage (Bestätigung von BGHZ 3, 206).

Hinsichtlich der Schuldübernahme hat sich der BGH auf ein Rechenexempel eingelassen, das in dem zugrunde liegenden Fall das gewünschte Ergebnis rechtfertigt, nämlich den Rückforderungsanspruch stattzugeben, in anderen, praktisch gleichliegenden Fällen, z.B. bei der Übernahme nicht im Grundbuch gesicherter Verbindlichkeiten im Rahmen einer betrieblichen Übergabe, genau zur gegenteiligen Rechtsfolge führen würde.²¹

2. Rechtsfolgen bei Typenverschmelzungsverträgen

In Fällen der vorweggenommenen Erbfolge erscheint es überhaupt als unsystematisch, den Anspruch auf Rückabwicklung an dem Umfang der Leistungen des Erwerbers zu messen. Bei Typenverschmelzungsverträgen, in denen Elemente der Schenkung mit denen eines Austauschvertrages gemischt sind (negotium mixtum cum donatione), muss die Vertragsauslegung ergeben, ob nicht ein Vertragsbestandteil für das gesamte Vertragsverhältnis so überwiegt, dass es sachgerecht erscheint, die anzuwendenden Normen ausschließlich seiner gesetzlichen Regelung zu entnehmen.²² Vorwiegend unter dem Blickwinkel der österreichischen Rechtsordnung definiert *Eccher*²³ Zuwendungen der antizipierten Erbfolge als

²⁰ MittBayNot 1989, 206;

²¹ Vgl. *Spiegelberger* Vermögensnachfolge Rdnr. 8.

²² Vgl. *Larenz* Schuldrecht II § 62 II c.

²³ Antizipierte Erbfolge (1980), S. 200.

Rechtsgeschäfte eigener Art, die sich im Spannungsfeld zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften bewegen, auf die aber das Merkmal der **Entgeltfremdheit** passt. Dieses auch für die vorweggenommene Erbfolge nach bürgerlichem Recht kennzeichnende Merkmal, nämlich dass die Übertragung nicht do ut des erfolgt, sondern ihre Wurzel in den familiären Beziehungen hat, führt zu der Erkenntnis, dass eine vorweggenommene Erbfolge, die als gemischte Schenkung zu qualifizieren ist, auch dann nicht nach Kaufvertragsrecht rückabgewickelt werden kann, wenn die „Gegenleistung“ den unentgeltlichen Teil überwiegt. Wegen des Rechtscharakters der Entgeltfremdheit der vorweggenommenen Erbfolge kann somit die Rückabwicklung nach Kaufvertragsrecht nur ganz ausnahmsweise dann in Betracht kommen, wenn der entgeltliche Teil ganz erheblich überwiegt, z. B. der Schenkungsanteil nur 10% beträgt.

3. Zweckverfehlung

Neben dem Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks kommt nach Auffassung von *H. P. Westermann*²⁴ eine Rückforderung im Wege eines Bereicherungsanspruches wegen Zweckverfehlung gem. § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB in Betracht. Danach ist der Erwerber zur Herausgabe verpflichtet, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Sowohl die Rechtsprechung²⁵ als auch die herrschende Lehre im Schenkungsschrifttum²⁶ erkennen das Institut der Zweckschenkung mit bereicherungsrechtlicher Relevanz der Zweckverfehlung an. Eine solche Zweckschenkung liegt vor, wenn der Schenker mit der Zuwendung einen über die Schenkung hinausgehenden und vom Beschenkten erkannten und tatsächlich gebilligten weiteren Zweck verfolgt, insbesondere wenn der Beschenkte den Schenkungsgegenstand weiterhin im „Familienbesitz“ hält, ohne ihn aber zum Gegenstand einer rechtsverbindlichen Vereinbarung zu machen^{26a}. Wenn diese Zweckverfehlung eintritt, soll nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre im Schenkungsschrifttum der Schenker mit der *condictio ob rem* gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB den Schenkungsgegenstand kondizieren können. *Kollhosser* meint, dass dieses Institut der Zweckschenkung in den Bereich der sog. Zweckstaffelungstheorien gehöre, die heute auf zunehmende Ablehnung stoßen würden. § 812 Abs. 1 S. 2., 2. Alt. BGB sei nicht für Fälle gedacht, in denen eine Leistung *donandi causa* erbracht werde und diesen Zweck verfehle. Für solche Fälle der Zweckverfehlung greife vorrangig bereits § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB ein. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB sei nach seinem historischen Ursprung vielmehr nur für die Rückforderungen von fehlgeschlagenen Leistungen in den sog. Vorleistungs- und Veranlassungsfällen gedacht. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sei zwischenzeitlich so weit ausgebaut worden, dass mit ihr auch alle Fälle der Zweckverfehlung bei der Zweckschenkung erfasst und gelöst werden könnten.²⁷

4. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Diesen Ansatzpunkt greift die Entscheidung des BGH²⁸ auf, die einen Rückforderungsanspruch mit dem Institut des Weg-

²⁴ S. 518

²⁵ BGH NJW-RR 1991, 1154; NJW 1984, 233; OLG Karlsruhe NJW 1988, 3023; OLG Hamm FamRZ 1990, 1233.

²⁶ Vgl. *Kollhosser* S. 250.

^{26a} Vgl. *Kollhosser* AcP 194, S. 251.

²⁷ Vgl. MünchKomm/*Lieb* § 812 Rdnr. 165.

²⁸ DNotZ 1996, 636.

falls der Geschäftsgrundlage begründet. Während *Coing*²⁹ den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei vorweggenommener Erbfolge ablehnt, sieht der BGH in einem tiefen Zerwürfnis zwischen den Beteiligten keine Rechtsgrundlage mehr für eine Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses. *Westermann*³⁰ weist zurecht darauf hin, dass ein vom Schenker sorgsam austariertes Gleichgewicht verloren gehen kann. Es sei fast unmöglich, solchen Entwicklungen, die oft auf einen Zerfall der Grundkonzeption der Verträge über die vorweggenommene Erbfolge hinauslaufen, mit einem lückenlosen Geflecht von Auflagen, Bedingungen und salvatorischen Klauseln zu begegnen. Im *Benteler-Urteil*³¹ hat der BGH eine feindselige Gesinnung gegen den Schenker als Widerrufsgrund gem. § 530 BGB, also wegen groben Undanks, anerkannt. Da der Nachweis der subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 530 BGB im Einzelfall schwierig sein dürfte, stellt das Eintreten eines tiefen Zerwürfnisses als Wegfall der Geschäftsgrundlage eine breitere Grundlage für die Rückabwicklung dar. Zudem können damit auch Fallgestaltungen erfasst werden, bei denen § 530 BGB nach überwiegender Meinung³² keine Anwendung findet, z. B. auf eine Ausstattung i. S. des § 1624 BGB.

5. Anwendung erbrechtlicher Vorschriften?

*Olzen*³³ vertritt die Auffassung, dass erbrechtliche Vorschriften auf den Übergabevertrag analog angewendet werden sollten. Bei Leistungsstörungen im entgeltlichen Teil soll danach der unentgeltliche Teil analog § 2085 BGB aufrecht erhalten werden. Gem. § 2078 Abs. 2 BGB analog solle die Anfechtung wegen jeglichen Motivirrtums zulässig sein. Der Gedanke, erbrechtliche Wertungen des BGB bei der vorweggenommenen Erbfolge zu berücksichtigen, verdient Beachtung. Die vorweggenommene Erbfolge ist im Kern die Vorwegnahme des Erbfalls und daher auch unter den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen zu würdigen. Bei der Rückabwicklung streitbefangener vorweggenommener Erbfolgen scheidet aber die Aufteilung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil und entspricht im Übrigen auch nicht der Interessenlage.

III. Leibgeding und Altenteilsverträge

Der dualistische Leibgedingsbegriff des BGH³⁴ umfasst den Altenteilsvertrag gem. Art. 96 EGBGB sowie jedes Leibgeding, das gem. § 49 GBO zur Vereinfachung der Grundbucheintragung als Sammelbegriff verschiedenster Gestaltungen Verwendung findet, also auch solche, die keine Altenteilsverträge im eigentlichen Sinn darstellen.

Nach der Definition des Reichsgerichts handelt es sich bei einem Altenteil um einen Inbegriff dinglich gesicherter Nutzungsrechte und Leistungen, die in Verbindung mit einer Grundstücksübertragung vereinbart werden, der allgemeinen leiblichen und persönlichen Versorgung des Berechtigten dienen und eine im Allgemeinen lebenslängliche Verbindung des Berechtigten mit dem belasteten Grundstück bezwecken.³⁵ Eine Grundstücksübertragung wird nicht allein durch eine

Wohnrechtsgewährung mit Pflege- und Versorgungsverpflichtung zum Altenteilsvertrag. Die rechtliche Zuordnung hat sich vorrangig am – landesrechtlich differenzierten – Vorbild des Altenteilsvertrages auszurichten, der ein eigenständiges Rechtsgebilde darstellt und insbesondere nicht aus dem für Verkehrsgeschäfte entwickelten begrifflichen Gegensatz entgeltlich – unentgeltlich verstanden werden kann.³⁶

Die Besonderheit von Altenteilsverträgen gegenüber anderen Fällen vorweggenommener Erbfolge, bei denen gesetzliche Rückforderungsrechte gem. § 527, 528 und 530 BGB bestehen, liegt darin, dass gesetzliche Rücktrittsrechte nach § 325 und 326 BGB nach den meisten Ausführungsgesetzen der Länder ausgeschlossen sind.³⁷ Kommt es bei einem Altenteilsvertrag zu Auseinandersetzungen zwischen dem Übergaber und dem Erwerber, so sieht z. B. Art. 18 BayAGBGB nur das Recht des Wegzugs des Altenteilers und das Verlangen einer Wegzugrente vor. Nach Auffassung des BGH³⁸ sind jedoch neben den landesrechtlichen Vorschriften gem. Art. 96 EGBGB auch die Vorschriften des Bundesrechts über den Widerruf von Schenkungen grundsätzlich anwendbar.³⁹

IV. Außerordentliche Kündigung und Ausschließung bei Personengesellschaftsverträgen

Beispiel: Vater V hatte seinen Sohn S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge als Kommanditisten in sein Unternehmen aufgenommen. Wegen groben Undanks fordert V die Kommanditistenbeteiligung zurück.⁴⁰

Über die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 527, 528 und 530 BGB hinaus besteht im Fall der vorweggenommenen Erbfolge ein anerkanntes Bedürfnis des Schenkers, die Erhaltung des Schenkungsgegenstandes im Familienvermögen durch besondere Auflagen abzusichern.⁴¹ Bei der Schenkung eines Personengesellschaftsanteils kommt neben der Rückgängigmachung der Schenkungsvereinbarung durch Rücktritt oder Widerruf⁴² eine Beendigung der Gesellschafterstellung auf Grund gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen in Betracht, nämlich durch außerordentliche Kündigung oder Ausschließung. Der Unterschied in der Rechtsfolge besteht darin, dass der Wegfall der Schenkungsabrede grundsätzlich zu einer unentgeltlichen Rückübertragung führt, während gesellschaftsrechtliche Maßnahmen regelmäßig einen *Abfindungsanspruch* des betroffenen Gesellschafters auslösen. Nach der Rechtsprechung des BGH⁴³ ist eine auf das *freie Ermessen* abstellende Ausschlussklausel nichtig, so weit nicht eine solche Regelung wegen außergewöhnlicher Umstände sachlich gerechtfertigt ist.⁴⁴ Nach h. M. soll hingegen ein freies Rückforderungsrecht (in den Grenzen des § 138 BGB) uneingeschränkt zulässig sein.⁴⁵

²⁹ NJW 1967, 1780.

³⁰ S. 509.

³¹ BGH NJW 1990, 2616.

³² Vgl. *Jerschke* in Beck'sches Notarhandbuch A V Rdnr. 39.

³³ Die vorweggenommene Erbfolge (1984), S. 171.

³⁴ DNotZ 1994, 881.

³⁵ Vgl. RGZ 162, 57; BGH NJW 1981, 2568; DNotZ 1982, 697.

³⁶ Vgl. MünchKomm/Pecher Art. 96 EGBGB Rdnr. 7.

³⁷ Vgl. *Jörg Mayer* DNotZ 1996, 609.

³⁸ DNotZ 1952, 399 und 1965, 353.

³⁹ A. A. MünchKomm/Peter Art. 96 EGBGB Rdnr. 30; BGB-RGRK/Mezger 12. Aufl. Rdnr. 1 zu § 530 BGB; Palandt/Putzo § 516 Rdnr. 13.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 2616 (*Benteler-Entscheidung*).

⁴¹ Vgl. *Karsten Schmidt* BB 1990, 1992.

⁴² BGH DNotZ 1991, 819.

⁴³ Vgl. DB 1977, 1132; 1981, 1974; BB 1985, 1558.

⁴⁴ Ebenso *Ulmer* NJW 1979, 81; a. A. *Flume* NJW 1979, 902; *Esch* NJW 1979, 1390; differenzierend *Hennerkes/Binz* NJW 1983, 73.

⁴⁵ Vgl. MünchKomm/Kollhosser 3. Auf 1. § 517 BGB Rdnr. 6; *D. Mayer* ZGR 1995, 103; *Klump* ZEV 1995, 388.

In der Vertragspraxis kann vor freien Widerrufsrechten nur gewarnt werden, da die einkommensteuerlichen Grenzen hinsichtlich der Zulässigkeit von Widerrufs- und Ausschlussmöglichkeiten wesentlich enger sind als die zivilrechtlichen.⁴⁶ Wenn der Beschenkte bei den wichtigsten Anlässen, insbesondere bei der Ausübung seiner gesellschaftsvertraglichen Informations-, Kontroll- und Widerspruchsrechte mit einem sofortigen Schenkungswiderruf oder Ausschluss rechnen muss, kann er tatsächlich diese Rechte nicht wahrnehmen. Somit ist bei den betrieblichen Einkunftsarten seine *Mitunternehmerinitiative* und bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung die *Vermieterinitiative* ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des BFH⁴⁷ führt eine jederzeitige Ausschlussmöglichkeit zum Buchwert dazu, dass die Mitunternehmenshaftung nicht anerkannt wird. In der Vertragspraxis kommen somit bei Gesellschaftsverträgen nur *enumerative* Widerrufs- und Ausschlussmöglichkeiten in Betracht, insbesondere für den Fall des Vorversterbens oder der Insolvenz des betroffenen Gesellschafters.

C. VERTRAGLICHE RÜCKFORDERUNGSRECHTE

Die gesetzlichen Widerrufsgründe im Schenkungsrecht werden in der Vertragspraxis als unzureichend empfunden. Darüber hinaus empfiehlt der Notar wegen der aufgezeigten Lückenhaftigkeit und Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung im Falle der Leistungsstörung bei vorweggenommener Erbfolge in aller Regel die Vereinbarung vertraglicher Rückforderungsrechte. Auch hier zeigt sich ein breites Meinungsspektrum. Regelmäßig wird von dem Übergeber der Vermögensrückfall für folgende Fälle gewünscht:

- Veräußerung oder Belastung des übertragenen Gegenstandes ohne Zustimmung des Übergebers
- Vorversterben des Beschenkten
- Insolvenz des Erwerbers
- Scheidung des Erwerbers mit der Folge von Zugewinnausgleichsansprüchen aus dem Schenkungsgegenstand.

Bei der Übertragung auf Minderjährige oder Heranwachsende werden häufig auch

- die Nichtbeendigung der Berufsausbildung
- Trunk- und Drogensucht oder
- die Hinwendung zu einer Sekte oder einer vom Verfassungsschutz beobachteten Vereinigung

als Widerrufsgründe genannt. Besonders vorsichtige Übergeber behalten sich sogar ein freies Widerrufsrecht vor.

Das Interesse des Übergebers, weiterhin eine gewisse Kontrolle über den Schenkungsgegenstand auszuüben, kann durch folgende Konstruktionen Berücksichtigung finden:

- aufgeschobene Erfüllung,
- auflösend bedingte Schenkung,
- gesellschaftsvertragliche Kündigungs- und Ausschlussrechte,
- Angebot auf Rückübertragung,
- eigenständiges Rückforderungsrecht,
- vertragliches Rücktrittsrecht gem. § 346 BGB.

⁴⁶ Vgl. Spiegelberger Vermögensnachfolge Rdnr. 369.

⁴⁷ BStBl. 1981 II 683.

I. Aufgeschobene Erfüllung

Rückforderungsrechte wären von vorne herein entbehrlich, wenn die Erfüllung der Schenkung bis zum Tod des Schenkers aufgeschoben würde.

1. Schenkungsversprechen von Todes wegen

Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, finden gem. § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB die *Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen* Anwendung. Ein nicht unter Lebenden gem. § 2301 Abs. 2 BGB vollzogenes Schenkungsversprechen von Todes wegen liegt daher außerhalb des Anwendungsbereiches der vorweggenommenen Erbfolge.

2. Überlassung mit aufgeschobener Erfüllung

Beispiel: Witwe W wird in ihrem Einfamilienhaus von ihrer Tochter T aufopfernd gepflegt. Da W aber ein distanzierendes Verhältnis zu ihrem Schwiegersohn S hat, will sie unter keinen Umständen das Eigentum an ihrem Eigenheim aufgeben. Andererseits verlangt ihre Tochter T Zusicherungen, dass W nicht etwa ihr Einfamilienhaus gegen Leibrente oder zur Beschaffung von Mitteln für die Übersiedlung in ein Seniorenheim verkauft.

Die Rechtsform der Schenkung unter Lebenden mit auf den Tod des Schenkers aufgeschobener Erfüllung eignet sich in allen Fällen, in denen der Schenker unwiderruflich keine anderweitige Verfügung über den Schenkungsgegenstand, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen, treffen, aber dennoch aus persönlichen Gründen den dinglichen Vollzug der Schenkung hinausschieben will.

Die Entscheidung, ob diese Rechtsgestaltung in Betracht kommt, wird meist aus schenkungsteuerlichen Gründen fallen: Die Schenkungsteuerschuld entsteht bei Schenkungen unter Lebenden gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG mit dem Zeitpunkt der *Ausführung* der Zuwendung. Wenn die Beteiligten die bisherige steuerliche Bemessungsgrundlage angewendet wissen oder die Zehnjahresfrist für die Ausschöpfung von Freibeträgen gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG in Gang setzen wollen, muss die Zuwendung unverzüglich vollzogen werden. Steht hingegen der Schutz des Übergebers oder das Aufschieben der Schenkungsbesteuerung, z. B. wegen einer derzeit ungünstigen Steuerklasse (Heiratsabsicht nach vorheriger Scheidung) im Vordergrund, ist der Überlassungsvertrag mit auf den Tod des Schenkers aufgeschobener Erfüllung die ideale Gestaltung.

II. Auflösend bedingte Schenkung

So weit bewegliche Gegenstände, Wertpapiere oder Forderungen Gegenstand der vorweggenommenen Erbfolge sind, kann durch eine auflösend bedingte Schenkung der Übergeber gesichert werden. Allerdings ist der mit einer auflösenden Bedingung eintretende *automatische* Rückfall des Vermögens häufig nicht gewünscht, da der Übergeber sich meist überlegen will, ob er von dem Rückforderungsrecht Gebrauch machen will. Darüber hinaus könnte bei Grundstücksgeschäften lediglich der schuldrechtliche Schenkungsvertrag einer Bedingung unterworfen werden. Die Auflassung des Grundbesitzes kann gem. § 925 Abs. 2 BGB nicht unter einer Bedingung erklärt werden.

III. Angebot auf Rückübertragung

Insbesondere im Hinblick auf den Insolvenzschutz des Vermögensrückfalls kann ein zeitlich bis zum Ableben des

Schenkers unwiderrufliches Angebot auf Rückübertragung des geschenkten Gegenstandes sinnvoll sein. Der aufschiebend bedingte Rückforderungsanspruch kann ohne weiteres durch eine Auflassungsvormerkung gem. § 883 BGB gesichert werden. In der Praxis hat sich diese Gestaltungsmöglichkeit nicht durchgesetzt, da die Gestaltung schenkungsteuerlich ungünstig wäre. Gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erlischt die Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit nur, wenn das Geschenk wegen eines Rückforderungsrechtes herausgegeben werden musste. Das Schenkungsteuerrecht verlangt für den rückwirkenden Wegfall der Steuerpflicht eine Rückgängigmachung des Erwerbsvorganges.⁴⁸

IV. Eigenständiger vertraglicher Rückforderungsanspruch?

Namhafte Autoren⁴⁹ haben sich für einen eigenständigen vertraglichen Rückforderungsanspruch ohne Anwendung der Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff. BGB ausgesprochen.

Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes gem. §§ 346 ff. BGB wird von *Langenfeld* im Hinblick auf die in § 346 Satz 2 vorgesehene Vergütung für geleistete Dienste und für die Überlassung der Benutzung als unangemessen angesehen. Darüber hinaus soll generell die im Gesetz vorgesehene rückwirkende Aufhebung des Vertragsverhältnisses, also die Rückwirkung inadäquat sein. Nach Wegfall des Grundgeschäftes finde die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht statt, wobei die Unwägbarkeiten, die sich aus der Saldo-Theorie ergeben, zu kaum kalkulierbaren Ergebnissen führen würden.⁵⁰ *Schippers*⁵¹ rät einen eigenständigen vertraglichen Rückforderungsanspruch, unabhängig von den gesetzlichen Rückabwicklungsvorschriften privatautonom zu gestalten und sämtliche mit einer Rückforderung verbundenen Folgen für Gegenleistungen, Nutzungen, Verwendungen, Zins- und Tilgungsleistungen, Gleichstellungsgeldern, Pflichtteilsverzichte usw. für Vergangenheit und Zukunft zu regeln.

V. Vertragliches Rücktrittsrecht gem. § 346 ff BGB

1. Vorzüge der gesetzlichen Rücktrittsregelung

M. E. sind die Argumente für einen eigenständigen vertraglichen Rückforderungsanspruch nicht überzeugend. Bei dem gesetzlich geregelten Rückabwicklungsfall des § 527 BGB, wonach der Schenker die Herausgabe des Geschenks verlangen kann, wenn die Vollziehung der vereinbarten Auflage unterbleibt, ordnet der Gesetzgeber „unter den für das *Rücktrittsrecht* bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen“ die Rückabwicklung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung an. Auch bei den gesetzlichen Rückforderungsrechten gem. §§ 528 und 530 BGB wird auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gem. §§ 812 ff. BGB verwiesen. Der Gesetzgeber hat in den Bestimmungen der §§ 346 – 360 BGB zahlreiche Regelungen getroffen, die bei einem eigenständigen vertraglichen Rückforderungsrecht gesondert vertraglich geregelt werden müssten. Dies gilt insbesondere für

- die Art und Weise der Ausübung (nicht pfändbares Gestaltungsrecht!⁵²),
- die Haftung bei zwischenzeitlichen Veränderungen, Belastungen und Veräußerungen,
- den Fall des zufälligen oder verschuldeten Unterganges und
- die Verzugsfolgen.

Insbesondere ist auch die Verweisung in § 347 BGB auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gem. §§ 987 ff. BGB sachdienlich, zumal diese Bestimmungen die Weiterverweisung auf die §§ 812 ff. BGB enthalten. Eine vertragliche Vereinbarung, die die Regelungsdichte dieser Bestimmungen erreicht, ist nicht denkbar. Darüber hinaus liegt ein reicher Schatz an Judikaten über die Rückabwicklung im Rücktrittsfall vor, während bei einem autonomen vertraglichen Rückforderungsrecht jeder Einzelfall neu beurteilt werden müsste. Gewisse Parallelen, z.B. zum Wiederkauf gem. § 497 ff. oder zum Vorkauf gem. § 504 ff. könnten u. U. eine Hilfe darstellen, beruhen aber im Endergebnis jedoch auf anderen Ausgangssituationen.

2. Differenzierungen

a) Vorbehaltsnießbrauch

Selbstverständlich sind die Rechtsfolgen der §§ 346 ff. BGB nicht bei allen Varianten der vorweggenommenen Erbfolge in gleicher Weise zutreffend. Je nach Vertragstyp ist die Regelung des § 346 Satz 2 BGB über eine Vergütung für zwischenzeitliche Dienste oder für die Nutzung des Vertragsgegenstandes nicht sachgerecht. In den Fällen des Vorbehaltsnießbrauches mit Verlagerung aller Aufwendungen auf den Nießbraucher sind Entschädigungen für zwischenzeitliche Dienste oder Nutzungen ohnehin nicht gegeben. Somit kann es in diesen Fällen ohne weiteres bei den Rücktrittsvorschriften verbleiben.

b) Altenteilsverträge

*Jörg Mayer*⁵³ meint, dass bei einem Leibgedingsvertrag wegen des Charakters eines Dauerschuldverhältnisses nur eine Rückabwicklung „ex nunc“ erfolgen könne. Zu beachten ist, dass bei Altenteilsverträgen i. S. des Art. 96 EGBGB zahlreiche landesrechtliche Ausführungsgesetze eine Rückabwicklung von vorne herein ausschließen und dem Altenteiler z. B. nur eine Wegzugrente zubilligen, vgl. Art. 17 und 18 BayAGBGB. Allerdings hält der BGH⁵⁴ neben den landesrechtlichen Vorschriften auch die Vorschriften des Bundesrechts über den Widerruf von Schenkungen grundsätzlich für anwendbar, vgl. oben B. III. a. E. Darüber hinaus steht es den Beteiligten ohne Zweifel frei, vertraglich beliebige Rückforderungsrechte zu begründen und die Rechtsfolgen zu modifizieren, insbesondere die in § 346 Satz 2 BGB über die Vergütung für zwischenzeitliche Dienste und für die Nutzung des Vertragsgegenstandes abzubedingen. Grundsätzlich ist bei einer vereinbarten Rückabwicklung die Verweisung auf die §§ 346 ff. BGB wiederum sinnvoll, weil dadurch zahlreiche Rechtsfolgen z. B. für zwischenzeitliche Verwendungen und die Haftung für den zufälligen oder verschuldeten Untergang detailliert geregelt sind.

c) Stuttgarter Modell

Bei der Übertragung eines Anwesens mit Rückvermietung an den Übergeber unter Vereinbarung einer dauernden Last oder

⁴⁸ Vgl. *Troll* ErbStG § 29 Rdnr. 2.

⁴⁹ *Langenfeld/Günther* Rdnr. 301 ff.; *J. Mayer*, Der Übergabevertrag (1998) Rdnr. 125; *Ellenbeck* MittRhNotK 1997, 44 und *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. (1995), Rdnr. 664 ff.

⁵⁰ Zustimmend *Weser* ZEV 1995, 356.

⁵¹ *MittRhNotK* 1998, 70.

⁵² Vgl. LG Essen Rpfleger 73, 147 für den Fall der Kündigung.

⁵³ DNotZ 1996, 606.

⁵⁴ DNotZ 1952, 399 und 1965, 353.

Leibrente⁵⁵ liegt im weiteren Sinne ein Austauschverhältnis vor, so dass der Notar von vorne herein die Frage der Rückabwicklung der gegenseitig erbrachten Leistungen ansprechen muss. Je nach dem Willen der Beteiligten können die Rechtsfolgen des § 346 Satz 2 BGB vereinbart oder aber – insbesondere zur Vereinfachung – abbedungen werden. Die von *Langenfeld* ins Feld geführten Ungereimtheiten der Saldotheorie, wonach im Unterschied zur Zweikonditionentheorie lediglich die per Saldo geschuldete Leistung ausgeglichen wird,⁵⁶ führt zu keinen besonderen Problemen und kann im Übrigen ebenfalls durch eine individualvertragliche Regelung abbedungen werden.

d) Gefahr der Lücke

Entscheidend ist im Ergebnis, dass die Gefahr der Lücke durch die Bezugnahme auf eine umfangreiche gesetzliche Regelung eher gebannt wird als bei einer von Fall zu Fall jeweils zu treffenden autonomen Rückforderungsregelung. Bei dem Dogmenstreit darf auch nicht übersehen werden, dass der eigentliche Gegenstand des Vertrages die Übertragung an den Erwerber ist und die Rückfallrechte lediglich vorsorglich flankierend vereinbart werden und nicht im Vordergrund der Beurkundung stehen sollten.⁵⁷

VI. Einzelne Rücktrittsgründe

1. Veräußerung und Belastung des Schenkungsgegenstandes durch den Erwerber

Die vorweggenommene Erbfolge dient in aller Regel der Erhaltung des Vertragsgegenstandes als Familiengut, soll also nicht dazu führen, dass der Beschenkte den Schenkungsgegenstand sofort veräußert oder belastet. Erfolgt zu Lebzeiten des Schenkers ohne dessen Zustimmung eine Belastung oder Veräußerung, soll der Übergeber zum Rücktritt berechtigt sein.

Um den aufschiebend bedingten Rückübertragungsanspruch zu sichern, wird regelmäßig bei Grundstücksschenkungen eine Rückauflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Dies führt im Endergebnis dazu, dass der Erwerber faktisch von Verfügungen über den Vermögensgegenstand zu Lebzeiten des Übergebers ohne dessen Zustimmung ausgeschlossen ist.

Gem. § 137 Satz 1 BGB kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird gem. Satz 2 dieser Vorschrift nicht berührt. Um das berechtigte Interesse des Übergebers an der Erhaltung des Vertragsgegenstandes als Familiengut zu sichern, lässt die ganz h.M. eine Vormerkung zum Schutz des durch verfügungsverbotswidrige Veräußerung bedingten Rückauflassungsanspruches zu.⁵⁸ Nur dann, wenn die Beteiligten einen gläubigerbenachteiligenden Effekt erzielen wollen oder eine Knebelung des Erwerbers in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eintritt, kommt die Nichtigkeit dieser Vereinbarung gem. § 137 Satz 1 oder § 138 Abs. 1 BGB in Betracht.

⁵⁵ Vgl. *Bühler* BWNotZ 1985, 25.

⁵⁶ Vgl. *Larenz* Lehrbuch des Schuldrechts I. Bd. § 25 II b.

⁵⁷ So zutreffend *Weser* ZEV 1995, 360.

⁵⁸ Vgl. *Kohler* DNotZ 1989, 343 m.w.N.

2. Vorversterben des Erwerbers

Vermögensgegenstände, die Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen durch Schenkung oder Übergabevertrag zugewandt hatten und die an diese Personen von Todes wegen zurückfallen, bleiben gem. § 13 Abs. 1 Nr. 10 ErbStG steuerfrei. Durch eine vertraglich vereinbarte Rückfallklausel entfällt darüber hinaus die Steuerpflicht des ursprünglichen Erwerbers.⁵⁹

Das von dem Gesetzgeber mit Steuerfreiheit privilegierte Rückforderungsrecht entspricht der allgemeinen Interessenslage, bei dem unvermuteten Versterben eines beschenkten Kindes die Vermögensverteilung nochmals überlegen und gestalten zu können. Insbesondere wird mit dem zunächst bereicherten Schwiegerkind ein Interessenausgleich versucht werden, um den geschenkten Vermögensgegenstand als Familiengut, also als künftiges Vermögen der Enkelkinder, zu erhalten. Meist wird das Rükckerwerbsrecht nicht ausgeübt, wenn durch entsprechende ehe- und erbrechtliche Regelungen, durch eine Übergabeverpflichtung des begünstigten Schwiegerkindes oder durch die nachfolgend empfohlene Rückfallklausel die Weiterleitung an die Enkelkinder gesichert ist.

3. Rückforderungsrecht im Insolvenzfall

Es ist zweifelhaft, ob der Rückforderungsanspruch im Fall der Insolvenz die geltend gemachten Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger noch abwehren kann, ob also das Rückforderungsrecht nicht im Rang nach den Gläubigeransprüchen erst entsteht. Der Umstand, dass bei einem autonom gestalteten Rückforderungsrecht der Anspruch erst mit der Geltendmachung entsteht und somit zeitlich erst nach dem unerwünschten Ereignis zur Entstehung gelangt, ohne dass – wie bei dem Rücktrittsrecht gem. § 346 BGB – ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis entsteht, kann den Anspruch auf Rückgewähr gefährden. Entscheidend ist zunächst, dass das Rückgewährschuldverhältnis in der Weise vereinbart wird, dass in Verbindung mit der regelmäßig bestellten Rückauflassungsvormerkung das Rückforderungsrecht durch zwischenzeitliche Dispositionen des Erwerbers oder Maßnahmen Dritter nicht beeinträchtigt wird.

Das gesamte Kautelarsystem dinglicher Sicherheiten dient letztlich dem Zweck, vermögensrechtliche Ansprüche des Gläubigers gegen seinen Schuldner für den Insolvenzfall sicherzustellen.⁶⁰ Gem. § 103 InsO kann der Insolvenzverwalter und gem. § 279 InsO kann der Schuldner bei Eigenverwaltung die Erfüllung gegenseitiger und beiderseitig noch nicht vollständig erfüllter Verträge verlangen. Gem. § 119 InsO sind Vereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 – 118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt wird, unwirksam. Wie nach dem bisherigen Insolvenzrecht stellt sich somit die Frage, ob Lösungsklauseln für den Insolvenzfall zulässig sind oder ob eine derartige Vereinbarung nach § 134 BGB nichtig ist.

Die Zulässigkeit sämtlicher bedingungsabhängiger Rückfallformen, gesichert durch konkursfeste Vormerkung gem. § 24 KO, war bis zum In-Kraft-Treten der InsO bestritten.⁶¹ Für die Zulässigkeit hat sich die neuere Rechtsprechung ausgespro-

⁵⁹ Vgl. *Felix* NJW 1994, 2334; *Troll* ErbStG § 13 Rdnr. 120.

⁶⁰ Vgl. *Uhlenbruck*, FS für Rheinisches Notariat S. 126.

⁶¹ Vgl. *Uhlenbruck* a.a.O. Fn. 14.

chen.⁶² Nach BGH⁶³ liegt bei der Vormerkung eines bedingten Rückkaufanspruchs auch keine Umgehung des § 137 Abs. 1 BGB vor. Vielmehr ergebe sich gerade aus § 137 Abs. 2 BGB, dass eine rechtsgeschäftliche Verhaltensbindung hinsichtlich der Verfügungsbefugnis durchaus möglich sei. *Uhlenbruck*⁶⁴ hält Lösungsklauseln für unbedenklich, die auf Verzug, Krise oder Lieferunfähigkeit abstellen. Wird durch Rücktritt, Widerruf oder Kündigung die Leistungspflicht der Vertragspartei vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Erlöschen gebracht, so ist für ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO kein Raum mehr. Problematisch seien dagegen die Fälle, in denen die Vertragslösung auf den Zeitpunkt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezogen sei, da die vertraglich vereinbarte Regelung mit zwingenden Grundsätzen des Insolvenzrechts in Konflikt gerate.

Nach *Jülicher*⁶⁵ fällt gem. § 105 InsO, der Nachfolgevorschrift des § 26 S. 1 KO eine Einmalschenkung nicht mehr in den Anwendungsbereich der Norm, da diese Vorschrift nur bei teilbaren Leistungen eine Rückgabepflicht des Insolvenzverwalters verneint. *K. P. Berger*⁶⁶ hat darauf hingewiesen, dass durch die Streichung des Abs. 2 in § 137 RegE-InsO die Möglichkeit eröffnet wurde, die Vertragsbeendigung sowie die Rückabwicklung in das Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verlegen mit der Folge, dass bei derartigen Vertragsklauseln der betroffene Vermögensgegenstand nicht in die Insolvenzmasse falle.

M. E. weisen Fälle vorweggenommener Erbfolge regelmäßig, insbesondere aber bei der Vereinbarung von Rückübertragungsklauseln die Besonderheit auf, dass die Erhaltung des übergebenen Gegenstandes Vertragsinhalt ist, da der Vermögensgegenstand in vielen Fällen die Existenzgrundlage des Übergebers darstellt und darüber hinaus die Erhaltung als Familiengut gewollt ist. Schon die wesentliche *Verschlechterung* der Vermögensverhältnisse des Erwerbers, wodurch die Erhaltung des Vermögensgegenstandes im Familienvermögen gefährdet wird, sollte somit ein Rückübertragungsgrund sein. Durch diese *Vorverlagerung* wird in jedem Fall verhindert, dass die Zulässigkeit der Klausel in Frage gestellt wird oder dass dem Übergeber wegen verspäteter Ausübung (nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens!) nur noch eine Insolvenzforderung verbleibt. Der Anspruch auf die Rückerstattung sollte in Anlehnung an die Bestimmung des § 610 BGB geregelt werden, wonach ein Darlehensversprechen widerrufen werden kann, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine *wesentliche* Verschlechterung eintritt.

4. Rückforderung bei Scheidung oder Vereinbarung der Gütergemeinschaft

Ein Rückforderungsrecht wird regelmäßig auch für den Fall vereinbart, dass die Ehe des Erwerbers geschieden wird und Zugewinnausgleichsansprüche unter Einbeziehung des geschenkten Gegenstandes geltend gemacht werden. Zwar wird Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem

Anfangsvermögen hinzugerechnet, ist also insoweit nicht ausgleichspflichtig. Inflationsbereinigte Wertmehrun gen während der Dauer der Ehe unterliegen aber der Ausgleichung.⁶⁷

Aus Sicherheitsgründen wird zur Vermeidung der Zugewinnausgleichspflicht von dem beschenkten Kind verlangt, während der Dauer einer Ehe eine ehevertragliche Vereinbarung aufrecht zu erhalten, die jeglichen Zugewinnausgleich ausschließt. Das Verlangen bei Eingehung der Ehe Gütertrennung zu vereinbaren, schießt über dieses berechtigte Verlangen weit hinaus und ist unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB i. V. m. der Lehre zur Drittwirkung der Grundrechte⁶⁸ äußerst bedenklich. Hingegen ist die Verpflichtung, eine modifizierte Zugewinnngemeinschaft mit der Maßgabe aufrecht zu erhalten, dass mit Rücksicht auf ein Erbrecht, durch Schenkung, Ausstattung oder vorweggenommene Erbfolge erworbene Gegenstände sowohl aus dem Anfangs- als auch aus dem Endvermögen mit den damit in Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten ausscheiden, gerechtfertigt. Darüber hinaus wird dem beschenkten Kind regelmäßig die Verpflichtung auferlegt, mit seinem Ehegatten einen beschränkten Pflichtteilsverzicht für die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragenen Vermögensgegenstände zu vereinbaren.

Aus den genannten Gründen kann der Erwerber auch verpflichtet werden, keine Gütergemeinschaft zu vereinbaren, es sei denn, dass die Zuwendung zum Vorbehaltsgut erklärt wird.⁶⁹

VII. Freies Widerrufsrecht

1. Zivilrechtliche Zulässigkeit

Die Zahl der Diskussionsbeiträge zum freien Widerrufsrecht steht im reziproken Verhältnis zur Bedeutung dieser Rechtsfrage, da das freie Widerrufsrecht in der Praxis einen Ausnahmefall darstellt. Gegen ein freies Widerrufsrecht bestehen zwar nach h.M. grundsätzlich keine rechtlichen Bedenken. Danach kann der Übergeber ohne Angabe von Gründen jederzeit von dem schuldrechtlichen Vertrag zurücktreten, die Rückkaufung verlangen und, so weit vereinbart, auf Grund einer unwiderruflichen Rückkaufungsvollmacht die sofortige Rückübertragung bewirken, wobei der aufschiebend bedingte Anspruch durch eine Vormerkung gem. § 883 BGB gesichert sein kann. Dass aber ein freies Widerrufsrecht bei Grundstücksschenkungen eine unausgewogene Grenzgestaltung darstellt, die nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt,⁷⁰ liegt auf der Hand. Wenn der Erwerber seinerseits Leistungen erbringt, wird ein freies Widerrufsrecht von vorne herein ausscheiden. Bei der Vereinbarung eines freien Widerrufsrechtes ist zu bedenken, dass dieses jederzeit, auch vor der Ausübung, pfändbar ist, da nur zweckgebundene Ansprüche gem. § 851 Abs. 1 ZPO unpfändbar sind.⁷¹

2. Wirtschaftliches Eigentum?

Fraglich kann sein, ob ein freies Widerrufsrecht mit Eintragung einer Rückkaufungsvormerkung im Grundbuch

⁶² Vgl. BayObLG 1977, 268; BayObLG DNotZ 1989, 372; OLG Düsseldorf OLGZ 1984, 90; OLG Zweibrücken OLGZ 1981, 167; dagegen OLG Hamm DNotZ 1956, 151; MünchKomm/Mayer-Maly § 137 BGB Rdnr. 33.

⁶³ NJW 1996, 861.

⁶⁴ A.a.O. S. 133.

⁶⁵ ZEV 1998, 372.

⁶⁶ ZIP 1994, 173.

⁶⁷ Vgl. Palandt/Diederichsen § 1374 BGB Rdnr. 13.

⁶⁸ Vgl. MünchKomm/Mayer-Maly § 138 BGB Rdnr. 16.

⁶⁹ Vgl. Langenfeld/Günther Rdnr. 303.

⁷⁰ Kritisch auch Langenfeld/Günther Rdnr. 322; Weser ZEV 1995, 354.

⁷¹ Zutreffend Jörg Mayer, Der Übergabevertrag Rdnr. 140; Wegmann, Grundstücksüberlassung Rdnr. 183.

von einkommensteuerlicher Relevanz in der Weise ist, dass das wirtschaftliche Eigentum beim Übergeber verbleibt oder jedenfalls keine Einkunftsquelle auf den Erwerber übergeht. Übt ein anderer als der (bürgerlich-rechtliche) Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm gem. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO das Wirtschaftsgut zuzurechnen.

*Klein/Prockmeyer*⁷² nehmen unter Bezugnahme auf das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts⁷³ an, dass im Falle einer Rückkauflassungsvormerkung für den Alteigentümer kein wirtschaftliches Eigentum auf den Übernehmer übergeht. Der BFH führt aus⁷⁴, dass schuldrechtliche Veräußerungsverbote für sich genommen nicht dazu führen, dass das betroffene Wirtschaftsgut nicht dem rechtlichen Eigentümer zuzurechnen wäre. Ein freies Widerrufsrecht geht über ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot weit hinaus. Sofern sich der Übergeber zusätzlich den lebenslangen Nießbrauch vorbehält, ist zweifellos das wirtschaftliche Eigentum beim Übergeber verblieben. In Fällen der Übergabe mit Nießbrauchsvorbehalt ist dies einkommensteuerlich unschädlich, da die Einkommenszurechnung ohnehin beim Nießbraucher (= Übergeber) erfolgt. Bei anderen Vertragstypen, z. B. bei betrieblichen Einkunftsarten, bei privaten Grundstücksgesellschaften und beim Stuttgarter Modell ist ein freies Widerrufsrecht steuerschädlich, da der Beschenkte keine Mitunternehmer(Vermieter)-Initiative ergreifen kann, so dass die Einkunftsquelle nicht verlagert wird.⁷⁵

Wenn auf Grund eines freien Widerrufsrechtes eine Mitunternehmenschaft des Erwerbers nicht entsteht, geht damit auch die Steuervergünstigung des § 13 a ErbStG verloren, da dieses schenkungsteuerliche Privileg an die einkommensteuerliche Betriebsvermögeenseigenschaft anknüpft.

3. Schenkungsteuerlicher Vollzug

Mit dem bürgerlich-rechtlichen Eigentumsübergang durch Grundbucheintragung ist auch die Schenkung gem. § 9 ErbStG vollzogen, so dass die Zurückbehaltung des wirtschaftlichen Eigentums schenkungsteuerlich unbeachtlich ist.⁷⁶ Der vollzogenen Schenkung ist der gegenwärtig geltende Grundbesitzwert zu Grunde zu legen.⁷⁷

Nicht nur im Grundbuch eingetragene Grundstücksübertragungen führen zum schenkungsteuerlichen Vollzug. Vielmehr hat der II. Senat des BFH die Entstehung des Schenkungsteueranspruches vorverlagert, d. h. selbst im Grundbuch noch nicht eingetragene Grundstücksübertragungen können als vollzogen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gelten. Ein Schenkungsversprechen über ein Grundstück gilt unabhängig von der Einräumung des unmittelbaren Besitzes als ausgeführt, wenn der Beschenkte auf Grund der mitbeurkundeten Auflassung in der Lage ist, die Eigentumsumschreibung zu beantragen⁷⁸; dabei ist es nicht erforderlich, dass der Beschenkte den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt gestellt hat.⁷⁹ Eine Schenkung ist auch dann bereits

ausgeführt, wenn mit der Auflassung auch die Besitzverschaffung des Grundstücks erfolgt, Nutzen und Lasten auf den Beschenkten übergehen und die Vertragspartner einen Dritten bevollmächtigt haben, die für die Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.⁸⁰

VIII. Zeitliche Begrenzung des Rückforderungsrechtes

*K. Schmidt*⁸¹ und *D. Mayer*⁸² meinen, dass bei Schenkung von Gesellschaftsanteilen eine zeitliche Begrenzung für die Widerrufbarkeit bestehen müsse. Während diese einen Widerrufszeitraum bis längstens fünfzehn Jahre annehmen, meint *Klumpp*⁸³, dass diese Frist für den Beschenkten unzumutbar lange sei.

Tatsächlich besteht nach den gesetzlichen Bestimmungen keine zeitliche Schranke, von den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB), unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) und der Verwirkung abgesehen. Es mag zutreffen, dass der Widerruf einer Schenkung nach langer Zeit mit der Folge der Rückübertragung des geschenkten Gegenstandes oder Gesellschaftsanteiles einschließlich der zwischenzeitlichen Wertmehring unangemessen ist, insbesondere wenn der Beschenkte selbst zur Wertmehring beigetragen hat. Ein Widerruf nach langer Frist muss daher hinsichtlich der Rechtsfolgen die zwischenzeitlichen Aufwendungen des Beschenkten angemessen berücksichtigen. Dennoch besteht insbesondere bei Familiengut ein über den genannten Fünfzehnjahreszeitraum hinausgehendes Interesse an der Widerruflichkeit einer Schenkung. Soll der mit einem Gesellschaftsanteil beschenkte Schwiegersohn in dem vom Schwiegervater gegründeten Unternehmen verbleiben dürfen, wenn er die Ehescheidung betreibt und seinen Gesellschaftsanteil den Kindern aus zweiter Ehe zuführen will? Soll eine Schenkung nicht auch nach fünfzehn Jahren widerrufen werden dürfen, wenn der Beschenkte nach diesem Zeitraum insolvent wird und damit die Gesellschaft in seine Insolvenz hineinzieht? Bei einer Schenkung besteht keine Gleichgewichtslage der Beteiligten, die es rechtfertigt, die Privatautonomie noch mehr einzuschränken.⁸⁴

Zahlreiche Autoren⁸⁵ wollen eine Befristung der Ausübungserklärung nach Eintritt des Rücktrittsgrundes vorsehen. Die überwiegend vorgeschlagene Frist von sechs Monaten erscheint mir als zu kurz bemessen. Die gesetzlichen Vorschriften der § 346 ff. BGB enthalten keine Befristung.

D. RÜCKKAUFLASSUNGSVORMERKUNG

I. Mehrere Vormerkungsberechtigte

Der durch die Ausübung des Rücktrittsrechtes entstehende Rückkauflassungsanspruch kann durch die Eintragung einer

⁷² AO 6. Aufl. 1998 § 39 Anm. 4.

⁷³ EFG 1989, S. 263.

⁷⁴ BStBl. 1998 II 542.

⁷⁵ Vgl. *Jillicher* DStR 1998, 1978.

⁷⁶ Vgl. BFH BStBl. II 1983, 179 und II 1989, 1034.

⁷⁷ Vgl. auch OFD München, MittBayNot 1994, 88.

⁷⁸ BFH BStBl. II 1979, 642.

⁷⁹ BFH BStBl. II 1991, 320.

⁸⁰ Vgl. auch FinMin Saarland, DB 1990, 1944; *Spiegelberger* DStR 1995, 1702.

⁸¹ BB 1990, 1997.

⁸² ZGR 1995, 105.

⁸³ ZEV 1995, 389.

⁸⁴ Zur Kritik der Lehre von der Gleichgewichtslage vgl. *Medicus*, FS der Münchener juristischen Gesellschaft 1996, S. 9.

⁸⁵ *Langenfeld/Günther* Rdnr. 314; *Beck'sches* Notarhandbuch/*Jerschke* A V Rdnr. 225; *Wegmann* Rdnr. 187; *Ellenbeck* MittRhNotK 1997, 47; *Haegle/Schöner/Stöber* Rdnr. 917; *Jörg Mayer* Rdnr. 143; *Schippers* MittRhNotK 1998, 72.

Rückauflassungsvormerkung gem. § 883 BGB gesichert werden.

Nach Auffassung des BayObLG⁸⁶ liegt ein einziger Anspruch vor, der durch eine einzige Vormerkung gesichert werden kann, wenn Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu ihren Lebzeiten ein Grundstück auf ihre Abkömmlinge übertragen und sich für bestimmte Fälle einen Anspruch auf Rückübertragung vorbehalten, der zunächst ihnen gemeinsam und nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden allein zustehen soll. Nach Auffassung des BayObLG soll bei Eintragung in der geschilderten Art die Sicherungswirkung der Vormerkung für den Anspruch des Überlebenden nicht gefährdet werden. Für die grundbuchmäßige Buchung sei es nicht von ausschlaggebender Bedeutung, ob es sich nur um einen oder um mehrere Ansprüche handle. Auch wenn mehrere Ansprüche angenommen würden, sei eine Sicherung der mehreren Ansprüche entweder durch eine einzige Vormerkung oder durch mehrere unter einer Nummer gebuchte Vormerkungen jedenfalls wie in dem entschiedenen Fall nicht völlig ausgeschlossen. Unverzichtbar sei, dass bei der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch selbst die vom Tod des erstversterbenden Ehegatten abhängige Erweiterung der Berechtigung auf den Überlebenden zum Ausdruck komme. Der zitierten Entscheidung des BayObLG kann nicht entnommen werden, ob eine Gesamgläubigerschaft i.S. des § 428 BGB auch dann angenommen werden kann, wenn ein Elternteil als Alleineigentümer übergibt und der Rückübertragungsanspruch zunächst ihm allein und nach seinem Vorversterben dem Ehegatten zustehen soll.⁸⁷ Es empfiehlt sich daher in diesen Fällen, zwei Auflassungsvormerkungen für die beiden Sukzessivansprüche zu bestellen und im Grundbuch einzutragen.

II. Löschungsklausel

1. Bisherige Grundbuchpraxis

Auf Grund einer jahrzehntelangen Grundbuchpraxis wurden Rückauflassungsvormerkungen mit der Löschungserleichterung gem. § 23 GBO eingetragen, wonach zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügte. Die Löschungserleichterung gem. § 23 Abs. 2 GBO erlaubt die Löschung einer Grundbucheintragung mittels bloßer Sterbeurkunde. Das oft langwierige Erbscheinsverfahren (§ 35 GBO) und die Löschungsbewilligung der Erben sind dabei nicht erforderlich. Auch die Jahresfrist des § 23 Abs. 1 GBO muss nicht abgewartet werden. Insgesamt ist die Löschungserleichterung gem. § 23 Abs. 2 GBO ein Hilfsmittel für die Grundbuchämter, meist gegenstandslose Eintragungen zu beseitigen, ohne die Erben zu gefährden, da diese durch die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung gem. § 938 Abs. 1 ZPO oder eines Widerspruchs nach § 899 BGB geschützt sind.⁸⁸

Die bei der Vereinbarung einer Vorwegerbfolge regelmäßig bestellte Rückauflassungsvormerkung führt faktisch dazu, dass der Erwerber ohne Zustimmung des Übergebers keine wirksamen Verfügungen über das erworbene Grundstück treffen kann.⁸⁹ Die Löschung der Auflassungsvormerkung nach dem Ableben des Übergebers war daher ein grundbuchrechtlicher Routinevorgang, der in aller Regel eine gegenstands-

lose Eintragung betraf, da der aufschiebend bedingte Rückübertragungsanspruch auf Grund der Macht der Vormerkung nicht zur Entstehung gelangen konnte. Unrichtige Löschungen, also Entscheidungen über zu Unrecht auf Grund der Löschungserleichterung gelöschte Vormerkungen sind, so weit ersichtlich, nicht aufgetreten.

Umso unverständlicher erscheint die BGH-Rechtsprechung, die nicht nur für auf den Todesfall begrenzte Rückauflassungsansprüche oder Rückauflassungsvormerkungen aus dem Anwendungsbereich des § 23 Abs. 2 GBO ausschloss,⁹⁰ sondern generell die Löschungserleichterung bei Rückauflassungsvormerkungen untersagt hat.⁹¹

2. Entwicklung der Rechtsprechung

Nach Auffassung des BGH⁹² kann eine Auflassungsvormerkung nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, dass zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt. Der Umstand, dass schon zu Lebzeiten des Berechtigten die vereinbarte aufschiebende Bedingung des Auflassungsanspruches eingetreten sein kann, betreffe nicht einen Leistungsrückstand i.S. des § 23 GBO, sondern den schuldrechtlichen Anspruch selbst. Dieser sei aber in Folge Erlöschens der Vormerkung nicht mehr gesichert, so dass die vormerkungswidrige Verfügung mit dem Erlöschen der Vormerkung voll wirksam werde. Für die Löschung der Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung genüge der Nachweis des Todes des Berechtigten gem. § 22 Abs. 1 GBO; daher bedürfe diese Löschungsvoraussetzung keiner Eintragung, sei also überflüssig und damit ordnungswidrig.⁹³

Diese Entscheidung des BGH traf nicht für die Gestaltungen zu, in denen ausdrücklich die *Vererblichkeit und Abtretbarkeit* des Anspruches für den Fall vereinbart ist, dass er noch zu Lebzeiten des Übergebers geltend gemacht wurde.⁹⁴ In der Literatur⁹⁵ wurde daher die Eintragung von Löschungserleichterungen bei Rückauflassungsvormerkungen für vererbliche und abtretbare Ansprüche empfohlen.

Nach nunmehriger Auffassung des BGH⁹⁶ kann eine Auflassungsvormerkung auch dann nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, dass zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt, wenn sie ohne zeitliche Begrenzung bestellt worden ist. Da ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch keinen Rückstand i.S. des § 23 Abs. 1 GBO darstelle und auch Abs. 2 dieser Bestimmung nicht analog anwendbar sei, könne eine Löschungserleichterung nicht im Grundbuch eingetragen werden.

*Wufka*⁹⁷ und *Amann*⁹⁸ beklagen zurecht das Ende der Löschungserleichterung bei der Rückauflassungsvormerkung. Es ist zu bedauern, dass der BGH mit seiner Entscheidung nicht nur die Grundbuchämter und Nachlassgerichte mit erheblicher Mehrarbeit überzieht, weil bei vererblichen und abtretbaren Rückgewähransprüchen nunmehr Erbscheinsverfahren zur Löschung der gegenstandslosen Rückauflassungs-

⁸⁶ DNotZ 1996, 366.

⁸⁷ Vgl. *Lichtenberger ZEV* 1995, 296.

⁸⁸ Vgl. *Amann DNotZ* 1998, 6.

⁸⁹ Vgl. *Lülsdorf DNotZ* 1996, 457; *Amann DNotZ* 1998, 11.

⁹⁰ BGH DNotZ 1992, 569.

⁹¹ Vgl. BGH DNotZ 1996, 453.

⁹² DNotZ 1992, 569.

⁹³ BayObLG DNotZ 1990, 295.

⁹⁴ Vgl. AG München MittBayNot 1992, 279.

⁹⁵ *Spiegelberger Vermögensnachfolge Rdnr.* 101.

⁹⁶ DNotZ 1996, 453.

⁹⁷ MittBayNot 1996, 156.

⁹⁸ DNotZ 1998, 6.

vormerkungen durchgeführt werden müssen und darüber hinaus der gesamte Grundbuchverkehr erheblich belastet wurde, da bis zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung über die betroffenen Grundstücke eine wirtschaftliche Disposition praktisch ausgeschlossen ist. Selbst wenn das jahrzehntelang praktizierte Verfahren nicht durch den Wortlaut des § 23 Abs. 2 GBO abgedeckt sein sollte, hätte das von der Kautelarpraxis entwickelte Institut der Löschungserleichterung bei Rückauflassungsvormerkungen als solches als Rechtsgrundlage ausreichen können, wie dies auch in anderen Fällen der Rechtsentwicklung, z.B. bei der Eintragung eines Wohnbesetzungsrechtes als Dienstbarkeit (vgl. BayObLG MittBayNot 1982, 122) der Fall war. In jedem Fall ist dem BGH bei Registersachen eine *Ankündigungsrechtsprechung* zu empfehlen, wie dies der BGH bereits früher, z.B. bei der unveränderten Fortführung einer Einzelfirma nach Umwandlung in eine GmbH & Co. KG getan hat.⁹⁹

3. Ausweichgestaltung

Die an sich denkbare Ausweichgestaltung einer *befristeten Rückauflassungsvormerkung*, die einen gleichfalls befristeten, mit dem Tod des Berechtigten erlöschenden Auflassungsanspruch sichert, entspricht nicht dem Sicherungsinteresse des Übergebers. Es widerspricht dem Gerechtigkeitsempfinden, dass eine Vertragswidrigkeit (z.B. Belastung oder Veräußerung des Grundstücks ohne Zustimmung des Übergebers) durch den eingetretenen Tod des Berechtigten folgenlos wird.¹⁰⁰ Es ist nach einer Lösung Ausschau zu halten, die die Interessen des Übergebers sichert und dennoch die gebotene Verfahrensökonomie gewährleistet.

4. Löschungsvollmacht

*Wufka*¹⁰¹ empfiehlt an Stelle der Löschungserleichterung in die Übergabeurkunde eine unwiderrufliche Löschungsvollmacht aufzunehmen, für die er folgenden Wortlaut vorschlägt:

„Der Übergeber – bei mehreren jeder Einzelne von ihnen – bevollmächtigt – vorsorglich vertraglich – den Übernehmer und denjenigen, der im Zeitpunkt der Abgabe der Löschungsbewilligung der Auflassungsvormerkung als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist – bei mehreren jeden Einzelnen von ihnen – und für den Fall, dass einer der vorgenannten Bevollmächtigten einen gesetzlichen Vertreter hat, den gesetzlichen Vertreter, unter Vorlage der Sterbeurkunde des betreffenden Übergebers die Löschung der zu dessen Gunsten im Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung zu bewilligen. Die Vollmacht ist unwiderruflich.“

Der Vorschlag von *Wufka*, eine Löschungsvollmacht in den Übergabevertrag aufzunehmen, hat in der Praxis zurecht eine positive Resonanz gefunden. Der Nachteil dieser Handhabung besteht darin, dass das Grundbuch keinen Hinweis auf die erteilte Löschungsvollmacht enthält, also der Rückgriff auf die die Vollmacht enthaltende Notarurkunde erforderlich bleibt. Die Ausfertigung der Übergabeurkunde sollte daher vom Erwerber sorgfältig aufbewahrt werden. M.E. sollte allerdings die Vollmacht auf die unmittelbar am Vertrag Beteiligten eingeschränkt werden. Die von *Wufka* empfohlene Erstreckung auf Rechtsnachfolger würde sogar eine Löschung der Vormerkung dann erlauben, wenn der bösgläubige Erwerber dies nach dem Tod des Übergebers beantragt.

⁹⁹ Vgl. BGH MittBayNot 1974, 163.

¹⁰⁰ So zutreffend *Wufka*, MittBayNot 1996, 158.

¹⁰¹ MittBayNot 1996, 160.

5. Umdeutung der Löschungserleichterung

Fraglich ist, ob eine unwirksame Löschungserleichterungsklausel in eine Löschungsbewilligung oder in eine Löschungsvollmacht umgedeutet werden kann.¹⁰² Nach Auffassung des BayObLG¹⁰³ kann die Bewilligung einer Löschungserleichterungsklausel durch den Grundstückseigentümer, die sich auch auf die nicht zu Lebzeiten des Berechtigten zu erbringenden Leistungen einer Reallast bezieht und deshalb insoweit unwirksam ist, grundsätzlich nicht in eine Vollmacht des Berechtigten über den Tod hinaus, auch diesen Teil der Reallast löschen zu lassen, umgedeutet werden. In der zitierten Entscheidung lehnte das BayObLG die Umdeutung eines unwirksamen Löschungserleichterungsvermerks in eine Vollmacht auch deswegen ab, weil in der Urkunde nur eine Bewilligung des Übergebers, der das Recht mit der Löschungserleichterung bestellte, enthalten war, keine Erklärung jedoch des Berechtigten in diesem Zusammenhang.

*Frank*¹⁰⁴ hat mehrere Beispiele aufgeführt, in denen die Rechtsprechung durch eine großzügigere Umdeutung den Willen der Beteiligten zum Erfolg verholfen hat. *Amann*¹⁰⁵ meint, dass sich aus der notariellen Urkunde in den aufgezeigten Fällen in aller Regel entnehmen lasse, dass der Eigentümer nach dem Tode des Berechtigten mittels bloßer Sterbeurkunde die Eintragung beseitigen könne, ohne sie dadurch materiellrechtlich aufzuheben.

E. FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Rücktritt

1)

Der Übergeber ist berechtigt, von dem schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten und die Rückauflassung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn

- a) der Erwerber den Vertragsgegenstand ohne schriftliche Zustimmung des Übergebers veräußert oder belastet,
- b) der Erwerber vor dem Übergeber verstirbt, ohne dass das Eigentum an dem Vertragsgegenstand ausschließlich auf leibliche Abkömmlinge des Erwerbers übergeht,
- c) eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Erwerbers eintritt oder die Zwangsvollstreckung in den Vertragsgegenstand betrieben wird, ohne dass der Erwerber die Maßnahme innerhalb von drei Monaten abwendet oder
- d) der Erwerber mit seinem (künftigen) Ehegatten nicht Gütertrennung oder modifizierte Zugewinnsgemeinschaft mit dem Inhalt vereinbart, dass der Vertragsgegenstand im Falle der Scheidung der Ehe aus dem Zugewinnausgleich und im Falle des Versterbens auf Grund eines beschränkten Pflichtteilsverzichts aus dem Ehegattenpflichtteilsrecht ausscheidet, wobei das Rücktrittsrecht bereits ausgeübt werden kann, wenn der Erwerber auf Verlangen nicht innerhalb eines Monats eine beglaubigte notarielle Urkunde mit diesem Inhalt beibringt.

¹⁰² Vgl. *Amann* DNotZ 1998, 6 ff.

¹⁰³ MittBayNot 1997, 225.

¹⁰⁴ MittBayNot 1997, 218.

¹⁰⁵ DNotZ 1998, 19.

Alternativ:

- e) der Erwerber der Drogen- oder Alkoholsucht verfällt oder
- f) der Erwerber Mitglied oder Sympathisant einer im Sektenbericht der Bundesregierung aufgeführten Sekte oder einer unter Beobachtung des Verfassungsgerichts stehenden Vereinigung ist.

2)

Für geleistete Dienste, wiederkehrende Zahlungen und für die Benutzung des Vertragsgegenstandes ist keine Vergütung zu entrichten. Tilgungen und geleistete Zinsen werden nicht ersetzt. § 346 Satz 2 BGB wird abbedungen.

3)

Werterhöhende Investitionen sind dem Erwerber zu dem im Zeitpunkt der Rückübertragung bestehenden Zeitwert zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht scheidet aus, wenn die Investitionsmaßnahmen ohne Zustimmung des Übergebers erfolgt sind oder auf der eigenen Arbeitsleistung des Erwerbers beruhen. Grundpfandrechte hat der Übergeber nur insoweit zu übernehmen, als sie gegenwärtig bestehen oder Verbindlichkeiten sichern, zu deren Erfüllung der Übergeber verpflichtet ist und im Rang vor der Rückauflassungsvormerkung gem. Abs. 6) eingetragen sind. Die durch die Rückübertragung entstehenden Kosten hat der den Rücktritt verursachende Erwerber zu tragen. Im übrigen gelten die gesetzlichen Rücktrittsbestimmungen.

4)

Nach dem Ableben des Übergebers steht das Rückforderungsrecht im gleichen Umfang seinem Ehegatten auf dessen

Lebensdauer mit der Maßgabe zu, dass der Ehegatte die unentgeltliche Übertragung bei Eintritt der oben aufgeführten Voraussetzungen zu den vorstehend getroffenen Bedingungen auf sich verlangen kann.

5)

Der Rücktritt kann nur durch notarielle Beurkundung oder schriftliche Erklärung gegenüber dem Erwerber oder dessen Gesamtrechtsnachfolger ausgeübt werden. Das Rücktrittsrecht ist weder vererblich noch übertragbar, es sei denn, dass es zu Lebzeiten eines Berechtigten ausgeübt wurde.

6)

Zur Sicherung des aufschiebend bedingten Ruckerwerbsanspruches bestellt der Erwerber zu Gunsten des Übergebers eine

Rückauflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB

an dem Vertragsgegenstand und bewilligt und beantragt die Eintragung im Grundbuch. Die Rückauflassungsvormerkung erhält Rang nach den übrigen in dieser Urkunde bestellten Rechten. Der gem. Ziff. 4) begünstigte Ehegatte kann jederzeit verlangen, dass auch zu seinen Gunsten eine Rückauflassungsvormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch eingetragen wird.

7)

Der Übergeber und dessen Ehegatte bevollmächtigen hiermit für ihren Todesfall den Erwerber, die Löschung der zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragenen Vormerkung unter Vorlage ihrer Sterbeurkunde zu bewilligen.

Handelsregisteranmeldungen infolge der Streichung von § 36 HGB

Von Notar Dr. Wolfram Waldner, Bayreuth

I. Systematik der Regelung

1. Die Regel des § 33 HGB

§ 33 HGB bestimmt, dass sich (alle) juristischen Personen, die einen kaufmännischen Gewerbebetrieb unterhalten, in das Handelsregister eintragen lassen müssen. Da die meisten juristischen Personen bereits kraft Rechtsform Kaufleute (Formkaufleute) sind,¹ ist § 33 HGB eine Auffangbestimmung, die auch diejenigen juristischen Personen eintragungspflichtig macht, bei denen dies ausnahmsweise nicht der Fall ist. Der Hauptanwendungsfall des § 33 HGB waren deshalb bisher von eingetragenen Vereinen auf Grund ihres Nebenzweckprivilegs² betriebene kaufmännische Unternehmungen, z. B. die von einem Kulturverein betriebene Buchhandlung.³

2. Die Ausnahme des § 36 HGB

Von dieser Regel des § 33 HGB enthielt § 36 HGB eine Ausnahme von erheblicher praktischer Relevanz: Unternehmen der öffentlichen Hand waren zwar, so weit sie unter den Kaufmannsbegriff des § 1 II HGB a. F. fielen,⁴ „automatisch“ Kaufleute, brauchten sich aber nicht eintragen zu lassen. Die Eintragung war zwar nicht unzulässig, sondern den betroffenen Unternehmen freigestellt, sodass einige derartige Unternehmen schon vor In-Kraft-Treten des HRefG eingetragen waren; insbesondere die Sparkassen⁵ und die meisten anderen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute waren bisher nicht eingetragen, was in der notariellen Praxis immer dann relevant wurde, wenn diese Unternehmen ein beurkundungspflichtiges Rechtsgeschäft vornahmen: Mangels Eintragung in das Handelsregister oder ein ähnliches Register konnte über die Vertretungsbefugnis der für das Unternehmen Handelnden keine Bescheinigung nach § 21 BNotO erteilt werden, sodass insbesondere für den Grundbuchvollzug Ausweichlösungen gefunden werden mussten.⁶

3. Gründe für die Streichung des § 36 HGB

Auf diese Erschwernis des Rechtsverkehrs stellt auch die amtliche Begründung für die Streichung des § 36 HGB durch das HRefG ab: Dem Geschäftsverkehr solle die Möglichkeit eröffnet werden, sich über die Rechts- und Vertretungsver-

hältnisse von Unternehmen der öffentlichen Hand wie bei jedem anderen Kaufmann schnell und einfach aus dem Handelsregister zu informieren.⁷ Weniger Bedeutung dürfte der ebenfalls in der amtlichen Begründung enthaltene Gesichtspunkt haben, es sollten Wettbewerbsvorteile beseitigt werden, die unberechtigterweise entstünden, wenn sich diese Unternehmen gewerblich betätigen und am Wirtschaftsverkehr teilnehmen.⁸ Die Wettbewerbsvorteile der praktisch wichtigsten Unternehmen dieser Art, nämlich der Sparkassen, beruhten sicherlich nicht auf dem aufgehobenen § 36 HGB; sie ergeben sich nach wie vor aus der Formerleichterung des § 29 III GBO.

Die Streichung des § 36 HGB ist am 1.7.1998 in Kraft getreten.⁹ Die betroffenen Unternehmen haben aber bis zum 31.3.2000 Zeit, sich zum Handelsregister anzumelden (Art. 38 III 1 EGHGB). Erfolgt die Anmeldung nicht, kann sie durch Zwangsgeld erzwungen werden (§ 14 HGB).

II. Form der Anmeldung

Die für die notarielle Praxis entscheidende Frage ist natürlich: Brauchen die betroffenen Unternehmen für die Eintragung in das Handelsregister die Mitwirkung des Notars?

1. Keine Beglaubigungspflicht für die Anmeldung

Auch für die Anmeldung der früher unter § 36 HGB fallenden Unternehmungen gilt § 12 HGB, der die Anmeldung in öffentlich beglaubigter Form vorschreibt. Allerdings ersetzt eine öffentliche Urkunde i. S. des § 415 ZPO die öffentlich beglaubigte Form, da es der allein mögliche Zweck jeder Beglaubigung ist, die Echtheit der Unterschrift und damit die Echtheit der ganzen Urkunde sicherzustellen.¹⁰ Deshalb hat die Rechtsprechung die mit dem Siegel einer Gemeinde und der Unterschrift des Bürgermeisters versehene Vollmacht zur Gründung einer GmbH als im Sinne des § 2 II GmbHG formgerecht angesehen,¹¹ und ebenso die Anmeldung einer Gemeinde als Kommanditistin einer KG in der gleichen Form.¹²

Die *Anmeldung* kann also in der Form einer von der anmeldenden Körperschaft selbst errichteten öffentlichen Urkunde erfolgen. Sollte der Entwurf der Anmeldung (mit oder ohne die nicht erforderliche Beglaubigung der Unterschriften, § 145 I 1 u. 4 KostO) gefordert werden, fällt eine ⁵/₁₀-Gebühr aus § 38 II Nr. 7 an; der Geschäftswert beträgt ohne Rücksicht auf den Umfang des Unternehmens pauschal 100 000 DM (§ 26 I Nr. 3 KostO).

¹ Vgl. für die GmbH § 13 III GmbHG; für die AG § 3 AktG.

² Zum Nebenzweckprivileg siehe *Sauter/Schweyer*, Der eingetragene Verein, 16. Aufl. 1997, Rdnr. 47.

³ *Sauter/Schweyer* (Fn. 2), Rdnr. 416 mit einem Anmeldungsmuster Rdnr. 464.

⁴ Für Sparkassen § 1 II Nr. 4 HGB a. F.: „Bankier- und Geldwechslergeschäfte“.

⁵ Die Anwendbarkeit des § 36 HGB auf Sparkassen wurde wegen ihrer Nähe zur öffentlichen Hand von der Praxis im Anschluss an die Entscheidung *RGZ* 166, 334 (337) allgemein bejaht.

⁶ Z. B. Beurkundung durch einen vollmachtlosen Vertreter mit anschließender Genehmigung unter Inanspruchnahme der Formerleichterung des § 29 III GBO.

⁷ BT-Drucks. 13/8444, S. 57.

⁸ BT-Drucks. 13/8444, S. 34.

⁹ Art. 3 Nr. 18 HRefG.

¹⁰ *BayObLG*, DNotZ 1976, 120 (121) = Rpfleger 1975, 315.

¹¹ *OLG Düsseldorf*, GmbHRdsch. 1998, 238.

¹² *BayObLG* wie Fn. 10.

2. Beglaubigungspflicht für die Namenszeichnungen

Die Möglichkeit, sich den Notar zu ersparen, besteht aber nicht für die erforderlichen Zeichnungen der Namensunterschriften der Vorstandsmitglieder. Die Anmeldung ist eine sog. „Eigenurkunde“, in der die Behörde ihre eigenen Anordnungen, Verfügungen, Entscheidungen oder Willenserklärungen kundgibt (§ 417 ZPO). Bei der Namenszeichnung kommt es dagegen nicht nur darauf an, die Echtheit der Unterschrift zu bezeugen, sondern zur Aufbewahrung bei Gericht auch das Unterschriftsbild festzuhalten;¹³ es muss feststehen, dass wirklich die angegebene Person gezeichnet hat. Das Beurkundungsverfahrensrecht erreicht das dadurch, dass bei der Namenszeichnung die Beglaubigung auf Grund Anerkennung ausgeschlossen ist und sie nur auf Grund Vollziehung vor dem Notar beglaubigt werden darf (§ 41 BeurkG) und die aufrechterhaltenen konkurrierenden Beglaubigungszuständigkeiten in Hessen, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz (§ 63 BeurkG) die Beglaubigung von Namenszeichnungen nicht umfassen. Bei der einzureichenden Zeichnung der Namensunterschrift handelt es sich deshalb um eine „Zeugniskunde“ (§ 415 ZPO), die auch eine öffentliche Körperschaft nicht selbst ausstellen kann; der Zweck des Beglaubigungserfordernisses – so zweifelhaft er als solcher sein mag – kann hier nur durch notarielle Beglaubigung erreicht werden.¹⁴

Die Zeichnung von Namensunterschriften ist keine Anmeldung zum Handelsregister, sodass der Geschäftswert nicht aus § 26 III Nr. 3 KostO entnommen werden kann. Dieser ist allerdings der Ausgangspunkt für den nach § 30 I KostO zu schätzenden Wert; die Annahme von 50% des Wertes aus § 26 III Nr. 3 KostO (bei erstmaliger Anmeldung) bzw. § 26 IV Nr. 4 KostO (bei späteren Anmeldungen) wird nicht zu beanstanden sein.¹⁵ Wann in diesem Fall die Gebühr aus der Kostenvorschrift für die schlichte Beglaubigung der Namenszeichnung (1/4-Gebühr aus § 45 KostO) und wann aus der Vorschrift über die Aufnahme einer „besonderen Verhandlung über die Zeichnung“ (1/2-Gebühr aus §§ 145 I 1, 38 II Nr. 7 KostO) zu entnehmen ist, wird in der kostenrechtlichen Literatur nicht weiter problematisiert. Sicher ist wieder, dass neben der Gebühr für den Entwurf oder die Beglaubigung der Anmeldung die gleichzeitig erfolgenden Namenszeichnungen wegen Gegenstandsgleichheit nicht bewertet werden dürfen.¹⁶

III. Voraussetzungen und Inhalt der Anmeldung

Voraussetzungen und Inhalt der Anmeldung ergeben sich nach der Streichung des § 36 aus dem – unverändert gebliebenen – § 33 HGB.

1. Welche Unternehmen sind anmeldepflichtig?

Anmeldepflichtig geworden sind alle Gewerbebetriebe, die unmittelbar von juristischen Personen des öffentlichen Rechts betrieben werden. Gewerbebetriebe in der Rechtsform einer GmbH oder AG waren schon bisher als solche anmeldepflichtig; Unternehmungen, die kein „Gewerbe“ im Sinne des Handelsrechts betreiben, sind es nach wie vor nicht.

Die Eigenschaft als Gewerbebetrieb kann bei kommunalen Unternehmen mitunter zweifelhaft sein; sie hängt davon ab, ob hierfür Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt wird oder lediglich die Führung nach kaufmännischen Grundsätzen in der Weise gefordert wird, dass die Ausgaben regelmäßig durch laufende Einnahmen gedeckt werden. Sparkassen sind deshalb zweifelsfrei Gewerbebetriebe; Schulen, öffentliche Theater, Museen, Archive und Büchereien sind es ebenso sicher nicht.^{16a}

Wirtschaftliche Unternehmungen der Gemeinde i. S. der Art. 95, 96 GO sind regelmäßig Gewerbebetriebe, denn sie sollen „einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen“ (Art. 94 I GO). Die praktische Bedeutung etwaiger Zweifelsfälle ist gering, da die in Betracht kommenden Unternehmen heute in vielen Fällen als GmbH oder AG organisiert sind. Solange sich zu dieser Frage keine einheitliche Meinung in der Rechtsprechung entwickelt hat, wird es von der Praxis der Registergerichte abhängen, ob sie in zweifelhaften Fällen eine Eintragung vornehmen oder eine unterlassene Anmeldung erzwingen werden – und von dieser Praxis hängt natürlich auch ab, ob es hierzu jemals Rechtsprechung geben wird.

2. Wer ist anmeldepflichtig?

Da für die Anmeldung § 33 HGB gilt, ist anmeldepflichtig die juristische Person; die Anmeldung erfolgt aber durch sämtliche Mitglieder des Vorstands. Diese gesetzliche Regelung ist – entsprechend dem bisherigen Hauptanwendungsbereich des § 33 HGB – auf das Unternehmen eines eingetragenen Vereins zugeschnitten und „passt“ weder auf Sparkassen und ähnliche Kreditinstitute noch auf wirtschaftliche Unternehmen einer Gemeinde. Man muss sie deshalb jeweils ihrem Zweck entsprechend auslegen. Bei Sparkassen kommt daher nicht die Anmeldung durch den Gewährträger (Art. 4 Sparkassengesetz), sondern nur durch den Vorstand der Sparkasse selbst in Betracht, und ebenso macht bei Eigenbetrieben einer Gemeinde (Art. 95 GO) die Anmeldung durch den Bürgermeister als der für den Betreiber vertretungsberechtigten Person keinen Sinn. Vielmehr muss man den Vorstand des wirtschaftlichen Unternehmens selbst als anmeldepflichtig ansehen, also bei einem Eigenbetrieb die Werksleitung.

Anmelden müssen alle Vorstandsmitglieder, wobei es eine mehr akademische Frage sein dürfte, ob auch nicht vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder anmeldepflichtig sind und – wenn diese Frage zu bejahen sein sollte – ihre Namensunterschrift bei Gericht zeichnen müssen.¹⁷ Wenn die Zeichnung der Namensunterschrift überhaupt einen Zweck haben sollte, kann dieser jedenfalls nur durch die Zeichnung der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder erfüllt werden (entsprechende Anwendung von § 108 II HGB). Auch die Vertretungsbefugnis der einzelnen Vorstandsmitglieder (einzeln, gemeinsam, je zwei usw.) gehört in die Anmeldung (§ 33 II 3 HGB). Nicht geklärt ist die Frage, ob auch andere vertretungsberechtigte Personen als die Vorstandsmitglieder – etwa nach dem Vorbild der „besonderen Vertreter“ nach § 30 BGB im Vereinsrecht – angemeldet werden können oder müssen. Schaden kann eine derartige Anmeldung sicherlich nicht; letztlich muss das Registergericht entscheiden, ob es diese für eintragungsfähig hält oder nicht.

¹³ Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 41 Rdnr. 1.

¹⁴ Im Erg. ebenso Deike, NotBZ 1998, 175 (177). In der Rechtsprechung scheint die Frage bisher nicht praktisch geworden zu sein.

¹⁵ Waldner, Die KostO für Anfänger, 5. Aufl. 1998, Rdnr. 270; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 14. Aufl. 1999, § 26 Rdnr. 118.

¹⁶ Streifzug durch die KostO, 4. Aufl. 1997, Rdnr. 393.

^{16a} Ausführlich zu diesen Fragen Kohler-Gehrig, Rpfleger 2000, 45 (46 ff.).

¹⁷ Vgl. zu diesen Fragen Deike, NotBZ 1998, 175 (176); Heymann/Emmrich, HGB, 2. Aufl. 1995, § 35 Rdnr. 1; Hüffer in Staub, HGB, 4. Aufl. 1995, § 33 Rdnr. 7.

3. Was muss sonst noch angemeldet werden?

Anzugeben sind ferner der Gegenstand des Unternehmens (§ 33 II 2 HGB) und, wie bei allen Kaufleuten, die Lage der Geschäftsräume (§ 24 HRV). In der Firmenbildung ist das einzutragende Unternehmen nach der Liberalisierung des Firmenrechts (§ 18 HGB n.F.) im Wesentlichen frei. Zweifelhafte ist allerdings, ob ein Rechtsformzusatz notwendig ist (und, wenn ja, wie er lauten müsste). Der Wortlaut des § 19 HGB spricht gegen eine solche Notwendigkeit, da dort die Unternehmen des § 33 HGB nicht genannt sind und keine Sondervorschrift besteht; allerdings wird in der Literatur angenommen, hinter dieser Vorschrift verberge sich „die ungeschriebene Generalklausel“, dass jeder Unternehmensträger die eigene Rechtsform in der Firma angeben müsse.¹⁸ Die Bezeichnung als „Sparkasse“ muss man aber in jedem Fall als ausreichend ansehen; bei den wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde genügt es sicherlich, wenn diese in der Firma genannt ist („Tierkörperbeseitigungsanstalt der Gemeinde X“).

4. Was muss der Anmeldung beigefügt werden?

Erforderliche Anlagen zur Anmeldung sind die Satzung der juristischen Person und die Urkunden über die Bestellung des Vorstands (§ 33 II 1 HGB). Auch diese Vorschrift ist natürlich auf den eingetragenen Verein zugeschnitten. Sie wird bei Sparkassen durch Vorlage von deren Satzung und die Bestellung ihrer Vorstandsmitglieder durch den Verwaltungsrat erfüllt; bei wirtschaftlichen Unternehmen einer Gemeinde wird der Gemeinderatsbeschluss über die Bestellung des vertretungsberechtigten Organs vorzulegen sein;¹⁹ so weit ein Eigenbetrieb eine Betriebssatzung (Art. 95 V GO) hat, dürfte das die beizufügende „Satzung“ sein.

¹⁸ K. Schmidt, NJW 1998, 2161 (2168).

¹⁹ Ebenso Deike, NotBZ 1998, 175 (177).

IV. Behandlung der Anmeldung durch das Gericht

Das Registergericht prüft den Inhalt der Anmeldung wie auch sonst und trägt Firma und Sitz, Gegenstand des Unternehmens, die Mitglieder des Vorstands und die Art und Weise ihrer Vertretung in Abteilung A des Handelsregisters (§ 3 II HRV) ein. Ob auch vertretungsberechtigte Personen, die nicht dem Vorstand angehören („besondere Vertreter“), eingetragen werden dürfen, ist für das Vereinsregister umstritten.²⁰ Dem Zweck des Handelsregisters, Auskunft über die tatsächlich Vertretungsberechtigten zu geben, entspricht eine Bejahung der Eintragungsmöglichkeit.

Die Ersteintragung erfolgt gebührenfrei (Art. 38 III 2 EGHGB). Die Gebührenfreiheit erstreckt sich kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung auch auf Zweigniederlassungen; der Gesetzgeber hat der Kostenrechtsprechung damit eine unseelige Streitfrage erspart, die bei den Zweigniederlassungen der Postbank schon mehrere Oberlandesgerichte beschäftigt hat.²¹ Gebührenfrei bedeutet aber nicht kostenfrei (vgl. § 12 II KostO), da die Eintragung bekannt gemacht wird (§ 10 HGB) und deshalb nicht unerhebliche Veröffentlichungsauslagen (§ 137 Nr. 5 KostO) anfallen. Diese Auslagen werden erhoben, da in Bayern – anders als in vielen anderen Bundesländern²² – keine landesrechtliche Gebührenbefreiungsvorschrift besteht, die von den Auslagen befreien würde.

²⁰ Sauter/Schweyer (Fn. 2), Rdnr. 313 mit Nachw. aus Rechtsprechung und Literatur.

²¹ Kostenpflichtig nach *OLG Frankfurt* Rpfleger 1997, 405; kostenfrei nach *OLG Stuttgart* Rpfleger 1999, 42 und *OLG Hamm* Rpfleger 1999, 417.

²² Vgl. zu diesen *Rohs/Wedewer*, KostO (Stand Dezember 1999), Teil B Abschn. IV.

Interdisziplinäres Fachsymposium zum Thema „Vorsorgevollmacht“

Von Notarassessor *Georg Mehler*, Bayreuth

Der Notar als Organ der vorsorgenden Rechtspflege steht in der Regel am Anfang einer rechtlichen Entwicklung, deren Fortgang er selten selber unmittelbar mit verfolgen bzw. begleiten kann. Er erhält wohl nur in den wenigsten Fällen unmittelbar ein – wie man heute sagt – feedback, wie sich „seine“ Urkunden später „an der Front“, d.h. in der rauen Welt des Rechtsalltages bewähren. Besonders spürbar wird dies, wenn neue rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten durch den Gesetzgeber geschaffen werden, bzgl. derer in den ersten Jahren ihrer praktischen Anwendung allgemein erst nach und nach von allen beteiligten Kreisen und Berufsgruppen Erfahrungen gesammelt werden müssen.

Diesem Defizit entgegenzuwirken, hat sich der Arbeitskreis Öffentlichkeitsarbeit des Bayerischen Notarvereins unter anderem zum Ziel und Gegenstand seiner Bemühungen gemacht. In deren Mittelpunkt soll eine Reihe von interdisziplinären Fach- und auch Öffentlichkeitsveranstaltungen auf der Ebene der Bezirksgruppen zu verschiedenen Themen, die Berührungspunkte zwischen Aufgabengebieten des Notars und denen anderer Berufsgruppen aufweisen, stehen. Auftakt dieser Reihe bildete ein von der Bezirksgruppe LG Hof des Bayerischen Notarvereins Mitte Oktober 1999 veranstaltetes interdisziplinäres Fachsymposium zum Thema „Vorsorgevollmacht“ – ein Thema, das sich hierzu auf Grund seiner Neuartigkeit und Aktualität besonders eignet.

1. Konzept des Fachsymposiums

Der Notar wird zunehmend mit der Entwurfserfertigung und Beurkundung einer Vorsorgevollmacht betraut, von deren konkreter rechtlicher Ausgestaltung und Formulierung es abhängt, ob (daneben) die Bestellung eines Betreuers gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BGB erforderlich ist oder nicht. Hierüber entscheidet jedoch erst im Fall des Eintritts einer grundsätzlichen Betreuungsbedürftigkeit der Vormundschaftsrichter.

Nach welchen Kriterien aber wird der jeweils örtlich zuständige Vormundschaftsrichter diese Entscheidung konkret treffen? Sind gewisse rechtliche Konstruktionen und Formulierungen unbedingt erforderlich oder aber schädlich? Was erwarten oder gar verlangen diejenigen, denen gegenüber später von der Vorsorgevollmacht Gebrauch gemacht werden soll? Schenken die beteiligten Verkehrskreise einer beglaubigten oder beurkundeten Vollmacht mehr Vertrauen als einer schriftlich erteilten oder ist – insbesondere für Ärzte – die zeitliche Nähe der Errichtung bzw. nochmalige Bestätigung von größerer Bedeutung? Welche Lebenssachverhalte sind im Falle einer Betreuungsbedürftigkeit von besonderer Bedeutung und bedürfen daher einer detaillierten Regelung in der Vollmacht oder dem zugrunde liegenden Auftragsverhältnis?

Fragen über Fragen, die jedoch bereits Jahre vor ihrer Beantwortung durch die Wirklichkeit vom Notar bei der individuellen Ausgestaltung und konkreten Formulierung der Vorsorgevollmacht zu berücksichtigen sind. Der Notar ist hierbei mit auf die Erfahrungen und das Wissen derjenigen angewiesen, die mit der Vorsorgevollmacht zu tun haben bzw. zu tun haben werden, wenn der Fall der Fälle eintritt, für den sie eigentlich erteilt wurde – so wie der Notar umgekehrt mit seinen Erfah-

rungen als Vertragsgestalter und seinem diesbezüglichen Fachwissen zum späteren praktischen Umgang mit der Vorsorgevollmacht Wissenswertes beitragen kann.

Das interdisziplinäre Fachsymposium sollte daher allen mit dem Thema „Vorsorgevollmacht“ im weitesten Sinne befassten Berufsträgern und Institutionen die Möglichkeit geben, quasi an einem „runden Tisch“ Erfahrungen, die sie mit dem Thema in ihrem jeweiligen beruflichen Tätigkeitsbereich bislang gesammelt haben, gegenseitig auszutauschen und durch diesen Dialog die Grundlage für eine größere Transparenz und Kooperation untereinander zu schaffen. Dieses Konzept stieß bei allen angesprochenen Berufsträgern auf so großes Interesse, dass ein durchweg hochkarätig besetztes Podium von fast zwanzig Gästen für die Veranstaltung gewonnen werden konnte. So nahmen neben mehr als dreißig Notarinnen und Notaren aus der Bezirksgruppe LG Hof und den eingeladenen Bezirksgruppen LG Bayreuth und LG Coburg sowie aus dem benachbarten Plauen/Sachsen mehrere Vormundschaftsrichter, psychiatrische Sachverständige der Bezirkskrankenhäuser, Chef- und Oberärzte aus dem Bereich der klinischen Intensivmedizin, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der örtlichen wie überörtlichen Betreuungsstellen und Betreuungsvereine aus fast ganz Ost-Oberfranken sowie ein Mitarbeiter der Rechtsabteilung des Sparkassenverbandes Bayern aus München an dem Fachsymposium teil, das am 13. Oktober 1999 in den repräsentativen Räumen der neuen Fachhochschule Hof durchgeführt wurde. Nachdem jeder Teilnehmer sich selbst, seinen beruflichen Tätigkeitsbereich und dessen Berührungspunkte mit dem Thema „Vorsorgevollmacht“ in wenigen Sätzen vorgestellt hatte, stellte je ein Vertreter aus jeder anwesenden Berufsgruppe in einem Kurzreferat die Erfahrungen und auch bereits erste Anregungen seiner Berufsgruppe zu dem Thema dar. Auf dieser Grundlage entwickelte sich sodann eine rege und engagierte Diskussion, die für alle Beteiligten nach deren eigenen Bekundungen zu einem äußerst fruchtbaren Erfahrungs- und Gedankenaustausch führte.

2. Inhaltliche Ergebnisse

Von den inhaltlichen Ergebnissen der Fachdiskussion sind insbesondere die folgenden aus notarieller Sicht berichtenswert:

a) Vertrauenscharakter einer General-Vorsorgevollmacht

Von allen Teilnehmern wurde der enorme Vertrauenscharakter einer umfassenden General-Vorsorgevollmacht betont, der insbesondere in der alltäglichen Beratungssituation ein einseitiges Favorisieren der Erteilung einer Vorsorgevollmacht ohne eingehende Prüfung des konkreten Einzelfalles verbiete. Will die Vorsorgevollmacht ihrer Zweckbestimmung gerecht werden, im Fall einer Betreuungsbedürftigkeit dem Bevollmächtigten ein schnelles und unkompliziertes Handeln für den Vollmachtgeber zu ermöglichen, indem durch sie ein zeitaufwendiges Betreuerbestellungsverfahren vor dem Vormundschaftsgericht vermieden wird, so muss sie als umfassende Generalvollmacht ausgestaltet sein. Diese birgt jedoch fast „wesensnotwendig“ Gefahren des Missbrauchs in sich, denen – darin bestand Einigkeit – mit rechtlichen Mitteln und

Konstruktionen – sei es hinsichtlich ihrer Wirksamkeits- bzw. Erteilungsvoraussetzungen¹, sei es in Bezug auf ihre Widerspruchsmöglichkeiten² – nur bedingt begegnet werden kann, will man der Vorsorgevollmacht nicht wieder ihre Zähne ziehen, d. h. sie ihrer Vorteile gegenüber der Betreuerbestellung wieder berauben. Auch der in diesem Zusammenhang häufig in der Literatur als Art Mittelweg diskutierte³ Ansatz, die Erteilung der Vollmachts-Ausfertigung an den Bevollmächtigten durch den Notar von der Vorlage eines Attestes des – nach Möglichkeit bereits in der Vollmachtsurkunde benannten – Hausarztes, nach dessen Aussage zumindest Zweifel an der Geschäfts- bzw. Einwilligungsfähigkeit des Vollmachtgebers bestehen, abhängig zu machen, wurde insbesondere auch von Seiten der Ärzte als nur schwer praktikabel abgelehnt, da ein Hausarzt zu einer derartigen Beurteilung kaum in der Lage und angesichts der an seine Entscheidung geknüpften weitreichenden Rechtsfolgen auch eher selten bereit sein wird, ein derartiges Attest auszustellen.

Alle Teilnehmer stimmten darin überein, dass angesichts des letztlich nicht vermeidbaren Missbrauchspotentials der Generalvollmacht zu deren Erteilung grundsätzlich nur bei Vorliegen eines ausreichend, d. h. so tiefen Vertrauensverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten geraten werden kann, dass ein Bedürfnis nach Ausräumung sämtlicher potentieller Missbrauchsgefahren nicht gegeben ist.

Vor allem von den Vertreterinnen und Vertretern der Betreuungsstellen wurde vor diesem Hintergrund angemahnt, die sog. *Betreuungsverfügung*⁴ nicht als gegenüber der Vorsorgevollmacht geringer zu achtendes Mittel der eigenen Vorsorge, sondern je nach Konstellation des konkreten Einzelfalles (insbesondere bei Fehlen einer geeigneten Vertrauensperson) als ernstzunehmende Alternative zur Vorsorgevollmacht anzusehen und dementsprechend auch zu beraten.

b) Überwachungsbetreuer gemäß § 1896 Abs. 3 BGB

Um die starke Polarität zwischen Vorsorgevollmacht und Betreuerbestellung mit ihren jeweiligen Nachteilen – enormer Vertrauenscharakter und Missbrauchsgefahr auf der einen, starke Überwachung und Reglementierung durch das Vormundschaftsgericht auf der anderen Seite – zumindest teilweise aufzuheben, indem man versucht, die jeweiligen Vorteile der beiden Arten der eigenen Vorsorge nach Möglichkeit auf einem „goldenen Mittelweg“ zu vereinen, wurde von Seiten der Notare gerichtet an die anwesenden Vormundschaftsrichter der Vorschlag unterbreitet, verstärkt von dem gesetzlich ausdrücklich in § 1896 Abs. 3 BGB vorgesehenen Institut der sog. *Überwachungsbetreuung*⁵ Gebrauch zu machen – ein nach dem eigenen Bekunden der anwesenden Vormundschaftsrichter von diesen (zumindest bislang) stief-

mütterlich behandeltes, d. h. so gut wie gar nicht verwendetes Instrument des Betreuungsrechts⁶.

§ 1896 Abs. 3 BGB enthält den Hinweis, dass als Aufgabenkreis des zu bestellenden Betreuers auch (nur) die Geltendmachung von (v. a. Kontroll-, aber auch Widerrufs-⁷) Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden könne, ohne jedoch eine ausdrückliche Regelung eigener Bestimmungsvoraussetzungen zu enthalten⁸. Diese werden von Rechtsprechung und Literatur vor allem bei Verdacht des Vollmachtsmissbrauchs bejaht⁹, was jedoch interessanterweise gerade der Grund dafür ist, dass in der Praxis so selten ein Überwachungsbetreuer bestellt wird: Denn das Vormundschaftsgericht bestellt, wenn ihm nachträglich, d. h. nach erstmaliger Vollmachtsverwendung Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vollmacht bekannt werden, auf Grund des enormen Missbrauchspotentials einer Vorsorgevollmacht nicht (mehr) erst einen Überwachungsbetreuer, sondern gleich einen Betreuer mit umfassendem Aufgabenkreis, dessen erste Tätigkeit der Widerruf der Vorsorgevollmacht ist.

Die Sachlage dürfte sich für das Vormundschaftsgericht anders darstellen, wenn es von vornherein, und nicht erst nach Vorliegen von konkreten Verdachtsmomenten die Bestellung eines Überwachungsbetreuers in Erwägung zieht, beispielsweise weil der Vollmachtgeber im Rahmen der Vollmachtserteilung auf Grund eines „gesunden“ Misstrauens – im positiven Sinn des Wortes – darum gebeten hat. Die Bestimmungsvoraussetzungen könnten in der Vollmachtsurkunde in Form einer entsprechenden „Überwachungsbetreuungsverfügung“ dahingehend bestimmt werden, dass der Notar vom Vollmachtgeber zwar angewiesen wird, dem Bevollmächtigten auf dessen Verlangen die auf ihn lautende Ausfertigung ohne weitere Voraussetzungen und Nachweise zu erteilen; der Notar wird jedoch des weiteren unwiderruflich beauftragt und ermächtigt, zeitgleich mit der Erteilung der Ausfertigung auch dem Vormundschaftsgericht eine Anfertigung der Vollmachtsurkunde zu übersenden, in der der Vollmachtgeber ausdrücklich das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 1901 Abs. 3, 1897 Abs. 4, 1896 Abs. 3 BGB um die Bestellung eines (bestimmten) Überwachungsbetreuers oder zumindest um Prüfung der Erforderlichkeit einer Überwachungsbetreuung ersucht. Von Seiten des Vormundschaftsgerichts wurde ange-regt¹⁰, die Abschrift der Vollmachtsurkunde bereits gleich nach deren Beurkundung in die amtliche Aufbewahrung nach Art. 34a BayAGGVG zu geben und dem Vormundschaftsgericht nach der Erteilung der Ausfertigung an den Bevollmächtigten nur noch eine Mitteilung hiervon zu übersenden.

Auf die vorstehend geschilderte Weise ließe sich das Missbrauchsrisiko einer General-Vorsorgevollmacht deutlich vermindern, ohne deren Vorzüge allzu sehr zu beschneiden; auch

¹ Vgl. Müller DNotZ 1997, S. 100 ff.

² Vgl. Waldner/Mehler MittBayNot 1999, S. 261 ff.

³ Vgl. Müller DNotZ 1997, S. 100 ff, 104.

⁴ In einer sog. *Betreuungsverfügung* sind Regelungen und Wünsche der betroffenen Person für den Fall der Anordnung einer Betreuung durch das Vormundschaftsgericht enthalten, insbesondere hinsichtlich der Person des zu bestellenden Betreuers, der Übertragung bestimmter Aufgabenkreise und der Lebensgestaltung während der angeordneten Betreuung; vgl. § 1987 Abs. 4, § 1901 Abs. 2 u. 3 und § 1901a BGB.

⁵ Die stiefmütterliche Behandlung des Überwachungsbetreuers in der Praxis schlägt sich auch in der Literatur nieder; vgl. daher einen der wenigen hierzu veröffentlichten Aufsätze: *Bienwald* Rpfleger 1998, S. 231 ff.

⁶ Weswegen zumindest unter diesem Gesichtspunkt, d. h. zum Zwecke der Vermeidung der Bestellung eines Überwachungsbetreuers die teilweise hierzu empfohlene Bevollmächtigung eines sog. Kontroll- bzw. Gegenbevollmächtigten, der für den Vollmachtgeber die diesem gegenüber dem primär Generalbevollmächtigten zustehenden Rechte (ins. aus §§ 662 ff. BGB) geltend macht, nicht erforderlich ist.

⁷ Vgl. BayObLG FamRZ 1994, 1550.

⁸ Dies ist wahrscheinlich der Grund für die stiefmütterliche Behandlung des Überwachungsbetreuers.

⁹ Vgl. *Diederichsen* in Palandt, BGB-Kommentar, 59. Aufl. 2000, § 1896 Rdnr. 41 m.w.N.; für einen erweiterten Anwendungsbereich des § 1896 Abs. 3 BGB: BayObLG FamRZ 1999, 1302.

¹⁰ Aus den unten unter f) dargelegten Gründen.

für das Vormundschaftsgericht dürfte ein Überwachungs-
betreuungsverfahren eine weitaus geringere Arbeitsbelastung
darstellen, als dies bei einer sonst wohl erforderlichen „Voll-“
Betreuung der Fall wäre. Es bleibt abzuwarten, ob dieses –
zumindest bei den Teilnehmern des Symposiums und anderer
vergleichbarer Fachveranstaltungen größtenteils auf Zustimmung
gestoßene – Plädoyer für den Überwachungsbetreuer diesen
aus seinem „Dornröschen-Schlaf“ zu wecken vermag.

c) Rechtliche Ausgestaltung

Von Seiten des Sparkassenverbandes Bayern wurde auf die
Gefahren vor- oder gar selbstformulierter Vollmachten hinge-
wiesen, die häufig die eigene Betreuungsbedürftigkeit zur Be-
dingung der Wirksamkeit der Vollmacht erheben würden¹¹,
ohne exakt zwischen Bedingung im Außen- und Innenverhältnis
zu differenzieren, weswegen derartige Vollmachten zu-
mindest im rechtsgeschäftlichen Verkehr nutzlos seien. Die
besten Erfahrungen in diesem Zusammenhang würden die
Sparkassen in Bayern mit notariell beurkundeten und daher
juristisch exakt formulierten Vorsorgevollmachten oder aber
speziellen Bankvollmachten auf sparkasseneigenen Formu-
laren machen¹². Diese beiden Vollmachtsformen seien auch im
Hinblick auf die notwendige Feststellung der Identität des
Vollmachtgebers (neben der nur notariell beglaubigten Voll-
macht) grundsätzlich die einzigen Vollmachten, die die Spar-
kassen in Bayern akzeptieren würden.

Interessant war in diesem Zusammenhang, dass auch von
Seiten der Kreditwirtschaft Wert auf eine zeitnahe Erteilung
bzw. Bestätigung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber
gelegt wurde, wie dies sonst von den Vormundschaftsgerich-
ten und der Ärzteschaft nur für sog. Patientenverfügungen¹³
im Hinblick auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung
nach § 1904 BGB verlangt wird. Begründet wurde dieses
Erfordernis der Zeitnähe bzw. deren Vorteil vom Vertreter
des Sparkassenverbandes mit dem – vor allem bei der Vor-
sorgevollmacht großen – Risiko des zwischenzeitlich ausge-
sprochenen Widerrufs, auch wenn die Sparkassen hiervon
durch § 172 BGB¹⁴ und ihre Allgemeinen Geschäftsbedingun-

gen, nach deren Nr. 4 ein Vollmachtswiderruf der Sparkasse
schriftlich zuzugehen hat, zumindest rechtlich hinreichend
geschützt sind. Dennoch wurde von Seiten der Notare er-
wogen, diesem Bedürfnis der Praxis nach Zeitnähe, das ins-
besondere gegeben ist, wenn die Vollmachtsurkunde zugleich
auch eine Patientenverfügung enthält, dadurch Rechnung zu
tragen, dass zusammen mit einem entsprechenden Hinweis in
den Belehrungsvermerken der dem Vollmachtgeber erteilten
Ausfertigung ein entsprechend vorgefertigtes Formular ange-
heftet wird, auf dem der Vollmachtgeber alle ein bis zwei
Jahre die Erteilung der Vollmacht und weiterer in der Urkunde
getroffenen Verfügungen handschriftlich oder in öffentlich
beglaubigter Form bestätigen soll.

Von Seiten der Vormundschaftsrichter wurde nochmals auf
die durch das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz mit Wir-
kung zum 1.1.1999 in Kraft getretenen Bestimmungen der
§§ 1904 Abs. 2 und § 1906 Abs. 5 BGB hingewiesen, wonach
die Vorsorgevollmacht *ausdrücklich* auch die in § 1904
Abs. 1 (risikobehaftete ärztliche Maßnahmen) bzw. § 1906
Abs. 1 und 4 BGB (Unterbringung und Freiheitsentzug) ge-
nannten Maßnahmen umfassen muss, wobei nach der wohl
h.M.¹⁵ ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass der ent-
sprechende Gesetzestext übernommen wird. Vollmachten, die
vor dem 1.1.1999 erteilt wurden, ohne ausdrücklich auch zu
derartigen Entscheidungen in diesen höchstpersönlichen An-
gelegenheiten zu ermächtigen¹⁶, können daher im Hinblick
auf § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB nicht (mehr) als ausreichend und
somit eine Betreuerbestellung gänzlich entbehrlich machend
gewertet werden.

d) Problem der passiven Sterbehilfe

Den größten und wohl auch am engagiertesten geführten Teil
der Fachdiskussion nahmen die medizinischen Themenfelder
und dort insbesondere die passive Sterbehilfe ein. Festzu-
stellen war zunächst, dass in der medizinischen Praxis nach
wie vor Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen eine
Ausnahme darstellen.

Solange und soweit sich – auf Grund des anscheinend
bewussten¹⁷ Untätigbleibens des Gesetzgebers auf diesem
Gebiet – in der zivil- bzw. betreuungsrechtlichen Recht-
sprechung und Literatur keine zumindest überwiegend ein-
hellige Meinung zu der Frage gebildet hat, wie und nach

¹¹ Z.B.: „Für den Fall, dass ich nicht mehr für mich selbst sorgen
kann, bevollmächtige ich ...“.

¹² Probleme könnten sich im Hinblick auf die bisher noch nicht
abschließend geklärte Frage der Anwendbarkeit des VerbrKrG auf
Vollmachten ergeben, die (auch) zum Abschluss von Verbraucher-
kreditverträgen bevollmächtigen; bislang von der h.M. in Recht-
sprechung (OLG München NJW 1999, 2196, LG München u. LG
Chemnitz NJW 1999, 1193) und Literatur (vgl. die umfangreichen
Literaturnachweise in den vorzitierten Urteilen) bejaht wurde
jedoch lediglich die Anwendbarkeit des VerbrKrG auf *unwider-
rufliche* Kreditvollmachten, die daher nicht nur der Schriftform
nach § 4 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG bedürfen, sondern auch die Mindest-
angaben nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG beinhalten müssen –
bei einer umfassenden (unwiderrieflichen) Bankvollmacht ohne
Bezug zu einem konkreten Kreditvertrag ein nahezu unmögliches
Unterfangen. Da eine Vorsorgevollmacht regelmäßig nur in Form
einer Generalvollmacht eine Betreuerbestellung gänzlich entbeh-
rlich machen kann, und eine Generalvollmacht bekanntlich un-
widerrieflich nicht erteilt werden kann, stellt sich das Problem der
Anwendbarkeit des VerbrKrG bei Vorsorgevollmachten – zumindest
bislang – nicht so dringlich.

¹³ Vgl. auch unten: 2.d); *Patientenverfügung* – häufig auch fälschlich,
da missverständlich Patienten-Testament genannt – ist ein Unter-
fall der Betreuungsverfügung (vgl. Fn. 4) und enthält konkrete
Anweisungen und Wünsche vorwiegend in Bezug auf Fragen der
medizinischen Behandlung und Maßnahmen der passiven Sterbe-
hilfe.

¹⁴ Vgl. *Waldner/Mehler MittBayNot* 3/1999, S. 261 ff.

¹⁵ *Limmer ZNotP* 8/1998, S. 322 ff., 323; *Müller DNotZ* 1999,
S. 107 ff., 113 (m.w.N.)

¹⁶ Obwohl dieses Erfordernis der ausdrücklichen Erwähnung der
Bevollmächtigung in diesen höchstpersönlichen Angelegenheiten
schon lange vor dem 2. BtÄndG von der herrschenden oberlandes-
gerichtlichen Rechtsprechung (vgl. beispielhaft OLG Stuttgart
DNotI-Report 1996, S. 4 = *FamRZ* 1994, 1417) aufgestellt worden
war; vgl. auch *Müller DNotZ* 1999, S. 107 ff., 111 ff.

¹⁷ Nach *Dodegge NJW* 1999, S. 2709 ff., 2714 (dortige Fn. 90) war
im Gesetzgebungsverfahren zum 2. BtÄndG u. a. „in Form eines
Schreibens eines Richters am BGH a.D. an die Mitglieder des
Rechtsausschusses des Bundestages sowie an die zur Anhörung
im Rechtsausschuss am 11.6.1997 geladenen Sachverständigen“
(erfolglos) darauf gedrungen worden, einen ausdrücklichen Ge-
nehmigungsvorbehalt für Maßnahmen der passiven Sterbehilfe in
das Gesetz mit aufzunehmen. Nach den Erfahrungen mit der Neu-
fassung der §§ 218 ff. StGB ist das Thema passive Sterbehilfe wohl
für die Politik ein zu „heißes Eisen“, da sich hierzu – ähnlich wie
schon zum Schwangerschaftsabbruch – in der gesamtdeutschen
Bevölkerung mit ihrem wohl schon zu weit gefächerten Werte-
pluralismus kein gesellschaftlicher Konsens im Sinne eines klein-
sten gemeinsamen Nenners mehr finden bzw. bilden lässt.

welchen Vorschriften die Fälle und Maßnahmen der passiven Sterbehilfe im engeren Sinne und der „Hilfe zum Sterben“¹⁸ zu beurteilen sind, insbesondere ob § 1904 BGB hierauf analoge Anwendung findet¹⁹, wird es – was fast alle bisher (auch in der juristischen Fachliteratur²⁰) veröffentlichten Formulierungsvorschläge außer Acht lassen – nach Einführung des § 1904 Abs. 2 BGB n.F. auf Grund dessen – zumindest möglicher – analoger Anwendung und unter Berücksichtigung der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung²¹, die durch bzw. in § 1904 Abs. 2 BGB n.F. lediglich kodifiziert wurde, dringend ratsam sein, dass auch diese Maßnahmen der passiven Sterbehilfe von der schriftlichen Vollmacht ausdrücklich umfasst, d.h. explizit in der Vollmachtsurkunde (und nicht nur in einer Patientenverfügung) genannt werden²². Im Symposium diskutiert und von den anwesenden Ärzten und Vormundschaftsrichtern gebilligt wurde folgender Formulierungsvorschlag, der hinsichtlich der Wortwahl an die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“²³ angelehnt ist:

„Maßnahmen der passiven Sterbehilfe i. w. S.:

Die Generalvollmacht berechtigt zur Entscheidung über die Änderung des Behandlungsziels von Maßnahmen der Lebenserhaltung und Lebensverlängerung hin zu – gegebenenfalls ausschließlich – palliativ-medizinischen und pflegerischen Maßnahmen. Die Generalvollmacht umfasst daher ausdrücklich auch die Befugnis zur Entscheidung über Maßnahmen der sog. passiven Sterbehilfe bzw. der sog. „Hilfe zum Sterben“ (§ 1904 BGB analog), insbesondere über einen Behandlungsabbruch oder die Einstellung lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen der Intensivmedizin, wenn ich an einem schweren irreversiblen Grundleidenden mit infauster Prognose erkrankt bin – und zwar unabhängig davon, ob der unmittelbare Sterbevorgang bereits eingeleitet hat oder nicht.“

Wenn ein Patient nicht mehr zur Bildung oder Äußerung seines eigenen Willens in der Lage ist, keine den Anforderungen des § 1904 Abs. 2 bzw. 1906 Abs. 5 BGB genügende Bevollmächtigung vorliegt und auch kein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis bereits bestellt ist, so muss nach der übereinstimmenden Rechtsansicht der anwesenden Vor-

mundschaftsrichter und Notare in allen Fällen, in denen nicht auf eine mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen werden darf, weil das Einholen einer wirksamen tatsächlichen Einwilligung – insbesondere eines Betreuers nach dessen vorheriger Bestellung durch das Vormundschaftsgericht²⁴ – zeitlich ohne irreversible Nachteile für den Betroffenen noch möglich ist, stets (!) vor jeder ärztlichen Maßnahme vom Arzt eine entsprechende tatsächliche Einwilligung eines Betreuer verlangt werden²⁵, auch wenn dieser hierfür erst zuvor vom Vormundschaftsgericht bestellt werden muss.

Hierüber besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit²⁶, soweit es sich nicht um Entscheidungen und Einwilligungen handelt, die Maßnahmen der passiven Sterbehilfe zum Gegenstand haben. Diesbezüglich wird von einem Teil der Rechtsprechung²⁷ und Literatur²⁸ die Meinung vertreten, dass die vorstehend allgemein für die medizinische Behandlung geschilderte Rechtslage für das spezielle Teilgebiet der passiven Sterbehilfe nicht gilt, ohne dies positiv anhand der geltenden Gesetzeslage und -systematik zu begründen oder rechtsdogmatisch schlüssig abzuleiten. Nach dieser Ansicht entscheidet über den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen vorrangig der Betroffene selbst durch Patientenverfügung, mangels einer solchen entschieden hierüber die Angehörigen – wie auch immer diese definiert werden – in Verbindung mit den behandelnden Ärzten „in eigener Verantwortung“²⁹ und ohne vormundschaftsgerichtliche Kontrolle nach § 1904 BGB, da dessen analoge Anwendung abzulehnen sei.

Wie das Fachsymposium ergab, scheint diese – m.E. abzulehnende, da bereits im Widerspruch zur Gesetzessystematik des Betreuungs- und allgemeinen Zivilrechts stehende³⁰ – Ansicht lediglich das konkret auszusprechen, was bereits in vielen Krankenhäusern – wohl mit stillschweigender Billigung durch die zuständigen Vormundschaftsgerichte – der alltäglichen Übung und tatsächlichen Vorgehensweise – und zwar anscheinend nicht nur im Bereich der passiven Sterbehilfe – entspricht: Der gesetzlich für den Fall des Fehlens einer wirksamen Vorsorgevollmacht vorgegebene Weg der Betreuer-

¹⁸ Von der „Hilfe zum Sterben“ spricht man im Anschluss an BGH NJW 1995, 204, wenn im Falle eines irreversiblen (= unheilbaren) Grundleidens mit sog. infauster Prognose eine einzelne lebenserhaltende Maßnahme abgebrochen wird, noch bevor der unmittelbare Sterbevorgang eingesetzt hat, d.h. bei deren weiteren Anwendung mit dem Tod des Patienten zumindest in absehbarer Zeit nicht zu rechnen gewesen wäre.

¹⁹ Vgl. zusammenfassend zu der derzeit v.a. in der ober- und landesgerichtlichen Rechtsprechung heftig diskutierten Frage: *Dodeghe* NJW 1999, S. 2709 ff., 2714 mit umfassender Darstellung der aktuellen Gerichtsentscheidungen und Literaturveröffentlichungen hierzu sowie *Diederichsen* in Palandt, BGB-Kommentar, 59. Aufl. 2000, Einf. v. § 1896 Rdnr. 11 mit umfangreichen Nachweisen.

²⁰ Vgl. bspw. *Müller* DNotZ 1999, S. 107 ff., 113 (dortige Fn. 55) und *Limmer* ZNotP 8/1998, S. 322 ff., 325.

²¹ Vgl. Nachweise in Fn. 16.

²² So auch noch *Diederichsen* in der 58. (= Vor-)Auflage des Palandt, § 1904 BGB Rdnr. 7, a. A. nun in der 59. Aufl., Einf. v. § 1896 BGB Rdnr. 11.

²³ In NJW 1998, 3406 f.; vgl. auch „Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen“ der Bundesärztekammer, veröffentlicht in: Deutsches Ärzteblatt, Heft 43 v. 29.10.1999, S. 24 f.

oder im Internet unter:

www.bundesaerztekammer.de/bak/owa/idms.show?id=110780

²⁴ Dies ist in echten Eilfällen innerhalb eines halben Tages möglich.

²⁵ In gleicher Weise und Umfang, wie der Arzt auch die Einwilligung der Eltern des zu behandelnden Minderjährigen als dessen gesetzliche Vertreter zu verlangen und zu beachten hat.

²⁶ Lediglich die Bundesärztekammer scheint in ihren „Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen“ (Fn. 23) von einer anderen, jedoch unzutreffenden Rechtslage auszugehen, wenn sie darin (vgl. ins. Abschnitt 1.1) wohl der Ansicht ist, dass allgemein, d.h. auch in Fällen fehlender Eilbedürftigkeit und außerhalb der passiven Sterbehilfe vorrangig der Arzt und nicht ein hierfür zu bestellender Betreuer zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens des Patienten berechtigt ist; in den „Grundsätzen der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ (NJW 1998, 3406) ist noch davon die Rede, dass bei bewusstlosen Patienten „in der Regel zur Ermittlung des mutmaßlichen Willens die Bestellung eines Betreuers erforderlich sein“ wird (Ende des Abschnitts III.), und dass der Arzt auch Angehörige oder nahestehende Personen *informieren* kann (Ende von Abschnitt I.).

²⁷ LG München I NJW 1999, 1788; LG Hanau BtPrax 1997, 82; a. A. u. a.: OLG Frankfurt NJW 1998, 2747, LG Duisburg NJW 1999, 2744 (mit sehr ausführlicher und fundierter Begründung) und wohl auch BGH (1. Strafsenat) NJW 1995, 204.

²⁸ *Diederichsen* in Palandt, BGB-Kommentar, 59. Aufl., Einf. v. § 1896 Rdnr. 11 m.w.N. (auch der Gegenansicht).

²⁹ Hinsichtlich der „strafrechtlichen Seite dieser Problematik“ merkt das LG München I NJW 1999, 1789 vielsagend an, dass wenn die von Angehörigen und Ärzten entschiedene Maßnahme dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht, sie „in der Regel nichts zu befürchten“ hätten.

bestellung wird in der Praxis nur dann beschränkt, wenn unter den behandelnden Ärzten in die Konsultation über das weitere Vorgehen mit einbezogenen Angehörigen kein Konsens erreicht werden kann.

Von einigen auf dem Fachsymposium anwesenden Ärzten wurde verlangt, dass ihnen v. a. in Fragen der passiven Sterbehilfe zusätzlich zur Einwilligung eines Bevollmächtigten, Betreuers oder aller anwesenden nahen Angehörigen eine entsprechend lautende Patientenverfügung³¹ des Betroffenen vorgelegt wird. Dem widersprachen Notare und Vormundschaftsrichter, da genau genommen der Arzt nicht Adressat einer Patientenverfügung sein kann. Liegt dem Arzt eine tatsächliche Einwilligung eines wirksam Bevollmächtigten oder eines bestellten Betreuers vor, derer er grundsätzlich³² vor und zu jeder medizinischen Maßnahme bedarf, so ist er an diese Einwilligung in der gleichen Weise gebunden und ebenso wenig zu deren Überprüfung berechtigt, wie wenn diese Einwilligung vom Betroffenen selber oder beispielsweise von Eltern für ihr minderjähriges Kind erteilt worden wäre. Lediglich im Anwendungsbereich des § 1904 BGB³³ (bzw. § 1906 BGB) ist er nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, zusätzlich zur Einwilligung deren vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu verlangen. Erst und nur im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens oder einer sonstigen Überwachung des Betreuers oder des Bevollmächtigten durch das Vormundschaftsgericht, ist von diesem zu über-

³⁰ Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass die Angehörigeneigenschaft als solche bereits zu Handlungen, Erklärungen oder Einwilligungen im fremden Namen ermächtigt, ist zumindest dem allgemeinen Zivilrecht fremd. Lediglich im Bereich der sog. Totenfürsorge entscheiden nach der h. M. (vgl. *Edenhofer* in Palandt, a.a.O., Einl. v. § 1922 Rdnr. 9 f. m.w.N.) die nächsten Angehörigen subsidiär kraft Wohnrechts bzw. in analoger Anwendung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen zur Feuerbestattung (in Bayern: § 8 Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BayBestattungsverordnung, Ziegler/Tremel Nr. 99a).

Zu denken wäre jedoch an eine analoge Anwendung des § 4 Abs. 1 bis 3 TransplantationsG (TPG v. 5.11.1997, BGBl. 1997 I, S. 2631), der eine sehr detaillierte Regelung zur Entscheidungsbefugnis und -zuständigkeit naher Angehöriger (einschließlich deren Rangfolge untereinander und im Verhältnis zu einem entsprechenden Bevollmächtigten) im Hinblick auf die mangels speziellen Organspenderausweises notwendige Zustimmung zu einer postmortalen Organentnahme enthält. Würde man diesen § 4 TPG auf die Entscheidung über Maßnahmen der passiven Sterbehilfe analog anwenden, wofür durchaus gewichtige Gründe sprechen, auch wenn es diesbezüglich ebenfalls (wie schon hinsichtlich einer Analogie zu § 1904 BGB) an einer unbewussten Regelungslücke fehlt (vgl. Fn. 17), wären auch die folgenden ansonsten ungeklärten Fragen beantwortet: Was ist im Falle der Uneinigkeit zwischen einem Betreuer/Bevollmächtigten und den Angehörigen bzw. der Angehörigen untereinander? Wer ist überhaupt entscheidungsbefugter Angehöriger? Was ist, wenn ein näherer oder „gleichnaher“ Angehöriger vergessen oder aus einem sonstigen Grund nicht beteiligt wird?

³¹ Zum Begriff der Patientenverfügung: vgl. Fn. 13.

³² Eine Patientenverfügung kann so hinreichend konkret und situationsbezogen, dass sie bereits als eine vom Patienten selbst vorweg erklärte rechtfertigende Einwilligung gewertet werden darf (vgl. *Diederichsen* in Palandt a.a.O. Rdnr. 9), wohl nur und erst dann verfasst werden, wenn das konkrete Grundleiden, auf das sich die fragliche ärztliche Maßnahme bezieht, tatsächlich eingesetzt hat und sein weiterer Verlauf hinreichend prognostizierbar ist. Eine Ausnahme bilden daher nur die Fälle besonderer Eilbedürftigkeit, in denen auf eine mutmaßliche Einwilligung zurückgegriffen werden darf.

³³ Vgl. zur Problematik seines analogen Anwendungsbereiches: Fn. 19, 27 und 28.

prüfen, inwieweit die erklärte Einwilligung des Betreuers/Bevollmächtigten bzw. dessen sonstiges Handeln dem mutmaßlichen Willen³⁴ des Betreuten/Vollmachtgebers entspricht, wobei hierbei kraft Gesetzes gemäß § 1901 Abs. 3 S. 2 und Abs. 2 S. 2 BGB den Wünschen des Betreuten/Vollmachtgebers besonderes Gewicht zukommt³⁵, auch und besonders, wenn er diese vor der Betreuerbestellung bzw. dem Eintritt seiner Betreuungsbedürftigkeit – namentlich in einer Patientenverfügung – geäußert hat, „es sei denn, dass er an diesen Wünschen erkennbar nicht festhalten will“³⁶.

Gerade aber dieser letztgenannte gesetzliche Ausnahmefall des erkennbaren „Nicht-mehr-festhalten-wollens“ ist nach Ansicht der meisten auf dem Fachsymposium anwesenden Ärzte zumindest bzgl. Fragen der passiven Sterbehilfe grundsätzlich der Regel-Fall, weswegen sie die Aussagekraft und somit Verbindlichkeit einer Patientenverfügung, insbesondere wenn sie wie regelmäßig allgemein gehalten ist, eher kritischer bewerteten. Zwar würde fast jeder in Zeiten, in denen es ihm gesundheitlich gut gehe, Maßnahmen der passiven Sterbehilfe für sich begrüßen und wohl auch in einer Patientenverfügung allgemein fordern; jedoch zeige die alltägliche Wirklichkeit im Umgang mit sterbenskranken Personen, dass diese fast ausschließlich alle einen ungebrochenen Lebenswillen in Situationen entfalten und soweit möglich auch äußern würden, für die sie in gesundheitlich guten Zeiten – vielleicht sogar in einer Patientenverfügung – bereits die Einleitung von Maßnahmen der passiven Sterbehilfe mit tiefer Überzeugung gefordert hätten. Gerade unter diesem Gesichtspunkt der absoluten Einmaligkeit und fehlenden Antizipierbarkeit der Situationen der passiven Sterbehilfe käme der Zeitnähe der Errichtung bzw. Bestätigung der Patientenverfügung – idealerweise nach Eintritt der Grundleiden, die später auf Grund ihrer infausten Prognose die Frage der passiven Sterbehilfe aufwerfen – eine herausragende Bedeutung zu³⁷.

Es konnte auf der Grundlage der vorstehend geschilderten Ergebnisse der Diskussion weitgehend Einigkeit unter den Teilnehmern dahingehend erzielt werden, dass neben einer ausdrücklich auch Maßnahmen der passiven Sterbehilfe umfassenden Vorsorgevollmacht eine zusätzliche schriftliche Patientenverfügung³⁸ zumindest als eine Art „Argumentationshilfe“ für den Bevollmächtigten im vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren nach § 1904 BGB sinnvoll ist, insbesondere soweit diese Vorschrift nach einer derzeit zumindest sehr gewichtigen Meinung in Rechtspre-

³⁴ Vgl. zur Gesamtproblematik: *Gregor Rieger*, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, Frankfurt a. M., 1. Aufl. 1998.

³⁵ Vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1998, S. 2747 ff., 2749, nach dessen Einschätzung daher dem „Patienten-Testament (...)“ künftig ein Bedeutungszuwachs zukommen dürfte.

³⁶ So der Wortlaut des § 1901 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. BGB und auch die „Handreichungen für Ärzte zum Umgang mit Patientenverfügungen“ (Abschnitt 6.; vgl. Fn. 23) sowie die „Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung“ (NJW 1998, 3406; Abschnitt V.).

³⁷ So auch die Bundesärztekammer in ihren „Grundsätzen zur ärztlichen Sterbebegleitung“ (unter Ziff. V., NJW 1998, S. 3406 f.), wenn auch der Nähe des Zeitpunktes der Errichtung dort nur eine „untergeordnete Bedeutung“ zugemessen wird; zum Kriterium der Zeitnähe der Errichtung und Bestätigung vgl. auch bereits vorstehend unter 2. c).

³⁸ Vorzugsweise auf Grund des intimen Inhaltes in einer gesonderten Urkunde.

chung und Literatur auf Maßnahmen der passiven Sterbehilfe und der sog. Hilfe zum Sterben analog anzuwenden ist³⁹.

e) Prüfung der Geschäftsfähigkeit

Die Tatsache, dass der Notar gemäß § 11 BeurkG verpflichtet ist, die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers zu prüfen und bereits bei Zweifeln an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit dies in der Vollmachtsurkunde zu vermerken, wurde neben der umfassenden Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG als großer Vorzug einer notariellen Beurkundung der Vorsorgevollmacht gewertet. Von Seiten der Behörden- und Vereinsbetreuer wurde die Frage an die Notare gerichtet, wie, nach welchen Kriterien und in welcher Intensität die Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch die Notare konkret durchgeführt werde. Hier war es für die anwesenden Notare beruhigend zu erfahren, dass die von ihnen hierauf geschilderte, lediglich auf – zum Teil jahrelanger – Erfahrung basierende Vorgehensweise und Praxis auch dem Urteil der anwesenden Psychiater standhielt, wobei selbstverständlich auch die Grenzen dieser Prüfung der Geschäftsfähigkeit durch den beurkundenden Notar eingestanden werden mussten.

f) Amtliche Aufbewahrung nach Art. 34a BayAGGVG

Von den Vormundschaftsrichtern wurde bemängelt, dass sie häufig erst nach Abschluss eines Bestellungsverfahrens bzw. nach Bestellung eines Betreuers erfahren würden, dass eine ausreichende Vorsorgevollmacht besteht, auf Grund derer das Verfahren und die Bestellung nicht notwendig gewesen wären. Nach Art. 34a Abs. 1 BayAGGVG ist „ein Schriftstück, in dem jemand für den Fall seiner Betreuung Vorschläge zur Auswahl des Betreuers oder Wünsche zur Wahrnehmung der Betreuung gemacht hat (Betreuungsverfügung), [...] auf sein Verlangen vom Gericht in Aufbewahrung zu nehmen“, wobei für die Entgegennahme das Vormundschaftsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Erklärende seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Einreichung hat. Eine Vorsorgevollmacht als solche ist danach nicht aufbewahrungsfähig. Wenn sie jedoch zusätzlich zumindest noch eine Betreuungsverfügung (beispielsweise des belanglosen Inhalts, dass, wenn trotz wirksamer Erteilung der Vorsorgevollmacht die Anordnung einer Betreuung erforderlich sein sollte, der Bevollmächtigte zum Betreuer bestellt werden soll) enthält, kann eine Ausfertigung der Vollmachtsurkunde unmittelbar nach Beurkundung in die Aufbewahrung beim Vormundschaftsgericht gegeben werden, so dass auf diese Weise sichergestellt ist, dass das Gericht im Fall einer – von wem und wann auch immer veranlassten – Einleitung eines Betreuungsverfahrens von der Vorsorgevollmacht Kenntnis hat und nach deren Überprüfung das Betreuungsverfahren sofort wieder einstellen kann. Dies gilt jedoch nur dann, wenn das Verfahren bei dem Vormundschaftsgericht eingeleitet

³⁹ Vgl. Fn. 19.

wird, bei dem die Urkunde in die Aufbewahrung gegeben wurde, da es dort unabhängig beispielsweise von einem Wohnsitzwechsel des Betroffenen für immer bleibt, und eine wie auch immer geartete Vernetzung aller bayerischen oder gar deutschen Vormundschaftsgerichte in diesem Bereich weder derzeit besteht noch für die Zukunft geplant ist. Vor diesem Hintergrund erfährt die von der Bundesnotarkammer seit Jahren favorisierte⁴⁰ zentrale (bundesweite) Testamentsdatei und deren Ausdehnung auf die Registrierung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen ein neues Gewicht.

3. Zusammenfassung

Das Fachsymposium stieß bei allen Teilnehmern auf große Zustimmung. Die durchweg positive Resonanz bezog sich hierbei nicht nur auf die fachlich fundierte, stets konstruktiv und offen geführte Diskussion und deren vorstehend kurz dargestellten Ergebnisse; begrüßt wurde vor allem ausdrücklich auch die durch die Veranstaltung dieses interdisziplinären Symposiums gezeigte Bereitschaft der Notare zum Dialog, den aufrechtzuerhalten und zu vertiefen das Anliegen aller Teilnehmer war. So wurden bereits zwei weitere Vorträge (mit anschließender Diskussion) auf vergleichbaren Fachveranstaltungen⁴¹ zum Thema „die Vorsorgevollmacht aus notarieller Sicht“ gehalten.

Das steigende Interesse der Bevölkerung und der Medien an dem Thema spiegelte sich in der im Anschluss an das Symposium durchgeführten Pressekonferenz und der Berichterstattung hierüber in der regionalen und überregionalen Presse wieder. Eine regionale Tageszeitung nahm das Fachsymposium zum Anlass, mit je einem Vertreter der am Symposium beteiligten Berufsgruppen eine öffentliche Informationsveranstaltung in Form einer Lesertelefon-Aktion durchzuführen, die zuvor durch eine mehrteilige Artikelserie zu dem Thema in der Zeitung vorbereitet wurde. Die Resonanz auf diese Telefon-Aktion war derart groß, dass sich die Zeitung entschlossen hat, die Aktion im Frühjahr in Form einer öffentlichen Podiumsveranstaltung zu wiederholen.

Die Idee und das Konzept eines interdisziplinären Fachsymposiums hat sich bestens bewährt. Zwei weitere Bezirksgruppen des Bayerischen Notarvereins planen bereits ebenfalls die Durchführung eines derartigen Fachsymposiums zum Thema „Vorsorgevollmacht“. Aber auch andere Themen aus dem notariellen Tätigkeitsbereich, wie z.B. „Ehevertrag/Scheidungsvereinbarungen“ oder „Testament/Erbsvertrag“, geben genügend Anlass und „Stoff“ für einen interdisziplinären Gedanken- und Erfahrungsaustausch.

⁴⁰ Vgl. BNotK-Intern, Ausgabe 3/99, S. 3 ff., S. 5.

⁴¹ U.a. auf der Dienstbesprechung der überörtlichen Betreuungsstelle an der Regierung von Oberfranken mit den örtlichen Betreuungsstellen im Regierungsbezirk Oberfranken.

Praktikum bei Notaren in London

Von Notarassessorin *Dr. Beate Kopp*, München, und Notar *Felix Odersky*, Erlangen

I. Vorbemerkung

Im Rahmen der Auslandspraktika, die die Landesnotarkammer Bayern im Einvernehmen mit den jeweiligen Präsidenten der Oberlandesgerichte durch Sonderurlaub fördert, bot sich uns die Gelegenheit, erstmals Notare in England zu besuchen. Bei den zwei größten Londoner Notariatskanzleien „DePinna“ bzw. „Cheeswrights“ wurden wir auf unsere Anfragen hin sofort herzlich eingeladen und konnten im Sommer und Herbst vergangenen Jahres acht bzw. vier Wochen hospitieren.

II. Struktur des Londoner Notariats

Der Hauptunterschied des Londoner Notariats zum deutschen bzw. den anderen kontinental-europäischen Notariaten besteht darin, dass sich die Londoner Notare sehr wenig mit inländischen Angelegenheiten befassen, sondern fast ausschließlich bei internationalen Transaktionen eingeschaltet werden. Diese internationale Ausrichtung, die unseren Aufenthalt so interessant gemacht hat, ist durch die geschichtliche Entwicklung vorgezeichnet. Das *Common Law* kennt die zwingende Mitwirkung eines Notars bei bestimmten Rechtsgeschäften nicht. Die notarielle Beurkundung als Formvorschrift, die bekanntermaßen entweder den Beteiligten die besondere Tragweite des Geschäfts verdeutlichen und sachkundige Beratung gewährleisten soll oder der Rechtssicherheit und -klarheit sowie Beweis Zwecken dient, ist dem *Common Law* von jeher fremd. Die Aufgaben englischer Notare beschränkten sich daher – neben der Abnahme von Eiden – praktisch von Anfang an auf die Erledigung von Rechtsangelegenheiten mit Auslandsberührung.

1279 wurde der Erzbischof von Canterbury vom Papst erstmals zur Ernennung von Notaren ermächtigt. Bis dahin waren ausländische, vom Papst ernannte Notare, vornehmlich Italiener, sporadisch in England tätig. Nach der Reformation ging durch das Gesetz über die Erteilung von Kirchenrechten von 1533 (*Ecclesiastical Licences Act*) das Ernennungsrecht für Notare auf die englische Krone über und wurde von dieser wiederum auf den Erzbischof von Canterbury delegiert. Heute werden alle Notare in England von dem Büro des Erzbischofs von Canterbury (*Court of Faculties of the Archbishop of Canterbury*) ernannt. Der Präsident dieses Büros ist ein Richter des Obergerichtshofes und führt den Titel *Master of the Faculties*.

Es gibt in England zwei Kategorien von Notaren, die sog. *Scrivener Notaries* und die sog. *General Notaries*. Die *Scrivener Notaries* genießen einen Sonderstatus, weil ihnen bislang die ausschließliche Zuständigkeit in der *City of London* und einem umliegenden Bezirk von drei Meilen vorbehalten war, sie aber auch besondere Zulassungserfordernisse erfüllen müssen. *Scriveners* waren ursprünglich Schreiber, die durch ihre Tätigkeit mehr und mehr mit der professionellen Vorbereitung und dem Vollzug von Urkunden beauftragt wurden. Heute sind die Londoner *Scrivener Notaries* hauptberuflich, also nach unseren Begriffen als Nur-Notare tätig, während die im übrigen England ansässigen *General Notaries* meist gleichzeitig als Anwälte (*solicitors*) praktizieren.

Bereits 1373 formierten sich die Londoner *Scriveners* auf Grund königlicher Ermächtigung zu einer Zunft und erhielten

das ausschließliche Beurkundungsrecht innerhalb Londons. Diese heute noch bestehende Zunft, die *Worshipful Company of the Scriveners*, ist für die Ausbildung und Zulassung der *Scrivener Notaries* verantwortlich und übt eine unmittelbare disziplinarische Kontrolle über ihre Mitglieder aus. Das Gesetz über die Gerichtsbarkeit und Rechtspflege von 1990 (*Courts and Legal Services Act 1990*) bestätigte die Zuständigkeit und Befugnisse der Zunft im Hinblick auf die *Scrivener Notaries*. Alle Notare der City von London mussten der Zunft angehören; dies kann sich aber in Zukunft ändern. Denn Ende vergangenen Jahres hat der oberste Gerichtshof das Monopol der *Scrivener Notaries* in der Stadt London aufgehoben – eine berufspolitisch viel beachtete Wendung. In Zukunft dürfen sich auch die Notare, die nicht die besondere Qualifikation der *Scrivener Notaries* besitzen, in der City von London niederlassen und praktizieren.

Neben der *Scrivener-Zunft* sind die Londoner Notare noch in der Vereinigung der Öffentlichen Notare von London (*The Society of Public Notaries of London*) organisiert, die mit den deutschen Notarkammern vergleichbar ist. Diese Kammer fördert die Interessen der *Scrivener Notaries* in der Öffentlichkeit und regelt die Art und Weise der Berufsausübung. Seit einigen Jahren ist die *Society* Mitglied der Union des Lateinischen Notariats.

Grundvoraussetzung, um sich als *Scrivener Notary* zu qualifizieren, ist ein Hochschulabschluss. Dies braucht aber kein juristischer Abschluss zu sein; einige der Londoner Notare haben ihren beruflichen Werdegang mit einem Diplom in Fremdsprachen begonnen. Die zu absolvierende Anwärterzeit bei einem zugelassenen *Scrivener Notary* als sog. *Article Clerk* dauert mindestens fünf Jahre. Während dieser Zeit hat der Anwärter zwei Examina in juristischen Fächern und in zwei Fremdsprachen abzulegen. Der juristische Teil der Prüfungen umfasst Klausuren in den Bereichen Grundstücksrecht, Vertragsrecht, Handelsrecht, römisches Recht, Treuhandgeschäfte (*trusts*) und Erbrecht, Grundstückübertragungen, Internationales Privatrecht, Internationales Wertpapier- und Wechselrecht, Notariatskunde sowie Kenntnisse im Recht eines größeren europäischen Landes. Üblicherweise verbringt der Anwärter ein Jahr im Büro eines ausländischen Notars oder Rechtsanwaltes.

Derzeit gibt es in London ca. 30 *Scrivener Notaries*, wobei die Zahl nicht gesetzlich festgelegt ist, sondern nur durch die beschränkt angebotenen Anwärterverhältnisse begrenzt wird. Die Notare haben sich in sechs Sozietäten von bis zu sieben Notaren zusammengeschlossen.

III. Tätigkeit der Londoner Notare

Einen großen Teil der Arbeit der *Scrivener Notaries* machen die Unterschriftsbeglaubigungen auf Dokumenten aus, die im Ausland verwendet werden sollen. Die Dokumente selbst werden dabei in der Regel nicht von den Notaren entworfen, sondern kommen von ausländischen Kanzleien bzw. werden von den auftraggebenden Firmen, Banken, Rechtsanwalts- und Wirtschaftsprüferkanzleien vorbereitet. Die Unterschrift muss nicht zwingend vor dem Notar selbst vollzogen oder anerkannt werden, sondern kann auch auf Grund eines Vergleichs mit früheren Unterschriften oder auf Grund von über-

sandten Ausweispapieren beglaubigt werden. Innerhalb der Innenstadt Londons werden die Unterschriften aber in der Regel unmittelbar vor dem Notar geleistet, wobei die Notare allerdings auch bereit sind, zu Auswärtsterminen zu gehen. Für uns als begleitende Assessoren war dies sehr interessant, da wir dabei viel über die in London abgewickelten Geschäfte und die Arbeitsbedingungen in der *City of London* erfuhren.

Die Dienstleistungsbereitschaft der Londoner Notare ist aus deutscher Sicht beeindruckend. Terminvergaben binnen weniger Stunden sind eine Selbstverständlichkeit. Ein noch leerer Kalender am Morgen kann sich schlagartig ändern, so dass selbst eine Lunch-Pause – früher ein englisches *Muss* – kurzfristig hinfällig wird. Die Beglaubigungsvermerke selbst werden praktisch in allen gängigen Sprachen der Welt erstellt. Das Gleiche gilt für benötigte Vertretungsbescheinigungen, die auch auf die speziellen rechtlichen Anforderungen der verschiedenen Länder abgestellt werden. Die beglaubigten Dokumente werden schließlich durch eigene Boten zum Außenministerium für die Erteilung der Apostille bzw. zu den verschiedenen Botschaften zur Überbeglaubigung gebracht, so dass die fertigen Dokumente meistens noch am gleichen oder nächsten Tag den Kunden zurückgebracht werden können.

Neben diesen Beglaubigungen erstellen die Notare häufig Übersetzungen juristischer Texte. Dies sind zum Teil ausländische Dokumente, wie z.B. Testamente, die in England verwendet werden sollen. Die von Notaren gefertigten Übersetzungen werden bei den englischen Gerichten leichter anerkannt als solche von Dolmetschern, da diese die Richtigkeit ihrer Übersetzung erst durch ein *Affidavit* bestätigen müssen. Zum anderen Teil sind dies Dokumente, beispielsweise Vollmachten, die vor der Unterschriftsbeglaubigung oder Beurkundung in die Sprache des Landes übersetzt werden, in der sie verwendet werden sollen. Gerade dieser Bereich der notariellen Tätigkeit war für uns sehr interessant, da man bei der Zusammenarbeit mit den in Fremdsprachen hervorragend ausgebildeten Notaren viel über die Bedeutung einzelner juristischer Begriffe und Wendungen in den unterschiedlichen Sprachen erfährt.

Ein weiterer Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit ist die Betreuung englischer Mandanten beim Erwerb von Immobilien im Ausland. Neben der eigentlichen notariellen Tätigkeit, wie Beurkundung von Vollmachten, Angeboten oder Verträgen, beraten die Notare wie Sachverständige zur ausländischen Rechtsordnung einschließlich steuerrechtlicher Konsequenzen. Auch das internationale Erbrecht ist von großer Bedeutung. Besitzt ein englischer Erblasser Immobilien im Ausland oder ein ausländischer Erblasser Grundbesitz in England, ist die Nachlassabwicklung auf Grund der in der Regel eintretenden Nachlassspaltung nicht einfach, sodass ein Mittler zwischen den Rechtsordnungen vonnöten ist. Daher wird der

Scrivener Notary oft bereits bei der Errichtung des Testaments hinzugezogen und beantwortet in diesem Zusammenhang auch Fragen des internationalen Erbschaftsteuerrechts.

Eine Besonderheit mancher Notariate in London im internationalen Rechtsverkehr ist schließlich eine umfangreiche Betreuungstätigkeit im Bereich des Schifffrechts. Historisch ergibt sich dieser Tätigkeitsbereich aus den zahlreichen Schiffsprotesten und -registrierungen im einst großen Londoner Hafen. Mit der Ausflagung der meisten Schiffe in Register anderer Staaten hat sich dieser Tätigkeitsbereich zu einem umfassenden rechtlichen Service bei der Gründung von Gesellschaften in diesen – meist sehr exotischen – Staaten, bei der laufenden Verwaltung der Gesellschaften und bei der Registrierung von Schiffen überall in der Welt erweitert.

Im rein inner-englischen Rechtsverkehr ist der *Scrivener Notary* schließlich befugt, bei rechtsgeschäftlichen Übertragungen auch im Grundstücksbereich tätig zu werden, Anträge auf Erteilung von Testamentsvollstrecker- oder Nachlassverwalterzeugnissen zu stellen, eidesstattliche Versicherungen und Eide abzunehmen, Wechselproteste auszustellen und Wechselgeschäfte öffentlich zu bescheinigen. Dies hat jedoch kaum praktische Bedeutung, da die *Scrivener Notaries* schon aus Zeitgründen fast ausschließlich Rechtsgeschäfte mit Auslandsbezug betreuen. Die ausgezeichneten Sprachkenntnisse und die zum Teil verblüffend detaillierten Kenntnisse des ausländischen materiellen Rechts in allen beurkundungsrechtlich relevanten Bereichen machen sie zu kompetenten Ansprechpartnern, mit denen eine schnelle und gute Zusammenarbeit ohne Verständigungsprobleme möglich ist.

Die Gebühren der *Scrivener Notaries* sind weder staatlich vorgeschrieben noch von der Kammer tariflich festgelegt. Die Notare stehen daher miteinander im Wettbewerb. Bürointern gibt es jeweils eine Preisliste, die für die meisten Verrichtungen unabhängig vom Geschäftswert Festpreise festlegt, innerhalb derer jedoch ein bestimmter Spielraum besteht. Vielfach wird beispielsweise Privatleuten im Gegensatz zu Firmenkunden ein gewisser Abzug gewährt. Die häufigen und in der Großstadt London zeitaufwendigen Auswärtstermine werden üblicherweise nach Stundensätzen abgerechnet.

Abschließend lässt sich sagen, dass gerade die internationale Ausrichtung der Londoner Notare und ihre Arbeit an der Schnittstelle zwischen dem *Common Law* und den kontinental-europäischen Rechtsordnungen den Aufenthalt so interessant gemacht haben. Verbunden mit der Herzlichkeit, mit der wir in den Kanzleien aufgenommen wurden, und der Bereitschaft der Notare, uns in die tägliche Arbeit einzubeziehen, wurde unser Aufenthalt in London zu einem fachlich wie persönlich bereichernden Erlebnis, zu dem natürlich auch die fast unbegrenzten Möglichkeiten, die London für die Freizeitgestaltung bietet, beigetragen haben.

Tagung der ERA Trier: Internationales Privatrecht im Binnenmarkt – Europäisierung des Haftungsrechts

(25. – 26. Oktober 1999)

Von Notar *Dr. Stefan Bandel*, Deggendorf, Notarassessor *Falko Bode*, Fürstenfeldbruck
und Notarassessor *Dr. Andreas Knapp*, wiss. Mitarbeiter beim EuGH Luxemburg

Nach 1993 lud die Europäische Rechtsakademie Trier zum zweiten Mal zur Fortbildung und Diskussion über die Angleichung des Europäischen Privat- und Kollisionsrechts an die Mosel ein. 84 interessierte Juristen aus neun europäischen Ländern folgten dem Ruf, darunter Praktiker aus Verwaltung, Justiz, Wirtschaft, Anwaltschaft und Notariat, aber auch Studenten, die insbesondere durch den vollständigen Jahrgang 1999/2000 des Studiengangs Droit Européen Comparés der Universität Nancy zahlreich vertreten waren.

Im Mittelpunkt der Veranstaltung, welche von *Dr. Monika Novak-Stief* engagiert und sicher geleitet wurde, standen die Übereinkommen von Rom und Brüssel (Römer EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, Bundesgesetzblatt 1986 II S. 810 – EVÜ; Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 ABl. EG Nr. C 189 v. 28.7.1990 – EuGVÜ). Die Überführung dieser Verträge in das Gemeinschaftsrecht auf Grundlage der Art. 61 lit. c, 65 EG wird von der Europäischen Kommission vorgeschlagen, für das EuGVÜ liegt hierfür der Kommissionsentwurf einer Verordnung vom 14.7.1999 (KOM [1999] 348) vor. Zusätzliche Aktualität erhielt das Thema durch die Sondertagung des Europäischen Rats im finnischen Tampere am 15. und 16. Oktober 1999, auf der sich dieser zu dem „wichtigen politischen Ziel“ der Schaffung eines „echten Europäischen Rechtsraums“ nachdrücklich bekannt und weitere Vereinheitlichungen im Verfahrens- und Privatrecht ins Auge gefasst hat. Schlussfolgerung Nr. 39 des Vorsitzes lautet: „Im Bereich des materiellen Zivilrechts bedarf es einer allgemeinen Studie über die Frage, ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren, die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedsstaaten angeglichen werden müssen. Der Rat sollte bis 2001 Bericht erstatten.“

1. Tag:

Privatrecht, Kollisionsrecht, Verbraucherschutz

Prof. Dr. Pierre Widmer, Direktor des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne-Dorigny, führte in das Tagesprogramm ein, indem er herausstellte, dass im Privatrecht der europäischen Länder bereits wesentliche Gemeinsamkeiten bestehen, z.B. im Haftungsrecht, wo das Verschulden als zentrale Anspruchsvoraussetzung einerseits allgemein anerkannt sei, andererseits zunehmend objektiviert werde.

Ebenfalls zur Einführung zeigte der Vorsitzende des Podiums, *Prof. Walter van Gerven* von der Universität Leuven und Maastricht, die zwei grundsätzlichen Wege zur Vereinheitlichung des Privatrechts auf, nämlich die Harmonisierung des Kollisionsrechts einerseits und die Harmonisierung des materiellen Rechts andererseits. Der zweite Weg erübrige, sobald er zur vollen Vereinheitlichung („Unifikation“) geführt habe,

den ersten. Bis dahin sei aber jede Harmonisierung sachlich begrenzt und schaffe durch das entstehende Nebeneinander von vereinheitlichtem und nicht vereinheitlichtem Recht neue Schwierigkeiten und Systembrüche („Layers of Disparity“). Mit diesen gelte es umzugehen.

Prof. van Gerven erteilte dann *Peter-Christian Müller-Graff*, Professor an der Ruprechts-Karls-Universität Heidelberg, das Wort. Dieser hielt seinen Vortrag zum Thema „Privatrecht-angleichung durch die EG“. Ausgehend von der in dieser Allgemeinheit zweifelhaften These, dass unterschiedliche Rechtsnormen in den Mitgliedsstaaten generell den Rechtsverkehr erschweren und damit Handelshemmnisse darstellen, befürwortete *Prof. Müller-Graff* eine weitgehende Schaffung von einheitlichem Privatrecht im Europäischen Binnenmarkt. Als Rechtsgrundlage stünden hierfür zwar nicht die neuen Artikel 65 und 67 EG zur Verfügung, weil diese nur die Angleichung des Kollisionsrechts ermöglichen, wohl aber insbesondere Artikel 95 EG. Dabei sei die Kodifikation in Form der Verordnung vorzuzugungswürdig, weil sie unmittelbar gelte und damit die bei der Umsetzung von Richtlinien auftretenden Komplikationen und Divergenzen von vornherein vermeide. Die Zeit sei reif, von der punktuellen Vereinheitlichung, insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzes, zur Schaffung einer geschlossenen, einheitlichen Regelung zu gelangen. Hierzu schlug *Prof. Müller-Graff* vor, sich von einer am Verbraucher orientierten Rechtssetzung ganz zu verabschieden und stattdessen Regeln für alle Marktteilnehmer zu schaffen. Der Wille, nur einzelne „Schwache“ zu schützen, beruhe auf einem Missverständnis, es müsse umgekehrt darum gehen, die Verhandlungsmacht einzelner „Starker“ einzugrenzen zum Wohle aller anderen Marktteilnehmer. Diese kühne These wurde vom Auditorium interessiert zur Kenntnis genommen, in der anschließenden Diskussion aber nicht weiter vertieft.

Im Anschluss daran gab *Richard Plender* QC, London, einen Überblick zum Anwendungsbereich des EVÜ. Er referierte zu Auslegungsfragen hinsichtlich aller Bestimmungen des Abkommens und stellte die hierzu in den Mitgliedsstaaten ergangene Rechtsprechung dar.

Es folgte *Dirk Staudenmayer*, Generaldirektion XXIV, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, der in seinem Referat zum Verbraucherschutz insbesondere das Ziel der Kommission erläuterte, den Verbraucherschutz „technologie-neutral“ auszugestalten: Der Verbraucher solle unabhängig davon, über welches Medium er am Rechtsverkehr teilnehme, den gleichen Schutz genießen. Dies erfordere zusätzliche und spezifische Vorkehrungen für die neuen Gefahren der modernen Technologien. Beispielsweise müsse der Verbraucher, der „von seinem Wohnzimmerstuhl aus“ im Internet angebotene Waren- oder Dienstleistungen bezieht, immer den Schutz des Gerichts seines Heimatlandes genießen. Artikel 15 des Verordnungsvorschlags der Kommission begründe deshalb in Abweichung vom Art. 13 des EuGVÜ für den Verbraucher

ohne einschränkende Bedingungen die Wahl, entweder am Wohnsitz des Vertragspartners oder aber am eigenen Wohnsitz zu klagen. Umgekehrt könne der Vertragspartner nur am Wohnsitz des Verbrauchers klagen. Im Anschluss an den Vortrag wurde kontrovers diskutiert, ob die Aufgabe der Bedingungen des Art. 13 EuGVÜ (u.a.: ausdrückliches Angebot oder Werbung des Verbrauchers an dessen Wohnsitz) sachgerecht sei, weil gewerbliche Internetanbieter in allen Mitgliedsstaaten verklagt und dadurch überfordert werden könnten. Umgekehrt wurde erörtert, ob nicht auch Art. 5 EVÜ bei der Umsetzung in Gemeinschaftsrecht dahin ausgeweitet werden soll, dass auf Streitigkeiten über Verbraucherrechtsverhältnisse grundsätzlich das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers anwendbar würde. Letzterer Vorschlag scheint sich nicht durchzusetzen, da die inzwischen am 7.12.1999 im Ministerrat gefundene politische Einigung zur Richtlinie betreffend bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs („e-commerce“) für die Bestimmung der auf einen elektronisch geschlossenen Vertrag anwendbaren Rechtsordnung allgemein das „Herkunftslandprinzip“ verfolgt, auch für Verbraucherverträge.

Nachmittags schilderte *Prof. Dr. Reinhard Welter* von der Universität Leipzig die Probleme, mit denen Banken konfrontiert sind, wenn sie ihre Kreditverträge mit Verbrauchern aus anderen Mitgliedsstaaten abschließen. Kreditverträge, die zur Finanzierung einer Immobilie abgeschlossen werden, unterfallen nach derzeitiger Fassung nicht Artikel 5 EVÜ, so dass sich das anwendbare Recht auch dann nach den allgemeinen Vorschriften (Art. 3: Freie Rechtswahl, Art. 4: engste Verbindung) ermittelt, wenn der Kreditnehmer Verbraucher ist. Allerdings soll im Rahmen der Umsetzung in Gemeinschaftsrecht Art. 5 EVÜ auch auf Kreditverträge mit dem Zweck der Finanzierung einer Immobilie erstreckt werden. Dementsprechend erweitert ist auch Art. 15 Verordnungsentwurf zum EuGVÜ.

Ähnlich wie der Verbraucherschutz schränken die allgemein zwingenden Regeln des mitgliedstaatlichen *ordre public* die Rechtswahlmöglichkeiten der Parteien ein. Hierüber referierte *Prof. Dr. Ole Lando*, Copenhagen Business School, der insbesondere die Bedeutung von Art. 7 Abs. 1 EVÜ herausstellte, wonach das inländische Gericht, welches eigentlich inländisches Recht anwendet, dennoch zwingende ausländische Regeln bei seiner Entscheidung nach seinem Ermessen berücksichtigen darf. *Prof. Lando* bedauerte, dass einige Länder wie Deutschland und Großbritannien diese Regel für sich ausgeschlossen haben und forderte, sie bei einer Vergemeinschaftung des EVÜ beizubehalten. Anknüpfend an die Arbeit, seiner Kommission zum Vertragsrecht rief *Prof. Lando* auch im Bereich des Deliktrechts dazu auf, das Projekt einer Vereinheitlichung der Regelung für ganz Europa mutig anzugehen und auf eine Kodifizierung hinzuwirken.

Der erste Tag endete mit einem umfassenden Überblick über die mitgliedstaatliche Rechtsprechung zum EuGVÜ durch *Michael Wilderspin*, Task Force Justice and Home Affairs, Kommission der Europäischen Gemeinschaften.

2. Tag: Haftungsrecht und Haftungskollisionsrecht

Die Konferenz wurde am zweiten Tag unter dem Vorsitz von *Richard Plender* mit dem Vortrag von *Prof. Dr. Ulrich Magnus*, Universität Hamburg, über die bisherigen Ergebnisse der European Group on Tort Law fortgesetzt. Diese von der EU geförderte Gruppe von Wissenschaftlern aus allen

Mitgliedsstaaten, Südafrika, Israel und den USA orientiert sich am Vorbild der Lando-Kommission zum Vertragsrecht und wird Vorschläge für die vereinheitlichte Kodifizierung eines Europäischen Deliktrechts unterbreiten. Seinem Vortrag stellte *Prof. Magnus* zwei Hauptthesen voran, nämlich, dass der Bedarf für ein einheitliches Haftungsrecht in Europa eindeutig vorhanden sei, und dass man global und zukunftsorientiert denken solle um Regeln zu entwickeln, die über Europa hinaus auch für dritte Staaten akzeptabel seien.

Als „Fundus eines einheitlichen Haftungsrechts“ bezeichnete *Prof. Magnus* die Funktion des Schadensersatzes (voller Ausgleich für den Geschädigten, Steuerung, nicht Bestrafung des Schädigers), die Haftungsvoraussetzungen von Schadenskausalität und Verschulden und die Einstandspflichten im eigenen Obhutsbereich und bei Gefahrschaffung. Diese Grundelemente und weitere Einzelfragen, wie z.B. die Berücksichtigung von Mitverschulden, würden in allen Staaten ähnlich eingeschätzt. Gegensätze bestünden aber z.B. bei der Eingrenzung der geschützten Rechtsgüter, bei den Rechtfertigungsgründen, der Schuldfähigkeit und vor allem beim Haftungsumfang. So erhalte ein Opfer für den Verlust seines Auges in Europa Entschädigungen zwischen 2.500 und 30.000 EUR und der Ehegatte eines getöteten Unfallopfers werde für den ihm zugefügten persönlichen Verlust und seelischen Schmerz in Deutschland gar nicht, in England mit ca. 11.000 EUR und in Frankreich mit ca. 17.000 EUR entschädigt. *Prof. Magnus* rief dennoch dazu auf, zur Überwindung dieser Unterschiede in „englisch-pragmatischer“ Weise vorzugehen und das Ziel der einheitlichen Haftungskodifikation stets orientiert an konkreten Fallgestaltungen zu verfolgen.

Eine Alternative zur Kodifikation von Einheitsrecht zeigte der folgende Vortrag von *Prof. Walter van Gerven*, ehemaliger Generalanwalt am EuGH, auf. *Prof. van Gerven* bezog sich auf seinen Lehrer *Max Rheinstein*, der ihn überzeugt habe, dass das Recht sich am ehesten durch das Studium von Fällen verstehen und fortentwickeln lasse. Die Gerichte der Mitgliedsstaaten seien schon bisher vor ähnliche Probleme gestellt worden, und es sei auch in den Lösungen viel Gemeinsames erkennbar. Die Vereinheitlichung der europäischen Rechtsordnung könne durch die Herausarbeitung der gemeinsamen Rechtsgedanken Stück für Stück erfolgen, was gegenüber dem „Riesenschritt“ der Kodifikation machbarer erscheine. Erst durch Herausarbeitung der gemeinsamen Rechtstradition, insbesondere auch als Gegenstand der Juristenausbildung, werde eine Situation geschaffen, in der die Kodifikation funktionieren könne. Die zentrale Rolle spiele in diesem Prozess der EuGH, der seinen Entscheidungen in immer größerem Umfang rechtsvergleichende Studien zugrunde legen werde, um das gemeinsame Erbe der Mitgliedsstaaten zum Vorschein und zur Geltung zu bringen. Motor der Entwicklung sei der EuGH auch und gerade im materiellen Haftungsrecht, wo er zu Art. 215 EGV (nunmehr: 288 EG) die Staatshaftung der Gemeinschaft entwickelt und in der Francovic-Rechtsprechung auf die mitgliedstaatliche Staatshaftung übertragen habe. Seine immer schärfer konturierten Grundsätze würden zunehmend in das allgemeine Haftungsrecht übertragen und könnten so zu einer Angleichung führen.

Die Bemühungen um die Vereinheitlichung des Haftungskollisionsrechts beleuchtete das anschließende Referat von *Prof. Dr. Bernd von Hoffmann*, Universität Trier, über Vorschläge zur Harmonisierung bei der Bestimmung des auf gesetzliche Schuldverhältnisse anwendbaren Rechts („Rom II“). Sie könnte durch Übereinkommen oder durch Gemeinschafts-

rechtsakt erfolgen, wobei der Umfang der Gemeinschaftskompetenz aus Art. 65 EG streitig ist, weil die Binnenmarktrelevanz der gesetzlichen Schuldverhältnisse (ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubte Handlung) unterschiedlich beurteilt wird. *Prof. von Hoffmann* würdigte die vorliegenden Entwürfe, von denen bisher nur der Vorschlag der GEDIP (Group Européen de Droit International Privé) veröffentlicht ist, während die Europäische Kommission einen eigenen Entwurf vorbereitet. Der Referent sprach sich für eine Gemeinschaftsrechtssetzung per Verordnung aus und bevorzugte das Tatortprinzip als allgemeine Regel gegenüber der Anknüpfung an das Merkmal der „engsten Beziehung“, welches das Rechtszuweisungsproblem beschreibe aber gerade nicht löse. Weiter befürwortete er die Möglichkeit der Rechtswahl nach Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses und auch davor, wenn hierfür ein Bedürfnis bestehe wie z.B. im Fall einer internationalen Großbaustelle.

Den Abschluss der Tagung bildete das Referat von *Prof. Dr. Kurt Siehr* von der Universität Zürich zum Haftungskollisionsrecht der Schweiz. Dieses ist niedergelegt im Schweizerischen IPRG vom 18.12.1987. *Prof. Siehr* erläuterte die Funktionsweise dieses modernen IPR-Gesetzes an Einzelfällen und konnte im Fazit feststellen, dass das schweizerische internationale Haftungsrecht sich nur in Einzelheiten vom Recht anderer europäischer Staaten unterscheidet.

Die Vortragsreihe von Trier war über eineinhalb Tage dicht gedrängt. Bei der Mehrheit der Referenten verspürte man eine gewisse Rechtssetzungseuphorie, die sich eine Heilung vom Durcheinander mehrerer nationaler Rechtsordnungen durch von der Europäischen Gemeinschaft verordnetes Gemeinschaftsrecht erhofft. Dem standen aber auch nachdenklichere Beiträge, insbesondere von *Prof. van Gerven* gegenüber, die von einer überstürzten Vereinheitlichung abrieten. Jeder der Vorträge wurde von reger Diskussion begleitet, die auf eine konstruktive Zusammenarbeit bei dem großen Projekt der Rechtsangleichung hoffen lässt, sei es, dass diese durch den großen Wurf einheitlicher Kodifikation oder mit den kleinen Schritten der vom EuGH auf rechtsvergleichende Untersuchungen gestützten Rechtsprechung voranschreitet.

Nach dem Eindruck, den die Tagung bei uns hinterließ, muss wichtigstes Ziel all derer, die in der deutschen Privatrechtsordnung ein überwiegend gelungenes Werk sehen, von dem vieles wert ist, erhalten zu werden, die konstruktive Mitwirkung bei der weiteren Rechtsvereinheitlichung sein. Nur so wird es gelingen, Wertvorstellungen in einem vereinheitlichten Privatrecht fortzuschreiben. Wenig Sinn ergäbe es hingegen, sich einer Rechtsvereinheitlichung zu widersetzen. Dieser Zug wurde spätestens mit der Erklärung von Tampere aufs Gleis gesetzt und wird von deutschen Bedenken gegen die Rechtsvereinheitlichung als solche nicht mehr aufgehalten werden.

Munzig: Die Gemeinschaftsordnung im Wohnungseigentum, Verlag C.H. Beck, München 1999 (Beck'sche Musterverträge Band 35), 152 Seiten, mit Diskette, DM 36,-

Die richtige und interessengerechte Gestaltung der Gemeinschaftsordnung als Grundgesetz der Eigentümergemeinschaft kann über Krieg und Frieden in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und den Wert des einzelnen Wohnungseigentums entscheiden. Das Buch von *Dr. Jörg Munzig*, Notar in Neu-Ulm, möchte hierzu eine Handreichung und insbesondere dem Praktiker Gestaltungshinweise geben.

Hierzu wird eine Gemeinschaftsordnung im Muster vorgestellt. Der Autor durchleuchtet dann jeden Regelungsgegenstand zuerst von den rechtlichen Vorgaben und anzustellenden Überlegungen her und erläutert dann den im Muster gewählten Weg und stellt Alternativen vor. Dabei werden die Grundlagen des Wohnungseigentumsrechts und die Teilungserklärung zwar angesprochen; das Buch beschränkt sich jedoch auf die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung.

Aus Praktikersicht nicht ganz überzeugend erscheint der Ansatz, dass nur ein Grundmuster für alle Fälle (Geschosswohnungsbau, Dachgeschossausbau im Familienkreis und Mehrhausanlagen) dienen soll. Wenn durch die angebotenen Regelungsalternativen sicher auch alle angesprochenen Fälle einer sinnvollen Lösung zugeführt werden, dürften doch etwa bei familiären Kleinstanlagen Ausführungen zur Eigentümerversammlung oder zum Verwalter die Urkunde nur unnötig aufblähen (das sieht auch *Munzig*, S. 2 f., ohne daraus jedoch die Konsequenz zu ziehen). Hier wäre zu überlegen, anstelle oder neben den Regelungsalternativen weitere im Volltext ausformulierte Muster für bestimmte Grundfälle zu bilden, die dann stärker die jeweiligen Regelungsschwerpunkte betonen könnten.

Inhaltlich ist die Arbeit kenntnisreich und besticht durch eine Vielzahl, auch im Fußnotenapparat aufgenommener wertvoller Informationen samt weiterführender Verweise (so z.B. zur Höhe der Instandhaltungsrücklage, Fußnote 362, zu den technischen Möglichkeiten der Verbrauchserfassung bei der Heizung, Fußnoten 336 ff., oder zur Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung für den Verwaltungsbeirat, die gerade durch die Entscheidung OLG Düsseldorf MDR 1998, 35 wieder ins Bewusstsein gerufen wurde, in § 15 Abs. 6 samt Erläuterungen S. 124). Dabei wird stets die herrschende Meinung unter Auswertung des aktuellen Standes der Literatur und Rechtsprechung zugrunde gelegt. So finden sich auch Regelungen für die Nutzung der Wohnanlage für „Betreutes Wohnen“ (Alternative zu § 2, samt Erläuterungen, S. 48) oder die Möglichkeit einer Anrufung des Deutschen Ständigen Schiedsgerichts für Wohnungseigentumsachen (hierzu *Schmidt* MittBayNot 1998, 163) in § 16. Hierbei eröffnet der Autor – meines Erachtens zu Recht, angesichts der noch fehlenden praktischen Erfahrungen – nur die Möglichkeit der Anrufung, sieht aber keine ausschließliche Zuständigkeit vor.

Die Mustergemeinschaftsordnung beginnt mit einer Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, wobei dann geregelt ist, dass, sollte Sondereigentum an den vorbeschriebenen Teilen nicht begründet werden können, ein Sondernutzungsrecht des jeweiligen Wohnungseigentümers vereinbart

wird (§ 1 Absatz 5). Dieser Weg ist zwar gängig und in den wohl meisten Mustern verbreitet. In der Sache geht es jedoch gar nicht um die Rechtsnatur des Estrichs oder der Tapete in der Wohnung, sondern eher um die Frage, wer die Farbe der Tapete bestimmt und die Kosten zu tragen hat. Dass dann die Zuflucht zum Sondernutzungsrecht genommen wird, beweist, dass es sich methodisch um eine Fiktion handelt. Wäre es nicht richtiger (und auch den Beteiligten einfacher zu vermitteln), ohne dogmatische Überlegungen über die Rechtsnatur der Oberfläche der tragenden Wand zu regeln, wer die Wand tapeziert und hierfür die Kosten trägt?

Ein ähnlich verbreiteter, aber kritisch zu hinterfragender Punkt ist die in einer Alternative aufgenommene Möglichkeit, in der Ladung bei Beschlussunfähigkeit der Eigentümerversammlung gleich eine Eventualversammlung eine halbe Stunde später einzuberufen (§ 13 Absatz 4, Alternative samt Erläuterungen, S. 111). Weil auch ein Verzicht auf ein Einladungsquorum möglich ist, führt die doppelte Einberufung nur dazu, dass die meisten Eigentümer gleich eine halbe Stunde später kommen, um nicht bei anfänglicher Beschlussunfähigkeit warten zu müssen.

Ein wichtiges Anliegen von *Munzig* ist es, die Dynamik des Wohnungseigentums zu erhalten, wozu auch die Anpassung an geänderte Verhältnisse gehört. So finden sich gut durchdachte Überlegungen und Vorschläge zu erlaubten Nutzungsänderungen und baulichen Veränderungen, vorbehaltenen Sondernutzungsrechten, die später zugewiesen werden können, zur Vertretung von Eigentümern unbekanntem Aufenthalts und zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels beim Dachgeschossausbau. Dabei fällt auf, dass die Ausführungen zur Änderung der Gemeinschaftsordnung als solcher jedoch knapp sind. Möglicherweise ist das auf die Erfahrung zurückzuführen, dass ab einer gewissen Größe der Anlage im Grundbuch einzutragende Änderungen mit realistischem Aufwand kaum noch möglich sind (in diese Richtung auch Seite 3). Auch der – im Einzelnen noch immer nicht vollständig geklärte – Ausweg der Praxis, über einen nicht angefochtenen Eigentümerbeschluss eine „Pseudovereinbarung“ herbeizuführen (hierzu etwa *Fisch*, MittRhNotK, 1999, 213, *Lüke* DNotZ 1997, 960, *Demharter* MittBayNot 1996, 417 und die wohl auch in den Umkreis gehörende Entscheidung BayObLG MittBayNot 1998, 252 zur Bindungswirkung der Zustimmung zu baulichen Veränderungen für den Sonderrechtsnachfolger), wird nur kurz (bei den baulichen Veränderungen, § 7, S. 77) gestreift.

In § 14 Abs. 4 (Alternative) wird eine Vollmacht des Verwalters zu Verfügungen über das Gemeinschaftseigentum, etwa bei Straßengrundabtretungen, vorgestellt. Wer gerade bei größeren Anlagen einmal das Problem hatte, alle Eigentümer und Gläubiger zu einer Unterschrift bewegen zu müssen, wird dies sicher für eine wünschenswerte Gestaltung halten. Gleichwohl vermisst man die Auseinandersetzung mit der an anderer Stelle zitierten Entscheidung BayObLG MittBayNot 1998, 99 (100 f.), ob nicht das dort geäußerte Argument, die Gemeinschaftsordnung betreffe nur das Innenverhältnis der Eigentümergemeinschaft, nicht jedoch Fragen der dinglichen Zuordnung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, auch in diesem Fall gilt, und der Frage, wie weit eine Vollmacht in der Gemeinschaftsordnung wirklich automatisch zu Lasten jedes

Erwerbers oder Gläubigers wirken kann. Die Ausführungen auf S. 117 verweisen nur darauf, dass der Verwalter eine schriftliche Vollmachtsurkunde verlangen könne. Dies löst jedoch nicht das Problem, die Unterschrift des Eigentümers zu erhalten.

Diese Kritikpunkte sollen jedoch den Wert der Arbeit nicht schmälern. Das Buch von *Munzig* gibt auch und gerade dem erfahrenen Praktiker eine Fülle von leicht auffindbaren

Informationen und Vorschlägen, die auch zu einer Auseinandersetzung mit eigenen „alterproben“ Mustern anregen sollten. Zur einfacheren Übernahme in die Textverarbeitung sind die Muster auf einer Diskette im ASCII- und Word-für-Windows-Format beigefügt. Die Anschaffung kann daher, auch angesichts des günstigen Preises, uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Martin Thomas Reiß*, Münsterstadt

Herbert Grizwotz, Nichteheleche Lebensgemeinschaft, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, München 1999, 622 Seiten, DM 89,00 sowie ders., Partnerschaftsvertrag für die nichteheleche Lebensgemeinschaft, 3. überarbeitete Auflage, München 1998, 136 Seiten, DM 29,50.

Die Bearbeitung des nunmehr in der dritten Auflage vorliegenden und in der NJWSchriftenreihe erschienenen Handbuchs wurde von Notar *Dr. Dr. Grizwotz* übernommen und der Verlag kennzeichnet diese dritte Auflage zu Recht als völlig neu bearbeitet. Bereits ein Blick in das umfangreiche Inhaltsverzeichnis zeigt, dass sich die dritte Auflage sowohl vom Umfang – über 300 Seiten mehr – als auch vom Inhaltsverzeichnis her – dieses umfasst 25 Seiten – deutlich von der zwölf Jahre zurückliegenden vorherigen Auflage dieses Praxishandbuchs unterscheidet. Das Handbuch ist nunmehr in zwölf Themenbereiche aufgeteilt. Die Inhaltsübersicht und das sich daran anschließende Inhaltsverzeichnis erlauben infolge der zahlreichen mit wegweisenden Überschriften versehenen Zwischenabschnitte einen raschen Zugriff auf die einzelnen Sachgebiete.

Der erste Teil beginnt mit einer kurzen, sehr gelungenen Darstellung über die Wechselwirkung des Ehe- und Familienrechts und der Problematik der nicht ehelichen Lebensgemeinschaft, wobei *Grizwotz* besonders auf den bürgerlichen Ehebegriff, seine Entstehung und seine Auflösung eingeht. Die aus der im anschließenden Kapitel vorgenommenen Typisierung der verschiedenen Lebensgemeinschaften zu ziehenden Schlussfolgerungen bleiben an dieser Stelle des Buches leider noch im Unklaren. Sie erschließen sich besonders deutlich in der Einleitung zu dem kleinem Vertragsmusterbuch, auf das am Ende dieser Rezension näher eingegangen wird und das ebenfalls von *Grizwotz* bearbeitet wurde. Die beiden darin vorgestellten und ausführlich erläuterten Vertragsmuster gehen von zwei unterschiedlichen Partnerschaftsmodellen aus, die sich in der vorgenommenen Typisierung wieder finden.

Grizwotz setzt sich am Ende des ersten Teils des Handbuchs zu Recht kritisch mit den in der Literatur und Rechtsprechung anzutreffenden Versuchen einer Begriffsdefinition der nichtehelechen Lebensgemeinschaft auseinander. Die Darstellung kann letztendlich nur als Mahnung zur Zurückhaltung bei der Verwendung des Begriffs der nichtehelechen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft etc. im Rahmen der Vertragsgestaltung verstanden werden.

Der Schwerpunkt des zweiten Teils liegt auf der rechtlichen Behandlung der Partnerschaftsverträge in Literatur und Rechtsprechung, wobei für den Kautelarjuristen die kurze und prägnante Darstellung der derzeitigen Rechtsprechung

und die hieraus zu ziehenden Folgerungen für die Vertragsgestaltung von größtem Interesse sein dürfte. Für eine zutreffende Vertragsgestaltung ebenso unerlässlich ist die Kenntnis der Rechtswirkungen eines Verlöbnisses, die der darauf folgende Themenabschnitt zum Gegenstand hat, da beide Bereiche nah beieinander liegen. Besonders hervorzuheben ist der in einem Unterabschnitt enthaltene und gut verständlich dargebotene Überblick über die Rechtsfolgen der Beendigung eines Verlöbnisses nach derzeit geltendem Recht und die hierzu ergangene Rechtsprechung. Die daraus ersichtlichen Unterschiede in den möglichen Ansprüchen und sonstigen Rechtsfolgen aus der Auflösung eines Verlöbnisses gegenüber denen aus der Auflösung einer nichtehelechen Lebensgemeinschaft belegen die Notwendigkeit einer Abgrenzung des Verlöbnisses von der nichtehelechen Lebensgemeinschaft, die am Anfang dieses vierten Abschnitts vorgenommen wird.

Im fünften Teil geht *Grizwotz* – quasi vor die Klammer gezogen – auf die grundsätzlichen Fragen ein, die sich im Zusammenhang mit der Erstellung von Partnerschaftsverträgen stellen, nämlich deren Notwendigkeit, die Grenzen ihrer Zulässigkeit und ihren möglichen Regelungsinhalten, wobei dem Praktiker eine Checkliste für Beratungsgespräche an die Hand gegeben wird. Die darauf folgenden sieben weiteren Teile des Handbuchs gehen auf alle im Zusammenhang mit dem nichtehelechen Zusammenleben auftauchenden Fragen ein. Beispielhaft genannt sei hier der sechste Teil, die gemeinsame Wohnung, der achte Teil, die Vermögenszuordnung, und schließlich noch der zwölfte und letzte Teil, der auf Fragen des Auslandsbezugs eingeht. Die Bearbeitung sämtlicher Themenbereiche besticht durch eine umfassende Ausleuchtung aller nur erdenklichen Rechtsfragen. *Grizwotz* behandelt innerhalb eines Themenbereichs keinesfalls nur die für die Notarinnen und Notare im Rahmen der Vertragsgestaltung im Vordergrund stehenden zivilrechtlichen Aspekte und Regelungsmöglichkeiten ausführlich. Er geht in gleicher Intensität auf das Zivil- und Strafprozessrecht, das Steuerrecht, das öffentliche Recht einschließlich des Sozialrechts ein und gibt damit zugleich – natürlich beschränkt auf den Blickwinkel des nichtehelechen Zusammenlebens – einen hervorragenden Überblick über die komplexe Rechtsordnung dieses Landes. Beispielhaft sei hier der sechste Teil, Die gemeinsame Wohnung, herausgegriffen.

Zunächst erläutert *Grizwotz* in einem ersten Kapitel die allgemeinen Probleme, die sich aus dem Zusammenleben in einer Wohnung ergeben können, ob es bspw. einen räumlich-gegenständlich geschützten Bereich wie bei Eheleuten oder einen Schutz gegen den „Rauswurf“ durch den anderen Partner gibt. Der letzte Abschnitt des ersten Kapitels beschäftigt sich mit Fragen des Melderechts. Durch die Bildung der beiden folgenden Kapitel differenziert *Grizwotz* in einleuchtender

Weise zwischen dem Zusammenleben in einer Mietwohnung und dem in einem Eigenheim, wobei im Rahmen des Letzteren das Bestehen eines Wohnungsrechts mitbehandelt wird.

In dem Ersteren der beiden zuletzt genannten Kapitel wird nicht nur bspw. die Frage der Aufnahme des Lebenspartners in eine bereits angemietete Mietwohnung dargestellt, sondern es werden ebenfalls die sozialrechtlichen Gesichtspunkte des Wohnberechtigungsscheins und des Wohngeldes abgehandelt. Auch Gestaltungsempfehlungen zu der Frage, ob ein Mietvertrag durch die Lebenspartner gemeinsam abgeschlossen werden sollte, fehlen nicht.

Im Kapitel über das Zusammenleben in einem Eigenheim bilden die steuerrechtlichen Aspekte zu Recht einen wesentlichen Schwerpunkt der Darstellung, da Fragen aus diesem Bereich im Beratungsgespräch bzw. im Rahmen der Beurkundung regelmäßig auftauchen. Das Handbuch geht dabei sowohl auf das Einkommensteuer- und Eigenheimzulagegesetz ein als auch auf die Grunderwerbs- und Schenkungsteuer. Ausführlicher hätte jedoch die zivilrechtliche Seite dargestellt werden können. Insbesondere der in der Praxis besonders häufig anzutreffende Fall des gemeinsamen Erwerbs einer Immobilie und die sich daraus ergebenden Gestaltungsprobleme und -möglichkeiten sind in der Darstellung recht knapp gehalten. Dies gilt ebenso für die im Ergebnis zutreffende Ablehnung der Gestaltungsempfehlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Ungeachtet dessen beinhaltet das vorstehend dargestellte Werk eine sehr gelungene Darstellung aller im Zusammenhang mit einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auftauchenden Probleme und Fragen. Das Buch eignet sich auf Grund seines Aufbaus sowohl zur Einarbeitung in dieses Rechtsgebiet als auch als Nachschlagewerk. Es steht jedoch zu befürchten, dass das Buch insbesondere im Hinblick auf die Ausführungen zum Steuer- und Sozialrecht und der Novellierungswut des Gesetzgebers rasch veralten wird. Dieser Nachteil kann aber natürlich nicht dem Autor angelastet werden, sondern sollte durch regelmäßige Neuauflagen dieses Werkes behoben werden.

Wie bereits erwähnt, ist von demselben Autor in der bekannten Beck'schen Mustervertragsreihe in der dritten Auflage ein Band erschienen, der zwei Vertragsmuster für die rechtliche Gestaltung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften zur Verfügung stellt. Im Kaufpreis enthalten ist eine Diskette, auf

der die beiden Muster in bearbeitungsfähiger Form für die gängigen Computerprogramme dargeboten werden.

Das erste Vertragsmuster hat eine Lebensgemeinschaft vor Augen, die keine Ehe anstrebt, und eignet sich daher u. a. für die sich in der rechtspolitischen Diskussion befindlichen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften. In diesem Muster finden sich u. a. ausführliche Regelungen über den Unterhalt und die Versorgung des anderen Partners sowie zur Wohngemeinschaft. Demgegenüber geht das zweite Muster von dem wesentlichen häufigeren Fall eines probeweisen Zusammenlebens der Partner aus, die eine anschließende Heirat in Betracht ziehen bzw. zumindest nicht ausschließen. Für die Notarinnen und Notare dürfte vor allem das zweite Vertragsmuster von Interesse sein, bei dessen Gestaltung *Grizwotz* einen im Alleineigentum des einen Lebenspartners stehenden Grundbesitz bei Beginn der Lebensgemeinschaft zugrundegelegt hat. Bedauerlich ist, dass das Buch den ebenfalls häufig anzutreffenden Lebenssachverhalt des gemeinsamen Erwerbs von Grundbesitz vollkommen ausklammert. Das Buch richtet sich ausdrücklich nicht nur an den erfahrenen Praktiker, sondern auch an die betroffenen Laien. Für letzteren dürften die Anmerkungen zu § 3 und § 4 des zweiten Vertragsmusters allerdings zu knapp ausfallen. In § 3 wird die für den einziehenden Lebenspartner wichtige Frage des Wohnrechts und der wertmäßigen Beteiligung, insbesondere bei der Variante des gemeinsamen Hausbaus, geregelt. Kritisch ist insoweit anzumerken, dass auch in den Erläuterungen nicht auf das Problem der Sicherung des Ausgleichsanspruchs des mitfinanzierenden Lebenspartners, der nicht Eigentümer des gemeinsam bebauten Grundstücks ist, eingegangen wird. Auch das Risiko des nur schuldrechtlichen Freistellungsanspruchs von dem gemeinsam aufgenommenen Darlehen zur Finanzierung des Hausbaus im Falle einer Trennung wird nicht deutlich genug herausgestellt. In § 4 modifiziert *Grizwotz* die nicht selten unterlassene Berechnung des Zugewinns im Falle einer anschließenden Heirat. Dies ist besonders in Fällen des gemeinsam finanzierten Hausbaus geboten, falls der Grundbesitz, wie in dem Vertragsmuster zugrundegelegt, im Alleineigentum nur eines Lebenspartners verbleibt.

Das Vertragsmusterbuch ist eine gute Ergänzung zu dem in der NJW-Schriftenreihe erschienenen Handbuch.

Notarassessor *Markus Riemenschneider*, München

Langenfeld, GmbH-Vertragspraktikum: Gestaltungs- und Beratungsempfehlungen, Verträge und Formulare zum GmbH-Recht, 3. Auflage, 1999, Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Köln, 366 Seiten, DM 85,-

Drei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe liegt nunmehr eine vollständig überarbeitete und deutlich erweiterte Neuauflage dieses bekannten und bewährten Buches vor. Der Seitenumfang der Neuauflage hat um ca. 100 Seiten zugenommen, die Zahl der Muster ist auf 122 angewachsen. Die Gliederung wurde vollkommen neu gestaltet und enthält nunmehr fünf Kapitel mehr. In der Neuauflage sind alle zwischenzeitlich ergangenen Gesetzesänderungen wie bspw. das Handelsrechtsreformgesetz, das KonTraG sowie das Euro-Einführungsgesetz eingearbeitet.

Zu Beginn des ersten Kapitels wird dem Leser nunmehr ein kurzer zusammenfassender Überblick über die besonderen Strukturen der GmbH gegeben. Zusammen mit den neu eingefügten Kapiteln 5 und 10 erhält der Leser wichtige Hinweise für das Beratungsgespräch, wenn es die Frage nach der geeigneten Rechtsform eines bestehenden oder künftigen Unternehmens zu entscheiden gilt. Im fünften Kapitel gibt *Langenfeld* einen gelungenen Überblick über die Grundsätze der Kapitalverfassung und Finanzierung, der Rechnungslegung, des Steuerrechts, der Kapitalerhaltung und der Haftung bei Eigenkapitalersatz und im faktischen Konzern. In Ergänzung dazu geht *Langenfeld* im zehnten Kapitel ausführlich auf mögliche Rechtsformalternativen zur GmbH ein. Innerhalb dieses Kapitels nimmt die Darstellung der GmbH & Co. KG den meisten Raum ein. Die einzelnen Vor- und Nach-

teile beider Rechtsformen werden unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Gesichtspunkte übersichtlich einander gegenüber gestellt. Hinsichtlich der nunmehr als zulässig anerkannten Rechtsform der GmbH & Co. KGaA warnt *Langenfeld* überzeugend vor den Nachteilen und Risiken, die mit dieser Rechtsform verbunden sind. Das neu eingefügte Kapitel schließt mit einer knappen Darstellung der Betriebsaufspaltung und der AG, insbesondere der kleinen AG, als Alternative zur GmbH.

Die Neuauflage ist u.a. dadurch wesentlich übersichtlicher geworden, dass die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, der Gründungsvorgang und alle damit zusammenhängenden Fragen in zwei eigenständigen Kapiteln abgehandelt werden. Im Übrigen wurden die in § 3 des sehr umfangreich geratenen ersten Kapitels der Voraufgabe enthaltenen Hinweise zur Beratung und Belehrung systematisch zutreffend in die beiden vorstehend erläuterten Kapitel 5 und 10 eingearbeitet. In die Hinweise zur Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, die gegenüber der Voraufgabe deutlich ausgeweitet wurden, wurde die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung eingearbeitet. Besonders hervorzuheben ist die Darstellung über verdeckte Gewinnausschüttungen aus handelsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht. Die Empfehlung, öfter als bisher üblich Schiedsklauseln in die Satzung aufzunehmen, kann vor dem Hintergrund des vom Deutschen Notarverein ins Leben gerufenen Schieds- und Schlichtungshofs deutscher Notare, vgl. notar 4/99, S. 115 ff., nur unterstützt werden.

Dem Problem der Heilung verdeckter Sacheinlagen hat *Langenfeld* auf Grund der praktischen Bedeutung und der seit der Voraufgabe hierzu ergangenen Rechtsprechung ein eigenes Kapitel gewidmet. In Anknüpfung an die Ausführungen im zweiten Kapitel zu den Fallgruppen und den Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage wird unter Hinweis auf den Beschluss des BGH vom 4.3.1996, MittBayNot 1996, S. 222 ff., im neu eingefügten Kapitel 8 die Möglichkeit der Heilung ausführlich erläutert und die noch bestehenden Fragen mit überzeugender Argumentation geklärt. Das Kapitel schließt mit zwei Formulierungsvorschlägen zur Heilung einer fehlgeschlagenen Sachgründung durch Betriebseinbringung und einer fehlgeschlagenen Kapitalerhöhung durch Einbringung stehen gelassenen Gewinns.

Dem Buch ist wie bei der Voraufgabe eine Diskette beigelegt. Auf ihr sind sämtliche vorgeschlagenen Musterformulierungen im ASCII-Format mit der im Buch verwandten Nummerierung gespeichert und können dadurch unmittelbar in eine vorhandene Textverarbeitungssoftware übernommen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass dieses Werk eine gelungene Synthese zwischen einem herkömmlichen Formularbuch, einem Lehrbuch und Nachschlagewerk darstellt. Auf Grund dessen kann seine Anschaffung sowohl für den erfahrenen Praktiker als auch für den Berufsanfänger uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor *Markus Riemenschneider*, München

KOSTENORDNUNG. Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und ergänzende Vorschriften, Kommentar begründet von Werner Korintenberg, fortgeführt von Prof. Friedrich Lappe, Prof. Dr. Manfred Bengel und Prof. Dr. Wolfgang Reimann unter Mitarbeit von Dipl.-Rpfl. Heinrich Hellstab, Notarass. Dr. Henning Schwarz und Notariatsrat i. N. Werner Tiedtke. 14. Aufl., Vahlen Verlag, München 1999, XIV, 1191 S., DM 228,-.

Die Neuauflage des Kostenkommentars war bereits nach vier Jahren wegen wichtiger Gesetzesänderungen erforderlich geworden. Erwähnt seien nur

- die handels- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen, wie das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998, das EURO-Einführungsgesetz vom 9.6.1998, das Stückaktengesetz vom 25.3.1998,
- das Justizmitteilungsgesetz und das Gesetz zur Änderung kostenrechtlicher Vorschriften und Gesetze vom 18.6.1997,
- das 2. Gesetz zur Änderung des Rechtspflege-Anpassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 20.12.1996,
- familien- und erbrechtliche Regelungen, wie das Kinderschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997, das Beistandschaftsgesetz vom 4.12.1997, das Kindesunterhaltsgesetz vom 6.4.1998, das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz vom 25.8.1998, das Eheschließungsrechtsgesetz vom 4.5.1998 und das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998,
- die 2. Zwangsvollstreckungsnovelle vom 17.12.1997 und das Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung vom 5.10.1994,

- das Schiedsverfahren-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 sowie die Gesetzesänderung zum Rechtspflegergesetz und zur Bundesnotarordnung.

Alle diese Gesetzesänderungen sind ausführlich und überzeugend kommentiert. Besonders erwähnt sei in diesem Zusammenhang die umfangreiche Kommentierung zu dem neuen § 26 KostO. Auch der Praktiker, der bisher eher Schwierigkeiten bei der Erstellung einer Kostenrechnung in Handelssachen hatte, wird nach dem Studium der Kommentierung dieser Bestimmung feststellen, dass er jetzt keine Probleme mehr bei der Erstellung einer Kostenrechnung hat. Selbst die eher etwas schwierigen Bereiche des Kostenrechts in Bezug auf das Umwandlungsrecht sind verständlich und übersichtlich dargestellt. Kaum eine Frage bleibt hier unbeantwortet.

Beibehalten und zum Teil noch erweitert wurden am Anfang vieler Paragraphen kurze Hinweise zur Ratio der jeweiligen Gesetzesbestimmung. Der Benutzer, der sich nicht immer mit diesem Gesetz befasst, wird diese Hinweise zur schnelleren Orientierung dankbar zur Kenntnis nehmen. Gesonderte Sachverzeichnisse für die Gerichts- und Notarkosten liefern erstmals den direkten Zugriff auf die gesuchten Kommentirstellen.

Leider sind einige Kommentierungen nicht auf den neuesten Stand gebracht. So ist z.B. die Kommentierung zu § 150 KostO nach der 12. Auflage nicht mehr überarbeitet worden. Hier wird immer noch von einer Gebühr von 15,- DM gesprochen. Auch wird die Gesetzesänderung zu § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO (Stichwort: statt DM 25,- in diesen Fällen DM 50,-) nicht ausführlich kommentiert. Der Verlag hat zwar

einen Errata-Hinweis nachträglich herausgegeben; damit werden aber immer noch nicht alle Mängel beseitigt.

Bei der Besprechung der 13. Auflage (MittBayNot 1996, 24) ist bereits darauf hingewiesen worden, dass teilweise zu wenig versucht wurde, die verwirrende Rechtsprechung zu analysieren, zu koordinieren und eigene Lösungsvorschläge aufzuzeigen. Für den Kostenpraktiker ist es wenig hilfreich zu erfahren, welche Auffassung ein weit von ihm entfernt gelegenes OLG vertritt. Er will wissen, welcher Meinung sein Oberlandesgericht zu einer bestimmten Kostenfrage ist. Die

Orientierung bezüglich seines Oberlandesgerichts ist deshalb so wichtig geworden, weil der BGH (vgl. MittRhNotK 1997, 322) vor kurzem entschieden hat, dass ein Notar eine Amtspflichtverletzung begeht, wenn er in Kostenfragen nicht der Auffassung seines Oberlandesgerichts folgt,

Insgesamt enthält der Kommentar jedoch so viele Anregungen und auch exzellente Abschnitte, dass sich die Anschaffung des Kommentars in jedem Falle lohnt.

Notar *Dr. Holger Schmidt*, Viersen

Neu/Neumann/Neumayer, Handbuch GmbH-Besteuerung, Dr. Otto Schmidt-Verlag, Köln, 1999, 712 Seiten, 178,- DM.

Das in fünf Teile gegliederte Werk behandelt zunächst knapp die Rechtsformwahl. Wichtige Gestaltungen, wie z.B. das Wiesbadener Modell, werden leider nur mit wenigen Zeilen erwähnt. Die Darstellung des Anrechnungs- und Gliederungsverfahrens im zweiten Teil ist außerordentlich gelungen und auch für den mit dem Steuerrecht nicht vertrauten Juristen verständlich. Auch die Verkehrssteuern, wie die Erbschaft- und Grunderwerbsteuer, werden auf wenigen Seiten komprimiert, aber auf Grund der verwendeten grafischen Schaubilder übersichtlich behandelt.

Auf der Basis der BFH-Rechtsprechung werden die verdeckten Gewinnausschüttungen i.S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG von den anderen Ausschüttungen i.S. des § 27 Abs. 3 Satz 3 KStG und von den Vorteilszuwendungen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG abgegrenzt. Bei der Belastungswirkung der verdeckten Gewinnausschüttung wird zwischen der Momentanbelastung und der endgültigen Gesamtbelastung differenziert. Außer den steuerlichen Auswirkungen werden auch die zivilrechtlichen Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung übersichtlich dargestellt. Das ABC der Hauptanwendungsfälle der verdeckten Gewinnausschüttung stellt für die Praxis eine übersichtliche Checkliste dar. Die Simulation einer Betriebsprüfung rundet die Ausführungen zur verdeckten Gewinnausschüttung eindrucksvoll ab.

Einen Schwerpunkt des Werkes bildet die Verlustverwertung beim Anteilseigner. Der Begründung und Beendigung der Organschaft werden zurecht 50 Seiten gewidmet, die durch Beispiele und Beraterhinweise das Thema didaktisch geschickt aufreißen. In die Problematik der Umstrukturierung der GmbH – durch Verschmelzung, Formwechsel und Spaltung und Einbringung – wird der Leser verständlich eingeführt.

Im Teil IV wird die Besteuerung der Anteilseigner einschließlich der stillen Gesellschaft der Unterbeteiligung und des Nießbrauchs dargestellt. Die Behandlung des Nießbrauchs ist zu kurz geraten. Ein Hinweis auf den I. Nießbraucherlass BStBl. 1983 I 508, den die Finanzverwaltung für Einkünfte aus Kapitalvermögen immer noch anwendet, fehlt. Auch die Verschärfungen durch den III. Nießbraucherlass BStBl. 1998 I 914 sind nicht erwähnt. Insbesondere fehlt der Hinweis, dass der (Vorbehalts-)Nießbrauch nur anerkannt wird, wenn der Nießbraucher die Rechtsstellung eines Gesellschafters hat.

Somit muss für einen wirksamen Nießbrauch an einem Gesellschaftersanteil dem Nießbraucher das Stimmrecht oder zumindest die Mitwirkung bei der Abstimmung zustehen. Ein Hinweis auf die vom BFH anerkannten Pensionsgeschäfte fehlt. Die tabellarischen Übersichten über verdeckte Einlagen sind für die Praxis äußerst hilfreich, wie überhaupt die Finanzierungsmaßnahmen der GmbH-Gesellschafter gesellschaftsrechtlich und steuerlich übersichtlich dargestellt sind.

Die Probleme des Wettbewerbsverbotes sind zu optimistisch geschildert, insbesondere täuscht die Auffassung, dass eine Abgrenzungsvereinbarung nicht erforderlich sei. Zwar hat der BFH GmbHR 1996, 946 ausgeführt, dass eine fehlende Aufgabenabgrenzung zwischen einer GmbH und einem beherrschenden Gesellschafter nicht bereits eine verdeckte Gewinnausschüttung begründe. Aber die spätere Entscheidung, dass es darauf ankomme, ob der Geschäftsführer der GmbH eine Geschäftschance in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer oder als Privatmann erfahren habe (BFH DB 1996, 2366), legt der Praxis nahe, den Gegenstand der Gesellschaft eng zu begrenzen (nicht „Immobilien GmbH“, sondern „Lindenstr. 1 GmbH“) und eine ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des Wettbewerbsverbotes als Öffnungsklausel aufzunehmen.

Das Werk enthält kaum Hinweise auf divergierende zivilrechtliche und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfragen. So wäre z.B. ein Hinweis sinnvoll, dass die Haftung des alleinigen GmbH-Geschäftsführers nicht durch Amtsniederlegung erlischt, da das Registergericht die Amtsniederlegung nur einträgt, wenn ein anderer Geschäftsführer bestellt wird, vgl. BayObLG MittBayNot 1981, 200.

Bei der Haftung des Geschäftsführers fehlt ein Hinweis, dass die Finanzverwaltung auch zivilrechtliche Haftungsvorschriften für die Steuerhaftung heranzieht.

Das Studium des Werkes vermittelt dem Leser das Basiswissen für die Betreuung einer GmbH; sie ist in dieser Komplexität einmalig kompetent. Es liegt auf der Hand, dass bei dieser Konzentration nur die von der Finanzverwaltung geübte Praxis wiedergegeben werden kann.

Nach der Absicht der Verfasser ist das Werk als Information für den ersten, insofern aber schon detaillierten Zugriff gedacht. Diese Zielsetzung meistert die Kommentierung in hervorragender Weise. Insgesamt ist dem Werk zu bescheinigen, dass der Praxisbezug, die Übersichtlichkeit der Darstellung und die konzeptionelle Klarheit einmalig sind.

Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

Bürgerliches Recht

1. BGB § 242; AGBG § 9 (*Gemeindliches Wiederkaufsrecht; Anwendbarkeit AGB-Gesetz*)

1. **Der an Stelle eines Wiederkaufsrecht in einem notariellen Kaufvertrag (sog. Einheimischenmodell) vorgesehene Zahlungsanspruch in Höhe der Differenz zwischen Kaufpreis und Verkehrswert im Zeitpunkt der Weiterveräußerung unterliegt der Billigkeitskontrolle.**
2. **Der Zahlungsanspruch ist der Höhe nach auf den wirtschaftlichen Wert begrenzt, welcher der Gemeinde bei Ausübung des Wiederkaufsrechtes zugeflossen wäre.**
3. **Notarielle Verträge sind in der Regel keine Verbraucherverträge, die an den Vorschriften des AGB-Gesetzes zu überprüfen sind.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 9.12.1998 – 3 U 2031/98 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin (Gemeinde O) verlangt von den Beklagten aus einem Grundstückskaufvertrag nach dem Einheimischenmodell nach Verkauf durch die Beklagten einen vertraglich vereinbarten Unterschiedsbetrag.

Die Beklagte zu 2) kaufte von der Klägerin mit Kaufvertrag vom 1.8.1989 das Grundstück Flurstück-Nr. 1 das in einem Wohngebiet liegt, welches die Klägerin nach dem so genannten Einheimischenmodell bebauen lassen wollte. Der Kaufpreis betrug 83,30 DM/m², bei 729 m² Grundfläche insgesamt 60.725,70 DM. Damit lag der Grundstückspreis unter dem zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Gebiet O üblichen Preis für ein Baugrundstück, das bebaubar ist mit einem Einfamilienhaus. Der günstige Kaufpreis sollte die Ansiedlung von Einheimischen und sozial schwächeren Familien ermöglichen. Zur Sicherstellung dieser Ziele sind im notariellen Kaufvertrag ein Wiederkaufsrecht der Gemeinde im Falle des Verkaufs durch die Erwerber innerhalb einer Frist von 15 Jahren bzw. wahlweise dazu ein Nachzahlungsanspruch des Unterschiedsbetrages zum Verkehrswert im Zeitpunkt des Wiederverkaufes festgelegt. Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 5.12.1990 überließ die Beklagte zu 2) ihrem Ehemann, dem Beklagten zu 1), einen Anteil von 1/10 an diesem Grundstück. Der Beklagte zu 1) übernahm im Überlassungsvertrag die Verpflichtungen gemäß Ziffer V des notariellen Kaufvertrages zwischen der Beklagten zu 2) und der Klägerin. In der Folgezeit bebauten die Beklagten das Grundstück mit einem Einfamilienhaus. Am 3.7.1995 teilten sie der Klägerin mit, dass das Hausgrundstück aus wirtschaftlichen Gründen nicht zu halten sei. Sie verkauften das Grundstück im August 1996 an A zu einem Kaufpreis von 495.000,- DM. Der Gutachterausschuss des Landratsamtes T hatte am 16.6.1995 den Verkehrswert des Grundstücks ohne Bebauung mit 308,- DM/m² festgelegt. Den Unterschiedsbetrag in Höhe von 163.806,30 DM machte die Klägerin mit Rechnung vom 13.8.1996 gegenüber den Beklagten geltend.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten samtverbindlich zu verurteilen, an die Klägerin 164.593,80 DM nebst 4% Zinsen hieraus seit 13.8.1996, sowie 10,- DM vorgerichtliche Mahnauflagen zu zahlen. Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Erstgericht hat mit Endurteil vom 8.1.1998 die Klage im Wesentlichen zugesprochen. Lediglich wegen des Zinsanspruches erfolgte eine Abweisung.

Gegen dieses Urteil legten die Beklagten Berufung ein (Bl. 69/72 d.A.), die sie im selben Schriftsatz begründeten.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

Die Klägerin hat gemäß Ziffer V 6 a des Kaufvertrages vom 1.8.1989 einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagten in Höhe des von den Beklagten beim Wiederverkauf erlangten Kaufpreises, so weit dieser nicht verbraucht wurde zur Befriedigung von Kreditforderungen, die für den Kauf und die Bebauung des Grundstücks begründet worden sind und durch Grundpfandrechte, mit denen das Grundstück belastet wurde, gesichert sind und die im Rang der Auflassungsvormerkung der Klägerin, eingetragen für deren Wiederkaufsrecht, vorgehen.

1) – 3) (...)

4) Es kann dahinstehen, ob es sich bei Ziffer V 6 des Kaufvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2) um eine Vertragsstrafenklausel handelt, da die Vereinbarung auch dann nicht unwirksam wäre. Die Klausel verstößt weder gegen § 11 Ziffer 6 noch gegen § 9 AGBG und widerspricht auch nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB.

Zum einen ist schon fraglich, ob es sich bei der Klausel überhaupt um eine unter das AGB-Gesetz fallende Vereinbarung handelt, da sie in einem notariellen Kaufvertrag enthalten ist, der in der Regel eine Individualvereinbarung darstellt, da die notarielle Beurkundung die Verlesung durch den Notar und die Belehrung über besondere rechtliche Auswirkungen durch den Notar einschließt. Notarielle Verträge sind deshalb in der Regel keine Verbraucherverträge, die an den Vorschriften des AGB-Gesetzes zu überprüfen sind. Dass der notarielle Kaufvertrag mit der Beklagten zu 2) von der Klägerin als einer marktstärkeren Partei einseitig diktiert wurde, ist nicht vorgebracht (vgl. hierzu *Palandt-Heinrichs*, 58. Aufl., AGB-Gesetz, § 1 Rdnr. 14 und Vorbem. zu § 8 Rdnr. 6). Darüber hinaus benachteiligt aber die Klausel auch die Erwerber im Einheimischenmodell nicht so einseitig, dass dies Treu und Glauben widersprechen würde, da der Zahlungsanspruch aus Ziffer V 6 a des Kaufvertrages nach dem Wortlaut des Vertrages nur anstelle des Wiederkaufsrechts gemäß Ziffer V 2 verlangt werden kann. Der Kaufpreisanspruch ist deshalb zu bestimmen im Hinblick auf die wirtschaftlichen Vorteile, die der Gemeinde zugute gekommen wären, hätte sie das Wiederkaufsrecht ausgeübt. Darüber hinausgehende wirtschaftliche Vorteile kann die Gemeinde aber nicht dadurch erlangen, dass sie den Zahlungsanspruch aus Ziffer V 6a des Kaufvertrages anstatt des Wiederkaufsrechts wählt. Das Wiederkaufsrecht steht nach Ziffer V 2 c der Klägerin zu, wenn der Erwerber das Vertragsgrundstück vor Ablauf von 15 Jahren ab Beurkundung des Kaufvertrages ganz oder zum Teil weiterveräußert, egal ob in bebautem oder unbebautem Zustand; ein bindendes Angebot steht dabei einer Veräußerung gleich (vgl. hierzu Anlage K 1, Seite 8 unter 2. c). Das Wiederkaufsrecht wurde gesichert durch eine Auflassungsvormerkung, die im Rang hinter sämtliche Grundpfandrechte zurücktreten sollte, die der Erwerber im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb oder der Errichtung des Wohnhausneubaues bestellt. In Ziffer V 5 des Kaufvertrages wird ausdrücklich festgehalten, dass die Beteiligten sich darüber einig sind, dass die Ausübung des Wiederkaufsrechts unzulässig ist, wenn die Gel-

tendmachung des Rechts auf Grund besonderer Umstände grob unbillig wäre. Dem schließt sich die Vereinbarung in Ziffer V 6 an. Danach ist die Gemeinde berechtigt, *anstelle* der Ausübung des Wiederkaufsrecht bei einer Veräußerung des Vertragsgrundstückes in bebautem oder unbebautem Zustand innerhalb der nächsten 15 Jahre ab dem Tag der Beurkundung des Kaufvertrages vom Erwerber den, Unterschiedsbetrag zwischen dem heutigen Kaufpreis samt den vom Erwerber verauslagten Erschließungskosten und dem Verkehrswert des Grundstückes ohne Bebauung im Zeitpunkt seiner Veräußerung in bar zu verlangen. Der Verkehrswert ist durch den Gutachterausschuss des Landratsamtes festzustellen. Damit weist die vertragliche Formulierung „anstelle“ auf den unmittelbaren Zusammenhang hin, in dem die Vereinbarungen stehen. Nachdem die Zahlung des Wertdifferenzbetrages anstelle des Wiederkaufsrechts verlangt werden kann, kann er nur so weit bestehen, so weit ein Wiederkaufsrecht hätte geltend gemacht werden können. Die Geltendmachung ist auch ausgeschlossen, wenn sie auf Grund besonderer Umstände grob unbillig wäre. Diese Einschränkung ergibt sich aus der Formulierung im notariellen Kaufvertrag. Nur sie wird den Interessen des Käufers angemessen gerecht. Der Käufer eines Einheimischenmodells, der in Zahlungsschwierigkeiten kommt und deshalb die mit dem Kauf des Grundstückes und seiner Bebauung verbundenen Forderungen nicht mehr erfüllen kann, sähe sich auch noch den Zahlungsansprüchen der Gemeinde ausgesetzt, die er wirtschaftlich nicht erfüllen könnte. Hingegen könnte die Gemeinde auf Kosten des Käufers den Wertzuwachs des Grundstückes unabhängig von der aktuellen Verkäuflichkeit realisieren, indem sie auf die Geltendmachung ihres Wiederkaufsrechts unter Umständen gerade im Hinblick auf die vorgehenden Belastungen verzichtet und vom Käufer die Wertdifferenz zum Zeitwert verlangt. Die Geltendmachung eines Zahlungsanspruches bei dieser Konstellation wäre grob unbillig. Dabei kann dem Erwerber eines Grundstückes, das im Einheimischenmodell veräußert wird, nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er das Grundstück ohne Eigenkapital kauft. Da das Grundstück einen den Kaufpreis wesentlich übersteigenden Wert hat und die Veräußerung unter Wert dem Erwerber finanziell die Möglichkeit eröffnen soll, das Grundstück mit einem Wohnhaus zu bebauen, obwohl er grundsätzlich zu der finanziell schwächeren Einwohnergruppe gehört, kann ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er sich entsprechend dieser Zielvorstellung der Gemeinde verhält. Über den Realwert des Grundstückes wird ihm gerade die Möglichkeit gegeben, eine Finanzierung, durchzuführen, die zukunftsorientiert ist und damit Wohnungseigentum zu begründen, obwohl er marktentsprechend wirtschaftlich hierzu nicht in der Lage wäre. Auch das Beispiel der Beklagten zeigt, dass nicht von vornherein mit einem Scheitern eines solchen Vorhabens gerechnet werden muss. Sie konnten das Grundstück immerhin sieben Jahre halten.

Die Klägerin hat damit einen Zahlungsanspruch aus Ziffer V 6 a, so weit bei Geltendmachung des Wiederkaufsrecht ihr durch die Rückführung des Grundstückes etwas zugeflossen, wäre. Da die zur Finanzierung des Ankaufs und der Bebauung erforderlichen Belastungen, die auf das Grundstück gelegt wurden, ihrem Wiederkaufsrecht vorgehen würden, muss die Beklagte sich bei einem Zahlungsanspruch auch diese Belastungen abrechnen lassen. Die Beklagten haben nachgewiesen, dass bis auf den Betrag in Höhe von 65.000,01 DM die von ihnen aufgenommenen Darlehen, die durch Grundpfandrechte auf dem Grundstück abgesichert worden waren, zum Zwecke der Finanzierung des Grundstückskaufpreises

und des Hausbaues eingesetzt worden waren. So weit sie den Veräußerungserlös aus dem Weiterverkauf deshalb zur Tilgung dieser Schuld verwendet haben, kann die Klägerin keine Zahlung verlangen. Die Geltendmachung des Ausgleichsanspruches wäre nämlich dann grob unbillig. Unstreitig ist, dass die Beklagten ohne den Verkauf in die Zwangsversteigerung hätten gehen müssen. Dabei wären die Grundpfandrechte für die Darlehensverpflichtungen der Beklagten dem durch Vormerkung gesicherten Wiederkaufsrecht der Klägerin vorgegangen. Der Zahlungsanspruch der Klägerin war ohne dingliche Sicherung. Die Klägerin konnte deshalb nicht von der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts absehen und den freihändigen Verkauf des Grundstückes geschehen lassen mit dem inneren Vorbehalt sodann einen weiteren Zahlungsanspruch gegen die Beklagten geltend zu machen.

Die Klage war deshalb abzuweisen, so weit die Klägerin Zahlung über den Betrag von 65.000,01 DM hinaus beanspruchte.

2. BGB §§ 459, 463, 476 (*Gewährleistungsausschluss für Mängel, die zwischen Kaufvertragsabschluss und Gefahrübergang entstehen*)

- a) **Der vereinbarte Gewährleistungsausschluss bezieht sich auch auf zwischen Kaufvertragsabschluss und Gefahrübergang entstandene Mängel.**
- b) **Für die Arglisthaftung ist allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.**

OLG Hamm, Urteil vom 28.1.1999 – 22 U 100/98 -

Anmerkung der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Sachverhalt und Entscheidungsgründen abgedruckt in DNotZ 1999, 273 ff.

Anmerkung:

Das Urteil behandelt die Reichweite von Gewährleistungsausschlüssen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Mängelentstehung und der Geltendmachung diesbezüglicher Ansprüche (vgl. hierzu *Weigl MittBayNot* 1996, 349 ff.).

Zugrunde gelegt ist der Entscheidung folgende Sachverhaltskonstellation: V verkauft an K ein bebautes Grundstück unter üblichem Gewährleistungsausschluss. Auf Grund mangelhafter Vorsorge treten in der Zeit zwischen Vertragsschluss und (späterem) Besitz- und Gefahrübergang frostbedingte Risse in der Wasserleitung auf, die einen erheblichen Wasserschaden verursachen. Der Käufer erfährt hiervon erst einige Tage nach Gefahrübergang und verlangt nun Ersatz der Reparaturkosten.

In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des BGH enthält das Urteil hierzu im Wesentlichen folgende beachtenswerte Aussagen:

- 1. Ein Gewährleistungsausschluss in einem Grundstückskaufvertrag (eine übliche Ausgestaltung zugrunde gelegt¹) ent-

¹ Im zugrunde liegenden Sachverhalt: „Der Vertragsgegenstand geht in dem vorhandenen Zustand auf die Kaufpartei über. Eine Gewähr für Größe, Güte und Beschaffenheit sowie für bestimmte Eigenschaften werden von der Verkäuferin nicht übernommen, auch keine Haftung für Fehler oder Mängel einschließlich etwaiger Baulasten. Die Verkäuferin versichert jedoch, dass ihr versteckte Mängel nicht bekannt sind.“

faltet bis zum Eintritt des Gefahrübergangs keine Wirkung, so dass der Käufer den Kaufpreis nicht zu bezahlen braucht, wenn er noch vor Gefahrübergang einen Sachmangel entdeckt und deswegen das Grundstück nicht abnimmt (Ziff. 2. der Urteilsgründe).

2. Nach Eintritt des Gefahrübergangs sind hier Gewährleistungsansprüche auch für Mängel ausgeschlossen, die erst nach Vertragsschluss entstanden sind (Ziff. 1 der Urteilsgründe).

3. Die Haftung des Verkäufers ist dann sogar für Mängel ausgeschlossen, die vom Verkäufer schuldhaft herbeigeführt wurden, so weit es um den Ersatz des (unmittelbaren) Mangelschadens – in Abgrenzung zu Mangelfolgeschäden – geht. Die vom Verkäufer unterlassene Aufklärung des Käufers über Mängel, die nach Vertragsschluss entstanden sind, begründet auch keine Arglisthaftung für Mangelschäden (Ziff. 1. der Urteilsgründe).

Das Urteil überzeugt zumindest in der Begründung nicht in jeder Hinsicht. Die Ergebnisse geben im Übrigen Anlass, die verwendeten Gewährleistungsklauseln darauf hin zu überprüfen, ob die in sie gesetzten Erwartungen in jeder Hinsicht erfüllt werden.

Zu vorstehend 1.:

Die Anwendbarkeit der allgemeinen Leistungsstörungsregeln bis zum Gefahrübergang trotz Ausschlusses einer Sachmängelgewährleistung entspricht der Linie des BGH, der dem Käufer bei einer mangelhaften Sache insb. ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB zuerkennt.² Im Schrifttum werden hiergegen jedoch erhebliche Bedenken geäußert³ (mit denen sich das OLG Hamm nicht auseinandersetzt). Da sich der BGH in den zitierten Urteilen zu der Problematik – wie auch das vorliegende Besprechungsurteil – lediglich „obiter dictum“ geäußert hat, könnte sich eine entsprechende Klarstellung in den Gewährleistungsvereinbarungen durchaus empfehlen. Nicht jedem Käufer ist zudem bewusst, dass er die Kaufpreiszahlung verweigern darf, wenn er den Mangel noch vor Gefahrübergang – dieser erfolgt vereinbarungsgemäß meist mit Kaufpreiszahlung – entdeckt. Mit diesem durchaus bedeutsamen Recht argumentiert auch der BGH⁴: „... Wenn sich der Käufer darauf (auf einen Gewährleistungsausschluss; Anmerkung des Verfassers) einlässt, ist es seine Sache, sich vor Abnahme der Kaufsache zu vergewissern, ob er die damit unter Umständen eintretende Haftungsbefreiung des Verkäufers hinnehmen kann; denn eine Verpflichtung seinerseits zur Abnahme der mangelhaften (...) Kaufsache besteht nicht.“

Ein entsprechender Hinweis des Notars auf die Möglichkeit des Käufers zu einer nochmaligen Besichtigung des Kaufgrundstücks vor Kaufpreiszahlung dürfte vor diesem Hintergrund auch nicht gegen die Neutralitätspflicht des Notars verstoßen. Im Einzelfall kann dies freilich zur „Mängelsuche“ eines zahlungsunwilligen Käufers führen.

Alternativ könnten deshalb auch die vorgenannten Rechte des Käufers bis zum Gefahrübergang vertraglich ausgeschlossen werden.⁵ Ob dies freilich im Regelfall der Interessenlage der

Vertragsteile entspricht, ist fraglich; letztlich liegt hierin die Ursache für den oben angeführten Meinungsstreit.

Zu vorstehend 2.:

Auch insoweit befindet sich das OLG Hamm im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung (a. A. allerdings wiederum teilweise das Schrifttum)⁶. Gegen einen Ausschluss der Haftung für Mängel, die nach Vertragsschluss eingetreten sind, hätte immerhin eingewendet werden können, dass der Gefahrübergang im zugrunde gelegten Urteils Sachverhalt erst für einen nach Vertragsschluss liegenden Zeitpunkt vereinbart war und damit das Risiko zufälliger Verschlechterungen bis dahin nach § 446 Abs. 1 BGB eigentlich den Verkäufer getroffen hätte. Das Besprechungsurteil hat den hierin liegenden Widerspruch, auf den bereits *Wolfsteiner* hingewiesen hat⁷, nicht erwähnt.

In der praktischen Vertragsgestaltung sollte dieser Widerspruch allerdings vermieden werden, indem entweder der Gefahrübergang auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorverlegt wird (verbunden mit der Pflicht zur sorgfältigen Behandlung des Kaufobjekts bis zum Besitzübergang und der Abtretung von Versicherungs- und Schadensersatzansprüchen) oder der Gewährleistungsausschluss auf Mängel beschränkt wird, die bis Vertragsschluss (alternativ: bis zur vorausgehenden Besichtigung) entstanden sind.⁸

Kaum nachvollziehbar ist im Übrigen die Hilfsbegründung des OLG Hamm, wonach Ansprüche des Käufers nach § 464 BGB ausgeschlossen seien, weil der Käufer bei der Besitzübergabe wegen des Mangels keinen Vorbehalt erklärt hat. Ausweislich des zugrunde gelegten Sachverhalts hat der Käufer von dem Mangel nämlich erst einige Tage nach Besitz- und Gefahrübergang erfahren, sodass ihm die für die Anwendung des § 464 BGB erforderliche Kenntnis vom Mangel zum maßgeblichen Zeitpunkt gefehlt hat.

Zu vorstehend 3.:

Wenig einleuchtend wird es der Käufer finden, dass der Verkäufer für den Mangel auch unter Berücksichtigung seiner schuldhaften Herbeiführung nicht zu haften braucht. Die Verschuldenskomponente spielt im kaufvertraglichen Gewährleistungsrecht – von der Ausnahme des § 463 BGB abgesehen – allerdings keine Rolle und kann allenfalls bei der ergänzenden Anwendung der pVV (oder der cic) Bedeutung erlangen. Die Anwendung der pVV im Zusammenhang mit der schuldhaften Herbeiführung von Sachmängeln setzt nach h. M. freilich voraus, dass die Sorgfaltspflichtverletzung nach Vertragsschluss erfolgt (dies läge hier vor) und zudem ein Mangelfolgeschaden eingetreten ist; für reine Mangelschäden (zur Abgrenzung s. die Urteilsgründe) bildet das gesetzliche Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. BGB nach Besitzübergang eine abschließende Regelung.⁹

Ohne weiteres möglich ist die Vereinbarung vertraglicher Sorgfaltspflichten des Verkäufers, wonach dieser im Falle der Missachtung zum Schadensersatz verpflichtet ist, und zwar

² Vgl. die in der Entscheidung zitierten BGH-Urteile und hierzu *Palandt*, BGB, 58. Aufl. 1999, vor §§ 459 ff., Rdnr. 3 f. unter Hinweis auf *Weigl* MittBayNot 1996, 349. S. auch BGH MittBayNot 1997, 166).

³ Vgl. *Tiedtke* NJW 1995, 3084.

⁴ Vgl. das zitierte Urteil des BGH NJW 1991, 1676.

⁵ Hierzu näher *Weigl* MittBayNot 1996, 354 f.

⁶ Vgl. neben den im Besprechungsurteil zitierten Nachweisen die MittBayNot 1996, 350 in Fn. 26 zitierten Nw.

⁷ Vgl. *Wolfsteiner* MittBayNot 1982, 115, ferner *ders.* in: *Kersten/Bühling* Formularbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, S. 367.

⁸ Vgl. hierzu a.a.O. (s. vorhergehende Fn.) und *Weigl* MittBayNot 1996, 352 ff.

⁹ Vgl. *Palandt*, BGB, 58. Aufl. 1999, vor §§ 459 ff., Rdnr. 6.

auch bezüglich reiner Mangelschäden. Dies dürfte in der Regel eher den Vorstellungen der Vertragsteile entsprechen als die vorstehend skizzierte Rechtslage. Zwar wird bei einem Gewährleistungsausschluss für Mängel, die vor Vertragsschluss entstanden sind, nicht danach differenziert, ob sie vom Verkäufer „schuldhaft“ (oder nicht) herbeigeführt wurden. Bis zum Verkauf treffen den Verkäufer aber auch keinerlei Sorgfaltspflichten hinsichtlich der Erhaltung seiner Sachen; für die anschließende Zeit bis zum Besitzübergang lassen sich dagegen entsprechende Obhutspflichten gegenüber dem (dann vorhandenen) Käufer ohne größeren Argumentationsaufwand herleiten (so auch die Rspr., allerdings nur im Hinblick auf Mangelfolgeschäden). Werden durch einen Gewährleistungsausschluss die gesetzlichen Ansprüche des Käufers wegen Mangelschäden ausgeschlossen, sollte deshalb darauf geachtet werden, dass hiervon nicht „unfreiwillig“ Mangelschäden, die nach Vertragsschluss schuldhaft verursacht wurden, mitumfasst sind.

Das Konzept der Rechtsprechung kann hier allenfalls unter dem Gesichtspunkt als angemessen angesehen werden, dass der Käufer seine Interessen durch eine nochmalige Besichtigung vor Abnahme und Ausübung eines gegebenenfalls bestehenden Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB (s. o.) wahren kann. Wird die Haftung auch für schuldhaft Mängelherbeiführung ausgeschlossen, wächst die Bedeutung eines entsprechenden Hinweises an den Käufer auf diese Möglichkeit.

Als Konsequenz vorstehender Ausführungen seien zwei Formulierungsvorschläge zur Diskussion gestellt, in denen auch die Verantwortlichkeit des Verkäufers nach dem BBodSchG in unterschiedlicher Weise geregelt wird¹⁰:

a) Umfassender Gewährleistungsausschluss (wirksam ab Vertragsschluss)

„Das Vertragsobjekt wird in dem Zustand geschuldet, wie es sich bei Besitzübergang befindet. Jegliche Ansprüche des Käufers im Hinblick auf die Beschaffenheit, Größe oder Verwendbarkeit des Vertragsobjekts sind ausgeschlossen, insbesondere jegliche Haftung für Sachmängel einschließlich diesbezüglicher Anfechtungs- und Leistungsverweigerungsrechte.

Ferner hat der Käufer den Verkäufer in jeder Hinsicht von einer Inanspruchnahme für schädliche Bodenveränderungen freizustellen.

¹⁰ Unter bestimmten Umständen kann danach auch der Verkäufer (nicht nur als Handlungsstörer, sondern auch) als Zustandsstörer für die Beseitigung von schädlichen Bodenveränderungen haftbar gemacht werden; außerdem bestehen u. U. Regressansprüche des Käufers im Falle seiner Inanspruchnahme für schädliche Bodenveränderungen). Ein Gewährleistungsausschluss dürfte zwar ohne weiteres auch den Ausschluss etwaiger Regressansprüche des Käufers (im Falle seiner Inanspruchnahme) enthalten, nicht aber umgekehrt einen Regressanspruch des Verkäufers (im Falle seiner Inanspruchnahme) gegen den Käufer (als Zustandsstörer) schaffen, insoweit sollte eine Regelung getroffen werden, welche zivilrechtlich die letztendliche Haftungsverteilung – unabhängig von der Störerauswahl durch die Behörde – regelt (zur Haftungsverlagerung auf den Käufer s. Formulierungsvorschlag a). *Sorge MittBayNot* 1999, 239, befürwortet eine Freistellung des Verkäufers allerdings nur, wenn dieser nicht als Handlungsstörer haftet (vgl. Formulierungsvorschlag unter b); bei anderen Sachmängeln wird freilich beim Gewährleistungsausschluss üblicherweise auch nicht danach differenziert, ob der Verkäufer einen Mangel, der vor Vertragsschluss entstanden ist, verursacht hat oder nicht.

Der Verkäufer erklärt, dass ihm solche sowie sonstige offenbarungspflichtige Mängel des Vertragsobjekts nicht bekannt sind.

Die Gefahr eines zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung des Vertragsobjekts geht sofort auf den Käufer über.

Der Verkäufer übernimmt die Unterhaltungspflicht für das Vertragsobjekt bis zum Besitzübergang und haftet für von ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen verschuldete Verschlechterungen. Weiterhin tritt der Verkäufer – bedingt durch die Kaufpreiszahlung – alle bestehenden oder noch entstehenden Ansprüche gegen Dritte bezüglich des Vertragsobjekts, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz oder Versicherungsleistungen, ab, die ihm wegen eines Schadens oder eines Mangels am Vertragsobjekt zustehen sollten, und verpflichtet sich, alle insoweit bestehenden Schadensversicherungen bis zum Besitzübergang aufrechtzuerhalten.“

b) Eingeschränkter Gewährleistungsausschluss (wirksam erst ab Gefahrübergang – in Anlehnung an das Haftungskonzept der Rspr.):

„Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel gem. §§ 459 ff. BGB, gleichgültig wann diese entstanden sind, wird mit Wirkung ab dem Gefahrübergang ausgeschlossen. Ab diesem Zeitpunkt hat der Käufer den Verkäufer auch von jeder Inanspruchnahme für etwaige schädliche Bodenveränderungen freizustellen, so weit nicht der Verkäufer diese verursacht hat; im letzteren Fall trifft den Verkäufer die entsprechende Freistellungspflicht gegenüber dem Käufer.

Bis zum Gefahrübergang stehen dem Käufer die gesetzlichen Rechte, insbesondere das Recht zur Verweigerung der Kaufpreiszahlung wegen aufgetretener Sachmängel (§ 320 BGB), zu. Der Verkäufer erklärt, dass ihm offenbarungspflichtige Mängel des Vertragsobjekts nicht bekannt sind. Weiterhin tritt der Verkäufer – bedingt durch die Kaufpreiszahlung – alle bereits entstandenen oder noch entstehenden Ansprüche gegen Dritte bezüglich des Vertragsobjekts, insbesondere Ansprüche auf Schadensersatz oder Versicherungsleistungen, ab, die ihm wegen eines Schadens oder eines Mangels am Vertragsobjekt zustehen sollten.“

Notar Dr. Gerald Weigl, Heilsbronn

3. BGB § 313 (*Bestimmung einer noch zu vermessenden Teilfläche*)

Ein Kaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche ist unwirksam, wenn zur Bestimmung von Größe und Grenzen des verkauften Grundstücksteils auf eine nicht maßstabgerechte Skizze verwiesen wird, diese aber keine eindeutige Festlegung zulässt, und auch keinem Beteiligten ein Bestimmungsrecht nach § 315 BGB eingeräumt ist.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Urteil vom 23.4.1999 – V ZR 54/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a. D.

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte war zusammen mit ihrem inzwischen verstorbenen, von ihr allein beerbten Ehemann Eigentümerin eines in F. gelegenen Grundstücks mit einer Gesamtgröße von 3823 qm. Mit notariell be-

urkundetem Vertrag vom 15.8.1995 verkaufte sie hiervon dem Kläger eine Teilfläche in einer Größe von ca. 1200 qm, wie sie in der als Anlage zur Urkunde genommenen Flurzeichnung „unmaßstäblich dargestellt und mit der vorläufigen Nr. 88 b gekennzeichnet“ wurde. Nach dieser Zeichnung ist das Gesamtgrundstück in drei handtuchartige Parzellen aufgeteilt. Die verkaufte Teilfläche liegt in der Mitte und ist an der Straßenfront mit einer Breite von ca. 15 m und einer Länge von ca. 75 m angegeben. Nach der zwischenzeitlich erfolgten Vermessung beträgt die Länge der Straßenfront genau 15 m und die Größe des Grundstücks 1145 qm.

Der Kläger hält den Kaufvertrag mangels hinreichender Bestimmtheit der verkauften Teilfläche für unwirksam. Er hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn den Kaufpreis von 69.700 DM nebst Zinsen zurück zu zahlen.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Hiergegen richtet sich die Revision mit Erfolg.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die verkaufte Teilfläche für bestimmt, weil in der der Vertragsurkunde beigefügten Zeichnung ausgehend von einer Gesamtgrundstücksbreite von ca. 50 m die im Osten gelegene Teilfläche mit einer Breite von ca. 20 m und die zwei anderen Teilflächen mit einer Breite von ca. 15 m angegeben seien. Damit sei das Größenverhältnis der zu bildenden Teilflächen (4 : 3 : 3) eindeutig festgelegt und lediglich für den Fall, dass die Gesamtgrundstücksbreite nicht genau 50 m betrage, eine Abweichung in diesen von vornherein festgelegten Verhältnissen möglich gewesen. Eine solche Abweichung sei hier jedoch nicht gegeben, weil die Straßenfront der verkauften Teilfläche nach Vermessung genau 15 m betrage. So weit die Vermessung eine Grundstücksgröße von lediglich 1145 qm ergeben habe, rechtfertige dies ebenfalls keine Rückzahlung des Kaufpreises, weil die Beklagte für die Flächengröße keine Gewähr übernommen habe.

Dies hält der Revision nicht stand.

II.

1. Zu Recht vertritt das Berufungsgericht allerdings den Standpunkt, dass im Falle des Verkaufs einer noch nicht vermessenen Grundfläche diese auch dann hinreichend bestimmt sein kann, wenn die Grenzziehung, die in der notariellen Urkunde durch einen maßstabsgerechten Plan angegeben ist, mit der beurkundeten Flächenmaßangabe nicht übereinstimmt. Denn nach der Rechtsprechung des Senats geht in einem solchen Fall der objektive Inhalt der Erklärungen in der Regel übereinstimmend dahin, dass die Angabe des Flächenmaßes bedeutungslos und die zeichnerische Umgrenzung allein maßgeblich sein soll (Senatsurt. v. 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013, 1014 [= MittBayNot 1980, 153]).

2. Nicht zu folgen ist dagegen der Auffassung des Berufungsgerichts, dass die verkaufte Teilfläche in der beurkundeten Skizze bestimmt bezeichnet worden sei. Zutreffend ist lediglich, dass der Kaufgegenstand hinreichend bestimmt bezeichnet werden muss und eine zu unbestimmte Bezeichnung der Teilfläche zur Nichtigkeit der Vereinbarung führt. Dies ist keine Frage der Form, sondern der inhaltlichen Bestimmtheit der Vereinbarung. Sie verlangt, dass die verkaufte Teilfläche entweder auf Grund der Angaben in dem Kaufvertrag oder anhand der dem Vertrag beigefügten Skizze genau ermittelt werden kann (*Böhmer*, MittBayNot 1998, 329). Dies ist hier schon deswegen nicht der Fall, weil die Skizze entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Auffassung nicht maßstabsgerecht ist und die Parteien dies in § 1 des Kaufvertrages auch ausdrücklich so gesehen haben („unmaßstäblich

dargestellt“). Die Skizze ist zwar in Anlehnung an einen Maßstab (1 : 500) erstellt, wird ihm aber in keiner Weise gerecht. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Straßenfront des ungeteilten Grundstücks sich nach der in der Skizze enthaltenen Zahlenangabe auf ca. 50 m, nach der Zeichnung dagegen auf 51,5 m beläuft und die Länge nicht wie zahlenmäßig angegeben 75 m, sondern an der westlichen Grenze 76,5 m und an der östlichen Grenze 76 m beträgt, so dass sich unter der Annahme eines rechteckigen Zuschnitts nach der Zeichnung eine Gesamtgröße von mehr als 3914 qm, zahlenmäßig dagegen von 3750 qm ergibt, während sie tatsächlich 3823 qm misst. Hinzu kommt, dass die Rückfront des Gesamtgrundstücks nach dem der Skizze zugrunde liegenden Maßstab nicht wie die Straßenfront 51,5 m, sondern 53,5 m beträgt, von denen auf das westliche und das mittlere Teilgrundstück 16 m und auf das östliche 21 m entfallen. Darüber hinaus ist aber auch die Straßenfrontbreite der Teilgrundstücke widersprüchlich angegeben. Von der zeichnerischen Breite des Gesamtgrundstücks von 51,5 m entfallen nach der Zeichnung nur auf das westliche Teilgrundstück die auch zahlenmäßig ausdrücklich genannten 15 m. Das östliche Teilgrundstück ist dagegen statt der angegebenen 20 m zeichnerisch 22 m breit und die mittlere – hier verkaufte – Teilfläche statt 15 m 14,5 m, während die Rückfront 16 m breit ist. Wenn aber die Skizze weder das – vermessene – Gesamtgrundstück noch die nicht vermessenen Teilflächen nach der Zeichnung oder nach den Zahlenangaben bestimmt darstellt, kann ihr entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht entnommen werden, dass das Gesamtgrundstück nach dem Willen der Parteien in Längsrichtung im Verhältnis 4 : 3 : 3 aufgeteilt werden sollte, weil im Hinblick auf die von der Straßenseite abweichende Länge der Rückseite zumindest der Winkel des jeweiligen Grenzverlaufs nach Norden unbestimmt ist.

Die verkaufte Teilfläche lässt sich auch unter Zuhilfenahme des protokollierten Flächenmaßes von 1200 qm nicht bestimmen. Dieses wird nur erreicht bei einer Teilfläche von 16 m x 75 m. Eine solche Fläche ist aber in der Skizze nicht eingetragen. Von den zahlenmäßigen ca.-Angaben her ist die Teilfläche gegenüber den in der Urkunde genannten 1200 qm bei Annahme eines gleichmäßigen rechteckigen Zuschnitts lediglich 1125 qm groß, bei Zugrundelegung der Zeichnung dagegen rund 1167 qm. Dass die Parteien sich demgegenüber auf einen Zuschnitt der Teilfläche von 16 m x 75 m geeinigt hätten mit der Folge, dass die Grundsätze der *falsa demonstratio* zur Anwendung kämen, ist nicht vorgetragen. Der Kläger macht nur geltend, dass man sich über eine Straßenfront von 16 m einig gewesen sei. Damit ist aber der Zuschnitt des Grundstücks im Übrigen angesichts der unpräzisen, zum Teil widersprüchlichen Eintragungen in der Skizze noch nicht eindeutig bestimmt.

Dasselbe, gilt in Bezug auf die genaue Lage der verkauften Teilfläche, die ihrerseits wiederum von dem in der Skizze nicht hinreichend bestimmten Zuschnitt der beiden Nachbarparzellen abhängt. So entspricht der in der Skizze eingetragene Abstand der westlichen Begrenzungslinie von der im Westen befindlichen Grenze des Nachbargrundstücks zwar im Süden mit 15 m auch der Zeichnung. Die Länge der Nordseite ist dagegen ziffernmäßig nicht bestimmt und beträgt nach der Zeichnung 16 m. Folglich lässt sich der Grenzverlauf nicht eindeutig festlegen. Dasselbe gilt für die Breite der in der Mitte der Teilstücke befindlichen Verkaufsfläche. Sie ist im Süden mit 15 m angegeben, erreicht in der Zeichnung aber nur 14,5 m. Die Nordgrenze ist wiederum ohne Zahlenangabe versehen und beträgt nach der Zeichnung 16 m.

Die verkaufte Teilfläche ist schließlich nicht von der Umgrenzung der im Osten benachbarten Teilfläche Flurstück 88 c her bestimmt. Abgesehen davon, dass die Breite des Streifens nicht feststeht, lässt sich auch die Ostgrenze vom Nachbargrundstück Flurstück 88 c her nicht festlegen. Denn diese Grenze ist ebenso wie die Westgrenze deswegen unbestimmt, weil ihre Entfernung zur Ostgrenze des ungeteilten Gesamtgrundstück im Süden mit ca. 20 m angegeben ist, während die Zeichnung sie mit 22 m ausweist. Im Norden fehlt wiederum eine Zahlenangabe; aus der Zeichnung ergibt sich eine Länge von 21 m.

3. Die Vertragsparteien haben die Bestimmung der verkauften Teilfläche schließlich auch nicht den Verkäufern überlassen, mit der Folge, dass der Kläger das Ergebnis der zwischenzeitlich erfolgten Abmessung hinzunehmen hätte, wenn es der Billigkeit entspricht (§ 315 BGB; vgl. Senatsurt. v. 6.5.1988, V ZR 32/87, WM 1988, 1383, 1384 f.). Der Vertrag enthält hierfür keine Anhaltspunkte. Vielmehr spricht die Tatsache, dass die Parteien darüber streiten, ob dem Kläger bei Vertragsabschluss zugesagt wurde, dass er eine Straßenfront von 16 m erhalten werde, eher gegen ein solches Bestimmungsrecht.

4. Nach alledem hat das angefochtene Urteil keinen Bestand und ist die Klage begründet, allerdings nur Zug um Zug gegen die Bewilligung der Löschung der in dem Kaufvertrag als Voraussetzung der geleisteten Kaufpreiszahlung vereinbarten Auflassungsvormerkung.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vergleiche hierzu auch den Beitrag vom Böhmer, MittBayNot 1998, 329.

4. BGB § 1115 (Zur Bestimmbarkeit des Zinsbeginns bei Sicherungshypothek)

Soll bei einer verzinslichen Sicherungshypothek der Tag der Auszahlung des Darlehens der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung sein, so liegt jedenfalls dann eine ausreichende Bestimmbarkeit vor, wenn dieser Tag kalendermäßig festgelegt ist. Er bestimmt dann den höchstmöglichen Umfang der gesicherten Zinsforderung, deren vom Zeitpunkt einer etwaigen späteren Auszahlung abhängiger tatsächlicher Umfang objektiv feststellbar ist (Fortführung von BayObLGZ 1995, 271 [= MittBayNot 1995, 461]).

BayObLG, Beschluss vom 15.7.1999 – 2Z BR 96/99 –, mitgeteilt von Notar *Georg Meier-Kraut*, Rothalmünster

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1 kaufte am 7.4.1999 ein Grundstück, die Auflassung ist erklärt. Am selben Tag bestellte die Beteiligte zu 1 dem Beteiligten zu 2 zur Sicherung eines Darlehens, das am 1.7.1999 zur Auszahlung fällig und ab dem Tag der Auszahlung mit 5% jährlich zu verzinsen sein soll, eine Sicherungshypothek; ferner unterwarf sie sich in Ansehung dieser Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung und bewilligte die Eintragung der Hypothek einschließlich Vollstreckungsunterwerfung bei dem von ihr erworbenen Grundstück.

Das Grundbuchamt, hat den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung vom 22.4.1999 mit der Begründung beanstandet, der Zeitpunkt des Zinsbeginns sei nicht ausreichend bestimmt. Die Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht durch Beschluss vom 10.6.1999 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat sich zur Begründung seiner Entscheidung auf den Beschluss des Senats vom 24.8.1995 (BayObLGZ 1995, 271 [= MittBayNot 1995, 461]) bezogen, dessen Leitsatz 2 wie folgt lautet:

Bei einer verzinslichen Hypothek muss der Zeitpunkt, ab dem die Geldsumme zu verzinsen ist, in der Eintragungsbewilligung in bestimmbarer Weise angegeben werden. Die Bestimmung muss dabei anhand der Eintragungsunterlagen und der jedermann zugänglichen Erkenntnisquellen möglich sein. Die Angabe, die Geldsumme sei ab dem Tag der Auszahlung des Darlehens zu verzinsen, ist danach nicht ausreichend bestimmt. Dies gilt auch für die Sicherungshypothek.

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

a) Bei einer Hypothek zur Sicherung einer verzinslichen Forderung gehört zum Inhalt des einzutragenden dinglichen Rechts außer dem Zinssatz auch der Zeitpunkt des Beginns der Verzinsung. Während der Zinssatz gemäß § 1115 Abs. 1 BGB im Eintragungsvermerk selbst angegeben werden muss, kann im Übrigen auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874 BGB). Der Anfangszeitpunkt für die Verzinsung muss gleichwohl bestimmt oder doch bestimmbar sein. Diese Grundsätze gelten auch für die Sicherungshypothek gemäß § 1184 BGB. Der Senat hat in seiner vom Landgericht in Bezug genommenen Entscheidung eine ausreichende Bestimmbarkeit verneint, wenn Anfangszeitpunkt für die Verzinsung der Tag der Auszahlung des Darlehens sein solle. Diese Ansicht wird geteilt von *Palandt/Bassenge* (BGB 58. Aufl. § 1115 Rdnr. 13), *Haegel/Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 1957, 2099), *Demharter* (GBO 22. Aufl. Anh. zu § 44 Rdnr. 46) und *Bauer/v. Oefele* (GBO AT I Rdnr. 119). Dagegen wird eine ausreichende Bestimmbarkeit in diesem Fall vom Kammergericht (HRR 1930, 1547) und vom Landgericht Aachen (MittRhNotK 1985, 38) bejaht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es für die Bestimmbarkeit des Umfangs einer Grundstücksbelastung entscheidend, dass die höchstmögliche Belastung aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung für jeden Dritten ohne weiteres erkennbar ist. Dann genügt es, dass der Umfang der tatsächlichen Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt auf Grund jederzeit feststellbarer objektiver Umstände bestimmbar ist (BGHZ 35, 22/26; 130, 342/345 f.).

b) Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall eine ausreichende Bestimmbarkeit gegeben. Entscheidend ist, dass der höchstmögliche Umfang der Belastung durch die Zinsforderung anhand der Eintragung in Verbindung mit der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung erkennbar ist. Denn der Auszahlungstag, der für den Zinsbeginn maßgebend sein soll, ist kalendermäßig festgelegt. Er ist damit als frühestmöglicher Zeitpunkt anzusehen und legt daher den höchstmöglichen dinglich gesicherten Zinsbetrag fest. Sollte das Darlehen später ausgezahlt werden, verringert sich dieser Zinsbetrag. Wie hoch er im Einzelfall ist, lässt sich jedenfalls objektiv feststellen. Nicht erforderlich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass diese Feststellung auch ein Dritter ohne weiteres treffen kann. Es genügt, dass sie objektiv möglich ist.

5. BGB §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 1, GBO §§ 22, 53 Abs. 1 Satz 1 (Eintragung eines Widerspruchs bei Auflassungsvormerkung)

Die Eintragung eines Widerspruchs bei einer Vormerkung ist nur dann zulässig, wenn sich an die Vormerkung ein gutgläubiger Rechtserwerb anschließen kann. Dies setzt wiederum voraus, dass der vorgemerkte Anspruch besteht, das Grundbuch aber aus einem anderen Grunde (etwa, weil die zur Entstehung der Vormerkung materiellrechtlich erforderliche Bewilligung des Berechtigten fehlt oder weil ein Nichtberechtigter die Vormerkung zugunsten eines bösgläubigen Erwerbers bewilligt hat) unrichtig ist.

BayObLG, Beschluss vom 5.8.1999 – 2Z BR 35/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin einer Wohnung im Grundbuch eingetragen. Das Wohnungseigentum mit vier Wohnungen wurde bei der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft gebildet, der neben der Beteiligten zu 1 deren Tochter, die Beteiligte zu 2, und drei Söhne der Beteiligten zu 1 (Brüder der Beteiligten zu 2) angehörten; die Beteiligte zu 1 erhielt die Wohnungen Nr. 1 und 2, ein Sohn die Wohnung Nr. 3 und ein anderer Sohn die Wohnung Nr. 4 als Alleineigentümer zugewiesen. In dem Auseinandersetzungsvertrag vom 30.12.1985 ist im zweiten Absatz von Abschnitt 3 unter anderem bestimmt:

Unter den Geschwistern soll der Ausgleich dadurch erfolgen dass ... (= Beteiligte zu 2) die Erdgeschosswohnung Nr. 1 und ... (= der Sohn, der keine Wohnung erhielt) die Obergeschosswohnung Nr. 2 je zu Alleineigentum erhalten sollen. Die übrigen Geschwister verpflichten sich für den Fall, dass sie als Miterben der gemeinsamen Mutter Miteigentümer dieser Wohnungen werden sollten, einer entsprechenden Übereignung zuzustimmen, ohne hierfür ein Entgelt zu fordern, und alle hierzu erforderlichen Erklärungen abzugeben. Sollten ... (= Beteiligte zu 2) und/oder ... (= der Sohn, der keine Wohnung erhielt) vorher verstorben sein, so stünde dieser Übereignungsanspruch ersatzweise jeweils ihren Abkömmlingen ... zu. Er wäre unverzüglich nach Ableben der Mutter ... zu erfüllen.

In dem Vertrag ist die Auflassung der Wohnungen an die Beteiligte zu 1 und die beiden Söhne erklärt und die Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. In Abschnitt 7 der Urkunde heißt es im Anschluss an die Auflassungserklärungen:

Auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Erwerbers wird verzichtet.

Die jeweiligen Veräußerer bewilligen jedoch die Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB zur Sicherung des vereinbarten Übereignungsanspruchs.

Die Auflassungen wurden im Jahre 1986 im Grundbuch vollzogen. Am 21.10.1998 trug das Grundbuchamt gemäß dem auf Abschnitt 7 der notariellen Urkunde gestützten Antrag der Beteiligten zu 2 an dem Wohnungseigentum Nr. 1 der Beteiligten zu 1 eine Auflassungsvormerkung „gemäß Bewilligung vom 30.12.1985“ ein.

Die Beteiligte zu 1 hat am 21.12.1998 beantragt, gegen die Vormerkung von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen. Sie habe sich in dem Auseinandersetzungsvertrag nicht zur Übertragung eines Wohnungseigentums an die Beteiligte zu 2 verpflichtet und insoweit auch nicht die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt. Verpflichtet hätten sich nur ihre Söhne als künftige Erben.

Das Grundbuchamt hat den „Eintragungsantrag“ mit Beschluss vom 28.12.1998 zurückgewiesen. Auf die „Erinnerung“ der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 12.2.1999 das Grundbuchamt angewiesen, gegen die eingetragene Auflassungsvormerkung einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Widerspruch für die Beteiligte zu 1 am 23.2.1999 gebucht. Die Beteiligte zu 2 hat weitere Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss des Landgerichts aufzuheben und das Grundbuchamt zur Löschung des Widerspruchs anzuweisen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist mit dem Ziel, den inzwischen eingetragenen Widerspruch zu löschen, zulässig (vgl. BayObLG NJW-RR 1998, 1025 [= MittBayNot 1998, 256]; *Demharter* GBO 22. Aufl. § 78 Rdnr. 7). Sie hat auch aus formellen Gründen Erfolg.

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Obwohl das Landgericht zutreffend festgestellt hat, dass das Grundbuch durch die Eintragung der Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 unrichtig geworden ist (unten Abschnitt 2 a) und das Grundbuchamt bei der Eintragung gesetzliche Vorschriften verletzt hat, ist es zur Löschung des Widerspruchs anzuweisen, da eine weitere Voraussetzung für dessen Eintragung nicht vorgelegen hat (unten Abschnitt 2 b).

a) (1) Zur Begründung einer Vormerkung ist gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB neben der Eintragung in das Grundbuch die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Grundstück oder dessen Grundstücksrecht von der Vormerkung betroffen wird. Die Vormerkung ist in ihrer Entstehung und ihrem Bestand abhängig von dem Anspruch, den sie sichern soll; fehlt es an dem Anspruch, dann besteht auch die zu seiner Sicherung eingetragene Vormerkung nicht und das Grundbuch ist unrichtig (vgl. BayObLG DNotZ 1994, 184 f. m.w.N. [= MittBayNot 1993, 371]). Gegen denjenigen, dessen Grundstück oder Grundstücksrecht von der Vormerkung betroffen wird, muss sich auch der zu sichernde Anspruch richten. Der Schuldner des Anspruchs muss bei der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von ihr betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von ihr betroffenen Rechts am Grundstück sein (vgl. BGHZ 134, 182/188; BayObLGZ 1996, 183/185 f.). Ein Anspruch, der sich nur gegen den möglichen zukünftigen Eigentümer des Grundstücks oder Inhaber des Grundstücksrechts richtet, kann von der Regelung des § 1179 BGB abgesehen, nicht durch Vormerkung gesichert werden.

(2) Von der Vormerkung betroffen ist hier die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin der Wohnung. Sie hat sich, wie das Landgericht zutreffend ausführt, in dem Auseinandersetzungsvertrag vom 30.12.1985 gegenüber der Beteiligten zu 2 weder zu einer Übertragung des Eigentums an der Wohnung Nr. 1 verpflichtet noch zugunsten der Beteiligten zu 2 eine Vormerkung bewilligt. Die Bewilligungen in Abschnitt 7 der Urkunde beziehen sich nur auf die von den Miterben eingegangenen Verpflichtungen, im Wege der Auseinandersetzung die Wohnungen Nr. 1 und 2 auf die Beteiligte zu 1 und die Wohnungen Nr. 3 und 4 auf zwei Brüder der Beteiligten zu 2 zu übertragen. Im zweiten Absatz von Abschnitt 3 der Urkunde, auf den sich die Beteiligte zu 2 beruft, ist der „Ausgleich unter den Geschwistern“ geregelt. Diese verpflichten sich für den Fall, dass sie als Miterben der Beteiligten zu 1 Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und 2 werden, diese Wohnungen an die Beteiligte zu 2 und an den dritten Bruder, der bei der Auseinandersetzung ebenso wie die Beteiligte zu 2 keine Wohnung erhalten hat, zu übereignen bzw. der Übereignung durch die anderen Miterben zuzustimmen.

Eine, wenn auch nur bedingte Verpflichtung der Beteiligten zu 1 selbst, die ihr Übereigneten Wohnungen auf die Beteiligte zu 2 oder deren Bruder zu übertragen, ist in dem Auseinandersetzungsvertrag nicht begründet worden. Wie die Formulierung des Vertrags deutlich zeigt, sollte auch keine Bindung der Beteiligten zu 1 (vgl. § 160 BGB) in der Form eintreten, dass erst ihre Erben die Verpflichtung erfüllen müs-

sten; es sollte vielmehr nur eine Verpflichtung der Geschwister für den Fall begründet werden, dass sie überhaupt als Miterben der Beteiligten zu 1 Eigentümer der Wohnungen Nr. 1 und 2 werden sollten. Die Beteiligte zu 2 selbst geht in der Begründung zur weiteren Beschwerde nicht von einer Verpflichtung oder von einer Bewilligung der Beteiligten zu 1 aus, sondern davon, dass die Brüder der Beteiligten zu 2 als Ausgleichspflichtige Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 2 bewilligt hätten. Selbst wenn die Urkunde vom 30.12.1985 so auszulegen wäre, könnte diese Bewilligung formellrechtlich nach § 19 GBO nicht Grundlage für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung an der Wohnung der Beteiligten zu 1 sein; die trotzdem vorgenommene Eintragung kann gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zur Entstehung einer solchen Auflassungsvormerkung führen, denn bewilligen muss der Betroffene. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, inwieweit künftige und zugleich bedingte Ansprüche überhaupt durch eine Vormerkung gesichert werden können. Der Sachverhalt unterscheidet sich hier von dem Fall, dass der sachvertragsmäßige Eigentümer eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung eines (mehrfach) bedingten Anspruchs bewilligt, den dann voraussichtlich erst seine Erben erfüllen müssen; ein solcher Anspruch kann grundsätzlich durch Vormerkung gesichert werden (vgl. BGHZ 134, 182 ff.; BayObLGZ 1996, 183 ff.). Hier ist gegen die Beteiligte zu 1 zu deren Lebzeiten überhaupt noch kein Anspruch der Beteiligten zu 2 begründet worden; außerdem würde die für die Entstehung der Vormerkung erforderliche Bewilligung (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB) fehlen.

(3) Ob die Beteiligte zu 1 in dem Vertrag vom 30.12.1985 etwa Verfügungen von Todes wegen in Gestalt von Vermächtnissen oder Teilungsanordnungen zugunsten der Beteiligten zu 2 und ihres Bruders getroffen hat, kann dahingestellt bleiben; die daraus entstehenden erbrechtlichen Ansprüche können zu Lebzeiten des Erblassers auf keinen Fall durch Vormerkung gesichert werden (vgl. *Palandt/Bassenge* BGB 58. Aufl. § 883 Rdnr. 19 m.w.N.).

b) Damit steht fest, dass das Grundbuch durch die Eintragung der Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 unrichtig geworden ist; das Grundbuchamt hat, da es die Eintragung ohne die gemäß § 19 GBO erforderliche Bewilligung der Betroffenen vorgenommen hat, dabei auch gesetzliche Vorschriften verletzt. Dennoch sind die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht erfüllt. Denn die Eintragung eines Amtswiderspruchs kommt nur bei solchen Eintragungen in Betracht, an die sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann; dies ergibt sich aus der Funktion des Amtswiderspruchs, einen Rechtsverlust des wahren Berechtigten kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB) zu verhindern und damit etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen den Staat nach § 839 BGB, Art. 34 GG vorzubeugen (BGHZ 25, 16/25; BayObLGZ 1987, 231/232 f.; KG OLGZ 78, 122 ff.; *Demharter* Rdnr. 8, *KEHE/Eickmann* GBR 5. Aufl. Rdnr. 2, *Bauer/von Oefele* GBO Rdnr. 35, *Meikel/Streck* GBR 8. Aufl. Rdnr. 43, jeweils zu § 53).

(1) Auf Grund der für die Beteiligte zu 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung droht der Beteiligten zu 1 kein Rechtsverlust. Nach der in der Rechtsprechung vertretenen Meinung kommt ein gutgläubiger Erwerb einer Vormerkung gemäß §§ 892, 893 BGB allenfalls dann in Betracht, wenn der gesicherte Anspruch wirklich besteht (vgl. BGHZ 25, 16/23 f.; 60, 46/50). Er scheidet aber wegen der strengen Abhängigkeit der Vormerkung vom vorgemerkten Anspruch aus, wenn die-

ser nicht besteht und seine Entstehung auch ausgeschlossen ist (BGHZ 25, 16/23; BayObLG DNotZ 1989, 363 f.; 1994, 184 f. [= *MittBayNot* 1993, 371]; KG OLGZ 1978, 122/124; *Meikel/Streck* § 53 Rdnr. 48; MünchKomm/Wacke BGB 3. Aufl. § 883 Rdnr. 67). Ein Anspruch der Beteiligten zu 2 auf Übereignung der Wohnung gegen die Beteiligte zu 1 – nur darauf ist entgegen der Meinung des Landgerichts abzustellen – kommt aber auf Grund des Vertrags vom 30.12.1985 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht.

(2) Die Beteiligte zu 2 konnte deshalb und da es außerdem an der materiellrechtlich erforderlichen Bewilligung der Beteiligten zu 1 fehlt, die Auflassungsvormerkung nicht erwerben. Da der Anspruch nicht besteht, könnte auch ein gutgläubiger Dritter, an den die Beteiligte zu 2 ihren vermeintlichen Übereignungsanspruch einschließlich Vormerkung (vgl. § 401 BGB) abtreten würde, kein Recht gegen die Beteiligte zu 1 erwerben.

(3) Die Eintragung des Widerspruchs gegen die Auflassungsvormerkung war somit nicht zulässig (BGHZ, BayObLG, KG, *Meikel/Streck*, jeweils a.a.O.), ohne dass eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) vorliegt. Auf den Antrag der Beteiligten zu 2 ist das Grundbuchamt in entsprechender Anwendung von § 22 GBO anzuweisen, den Widerspruch zu löschen.

c) Darüber, ob die Voraussetzungen für die Löschung der Vormerkung gemäß § 22 GBO gegeben sind, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Die Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO geschieht gemäß § 13 Abs. 1 GBO nur auf entsprechenden Antrag (vgl. BayObLG DNotZ 1994, 184 f. [= *MittBayNot* 1993, 371]; *Demharter* § 22 Rdnr. 45). Einen solchen Antrag hat die Beteiligte zu 1 nicht gestellt; sie hat nur die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO angeregt.

6. BGB § 242; WEG § 16 Abs. 2 (*Anspruch auf Änderung der Miteigentumsanteile bei Wohnungseigentum*)

1. **Bei Begründung von Wohnungseigentum können die Miteigentumsanteile ohne Bindung an den Wert und die Größe des einzelnen Wohnungs- oder Teileigentums festgelegt werden.**
2. **Trägt ein Wohnungs- oder Teileigentümer wegen der nicht sachgerechten Festlegung der Miteigentumsanteile von den gemeinschaftlichen Lasten und Kosten etwa 12% mehr als er bei einer sachgerechten Festlegung zu tragen hätte, begründet dies keinen Anspruch auf Abänderung der Miteigentumsanteile oder des Kostenverteilungsschlüssels nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.**

BayObLG, Beschluss vom 12.8.1999 – 2Z BR 80/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der Antragsteller und die Antragsgegner sind die Wohnungs- und Teileigentümer einer Wohnanlage.

Dem Antragsteller gehört das Teileigentum, das in der mehrfach, zuletzt am 29.9.1971 geänderten Teilungserklärung vom 16.4.1971 als „Miteigentumsanteil zu 195,77/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 41 bezeichneten Räumen im Erdgeschoss mit 582,29 qm gewerblich genutzter Fläche“ bezeichnet ist. Der Antragsteller ist seit 1985 im Grundbuch als Eigentümer des Teileigentums eingetragen.

Der Antragsteller hat vorgetragen, sein Miteigentumsanteil sei zu hoch festgesetzt worden, weil im Gemeinschaftseigentum stehende Räume hinzugerechnet worden seien; sein Miteigentumsanteil dürfe nur 174,66/1000 betragen. Der Antragsteller hat beantragt, die Antragsgegner zu verpflichten, einer Neufestsetzung seines Miteigentumsanteils auf 174,66/1000 zuzustimmen. Das Amtsgericht hat den Antrag am 24.3.1997 abgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 26.5.1999 die hiergegen eingelegte sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Die vom Antragsgegner erhobene sofortige weitere Beschwerde blieb ebenfalls erfolglos.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Maßgebend für die Verpflichtung des einzelnen Wohnungseigentümers, sich an den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen, ist die Größe seines Miteigentumsanteils (§ 16 Abs. 2 WEG). Die Gemeinschaftsordnung enthält hier keine davon abweichende Regelung (vgl. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Die Miteigentumsanteile können bei Begründung von Wohnungseigentum grundsätzlich frei und ohne Bindung an die Größe oder den Wert des einzelnen Wohnungs- oder Teileigentums festgelegt werden, wenn eine grundsätzliche Übereinstimmung auch wünschenswert und in der Regel der Fall sein wird (allg. M. und ständige Rechtsprechung des Senats; vgl. BayObLGZ 1991, 396/398; BayObLG WE 1997, 158/160; zuletzt Beschluss vom 22.4.1999, 2Z BR 154/98).

Führt eine nicht sachgerechte Festlegung der Miteigentumsanteile zu grob unbilligen Ergebnissen bei der Kostenverteilung und sieht die Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung keine Änderungsmöglichkeit vor, so hat der einzelne Wohnungseigentümer entsprechend den Grundsätzen des § 242 BGB dann einen Anspruch auf Abänderung der Miteigentumsanteile, wenn wegen außergewöhnlicher Umstände ein Festhalten an der geltenden Regelung grob unbillig wäre und damit gegen Treu und Glauben verstieße (BGHZ 95, 137/141 ff.; BayObLGZ 1985, 47/50; 1987, 66/69; 1991, 396/398; BayObLG NJW-RR 1995, 529 [= MittBayNot 1995, 45]; WE 1997, 158/160, jeweils m.w.N.). Da der Gesetzgeber nicht verlangt, dass die Miteigentumsanteile nach dem Wert oder der Größe des Wohnungs- oder Teileigentums festgelegt werden, und durch eine Änderung der Miteigentumsanteile in den Kernbereich des Wohnungseigentums eingegriffen würde, ist eine Änderung der Miteigentumsanteile dann nicht gerechtfertigt, wenn sich die unmittelbare Änderung des Kostenverteilungsschlüssels anbietet (BayObLGZ 1991, 396/399). Bei der Prüfung, ob die Voraussetzung für eine Änderung der Miteigentumsanteile oder nur des Kostenverteilungsschlüssels vorliegen, ist nach der Rechtsprechung jeweils ein strenger Maßstab anzulegen, weil die Regelung über die Kostenverteilung im Gesetz oder in der Gemeinschaftsordnung grundsätzlich für die Abrechnung bindend ist und jeder Wohnungseigentümer sich darauf verlassen können muss, dass einmal vereinbartes Geltung hat und die Beteiligten bindet (BayObLG NJW-RR 1995, 529/530 [= MittBayNot 1995, 45]; BayObLGZ 1998, 199/204 f.).

b) Nach diesen Grundsätzen hat das Landgericht jedenfalls im Ergebnis zu Recht eine Änderung der Miteigentumsanteile oder auch nur des Kostenverteilungsschlüssels abgelehnt. Ob sich die Wohnungseigentümer, wie das Landgericht meint, darauf geeinigt haben, dass nach Quadratmetern abgerechnet

wird, erscheint im Hinblick darauf zweifelhaft, dass das Einverständnis mit einem solchen Abrechnungsschlüssel in dem am 4.6.1994 unter Tagesordnungspunkt 6 gefassten Eigentümerbeschluss von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wurde. Auf eine etwaige Einigung über einen anderen Kostenverteilungsschlüssel als die Miteigentumsanteile kommt es aber nicht an, weil jedenfalls ein Festhalten an der Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen den Antragsteller nicht grob unbillig benachteiligt, sodass ihm ein Festhalten an diesem Kostenverteilungsschlüssel nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar wäre. Nach dem Sachvortrag des Antragstellers dürften der Kostenverteilung statt 195,77/1000 Miteigentumsanteile nur 174,66/1000 Miteigentumsanteile zugrunde gelegt werden. Wird dies als richtig unterstellt, zahlt der Antragsteller etwa 12% mehr als er bei einer von ihm für richtig gehaltenen Kostenverteilung zu zahlen hätte. Dieser Prozentsatz übersteigt keinesfalls die Grenze der nicht mehr hinzunehmenden Benachteiligung, die eine Abänderung rechtfertigen könnte (vgl. dazu BayObLGZ 1998, 199/204 f.).

7. BGB § 26, §§ 164 ff., GBO § 19 (*Grundsschuldbestellung durch in der Vertretungsmacht beschränkten Vereinsvorstand*)

1. Ist nach der Satzung eines eingetragenen Vereins die Vertretungsmacht des Vorstands in der Weise beschränkt, dass bei „Investitionsmaßnahmen über 50.000 DM“ die Zustimmung der Mitgliederversammlung erforderlich ist, so schränkt dies die Vertretungsmacht des Vorstands bei der Belastung eines dem Verein gehörenden Grundstücks oder Erbbaurechts mit einer Grundschuld nicht ein.

2. Offen bleibt, ob eine solche Satzungsbestimmung überhaupt die für die Eintragung in das Vereinsregister erforderliche Bestimmtheit hat.

BayObLG, Beschluss vom 19.8.1999 – 2Z BR 63/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

8. GBO §§ 22, 29; BGB § 892 (*Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Grundbuch*)

Die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks im Grundbuch kann gemäß § 22 GBO i.V.m. § 29 GBO erreicht werden; der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist hierfür nicht erforderlich.

OLG München, Beschluss vom 5.11.1999 – 23 W 2894/99 –, mitgeteilt von *Guido Kotschy*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Antragstellerin begehrt im Hauptsacheverfahren vor dem Landgericht München I von der Antragsgegnerin die Berichtigung des Grundbuchs bezüglich des im Grundbuch von F. eingetragenen Grundstücks, Flurstücknummer 1, da ihr Ehemann, mit dem sie in gesetzlichem Güterstand lebt, dieses Grundstück ohne ihre Zustimmung an die Antragsgegnerin am 7.8.1997 aufgelassen hat. Die Antragsgegnerin ist seit 18.12.1997 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen; am 11.8.1999 ist eine Auflassungsvormerkung zugunsten einer Dritten eingetragen. Eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren liegt bisher nicht vor.

Im vorliegenden Verfahren beantragt die Antragstellerin im Grundbuch einen Rechtshängigkeitsvermerk hinsichtlich der Klageansprüche aus dem Hauptsacheverfahren Landgericht München I einzutragen. Der Erlass der einstweiligen Verfügung wurde durch Beschluss des Landgerichts München I, Az. 23 O 16970/99, vom 1.10.1999 mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Antragstellerin den Verfügungsanspruch nicht glaubhaft gemacht habe, da nicht nur die Rechtshängigkeit, sondern auch der dem Rechtsstreit zugrundeliegende Anspruch glaubhaft gemacht werden müsse. Der von der Antragstellerin am 12.10.1999 gegen den Beschluss eingelegte Beschwerde hat das Landgericht München I durch Beschluss vom 22.10.1999 nicht abgeholfen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Das Landgericht München I hat im Ergebnis zurecht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

a) Der Antragstellerin fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr beantragte einstweilige Verfügung, weil sie die Eintragung der Rechtshängigkeit über § 22 GBO in Verbindung mit § 29 GBO erreichen kann; zur Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht erforderlich.

Die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks ist grundsätzlich zulässig. Ohne die Möglichkeit einer derartigen Eintragung bestünde wegen der Regelung in § 325 Abs. 2 ZPO eine Gesetzeslücke. Denn nach § 325 Abs. 2 ZPO gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechend, die Rechtskraft des Urteils gegen Rechtsnachfolger einer Partei greift damit nur dann ein, wenn der Rechtsnachfolger die Rechtshängigkeit gekannt hat; die Kenntnis der Rechtshängigkeit steht der Kenntnis eines Rechtsmangels also gleich. Deshalb muß es möglich sein, den guten Glauben hinsichtlich der Rechtshängigkeit auszuschließen, was nur bei einer entsprechenden Eintragung im Grundbuch gesichert ist (vergl. § 892 Abs. 1, Satz 2 BGB). Der Rechtshängigkeitsvermerk beseitigt daher die Möglichkeit, dass ein redlicher Erwerber gemäß § 892 BGB das betreffende Recht erwirbt. Ohne die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks wäre der wahre Berechtigte, dem die Eintragung beispielsweise eines Widerspruchs gemäß § 892 Abs. 1, Satz 1 BGB entweder nicht möglich oder nicht gelungen ist, schutzlos gegenüber Erwerbem, welche während des laufenden Rechtsstreits das Grundstück erwerben, da eine Mitteilung des laufenden Rechtsstreits an alle möglichen potentiellen Erwerber faktisch undurchführbar ist (vergl. OLG München, NJW 1966, 1030; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098).

b) Der Senat schließt sich der neueren und im Vordringen befindlichen Meinung an, nach welcher für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks der Weg über § 22 GBO ausreicht (OLG Stuttgart, OLGZ 79, 300; OLG Zweibrücken NJW 1989, 1088; OLG Schleswig NJW – RR 1994, 1498; wohl auch *Demharter*, GBO 22. Auflage Anhang zu § 13, Rdnr. 22) und nicht der Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlich ist, wie die Gegenansicht meint (OLG München, Rechtspfleger 1966, 306; *Staudinger-Gursky*, BGB 13. Auflage, § 899, Rdnr. 64 m.w.N.). Zwar hat der Rechtshängigkeitsvermerk praktisch die Wirkungen eines Widerspruchs, der seinerseits über § 899 BGB nur auf Grund Bewilligung oder einer einstweiligen Verfügung ins Grundbuch eingetragen werden kann. Unter Hinweis auf § 899 BGB hat daher das Oberlandesgericht München, NJW 1966, 1030, gefordert, dass für die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks eine einst-

weilige Verfügung erforderlich ist. Für diese einstweilige Verfügung soll aber nur die Tatsache der Rechtshängigkeit, nicht auch die Begründetheit des Anspruchs bzw. das Obsiegen im Rechtsstreit glaubhaft gemacht werden müssen (OLG München, NJW 1966, 1030, 1031). Darüber hinausgehend wird weiter vertreten, dass auch die Begründetheit der Hauptsacheklage geprüft werden müsse, damit von Anfang an aussichtslose, möglicherweise auch schikanöse Klagen verhindert werden könnten und der Buchberechtigte nicht auf Grund dieser von vornherein aussichtslosen Klagen grundlos über längere Zeit auf Grund des Rechtshängigkeitsvermerks in seiner Verfügungsmöglichkeit beschränkt werde (vergl. *Wächter* NJW 1966, 1366).

Würde man diese Anforderungen an die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerkes stellen, wäre nach Auffassung des Senats ein Rechtshängigkeitsvermerk aber überflüssig, weil dann auch immer ein Widerspruch eingetragen werden könnte. Zwischen Widerspruch und Rechtshängigkeitsvermerk besteht aber ein grundlegender Unterschied: Während beim Widerspruch die Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen der Unrichtigkeit der materiellen Rechtslage geltend gemacht und deshalb der gutgläubige Erwerb ausgeschlossen werden soll, besagt der Rechtshängigkeitsvermerk nur, dass ein Rechtsstreit bezüglich einer unmittelbaren rechtlichen Beziehung der Partei zum Grundstück anhängig ist, dessen Verlauf und Ausgang offen und auch von der wahren materiellen Rechtslage verschieden sein kann. Denn die Rechtshängigkeit kann nicht nur mit einem rechtskräftigen Urteil zugunsten der einen oder anderen Partei enden, sondern auch durch Klagerücknahme, übereinstimmende Erledigungserklärung oder ähnliches wegfallen, durch Prozesshandlungen also, die der zugrunde liegenden materiellen Rechtslage nicht entsprechen müssen. Der Rechtshängigkeitsvermerk beinhaltet damit nur den Hinweis auf eine möglicherweise eintretene Unrichtigkeit des Grundbuchs, die aber durch rein prozessuale Handlungen verhindert werden kann, während der Widerspruch die Unrichtigkeit der materiellen Rechtslage zum Inhalt hat. Der Rechtshängigkeitsvermerk ist damit ein Sicherungsmittel von wesentlich geringerem Gewicht als ein Widerspruch (vergl. BayObLG JurBüro 1993, 227/228). Würde man die Glaubhaftmachung der wahren Rechtslage für die Eintragung des Rechtshängigkeitsvermerks verlangen, wären darüber hinaus die Anforderungen strenger als bei positiver Kenntnis des Erwerbers von der Rechtshängigkeit, die alleine ohne Kenntnis einer etwaigen Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Zerstörung des guten Glaubens des Erwerbers führt. § 325 Abs. 2 ZPO wäre damit praktisch auf die Fälle positiver Kenntnis beschränkt.

Gegen diese Ansicht spricht auch nicht, dass der im Grundbuch eingetragene nach Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks faktisch in seiner Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück stark eingeschränkt ist. Zum einen ist die Gefahr eines endgültigen Rechtsverlustes für den möglicherweise wahren Berechtigten schwerwiegender einzustufen, als die nur zeitlich beschränkte Beeinträchtigung des Buchberechtigten. Zum anderen ist die Gefahr von vornherein aussichtslosen Berichtigungsklagen auch in Anbetracht möglicherweise folgender Schadensersatzansprüche als eher gering einzuschätzen (so auch OLG Zweibrücken NJW 1989, 1098, 1099).

c) Die Antragstellerin kann damit die Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks gemäß § 22 GBO in Verbindung mit § 29 GBO dadurch erreichen, dass sie die entsprechenden Aktenbestandteile des Hauptsacheverfahrens, also öffentliche

Urkunden, dem Grundbuchamt vorlegt. Eine einstweilige Verfügung ist nicht erforderlich.

Der Ansicht des OLG München NJW 1966, 1030, 1031 folgt der Senat nicht. Für die Glaubhaftmachung der Rechtshängigkeit ist ein gerichtliches Verfahren nicht erforderlich, weil diese Tatsache durch Vorlage der entsprechenden Aktenbestandteile dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann.

Der Vortrag der Antragstellerin, nach einer fernmündlichen Auskunft des Grundbuchamts München werde in Bayern ein Rechtshängigkeitsvermerk nur auf Grund gerichtlicher Entscheidung eingetragen, ist bisher weder ausreichend glaubhaft gemacht, noch führt er dazu, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für die Antragstellerin bejaht werden kann. Ohne einen entsprechenden Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt zu haben, und gegen die mögliche Ablehnung dieser Eintragung gerichtlich vorgegangen zu sein, hat die Antragstellerin die ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht ausgeschöpft.

9. WEG § 21, WEG § 43 (*Entstehung einer werdenden Wohnungseigentümergeinschaft*)

- 1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher, der Eintragung von Auflassungsvormerkungen und dem Besitzübergang auf die Erwerber eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft entsteht, auf die die Regelungen des WEG betreffend die gemeinschaftliche Verwaltung (§§ 21 ff.) und das gerichtliche Verfahren (§§ 43 ff.) entsprechende Anwendung finden (a. A. OLG Saarbrücken FGPrax 1998, 97).**
- 2. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die sich aus der Abhängigkeit der Rechtsstellung des werdenden Wohnungseigentümers von dem Bestehen eines wirksamen Eigentumsübertragungsanspruchs gegen den Bauträger ergeben können.**

OLG Hamm, 15. Zivilsenat, Beschluss vom 19.10.1999 – 15 W 217/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

10. BGB §§ 54, 718; ParteiG §§ 3, 6; GBO §§ 29, 47; ZPO § 50 (*Zur Grundbuchfähigkeit politischer Parteien*)

Eine politische (Gesamt-)Partei in der Rechtsform eines nichtrechtsfähigen Vereins ist grundbuchfähig (Abgrenzung zu Senat OLGZ 1986, 145 = NJW-RR 1986, 181 [= MittBayNot 1985, 258]).

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 17.9.1999 – 3 W 138/99 –

Zum Sachverhalt:

Mit notariellen Urkunden vom 2.6.1998 und vom 30.7.1998 veräußerte die Beteiligte zu 1) im Wege der Schenkung die eingangs näher bezeichneten Grundstücke an die Beteiligte zu 2). Die Beteiligte zu 2) übernahm es, eine an den Grundstücken Flurstück-Nr. 1 und 2 eingetragene Sicherungshypothek auf ihre Kosten zu beseitigen und die Beteiligte von der durch diese Hypothek gesicherten Forderung freizustellen. Im Übrigen behielt sich die Beteiligte zu 1) an allen Grundstücken ein lebenslangliches Nießbrauchsrecht vor.

Mit Schreiben vom 17./18. 12.1998 beantragten die Beteiligten die Eintragung der Auflassung, des Nießbrauchs und der Löschung der

Sicherungshypothek. Der Rechtspfleger des Grundbuchamts hat die Eintragungen mit Beschluss vom 11.2.1999 abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2) hat das Landgericht mit Beschluss vom 25.3.1999 zurückgewiesen. Die hiergegen eingereichte weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Beschluss, mit dem das Landgericht die Zurückweisung der Eintragungsanträge gebilligt hat, beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 GBO, 550 ZPO). Er ist deshalb aufzuheben. Das Verfahren ist unter gleichzeitiger Aufhebung des erstinstanzlichen Beschlusses vom 11.2.1999 an das Amtsgericht – Grundbuchamt – zurückzuverweisen.

1. Das Landgericht geht in Übereinstimmung mit dem Grundbuchamt davon aus, die Beteiligte zu 2) als politische Partei in der Rechtsform eines nichtrechtsfähigen Vereins könne nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Nicht die Partei als solche, sondern ihre Mitglieder zur gesamten Hand seien die Träger des Vereinsvermögens. Der Grundsatz der Bestimmtheit des Grundbuchverfahrens gebiete es, den tatsächlichen Rechtsinhaber einzutragen. Deshalb könne eine Eintragung nur in der Weise erfolgen, dass alle Mitglieder mit einem das Rechtsverhältnis klarstellenden Zusatz als Eigentümer eingetragen werden oder ein Treuhänder zwischengeschaltet werde. Die Regelung in § 3 Parteiengesetz rechtfertige keine andere Betrachtungsweise.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

a. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Landgericht davon aus, dass das Grundbuchverfahren vom Erfordernis der Bestimmtheit und Klarheit geprägt ist. Die in Rechtsprechung und Schrifttum herrschende Ansicht entnimmt daraus, dass ein nichtrechtsfähiger Verein nicht ins Grundbuch eingetragen werden kann. Gemäß §§ 54, 718 BGB seien Träger des Vereinsvermögens die Vereinsmitglieder zur gesamten Hand. Deshalb bedürfe es dann, wenn dem nichtrechtsfähigen Verein Grundvermögen zugeordnet werden solle, der Eintragung sämtlicher Vereinsmitglieder unter einem das Rechtsverhältnis klarstellenden Zusatz, wie etwa „als Mitglieder des nicht eingetragenen Vereins...“ (vgl. RGZ 127, 309, 312; BGHZ 43, 316, 320; BayObLG Rpfleger 1985, 102; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 246; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht 7. Aufl. Einl. F 48; *Bauer in Bauer/v. Oefele*, GBO AT I Rdnr. 28; *Demharter*, GBO 22. Aufl. § 19 Rdnr. 101; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. B 64 und § 20 GBO Rdnr. 65; *Erman/Westermann*, BGB 9. Aufl. § 54 Rdnr. 8; *Karsten Schmidt* NJW 1984, 2249; *Konzen* JuS 1989, 20, 23; DNotI-Gutachten DNotI-Report 1996, 84; differenzierend *Jung* NJW 1986, 157, jeweils m.w.N.). Eine im Vordringen begriffene Gegenansicht bejaht demgegenüber die Grundbuchfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins. Begründet wird dies zum Teil damit, dass auch der nichtrechtsfähige Verein Träger seines Vereinsvermögens sei. Teilweise wird aber auch eine Parallele zur Eintragungsfähigkeit der Vor-GmbH gezogen oder auf die praktischen Schwierigkeiten beim Grunderwerb von Massenorganisationen verwiesen (vgl. zu alledem etwa Habscheid AcP 155, 375, 402; *Reichert/v. Look*, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts 6. Aufl. Rdnr. 2503; MüKo zum BGB/*Reuter*, 3. Aufl. § 54 Rdnr. 16; *Staudinger/Weick*, BGB 13. Aufl. § 54 Rdnr. 80; RGRK zum BGB/*Steffen*, 12. Aufl. § 54 Rdnr. 16; *Soergel/Hadding*, BGB 12. Aufl. § 54 Rdnr. 18; *Jauernig*, BGB 9. Aufl. § 54 Rdnr. 14; *Palandt/Heinrichs*, BGB 57. Aufl. § 54 Rdnr. 8, jeweils m.w.N.).

b. Der Senat hat sich in seinem auch von den Vorinstanzen herangezogenen Beschluss vom 16.9.1985 – 3 W 157/85 (OLGZ 1986, 145 = NJW-RR 1986, 181 [= MittBayNot 1985, 258]) der erstgenannten Ansicht angeschlossen. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Insbesondere besteht kein Anlass, das Erfordernis der Bestimmtheit des Grundbuchverfahrens für nichtrechtsfähige Vereine generell aufzugeben und ihre Eintragungsfähigkeit ohne Einschränkung zu bejahen. Gleichwohl ist für den hier zu entscheidenden Fall der Eintragung einer politischen Partei aber eine andere Beurteilung geboten. Sie rechtfertigt sich aus den Regelungen des Parteiengesetzes (ParteiG) vom 24.7.1967 (BGBl. I S. 773) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.1.1994 (BGBl. I S. 149) und zwar insbesondere aus § 3 dieses Gesetzes.

In seinem Beschluss vom 16.9.1985 hat es der Senat noch offen gelassen, ob dem Parteiengesetz Einfluss auf die Grundbuchfähigkeit politischer Parteien zukommt. Dies konnte deshalb dahinstehen, weil seinerzeit nur über die Eintragung des Bezirksverbandes einer politischen Partei zu entscheiden war. Für ihn findet § 3 ParteiG keine Anwendung (Senat a.a.O. m.w.N.).

Der hier vorliegende Sachverhalt hat indes die Eintragung einer Gesamtpartei zum Gegenstand. Für sie gilt die Regelung in § 3 ParteiG. Nach dieser Vorschrift können politische Parteien sowie – falls durch Satzung nichts anderes bestimmt ist – ihre Gebietsverbände der jeweils höchsten Stufe unter ihrem eigenen Namen klagen und verklagt werden.

Sie sind also im Zivilprozess parteifähig (vgl. etwa *Zöller/Vollkommer* ZPO 21. Aufl. § 50 Rdnr. 21; *Reichert/v. Look* a.a.O. Rdnr. 2837; *Karsten Schmidt* a.a.O. S. 2251, jeweils m.w.N.). Dementsprechend ist auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit von ihrer Beteiligtenfähigkeit auszugehen (*Meikel/Böttcher* a.a.O. Rdnr. F 48; DNotI a.a.O. S. 85, jeweils m.w.N.). Die Beteiligtenfähigkeit kann im Grundbuchverfahren aber nur demjenigen zustehen, der rechtsfähig ist oder ohne rechtsfähig zu sein, im Grundbuch eingetragen werden kann (*Demharter* a.a.O. § 1 Rdnr. 31; *Bauer in Bauer/v. Oefele* a.a.O. Rdnr. I 18; *Meikel/Böttcher* a.a.O. Rdnr. F 41 ff.; vgl. auch BayObLGZ 1990, 192, 196 jeweils m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, dass das Grundbuchverfahren von der Regelung in § 3 ParteiG ausgenommen bleiben sollte, sind nicht ersichtlich. Aus der Beteiligtenfähigkeit ist deshalb zugleich auch die Grundbuchfähigkeit der politischen Parteien herzuleiten (*Bauer/v. Oefele* a.a.O.; *Meikel/Böttcher* a.a.O. Rdnr. 48; *Demharter* a.a.O.; *Morlok/Schulte-Trux* NJW 1992, 2058, 2060; wohl auch *Karsten Schmidt* a.a.O.).

Für die Frage, ob eine politische Partei im Grundbuch eingetragen werden kann, würde aber auch dann nichts anderes gelten, wenn man die Grundbuchfähigkeit nicht mit der Frage der Beteiligtenfähigkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gleichsetzt (vgl. DNotI a.a.O. S. 85). Gemäß § 2 Abs. 1 ParteiG sind politische Parteien nur solche Vereinigungen, die zumindest für längere Zeit in qualifizierter Weise auf die politische Willensbildung Einfluss nehmen wollen, sofern sie nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, insbesondere nach Umfang und Festigkeit der Organisation und nach der Zahl ihrer Mitglieder für die Ernsthaftigkeit dieser Zielsetzung ausreichende Gewähr bieten. Damit unterliegen sie schon per definitionem höheren Anforderungen, als sie an sonstige nichtrechtsfähige Vereine gestellt werden (*Morlok/Schulte-Trux* a.a.O. S. 2061; DNotI a.a.O.). Diese Anforderungen werden durch den Bundes- oder Landeswahlleiter überprüft (vgl. etwa § 18 BWahlG), wenn sich eine Partei – wie gemäß

§ 2 Abs. 2 ParteiG in gewissen Zeitabständen erforderlich – zur Wahl stellt. Verschiedene Angaben, wie etwa zu Satzung und Programm, Name der Vorstandsmitglieder und Auflösung der Partei müssen gemäß § 6 Abs. 3 ParteiG in eine Art Register aufgenommen werden, das von jedermann eingesehen werden kann. Damit stellen sich politische Parteien anders als sonstige nichtwirtschaftliche Vereine als jederzeit greifbare Rechtsträger dar (*Morlok/Schulte-Trux* a.a.O.; vgl. auch *Karsten Schmidt* a.a.O. S. 2251). Hinzu kommt die Regelung in § 24 Abs. 4 Nr. 1 ParteiG, die es ausdrücklich erfordert, dass die Parteien bei ihrem jährlich zu erstellenden Rechenschaftsbericht ihr Haus- und Grundvermögen angeben. Dies erscheint nur dann sinnvoll, wenn die Parteien selbst Rechtsträger dieses Vermögens sind und als solche ins Grundbuch eingetragen werden können (*Morlok/Schulte-Trux* und DNotI jeweils a.a.O.). Aus all diesen Gesichtspunkten muss gefolgert werden, dass die politischen Parteien vom Gesetzgeber bewusst mit einer Sonderstellung ausgestattet worden sind, die es erfordert, sie unabhängig von den ansonsten für die Eintragung nichtrechtsfähiger Vereine geltenden Grundsätzen im Grundbuchverfahren als eintragungsfähig zu behandeln.

Die Eintragungsanträge der Beteiligten hätten nach alledem nicht mit der von den Vorinstanzen gegebenen Begründung zurückgewiesen werden dürfen.

3. Da der angefochtene Beschluss auf dem dargestellten Rechtsfehler beruht (§ 78 Satz 1 GBO), kann er keinen Bestand behalten. Eine eigene Entscheidung über den Eintragungsantrag ist dem Senat verwehrt, weil die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Verfahren ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und der Entscheidung erster Instanz an das Grundbuchamt zurückzuverweisen. (...)

4. Das Grundbuchamt wird nunmehr unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Eintragungsanträge zu befinden haben. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass auf Seiten der Beteiligten zu 2) bislang kein Nachweis über die Vertretungsbefugnis ihres bei den notariellen Beurkundungen aufgetretenen ersten Vorsitzenden geführt worden ist. Den Beteiligten wird Gelegenheit gegeben werden müssen, dies nachzuholen. Insoweit hält der Senat es für ausreichend, dass ein vom Bundeswahlleiter ausgestellter Nachweis aus dem Parteienverzeichnis vorgelegt wird, aus dem sich Vorstandseigenschaft und Vertretungsbefugnis ergeben (vgl. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 ParteiG). Zwar mag ein solcher Nachweis nicht der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO entsprechen, weil er nur bestätigen kann, dass die Partei gegenüber dem Bundeswahlleiter eine bestimmte Person als Vorstand bezeichnet hat und nichts darüber besagt, ob die Bestellung materiell-rechtlich wirksam erfolgt ist (vgl. DNotI a.a.O. S. 86 m.w.N.). Eine Bescheinigung im Sinne von § 6 Abs. 3 ParteiG eignet sich aber jedenfalls dazu, einen andernfalls bestehenden Beweismangel im Wege des Freibeweises zu beseitigen (DNotI a.a.O.; vgl. auch *Demharter* a.a.O. § 29 Rdnr. 63; *Meikel/Brämbling* a.a.O. § 29 Rdnr. 300 f. m.w.N.).

11. BGB § 2332 Abs. 1 (*Zur Frage des Verjährungsbeginns bei Pflichtteilsansprüchen*)

Ein Kenntnis i.S. von § 2332 Abs. 1 BGB ausschließender Irrtum liegt vor, wenn der Pflichtteilsberechtigte nach seiner Auslegung der letztwilligen Verfügung sein gesetzliches Erbrecht nicht beeinträchtigt sieht, jedenfalls wenn diese Auslegung nicht von vornherein von der Hand zu weisen ist.

BGH, Urteil vom 6.10.1999 – IV ZR 262/98 –, mitgeteilt von Dr. Manfred Werp, Richter am BGH a.D.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht im Wege der Stufenklage Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend. Sie ist die Tochter der vorverstorbenen Tochter des Erblassers aus dessen erster Ehe. Der Erblasser und seine zweite Ehefrau hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Alleinerben und die Beklagten als ihre Erben im Falle ihres „gleichzeitigen Todes“ bestimmt. Am 27.5.1993 setzten der Erblasser und seine zweite Ehefrau ihrem Leben ein Ende; der Erblasser starb eine halbe Stunde nach seiner Frau.

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten stellten Erbscheinsanträge. Dabei war die Klägerin der Meinung, der Erblasser habe seine Frau auf Grund des Testaments beerbt; nach ihm sei gesetzliche Erbfolge eingetreten. Die Beklagten vertraten dagegen den Standpunkt, die testamentarische Regelung für den Fall des gleichzeitigen Todes sei im Wege der Auslegung auch auf den hier eingetretenen Fall zu beziehen. Die Argumentation der Beklagten war dem Verfahrensbevollmächtigten der Klägerin im Erbscheinsverfahren, ihrem jetzigen Streithelfer, bekannt, wie sein Schriftsatz vom 9.7.1993 zeigt. Aus einem weiteren Schriftsatz im Erbscheinsverfahren vom 14.10.1993 geht hervor, dass er auch Anhaltspunkte für eine Grundstücksschenkung des Erblassers zugunsten des Beklagten zu 1) wenige Tage vor dem Erbfall hatte. Mit Beschluss vom 22. November 1994 wies das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Klägerin zurück und kündigte die Erteilung eines Erbscheins zugunsten der Beklagten an. Die dagegen erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg. Mit Beschluss vom 30.9.1996 wies das Bayerische Oberste Landesgericht auch die weitere Beschwerde zurück (BayObLGZ 1996, 243 ff. = ZEV 1996, 470 ff. = FamRZ 1997, 249 ff. [MittBayNot 1997, 46]).

Am 4.7.1997 wurde die Klage im vorliegenden Verfahren eingereicht. Die Vorinstanzen haben die zunächst zur Entscheidung gestellten Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche, so weit sie nicht von den Beklagten anerkannt worden sind, abgewiesen. Hinsichtlich des Nachlasses der Ehefrau des Erblassers sind sie den Nachlassgerichten gefolgt, die die testamentarische Regelung für den Fall des gleichzeitigen Todes auch auf den hier eingetretenen Erbfall bezogen haben, weil der überlebende Ehegatte nicht mehr anderweitig testieren konnte. Mithin seien die Beklagten unmittelbar Erben der Ehefrau geworden. Insoweit hat der Senat die Revision des Streithelfers der Klägerin nicht zur Entscheidung angenommen. Was den Nachlass des Erblassers betrifft, halten die Vorinstanzen die Klage für verjährt. Auch dagegen wendet sich die Revision.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. In Bezug auf den Nachlass des Erblassers hat das Berufungsgericht die Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche der Klägerin abgewiesen, weil sie der Vorbereitung von Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüchen dienen, die gemäß § 2332 Abs. 1 BGB verjährt seien; daher bestehe für die geltend gemachten Ansprüche kein Bedürfnis mehr (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1995 – IV ZR 134/95 – NJW 1995, 1157 unter I 3 m.w.N. [= MittBayNot 1995, 214]).

(...)

2. Dem tritt die Revision mit Recht entgegen.

a) Der Senat hat in seinem Urteil vom 25.1.1995 (a.a.O. unter I 1) zwischen einem Irrtum des Pflichtteilsberechtigten über das Ausmaß seiner Beeinträchtigung einerseits und über die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung andererseits unterschieden. Nur für den Irrtum bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung, der nicht ihre Wirksamkeit, sondern nur das Ausmaß der Beeinträchtigung betrifft, hat der Senat entschieden, dass er nicht erheblich sei für die von § 2332 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Kenntnis und damit für den Lauf der Verjährungsfrist. Dagegen hat der Senat betont, anders liege es, wenn der Pflichtteilsberechtigte über das Bestehen seines Pflichtteilsrechts überhaupt irre. Erst die wirksam gewordene und vom Pflichtteilsberechtigten auch erkannte Beeinträchtigung seines gesetzlichen Erbrechts gebe ihm – ungeachtet ihres Umfangs – hinreichend Anlass zum Handeln. In diesem Sinne hat das Urteil Zustimmung gefunden (*Ebenroth/Koos*, ZEV 1995, 233, 234 unter 2.2.1; *MünchKomm/Frank*, BGB 3. Aufl. § 2332 Rdnr. 7; *Staudinger/Olshausen*, BGB 13. Bearb. § 2332 Rdnr. 15).

b) Schließt danach ein Irrtum über die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, jedenfalls wenn die Bedenken nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind, die von § 2332 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Kenntnis aus, kann für einen Irrtum über die Anwendbarkeit der letztwilligen Verfügung auf den zu beurteilenden Erbfall nichts anderes gelten. Auch bei einem solchen Irrtum fehlt die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten, dass sein gesetzliches Erbrecht überhaupt beeinträchtigt sei, und damit ein hinreichender Anlass zum Handeln. Es macht keinen wesentlichen Unterschied, ob sich der Pflichtteilsberechtigte deshalb nicht beeinträchtigt sieht, weil er die enterbende Verfügung etwa durch eine spätere Erklärung des Erblassers für aufgehoben hält (BGHZ 95, 76, 78 f.), oder – wie im vorliegenden Fall – weil er das Testament schon gar nicht auf den eingetretenen Erbfall bezieht.

c) Es kommt auch nicht allein darauf an, dass der Irrtum auf einer unrichtigen Auslegung der letztwilligen Verfügung beruht und dass dem Pflichtteilsberechtigten Gesichtspunkte bekannt waren, die zu einer anderen, sein gesetzliches Erbrecht beeinträchtigenden Auslegung führen konnten. Die von § 2332 Abs. 1 BGB geforderte Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten kann gleichwohl fehlen, solange seine Auslegung auch unter Berücksichtigung der ihm bekannt gewordenen, entgegenstehenden Gesichtspunkte nicht von vornherein von der Hand zu weisen ist. Die Klägerin durfte sich im vorliegenden Fall insbesondere auf die rechtliche Beratung durch den Streithelfer verlassen; dieser hatte auf den engen Wortsinne des Begriffs der Gleichzeitigkeit des Todes und die darauf gestützten Bedenken in der Rechtsprechung gegen eine erweiternde Auslegung (etwa KG FamRZ 1970, 148) hingewiesen. Das gilt hier jedenfalls bis zur Entscheidung des Nachlassgerichts, das der Testamentsauslegung der Beklagten den Vorzug gab.

Die Verjährungsfrist ist aber – geht man vom Beschluss des Nachlassgerichts vom 22.11.1994 aus – durch die am 4.7.1997 eingereichte Klage rechtzeitig unterbrochen worden.

3. Das Berufungsgericht wird daher der offen gelassenen Frage nachzugehen haben, inwieweit die geltend gemachten Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche begründet sind.

12. § 2113 Abs. 2 BGB (*Vorzeitige Erfüllung eines Grundstücksvermögens an Nacherben durch befreiten Vorerben*)

1. Bei der Prüfung der Nacherbenbeeinträchtigung gemäß § 2113 Abs. 2 BGB ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten.

2. Eine Beeinträchtigung i.S.v. § 2113 Abs. 2 BGB liegt auch dann nicht vor, wenn der Vorerbe das zu Gunsten eines Nacherben angeordnete Vorausvermächtnis über ein Grundstück bereits vor dessen Fälligkeit erfüllt.

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.6.1999 – 3 Wx 104/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Eheleute F. und M. waren Eigentümer des in der Gemarkung L. belegenen Flst. 1 (im Folgenden: Grundbesitz). Sie schlossen am 7.2.1985 einen notariellen Erbvertrag, wonach sie sich gegenseitig zu alleinigen Vorerben einsetzten. Zu Nacherben nach dem Tode des Letztversterbenden beriefen sie ihre beiden Kinder, die Beteiligte zu 1) und die Beteiligte zu 2) zu je $\frac{1}{2}$. Für den Fall, dass eine Nacherbin vor Eintritt des Nacherbfalles versterben oder die Nacherbschaft auschlagen sollte, ohne einen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen, sollten ihre eheliche Abkömmlinge, und zwar untereinander nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, als Ersatznacherben an ihre Stelle treten. Falls sie keine ehelichen Abkömmlinge hinterließe, sollte ihr Nacherbteil der anderen Nacherbin, ersatzweise deren ehelichen Abkömmlingen im Verhältnis ihrer Erbbeteiligung anwachsen. Darüber hinaus setzten die Eheleute F. und M. zu Gunsten einer jeden Tochter Vorausvermächtnisse ohne Anrechnung auf den Erbteil aus, wobei sie den Grundbesitz der Beteiligten zu 1) zugedachten. Die Vorausvermächtnisse sollten bezüglich des Nachlasses des Erstversterbenden erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles – Tod des Längstlebenden – zu erfüllen sein. Als Ersatzvermächtnisnehmer wurden jeweils die ehelichen Abkömmlinge eines vorversterbenden Vermächtnisnehmers, und zwar untereinander nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, bestimmt. Ferner enthält der notarielle Erbvertrag folgende Regelung:

Der Überlebende von uns soll ferner in Abweichung von der grundsätzlich für ihn geltenden Bestimmung des § 2113 BGB – keine den Nacherben gegenüber wirksame Verfügung über Grundbesitz ohne deren Zustimmung – berechtigt sein, über den Grundbesitz, der in dieser Urkunde einzelnen Abkömmlingen von uns als Vorausvermächtnis zugewendet ist, schon mit Zustimmung des jeweiligen Vorausvermächtnisnehmers für alle Nacherben wirksam zu verfügen. Maßgeblich ist die Zustimmung des Abkömmlings bzw. der Abkömmlinge, die zur Zeit der Verfügung die in erster Linie berufenen Vermächtnisnehmer sind.

Nach dem Tode der M. wurde F. als alleiniger Erbe des $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteils und somit als alleiniger Eigentümer ins Grundbuch eingetragen. In Abteilung II Nr. 4 erfolgte die Eintragung eines Nacherbenvermerks sowie eines Testamentsvollstreckervermerks.

Mit notariellem Vertrag vom 23.12.1997 übertrug der Vorerbe F. den im Rubrum bezeichneten gesamten Grundbesitz einschließlich der in Abteilung III des Grundbuchs auf dem gesamten vorbezeichneten Grundbesitz unter laufender Nr. 2 eingetragenen Eigentümergrundschild auf seine Tochter, die Beteiligte zu 1), in teilweiser Vorwegnahme der Erfüllung der vorgesehenen Vorausvermächtnisse. Ferner übertrug er in demselben Vertrag seine Geschäftsanteile in Höhe von 12.000,00 DM und 18.000,00 DM an der A-GmbH sowie von seiner Kommanditeinlage von insgesamt 110.000,00 DM an der B-GmbH & Co. KG einen Teil in Höhe von 66.000,00 DM, und zwar den Teil, den er nicht von seiner Ehefrau als deren Vorerbe, sondern bereits vor deren Tod erworben hatte.

In Abschnitt III des notariellen Vertrages behielt er sich Versorgungsleistungen vor, die die Beteiligte zu 1) ihm jeweils als dauernde Last bis zu seinem Lebensende zu erbringen hatte, die jedoch alle erst ab dem Zeitpunkt und in dem Umfang fällig werden sollten, zu dem und soweit das ihm zustehende jeweilige Guthaben auf seinem Gesellschafterdarlehenskonto ausschließlich für die erwähnten Versorgungsleistungen verbraucht haben würde oder die Darlehensforde-

rung nicht mehr realisierbar wäre und außerdem die Versorgungsleistungen nicht selbst aus seinen Gewinnanteilen aus den beiden vorbezeichneten Gesellschaften bestreiten könnte.

Im Abschnitt VI Nr. 3 der notariellen Urkunde bewilligten und beantragten die Beteiligten die Löschung des Nacherbenvermerks in Abteilung II Nr. 4 auf dem übertragenen Grundbesitz und des entsprechenden Vermerks bei der abgetretenen Eigentümergrundschild in Abteilung III Nr. 2 im Grundbuch.

Unter Bezugnahme auf die notarielle Urkunde beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) mit Antrag vom 11.5.1998 die Löschung des Nacherbenvermerks in Abteilung II Nr. 4.

Mit Zwischenverfügung vom 18.5.1998 hat das Amtsgericht – Rechtspflegerin – die Erledigung des Antrages von der Zustimmung der weiteren Nacherbin, der Beteiligte zu 2), abhängig gemacht. Hiergegen hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1) Erinnerung eingelegt, der die Rechtspflegerin nicht abgeholfen hat. Der Richter hat sie der Kammer nach Nichtabhilfe zur Entscheidung vorgelegt. Diese hat die als Beschwerde geltende Erinnerung zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1) hat weitere Beschwerde eingelegt. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt der Nacherbfolge setzt, wenn die Bewilligung der Nacherben nicht vorliegt, den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit voraus, § 22 Abs. 1 GBO (wenn die Grundbuchunrichtigkeit nicht offenkundig ist, § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO).

Ist das betreffende Grundstück bzw. das Recht an einem Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden, so erstreckt sich die Nacherbfolge nicht mehr darauf; das Grundbuch ist folglich unrichtig.

Für die Beurteilung der Frage, ob unter diesem Gesichtspunkt hier Grundbuchunrichtigkeit vorliegt, kommt es darauf an, ob die von dem Vorerben gemäß Vermögensübertragungsvertrag vom 23.12.1997 getroffene Verfügung über den Grundbesitz und die dazu eingetragene Eigentümergrundschild wirksam ist, oder ob einer wirksamen Übertragung § 2113 Abs. 2 BGB entgegensteht.

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt:

Der Übertragungsvertrag genüge nicht der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 BGB. Die Beteiligte zu 1) berufe sich ohne Erfolg auf die im Erbvertrag ihrer Eltern getroffene Regelung, wonach der Überlebende in Abweichung von der grundsätzlich für ihn geltenden Bestimmung des § 2113 BGB berechtigt sein soll, über den Grundbesitz, der in dieser Urkunde einzelnen Abkömmlingen als Vorausvermächtnis zugewendet ist, schon mit Zustimmung des jeweiligen Vorausvermächtnisnehmers für alle Nacherben wirksam zu verfügen. Durch die im Übertragungsvertrag insoweit abgegebene notwendige Zustimmung der Beteiligten zu 1) sei lediglich der Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB genügt, nicht jedoch der Vorschrift des § 2113 Abs. 2 BGB, von dessen Beschränkungen der Erblasser den Vorerben gemäß § 2136 BGB nicht befreien könne. Nur, wenn die Verfügung entgeltlich erfolgt wäre, käme dem Vertrag unbeschränkte Wirksamkeit zu. Die Übertragung müsse jedoch als eine unentgeltliche angesehen werden. Dies gelte auch, soweit die Beteiligte zu 1) im notariellen Übertragungsvertrag zu Abschnitt III Versorgungsleistungen übernommen habe, die jedoch erst ab einem zukünftigen und ungewissen Ereignis fällig werden sollten. Auch wenn man berücksichtige, dass die Übertragung in teilweiser Vorwegnahme der Erfüllung der vorgesehenen Vorausvermächtnisse mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge erfolgte, sei es zwei-

felhaft, dass die übernommene Versorgungsverpflichtung eine angemessene Gegenleistung für die Übertragung des Vollrechts an dem Grundstück darstelle. Das gelte vor allen Dingen auch im Hinblick darauf, dass bei dem hohen Alter des Vorerben (84 Jahre) der Eintritt der Bedingung für das Fälligwerden von Versorgungsleistungen weit hinausgeschoben sein dürfte, wodurch die Wahrscheinlichkeit, dass Leistungen größeren Umfangs zu erbringen seien, abnehme. Im Hinblick darauf, dass selbst bei teilweiser Unentgeltlichkeit der Verfügung die Zustimmung sämtlicher Nacherben nicht entbehrlich werde, könne jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der Nachweis der Erbringung eines angemessenen Entgelts in grundbuchmäßiger Form geführt sei. Soweit die Beteiligte zu 1) geltend mache, es fehle an einer Beeinträchtigung des Nacherbenrechts der Beteiligten zu 2), da mit der Verfügung des Vorerben lediglich die Erfüllung eines durch den Erblasser angeordneten Vorausvermächtnisses verbunden sei, sei dies unzutreffend. Das Vermächtnis sei der Beteiligten zu 1) noch nicht angefallen, da es erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles zu erfüllen sei. Es sei ungewiss, ob zu diesem Zeitpunkt die Beteiligte zu 1) als Vorausvermächtnisnehmerin noch lebt bzw. ob die berufenen Ersatzvermächtnisnehmer für sie vorhanden sind. Falls nicht, würde der Gegenstand des Vorausvermächtnisses ohne weiteres in den sonstigen Nachlass fallen und dem Erbteil der Beteiligten zu 2) anwachsen. Dieses Recht als Nacherbin würde durch die Löschung des Nacherbenvermerks nach Übertragung des Grundstücks an die Beteiligte zu 1) beeinträchtigt.

Die Erwägungen des Landgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern:

Nicht zu beanstanden ist zwar die Auslegung des Erbvertrages (zu II.1) dahin, dass der Vorerbe von der Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB befreit werden sollte. Eine solche Befreiung ist gemäß § 2136 BGB rechtlich zulässig und hier zweifelsfrei vorgenommen worden.

Die Einschätzung, dass die Übertragung des Grundbesitzes durch notariellen Vertrag vom 23.12.1997 auf die Beteiligte zu 1) eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB darstelle, begegnet gleichfalls keinen rechtlichen Bedenken. Es ist anerkannt, dass die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB auch bei teilweiser Unentgeltlichkeit gilt (vgl. nur BGH NJW 1977, 1631; *Palandt-Edenhofer*, 57. Aufl., § 2113 BGB Rdnr. 12). Entscheidend kommt es darauf an, ob eine objektiv gleichwertige Gegenleistung in den Nachlass fließt, wobei auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen ist (BayObLGE 57, 285; *Edenhofer a.a.O.*; *Johannsen* in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 2113 Rdnr. 22). Die Gleichwertigkeit der von der Beteiligten zu 1) übernommenen Versorgungspflichten kann hier aus den vom Landgericht dargelegten Gründen, auf die Bezug genommen wird, unbedenklich verneint werden.

Rechtlich nicht haltbar ist jedoch die in der angefochtenen Entscheidung vertretene Ansicht, die in dem notariellen Vertrag vom 23.12.1997 vorgenommene Verfügung beeinträchtige das Nacherbenrecht der Beteiligten zu 2) und sei deshalb nach § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam.

Diese Auffassung lässt außer acht, dass nach § 2084 BGB dann, wenn eine letztwillige Verfügung verschiedene Auslegungen zulässt, im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei der die Verfügung Erfolg haben kann. Der eingangs wörtlich zitierten Formulierung zu Ziffer II.1 des Erbvertrags ist mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der wirkliche Wille der Erblasser nicht dahin ging, dem

Vorerben lediglich Befreiung von der Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB zu erteilen und die Unwirksamkeit einer unentgeltlichen Verfügung nach § 2113 Abs. 2 BGB in Kauf zu nehmen, wenn – wie hier der überlebende Ehegatte Grundbesitz, der Gegenstand eines Vorausvermächtnisses ist, dem mit dem Vermächtnis Bedachten vorzeitig ohne (angemessenes) Entgelt übertragen möchte, und ohne dass die Zustimmung der weiteren Nacherbin vorliegt. Die Erwähnung des § 2113 ohne Einschränkung auf Abs. 1 der Vorschrift deutet auf ein mögliches Übersehen des § 2136 BGB hin. Insbesondere die Wendung

„... schon mit Zustimmung des jeweiligen Vorausvermächtnisnehmers für alle Nacherben wirksam ...“

und die Klarstellung

„maßgeblich ist die Zustimmung des Abkömmlings bzw. der Abkömmlinge, die zur Zeit der Verfügung die in erster Linie berufenen Vermächtnisnehmer sind“

zeigen, dass es den Erbvertragsparteien darauf ankam, eine wirksame Übertragung von Grundbesitz ohne Beschränkung auf entgeltliche Rechtsgeschäfte durch den Überlebenden an diejenige Tochter zu ermöglichen, die den Grundbesitz im Nacherbfall ohnehin erhalten würde.

Die Verwirklichung dieses Erblasserwillens kann zwar nicht, wie die Beschwerdeführerin meint, dadurch erreicht werden, dass das Nacherbenrecht der Beteiligten zu 2) als auflösend bedingt angesehen wird, wobei die Bedingung (auch) eine unentgeltliche Verfügung des Erblassers zugunsten der Beteiligten zu 1) sein kann. Zu Unrecht meint die Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Bestimmung des § 158 Abs. 2 BGB, nach der mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts hier das Nacherbenrecht der weiteren Nacherben an dem von der Verfügung getroffenen Grundbesitz – insgesamt endet, sei das Erfordernis der Entgeltfähigkeit obsolet. Diese Auffassung hat das Landgericht rechtfehlerfrei zurückgewiesen. Die Wirkung des § 158 Abs. 2 BGB tritt nur ein, wenn es zuvor ein Rechtsgeschäft – eine Verfügung – gegeben hat, und eine unentgeltliche Verfügung ist unter den Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 BGB eben unwirksam.

Dem in der Erbvertragsklausel zum Ausdruck kommenden Willen kann auf andere Weise Geltung verschafft werden. Der Erblasser darf zwar den Vorerben nicht vom Schenkungsverbot befreien (§ 2136 BGB). Er darf aber den Nacherben durch Vermächtnis damit beschweren, bestimmten unentgeltlichen Verfügungen zuzustimmen (*Staudinger/Behrends/Avenarius*, BGB, 13. Bearbeitung, § 2113 Rdnr. 57 und § 2100 Rdnr. 32; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 51 III 1 b).

Dass die Eheleute die jeweils andere Tochter zur Zustimmung verpflichteten wollten, wenn der einen Tochter der Gegenstand des ihr zugedachten Vorausvermächtnisses, auch unentgeltlich, vorzeitig übereignet würde, zeigt die zitierte Erbvertragsklausel.

Unter diesem Blickwinkel kann von einer Beeinträchtigung des Nacherbenrechts der Beteiligten zu 2) im Sinne des § 2113 BGB nicht gesprochen werden. Es liegt vielmehr einer der Fälle vor, in denen eine zwar unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB dennoch das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigt, weil dieser verpflichtet ist, den durch die Verfügung herbeigeführten Erfolg hinzunehmen (vgl. BGHZ 7, 274 ff., 279; RGRK-*Johannsen a.a.O.*, § 2113 Rdnr. 32).

Bei der Prüfung der Nacherbenbeeinträchtigung gemäß § 2113 Abs. 2 BGB ist eine wirtschaftliche Betrachtungs-

weise geboten (*Johannsen a.a.O.*; *Edenhofer a.a.O.*, § 2113 Rdnr. 10; *Staudinger/Behrends/Avenarius a.a.O.*, § 2113 Rdnr. 23). Eine Beeinträchtigung des Nacherbenrechts besteht nicht schon darin, dass der Nacherbe, der kein Recht auf Erhaltung eines bestimmten Nachlassgegenstandes hat, diesen Gegenstand nicht erwirbt. Sie liegt nur dann vor, wenn objektiv betrachtet das wirtschaftliche Ergebnis der Verfügung für den Gesamtnachlass die Rechte des Nacherben beeinträchtigt hat (*Johannsen a.a.O.*). Da die Beteiligte zu 2) von vornherein mit der Verpflichtung belastet ist, der unentgeltlichen Verfügung des Vorerben im Rahmen der zitierten Erbvertragsklausel zuzustimmen, stellt die Realisierung der im Erbvertrag bereits angelegten Möglichkeit, wirtschaftlich gesehen, keine (weitere) Beeinträchtigung dar.

Die Verfügung ist mithin endgültig wirksam, das Grundbuch insoweit unrichtig, der Nacherbenvermerk also wie beantragt zu löschen.

13. BGB § 2065 Abs. 2, § 2075, § 2100 (*Auflösende Bedingung der Nacherbfolge durch anderweitige Verfügung des Vorerben*)

- 1. Die Bestimmung in einem Ehegattentestament, die eine angeordnete Nacherbeneinsetzung mit einer auflösenden Bedingung verknüpft, die bei einer anderweitigen Verfügung des überlebenden Ehegatten über den Nachlass eintritt, ist wirksam.**
- 2. Der Bedingungseintritt kann dabei auch so gestaltet werden, dass er nicht nur durch eine anderweitige letztwillige Verfügung, sondern auch durch ein lebzeitiges Rechtsgeschäft des überlebenden Ehegatten herbeigeführt werden kann. Weitere Voraussetzung ist in der zweiten Alternative, dass die Testamentsauslegung zu dem Ergebnis führt, dass mit der rechtsgeschäftlichen Verfügung über einen einzelnen, als wesentlichen Nachlassgegenstand angesehenen Vermögenswert (hier: ein Hausgrundstück) die auflösende Bedingung für die Nacherbfolge insgesamt herbeigeführt wird.**

OLG Hamm, 15. Zivilsenat, Beschluss vom 24.8.1999 – 15 W 218/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Als Eigentümer des Grundstücks der Gemarkung B. („Grundstück“) waren ursprünglich eingetragen der Bergmann Albert G. und seine Ehefrau Elisabeth als Miteigentümer je zur Hälfte. Das Grundstück ist in Abteilung II Nr. 1 mit einem Erbbaurecht belastet, als dessen Berechtigte zu je 1/2 Anteil ebenfalls die Eheleute G. eingetragen waren. Aus der Ehe hervorgegangen sind die beiden Verfahrensbeteiligten sowie zwei Geschwister, die beide im Kindesalter verstorben sind.

Die Eheleute G. errichteten am 24.7.1960 ein notarielles Testament, das folgenden Wortlaut hat:

„1.

Wir setzen uns gegen- und wechselseitig zu alleinigen Erben ein; das gilt besonders für unsere gemeinsame Siedlerstelle. Danach fällt der beiderseitige Nachlass unseren gemeinsamen Kindern zu.

2.

Sollte der Überlebende von uns wieder heiraten, so sind unsere gemeinsamen Abkömmlinge (nach Stämmen) zu Nacherben des Verstorbenen berufen. Der Überlebende kann jedoch bestimmen, welchem der Erben bzw. Nacherben die Siedlerstelle allein unter Lebenden oder von Todes wegen übertragen werden soll.“

Die Ehefrau ist im Jahre 1974 verstorben. Das Grundbuchamt hat daraufhin am 27.5.1974 Herrn Albert G. im Wege der Berichtigung als Alleineigentümer des Grundstücks sowie einen Nacherbenvermerk folgenden Inhalts eingetragen:

„Vorerbe wird im Fall seiner Wiederverheiratung der Bergmann Albert G., soweit er Eigentümer nach der Erblasserin Elisabeth G. geworden ist. Nacherben werden dann die gemeinsamen Abkömmlinge (nach Stämmen) des Bergmanns Albert G. und der Erblasserin Elisabeth G.“

Herr Albert G. hat mit notariellem Vertrag vom 5.6.1998 das Grundstück sowie das Erbbaurecht an den Beteiligten zu 1) übertragen. In der notariellen Urkunde heißt es, die Übertragung erfolge im Wege vorweggenommener Erbfolge. Ferner wird Bezug genommen auf die Regelung in dem notariellen Testament vom 24.7.1960, durch die dem überlebenden Ehegatten das Recht eingeräumt ist zu bestimmen, welchem der Erben bzw. Nacherben die Siedlerstelle allein unter Lebenden oder von Todes wegen übertragen werden solle. Die Übertragung an den Beteiligten zu 1) erfolge auf Grund dieser Regelung in dem Testament. Gleichzeitig haben die Vertragsschließenden die Löschung des Nacherbenvermerks als gegenstandslos beantragt. Auf Grund der in dieser Urkunde weiter erklärten Auflassung hat das Grundbuchamt am 30.9.1998 den Beteiligten zu 1) als Eigentümer des Grundstücks eingetragen. Der Nacherbenvermerk ist im Grundbuch bestehen geblieben, nachdem der Urkundsnotar am 18.9.1998 erklärt hat, dieser Vermerk solle zunächst übernommen werden.

In einem weiteren Vertrag vom 2.11.1998 haben die im vorliegenden Verfahren Beteiligten einen Vertrag geschlossen, durch den sie sich auf eine Abfindungszahlung geeinigt haben, die die Beteiligte zu 2) von dem Beteiligten zu 1) erhält. Beide Beteiligten haben in § 2 dieses Vertrages die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligt und beantragt.

Den von dem Urkundsnotar gem. § 15 GBO gestellten Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes mit Zwischenverfügung vom 10.11.1998 dahin beanstandet (Ziffer 1), es fehle die Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks durch einen gemäß § 1913 BGB für die unbekanntenen Nacherben bestellten Pflegers nebst vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung. Zur Behebung des Hindernisses hat das Grundbuchamt eine Frist von sechs Wochen gesetzt.

Gegen diese Zwischenverfügung haben die Beteiligten mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 16.3.1999 Beschwerde eingelegt, die sie im Wesentlichen dahin begründet haben auf Grund des Todes ihrer Geschwister im Kindesalter seien sie die alleinigen Nacherben. Ihre künftigen Abkömmlinge könnten deshalb allenfalls als Ersatznacherben berufen sein. Deren Bewilligung bedürfe es jedoch zur Löschung des Nacherbenvermerks nicht.

Die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes hat der Beschwerde mit Verfügung vom 19.3.1999 nicht abgeholfen. Durch Beschluss vom 22.4.1999 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) kann nur gelöscht werden entweder auf Bewilligung des Nacherben (§ 19 GBO) oder auf der Grundlage des Nachweises der Unrichtigkeit der Eintragung (vgl. etwa *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 5. Aufl., 51 Rdnr. 28; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, § 51 Rdnr. 115).

Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, die Bewilligung der Beteiligten reiche zur Löschung des Nacherbenvermerks nicht aus. Rechtlich unbedenklich hat die Kammer die Bestimmung in Ziffer 2 des Testaments vom 24.7.1960 dahin ausgelegt, der überlebende Ehegatte sei auflösend bedingt als Vollerbe und zugleich aufschiebend bedingt als Vorerbe für

den Fall der Wiederverheiratung eingesetzt. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist ferner die Auslegung des Landgerichts, die testierenden Ehegatten hätten nicht etwa ihre Kinder abschließend zu (bedingten) Nacherben berufen, sondern im Sinne einer konstruktiven Nacherbfolge (§ 2104 S. 1 BGB) diejenigen Personen zu Nacherben eingesetzt, die zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalles als ihre Abkömmlinge nach Stämmen (also entsprechend der gesetzlichen Erbfolge) berufen wären. Bei dieser Auslegung ergibt sich die vom Landgericht zutreffend gezogene rechtliche Schlussfolgerung, dass die Nacherben derzeit unbekannt sind und die Löschungsbewilligung nur von einem gem. § 1913 BGB bestellten Pfleger mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abgegeben werden kann. Ob auch eine andere Auslegung des Testaments dahin möglich ist, dass die Ehegatten konkret ihre Kinder zu (bedingten) Nacherben eingesetzt haben und die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft (§ 2108 Abs. 2 S. 1 BGB) durch Berufung der weiteren Abkömmlinge als Ersatznacherben (§ 2096 BGB) haben abschließen wollen, kann letztlich offen bleiben. Dadurch wird der Bestand der Entscheidung des Landgerichts unter diesem Gesichtspunkt nicht in Frage gestellt, weil die tatrichterliche Auslegung durch das Rechtsbeschwerdegericht nur beschränkt nachgeprüft werden kann (*Bauer/von Oefele/Budde*, a.a.O., § 78 Rdnr. 25).

Das Landgericht hat jedoch nicht geprüft, ob die *Unrichtigkeit* der Eintragung des Nacherbenvermerks *nachgewiesen* ist. Dies ist nach Auffassung des Senats hier der Fall, weil die Ehegatten in ihrem Testament die Nacherbeneinsetzung für den Wiederverheiratungsfall zusätzlich mit einer auflösenden Bedingung verbunden haben und diese Bedingung durch die rechtsgeschäftliche Übertragung des Grundstücks und des Erbbaurechts durch den überlebenden Ehegatten auf den Beteiligten zu 1) mit der Folge eingetreten ist, dass ersterer nunmehr unbeschränkter Vollerbe geworden ist. Dies beruht im Einzelnen auf folgenden Erwägungen:

Die Ehegatten haben in Ziffer 2 des Testaments im Anschluss an die Nacherbeneinsetzung für den Wiederverheiratungsfall die ergänzende Regelung getroffen, der Überlebende von ihnen könne bestimmen, welchem der Erben bzw. Nacherben die Siedlerstelle allein unter Lebenden oder von Todes wegen übertragen werden solle. In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass der Erblasser einen Nacherben wirksam unter der Bedingung einsetzen kann, dass der Vorerbe nicht anderweitig von Todes wegen über den Nachlass verfügt. Eine solche als auflösende Bedingung der Nacherbeneinsetzung einzuordnende Ermächtigung an den Vorerben kann auch sachlich dahin eingeschränkt werden, über den Nachlass anderweitig nur in bestimmtem Rahmen (insbesondere nur zugunsten bestimmter Personen) zu verfügen, wie es hier geschehen ist. Regelungen dieser Art sind in Ehegattentestamenten verbreitet anzutreffen. Ihrer Wirksamkeit steht nach der Rechtsprechung insbesondere die Vorschrift des § 2065 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Denn der Vorerbe verfügt über seinen eigenen Nachlass, indem er die auflösende Bedingung herbeiführt und damit zum unbeschränkten Vollerben wird (RGZ 95, 278; BGHZ 2, 35 = NJW 1951, 959; 59, 220, 222 = NJW 1972, 1987 [= MittBayNot 1972, 303]; LM Nr. 6 zu § 2065 BGB; BayObLGZ 1965, 457, 463; 1982, 331, 341; ebenso *Staudinger/Otte*, BGB, 13. Bearbeitung, § 2065 Rdnr. 19; *Soergel/Loritz*, BGB, 12. Aufl., § 2065 Rdnr. 18; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 58. Aufl., § 2065 Rdnr. 8; a.A. *MK/BGB-Leipold*, 3. Aufl., § 2065 Rdnr. 10 mit weiteren Nachweisen zur Gegenauffassung). Der Senat hat sich dieser

Rechtsprechung bereits wiederholt angeschlossen (OLGZ 1973, 103, 104; Rpfleger 1976, 132, 134). Er sieht ebenso wie das BayObLG in der Bemerkung der zu § 2314 BGB entgangenen Entscheidung des BGH (NJW 1981, 2051, 2052 [= MittBayNot 1981, 81]), es bleibe offen, ob an der genannten Auffassung festzuhalten sei, keinen Anlass, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzurücken.

Eine anderweitige *letztwillige* Verfügung des Vorerben kann allerdings den Bestand des Nacherbenvermerks nicht berühren, weil erst mit dem Tod des Vorerben feststeht, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht (vgl. OLG Braunschweig Rpfleger 1991, 204; LG Dortmund Rpfleger 1969, 17). Darum geht es indessen hier nicht. Fraglich ist vielmehr, ob der Erblasser den Bedingungseintritt auch so gestalten kann, dass er durch den Vorerben bereits durch *Rechtsgeschäft unter Lebenden* herbeigeführt werden kann. Der Senat hat diese Frage in einem früheren Beschluss (vom 20.11.1989 – 15 W 430/89 –) als nicht entscheidungserheblich offen gelassen. Die Wirksamkeit einer durch Testament so gestalteten Bedingung ist nunmehr zu bejahen.

Dabei kann im Ausgangspunkt nicht zweifelhaft sein, dass § 2075 BGB die Zulässigkeit einer in solcher Weise bedingten Nacherbeneinsetzung voraussetzt. Ein Hinderungsgrund für die Wirksamkeit einer solchen Regelung kann nicht aus § 2065 Abs. 2 BGB hergeleitet werden. Denn wenn die Rechtsprechung eine auflösende Bedingung der Nacherbeneinsetzung zulässt, deren Eintritt an eine andere letztwillige Verfügung des Vorerben über den Nachlass anknüpft, so bestehen keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, den Bedingungseintritt zusätzlich auch an eine Verfügung des Vorerben unter Lebenden binden zu können. Jedenfalls dann, wenn das Testament dem Vorerben ausdrücklich eine solche Ermächtigung erteilt und dieser mit seinem Rechtsgeschäft unter Lebenden zu erkennen gibt, davon Gebrauch machen zu wollen, muss der Eintritt der Bedingung als rechtlich wirksam erfolgt angesehen werden (*Soergel/Loritz*, a.a.O., § 2065 Rdnr. 21).

Eine Ermächtigung des überlebenden Ehegatten zu einer anderweitigen Verfügung unter Lebenden wäre allerdings unwirksam, wenn sie so gestaltet ist, dass ihm die Befugnis eingeräumt wird, über einzelne Nachlassgegenstände zu verfügen. Denn eine Vor- und Nacherbfolge kann nur für den Nachlass insgesamt oder für einen Bruchteil der Erbschaft angeordnet werden. Dagegen ist nach der Systematik des Gesetzes eine Sondernachfolge in einzelne Nachlassgegenstände unzulässig (§ 2087 BGB; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., Einführung vor § 2100 BGB Rdnr. 2). Dementsprechend kann der Eintritt der auflösenden Bedingung der Nacherbeneinsetzung nicht lediglich für einzelne Nachlassgegenstände herbeigeführt werden, sondern muss nach der Gestaltung der Ermächtigung im Testament den gesamten Nachlass erfassen. Demzufolge hat der Senat in seinem bereits erwähnten Beschluss vom 20.11.1989 entschieden, dass die Verfügung über einen vom Erblasser nicht benannten Nachlassgegenstand unter mehreren, die der Vor- und Nacherbfolge unterliegen, den Vorerben nicht aus dieser erbrechtlichen Bindung zu lösen vermag.

So liegen die Dinge hier jedoch nicht. Zwar bezieht sich nach dem Wortlaut des Testaments die Ermächtigung des überlebenden Ehegatten zur anderweitigen Verfügungen unter Lebenden oder von Todes wegen nur auf die Siedlerstelle. Die Auslegung des Testaments in seinem Zusammenhang ergibt jedoch, dass die Eheleute in dieser Siedlerstelle ihren wesentlichen Nachlass gesehen haben. Dies folgt bereits aus Ziffer 1

des Testaments, in dem sie der gegenseitigen Erbeinsetzung hinzugefügt haben: „... das gilt besonders für unsere gemeinsame Siedlerstelle.“ Die Ermächtigung des überlebenden Ehegatten in Ziffer 2 Satz 2 des Testaments schließt unmittelbar an die Nacherbeneinsetzung für den Fall der Wiederverheiratung an. Die Erwähnung der Siedlerstelle in diesem Zusammenhang ist ersichtlich als Synonym für den Nachlass insgesamt, nicht jedoch als Beschränkung der Ermächtigung auf einen einzelnen Nachlassgegenstand zu verstehen. Der überlebende Ehegatte sollte also berechtigt sein, im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen über den Nachlass insgesamt anderweitig durch Erbeinsetzung eines der Kinder zu verfügen. Dieselben rechtlichen Wirkungen sollten auch bei einer Verfügung des überlebenden Ehegatten unter Lebenden über die Siedlerstelle als den wesentlichen Nachlassgegenstand eintreten. Da durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine Universalsukzession in den gesamten Nachlass nicht begründet werden kann, sondern nur eine Einzelübertragung von Vermögensgegenständen möglich ist, bestehen keine Bedenken, den Eintritt der auflösenden Bedingung für die Nacherbfolge insgesamt mit einer solchen Einzelübertragung des wesentlichen Nachlassgegenstandes unter Lebenden zu verknüpfen. Die testierenden Ehegatten wollten dem Überlebenden von ihnen ungeachtet der für den Wiederverheiratungsfall angeordneten Nacherbfolge die rechtliche Möglichkeit zur Übertragung der Siedlerstelle als des wesentlichen Nachlassgegenstandes an einen ihrer Abkömmlinge einräumen. Diesem Ziel muss durch eine entsprechende Auslegung des Testaments Rechnung getragen werden.

14. BGB § 2233 Abs. 3 (*Formerfordernisse des notariellen Testaments bei sprechunfähigem Erblasser*)

Gibt eine notarielle Urkunde in ihrem Eingang die Erklärung des Erblassers wieder, nicht hinreichend sprechen zu können, so kann die anschließende Aufnahme einer mündlichen Erklärung des Erblassers zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung nicht zu einem formwirksamen Testament führen, ohne dass es weiterer Ermittlungen betreffend die tatsächliche Sprechunfähigkeit des Erblassers bedarf.

OLG Hamm, Beschluss vom 7.9.1999 15 W 173/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Erblasser ist unverheiratet und kinderlos verstorben. Die Beteiligte zu 1) ist seine Mutter; der Vater des Erblassers ist verstorben.

Der Erblasser errichtete zu notarieller Urkunde vom 24.11.1997 ein Testament, dessen Eingang lautet:

„Der Erschienene vermochte nach seinen Angaben und nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen.

Der Erschienene wurde darauf hingewiesen, dass zu der Beurkundung ein zweiter Notar oder ein Zeuge hinzugezogen werden soll, es sei denn, dass der Erschienene darauf verzichtete.

Der Erschienene verzichtete auf die Hinzuziehung eines zweiten Notars oder eines Zeugen.

Der Erschienene war ausweislich seines persönlichen Eindrucks und der mit ihm geführten Unterhaltung nach meiner Überzeugung zweifelsfrei unbedenklich testierfähig.

Der Erschienene erklärte seinen letzten Willen mündlich wie folgt.“

In seinen nachfolgenden letztwilligen Verfügungen setzte der Erblasser die Beteiligte zu 2) zu seiner alleinigen Erbin ein und ordnete Vermächtnisse für einzelne Vermögensgegenstände an.

Neben der vorgenannten notariellen Urkunde hat das Amtsgericht eine von dem Erblasser niedergeschriebene und unterschriebene Erklärung vom 25.11.1997 eröffnet, die lautet:

„Ich möchte auf See bestattet werden. Ich bitte meine Erbin, Frau Renate H. ..., meine Bestattung auf See auszurichten.

Ich bitte meinen Kameraden, Herrn Berthold D. ... meiner Erbin bei der Ausrichtung meiner Bestattung auf See behilflich zu sein.“

Die Beteiligte zu 1) hat zu notarieller Urkunde vom 20.5.1998 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie auf Grund gesetzlicher Erbfolge als Alleinerbin ausweisen soll. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht, das notarielle Testament des Erblassers sei gemäß § 2233 Abs. 3 BGB unwirksam, weil er zum Zeitpunkt der Beurkundung sprechunfähig gewesen sei.

Die Beteiligte zu 2) ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten. Sie hält das Testament für wirksam. Jedenfalls sei in der schriftlichen Erklärung des Erblassers vom 25.11.1997 eine erneute Erbeinsetzung zu sehen.

Das Amtsgericht hat die Beteiligte zu 2) sowie den Urkundsnotar als Zeugen vernommen. Ferner hat es eine schriftliche Zeugenaussage des Arztes eingeholt, der den Erblasser ärztlich betreut hat. Dieser hat bekundet, der Erblasser habe sich nach einer im November 1996 erfolgten operativen Entfernung des Kehlkopfes sprachlich nicht mehr verständigen können. Seines Wissens habe er weder über ein entsprechendes Sprachgerät (elektronischer Kehlkopf) verfügt, noch habe er die Ösophagus-Ersatzstimme (Speiseröhrenstimme) beherrscht. Die Verständigung mit ihm, dem Zeugen, sei stets schriftlich erfolgt.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 2.2.1999 angekündigt, den beantragten Erbschein zu erteilen, falls nicht bis zum 5.3.1999 Beschwerde eingelegt werde.

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 2) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5.2.1999 Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat die Sache mit den Beteiligten am 23.3.1999 erörtert und durch Beschluss vom selben Tag die Beschwerde der Beteiligten zu 2) zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2), die sie mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.4.1999 bei dem Landgericht eingelegt hat.

Die Beteiligte zu 1) beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass das notarielle Testament vom 24.11.1997 nicht formwirksam errichtet ist. Nach § 2233 Abs. 3 BGB kann ein Erblasser ein formgültiges Testament nicht – wie es hier geschehen ist – durch mündliche Erklärung, sondern nur durch Übergabe einer Schrift errichten, wenn er (entweder) nach seinen eigenen Angaben oder nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen vermag. Ein Erblasser vermag dann hinreichend zu sprechen, wenn er seinen letzten Willen in der Lautsprache verständlich machen kann, wenn er lautlich Worte bilden kann, die von den mitwirkenden Personen verstanden werden (BGHZ 2, 172 = DNotZ 1952, 175). Dabei genügt es für die rechtswirksame Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung, dass die Urkundsperson einen Testamentsentwurf vorliest und der Erblasser auf ihre Frage, ob das Verlesene seinem letzten Willen entspreche, mit „ja“ antwortet. Damit ist jedoch die Grenze dessen erreicht, was

aus Gründen der Klarheit und Sicherheit im Rechtsleben in Kauf genommen werden kann. Wer nur unartikuliert lallen und die Sprache überhaupt nicht mehr gebrauchen, sich allein durch Zeichen oder Gebärden ausdrücken kann, vermag nicht hinreichend zu sprechen und kann deshalb durch mündliche Erklärung das Testament nicht wirksam errichten. Unschädlich ist es allerdings, wenn ein Erblasser sprachliche Erklärungen zu einzelnen Punkten durch Zeichen oder Gebärden unterstützen oder ersetzen muss (BGHZ 37, 79 = NJW 1962, 1149; BayObLGZ 1968, 268 = DNotZ 1969, 301; MK/BGB/Burkart, 3. Aufl., § 2233 Rdnr. 10).

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde ist für die Beschränkung der Testiermöglichkeit nach § 2233 Abs. 3 BGB nicht die tatsächliche Sprechunfähigkeit des Erblassers maßgebend. Vielmehr kommt es, wie sich schon aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ergibt, darauf an, ob der Erblasser angibt, nicht hinreichend sprechen zu können, oder ob der Notar davon überzeugt ist, dass er dies nicht kann. Dabei ist ein Irrtum des Notars bei der Überzeugungsbildung unschädlich. Ergibt sich aus der notariellen Urkunde entweder die Angabe des Erblassers, nicht sprechen zu können, oder die Überzeugungsbildung des Notars von der Sprechunfähigkeit des Erblassers, so kann diese Feststellung nicht durch spätere Ermittlungen des Gerichts ersetzt werden. Möglich ist allenfalls der Beweis, dass der Notar die sich aus der Urkunde ergebende Überzeugung in Wahrheit nicht gehabt habe (RGZ 108, 397, 402; OLG Köln MittRhNotK 1995, 269, 271 [= MittBayNot 1995, 479]; Senatsbeschluss vom 26.7.1989 – 15 W 72/89 –; MK/BGB/Burkart, a.a.O., § 2233 Rdnr. 11; *Staudinger/Firsching*, BGB, 12. Auflage, § 2233 Rdnr. 10; *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag, 2. Auflage, § 2233 BGB Rdnr. 24). Diese Grundsätze, die im Wortlaut des Gesetzes deutlich zum Ausdruck kommen, finden ihre Rechtfertigung darin, dass es im Interesse der Rechtssicherheit beim oft lange nach der Errichtung des Testaments ausgetragenen Streit über seine Formwirksamkeit nicht auf die schwer aufzuklärenden Voraussetzungen der tatsächlichen Sprechunfähigkeit, sondern auf die regelmäßig leichter und sicherer festzustellenden Angaben des Erblassers oder die Überzeugungsbildung des Notars ankommen soll.

Im vorliegenden Fall kann dahingestellt bleiben, ob der Eingang der notariellen Urkunde bei einer zusammenhängenden Würdigung die Feststellung der Überzeugungsbildung des Notars enthält, der Erblasser könne nicht sprechen. Denn die in die notarielle Urkunde dazu aufgenommenen Angaben sind in nicht nachvollziehbarer Weise in sich widersprüchlich, indem es einerseits eingangs heißt, der Erblasser vermöge nach der Überzeugung des Notars nicht hinreichend zu sprechen, während der anschließende Text der Urkunde dahin lautet, der Erblasser habe dem Notar mündlich seinen Willen wie nachfolgend erklärt. (vgl. dazu OLG Köln MDR 1994, 806 – BW-NotZ 1996, 16). Ausschlaggebend ist hier, dass die notarielle Urkunde die weitergehende Feststellung enthält, der Erblasser vermöge *nach seinen eigenen Angaben* nicht hinreichend zu sprechen. Bereits diese Erklärung des Erblassers schloss – wie bereits ausgeführt – für sich alleingegenommen die Beurkundung eines Testaments durch mündliche Erklärung nach § 2233 Abs. 3 BGB aus, ohne dass noch eine eigene Prüfungsbefugnis des Urkundsnotars bestand.

Die durch die Anwendung der Vorschrift eintretende Rechtsfolge der Formunwirksamkeit des Testaments verstößt entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) auch nicht gegen die Erbrechtsgarantie des Artikel 14 GG. Die von der weiteren Beschwerde herangezogene jüngste Entscheidung des Bun-

desverfassungsgerichts (NJW 1999, 1853 [= MittBayNot 1999, 185]) betrifft ausdrücklich nur den Fall einer Doppelbehinderung des Erblassers, der sowohl sprech- als auch schreibunfähig war und dem deshalb nach den gesetzlichen Vorschriften des BGB die Möglichkeit zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung verwehrt war. Hier verhält es sich demgegenüber so, dass der Erblasser entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 2233 Abs. 3 BGB ohne weiteres noch ein notarielles Testament errichten konnte, nämlich in der Form der Übergabe einer Schrift; daneben stand ihm noch die Möglichkeit der Errichtung eines privatschriftlichen Testaments gemäß §§ 2247 BGB zur Verfügung. Es geht hier deshalb lediglich darum, dass der Notar bei der Wahrnehmung seiner Amtspflichten dem Erblasser nicht den richtigen Weg zur Errichtung eines formwirksamen Testaments gewiesen hat. Die Unwirksamkeit eines Testaments infolge der Verletzung der vorgeschriebenen Form nimmt das Gesetz ausdrücklich hin. Die nachteiligen Folgen für die im Testament bedachten Personen müssen in anderer Weise ausgeglichen werden.

Zu Recht hat das Landgericht in der schriftlichen Erklärung des Erblassers vom 25.11.1997 nicht ein privatschriftlich errichtetes Testament gesehen, weil der Erblasser dieses Schriftstück nicht mit Testierwillen errichtet habe. Es entspricht einhelliger Rechtsprechung, dass die Feststellung des Testierwillens auf der Grundlage der Auslegungsvorschrift des § 133 BGB, nicht jedoch derjenigen des § 2084 BGB zu erfolgen hat (BayObLGZ 1970, 173; NJW-RR 1989, 1092; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2247 Rdnr. 3). Ein Fall, in dem eine analoge Anwendung des § 2084 erwogen werden mag, insbesondere bei Zweifeln, ob eine rechtsgeschäftliche Verfügung als solche unter Lebenden oder als letztwillige Verfügung gewollt ist (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2084, a.a.O., Rdnr. 16), liegt nicht vor. Denn hier ist bereits zweifelhaft, ob der Erblasser überhaupt eine rechtsgeschäftliche Verfügung über sein Vermögen treffen wollte. Dies hat das Landgericht mit rechtlich nicht zu beanstandenden Ausführungen verneint. Die Kammer hat insbesondere darauf hingewiesen, der Erblasser habe nach dem Gesamthalt seiner Erklärung vom 25.11.1997 lediglich Anordnungen für seine Beerdigung treffen wollen. Die Bezeichnung der Beteiligten zu 2) als „meine Erbin“ beruhe auf dem Zusammenhang mit dem am Tag zuvor errichteten notariellen Testament, in dem er die Beteiligte zu 2) zu seiner Erbin eingesetzt habe. Ferner habe der Erblasser, wie das notarielle Testament vom Vortag zeige, neben der Erbinsetzung auch Vermächtnisse anordnen wollen. Auch dies spreche dagegen, dass er eine Erklärung vom 25.11.1997 als Testament habe verstanden wissen wollen.

Diese Erwägungen sind rechtlich in keiner Richtung zu beanstanden. Die Erklärung des Erblassers vom 25.11.1997 betrifft inhaltlich ersichtlich lediglich die Totenfürsorge, mit der er die Beteiligte zu 2) beauftragt hat, weil er sie anderweitig in dem Testament vom Vortag als Erbin eingesetzt hatte. Eine Umdeutung dieser Erklärung in ein Testament, wie sie der weiteren Beschwerde entsprechend dem Rechtsgedanken des § 140 BGB vorschwebt, scheidet bereits daran, dass die Anordnung des Erblassers für die Totenfürsorge nicht etwa unwirksam ist und zudem als Ergebnis einer Umdeutung das Ersatzgeschäft in seinen rechtlichen Wirkungen nicht weiterreichen darf als das (gedacht) unwirksame Rechtsgeschäft (BGHZ 19, 269, 275; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., § 140 Rdnr. 6). Es liegt deshalb auf der Hand, dass eine Anordnung des Erblassers für die Totenfürsorge nicht in eine rechtsgeschäftliche letztwillige Verfügung über sein Vermögen umgedeutet werden kann.

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. HGB § 160 Abs. 1 n.F. (*Nachhaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters*)

- a) **Dauerschuldverhältnisse sind ohne Differenzierung nach gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft als Verbindlichkeiten im Sinne von § 160 Abs. 1 n.F. HGB anzusehen.**
- b) **Bei der Auslegung des § 160 Abs. 1 n.F. HGB hält der Senat an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest.**

BGH, Urt. v. 27.9.1999 – II ZR 356/98 – mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a. D.

Zum Sachverhalt:

Der Beklagte zu 2 und der am Revisionsverfahren nicht beteiligte Beklagte zu 1 schlossen als Gesellschafter der B-GbR am 21.2.1996 mit dem Kläger einen mit dreimonatiger Kündigungsfrist kündbaren Steuerberatungsvertrag auf unbestimmte Zeit; außerdem trafen sie Honorarvereinbarungen über die Lohn- und Finanzbuchhaltung und sonstige vom Kläger zu erledigende steuerliche Angelegenheiten. Am 31.8.1996 erwarb der Beklagte zu 1 vom Beklagten zu 2 durch einen als „Auseinandersetzungsvertrag“ bezeichneten Vertrag dessen Gesellschaftsanteile. Der Beklagte zu 1 führte das Geschäft der B-GbR als Alleininhaber fort.

Mit seiner Klage begehrt der Kläger von dem Beklagten zu 2 Zahlung seiner Vergütung für die Erledigung der Finanzbuchhaltung im Oktober 1996, der Lohnbuchhaltung in der Zeit von November 1996 bis März 1997 sowie die Vergütung der weiteren noch nicht abgerechneten Buchhaltungs- und sonstigen steuerlichen Arbeiten in der Zeit von Februar 1996 bis März 1997 gemäß Rechnungen vom 21.1. bis 5.6.1997 in Höhe von insgesamt 15.296,38 DM. Der Beklagte zu 2 ist der Auffassung, dass er im Hinblick auf sein Ausscheiden aus der B-GbR nicht zur Zahlung der streitbefangenen Vergütungsforderungen verpflichtet sei. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zu 2 zurückgewiesen. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. (...)

Die Zahlungsverpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger ist nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht im Wege der Nachhaftungsbegrenzung entfallen. Diese Beurteilung hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

1. Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass eine Nachhaftung des Beklagten von Gesetzes wegen bereits vom Ansatz her nicht in Betracht käme, da es sich bei den streitbefangenen Vergütungsforderungen um Ansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis handele, dessen Verlauf in der Zukunft allein wegen der Kündigungsmöglichkeit ungewiss sei, und die deshalb nicht als „bis zu seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten“ (§ 736 Abs. 2 BGB i.V.m. § 160 Abs. 1 HGB) angesehen werden könnten.

Bei diesen Ausführungen verkennt die Revision – ebenso wie die vereinzelt, von der Revision herangezogenen Stimmen in der Literatur (*Honsell/Harrer*, ZIP 1986, 341, 342, 344; *Heymann/Emmerich*, HGB 2. Aufl. § 128 Rdnr. 39) – die Bedeutung und den Gehalt des Merkmals „bis zu seinem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten“. Sinn von § 160 Abs. 1 HGB ist es in erster Linie zu vermeiden, dass ein aus-

geschiedener Gesellschafter zu lange Zeit mit einer Haftung für Verbindlichkeiten belastet wird, obwohl er wegen seines Ausscheidens weder weiteren Einfluss auf die Gesellschaft nehmen noch von den Gegenleistungen und sonstigen Erträgen profitieren kann (statt vieler: *Habersack* in Großkomm., HGB 4. Aufl. § 160 Rdnr. 1). Sinn von § 160 Abs. 1 HGB ist es aber zugleich, einen Ausgleich zwischen diesem Anliegen und den Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu schaffen. Allein schon im Hinblick auf diese Zweckrichtung sind Dauerschuldverhältnisse ohne Differenzierung nach gewissem oder ungewissem Verlauf in der Zukunft als Verbindlichkeiten im Sinne von § 160 Abs. 1 HGB anzusehen (BGHZ 55, 267, 269, 270 – st. Rspr.; *Baumbach/Hopt*, HGB 29. Aufl. § 128 Rdnr. 29; *Habersack* a.a.O., § 160 Rdnr. 10 i.V.m. § 128 Rdnr. 63 ff., 65; *Koller in Koller* u. a., HGB 2. Aufl. § 128 Rdnr. 10; *Schlegelberger*, HGB 5. Aufl. § 128 Rdnr. 50 f., 51; *Stuhlfelner* in *Heidelberger Kommentar zum HGB*, 5. Aufl. § 128 Rdnr. 11; von *Gerkan in Röhrich/Graf von Westphalen*, HGB § 128 Rdnr. 24). Bei Dauerschuldverhältnissen ist nämlich die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selber angelegt mit der Folge, dass diese Schuldverpflichtungen mit dem Vertragsschluss als entstanden anzusehen sind, auch wenn einzelne Verpflichtungen erst später fällig werden (BGHZ 55, 267, 269, 270 – st. Rspr.; *Habersack* a.a.O.; *Koller* a.a.O.; *Schlegelberger* a.a.O.). So verhält es sich auch bei dem hier streitbefangenen Dauerschuldverhältnis: Aus dem Steuerberatervertrag vom 21.2.1996 war der Kläger bis zur Beendigung durch Kündigung oder auf sonstige Weise fortlaufend zur Leistung von Buchhaltungs- oder sonstigen steuerlichen Arbeiten verpflichtet, die Gesellschafter ihrerseits waren auf der Grundlage des Steuerberatungsvertrages fortlaufend zu den vereinbarten Honorarzah-lungen verpflichtet, wobei diese Verpflichtungen jeweils fällig wurden, wenn und so weit der Kläger seine Leistungspflichten voll erfüllt hatte.

2. Die Frist des § 160 Abs. 1 HGB ist gewahrt. Die streitbefangenen Vergütungsansprüche wurden innerhalb der Fünfjahresfrist fällig und gerichtlich geltend gemacht.

3. Die Revision meint, dass auch bei grundsätzlichem Bestehen einer Nachhaftung des Beklagten diese jedenfalls für diejenigen Vergütungsansprüche ausgeschlossen sei, die Leistungen des Klägers in der Zeit ab Anfang Dezember 1996 zum Gegenstand haben; dies ergebe sich aus der vom Senat entwickelten so genannten Kündigungstheorie, nach der bei kündbaren Dauerschuldverhältnissen eine Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafter nur bis zu dem Zeitpunkt besteht, zu dem der Gläubiger der Gesellschafter frühestens kündigen konnte; dieser Zeitpunkt sei hier im Hinblick auf die vertraglich vorgesehene dreimonatige Kündigungsfrist das Ende des Monats November 1996. Auch mit diesem Vorbringen bleibt die Revision ohne Erfolg.

a) Zum einen hätte die Anwendung der so genannten Kündigungstheorie entgegen der Auffassung der Revision allenfalls zur Folge, dass ein kleiner, die Zeit ab Februar 1997 betreffender Teil der Vergütungsforderung erfasst würde. Auch nach der so genannten Kündigungstheorie entfielen nämlich die Nachhaftung erst ab dem Zeitpunkt, zu dem der Vertragspartner Kenntnis von dem Ausscheiden des Gesellschafter erlangt hat. Diese Kenntnis lag aber frühestens Ende Oktober 1996 vor. Für eine Kenntnis des Klägers vor diesem Zeitpunkt hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nichts vorgetragen.

b) Zum anderen beruft sich die Revision aber auch im Hinblick auf den kleinen, die Zeit ab Februar 1997 betreffenden Teil der streitbefangenen Vergütungsforderung ohne Erfolg auf eine Enthftung nach der so genannten Kündigungstheorie.

aa) Der Senat hat diese Theorie vor dem Hintergrund der alten Rechtslage entwickelt (BGHZ 70, 132 ff.). § 159 a.F. HGB führte nicht zuletzt durch die Anknüpfung an die Verjährung dazu, dass bei langfristigen Schuldverhältnissen ein ausscheidender Gesellschafter unter Umständen zeitlich unbegrenzt weiter haften musste. Dies bedeutete für den betroffenen Gesellschafter ein unüberschaubares und damit nicht zumutbares Risiko. Deshalb musste die Rechtsprechung korrigierend eingreifen und die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters in den jeweils zur Entscheidung anstehenden Fällen unabhängig von der Verjährungsfrage in vernünftiger Weise begrenzen. Für ein solches Korrektiv besteht nach In-Kraft-Treten des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes keine Veranlassung mehr. Entgegen vereinzelt Stimmen in der Literatur (*Baumbach/Hopt* a.a.O., § 160 Rdnr. 1) hat der Gesetzgeber mit § 160 n.F. HGB nicht lediglich eine zeitliche Obergrenze festgelegt, die eine kürzere Nachhaftung aus anderen Gründen und damit insbesondere die Anwendbarkeit der Kündigungstheorie unberührt lässt. Der Gesetzgeber hat vielmehr mit § 160 n.F. HGB eine umfassende Regelung des Problems der Nachhaftungsbegrenzung vorgenommen. Er hat dabei die Rechtsprechung zu dem alten Recht gesehen sowie berücksichtigt und wollte dabei auch die Dauerschuldverhältnisse einbezogen wissen (BT-Drucks. 12/1868, S. 8). Damit hat der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit für alle Verbindlichkeiten einheitlich den Weg einer klar festgelegten Ausschlussfrist gewählt. Mit diesem Weg hat er zugleich die Interessen der Beteiligten in einer Weise berücksichtigt und ausgeglichen, die zwar fraglos gewisse Härten mit sich bringt, aber letztlich für keinen der jeweils Beteiligten als unzumutbar anzusehen ist. Vor diesem Hintergrund hält der Senat bei der Auslegung des § 160 Abs. 1 n.F. HGB an der so genannten Kündigungstheorie nicht mehr fest (im Ergebnis ebenso: OLG Dresden, Urt. v. 2.10.1996, NJW-RR 1997, 162, 163, 164 = ZIP 1996, 1868, 1870, 1871; *Funke*, DB 1992, 2177, 2178; *Habersack* a.a.O., § 160 Rdnr. 34; *Hornung*, RpfL 1994, 488, 491, 492; *Nitsche*, ZIP 1994, 1919, 1921; *Reichold*, NJW 1994, 1617, 1619; K. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. 1997 § 51 II 1, S. 1485; *Seibert*, DB 1994, 461 ff.; *Stuhlfelner* a.a.O., § 128 Rdnr. 14; *von Gerkan* a.a.O., § 160 Rdnr. 7; *Waldner*, WiB 1994, 297, 298, 299).

bb) Für zweigliedrige Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, deren Betrieb von einem Gesellschafter nach Übernahme der Gesellschaftsanteile des anderen Gesellschafters als Alleininhaber fortgeführt wird, gelten keine Besonderheiten. Die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters einerseits und der Gläubiger andererseits sind der Interessenlage bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen Gesellschaft vergleichbar. Hier wie dort hat der betroffene Gläubiger ein Interesse an der Nachhaftung, der ausscheidende Gesellschafter ein Interesse an Nachhaftungsbegrenzung.

16. AktG § 8 Abs. 1; §§ 53 a, 228, 243 Abs. 1 (*Zur Nennwertfestsetzung bei Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit Kapitalherabsetzung auf Null*)

- a) **Wird das Grundkapital einer AG im Zuge der Herabsetzung auf Null erhöht, gebietet die Treupflicht dem Mehrheitsaktionär, möglichst vielen Aktionären den Verbleib in der Gesellschaft zu eröffnen. Daraus ergibt sich grundsätzlich die Pflicht, das Entstehen unverhältnismäßig hoher Spitzen dadurch zu vermeiden, dass der Nennwert der neuen Aktien auf den gesetzlichen Mindestbetrag festgelegt wird.**
- b) **Sachliche Gründe, welche die Festlegung eines höheren Nennwertes geboten erscheinen lassen, sind von der Gesellschaft darzulegen und zu beweisen.**

BGH, Urteil v. 5.7.1999 – II ZR 126/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

Zum Sachverhalt:

Die Kläger, Minderheitsaktionäre der Beklagten, wenden sich mit ihrer Anfechtungsklage – so weit im Revisionsverfahren von Bedeutung – gegen den zu Punkt 2 der Tagesordnung vom 20.7.1995 gefassten Hauptversammlungsbeschluss. Gegenstand der Beschlussfassung war u.a. eine Herabsetzung des Grundkapitals von 6.930.000,- DM, eingeteilt in 138.600 Aktien im Nennbetrag von je 50,- DM, zur Deckung sonstiger Verluste auf Null DM, eine gleichzeitige Kapitalerhöhung auf 115.500,- DM durch Ausgabe von 2.310 neuen, auf den Inhaber lautenden Aktien im Nennbetrag von je 50,- DM zu pari mit Bezugsberechtigung der bisherigen Aktionäre und die Feststellung des vorgelegten Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 1994 unter Berücksichtigung der vereinfachten Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung. Die Mehrheitsaktionärin der Beklagten (künftig: D.) hatte die neuen Aktien im Zeitpunkt der Hauptversammlung bereits gezeichnet und den Ausgabebetrag eingezahlt. Der Zeichnungsschein enthält die Verpflichtung von D., den bezugsberechtigten Aktionären Inhaberaktien gegen Zahlung des Nennbetrages zu übertragen, so weit diese ihr Bezugsrecht binnen einer noch zu bestimmenden Ausschlussfrist von mindestens zwei Wochen ausüben.

Kläger und Streithelferin des Klägers zu 1 halten den Beschluss für rechtswidrig. Sie sind der Ansicht, die von der Beklagten und ihrer Hauptaktionärin gewählte Gestaltung beeinträchtigt das Bezugsrecht der Minderheitsaktionäre. Deren Rechte würden auch dadurch verletzt, dass der Nennbetrag der neu auszugebenden Aktien auf 50,- DM und nicht auf den Mindestbetrag von 5,- DM festgesetzt worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Beschluss für nichtig erklärt. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat der Anfechtungsklage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Es kann allerdings dahingestellt bleiben, ob der angefochtene Beschluss wegen der von der Beklagten für die Abwicklung des Bezugsrechtes gewählten – allerdings nicht in den Beschlussinhalt aufgenommenen – Verfahrensweise gegen das Gesetz verstößt. Das Berufungsgericht hat das angenommen, weil die Beklagte die neuen Aktien bereits vor Durchführung der Hauptversammlung durch die Mehrheitsaktionärin hat zeichnen lassen und ihrer Verpflichtung aus dem – nach dem Hauptversammlungsbeschluss nicht angetasteten – gesetzlichen Bezugsrecht gegenüber den Minderheitsaktionären dadurch nachzukommen beabsichtigte, dass die Mehrheitsaktionärin verpflichtet wurde, die von ihr übernommenen Aktien auf die ihr Bezugsrecht ausübenden Aktionäre zu übertragen, sie also ein Verfahren gewählt hat, das nach dem Gesetz (§ 186 Abs. 5 AktG)

nur dann nicht als Ausschluss des Bezugsrechtes gilt, wenn die Abwicklung über ein Kreditinstitut erfolgt (*Hüffer*, AktG 3. Aufl. § 186 Rdnr. 46, *KK/Lutter*, 2. Aufl. § 186 Rdnr. 105 Abs. 2; *GroßKomm./Wiedemann*, 4. Aufl. § 186 Rdnr. 199; *MünchKomm./Krieger*, § 56 Rdnr. 74 ff.; *Kropff*, AktG 1965, § 186 unter „Ausschussbericht“). Der Beschluss kann bereits aus einem anderen Grunde keinen Bestand haben.

2. Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten verstößt deswegen gegen das Gesetz und kann daher nach § 243 Abs. 1 AktG angefochten werden, weil die Beklagte verpflichtet war, die Aktien aus der Kapitalerhöhung mit einem Nennbetrag von 5,- DM zu stückeln. Ihre Hauptversammlung hätte mit den Stimmen der Mehrheitsaktionärin einen entsprechenden Beschluss fassen müssen. Das folgt aus der Treupflicht, die der Mehrheitsaktionärin der Beklagten gegenüber den Minderheitsaktionären obliegt (vgl. dazu BGHZ 103, 184, 193 ff.; 129, 136, 142 ff.).

a) Es begegnet keinen Bedenken, dass die Hauptversammlung das Grundkapital der Beklagten auf Null DM herabgesetzt hat. Wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 119, 305, 306, 319 f.), ist ein solcher Schritt zulässig, wenn die Herabsetzung nach § 228 AktG mit einer Kapitalerhöhung verbunden wird, die auf jeden Fall den Mindestnennbetrag des Grundkapitals erreicht. Diese Voraussetzung ist bei der Beklagten erfüllt, weil ihr Grundkapital im Anschluss an die Herabsetzung über den Mindestnennbetrag hinaus auf 115.500,- DM erhöht worden ist.

Der Beklagten kann auch kein Verstoß gegen § 222 Abs. 4, Satz 1 AktG vorgeworfen werden. Nach der Entscheidung des Senats vom 9.2.1998 (II ZR 278/96, ZIP 1998, 692, 693 – zur Veröffentlichung bestimmt in BGHZ 138, 71) kommt nach der zwingenden Regelung dieser Vorschrift eine Kapitalherabsetzung durch Zusammenlegung von Aktien erst dann in Betracht, wenn eine Herabsetzung des Nennbetrages nicht mehr möglich ist. Diese Voraussetzung ist bei einer Kapitalherabsetzung auf Null zwangsläufig erfüllt.

b) Die Mehrheitsaktionärin der Beklagten ist jedoch verpflichtet, im Rahmen der gesetzlichen Regelungen allen Aktionären den Verbleib in der Gesellschaft zu eröffnen. Denn die Möglichkeit, durch Einflussnahme die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, erfordert als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht, auf diese Interessen angemessen Rücksicht zu nehmen (BGHZ 103, 184, 195; 129, 136, 143 f.). Dieser Verpflichtung ist die Mehrheitsaktionärin der Beklagten nicht nachgekommen. Der Beschluss, die neuen Aktien im Nennwert von 50,- DM auszugeben, hatte zur Folge, dass – ohne Hinzukauf von Bezugsrechten – eine neue Aktie nur von Aktionären gezeichnet werden konnte, die Inhaber von 60 Altaktien im Gesamtnennwert von 3.000,- DM waren. Bei einem solchen Vorgehen entstehen unverhältnismäßig hohe Spitzen, die bei entsprechender Aktionärsstruktur dazu führen, dass eine große Anzahl von Kleinaktionären aus der Gesellschaft ausscheidet. So weit jedoch diese Aktionäre in der Gesellschaft verbleiben möchten, kann diesem – berechtigten – Verlangen dadurch Rechnung getragen werden, dass Aktien mit geringeren Nennbeträgen gebildet werden. Da im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Mindestnennbetrag der Aktie 5,- DM betrug (§ 8 Abs. 1 Satz 1 AktG in der damaligen Fassung), hätte bei Festlegung dieses Nennwertes ein Aktionär mit sechs alten Aktien in Nennwert von 300,- DM Anspruch auf Zuteilung einer neuen Aktie im Nennwert von 5,- DM erlangt. Derartigen Interessen hätte die Mehrheitsaktionärin der Beklagten Rechnung tragen müssen.

Die Beklagte kann dem nicht entgegenhalten, die Minderheitsaktionäre hätten ihre Mitgliedschaft durch den Zukauf von Bezugsrechten erhalten können. Einmal ist nicht ersichtlich, dass den Minderheitsaktionären ein solcher Zukauf möglich gewesen wäre. Denn da die Börseneinführung der Aktien nicht vorgesehen war, gab es auch keinen Handel mit Bezugsrechten. Der Zeichnungsvertrag enthält außerdem keine Verpflichtung der Mehrheitsaktionärin, den Aktionären, die Bezugsrechte hinzuerwerben möchten, solche auch zu verkaufen. Zum anderen folgt die Verpflichtung zur Ausgabe von Aktien im Nennwert von 5,- DM aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Zu Aufwendungen, die von Minderheitsaktionären für den Zukauf von Bezugsrechten getätigt werden müssen, sind diese nicht verpflichtet. Sie sind zudem für die Minderheitsaktionäre mit größeren Beeinträchtigungen verbunden als für die Beklagte und ihre Mehrheitsaktionärin die Umstellung der Stückelung von 50,- DM auf 5,- DM pro Aktie.

Sachliche Gründe, die eine Beibehaltung des Nennwertes von 50,- DM pro Aktie geboten erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Dass die Beklagte stets Aktien mit einer Stückelung von 50,- DM gehabt hat, ist eine Folge der gesetzlichen Regelung, die bis zum Jahre 1994 bestanden hat, bietet aber keine sachliche Rechtfertigung dafür, die Minderheitsaktionäre zu benachteiligen.

17. GmbHG §§ 30, 31, 32 a (*Eigenkapitalersatzfunktion eines Gesellschafterdarlehens bei Vorhandensein erheblicher stiller Reserven*)

- a) **Die Annahme einer Krise einer GmbH, in der ein ihr gewährtes Gesellschafterdarlehen die Funktion von Eigenkapitalersatz erlangt, kann nicht allein auf das Vorliegen einer Unterbilanz (nach fortgeführten Buchwerten) gestützt werden.**
- b) **Ergeben sich aus dem Jahresabschluss einer GmbH greifbare Anhaltspunkte für das Vorhandensein stiller Reserven, die als Sicherheit für externe Kreditgeber anstelle des Gesellschafters hätten dienen können, so ist die GmbH für das Gegenteil in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig, wenn sie sich im Rechtsstreit um die Eigenkapitalersatzfunktion einer Gesellschafterleistung auf Kreditunwürdigkeit beruft. (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 17.11.1997 – II ZR 224/96, ZIP 1998, 243, 245 m.w.N.).**

BGH, Urteil v. 12.7.1999 – II ZR 87/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

18. HGB § 162 Abs. 1; BGB § 181 (*Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens bei GmbH & Co. KG*)

1. **Ist es dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG gestattet, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und der KG vorzunehmen, kann diese Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens im Handelsregister der KG eingetragen werden.**
2. **Eine solche Eintragung setzt eine Anmeldung voraus, aus der ohne Einsichtnahme in andere Urkunden eindeutig ersichtlich ist, welcher Geschäftsführer vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit ist.**

BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999 – 3Z BR 321/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG, und von Notarassessor *Georg Westermeier*, Lindau

Zum Sachverhalt:

Am 27.7.1999 wurde die A Verwaltungs GmbH & Co Besitz KG im Handelsregister eingetragen und deren Vertretung wie folgt verlautbart:

Zur Vertretung der Gesellschaft ist nur die persönlich haftende Gesellschafterin A Verwaltungs GmbH befugt.

Diese ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten zu vertreten.

Das Amtsgericht hat am 28.7.1999 die Eintragung der folgenden weiter angemeldeten Vertretungsregelung abgelehnt: „ebenso ihre Geschäftsführer, falls diese bei der GmbH ebenfalls von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind“. Die Beschwerde der Gesellschaft hiergegen hat das Landgericht mit Beschluss vom 6.9.1999 zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB sei im Handelsregister einzutragen. Die beantragte Ergänzung der Eintragung der Befreiung der Geschäftsführer sei aber nicht zulässig. Die Anmeldung sei bedingungsfeindlich. Die vorliegende Anmeldung gehe aber von einer Bedingung aus. Würde man der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin folgen, müssten unzulässigerweise Umstände außerhalb des Handelsregisters herangezogen werden, die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich seien. Ein derart unvollständiger Eintrag verstieße gegen § 54 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 GmbHG, wonach es für die Änderung der Vertretungsbefugnis nicht einmal genüge, dass auf die dem Gericht eingereichte Urkunde Bezug genommen werde. Der Umfang der Vertretungsbefugnis müsse sich aus dem Register selbst ergeben. Zu Recht verweise der Rechtspfleger darauf, dass es nicht hingenommen werden könne, hinsichtlich der Erfüllung der Bedingung nur auf die Eintragung im Handelsregister der GmbH abzustellen, denn die Erteilung bzw. der Widerruf der Befreiung von § 181 BGB werde bei der GmbH auch außerhalb des Handelsregisters wirksam.

2. Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zutreffend bejaht das Landgericht die Eintragungsfähigkeit der Befreiung der Vertretungsorgane einer GmbH & Co. KG von den Beschränkungen des § 181 BGB.

Zwar kennt § 162 Abs. 1 i. V. m. § 106 Abs. 2 HGB keine der Regelung des § 8 Abs. 4 GmbHG entsprechende Bestimmung, nach der in der Anmeldung anzugeben ist, welche Befugnis die gesetzlichen Vertreter der GmbH & Co. KG haben. Auch eine dem § 10 Abs. 1 Satz 3 GmbHG vergleichbare Norm über die Eintragung der Vertretungsbefugnis fehlt für die Personenhandelsgesellschaften. § 125 Abs. 4 HGB, der gemäß § 106 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft gilt, begründet die Pflicht der Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister u. a. für jede Änderung der Vertretungsbefugnis der persönlich haftenden Gesellschafter. Unabhängig davon, ob auf diese Bestimmung die Eintragungsfähigkeit der Befreiung der persönlich haftenden Gesellschafter vom Verbot des Selbstkontrahierens gestützt werden kann (bejahend OLG Hamm BB 1983, 858/859; verneinend OLG Hamburg ZIP 1986, 1186), wird von der überwiegenden Auffassung die Eintragungsfähigkeit – zur Eintragungspflicht braucht sich der Senat nicht zu äußern, da eine Anmeldung vorliegt – der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zutreffend bejaht (vgl. *Staub/Habersack* Großkommentar zum

HGB 4. Aufl. § 125 Rdnr. 64; *Baumbach/Hopt* HGB 29. Aufl. § 119 Rdnr. 22; *Röhrich/Graf v. Westphalen/v. Gerkan* HGB § 106 Rdnr. 17; zur Eintragungsfähigkeit der Befreiung eines Prokuristen der GmbH & Co. KG, BayObLG GmbHR 1981, 14 [= MittBayNot 1980, 215]).

Die Erwägungen, die zu der Eintragungsfähigkeit der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens der Geschäftsführer einer GmbH oder der persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG führen, zwingen dazu, die Eintragungsfähigkeit der Befreiung auch des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Handelsregister der KG zu bejahen (vgl. *Westermeier* MittBayNot 1998, 155). Die Eintragung kann Bedeutung haben für den Fall, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im eigenen Namen Rechtsgeschäfte mit der KG abschließen will. Die Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens hat eine Warnfunktion, die den Rechtsverkehr auf die Gefahr hinweisen soll, dass zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer Vermögen verlagert und die rechtliche Zuordnung bewusst unklar gehalten werden kann (BGHZ 87, 54/62). Diese Warnfunktion ist bei einem Fall wie hier in verstärktem Ausmaß erforderlich, weil die durch das Selbstkontrahieren gegebene Gefahr nicht nur zwischen der GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH sondern auch im Verhältnis zu deren Geschäftsführern besteht. Hinzu kommt, dass die Eintragung dem vom EuGH (EuGH Slg. 1974, 1201/1207) hervorgehobenen Sinn der 1. Richtlinie des Rates der EG vom 9.3.1968 zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Amtsblatt der EG Nr. L 65 vom 14.3.1968 S. 8) entspricht, im Interesse des Rechtsverkehrs zwischen Angehörigen verschiedener Mitgliedstaaten in Registern oder amtlichen Unterlagen alle einschlägigen Angaben aufzuführen, damit jeder sich unschwer Kenntnis z. B. über die Befugnisse der mit der Vertretung einer Handelsgesellschaft betretenen Person verschaffen kann. Zudem dienen Eintragungen im Handelsregister über die Vertretungsverhältnisse der Legitimation der Vertreter der Gesellschaft insbesondere im Grundbuchverkehr (vgl. OLG Hamburg a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.).

b) Dennoch kann die von der Beschwerdeführerin angemeldete Befreiung der Geschäftsführer der GmbH vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht im Handelsregister eingetragen werden, weil sie aus sich heraus nicht verständlich ist.

Die Anmeldung muss die Vertretungsbefugnis ausdrücklich offen legen, es genügt nicht, dass sie durch Schlussfolgerungen (vgl. BayObLG GmbHR 1981, 59) oder durch Bezugnahme auf die dem Registergericht eingereichten Unterlagen (vgl. *Kirberger* Rpfleger 1976, 237 m.w.N.; *Keidel/Schmatz/Stöber* Registerrecht 5. Aufl. Rdnr. 730 c) erschlossen werden kann. Die vorliegende Anmeldung lässt ohne Einsicht in die Registerakten oder das Registerblatt der Komplementär-GmbH nicht erkennen, welche Geschäftsführer konkret von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind. Eine der Anmeldung entsprechende Eintragung stünde im Übrigen in Widerspruch zu dem von der Richtlinie verfolgten Zweck, die Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs (vgl. BayObLGZ 1979, 182/185) zu erhöhen. Eine solche Eintragung könnte insbesondere dann die Klärung der Vertretungsbefugnis verzögern, wenn der Sitz der Komplementär-GmbH nicht (mehr) im Bezirk des für die GmbH & Co. KG zuständigen Registergerichts liegt.

Im Interesse der Klarheit und Erhöhung der Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs ist daher nur eine Vertretungsregelung ordnungsgemäß angemeldet und damit eintragungsfähig, die

ohne Zuziehung anderer Registerblätter oder eingereichter Urkunden verständlich ist. Dies steht im Einklang mit der Auffassung, dass die Geschäftsführer einer GmbH zusätzlich für die KG beim Handelsregister unterzeichnen müssen und nicht auf die von ihnen für die GmbH zum Handelsregister gegebene Unterschrift verweisen können (vgl. BayObLGZ 1972, 326/329; OLG Hamm OLGZ 1983, 257/264; *Baumbach/Hopt* Anh. § 177a Rdnr. 13).

Da die vorliegende Anmeldung nicht in diesem Sinn aus sich heraus verständlich ist, hat das Landgericht zurecht die gegen die ablehnende Verfügung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde zurückgewiesen.

19. GmbHG § 38; BGB § 242 (*Amtsniederlegung des Geschäftsführers als Rechtsmissbrauch*)

Die vom einzigen Geschäftsführer und alleinigen Gesellschafter einer GmbH erklärte Amtsniederlegung ist regelmäßig als rechtsmissbräuchlich unwirksam, wenn dieser nicht gleichzeitig einen neuen Geschäftsführer bestellt.

BayObLG, Beschluss vom 15.6.1999 – 3 Z BR 35/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

20. BGB §§ 57 Abs. 1, 60, 64 Satz 1; HGB § 18 Abs. 2 n.F. (*Verwendung „Euro“ als Firmenbestandteil*)

- 1. Auf Grund der Einschränkung des Gesetzgebers des Handelsrechtsreformgesetzes ist nunmehr davon auszugehen, dass Namensbestandteile wie „Euro“ oder „European“ unbedenklich sind, sofern sich nicht im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für eine Täuschungseignung ergeben.**
- 2. Das Registergericht und das an seine Stelle tretende Gericht der ersten Beschwerde müssen grundsätzlich keine näheren Ermittlungen zur Täuschungseignung anstellen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 26.7.1999 – 15 W 51/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

21. BGB § 398 (*Zeitpunkt des Rechtsübergangs bei Einbringung eines Einzelunternehmens in GmbH*)

- 1. Verpflichtet sich der Gründungsgesellschafter einer GmbH in dem Gesellschaftsvertrag zur Einbringung eines von ihm bisher betriebenen Einzelunternehmens in die GmbH, ist die GmbH zur Geltendmachung von Forderungen des eingebrachten Unternehmens erst dann aktivlegitimiert, wenn die Einbringung des Einzelunternehmens durch einzelne Erfüllungsgeschäfte – z. B. durch Abtretung – erfolgt ist.**
- 2. In einem solchen Fall kann sich der Vertragspartner nicht mit Erfolg auf eine ansonsten wirksame Vereinbarung, eine Abtretung sei nur mit seiner Zustimmung gestattet und diese sei und werde nicht erteilt, berufen (§ 242 BGB).**

OLG Bremen, Urteil vom 31.3.1999 – 1 U 120/98 –, mitgeteilt von *Neumann*, Vorsitzender Richter am OLG

22. GmbHG §§ 6 Abs. 2, 8 Abs. 3, 67 Abs. 3 (*Keine notarielle Belehrungspflicht vor Abgabe der Versicherung gemäß § 8 Abs. 3 GmbHG*)

Im Zusammenhang mit der Anmeldung von Geschäftsführern oder Liquidatoren einer GmbH beschränkt sich die Belehrungspflicht des die Anmeldung beglaubigenden Notars auf die unbeschränkte Auskunftspflicht nach dem Bundeszentralregistergesetz. Eine Belehrung vor Abgabe der Versicherung im Hinblick auf die Bestellungshindernisse gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG sieht das Gesetz nicht vor.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Bremen, Beschluss vom 19.5.1998 – 13 T 12/98 A –

Zum Sachverhalt:

Die Gesellschafterversammlung der D-GmbH beschloss am 23.2.1998 die Liquidation der Gesellschaft und bestellte zu Liquidatoren die in den USA ansässigen Kaufleute R. und A. Die Auflösung der GmbH und die Liquidatoren wurden, ebenfalls unter dem 23.2.1998, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Hierbei gaben die Liquidatoren nach § 67 Abs. GmbHG folgende Erklärung ab:

„Wir, die unterzeichnenden Liquidatoren, versichern – jeder von uns –, dass wir nicht wegen einer Konkursstraftat (Bankrott, Verletzung der Buchführungspflicht, Gläubigerbegünstigung, Schuldnerbegünstigung – §§ 283–283 d StGB) rechtskräftig verurteilt worden sind und uns die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde untersagt ist und dass wir über unsere unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht durch den Notar B. belehrt worden sind. Eine beglaubigte Abschrift seiner Belehrung vom 21.11.1997 ist dieser Anmeldung als Anlage beigefügt ...“

Mit Zwischenverfügung vom 16.3.1998 beanstandete das Amtsgericht zunächst, dass die Liquidatoren lediglich schriftlich über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht belehrt worden waren. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Erinnerung hält das Amtsgericht in dem Nichtabhilfebeschluss vom 3.4.1998 unter Hinweis darauf für unbegründet, dass der schriftlichen Belehrung nicht der Wortlaut der Strafvorschriften des StGB beigefügt war und in der englischen Übersetzung der deutschen Belehrung der Straftatbestand der Gläubigerbegünstigung nicht erwähnt wurde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig, § 19 FGG, und in der Sache auch begründet. In der Anmeldung vom 23.2.1998 haben die Liquidatoren die nach dem Gesetz erforderlichen Versicherungen abgegeben.

Werden Personen zu Geschäftsführern oder Liquidatoren bestellt, obwohl bei diesen die in § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG aufgeführten Bestellungshindernisse gegeben sind, weil sie wegen Konkursdelikts bestraft worden sind oder weil gegen sie ein Berufsverbot verhängt worden ist, so ist die Bestellung ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Mangels nichtig. Durch die Versicherung, die Geschäftsführer (§ 8 Abs. 3, 39 Abs. 3 GmbHG) bzw. Liquidatoren abzugeben haben (§ 67 Abs. 3 GmbHG), soll erreicht werden, dass dem Registergericht etwaige Hinderungsgründe einer Bestellung bekannt und daher von diesem auch beachtet werden können. Die Versicherung ist einer Selbstauskunft vergleichbar, die der Pflichtige dem Gericht einreicht, um das Fehlen gesetzlicher Bestellungshindernisse zu belegen. Sie muss deshalb einen Inhalt haben, der dem Gericht die Überzeugung vermittelt, der Versichernde habe alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Diesem Sinn und Zweck der Versicherung wird die Formulierung in der Anmeldung vom 23.2.1998 selbst unter

Berücksichtigung der Rechtsprechung des BayObLG (vgl. Betriebs-Berater 1982, S. 200 [= MittBayNot 1982, 77]) gerecht.

Die Beschwerdeführer weisen zutreffend darauf hin, dass das Gesetz keine notarielle Belehrung der Geschäftsführer/Liquidatoren durch den Notar vor Abgabe der Versicherung, dass keine Bestellungshindernisse gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG vorliegen, vorsieht. Auch die gesamte Kommentarliteratur verlangt eine solche Belehrung nicht. Zu belehren ist lediglich über die unbeschränkte Auskunftspflicht nach dem Bundeszentralregistergesetz, die auch durch einen Notar vorgenommen werden kann. Diese Belehrung kann, wie hier geschehen, auch schriftlich erfolgen.

Ob den Notar eine Belehrungspflicht (entsprechend § 17 BeurKG) möglicherweise deshalb trifft, weil er den Text der nach § 12 HGB zu beglaubigenden Anmeldung entworfen hat, mag dahinstehen. § 8 Abs. 3 GmbHG verlangt, was die Bestellungshindernisse angeht, keine Versicherung des Anmeldenden, insoweit notariell belehrt worden zu sein. Das Registergericht hat im Regelfall also schon deshalb keine Veranlassung, Form und Inhalt einer etwaigen Belehrung zu überprüfen und die Anmeldung im Hinblick auf den Inhalt der Belehrung zurückzuweisen. Etwas anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn der Versichernde auf Grund einer fehlerhaften Belehrung Bestellungshindernisse nicht erkannt und deshalb eine ersichtlich unzutreffende Versicherung abgegeben hat. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Hier war die Belehrung lediglich unvollständig, weil in ihrer englischen Übersetzung der Hinweis auf die Gläubigerbegünstigung fehlte. Dieses offensichtliche Versehen, das nach Auffassung der Kammer kein Einfluss auf den Inhalt der abgegebenen Versicherung gehabt haben dürfte, rechtfertigt es aber nicht, die Zurückweisung der Anmeldung anzukündigen. Entsprechendes gilt für die vom Amtsgericht für notwendig erachtete Belehrung der anmeldenden Liquidatoren über den Wortlaut der deutschen Strafvorschriften. Hat das Amtsgericht aus den Gründen des Nichtabhilfebeschlusses vom 1998 Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Versicherung, so kann es im Rahmen weiterer Ermittlungen (§ 12 FGG) Auskünfte aus dem Bundeszentralregister einholen. Eine Zurückweisung der Anmeldung nach der derzeitigen Aktenlage ist jedenfalls nicht gerechtfertigt.

Beurkundungs- und Notarrecht

23. BeurkG § 17 (*Keine Hinweispflicht des Notars auf Möglichkeiten zur Steuervermeidung*)

Der Notar ist nicht verpflichtet, bei einer Überlassung an Sohn und Schwiegertochter auf die Möglichkeit der Kettenschenkung und die damit verbundene Ersparnis von Grunderwerbsteuer hinzuweisen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Oldenburg, Urteil vom 18.6.1999 – 13 U 16/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte beurkundete am 21.2.1996 einen Vertrag, durch den die Schwiegermutter der Klägerin dieser und ihrem Ehemann jeweils zur ideellen Hälfte ein Hausgrundstück übertrug. In der Vereinbarung verpflichteten sich die Erwerber, ihrer Mutter bzw. Schwiegermutter ein lebenslanges Wohnrecht einzuräumen und sie in alten und kranken Tagen zu hegen und zu pflegen.

Die Klägerin wurde vom Finanzamt Osnabrück mit Bescheid vom 27.4.1998 auf Schenkungssteuer in Höhe von 8.316,- DM in Anspruch genommen.

Sie macht geltend, die Beklagte habe sie bei der Beurkundung auf ihre Frage hin fehlerhaft dahingehend belehrt, es falle keine Schenkungssteuer an. Wäre sie richtig belehrt worden, so hätte sie die Schenkung nicht angenommen. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, sie darauf hinzuweisen, dass die Schenkungssteuer dadurch hätte vermieden werden können, wenn ihre Schwiegermutter das Hausgrundstück zunächst ihrem Sohn geschenkt und dieser dann der Klägerin später die Hälfte abgetreten hätte.

Die Beklagte hat bestritten, bei der Beurkundung den Anfall von Schenkungssteuer verneint zu haben.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil die Klage abgewiesen. Es könne dahinstehen, ob die Beklagte die Klägerin hinsichtlich der Schenkungssteuer rechtsfehlerhaft belehrt habe. Denn auf jeden Fall sei der Klägerin dadurch kein Schaden entstanden. Der Erwerb des Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück sei ohne den Anfall von Schenkungssteuer nicht möglich gewesen. Die Schenkungssteuer hätte nicht dadurch erspart werden können, dass die Schwiegermutter der Klägerin das Hausgrundstück zu nächst ihrem Sohn und dieser anschließend eine Miteigentumshälfte der Klägerin übertrug. Darin läge ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i.S. von § 42 Satz 1 Abgabenordnung mit der Folge, dass gleichwohl die Schenkungssteuer angefallen wäre.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch liegen nicht vor, weil nicht festgestellt werden kann, dass der Klägerin auf Grund einer Amtspflichtverletzung der beklagten Notarin ein Schaden entstanden ist.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte in gewissem Widerspruch zu der im Vertragstext beurkundeten Erklärung tatsächlich auf entsprechende Frage des Ehemannes der Klägerin mündlich erklärt hat, es falle keine Schenkungssteuer an. Selbst wenn von der Beklagten in diesem Punkt eine unrichtige Belehrung erteilt worden wäre, hätte dies allein noch nicht zu einem anderen Verlauf geführt. Denn die Klägerin behauptet selbst nicht konkret, dass der Vertragsschluss dann zunächst unterblieben wäre und die Beteiligten steuerrechtlichen Rat eingeholt hätten und sich ihrer Vermögenslage daraufhin auf Grund einer anderen Vertragsgestaltung insgesamt besser dargestellt hätte.

Aber auch mit ihrem in der Berufungsinstanz ergänzten Vortrag, die Beklagte selbst hätte die an der Beurkundung beteiligten Personen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs über die Möglichkeit einer Kettenschenkung belehren müssen, bei der keine Schenkungssteuer angefallen wäre, kann die Klägerin keinen Erfolg haben.

Denn zu einer solchen Belehrung war die Beklagte – auch bei entsprechender Frage nach dem Anfall von Schenkungssteuer – nicht verpflichtet, weil sie als Notarin ihre Neutralität gegenüber den Beteiligten zu wahren hatte. Die Kettenschenkung hätte nämlich, wie die Klägerin selbst einräumt, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH BStBl. 1982 II, 736) so ausgestaltet werden müssen, dass das gesamte Grundstück zunächst allein dem Sohn der Eigentümerin übertragen worden wäre und ihm bezüglich der Weiterübertragung der Miteigentumshälfte an die Klägerin ein gewisser Entscheidungsspielraum hätte verbleiben müssen. Eine solche Lösung war hier aber schon deshalb problematisch, weil die Beteiligten gar nicht eine reine Schenkung

wünschten. Die Klägerin sollte gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb auch Pflichten übernehmen, insbesondere die Verpflichtung, ihrer Schwiegermutter in alten und kranken Tagen Hege und Pflege zu leisten. Bei Vertragsabschluss ließ sich nicht absehen, ob die Schwiegermutter nicht alsbald gerade auch die Hilfe der Schwiegertochter benötigen würde. Deshalb lag es in ihrem Interesse, wenn bereits eine bindende Verpflichtung der Schwiegertochter zur Hege und Pflege begründet wurde. Auf der anderen Seite musste die Klägerin dann auch – jedenfalls aus vermögensrechtlicher Sicht – daran interessiert sein, im Gegenzuge bereits eine gesicherte Rechtsposition hinsichtlich des ihr zugeordneten Miteigentumsanteils zu bekommen. Bei einer – modifizierten – Kettenschenkung, die sich an der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und rein steuerlichen Gesichtspunkten orientieren sollte, hätte sie keine gleichwertige Rechtsposition erhalten können. Die Beklagte war aber als Notarin nicht verpflichtet, den Beteiligten Gestaltungsmöglichkeiten vorzustellen, die entweder den Interessen der Schwiegermutter oder der Klägerin zuwider laufen mussten und vielleicht sogar zu Konflikten zwischen den Beteiligten führen konnten.

Kostenrecht

24. KostO § 19 Abs. 2, § 16; FGG § 27 Abs. 1 (*Zur Wertermittlung von Grundbesitz durch Sachverständigengutachten*)

- 1. Der Verkehrswert eines Grundstücks ist Ermessenswert.**
- 2. Zur Nachprüfbarkeit der Ermessensentscheidung des Tatrichters durch das Rechtsbeschwerdegericht.**
- 3. Die Erholung eines Sachverständigengutachtens zur Wertermittlung von Grundbesitz widerspricht dem Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 KostO und stellt daher eine unrichtige Sachbehandlung dar.**
- 4. Ein entgegen dem Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 KostO erholtes Sachverständigengutachten kann dennoch für die Bewertung des Grundstücks verwendet werden.**

BayObLG, Beschluss vom 6.11.1998 – 3Z BR 178/98 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

1. Mit notarieller Urkunde vom 10.12.1993 schlossen sich die Firma A-KGaA und die Firma B-GmbH zu einer offenen Handelsgesellschaft, der Beteiligten, zusammen. Die Firma A-KGaA übertrug dabei die in ihrem Eigentum stehenden forstlichen Liegenschaften an die Beteiligte. Die Auflassung wurde am 28.10.1994 im Grundbuch eingetragen.

2. Für die Eigentumsumschreibung stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts der Beteiligten, ausgehend von einem Geschäftswert von 29 382 376 DM (von der Staatskasse angenommener Grundstückswert), Gebühren und Auslagen in Höhe von insgesamt 36 388,20 DM in Rechnung.

Hiergegen legte die Beteiligte Erinnerungen ein. Der in der Kostenrechnung angenommene Geschäftswert entspreche nicht dem Verkehrswert des Forstguts, bei dessen Ermittlung der Ertragswert zu berücksichtigen sei, der bei der schlechten Ertragslage 1994 gegen Null gehe. Da im vorliegenden Fall keine verlässlichen Anhaltspunkte für einen den Einheitswert übersteigenden Grundstückswert zu finden seien, sei gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 KostO der letzte Einheitswert in Höhe von 389 900 DM maßgebend.

Der Rechtspfleger des Amtsgerichts hat mit Beschluss vom 9.2.1995 den Erinnerungen „teilweise abgeholfen“ und den Geschäftswert auf 27 948 028 DM ermäßigt; der neue Kostenansatz belief sich auf 35 144,10 DM.

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte wiederum Erinnerungen eingelegt, denen Rechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen haben. Die Beteiligte beantragt zur Wertermittlung die Erholung eines „begrenzten Kurzgutachtens“ eines Sachverständigen für Waldbewertung. Es komme auch eine Hilfsberechnung aus den bestehenden Einheitswerten, multipliziert mit verschiedenen Faktoren in Betracht, die zu einem Verkehrswert von 12 291 000 DM führe.

Das Landgericht ordnete mit Zwischenbeschluss zunächst die Erholung eines Sachverständigengutachtens über die Richtigkeit der Grundstücksbewertung im amtsgerichtlichen Beschluss vom 9.2.1995 an.

Die Beteiligte wendete gegen das Gutachten ein, dass dieses ausschließlich von der Bewertung eines möglichen Verkehrswertes ausgegangen sei, ohne den Ertragswert zu berücksichtigen. Tue man dies, so komme man zu einem Gesamtwert von 10 322 161 DM.

Mit Beschluss vom 21.6.1996 hat das Landgericht den Beschluss des Amtsgerichts vom 9.2.1995 aufgehoben (Nr. I der Entscheidung) und angeordnet, die Gebühren für die Eigentumsumschreibung unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 22 638 017 DM neu anzusetzen (Nr. II der Entscheidung). Die gerichtlichen Auslagen hat das Landgericht in Nr. III des Beschlusses zu $\frac{7}{10}$ der Beteiligten auferlegt; die weitere Beschwerde hat es zugelassen. Zur Begründung wird ausgeführt: Da sich die herkömmlichen Methoden der Grundstücksbewertung für ein Forstgut dieser Art und Größe nicht als geeignet erwiesen hätten, andererseits aber der Einheitswert eindeutig zu gering sei, sei trotz des Beweisaufnahmeverbots in § 19 Abs. 2 KostO ausnahmsweise ein Sachverständigengutachten erholt worden. Den dadurch ermittelten Verkehrswert von 21 582 544 DM, der auf der Annahme einer Gesamtfläche von 2 567,7883 ha beruhe, mache die Kammer zur Grundlage ihrer Wertermittlung. Da der Vertreter der Staatskasse jedoch nach Überprüfung zu einer Fläche von 2 778,8829 ha gelangt sei, hätten sich die Beteiligte und die Staatskasse schließlich darauf geeinigt, die Differenzfläche von 211,0946 ha mit lediglich 0,50 DM/m² zu bewerten. Die Kammer folge dieser Bewertung und berücksichtige die Flächendifferenz mit einem Geschäftswertbetrag von 1 055 473 DM, sodass sich letztlich ein Verkehrswert von 22 638 017 DM ergebe.

3. Gegen die Entscheidung des Landgerichts vom 21.6.1996 wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde vom 29.6.1998. Sie beantragt, für die Kostenberechnung der Eigentumsumschreibung gemäß § 19 Abs. 2 KostO den Einheitswert in Höhe von 389 900 DM anzusetzen und die Anordnung der Übernahme von $\frac{7}{10}$ der gerichtlichen Auslagen durch die Beteiligte aufzuheben. Der angefochtene Beschluss berücksichtige die Besonderheiten des verfahrensgegenständlichen umfangreichen Forstbesitzes nicht ausreichend. Im Durchschnitt der letzten Jahre habe in dem Forstgut kein Gewinn erwirtschaftet werden können; selbst in guten Jahren habe der Gewinn unter 20 000 DM gelegen. Diese Ertragslage sei bei der Wertfestsetzung nicht berücksichtigt worden. Das erholte Sachverständigengutachten habe den sog. Ertragswert nicht einbezogen, obwohl dies nach den Wertermittlungsgrundsätzen unerlässlich sei. Der Feststellung einer „Mehrfläche“ von 211 ha durch den Bezirksrevisor habe sie nur zugestimmt, um das Verfahren nicht zu blockieren. Tatsächlich habe jedoch die von ihr – der Beschwerdeführerin – angegebene und auch vom Sachverständigen übernommene Flächengröße zugetroffen. Insgesamt beruhe die Wertfestsetzung auf anfechtbaren Unterstellungen sowie unvollständigen Berechnungen und Gutachten. Da für die hier vorhandenen Bergwald- und Hochalmflächen Vergleichsmaßstäbe fehlten und insbesondere die Größe dieses Grundbesitzes eine Ausnahme darstelle, seien Anhaltspunkte für einen höheren Wert als den Einheitswert nicht vorhanden, sodass dieser als zutreffend anzusehen sei. Letztlich sei zu bezweifeln, ob die Beweisaufnahme durch das Landgericht überhaupt zulässig gewesen sei.

Das Rechtsmittel blieb weitgehend erfolglos.

Aus den Gründen:

(...)

(2) Ein Rechtsfehler des Landgerichts bei der Geschäftswertfestsetzung ist nicht erkennbar.

Ein solcher kann zunächst nicht darin gesehen werden, dass das Landgericht entgegen dem Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KostO zum Grundstückswert ein Sachverständigengutachten erholt hat. Zwar hat das Gericht diese verfahrensrechtliche Sollvorschrift wie eine Mussvorschrift zu beachten (BayObLG Rpfleger 1981, 75 m.w.N.); ihre Verletzung bleibt jedoch ohne prozessuale Folgen (Stein/Jonas/Schumann ZPO 20. Aufl. Einl. I E Rdnr. 95; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 56. Aufl. Einl. III Rdnr. 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 15. Aufl. § 7 I 3 – S. 31). Das einmal eingeholte Sachverständigengutachten kann deshalb für die Bewertung verwendet werden (LG Bayreuth JurBüro 1974, 1021; Korintenberg § 31 Rdnr. 34). Zweck der Regelung ist es nämlich, einen unwirtschaftlichen, u.U. mit der Gebührenhöhe in keinem vernünftigen Verhältnis mehr stehenden Aufwand zu vermeiden (BayObLGZ 1979, 69/74), nicht aber den einmal erhobenen Beweis nicht zu verwerten.

Beim Vorhandensein mehrerer Anhaltspunkte für einen höheren Wert sind im Rahmen der Ermessensausübung des Gerichts diejenigen heranzuziehen, die am zuverlässigsten sind, um dem Verkehrswert des Grundbesitzes möglichst nahe zu kommen (BayObLGZ 1975, 244/250 und 1979, 69/76; OLG Köln JurBüro 1990, 1016/1017). Das ist hier das für die Grundstücksbewertung speziell eingeholte Sachverständigengutachten vom 3.11.1995. Es ist von einem vereidigten Forstsachverständigen erstellt und berücksichtigt sämtliche Besonderheiten des verfahrensgegenständlichen umfangreichen Forstbesitzes. Dem Gutachten gegenüber kommen der Einheitswert und die niedrigeren Wertangaben der Rechtsbeschwerdeführerin zur Wertfindung nicht in Betracht. § 19 Abs. 4 KostO entfällt bereits seinem Wortlaut nach (vgl. Korintenberg § 19 Rdnr. 78).

Auch der Ertragswert ist für die Bewertung von Grundstücken nach § 19 KostO nicht in der Weise maßgeblich, dass über ihn nicht hinausgegangen werden dürfte. Sind – wie hier – genügend Anhaltspunkte für einen den Ertragswert übersteigenden, näher beim Verkehrswert liegenden Wert vorhanden, so stellt dieser Wert den Geschäftswert dar, für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke besteht hier keine Ausnahmeregelung (BayObLGZ 1972, 297/299; 1975, 244/248; BayObLG JurBüro 1994, 237/238). Überdies wird die Bemessung des Geschäftswerts nach dem Ertragswert nur in Betracht kommen, wenn der sich darauf berufende Kostenschuldner eine Berechnung des Ertragswerts zusammen mit ausreichenden Unterlagen vorlegt (BayObLGZ 1979, 69/78), was hier nicht geschehen ist.

Letztlich richten sich die Angriffe der Rechtsbeschwerde im Wesentlichen gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts, welches das Sachverständigengutachten als überzeugend bewertet und deshalb zur Grundlage der Wertermittlung gemacht hat. Das Rechtsbeschwerdegericht aber ist an die Beweiswürdigung des Landgerichts als Teil von dessen Tatsachenfeststellung gebunden (vgl. Jansen § 27 Rdnr. 19). Auch hinsichtlich der vom Landgericht angenommenen Flächengrößen und der Bewertung der „Mehrfläche“ ist die Schätzung des Landgerichts rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landgericht hat den Geschäftswert für die Eigentumsumschreibung somit insgesamt zutreffend errechnet, sodass die weitere Beschwerde hiergegen unbegründet ist.

Begründet ist das Rechtsmittel jedoch hinsichtlich der Auslagenentscheidung. Da das Landgericht das gesetzliche Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 KostO nicht beachtet hat, können die dadurch entstandenen Auslagen wegen unrichtiger Sachbehandlung nach § 16 KostO nicht erhoben werden (BayObLG Rpfleger 1981, 75; LG Bayreuth JurBüro 1974, 1021; Göttlich/Mümmeler Stichwort „Festsetzung des Geschäftswerts“ S. 394 und Stichwort „Grundbesitzwert“ S. 479).

Die weitere Beschwerde der Beteiligten gegen die Hauptsacheentscheidung ist daher zurückzuweisen; die Auslagenentscheidung ist hingegen aufzuheben.

25. KostO §§ 149, 147 Abs. 2 (Verdrängung der Betreuungsgebühr im Abgeltungsbereich der Hebegebühr)

Steht dem Notar auf Grund eines von den Parteien im Kaufvertrag vereinbarten Treuhandauftrags die Hebegebühr des § 149 KostO zu, so kann er darüber hinaus keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO beanspruchen, wenn ein zur Finanzierung des Kaufpreises eingeschaltetes Kreditinstitut ihm zusätzliche Weisungen bezüglich des bei ihm hinterlegten Geldes erteilt.

OLG Hamm, Beschluss vom 26.8.1999 – 15 W 115/99 –, mitgeteilt von Helmut Engelhardt, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 1) erwarb auf der Grundlage eines notariellen Kaufangebotes vom 22.4.1991, das die amtlich bestellte Vertreterin des Beteiligten zu 2) unter der UR-NR. 110/91 beurkundet hatte, eine Eigentumswohnung in D. Der Kaufpreis in Höhe von 104.490,00 DM war auf ein Notaranderkonto des Beteiligten zu 2) einzuzahlen. Der beurkundende Notar wurde angewiesen, nach Vorliegen der Pfandfreigabeerklärungen den Finanzierungsbetrag ohne Disagio und Bearbeitungsgebühren bei der finanzierenden Bank, der Beteiligten zu 3), abzurufen, die diesen Betrag dem angegebenen Notaranderkonto innerhalb von drei Tagen gutzuschreiben hatte. Der Notar wurde ferner angewiesen, aus dem den Kaufpreis übersteigenden Betrag alle Kosten, die aus dem Vertrag zu Lasten der Käuferin entstehen, zu bezahlen, einschließlich der Grunderwerbsteuer. Weiter sollte er über den Kaufpreis zuzüglich Zinsen und abzüglich Bankunkosten zugunsten des Verkäufers erst verfügen, sobald die lastenfreie Eigentumsumschreibung – mit Ausnahme des Rechts Abt. II Nr. 1 des Grundbuchs sichergestellt sei.

Zugunsten der Filiale L. der Beteiligten zu 3) bestellte die Beteiligte zu 1) durch eine vom Beteiligten zu 2) notariell beurkundete Erklärung (Urkunde-Nr. 137/91) eine Buchgrundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und Abtretung der Rückgewähransprüche über einen Betrag von 124.900,00 DM. In der Grundschuldbestellungsurkunde beauftragte die Beteiligte zu 1) unter IV den Notar, von der Urkunde zugunsten der Bank Gebrauch zu machen und erteilte ihm Vollmacht zum Empfang von Zustellungen und Erklärungen aller Art, die mit der Begründung der Grundschuld im unmittelbaren Zusammenhang stehen. Die Beteiligte zu 3) zahlte auf ein Notaranderkonto des Beteiligten zu 2) einen Betrag in Höhe von 110.600,00 DM ein und erteilte diesem die Weisung, über den Betrag nur verfügen zu dürfen, wenn gewährleistet sei, dass eine Buchgrundschuld in Höhe von 124.900,00 DM zu ihren Gunsten eingetragen und das Eigentum umgeschrieben werde sowie die Rückführungsvereinbarung gemäß Schreiben vom 6.6.1991 beachtet werde.

Für seine Tätigkeiten erteilt der Beteiligte zu 2) der Beteiligten zu 1) zunächst unter dem 12.7.1991 eine Kostenberechnung, die die 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen mit Beschluss vom 25.1.1996 ohne sachliche Prüfung wegen formeller Mängel aufhob. Gegenstand des vorliegenden, auf Weisung der Präsidentin des Landgerichts eingeleiteten Beschwerdeverfahrens ist die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2) vom 16.2.19198, in der er eine Treuhandgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Rechnung gestellt hat. Anderweitig hat er der Beteiligten zu 1) für die Führung des Notaranderkontos eine Hebegebühr gemäß § 149 KostO in Rechnung gestellt.

Der Beteiligte zu 2) vertritt die Auffassung, ihm stehe eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO zu, weil er im Rahmen der Durchführung des Darlehensvertrages die von der Beteiligten zu 3) erteilten Treuhandaufträge habe berücksichtigen müssen. Insoweit seien das Darlehensvertrags- und das Kaufvertragsverhältnis juristisch streng zu trennen, und zwar auch in gebührenrechtlicher Hinsicht. Die Treuhandaufträge hinsichtlich der Überwachung der Auszahlungsreife des von der Beteiligten zu 3) auf ein Anderkonto überwiesenen Betrages als Darlehenssumme stelle weder eine von den Kaufvertragsparteien geschlossene Vereinbarung noch eine Voraussetzung zur Durchführung des Kaufvertrages dar. § 149 KostO finde ausschließlich Anwendung für notarielle Tätigkeiten, die die von den jeweiligen Vertragsparteien auszu-tauschenden Leistungen betreffen.

Das Landgericht änderte durch Beschluss vom 3.2.1999 die Kostenberechnung des Beteiligten zu 1) dahin ab, dass die genannte Betreuunggebühr und die darauf berechnete Umsatzsteuer entfallen. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache ließ es die weitere Beschwerde zu.

Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

Für eine Tätigkeit des Notars, die die Verwahrung und Auszahlung von Geldern betrifft, die sich in seiner Verfügungsmacht befinden, wird die Vergütung besonders in § 149 KostO geregelt.

Soweit demnach der Abgeltungsbereich der Hebegebühr des § 149 KostO reicht, kann eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht entstehen.

Der Abgeltungsbereich der in § 149 KostO bestimmten Hebegebühren umfasst die gesamte Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars bei der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes (Senat, JurBüro 1965, 305 = Rpfleger 1965, 185). Dazu gehört auch die Befolgung der insoweit gegebenen Weisungen und die Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen, wie sie regelmäßig mit diesem Treuhandauftrag verbunden sind. Denn die Befolgung dieser Weisungen und die Feststellung der Auszahlungsvoraussetzungen bereiten die Auszahlung des Geldes vor und bilden daher mit dem Verwahrungsgeschäft eine untrennbare Einheit jedenfalls dann, wenn die Kaufvertragsparteien bereits in dem beurkundeten Kaufverträge die Einzahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto vereinbart und alle Auszahlungsbedingungen festgelegt haben. Der Senat hatte aber bereits auch die Fallgestaltung zu beurteilen (Beschluss vom 29.10.1984 – 15 W 288/84), bei der kaufvertraglich die Einzahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto nach Eintragung der Auflassungsvormerkung und die Auszahlung nach Vorlage sämtlicher zur Umschreibung erforderlicher Unterlagen vorgesehen war, die Bank aber die Auszahlung des Kaufpreises erst nach Eintragung zweier Grundschulden in das Grundbuch angewiesen hatte. Auch für diese Fallgestaltung, bei welcher ein zur Finanzierung des Kaufpreises eingeschaltetes Kreditinstitut dem Notar nach Abschluss des Kaufvertrages zusätzliche Weisungen für die Auszahlung des auf sein Anderkonto

überwiesenen Geldbetrages erteilt hatte, ist vom Senat die Anwendung des subsidiären § 147 Abs. 2 KostO verneint worden. Der Senat ist der Gegenmeinung, infolge der Weisungen des Kreditinstituts liege ein weiterer Treuhandauftrag vor, welcher eine zusätzliche Haftung des Notars begründet habe und deshalb eine weitere Gebühr rechtfertige, nicht gefolgt. Er hat darauf verwiesen, dass die Einzahlung des Kaufpreises bereits im Kaufvertrag vorgesehen und damit der Treuhandauftrag an den Notar erteilt worden sei. Die hierfür entstandene Hebegebühr sei unabhängig von dem Arbeitsaufwand bei der Überwachung der Verfügungsanweisungen und könne, wie das OLG Oldenburg (JurBüro 1986, 429) und das Kammergericht (JurBüro 1979, 1563) eingehend dargelegt hätten, durch eine nachträgliche Änderung der Auszahlungsbedingungen – sei es durch den ursprünglichen Auftraggeber des Treuhandauftrages selbst oder einen von diesem eingeschalteten Dritten – nicht berührt werden. Selbst wenn sich aus den zusätzlichen Weisungen des Kreditinstituts betreffend die Eintragung der dinglichen Sicherungen eine erhöhte Verantwortlichkeit des Notars ergebe, so werde diese doch von der Hebegebühr des § 149 KostO erfasst, welche den gesamten Arbeitsaufwand des Notars im Rahmen des Verwahrungsgeschäfts abgelte und deshalb auch in Fällen überdurchschnittlich großer Belastung nicht nach § 147 Abs. 2 KostO aufgebessert werden könne. An dieser Auffassung, dass zusätzliche Weisungen des Kreditinstituts im Rahmen des bereits durch den Kaufvertrag erteilten Treuhandauftrages liegen und nicht geeignet sind, neben der Gebühr des § 149 KostO auch eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen zu lassen, hält der Senat nach erneuter Überprüfung dieser Rechtsfrage auch für den hier zu beurteilenden Fall fest. Dem Wesen dieses Verwahrungsgeschäfts über den Kaufpreis ist es nicht fremd, dass der Notar bei seiner Durchführung auch zu Dritten in Beziehung tritt, die im Interesse einer Vertragspartei – hier der Käuferin – bei der Vertragsabwicklung eingeschaltet sind. Die Entgegennahme von Weisungen des kaufpreiskreditierenden Dritten ändert nichts daran, dass die Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes gebührenrechtlich ein einheitlicher Vorgang ist.

26. Kosto §§ 16, 154 Abs. 2, § 157; BeurkG § 13 a (*Beurkundung eines Vertragspaketes durch den Notar*)

- a) **Zu der zwingend vorgeschriebenen Kennzeichnung des Notariatsgeschäfts gehört es, die den Gebührentatbestand auslösende Einzeltätigkeit zu benennen (z.B. „Beurkundung des ...“, „Unterschriftsbeglaubigung ...“).**
- b) **Ein Notar, der formungültige Verträge beurkundet, darf dafür keine Kosten erheben.**
- c) **Die durch 13 a BeurkG eröffnete Möglichkeit der eingeschränkten Beifügungs- und Vorlesungspflicht setzt voraus, dass die Bezugsurkunde wenigstens durch Auslegung der Verweisungsurkunde individualisiert werden kann.**

OLG Hamm, 15. Zivilsenat, Beschluss vom 26.8.1999 – 15 W 111/99 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) und 2) waren im Jahre 1994 als Gesellschafter bürgerlichen Rechts (fortan: GbR) Eigentümer mehrerer in B.H.

belegener Grundstücke, auf denen sie den Bürokomplex „C“ errichteten. Der Grundbesitz sollte an die Beteiligten zu 3), die über das Gründungsstadium nicht hinaus kam, veräußert werden. Dabei wollten die Beteiligten zu 1) und 2) für die Immobilie einen Betrag von rund 117 Mio. DM erzielen. Für die Beteiligte zu 3) trat ein Herr M auf, der den Beteiligten zu 5) als Urkundsnotar vorschlug. Dieser hatte am 24.6.1994 den Gesellschaftsvertrag der Beteiligten zu 3) beurkundet (UR-Nr. 380/94).

Am 1.7.1994 beurkundete der Beteiligte zu 5) zu seiner Urkunde Nr. 402/94 folgende Erklärung seiner Angestellten S.:

„Ich bitte um Beurkundung der nachstehenden mir von der ‚Objektgesellschaft Straße B. H. GbR‘ übergebenen Erklärungen:“

Es folgen als Anlagen, die in der Urkunde enthalten sind:

- ein (Muster-)Mietvertrag, in der die GbR als Vermieter aufgeführt ist (Anlage 2),
- eine Baubeschreibung (Anlage 4),
- eine Mietbaubeschreibung (Anlage 5),
- ein privatschriftlicher Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen der GbR und einer Drittfirma vom 16./29.6.94 (Anlage 3).

Abgeschlossen wird die Urkunde mit der Klausel:

„Vorstehende Verhandlung wurde der Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihr genehmigt und wie folgt eigenhändig unterschrieben:“

Unter UR-Nr. 403/94 beurkundete der Beteiligte zu 5) einen Grundstückskaufvertrag mit Auflassung. Für die Beteiligten zu 1) und 2) trat ein vollmachtloser Vertreter auf. Als Kaufpreis wurden in der Urkunde ein Nettobetrag von 126.425.000,00 DM und ein Bruttobetrag 145.578.387,50 DM festgelegt. Der Vertrag enthielt ferner die Verpflichtung zum Abschluss eines Generalmietvertrages, durch den die Beteiligten zu 1) und 2) das veräußerte Objekt zu einem für vier Jahre festgeschriebenen Mietzins von jährlich 7.557.384,00 DM anmieteten. Unter UR-Nr. 404/94 beurkundete der Beteiligte zu 5) des Weiteren einen Darlehensvertrag zwischen der GbR und den Beteiligten zu 3) und 4). Danach sollten die Beteiligten zu 3) und 4) einen Betrag von 16,4 Mio. DM zur Beschaffung eines Kredites für den Erwerb der Immobilie erhalten. Unter der UR-Nr. 405/94 beurkundete der Beteiligte zu 5) schließlich einen Treuhandvertrag, in dem die Abwicklung der Auszahlung dieses Darlehens über ein Treuhandkonto des in Frankfurt ansässigen Notars Sch. geregelt wurde. In der Folgezeit änderten die Vertragsparteien die Verträge zum Teil ab. Am 13.7.1994 beurkundete der Vertreter des Beteiligten zu 5) im Amt unter den UR-Nrn. 419–421/94 verschiedene Änderungen des Grundstückskaufvertrages, des Treuhandvertrages und des Darlehensvertrages. Weitere Abänderungen und Ergänzungen des Darlehens- und des Treuhandvertrages erfolgten am 20.7.1994 (UR-Nrn. 428 und 429/94 des Beteiligten zu 5).

Die Durchführung der Verträge scheiterte, weil die Beteiligten zu 3) und 4) die Finanzierung des Kaufpreises nicht sicherstellen konnten. Der Beteiligte zu 5) übersandte daraufhin unter dem 19.7.1994 und dem 20.9.1995 der Beteiligten zu 2) notarielle Kostenrechnungen; insgesamt machte der Beteiligte zu 5) einen Betrag von 428.158,23 DM geltend.

Die Beteiligte zu 2) lehnte die Begleichung mit der Begründung ab, der Beteiligte zu 5) habe sich bei der Beurkundung mündlich einverstanden erklärt, seine Gebühren nicht von der GbR zu verlangen. Der Beteiligte zu 5) änderte unter dem 6.11.1995 die Kostenrechnungen ab und erteilte sich eine vollstreckbare Ausfertigung der geänderten (Sammel-)Kostenrechnung über 405.772,33 DM. Diese ließ er am 15.11.1995 an die Beteiligte zu 2) zustellen und trieb den Betrag nebst Zustellungs- und Zwangsvollstreckungskosten bei der Beteiligten zu 2) bei (insgesamt: 407 398,63 DM).

Mit beim Landgericht am 20.12.1996 eingegangenen Schreiben vom 18.12.1996 hat die Beteiligte zu 2) Beschwerde gegen die Kostenrechnungen erhoben und einen Rückzahlungsanspruch nebst Zinsen geltend gemacht. Sie erhebt eine Vielzahl von Beanstandungen; insoweit wird auf die Sachverhaltsdarstellung des Landgerichts Bezug genommen.

Im Laufe des Verfahrens hat der Beteiligte zu 5) seine Kostenrechnung mehrfach durch neue Kostenrechnungen ersetzt. Er hat sie in

der Fassung vom 14.8.1997 auch der Beteiligten zu 1) zugestellt. Diese hat mit Schriftsatz vom 16.9.1997 ebenfalls Beschwerde erhoben.

(...)

Durch Beschluss vom 21.12.1998 hat das Landgericht die angefochtenen Kostenberechnungen mit der Begründung aufgehoben, dass sie formunwirksam seien. Der von der Beteiligten zu 2) geltend gemachte Rückzahlungsanspruch sei begründet, weil die von dem Beteiligten zu 5) beigetriebenen Kosten wegen unrichtiger Sachbehandlung außer Ansatz bleiben müssten. Schließlich habe der Beteiligte zu 5) der Beteiligten zu 2) den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Zwangsvollstreckung (1.626,30 DM) und für die Stellung einer Bürgschaft (130,80 DM) entstanden sei.

Die hiergegen eingereichte weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, § 156 Abs. 2 S. 4 KostO.

1. a) In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von nach § 156 Abs. 1 S. 1 KostO zulässigen Erstbeschwerden der Beteiligten zu 1) und 2) ausgegangen. Aus den Erwägungen der Kammer scheiterte die Zulässigkeit der Beschwerde der Beteiligten zu 1) nicht an § 156 Abs. 3 S. 1 KostO. Denn ihr ist eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung zu keinem Zeitpunkt zugestellt worden. Dies war aber erforderlich, weil die Ausschlussfrist für jeden einzelnen Kostenschuldner erst mit der Zustellung der vollstreckbaren Kostenrechnung (§§ 154, 155 KostO) an ihn beginnt (vgl. *Korintenberg/Bengel*, KostO, 13. Aufl., § 156 Rdnr. 17). Die Beteiligte zu 2) hat, wie die Kammer ebenfalls zutreffend dargelegt hat, ihre Beschwerde noch vor Ablauf des Kalenderjahres erhoben, welches dem Jahr folgt, in dem die vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung ihr zugestellt worden ist.

b) Die Kammer meint weiter, die Kostenberechnungen des Notars, die in ihrer jeweils letzten Fassung Verfahrensgegenstand seien, müssten ohne Sachprüfung aufgehoben werden, weil sie noch immer nicht den formellen Anforderungen entsprächen, die gemäß § 154 KostO an eine notarielle Kostenrechnung zu stellen seien. Hierbei hat sich die Kammer an der veröffentlichten ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. DNotZ 1971, 756; MittRhNotK 1981, 16; DB 1994, 1129; JMBI NW 1997, 22) und des BayObLG (vgl. z.B. BayObLGZ 1981, 348, 351) orientiert, nach der das Vorliegen einer formell ordnungsgemäßen Kostenberechnung Verfahrensvoraussetzung für eine Sachentscheidung des Landgerichts im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO ist und eine nicht ordnungsgemäße Kostenrechnung ohne weiteres der Aufhebung unterliegt.

Von diesem rechtlich einwandfreien Ausgangspunkt aus hat die Kammer weiter geprüft, ob die Kostenberechnungen – wie es der hier anwendbare § 154 Abs. 2 KostO n.F. fordert – eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestandes enthalten. In diesem Zusammenhang hält es die Kammer für unverzichtbar, dass der Notar die gebührenrechtlich relevanten Tätigkeiten umschreibe und auch konkret die Auslagen aufführe, deren Ersatz er verlange. Die gebührenrechtlich relevante Tätigkeit sei z.B. bei § 36 KostO die Beurkundung einseitiger Erklärungen (§ 36 Abs. 1 KostO) oder von Verträgen (§ 36 Abs. 2 KostO). Erforderlich sei also die Angabe „Beurkundung eines Kaufvertrages“. Keine hinreichende Bezeichnung sei dagegen die Angabe der UR-Nr. und die Wiedergabe des Inhalts der Urkunde, z.B. durch Mittei-

lung des Stichwortes „Grundstückskaufvertrag“. Dies folge daraus, dass zwei Wege zur Erstellung einer öffentlichen Urkunde durch den Notar denkbar seien (Beurkundung einerseits, Fertigung eines Entwurfs sowie Unterschriftsbeglaubigung andererseits). Weil der Notar auch die von ihm vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung in seiner Urkundenrolle zu verzeichnen habe, lasse sich aus der Angabe der UR-Nr. und des Charakters des beurkundeten Geschäfts die gebührenrechtlich relevante Tätigkeit nicht entnehmen. Für welche Tätigkeit der Notar Gebühren beanspruche, ergebe sich möglicherweise aus der von ihm zitierten Gebührenvorschrift. Deren Angabe reiche aber nach dem Gesetz nicht aus. Im vorliegenden Fall fehle in den angefochtenen Kostenberechnungen die kurze Bezeichnung des Gebührentatbestandes, also etwa: Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages, Darlehensvertrages, Treuhandvertrages bzw. Beurkundung der Änderung oder Ergänzung eines derartigen Vertrages. Im Ergebnis seien deshalb die Kostenberechnungen ohne Sachprüfung aufzuheben.

Diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Sie stehen im Einklang mit der vom Senat schon zu § 154 Abs. 2 KostO a.F. wiederholt ausgesprochenen Rechtsansicht, dass die Kostenberechnung des Notars aus sich selbst heraus verständlich sein muss und die Auslegung ihres zwingend vorgeschriebenen Inhalts nicht zum Rückgriff auf außerhalb liegende Umstände nötigen darf. Eine individualisierende Kennzeichnung des Notariatsgeschäfts, auf das sie sich beziehen soll (im Sinne des konkreten gebührenpflichtigen Aktes, der einen Gebührentatbestand auslösenden Einzeltätigkeit) war schon nach altem Recht unerlässlich (Senat MittRhNotk 1981, 16, 19). Unter der Geltung des § 154 Abs. 2 KostO n.F. gelten diese Erfordernisse erst recht (*Korintenberg/Bengel* a.a.O., § 154 Rdnr. 8; *Rohs/Wedewer*, KostO, Loseblattausgabe Stand: Mai 1999, § 154 Rdnr. 14 a; einschränkend: *Tiedtke/Schmidt* DNotZ 1995, 737, 738 f.). Die Änderung des § 154 Abs. 2 KostO ist durch Art. 2 Nr. 27 des KostRÄndG 1994 vom 24.6.1994 (BGBl I Seite 1325) vorgenommen worden. Durch sie wurden die Worte „die Gebührenvorschriften“ durch die Worte „die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestandes, die Bezeichnung der Auslagen“ ersetzt. Diese Änderung entspricht wörtlich dem Änderungsvorschlag des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucks. 12/6962), der nach der maßgebenden Einzelbegründung eine bürgerfreundlichere Transparenz von Rechnungen garantieren sollte, wie sie in der Praxis weitgehend Standard seien (BT-Drucks. a.a.O. Seite 92). Diesem im Gesetzeswortlaut entgegen der Auffassung von *Tiedtke/Schmidt* a.a.O. jedenfalls ansatzweise zum Ausdruck kommenden Anliegen des Gesetzes werden Kostenberechnungen nicht gerecht, die den Gebührentatbestand unter Verzicht auf Angaben zu der die Gebühren auslösenden Einzeltätigkeit (z.B. „Beurkundung“, „Unterschriftsbeglaubigung“) umreißen, weil sie sich auf eine schlagwortartige Wiedergabe des Inhalts der Urkunde beschränken. So lassen die im vorliegenden Fall verwendeten Schlagworte wie „Baubeschreibung und Mietbaubeschreibung“, „Grundstückskaufvertrag, Generalmietvereinbarung“, „Darlehensvertrag“ sowie „Änderung zum Grundstückskaufvertrag“ pp. die Gebühren auslösende Tätigkeit des Notars nicht hinreichend erkennen. Dies gilt gerade auch in Fällen der vorliegenden Art, in denen die genannten Verträge mit Ausnahme des Grundstückskaufvertrages für sich genommen zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung gar nicht bedürfen. Die in der Kommentierung von *Rohs/Wedewer* a.a.O., § 154 Rdnr. 14 a aufgeführten Formulierungsbeispiele

(„Beurkundung eines Kaufvertrages“, „Beurkundung einer Auflassung“) verdeutlichen überdies, dass der Notar den nach Sinn und Zweck des § 154 Abs. 2 KostO n.F. gestellten Anforderungen ohne nennenswerten Mehraufwand gerecht werden kann. Auch darauf hat die Kammer zutreffend hingewiesen.

Da das Landgericht den Formmangel bei seiner Entscheidung berücksichtigt und die Kostenberechnungen aufgehoben hat, kann er im Verfahren der weiteren Beschwerden nicht mehr behoben werden (vgl. Senat JMBI NW 1994, 226 = DB 1994, 1129).

2. Den von der Beteiligten zu 2) geltend gemachten Rückzahlungsanspruch über 405.772,33 DM hat das Landgericht ebenfalls als begründet angesehen, weil die für die Notartätigkeit entstandenen Gebühren und Auslagen nach § 16 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung niederzuschlagen seien. Die hierzu von der Kammer entfaltete Begründung hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand. Im Einzelnen ist auszuführen:

a) Richtig ist zunächst die Ausgangsüberlegung des Landgerichts: Sind Kosten ohne ordnungsgemäße Kostenberechnung bezahlt und wird wegen dieses Mangels die Kostenberechnung aufgehoben, so kann nicht wegen dieser Aufhebung die Rückforderung nach § 157 KostO erfolgen, wenn die Kosten materiell-rechtlich geschuldet sind, weil der Kostenanspruch unabhängig von der Kostenrechnung nach § 154 KostO ist (Senat JurBüro 1993, 305, ständig; *Korintenberg/Bengel* a.a.O., § 157 Rdnr. 6 m.w.N.). Die Kammer war sonach berechtigt und verpflichtet, über den der Beteiligten zu 2) zustehenden Erstattungsanspruch zu entscheiden.

b) Die Kammer nimmt weiter an, dass eine Verletzung von Vorschriften des materiellen und des formellen Beurkundungsrechts durch den Notar stets eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 KostO darstelle, weil es gerade Aufgabe des Notars sei, im Rahmen der ihm übertragenen Beurkundung von Rechtsvorgängen (§ 1 BNotO) auf die Einhaltung dieser Vorschriften zu achten. Ob dieser Auffassung in dieser Allgemeinheit gefolgt werden kann, braucht nicht entschieden zu werden. Jedenfalls darf ein Notar, der formungültige Verträge beurkundet, dafür keine Kosten erheben (BGH DNotZ 1961, 430; vgl. *Korintenberg/Bengel* a.a.O., § 16 Rdnr. 29 ff. m.w.N.).

c) Die Kammer meint, der Beteiligte zu 5) habe bei der Errichtung der Urkunde vom 1.7.1994 zu UR-Nr. 402/94 gegen formelles Beurkundungsrecht verstoßen. Dies führe zur Nichtigkeit dieser Urkunde und damit zur Nichtigkeit des gesamten, am 1.7.1994 beurkundeten Vertragswerkes, bestehend aus den Urkunden Nrn. 402–405/94 einschließlich der Ergänzungs- und Änderungsurkunden UR-Nrn. 419–421/94 und 428/94 sowie 429/94. Diese Würdigung findet die Billigung des Senats.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterliegen bei Grundstücksgeschäften dem Beurkundungserfordernis des § 313 BGB nicht nur die Verpflichtung des Veräußerers zur Grundstücksübereignung, sondern alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt; dabei spielt es keine Rolle, inwieweit die einzelnen Ansprüche aus dem Vertrag nach Kauf- oder Werkvertragsrecht zu beurteilen sind (BGHZ 69, 266, 268; 74, 346, 348; NJW 1979, 1984). Zu diesen Vereinbarungen gehörte im vorliegenden Fall jedenfalls auch die in § 13 des Kaufvertrages

vom 1.7.1994 (UR-Nr. 403/94 des Beteiligten zu 5),) aufgeführte Pflicht der Beteiligten zu 1) und 2), das gesamte Gebäude einschließlich der Außenanlagen innerhalb von vier Jahren auf der Grundlage der erklärten Bau- und Leistungsbeschreibung“ fertig zu stellen (§ 13 Nr. 1 des Vertrages) und im Zuge der zukünftigen Vermietung der zur Zeit leerstehenden Flächen den Feinausbau der jeweiligen Mieteinheiten nach der „Mietbaubeschreibung“ sowie der „Bau- und Leistungsbeschreibung“ (§ 13 Nr. 3 des Vertrages) durchzuführen. Da die Vertragsparteien die genannten Baubeschreibungen sonach zum Inhalt des Vertrags gemacht haben, hätten sie nach Maßgabe der §§ 9, 13, 13 a BeurkG beurkundet werden müssen. Hierzu verhält sich die Niederschrift des Kaufvertrages in ihrem letzten Abschnitt wie folgt:

„Die im vorliegenden Vertrag erwähnten ergänzenden Erklärungen nämlich: Bau- und Leistungsbeschreibung, Mietbaubeschreibung, Mustermietvertrag, Verwaltervertrag lagen in beurkundeter Form vor. Die Parteien erklärten, dass ihnen die Urkunde bekannt ist. Die Parteien verzichten auf das Verlesen sowie auf das Beifügen dieser Anlagen zum Vertrag“.

Diese Form der Beurkundung verstößt aus den Gründen der landgerichtlichen Entscheidung gegen das formelle Beurkundungsrecht. Da ein Ausnahmefall der in § 14 BeurkG bezeichneten Art nicht vorliegt, mussten die in dem Vertrag in Bezug genommenen Baubeschreibungen ohne Rücksicht auf den Verzicht der Vertragsparteien entweder verlesen (vgl. BGH NJW 1979, 1984) oder aber nach Maßgabe des § 13 a BeurkG in den Vertrag eingeführt werden (vgl. *Kuhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl., § 13 a Rdnr. 5; Beck'sches Notar-Handbuch/*Kutter*, 2. Aufl., A II Rdnr. 48; *Albrecht* in Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl., Rdnr. 314). Beides ist nicht geschehen. Eine Verlesung ist schon nach dem Wortlaut der Niederschrift nicht erfolgt. Die von dem Beteiligten zu 5) offenbar angestrebte Verfahrensweise nach § 13 a BeurkG scheiterte daran, dass der Notar es versäumt hat, in dem Kaufvertrag eine genaue Bezeichnung der Bezugsurkunde aufzunehmen. Es fehlen, wie das Landgericht im Einzelnen dargelegt hat, nicht nur die Angabe des Datums und der Urkundennummer der Bezugsurkunde; auch ihr Inhalt wird in der Verweisungsurkunde teilweise unrichtig wiedergegeben, weil die Bezugsurkunde eine „Baubeschreibung“ und keine „Bau- und Leistungsbeschreibung“ sowie einen „Geschäftsbesorgungsvertrag“ und keinen „Verwaltervertrag“ enthält. Auf welche „Urkunde“ (oder welche Urkunden?) in dem notariellen Kaufvertrag letztlich Bezug genommen wird, lässt sich deshalb durch Auslegung der Verweisungsurkunde nicht einmal erahnen, zumal entsprechend der durch § 13 a Abs. 2 S. 1 BeurkG eröffneten Möglichkeit hier darauf verzichtet worden ist, die Bezugsurkunde der Niederschrift beizufügen. Eine derartige Verfahrensweise, die eine Individualisierung der Bezugsurkunden auch durch Auslegung der Verweisungsurkunde nicht ermöglicht, verstößt nach Auffassung des Senats gegen die zwingenden Voraussetzungen des § 13 a BeurkG und führt gemäß § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Kaufvertrages.

Sonach konnte unentschieden bleiben, ob die Bezugsurkunde UR-Nr. 402/94 ihrerseits wirksam errichtet worden ist oder der Notar hierbei ebenfalls – wie das Landgericht annimmt – gegen Vorschriften des formellen Beurkundungsrechts verstoßen hat.

d) Nach dem Schlussabschnitt des Kaufvertrages (UR-Nr. 403/94) steht der Kaufvertrag in einem unmittelbaren recht-

lichen und sachlichen Zusammenhang mit dem am selben Tage beurkundeten Darlehens- und Treuhandvertrag der Beteiligten. Die Verträge sollen, so die Formulierung, in ihrem Bestand jeweils abhängig sein von dem Zustandekommen und der Rechtswirksamkeit der jeweils anderen Vereinbarungen. Bei dieser Sachlage zog die Unwirksamkeit des Kaufvertrages die Unwirksamkeit der übrigen Teile des Vertragswerkes nach sich, wobei unentschieden bleiben kann, auf welche Abreden sich der Formzwang des § 313 BGB erstreckte. Damit hat, wie das Landgericht im Ergebnis richtig erkennt, die vorgenommene Beurkundung insgesamt ihren Zweck verfehlt, so dass die Kosten insgesamt niederzuschlagen sind. Gleiches gilt für die Verhandlung UR-Nr. 402/94, die zur Vorbereitung des Kaufvertrages UR-Nr. 403/94 beurkundet worden ist.

3. Hatte der Kostenschuldner seine Einwendungen gegen die Kostenberechnung innerhalb eines Monats seit der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung im Wege der Beschwerde erhoben, so hat der Notar gemäß § 157 Abs. 1 S. 2 KostO den Schaden zu ersetzen, der dem Kostenschuldner durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entstanden ist. Das Landgericht hat diese Voraussetzungen mit näherer Begründung als gegeben angesehen und der Beteiligten zu 2) weitere 1.626,30 DM (Zwangsvollstreckungskosten) und 130,80 DM (Avalkosten) zugesprochen. Auch dies lässt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beteiligten zu 5) erkennen. Die Auffassung des Landgerichts, die Monatsfrist werde nicht in Lauf gesetzt, wenn die Kostenberechnung des Notars – wie hier – nicht den Formerfordernissen des § 154 KostO entspreche, trifft zu (vgl. OLG Schleswig JurBüro 1978, 911; *Rohs/Wedewer* a.a.O., § 157 Rdnr. 5).

Die weitere Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Öffentliches Recht

27. BGB §§ 138, 779 Abs. 1 (*Vergleich über Rücknahme eines Widerspruchs gegen Erteilung einer Baugenehmigung*)

Eine vergleichsweise getroffene Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet, der Bebauung eines angrenzenden Grundstücks nicht weiter entgegenzutreten, ist nicht deshalb sittenwidrig, weil die hierfür vom Bauwilligen zu erbringende Zahlung weit über die Minderung des Wertes des beeinträchtigten Grundstücks hinausgeht.

BGH, Urteil v. 2.7.1999 – V ZR 135/98 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH a.D.

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin errichtete 1991/1992 im Auftrag der O.-GmbH in L. ein Bürogebäude auf einem Grundstück, das an das Einfamilienhausgrundstück der Beklagten angrenzt. Die Erd- und Fundamentarbeiten für das Bauwerk waren auf der Grundlage eines von der Gemeinde L. als Satzung beschlossenen Vorhaben- und Erschließungsplans durch Teilbescheide vom 4. und 5.12.1991 genehmigt worden. Am 25.2.1992 wurde die Errichtung des Stahlskeletts für das Gebäude genehmigt.

Die Beklagten waren an dem Satzungsbeschluss der Gemeinde und dem Baugenehmigungsverfahren nicht beteiligt worden. Am 19.5.1992 legten sie gegen die erteilten Genehmigungen Widerspruch ein. Daraufhin erklärte die Genehmigungsbehörde, die für die

Fortführung des Bauvorhabens notwendige vierte Teilgenehmigung nicht zu erteilen, solange das Widerspruchsverfahren nicht abgeschlossen sei. Durch Vertrag vom 22.6.1992 verpflichteten sich die Beklagten, gegen Zahlung der O.-GmbH von 200.000 DM ihren Widerspruch zurückzunehmen, auf zukünftige Rechtsbehelfe und anderweitige Einwendungen gegen das Bauvorhaben Innovationspark L. zu verzichten und eine Baulast zu bewilligen. Nachdem sie den Widerspruch gegen die erteilten Genehmigungen zurückgenommen hatten, wurden die ausstehende weitere Teilgenehmigung am 10.7.1992 erteilt und das Gebäude fertiggestellt.

Die Klägerin hat geltend gemacht, das Ausstehen der vierten Teilgenehmigung habe die Gefahr begründet, dass sich die Fertigstellung des Gebäudes verzögern und der O.-GmbH Mietausfälle, von monatlich 250.000 DM erwachsen würden. Diese Situation hätte die Beklagten dazu ausgenutzt, sich einen unangemessenen Vorteil für die Rücknahme ihres Widerspruchs zu verschaffen. Daher seien sie zur Rückzahlung des erhaltenen Betrages von 200.000 DM verpflichtet. Diesen Anspruch habe die O.-GmbH ihr abgetreten.

Das Landgericht hat die auf Zahlung eines Teilbetrages von 65.000 DM zuzüglich Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben. Die Revision führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I.

(...)

II.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist der Vertrag vom 22.6.1992 nicht deshalb wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, weil die Beklagten die ihnen durch das öffentliche Baurecht gewährte Position gegen Zahlung aufgegeben haben (BGHZ 79, 131, 141). Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht jedoch in der Ansicht, dass die Abfindungsvereinbarung nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig sei.

Fehlerhaft ist schon die Annahme, zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe ein besonders grobes Missverhältnis, so dass für das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Wuchers eine von den Beklagten nicht erschütterte tatsächliche Vermutung spreche. Abgesehen davon, dass in diesem Fall bereits der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB gegeben wäre, trägt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht den Besonderheiten Rechnung, die sich aus der Rechtsnatur der Abfindungsvereinbarung ergeben.

Das Berufungsgericht hat diese rechtsfehlerfrei als Vergleich i. S. von § 779 BGB qualifiziert. Zur Feststellung der Sittenwidrigkeit in einem Vergleich getroffener Regelungen ist jedoch nicht das Verhältnis des Wertes der beiderseits übernommenen Verpflichtungen, sondern das beiderseitige Nachgeben gegeneinander abzuwägen (BGH, Urt. v. 25.5.1964, II ZR 87/62, NJW 1964, 1787). Es kommt also darauf an, wie die Parteien die Sach- und Rechtslage bei Abschluss des Vergleichs eingeschätzt haben, in welchem Ausmaß sie davon abgewichen sind und zur Bereinigung des Streitfalls gegenseitig nachgegeben haben. Denn im Allgemeinen verbietet es sich, einen Vergleich, selbst wenn ihn die begünstigte Partei mit nicht zu billigen Mitteln herbeigeführt hat, als sittenwidrig zu behandeln, wenn er seinem Inhalt nach aus der Sicht beider Vertragsparteien bei Vergleichsabschluss als sachgerechte Bereinigung des Streitfalls erschien (BGHZ 51, 141, 143; 79, 131, 139 mit Anmerkung *Knothe* JuS 1983, 18).

In vorliegendem Fall hatte die O.-GmbH ein Interesse an der ungehinderten Fortführung des Baus, weil sie 90% des noch

nicht fertig gestellten Bürogebäudes unter Eingung fester Terminzusagen bereits vor Erteilung der vierten Teilbaugenehmigung vermietet hatte, und monatliche Mietausfälle von 250.000 DM befürchtete. Demgegenüber hatten die vor den bis dahin erteilten drei Teilbaugenehmigungen nicht angehörtten Beklagten ein Interesse daran, zu verhindern, dass unmittelbar hinter ihrem Garten ein 16 m hoher Bürokomplex errichtet würde. Dieses Interesse lässt sich nicht mit einem Bruchteil des Verkehrswertes des benachteiligten Grundstücks erfassen, wie es das Berufungsgericht getan hat, sondern schließt auch andere Gesichtspunkte ein. Dass die eingeleiteten Widersprüche offensichtlich unbegründet gewesen wären, kann nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden. Vielmehr geht das Berufungsgericht davon aus, dass der mangels eines Bebauungsplans für die Baugenehmigungen maßgebliche Vorhaben- und Erschließungsplan fehlerhaft war und mit einer Normenkontrollklage noch zu Fall gebracht werden konnte. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagten sich von einer verwerflichen Gesinnung hätten leiten lassen, sind nicht festgestellt. Unter diesen Umständen kann von unverhältnismäßigen Zugeständnissen der O.-GmbH und einem Missverhältnis im beiderseitigen Nachgeben nicht gesprochen werden.

Da Anhaltspunkte dafür, dass der Vertrag vom 22.6.1992 aus einem anderen Grunde sittenwidrig sein könnte, fehlen, ist die Klage abzuweisen.

Steuerrecht

28. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 13 Abs. 1, § 19 Abs. 1; UStG § 4 Nr. 9 Buchst. a, § 15 Abs. 2 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer bei getrenntem Kauf- und Werkvertrag*)

Der BFH hält an seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass bei objektiv sachlichem Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und weiteren, die zukünftige Bebauung des Grundstücks betreffenden Verträgen mit Dritten (einheitlicher) für die Grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung maßgeblicher Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück in bebautem Zustand ist. Zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage) gehören in diesen Fällen alle Leistungen des Erwerbers, die dieser an den Grundstücksveräußerer und an Dritte gewährt, um das Eigentum an dem Grundstück in seinem zukünftigen bebauten Zustand zu erwerben (Urteile vom 23.11.1994 II R 53/94, BFHE 176, 450, BStBl II 1995, 331; vom 25.11.1992 II R 67/89, BFHE 169, 533, BStBl II 1993, 308, und vom 11.11.1992 II R 117/89, BFHE 169, 480, BStBl II 1993, 163).

Eine den Wertungen des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG widersprechende Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer liegt in diesen Fällen nicht vor.

BFH, Urteil vom 27.10.1999 – II R 17/99 –

Zum Sachverhalt:

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) schloss am 23.9.1991 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag über ein zu diesem Zeitpunkt noch unbebautes Grundstück. Der Kaufpreis sollte 105 120 DM betragen, die Vermessungskosten sollten vom Kläger übernommen werden. Für die Grundstücksverkäuferin handelte bei Vertragsabschluss eine Angestellte des beurkundenden Notars, deren Vertragserklärungen durch die Grundstücksveräußerin am 24.10.1991 genehmigt wurden.

Am 21.10.1991 beauftragte der Kläger eine Bauträgerin mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Reihenhauses auf dem Grundstück zu einem Gesamtpreis von 289 070 DM einschließlich Umsatzsteuer. Der Bauträgerin war das Grundstück von der Grundstücksverkäuferin zur Bebauung mit einem Reihnhaus „an die Hand gegeben“ worden. Auf Grund der hierzu getroffenen mündlichen Absprachen war sichergestellt, dass nur derjenige zum Erwerb des Grundstücks zugelassen wurde, der zuvor einen Gebäudeerrichtungsvertrag mit der Bauträgerin abgeschlossen hatte.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) vertrat die Auffassung, einheitlicher Gegenstand des Grunderwerbs des Klägers sei das bebaute Grundstück, und setzte durch Bescheid vom 10.12.1991 nach einer Gegenleistung von 397 190 DM Grunderwerbsteuer gegen den Kläger in Höhe von 7 943 DM fest. Zur Gegenleistung rechnete das FA neben dem Kaufpreis für das Grundstück u. a. auch die Bauerrichtungskosten.

Auf die – nach erfolglos gebliebenem Einspruch erhobene – Klage ermäßigte das Finanzgericht (FG) die Grunderwerbsteuer auf 2 162 DM mit der Begründung, die Bauerrichtungskosten seien nicht in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen. Nach den gesetzlichen Vorgaben unterliege nur der Grundstückskaufvertrag der Grunderwerbsteuer, nicht jedoch der Bauvertrag über das erst nach dem Erwerb des Grund und Bodens hergestellte Gebäude. Das FG führte aus, es folge insoweit der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zum einheitlichen Leistungsgegenstand nicht. Die Entscheidung ist in den Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1999, 443 veröffentlicht.

Die vom FA eingelegte Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das angefochtene Urteil des FG verstößt gegen § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983.

a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 unterliegt der Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben. Entscheidend für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist dabei, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 11.3.1981 II R 77/78, BFHE 133, 230, BStBl II 1981, 537; vom 24.1.1990 II R 94/87, BFHE 160, 284, BStBl II 1990, 590). Die Grunderwerbsteuer knüpft zwar an einen auf den Eigentumserwerb an einem Grundstück gerichteten Rechtsvorgang (an das tatbestandserfüllende Rechtsgeschäft i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) an. Erfasst werden soll von der Grunderwerbsteuer aber der tatsächliche Zustand des Grundstücks, der in Durchführung des auf den Eigentumserwerb gerichteten Rechtsvorgangs eintritt (vgl. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG – vom 27.12.1991 2 BvR 72/90, BStBl II 1992, 212). Gegenstand der auf die Grundstücksübereignung abzielenden Vereinbarungen kann das Grundstück in dem Zustand sein, den es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hat, oder in einem (künftigen) Zustand, in den es erst zu versetzen ist (z. B. BFH-Urteil vom 5.2.1992 II R 110/88, BStBl II 1992, 357 [= MittBayNot 1992, 296]). Ob als Gegenstand eines Erwerbsvorgangs das zukünftig bebaute Grundstück anzusehen ist, kann sich aus dem tatbestandserfüllenden Rechtsgeschäft, d. h. aus dem Inhalt der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung des Veräußerers oder aus mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv engem sach-

lichem Zusammenhang stehenden Vereinbarungen oder Umständen ergeben, die insgesamt zu dem Erfolg führen, dass der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält. Dies ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln und kann auch aus dem Zusammenwirken mehrerer Personen auf der Veräußererseite folgen, wenn die Umstände des Zusammenwirkens ergeben, dass der Erwerber ein bebautes Grundstück erhält (vgl. BFH-Urteil vom 23.11.1994 II R 53/94, BStBl II 1995, 331 [= MittBayNot 1995, 246]). Ist dies der Fall, so gehören alle Aufwendungen des Grundstückserwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung, die von ihm für die Verschaffung des bebauten Grundstücks gewährt werden. Die Rechtsgrundlage hierfür, deren Vorhandensein vom FG verneint wurde, ist deshalb § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983.

Verfehlt ist deshalb die Auffassung des FG, es sei für die Bestimmung des Gegenstands des Erwerbsvorgangs allein auf den Zustand des Grundstücks im Zeitpunkt des Abschlusses des tatbestandserfüllenden Rechtsgeschäfts (Kaufvertrags) bzw. darauf abzustellen, „dass das Gebäude erst nach dem Erwerb des Grund und Bodens hergestellt wird“. Denn hierdurch würde die Höhe der Grunderwerbsteuerbelastung von dem zufälligen Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags und der formalen Beschränkung auf diesen und nicht vom objektiven Inhalt der von den Parteien vorgenommenen Sachverhaltsgestaltung abhängig gemacht, aus der sich ergibt, dass trotz einer von der typischen zivilrechtlichen Gestaltung abweichenden – wenn auch zivilrechtlich möglichen – Gestaltung ein Erfolg eintritt, der dem des Abschlusses eines das bebaute Grundstück umfassenden Grundstückskaufvertrags entspricht. Zur Rechtfertigung dieser Beurteilung hat der Senat im Urteil in BFHE 160, 284, BStBl II 1990, 590 auf die Funktion des Steuerrechts hingewiesen, sich als objektives Recht an dem Ziel einer möglichst gleichmäßigen Besteuerung zu orientieren, damit für auf zivilrechtlich unterschiedlichen Wegen erreichbare gleiche wirtschaftliche Ergebnisse nicht unterschiedliche steuerliche Lasten ausgelöst würden (vgl. auch den Beschluss des BVerfG in BStBl II 1992, 212). Mit der Übertragung zivilrechtlicher Schutzgedanken (§ 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches) auf das Grunderwerbsteuerrecht hat dies – anders als das FG unterstellt – nichts zu tun.

Die (Gegen-)Leistungen des Erwerbers eines im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch unbebauten Grundstücks, welches in bebautem Zustand zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht worden ist, stellen – soweit sie auf die Bauleistungen entfallen – auch keine „künftigen Baukosten des Grundstückserwerbers“ dar, wie das FG meint. Ist nach der Rechtsprechung des BFH Gegenstand des Erwerbsvorgangs das bebaute Grundstück, ist vielmehr die durch die Bebauung herbeigeführte Veränderung des Grundstücks (noch) der Sphäre der Veräußererseite zuzurechnen. Nach den von der Rechtsprechung des BFH zum so genannten einheitlichen Vertragsgegenstand entwickelten Kriterien sollen anhand objektiver Merkmale die Fälle, in denen die Bebauung eines im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch unbebauten Grundstücks auf der alleinigen Initiative des Grundstückserwerbers beruht, von den Fällen abgegrenzt werden, in denen es dem Grundstücksveräußerer bzw. den mit ihm durch Absprachen verbundenen bzw. mit ihm zusammenwirkenden Personen gelungen ist, den Erwerber entweder durch rechtsgeschäftliche Vereinbarungen oder durch Herstellung eines objektiven Zusammenhangs zwischen Grundstückskaufvertrag und Bauerrichtungsvertrag an die geplante Bebauung des

Grundstücks zu binden (vgl. BFH-Entscheidungen vom 17.9.1997 II R 24/95, BStBl II 1997, 776 [= DNotJ-R 1997, 250]; vom 2.9.1993 II B 71/93, BStBl II 1994, 48; vom 9.8.1989 II B 73/89, BFH/NV 1990, 594, und vom 13.9.1989 II R 28/87, BStBl II 1989, 986).

Das FG hat sich in seinem Urteil mit den vom BFH in langjähriger Rechtsprechung entwickelten Kriterien (einheitliches Angebot von Grundstück und Gebäude; Erwerb aus „einer Hand“; Bindung des Erwerbers an die Bebauung; abgestimmtes Verhalten einer Personenmehrheit auf der Veräußererseite), die der Abgrenzung der beiden Fallgruppen gegeneinander dienen, nicht näher auseinander gesetzt. Der erkennende Senat sieht sich deshalb auch nicht veranlasst, hierzu nochmals im einzelnen Stellung zu nehmen.

b) Es ist nicht erkennbar, dass die Rechtsprechungsgrundsätze zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs zu einer – wie das FG ohne weitere Begründung behauptet – einseitigen Belastung „schwächerer Steuerbürger“ führen. Ein Sachzusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Grundstückserwerbers und den Umständen der Bebauung eines Grundstücks ist nirgendwo belegt und kann nicht als gerichts-bekannt unterstellt werden. Selbst wenn der Befund des FG im Tatsächlichen zuträfe, bleibt bei der Argumentation des FG offen, welche rechtlichen Konsequenzen hieraus bei einer Rechtsverkehrsteuer zu ziehen wären und welche Rechtsgrundlagen hierfür zur Verfügung stünden.

Entgegen der Auffassung des FG ergibt sich auch weder aus § 13 Abs. 1 noch aus § 19 GrEStG, „dass künftige Bauleistungen grunderwerbsteuerlich nicht belastet werden sollen“. Eine nachvollziehbare Begründung enthält das FG-Urteil hierfür nicht. Die Vorschriften sind vielmehr eindeutig, so weit dort von den „an einem Erwerbsvorgang beteiligten Personen“, d.h. von solchen Personen gesprochen wird, die an dem tatbestandserfüllenden Rechtsgeschäft beteiligt sind. Beteiligt hieran sind jedenfalls nicht diejenigen Personen, mit denen ein Grundstückserwerber nur einen Bauerrichtungsvertrag abschließt, und zwar auch dann nicht, wenn auf Grund objektiv sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Abschluss des Gebäudeerrichtungsvertrages als Gegenstand des Erwerbs das bebaute Grundstück anzusehen ist.

c) Der Senat folgt dem FG nicht in der Annahme, § 4 Nr. 9 Buchst. a des Umsatzsteuergesetzes (UStG) stehe der Einbeziehung der Baukosten in die Bemessungsgrundlage entgegen, weil insoweit eine Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer bestehe, die durch diese Vorschrift gerade verhindert werden solle.

aa) Nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG sind Umsätze umsatzsteuerfrei, die unter das GrEStG fallen. Die Vorschrift behandelt danach nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen steuerbare Umsätze von der Umsatzsteuer befreit sind; sie grenzt somit umsatzsteuerpflichtige von den umsatzsteuerfreien Vorgängen ab. Sie enthält jedoch kein Gesetzesgebot, ob und inwieweit in bestimmten Fällen Grunderwerbsteuer zu erheben ist. Vielmehr richtet sich die Frage, ob ein Vorgang grunderwerbsteuerpflichtig ist, allein nach den Regeln des GrEStG, dem insoweit der Vorrang gebührt. Fällt ein bestimmter Vorgang unter das GrEStG, stellt § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG nach Wortlaut, Sinn und Zweck und systematischer Stellung (im UStG) keine Rechtsgrundlage dar, von der (vollständigen oder teilweisen) Erhebung der Grunderwerbsteuer abzusehen. Dies ist kein formales Argument, wie das FG meint, sondern folgt aus der eindeutigen Gesetzesanordnung,

an die Verwaltung und Gerichte bei der Rechtsanwendung gebunden sind.

bb) Entgegen der Auffassung des FG ergibt sich aus § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG kein allgemeiner Rechtsgedanke, der eine andere grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung derjenigen Erwerbsvorgänge erfordern würde, in denen trotz formaler Trennung des Grundstückskaufvertrages vom – mit einem Dritten abgeschlossenen – Gebäudeerrichtungsvertrag nach objektiven Maßstäben als einheitlicher Erwerbsgegenstand das bebaute Grundstück anzusehen ist. Eine „den Wertungen des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG widersprechende Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer“ liegt in diesen Fällen schon deshalb nicht vor, weil die Sachverhalte, die von der Rechtsprechung des BFH zum „einheitlichen Vertragsgegenstand“ erfasst werden, nicht vergleichbar sind mit dem Erwerb unbebauter Grundstücke, die vom Erwerber später in eigener Regie bebaut werden. Ein Vergleich mit der zutreffenden Vergleichsgruppe „Erwerb eines noch vom Veräußerer zu bebauenden Grundstücks“ ergibt vielmehr eine weitgehende Kongruenz in der (Doppel-)Belastung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer. Auch wenn die Lieferung eines bebauten Grundstücks wegen § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG beim Veräußerer umsatzsteuerfrei ist, hat dies auf Grund des in § 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG bei steuerfreien Umsätzen vorgesehenen Vorsteuerabzugsverbots zur Folge, dass die (beim Veräußerer) nicht abzugsfähige Umsatzsteuer über den Kaufpreis für das bebaute Grundstück, der kalkulatorisch die nicht abzugsfähige Umsatzsteuer enthält, in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer eingeht. Aus dieser Sicht ist die Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer vom Gesetzgeber sogar beabsichtigt; die Befreiung nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG, die im Ergebnis lediglich die Wertschöpfung des leistenden Unternehmers erfasst, ändert hieran im Grundsatz nichts.

Die Einbeziehung der auf die Baukosten entfallenden Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ist verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. Beschlüsse des BVerfG in BStBl II 1992, 212, und vom 11.1.1988 I BvR 391/87, Höchststrichterliche Finanzrechtsprechung 1989, 153) und verstößt auch nicht gegen das Recht der Europäischen Gemeinschaft (vgl. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 8.7.1986 Rs. 73/85, Umsatzsteuer-Rundschau 1986, 297).

cc) Es trifft im Übrigen auch nicht zu, dass in den Fällen, in denen nach objektiven Maßstäben einheitlicher Gegenstand des Erwerbsvorgangs das zukünftig bebaute Grundstück ist, deckungsgleiche Rechtsvorgänge vorliegen, die sowohl der Grunderwerbsteuer als auch der Umsatzsteuer unterliegen. Nach der Rechtsprechung des V. Senats des BFH (Urteil vom 10.9.1992 V R 99/88, BStBl II 1993, 316) behalten die Einzelleistungen der an der Gebäudeerrichtung beteiligten Unternehmer umsatzsteuerrechtlich auch dann ihre Selbständigkeit, wenn sie grunderwerbsteuerrechtlich als Teil des einheitlichen Erwerbsvorgangs beurteilt werden. Die Einzelleistungen unterliegen als solche nicht der Grunderwerbsteuer. Sie können umsatzsteuerrechtlich weder mit der Grundstückslieferung als einheitliche Leistung zusammengefasst noch als Nebenleistungen zur Grundstückslieferung qualifiziert werden. Da Gegenstand der Grunderwerbsteuer somit das bebaute Grundstück ist, während Gegenstand der Umsatzsteuer die jeweiligen Leistungen der beteiligten Unternehmer sind, gibt es keine sich i.S. des § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG überschneidenden Besteuerungsgegenstände. Die Berücksichtigung der Gebäudeerrichtungskosten einschließlich der Um-

satzsteuer im Rahmen der Ermittlung der Grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage erfolgt demnach nicht als Gegenleistung für einen Grunderwerbsteuerpflichtigen Rechtserwerb vom Bauhandwerker, sondern als Teil desjenigen, was der Erwerber aufzuwenden hat, um das Grundstück so, wie es zum Gegenstand des steuerpflichtigen Erwerbsvorgangs gemacht worden ist, nämlich im bebauten Zustand, zu erlangen (BFH-Beschluss vom 18.9.1985 II B 24-29/85, BStBl II 1985, 627 [= MittBayNot 1985, 273]).

2. Die Sache ist spruchreif.

Ergibt sich – wie im Streitfall – die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks und zur Errichtung des Gebäudes aus zwei an sich selbständigen Verträgen, kann (einheitlicher) Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück in bebautem Zustand u. a. dann sein, wenn ein objektiv enger sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen besteht, d. h. wenn der Erwerber bei objektiver Betrachtungsweise als einheitlichen Leistungsgegenstand das bebaute Grundstück erhält (ständige Rechtsprechung, vgl. BFH-Urteile vom 18.10.1989 II R 143/87, BStBl II 1990, 183, und II R 85/87, BStBl II 1990, 181; BStBl II 1992, 357; vom 8.2.1995 II R 19/92, BFH/NV 1995, 823, 825, und vom 8.11.1995 II R 83/93, BFH/NV 1996, 637). Diese Voraussetzungen liegen u. a. in den Fällen regelmäßig vor, in denen der Erwerber (spätestens) mit dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ einer Bebauung gegenüber der Veräußererseite nicht mehr frei war (vgl. BFH-Urteil vom 6.3.1991 II R 133/87, BStBl II 1991, 532), und – bei einer Personenmehrheit auf der Veräußererseite – die auf der Veräußererseite auftretenden Personen auf Grund von Abreden bei der Veräußerung – für den Erwerber erkennbar – zusammenarbeiten bzw. durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss aller Verträge (Übertragung des Grundstücks und Errichtung des Gebäudes) hinwirken. Des Abschlusses eines auf die gemeinsame Verschaffung des (bebauten) Grundstücks gerichteten Vertrages bedarf es nicht; vielmehr reicht ein Zusammenwirken der Veräußererseite aus (BFH-Urteil vom 28.7.1993 II R 66/90, BFH/NV 1994, 339).

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Es besteht ein objektiv sachlicher Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Bauerrichtungsvertrag. Der Kläger war bereits im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Grundstückskaufvertrages hinsichtlich der von der Veräußererseite vorgeplanten Bebauung gebunden. Denn der Grundstückskaufvertrag wurde erst mit der Genehmigung des Vertrages durch die bei Vertragsabschluss vollmachtslos vertretene Grundstücksverkäuferin am 24.10.1991 rechtswirksam. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger durch den Abschluss des Gebäudeerrichtungsvertrages am 21.10.1991 an die Bebauung des Grundstücks mit einem Reihenhaus gebunden.

Auch haben die auf der Veräußererseite aufgetretenen Personen (Grundstücksverkäuferin/Bauträgerin) auf Grund mündlicher Absprachen bei der Veräußerung zusammengearbeitet und auf den Abschluss beider Verträge (Übertragung des Grundstücks und Errichtung des Gebäudes) hingewirkt, indem sie sichergestellt haben, dass nur derjenige zum Erwerb des Grundstücks zugelassen wurde, der zuvor einen Gebäudeerrichtungsvertrag mit der Bauträgerin abgeschlossen hatte. Unter diesen Umständen ist die Bebauung nicht dem Kläger, sondern der Veräußererseite zuzurechnen.

Das FA hat deshalb zutreffend neben dem Kaufpreis für das unbebaute Grundstück auch den im Bauerrichtungsvertrag

vereinbarten Werklohn einschließlich der hierauf berechneten Umsatzsteuer in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer eingerechnet.

29. EStG §§ 9, 12 (*Aufwendungen zur Verhinderung der Entstehung eines Nießbrauchs keine Anschaffungskosten*)

Aufwendungen zur Ablösung eines mangels Eintragung im Grundbuch nicht zur Entstehung gelangten Nießbrauchs sind keine Anschaffungskosten.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BFH, Beschluss vom 18.3.1999 – IV B 58/97 –

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist jedenfalls unbegründet.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) macht eine Abweichung der Vorentscheidung von den Urteilen des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 21.7.1992 IX R 72/90 (BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486) und vom 21.7.1992 IX R 14/89 (BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484) geltend. Dem Urteil in BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486 sei der Rechtssatz zu entnehmen, dass Aufwendungen für die Verhinderung der Eintragung eines Nießbrauchsrechts auf Grund eines möglicherweise gegebenen schuldrechtlichen Anspruchs auf Eintragung des Nießbrauchs an einem Grundstück ebenso nachträgliche Anschaffungskosten darstellten, wie Aufwendungen für die Ablösung eines wirksam entstandenen dinglichen Rechts. Auf eine Eintragung des Nießbrauchs komme es nicht an. In diesem Fall habe nicht einmal festgestanden, dass ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch auf Wiedereintragung des gelöschten Nießbrauchs durchsetzbar gewesen sei. Dann aber müsse die Aufhebung eines schuldrechtlich wirksam vereinbarten Anspruchs auf Nießbrauchseinräumung erst recht nachträgliche Anschaffungskosten begründen. Derselbe Rechtssatz liege dem Urteil in BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484 zugrunde. In diesem Fall sei ein im Wege des Vermächtnisses eingeräumter Nießbrauch an einem Grundstück bereits einen Monat nach dem Erbfall durch eine Versorgungszusage abgelöst worden.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist das Finanzgericht (FG) nicht von den genannten Entscheidungen des BFH abgewichen. Es hat sich ausdrücklich mit dieser Rechtsprechung auseinander gesetzt und zutreffend ausgeführt, ein Nießbrauch des Sohnes sei nicht zur Entstehung gelangt. In dem dem Urteil in BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486 zugrunde liegenden Sachverhalt aber war ein Nießbrauch zugunsten der Mutter im Grundbuch eingetragen und jahrelang ausgeübt worden. Der BFH ging daher davon aus, dass die Aufwendungen der Ablösung dieses Rechts unabhängig davon gedient hatten, dass die geschäftsunfähige Mutter zuvor eine Löschung veranlasst hatte (s. BFH-Urteil in BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486 zu 3. der Entscheidungsgründe); die Aufwendungen dienten daher nicht der Ablösung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Wiedereintragung des Nießbrauchs. Auch in dem dem Urteil in BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484 zugrunde liegenden Sachverhalt wurde ein Recht an einem Grundstück (Wohnungsrecht) abgelöst, das – wenn auch nur kurze Zeit – bestanden hatte. Zudem war dieses Wohnungsrecht – anders als im Streitfall – nicht vom Ablösenden, sondern von einem Erblasser eingeräumt worden.

Wie der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) zu Recht ausgeführt hat, handelt es sich bei den angeführten BFH-Urteilen in BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484 und in BFHE 169, 317, BStBl II 1993, 486 um Fälle, in denen der Steuerpflichtige Grundbesitz erworben hat, der von vornherein mit einem Nutzungsrecht belastet war. Im Streitfall hingegen hat der Kläger das Grundstück unbelastet von seiner Frau übernommen und von Anfang an selbst genutzt. Der Nießbrauch zugunsten des Sohnes wurde mangels Eintragung nie wirksam, noch wurde er tatsächlich ausgeübt. Das FG konnte daher zutreffend davon ausgehen, dass eine zu Anschaffungskosten führende Ablösung eines Nießbrauchsrechts im Streitfall nicht vorlag.

2. Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechts-sache entspricht nicht den Anforderungen des § 115 Abs. 3 Satz 3 der Finanzgerichtsordnung (FGO). Der Kläger hat lediglich ausgeführt, es sei weder eine höchstrichterliche Entscheidung noch eine einheitliche Auffassung in der Literatur zu der Frage ersichtlich, ob eine dauernde Last ausdrücklich als Gegenleistung einer Grundstücksübertragung vereinbart sein müsse, um Anschaffungskosten zu begründen. Die schlüssige Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung einer Rechtssache erfordert aber ein konkretes Eingehen des Beschwerdeführers darauf, in welchem Umfang, von welcher Seite und aus welchen Gründen die von ihm aufgeworfene Rechtsfrage umstritten sei (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 21.8.1986 V B 46/86, BFH/NV 1987, 171). Dazu gehört auch, dass der Beschwerdeführer bereits vorhandene Rechtsprechung und Literatur zu der von ihm für klärungsbedürftig gehaltenen Rechtsfrage berücksichtigt und vorträgt, weshalb nach seiner Ansicht eine Klärung bislang noch ausstehe (vgl. z.B. BFH-Beschluss vom 26.11.1986 II B 112/86, BFH/NV

1988, 304). Solche Ausführungen hätten etwa auch ein Eingehen auf das Urteil des Senats vom 18.10.1990 IV R 36/90 (BFHE 162, 321, BStBl II 1991, 205) erfordert.

30. GrEStG § 1 Abs. 2 (*Erwerb der Verwertungsbefugnis für ein Grundstück*)

Der nach § 1 Abs. 2 GrEStG HA (= § 1 Abs. 2 GrEStG 1983) steuerpflichtige Erwerb des Rechts zur Verwertung eines Grundstücks „auf eigene Rechnung“ erfordert nicht nur, dass der Berechtigte am wirtschaftlichen Ergebnis einer Verwertung des Grundbesitzes teilhat, sondern dass er diese Verwertung auch selbst herbeiführen, d. h. vom Grundstückseigentümer die Veräußerung des Grundstücks an bestimmte Personen verlangen kann. Die Befugnis, die Veräußerung des Grundstücks herbeizuführen, kann auch bei einem Dritten liegen, so weit gewährleistet ist, dass dieser im Interesse desjenigen tätig sein wird, dem das wirtschaftliche Ergebnis der Grundstücksveräußerung zukommt, der Dritte somit als Hilfsperson des aus der Grundstücksverwertung Begünstigten anzusehen ist (BFH-Urteil vom 21.7.1965 II 78/62 U, BFHE 83, 166, BStBl III 1965, 561). Dies ist dann der Fall, wenn zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten und dem dispositionsbefugten Dritten ein entsprechendes schuldrechtliches (Auftrags-)Verhältnis besteht oder wenn es sich um Gesellschaften handelt, die auf Grund einer Gesellschafter-/Geschäftsführerverflechtung einer einheitlichen Willensbildung unterliegen.

BFH, Urteil vom 10.3.1999 – II R 35/97 –

1. Stand des Basiszinssatzes mit Beginn des 1.1.2000

Bekanntmachung der Deutschen Bundesbank vom 22.12.1999

Auf Grund des § 1 Abs. 1 des Diskontsatz-Überleitungsgesetzes gibt die Deutsche Bundesbank bekannt, dass der seit 1.5.1999 1,95% betragende Basiszinssatz sich mit Beginn des 1.1.2000 auf 2,68% erhöht.

2. Grunderwerbsteuer:

Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002

Oberste Finanzbehörden der Länder, gleich lautende Erl. v. 2.12.1999

1. Vorbemerkung

Durch Art. 15 des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 wird in § 1 Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 GrEStG zur Vermeidung von Umgehungen durch Zurückhaltung von Zwerganteilen gesetzlich bestimmt, dass die Vereinigung oder der Übergang von mindestens 95 v.H. der Anteile Grunderwerbsteuer auslösen. Außerdem wird gesetzlich klargestellt, dass dies auch für mittelbare Anteilsvereinigungen und mittelbare Anteilsübertragungen gilt. Nach § 1 Abs. 3 GrEStG kann auch bei anderen Personengesellschaften als einer GmbH & Co. KG Grunderwerbsteuerpflicht eintreten, so weit § 1 Abs. 2 a GrEStG nicht vorgeht.

Sind bis zum 31.12.1999 bereits mindestens 95 v.H. oder mehr der Anteile einer Gesellschaft in einer Hand vereinigt und wird diese Beteiligung nach dem 31.12.1999 ganz oder teilweise aufgestockt, kann dadurch § 1 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 GrEStG nicht mehr verwirklicht werden, da am 1.1.2000, dem Anwendungszeitpunkt der Neuregelung des § 1 Abs. 3 GrEStG, die Anteilsvereinigung i.H. von mindestens 95 v.H. bereits eingetreten war und der Erwerb eines weiteren Anteils keine erneute Verwirklichung des Tatbestandes des § 1 Abs. 3 GrEStG – und zwar auch nicht für die nach dem Überschreiten der 95 v.H.-Grenze hinzuerworbenen Grundstücke – zur Folge hat (BFH v. 23.3.1977, BStBl II, 565).

2. Unmittelbare und mittelbare Anteilsvereinigung

Anteilsvereinigungen bzw. Anteilsübertragungen i.S. des § 1 Abs. 3 Nrn. 1 bis 4 GrEStG lösen Grunderwerbsteuer schon dann aus, wenn mindestens 95 v.H. der Anteile unmittelbar oder mittelbar vereinigt oder übertragen werden. Vereinigungen in der Hand des Erwerbers i.S. des § 1 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 GrEStG können sowohl unmittelbar als auch mittelbar über eine andere Gesellschaft oder teilweise unmittelbar und teilweise mittelbar über eine andere Gesellschaft erfolgen.

Beispiel 1:

An der X-AG, zu deren Vermögen drei Grundstücke gehören, waren zunächst die Y-GmbH und die Z-GmbH zu je 50 v.H. beteiligt. Gesellschafter der Y-GmbH waren A und B je zur Hälfte, Gesellschafter der Z-GmbH andere Personen.

In 1997 erwarb A 95 v.H. der bis dahin von der Z-GmbH gehaltenen Anteile an der X-AG. Damit war er zu 47,5 v.H.

(95 v.H. von 50 v.H.) unmittelbar und zu 25 v.H. mittelbar (über die von der Y-GmbH gehaltenen Anteile an der X-AG) beteiligt. In 2000 erwirbt A die bisher von B gehaltenen Anteile an der Y-GmbH. Durch diesen Erwerb werden 97,5 v.H. der Anteile an der X-AG teils unmittelbar (95 v.H. von 50 v.H. = 47,5 v.H.), teils mittelbar (50 v.H. über die Y-GmbH) i.S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG in der Hand von A vereinigt mit der Folge, dass hinsichtlich der zum Vermögen der X-AG gehörenden Grundstücke drei Grunderwerbsteuerfälle (s. dazu BFH v. 28.6.1972, BStBl II, 719) vorliegen.

Beispiel 2:

Alleingesellschafterin der D-GmbH, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört, ist die C-GmbH. Gesellschafter der C-GmbH sind A und B zu gleichen Anteilen.

In 2000 erwirbt A 90 v.H. der bisher von B gehaltenen Anteile an der C-GmbH. Damit werden 95 v.H. der Anteile an der D-GmbH mittelbar (über die C-GmbH) in der Hand von A vereinigt.

3. Verstärkung bestehender Beteiligungen

Die Verstärkung einer schon bestehenden Anteilsvereinigung (z.B. wenn im Beispielfall 2 A anschließend 50 v.H. der von der C-GmbH gehaltenen Anteile an der D-GmbH erwirbt) löst den Besteuerungstatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG dagegen nicht aus (BFH v. 20.10.1993, BStBl II 1994, 121).

Dies gilt bereits auch dann, wenn mindestens 95 v.H. der Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft teils mittelbar und teils unmittelbar von einer Person gehalten werden.

Die Ausnahme von der Besteuerung gilt nicht nur hinsichtlich derjenigen Grundstücke, die der Gesellschaft bereits in dem Zeitpunkt Grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen waren, in dem die teils unmittelbare, teils durch die beherrschte Gesellschaft vermittelte Anteilsvereinigung eintrat, sondern auch bezüglich weiterer in der Zwischenzeit erworbener Grundstücke. Unbeachtlich ist, ob die durch die vorausgegangene Anteilsvereinigung ausgelösten Erwerbsvorgänge besteuert oder durch diese Anteilsvereinigung Erwerbsvorgänge nicht verwirklicht wurden, weil die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt noch keinen Grundbesitz hatte oder das Beteiligungsverhältnis schon seit Gründung der Gesellschaft bestand (zu letzterem BFH v. 12.1.1994, BStBl II, 408).

Durch die Urteile vom 20.10.1993 (a.a.O.) und 12.1.1994 (a.a.O.) wurde nur entschieden, dass durch eine Verstärkung einer Anteilsvereinigung die Tatbestände des § 1 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 GrEStG nicht verwirklicht werden. Die Urteile sind jedoch auch auf Rechtsgeschäfte, die den Anspruch auf Übertragung von mindestens 95 v.H. der Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz begründen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG), sowie auf den Übergang von mindestens 95 v.H. der Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG) anzuwenden, wenn dadurch eine in der Hand des Erwerbers schon bestehende Anteilsvereinigung lediglich verstärkt wird.

Beispiel 3:

Sachverhalt wie Beispiel 2, jedoch erwirbt A später alle bis dahin von der C-GmbH gehaltenen Anteile an der D-GmbH.

Mit dem Anteilswerb wird die bisher zu 95 v.H. bestehende mittelbare Anteilsvereinigung lediglich zu einer ganz unmittelbaren verstärkt. Der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 oder 4 GrEStG wird dadurch nicht ausgelöst.

4. Ausnahmen von Anteilsverstärkungen

Diese Grundsätze sind jedoch nicht sinngemäß anzuwenden

- a) auf den Zuerwerb von Anteilen durch eine Konzerngesellschaft, wenn dadurch erstmalig unmittelbar und/oder mittelbar mindestens 95 v. H. der Anteile einer Gesellschaft mit Grundbesitz in der Hand einer Konzerngesellschaft i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG vereinigt werden; sowie
- b) auf Rechtsvorgänge zwischen Konzerngesellschaften i. S. des § 1 Abs. 1 und 2 GrEStG.

Beispiel 4:

Die Organmutter A ist zu 90 v. H. an der Organtochter B beteiligt. Die restlichen 10 v. H. sind Fremddanteile. B ist in A i. S. des § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliedert. Außerdem ist A zu 40 v. H. und B zu 60 v. H. an der grundbesitzenden Gesellschaft C beteiligt. Es liegt somit hinsichtlich der Grundstücke der C eine Anteilsvereinigung im Konzern vor.

A erwirbt sodann die Anteile der B an der C. Es liegt ein Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG vor (BFH v. 30.3.1988, BStBl II, 682). Der Anteilsvereinigung in der Hand der Organmutter A geht keine mittelbare Anteilsver-

einigung in ihrer Hand voraus. Der Grundbesitz der Gesellschaft C war nicht ihr, sondern dem Organkreis zuzurechnen. Durch den Erwerb der restlichen Anteile an der C vereinigen sich alle Anteile dieser Gesellschaft erstmals in der Hand der Organmutter. Die geänderte Zurechnung löst Steuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG aus.

5. Grundstückserwerb von der Gesellschaft durch den Gesellschafter

Beispiel 5:

Wie Beispiel 4. Später erwirbt A von der Gesellschaft C ein Grundstück.

Es liegt ein Erwerbsvorgang i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG vor. Die Steuer für diesen Erwerbsvorgang wird jedoch gemäß § 1 Abs. 6 GrEStG nur insoweit erhoben, als die Bemessungsgrundlage für diesen späteren Erwerbsvorgang den Betrag übersteigt, von dem beim vorausgegangenen Erwerbsvorgang i. S. des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer für das entsprechende Grundstück berechnet wurde.

6. Anzeigepflicht

Die Anzeigepflicht nach § 19 Abs. 1 Nrn. 4 bis 7 GrEStG trifft die zur Geschäftsführung befugten Personen.

7. Zeitlicher Anwendungsbereich

Dieser Erlass ist auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden.

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Ab Januar 2000:

Notar Rasso Rapp, Bayreuth
Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Bayreuth)

Ab April 2000:

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof
Wiederbestellung zum Prüfer für die Erste Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort Bayreuth)

2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Erwin Hümmer, München, verst. 17.1.2000

Notar a. D. Dr. Heinz Stecher, Weiden, verst. 26.1.2000

NAR i. N. Hermann Hehl, Starnberg, verst. 29.1.2000

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.2.2000:

Notar Hans Raimund Lindner, Hengersberg

Mit Wirkung vom 1.5.2000:

Notar Hans-Joachim Schirmer, Füssen

Notar Dr. Heinz Fischer, Miesbach

Notar Dr. Herbert Schadel, Moosburg

Mit Wirkung vom 1.6.2000:

Notar Georg Lunz, Fürth

Mit Wirkung vom 1.07.2000:

Notar Dr. Benno Keim, München

Mit Wirkung vom 1.10.2000:

Notar Hermann Volland, Landshut

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2000:

Erlangen (neuerrichtete Notarstelle in Bürogemeinschaft mit Dr. Giehl)	dem Notarassessor Felix Odersky (bisher in Schweinfurt Notarstelle Dr. Kutter)
---	---

Mit Wirkung vom 1.2.2000:

Frankenthal	dem Notar Michael Oehm (bisher in Bad Bergzabern)
-------------	---

Rockenhausen (in Sozietät mit Notar Dr. Schönberger)	der Notarassessorin Jutta Schneider (bisher in Mutterstadt Notarstelle Dr. Pongratz)
--	---

Mit Wirkung vom 15.3.2000:

Mellrichstadt	der Notarassessorin Monika Busse (bisher in Nürnberg Notarstellen Dr. Armbruster/Bensch)
---------------	---

Oberviechtach	dem Notarassessor Ulrich Schnabel (bisher in Würzburg Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)
---------------	---

Neustadt b. Coburg	dem Notarassessor Hubert Krebs (bisher in Schwabach Notarstellen Rißmann/Hagg)
--------------------	---

Kirchenlamitz	dem Notar Dr. Rainer Spanhel (bisher in Schrobenhausen)
---------------	---

Mit Wirkung vom 1.4.2000

Freising (in Sozietät mit Notar Schmidl)	dem Notar Franz Ruhland (bisher in Höchstädt a. d. Donau)
--	---

Würzburg (neuerrichtete Notarstelle)	dem Notarassessor Andreas Böhmer (bisher in Hof Notarstelle Dr. Krauß)
--	---

Mit Wirkung vom 1.7.2000:

Erding (neuerrichtete Notarstelle)	der Notarassessorin Birgit Olk (bisher in Landshut Notarstelle Häusler)
--	--

Mit Wirkung vom 1.8.2000:

Memmingen (in Sozietät mit Notar Kassner)	der Notarin a. D. Sigrun Erber-Faller (bisher in Köln GF der BNotK)
---	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 15.2.2000:

Eva Wenz, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/
Kluge)

Ulrich Schmitz, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

Mit Wirkung vom 1.3.2000:

Thomas Baumann, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/
Müller-Dohle)

Andrea Schmucker, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty)

Mit Wirkung vom 15.3.2000:

Paul Baumeister, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Michael Inninger, Landshut (Notarstelle Häusler)

Christian Steib, Sonthofen (Notarstelle Strobach/Dr. Obermaier)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Hansjörg Heller, München (Landesnotarkammer), ab 1.11.1999 in München (Notarstelle von Heynitz)

Notarassessor Michael Trautner, München (Notarstelle Dr. Winkler), ab 16.2.2000 in Regensburg (Notarstelle Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessorin Birgit Olk, Bad Aibling (Notarstelle Schmitt), ab 1.12.1999 in Landshut (Notarstelle Häusler)

Notarassessor Gerd Holland, Würzburg (Deutsches Notarinstitut), ab 1.12.1999 in Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Lechner)

Notarassessor Manfred Reisenecker, Landsberg am Lech (Notarstelle Dr. Lintz/Dr. Rapp), wurde mit Wirkung vom 27.4.1999 promoviert

Notarassessor Martin Jung, Bayreuth (Notarstelle Dr. Waldner), wurde mit Wirkung vom 3.12.1999 promoviert

Oberinspektor i.N. Jürgen Stadler, Deggendorf (Notarstelle Dr. Kurz/Riegel), ab 1.12.1999 in Deggendorf (Notarstelle Dr. Bandel)

Inspektorin i. N. Petra Schnellinger, ab 1.1.2000 Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf)

Amtmann i. N. Ursula Fritz, München (Notarstelle Dr. Keim/Schott), ab 1.1.2000 in Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Inspektorin i. N. Pamela Dreher, Memmingen (Notarstelle Dr. Stumpp), ab 1.1.2000 in Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Bord/Dr. Munzig)

Amtsrat i. N. Norbert Feneis, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann), ab 10.1.2000 in Erlangen (Notarstelle Odersky)

Oberinspektor i. N. Roman Weichenberger, Augsburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Kammer), ab 28.2.2000 in Wolftratshausen (Notarstellen Dr. Adler/Huber)

7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2000:

Zum Notariatsoberrat i. N. (VerGr. I b BAT):

Herbert Brand, Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Max Donaubaue, Passau (Notarstelle Bächer)

Hans Thoma, Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):

Sebastian Angerbauer, Regensburg (Notarstellen Strobel/Dr. Sauer)

Dieter Bergmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)

Rainer Janich, München (Notarstelle Zehetmeier)

Ralf Klinger, München (Notarstellen Oberacher/Dr. Oberacher)

Martin Paunert, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein)

Hans Stahl, Weiden i. d. Opf. (Notarstellen Knies/Baumgart)

Zum Amtsrat i. N. / zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):

Wilibald Auer, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstellen Dr. Ulbrich/Leitenstorfer)

Hilde Dorfner, Mitterfels (Notarstelle Hötzl)

Johann Friedrich, Kempten (Notarstellen Büttel/Dr. Huber)

Walter Gößl, Miltenberg (Notarstellen Gemke/Spoerer)

Erich Heinrich, Starnberg (Notarstelle Dr. Wufka)

Wolfgang Hoffmans, Roth (Notarstelle Suttner)

Franz Kempf, Passau (Notarstellen Dr. Plenk/Prof. Dr. Reimann)

Wolfgang Müller, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein)

Marianne Schmid, Zusmarshausen (Notarstelle Hölzl)

Zum Amtmann i. N. (VerGr. IV a BAT):

Dieter Beer, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Irmgard Brandl, Augsburg (Notarstellen Fügler/Dr. Waibel)

Rainer Drumm, Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Jacob)

Manfred Jauß, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Bernd Klinger, München (Notarstellen Pöppelmann/Dr. Tietgen)

Herbert Maier, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer)

Simone Peters, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Lechner)

Rudolf Popp, Werneck (Notarstelle Leupold)

Peter Postupka, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil)

Heinz Spannacher, Deggendorf (Notarstellen Dr. Kurz/Riegel)

Walter Stahl, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Reibenspies/Dr. Grafberger)

Heike Thoma, Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Günter Weidenthaler, Traunstein (Notarstelle Haselbeck)

Zum Oberinspektor i. N. / zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IV b BAT):

Cornelia Böck, Füssen (Notarstellen Schirmer/Dr. Gerlach)

Andrea Buberl, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Michael Dittrich, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Fleischer)

Petra Förster, Straubing (Notarstelle Dr. Brandmüller)

Cornelia Gottschlich, Würzburg (Notarstellen Dr. Grimm/Friederich)

Julia Hochrein, Haßfurth (Notarstelle Hartmann)

Karin Huber, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Carmen Kuchenbaur, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt)

Bianca Meier, Burgkunstadt (Notarstelle Müller-von-Münchow)

Andreas Müller, Rockenhausen (Notarstellen Dr. Schönberger/Schneider)

Ronald Osthus, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Reibenspies/Dr. Grafberger)

Thomas Schalk, Dachau (Notarstelle Konrad)

Alfred Schieder, Weiden i. d. Opf. (Notarstelle Baltzer)

Tobias Schumacher, Annweiler a. Tr. (Notarstelle Sties)

Lucia Wallner, München (Notarstellen Dr. Keim/Schott)

Brigitte Wittmann, München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner)

Volker Witzgall, Schweinfurt (Notarstellen Schineis/Dr. Schmidt)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amstrat i. N. Günter Maier, Augsburg (Notarstelle Dr. Barthel), ab 1.12.1999 i. R.

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Wolfram Schneeweiß, LL. M., Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: notare.bayern@t-online.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 65,- DM einschließlich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,- DM 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:
E. Mühlthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München.

Sonstiges

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin, Telefon-Nr.: 030/20454284, Fax-Nr.: 030/20454290

Notarkammer Berlin, Kantstraße 21, 10623 Berlin, Telefon-Nr.: 030/8827881, Fax-Nr.: 030/88551577

Notarkammer Sachsen-Anhalt, Postfach 1404, 39004 Magdeburg.

Pressemitteilungen

1. *Deutsche Notarrechtliche Vereinigung:*

Ausschreibung des Helmut-Schippel-Preises der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von 10.000 DM aus. Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z.B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter Ausschluss des Rechtsweges.

Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. September 2000

bei der

Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.
Gerberstraße 19
97070 Würzburg

in drei Exemplaren einzureichen.

2. *Deutsche Notarrechtliche Vereinigung:*

Abschluss eines Kooperationsvertrages zwischen der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. und der Universität Würzburg zur Gründung eines Institutes für Notarrecht an der Universität Würzburg

Am 27.1.2000 hat die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. mit der Bayerischen Julius-Maximilians-Universi-

sität Würzburg einen Kooperationsvertrag zur Gründung eines Institutes für Notarrecht abgeschlossen.

Das Institut für Notarrecht soll dazu beitragen, sowohl die Bedeutung des Notars und seiner Aufgaben im Rechtssystem als auch Fragestellungen der notariellen Praxis in der Rechtswissenschaft hervorzuheben. Im Rahmen von Symposien, Seminaren, Lehrveranstaltungen und der wissenschaftlichen Forschung sollen der die Notariatspraxis berührenden Probleme des formellen und materiellen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsgestaltung behandelt werden.

In den Vorstand des Instituts wurden berufen: Prof. Dr. Tiedtke, Prof. Dr. Schwarz, Prof. Dr. Knemeyer (alle Universität Würzburg), Notar Prof. Dr. Kanzleiter, Neu-Ulm, Notar Prof. Dr. Brambring, Köln, RA und Notar Prof. Dr. Döser, Frankfurt.

Anregungen aus der Praxis nimmt das Institut für Notarrecht gerne entgegen:

Institut für Notarrecht
Gerberstraße 19
97070 Würzburg
Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225.

Veranstaltungen des DAI

1. Aktienrecht in der notariellen Praxis
3. – 4. März 2000 in Frankfurt
2. Euro in der notariellen Praxis
24. März 2000 in Bochum und
25. März 2000 in Berlin
3. Kostenrecht für Notare
24. – 25. März 2000 in Magdeburg
4. Direkte Kaufpreiszahlung oder Kaufpreisabwicklung über Anderkonto
– Techniken und Sicherungsinteressen –
13. April 2000 in Wiesbaden und
14. April 2000 in Hannover

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare –, Postfach 250254, 44740 Bochum, Telefon 0234/970 64 18, Telefax 0234/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

NEUERSCHEINUNGEN

1. Ballreich, Fallkommentar Zum Umwandlungsrecht, 1999, Verlag Luchterhand, Neuwied, 480 Seiten, DM 134,-.
2. Brambring/Medicus (Hrsg.), Festschrift für Horst Hagen, 1999, RWS Verlag, Köln, 564 Seiten, DM 348,-.
3. Bröner, Die Besteuerung der Gesellschaften, 17. Auflage, 1999, Verlag Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 2014 Seiten, DM 348,-.
4. Eickhoff, GbR-Verträge, 1999, RWS-Verlag, Köln, 163 Seiten, DM 68,- (mit Diskette)
5. Eschenbruch, Ehegattenunterhalt – Ein Hand- und Arbeitsbuch für die Praxis, 2. Auflage, Luchterhand Verlag, Neuwied, ca. 250 Seiten, DM 64,-.
6. Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz, 2000, Verlag C. H. Beck, München, ca. 1000 Seiten, ca. DM 260,-.
7. Gerhards/Keller, Die Zwangsversteigerung, 1999, Bank-Verlag, Köln, 107 Seiten, DM 26,50.
8. Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 7. Auflage, 1999, Verlag Gieseking, 1373 Seiten, DM 268,-.
9. Hallerbach, Die Personengesellschaft im Einkommensteuerrecht, 1999, Verlag C. H. Beck, München, 259 Seiten, DM 58,-.
10. Jeep, Ehegattenzuwendungen im Zugewinnausgleich – Rehabilitation einer gesetzlichen Regelung, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 1999, 271 Seiten, DM 138,-.
11. Lutter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz (2 Bde.), 2. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, ca. 2800 Seiten (2 Bde.), DM 348,-.
12. Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1231 Seiten, DM 198,-.
13. Müller/Hense (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, 2. Auflage, 1999, Verlag C. H. Beck, München, 1314 Seiten, DM 197,-.
14. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 2715 Seiten, DM 198,-.
15. Sagasser/Bula/Brüger, Umwandlungen, 2. Auflage, 2000, Verlag C. H. Beck, München, 834 Seiten, DM 178,-.
16. Schäfer/Schwalfenberg, Bewertung, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Grundsteuer, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 153 Seiten, DM 29,80
17. Scholz, GmbH-Gesetz (2 Bde.), Band I, 9. Auflage, 2000, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, ca. 2000 Seiten, DM 398,-. (Bd. II in Vorb.)
18. Schwab (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Auflage, 2000, ca. 1800 Seiten, ca. DM 198,-.
19. Wagner, Kapitalbeteiligung von Mitarbeitern und Führungskräften – Möglichkeiten, Chancen, Visionen, 2000, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 222 Seiten, DM 64,-.

1. BGH: „Reaktivierung“ einer erloschenen Auflassungsvormerkung durch erneute Bewilligung

(BGB §§ 883 Abs. 1, 885 Abs. 1)

Eine erloschene Auflassungsvormerkung kann durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet werden.

Der Rang der Neubewilligten Vormerkung bestimmt sich nicht nach der alten Eintragung, sondern nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung.

(Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 432/98 –)

2. BGH: Dienstbarkeit als Rechtsmangel

(BGB § 434)

Ist in einem Grundstück eine Fernwärmeleitung verlegt, für die eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten des Energieversorgungsunternehmens besteht, bedeutet dies einen Rechtsmangel und keinen Sachmangel.

(Urteil vom 19.11.1999 – V ZR 321-98 –)

3. BayOLG: Zum Grundsatz der Gesellschafteridentität bei Formwechsel

(UmwG §§ 190, 202, 226, 233)

Der Eintragung der formwechselnden Umwandlung einer GmbH in eine KG steht nicht entgegen, dass der zukünftige Komplementär erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses – aber vor Eintragung – Gesellschafter des formwandelnden Rechtsträgers geworden ist. Es genügt, wenn die Voraussetzungen für den Formwechsel zum Zeitpunkt der Eintragung vorliegen.

(Beschluss vom 04.11.1999 – 3 Z BR 333/99 –)

4. OLG Düsseldorf: Auslegung einer Belastungsvollmacht

(BGB § 133)

Ist in einem notariellen Vertrag geregelt, dass der Käufer eines Grundstücks den Kaufgegenstand zur Finanzierung des Kaufpreises in Vollmacht des Eigentümers mit Grundpfandrechten belasten darf und ist der Käufer weiter bevollmächtigt, „alle in diesem Zusammenhang erforderlichen Erklärungen dem Gericht und Gläubiger gegenüber abzugeben ...“, so kann, auch wenn sich der Verkäufer das Recht vorbehalten hat, vor einer dem Käufer bewilligten Vormerkung Grundpfandrechte eintragen zu lassen, die der Käufer zur Kaufpreisfinanzierung benötigte, die Auslegung der Vollmacht ergeben, dass der Käufer berechtigt sein sollte, auch den Rangvorbehalt „auszuüben“ und die Eintragung der zur Fremdfinanzierung benötigten Grundschuld herbeizuführen.

(Beschluss vom 03.12.1999 – 3 Wx 305/1999 –)

5. OLG Schleswig: Nachweis der Erbfolge auf Grund notariellen Testamentes

(GBO § 35)

Die eidesstattliche Versicherung der Erben über das Fehlen weiterer Erben ist auch im Grundbuchverfahren als Nachweis der Erbfolge (i. V. m. einem notariell beurkundeten Testament) ausreichend.

Zweifel daran müssen aus konkreten Umständen und mit logisch nachvollziehbaren Schlussfolgerungen begründbar sein.

(Beschluss vom 15.07.1999 – 2 W 113/99 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F