

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Ruhwinkel: Die GbR im Grundbuch – was nun? 177

Everts: Die Auswirkungen des FoSiG auf die notarielle Praxis, insbesondere auf Bauträgerverträge 190

Bierhenke: Der ausländische Insolvenzverwalter und das deutsche Grundbuch 197

Wicke/Menzel: Der Amtsübergang bei Umstrukturierung des WEG-Verwalters 203

Sikora/Tiedtke: Die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift und weitere Kostenfragen des MoMiG 209

Tagungsbericht

Fest/Kunze: Grundfragen des GmbH-Rechts 212

Rechtsprechung

Grundbuchfähigkeit der GbR
(BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08) 225

Löschungsanspruch bei Getränkebezugsdienstbarkeiten
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.5.2008, 6 U 122/07) 228
mit Anmerkung *Bormann* 230

Kein Beschwerderecht des Testamentsvollstreckers
gegen die Auswahl eines Ergänzungspflegers
(OLG München, Beschluss vom 22.1.2008, 16 UF 1666/07) 235
mit Anmerkung *Weidlich* 236

Abänderungsklausel im Erbvertrag
(OLG München, Beschluss vom 18.9.2008, 31 Wx 8/08) 237
mit Anmerkung *Kornexl* 242

Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift nach
Inkrafttreten des MoMiG
(OLG München, Beschluss vom 28.1.2009, 31 Wx 5/09) 246

Geschäftsführerversicherung bei Kapitalerhöhung und
Euroumstellung
(LG Ulm, Beschluss vom 5.2.2009, 10 T 1/09) 247
mit Anmerkung *Erber-Faller* 248

Löschung der Vormerkung ohne Kaufpreisrückzahlung
bei Insolvenz des Verkäufers
(BGH, Urteil vom 22.1.2009, IX ZR 66/07) 250

Grunderwerbsteuerpflicht bei Ausübung eines durch
Vermächtnis angeordneten Vorkaufsrechts
(BFH, Urteil vom 8.10.2008, II R 15/07) 255

Hinweise für die Praxis

Modernisierung des Vergaberechts: Auswirkungen
auf Investorenverträge? (*Regler*) 257

Inhalt

Aufsätze

- Ruhwinkel*: Die GbR im Grundbuch – was nun? **177**
- Everts*: Die Auswirkungen des FoSiG auf die notarielle Praxis, insbesondere auf Bauträgerverträge **190**
- Bierhenke*: Der ausländische Insolvenzverwalter und das deutsche Grundbuch **197**
- Wicke/Menzel*: Der Amtsübergang bei Umstrukturierung des WEG-Verwalters **203**
- Sikora/Tiedtke*: Die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift und weitere Kostenfragen des MoMiG **209**

Tagungsbericht

- Fest/Kunze*: Grundfragen des GmbH-Rechts **212**

Buchbesprechungen

- Bergschneider: Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (*Grziwotz*) **215**
- Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis (*Wälzholz*) **215**
- Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht (*Hecht*) **216**
- Krafka: Einführung in das Registerrecht; Kroiß/Everts/Poller: GmbH-Registerrecht (*Sikora*) **217**
- Märkle/Alber: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht (*Schneider*) **218**
- Hartmann: Kostengesetze (*Tiedtke*) **219**
- Meyer/Ball: Umsatzsteuer und Immobilien (*Everts*) **220**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Nutzungsrecht kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums (BGH, Beschluss vom 20.10.2008, II ZR 246/07) **222**
2. Keine Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters zur Abgabe einer Löschungsbewilligung (OLG München, Beschluss vom 4.2.2009, 34 Wx 114/08) **222**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Keine Duldungspflicht bei nachträglichem Überbau (BGH, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 152/07) **223**
4. Grundbuchfähigkeit der GbR (BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08) **225**
5. Löschungsanspruch bei Getränkebezugsdienstbarkeiten (OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.5.2008, 6 U 122/07) **228**
mit Anmerkung *Bormann* **230**

Inhalt (Fortsetzung)

Familienrecht

6. Ablehnung einer Volljährigenadoption, bei der steuerliche Motive im Vordergrund stehen (OLG München, Beschluss vom 19.12.2008, 31 Wx 49/08) **232**
7. Amputation vom Vormundschaftsgericht zu genehmigen (*nur Leitsatz*) (LG Darmstadt, Urteil vom 26.5.2008, 5 T 368/08) **233**

Erbrecht

8. Erbrechtliche Stellung eines vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborenen Kindes (BVerfG, Beschluss vom 8.1.2009, 1 BvR 755/08) **234**
9. Kein Beschwerderecht des Testamentsvollstreckers gegen die Auswahl eines Ergänzungspflegers (OLG München, Beschluss vom 22.1.2008, 16 UF 1666/07) **235**
mit Anmerkung *Weidlich* **236**
10. Abänderungsklausel im Erbvertrag (OLG München, Beschluss vom 18.9.2008, 31 Wx 8/08) **237**
mit Anmerkung *Kornxl* **242**
11. Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen grober Pflichtverletzung (OLG München, Beschluss vom 30.12.2008, 31 Wx 99/08) **243**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Änderung der notariellen Niederschrift der Hauptversammlung nach deren Beendigung (*nur Leitsatz*) (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07) **245**
13. Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift nach Inkrafttreten des MoMiG (OLG München, Beschluss vom 28.1.2009, 31 Wx 5/09) **246**
14. Geschäftsführerversicherung bei Kapitalerhöhung und Euroumstellung (LG Ulm, Beschluss vom 5.2.2009, 10 T 1/09) **247**
mit Anmerkung *Erber-Faller* **248**
15. Versicherung des Liquidators bei Anmeldung der Auflösung einer GmbH (LG München I, Beschluss vom 12.2.2009, 17HK T 46/09) **249**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Löschung der Vormerkung ohne Kaufpreisrückzahlung bei Insolvenz des Verkäufers (BGH, Urteil vom 22.1.2009, IX ZR 66/07) **250**

Kostenrecht

17. Geschäftswert für Ehevertrag über bestimmte Gegenstände (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.6.2008, 14 Wx 60/07) **253**

Inhalt (Fortsetzung)

Steuerrecht

18. Keine Geschäftsveräußerung bei Übereignung eines zwar vermieteten, aber noch zu bebauenden Grundstücks
(BFH, Urteil vom 18.9.2008, V R 21/07) **254**
19. Grunderwerbsteuerpflicht bei Ausübung eines durch Vermächtnis angeordneten Vorkaufsrechts
(BFH, Urteil vom 8.10.2008, II R 15/07) **255**
20. Grunderwerbsteuerfestsetzung bei Verletzung der Anzeigepflicht (*nur Leitsatz*)
(FG Münster, Urteil vom 17.9.2008, 8 K 4809/06 GrE) **256**

Hinweise für die Praxis

Modernisierung des Vergaberechts: Auswirkungen auf Investorenverträge? (*Regler*) **257**

Standesnachrichten **259**

Sonstiges **III**

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2009

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100% chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Die GbR im Grundbuch – was nun?

Von Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

Mit Beschluss vom 4.12.2008¹ hat der BGH entschieden, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter ihrer Bezeichnung im Grundbuch eingetragen werden kann. Mit diesem Beitrag sollen die Auswirkungen der Entscheidung auf die notarielle Praxis untersucht werden.

I. Die zwei (?) Fragen

Seit der Entscheidung des BGH zur Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR wird – neben anderen Fragen – diskutiert, wie man mit dieser Gesellschaft nun im Grundbuchverkehr umgehen kann.² Der 2. Zivilsenat des BGH hat schon mit Urteil vom 25.9.2006³ entschieden, die GbR könne Eigentümerin von Immobiliarsachenrechten sein. Dies hat der 5. Zivilsenat des BGH im Urteil vom 25.1.2008⁴ bestätigt.

Hält man die Prämissen, die GbR sei rechtsfähig und könne Immobiliarsachenrechte erwerben, für richtig,⁵ stellt sich eine Frage: Wie kann man die GbR oder an ihrer Stelle ihre Gesellschafter im Grundbuch eintragen, ohne die Funktion des Grundbuchs und damit den Grundstücksverkehr zu beeinträchtigen? Leider reduziert der BGH in seiner Entscheidung vom 4.12.2008 den Grundstücksverkehr auf den Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen. Schlimmer noch, er trennt die Frage nach der Eintragung von der nach den Anforderungen an den Nachweis und stellt die Fragen dann auch noch in der falschen Reihenfolge. Beantwortet wird nur (als „erste“) die Frage, wie die GbR im Grundbuch bezeichnet werden

muss. Da aber, wie der BGH selbst betont, das Verfahrensrecht nur dienende Funktion hat, hätte es nahegelegen, die materiellrechtlichen Auswirkungen der verschiedenen verfahrensrechtlichen Möglichkeiten⁶ zu untersuchen, um sich dann für das am besten geeignete Verfahren zu entscheiden.

Der BGH begründet zwar sein Ergebnis, die GbR sei verfahrensrechtlich wie sonstige Personengesellschaften unter ihrem Namen und mit ihrem Sitz (und mangels eines Namens durch Nennung ihrer Gesellschafter) im Grundbuch einzutragen. Blendet man alle Konsequenzen aus, liegt dies durchaus nahe, so dass mir der Begründungsaufwand, den der BGH dafür noch benötigt, eher groß scheint. Dass trotz dieses Aufwandes mit keinem Wort auf die Probleme eingegangen wird, die durch die Eintragung der GbR unter ihrem Namen im Grundbuch entstehen, ist bedauerlich und besonders kritikwürdig. Die Vielzahl der vom BGH zitierten Autoren vertritt natürlich unterschiedliche Meinungen. Fast alle von ihnen haben sich aber Gedanken über die Folgen ihrer Rechtsauffassung gemacht. Dies gilt vor allem für die Frage, wie rechtssicherer Erwerb von der GbR möglich bleiben soll, d. h. welche Wirkungen die Abweichung des „Seins“ vom „Schein“ der Grundbuchlage und etwa sonst vorgelegter Unterlagen hat und ob ein Gutglaubenstatbestand eine Brücke zwischen Schein und Sein herzustellen vermag. Der BGH dagegen zieht sich bei den de lege lata unklaren und nicht entscheidungserheblichen Fragen darauf zurück, den Gesetzgeber zum Han-

¹ MittBayNot 2009, 225 (in diesem Heft).

² Die Fundstellen sind, wenn nicht vollständig, dann zumindest in ausreichender Zahl, im hier besprochenen Beschluss genannt.

³ MittBayNot 2007, 118.

⁴ NJW 2008, 1378 = NotBZ 2008, 156.

⁵ Dass ich beide Prämissen kritisch sehe habe ich in FS Wolfsteiner, 2008, S. 175 ff. dargelegt.

⁶ Eintragung nur der Gesellschaft, Eintragung nur der Gesellschafter und Eintragung von Gesellschaft und Gesellschaftern.

deln aufzufordern⁷ und stellt fest, bis das geschehen sei, müsse man Schwierigkeiten eben in Kauf nehmen.

Diese Haltung lässt auch befürchten, dass sich der BGH derzeit nicht von seiner Linie abbringen lassen wird und seine Rechtsprechung korrigiert. Da es sich die Praxis der Notare und Grundbuchämter nicht so leicht machen können wie der BGH, sich also zurücklehnen und auf den Gesetzgeber hoffen, müssen zumindest einigermaßen tragfähige Lösungen gefunden werden, um den Rechtsverkehr mit der GbR aufrechtzuerhalten, damit nicht die Entscheidung des BGH den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Grundeigentum verhindert.⁸ Im Folgenden sollen daher die häufigsten in der Notar- und Grundbuchpraxis vorkommenden Fallgestaltungen unter Anwendung der Auffassung des BGH untersucht und dabei die nun bestehende Rechtslage mit der aus der Sicht eines geordneten Grundstücksverkehrs wünschenswerten verglichen werden.

II. Fälle aus der Praxis

1. Rechtserwerb durch die GbR

Fall 1 a:

Die Rechtsanwälte A, B und C legen ihr Vermögen in Immobilien an und haben dazu bereits vor einigen Jahren eine GbR gegründet. Einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt es nicht („wir bekommen keine Schwierigkeiten“).⁹ Was genau Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Regelungen ist, ist – zumindest aus der Sicht des Notars – nicht zuverlässig zu klären. Nach ständiger Praxis wird die Gesellschaft entsprechend der gesetzlichen Regelung von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vertreten. Zum Gesellschaftsvermögen soll nun ein weiteres, mit einem Mietshaus bebautes Grundstück erworben werden.

Fall 1 b:

Die Gesellschaft wird gleichzeitig mit dem Grundstückserwerb gegründet.

Fall 1 c:

Käufer soll die Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR mit dem Sitz in Berlin sein, deren Gesellschafter A, B und C sind.

a) Bezeichnung als Kaufvertragspartei

Mit seinem Beschluss vom 4.12.2008 hat der BGH nochmals bekräftigt, dass die Gesellschaft selbst das Eigentum erwirbt.

⁷ Umso trauriger, da nicht der Gesetzgeber das Problem verursacht hat, sondern der BGH selbst durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341). Und gerade bei der Frage nach dem Gutgläubenschutz stellt der BGH zunächst fest „Der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR steht auch nicht entgegen, dass der Erwerb von Eigentum ... von einer GbR auf Schwierigkeiten stößt, die sich in dieser Form bei anderen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht stellen.“ Und zwei Sätze später sagt er „Ob diesen Schwierigkeiten bis zu ihrer erforderlichen Beseitigung durch den Gesetzgeber dadurch begegnet werden kann, dass ...“ Der BGH sieht also das Problem nach der Reichweite des öffentlichen Glaubens im Grundbuch, er will es nur offenbar nicht lösen.

⁸ Der BGH erklärt in seiner Entscheidung, das „Grundbuchrecht soll den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem nach bürgerlichen Recht möglichen Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken ... auf sichere und verlässliche Weise ermöglichen, aber nicht verhindern“. An diesem Maßstab gemessen ist die Entscheidung des BGH bei gewogener Betrachtung unvollständig, kritisch gesehen sogar kontraproduktiv.

⁹ Nur um den Eindruck zu vermeiden, ich würde abwegige Fälle konstruieren: Diese GbR gibt es tatsächlich.

Hinsichtlich der Bezeichnung im Grundbuch hat er dabei auf die registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften abgestellt. Es sollen der Name sowie, falls erforderlich, als zusätzliche Identifizierungsmerkmale der „gesetzliche Vertreter“ und der Sitz treten. Führt die Gesellschaft keinen Namen, soll die Eintragung durch „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus ...“ und Nennung der Namen der Gesellschafter erfolgen.

Dem würde ich nun auch bei der Bezeichnung der Gesellschaft im Kaufvertrag folgen. Ausgenommen allerdings ist die Nennung des gesetzlichen Vertreters, bei der ich sogar die Zulässigkeit der Eintragung bezweifle. Die Eintragung der vertretungsbefugten Person(en) bringt nämlich keinen Erkenntnisgewinn für die Identifikation der Gesellschaft,¹⁰ sondern allenfalls einen Anhaltspunkt, wo mit Nachforschungen zur Identifikation begonnen werden könnte. Und solche Anhaltspunkte, wie z. B. die derzeitige Meldeadresse einer natürlichen Person, werden auch sonst nicht im Grundbuch eingetragen. Die Formulierung im Kaufvertrag (die aber entsprechend auch für die Auflassung und für die Grundbucheintragung gilt) würde, ganz konsequent, wie folgt lauten:

Im Fall 1 a:

Die Eheleute X (im Folgenden „Verkäufer“) verkaufen an die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C (im Folgenden „Käufer“) zum Alleineigentum das in § 1 näher bezeichnete Grundstück.

Im Fall 1 b:

Die Eheleute X (im Folgenden „Verkäufer“) verkaufen an die mit dieser Urkunde errichtete Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C (im Folgenden „Käufer“) zum Alleineigentum das in § 1 näher bezeichnete Grundstück.

Im Fall 1 c:

Die Eheleute X (im Folgenden „Verkäufer“) verkaufen an die Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR mit dem Sitz in Berlin (im Folgenden „Käufer“) zum Alleineigentum das in § 1 näher bezeichnete Grundstück.

Allerdings bin ich der Auffassung, dass als „Identifizierungsmerkmal“, auch wenn die Gesellschaft einen Namen führt, immer auch die Nennung der Gesellschafter zulässig ist. Dies sieht wohl der BGH auch so, denn die von ihm genannten Merkmale scheinen nicht abschließend gemeint. Er verweist auf § 15 Abs. 1 lit. a) GBV, der das ebenfalls nicht ist und für Gesellschaften ohne Namen auf die in § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV vorausgesetzte Buchung im Grundbuch. Ich halte diese Form der Bezeichnung aus Rechtssicherheitsgründen auch für vorzugswürdig, denn sie erhöht die Chance einer sicheren Identifizierung der Gesellschaft erheblich. Der Kaufvertrag würde in Fall 1 c also lauten:

Die Eheleute X (im Folgenden „Verkäufer“) verkaufen an die Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR mit dem Sitz in Berlin bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C (im Folgenden „Käufer“) zum Alleineigentum das in § 1 näher bezeichnete Grundstück.

Darüber hinaus bin ich nach wie vor¹¹ der Auffassung, dass auch Verkauf und Auflassung an „A, B und C in Gesellschaft

¹⁰ Zu den materiellrechtlichen Folgen (eigentlich zur Folgenlosigkeit) der Eintragung des Vertreters siehe unten Ziffer 3. a.

¹¹ Vgl. MittBayNot 2007, 92, 94.

bürgerlichen Rechts“ genügen würde, um letztlich die Gesellschaft als Käufer und neuen Eigentümer zu kennzeichnen. Der BGH spricht unter IV. 3. e) cc) seiner Entscheidung vom 4.12.2008 davon, diese Bezeichnung sei „prozessual nicht mehr erreichbar“. Das bedeutet aber – übertragen auf den Grundbuchverkehr – nur, dass eine entsprechende Grundbucheintragung nicht mehr verlangt werden kann. Um Diskussionen mit dem Grundbuchamt um die richtige Auslegung zu vermeiden, sollte der Notar in seinen Urkunden künftig besser eine vom BGH zugelassene Formulierung verwenden.

Im Urkundeneingang wird man die Gesellschaft – ebenfalls als Konsequenz – auch auführen. Das könnte wie folgt aussehen:

Fall 1 a:

A, B und C handeln hier im eigenen Namen¹² und im Namen der aus ihnen als nach ihrer Angabe einzigen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die selbst keinen Namen führt.

Fall 1 c:

A, B und C handeln hier im eigenen Namen und im Namen der aus ihnen als nach ihrer Angabe einzigen Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen „Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR“ und dem Sitz in Berlin (Postanschrift: Alexanderplatz 23, 10178 Berlin).

Ob man im Fall 1 b die Gesellschaft schon im Urkundeneingang nennt („... handeln hier im eigenen Namen und im Namen der mit dieser Urkunde gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts ...“) oder nicht, ist nach meiner Auffassung Geschmackssache.¹³ § 9 BeurkG ist in jedem Fall gewahrt, denn ob ein Beteiligter im Urkundeneingang oder im Text der Urkunde aufgeführt ist, ist gleichgültig.¹⁴

b) Existenz der Gesellschaft

Die Existenz der Gesellschaft muss der Notar nicht prüfen. Wenn der Sachverhaltsvortrag der Gesellschafter keine Zweifel aufkommen lässt, kann sich der Notar auf die Angaben der Beteiligten verlassen.¹⁵

Erklären in einem Kaufvertrag mehrere Personen, sie handeln im Namen einer zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, kann man darin wohl auch eine konkludente Bestätigung der Gesellschaft sehen. Haben die angeblichen Gesellschafter keine Gesellschaft und wollen sie insgeheim auch keine gründen, so halte ich diesen Vorbehalt – entsprechend § 116 BGB – für unbeachtlich. Zwar ist die Gründung oder Bestätigung einer Gesellschaft ein Rechtsgeschäft, an dem nur die Gesellschafter beteiligt sind. Hat allerdings das Bestehen der Gesellschaft für Dritte Bedeutung und kennt der Dritte den geheimen Vorbehalt nicht, müssen sich die Gesellschafter am objektiven Bedeutungsgehalt ihrer Erklärungen festhalten lassen.¹⁶

¹² Siehe dazu unten lit. c) cc).

¹³ Bei Verlesung des Urkundeneingangs gibt es ja die GbR noch nicht – allerdings auch noch nicht, wenn man die Stelle vorliest, an der die GbR kauft.

¹⁴ Vgl. statt aller *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 12; allerdings muss die GbR wohl in jedem Fall nach § 8 Abs. 4 DONot in Spalte 3 der Urkundenrolle aufgeführt werden.

¹⁵ Etwas ausführlicher habe ich das schon in MittBayNot 2008, 92, 93 a. E. dargestellt.

¹⁶ Wobei man mit Vertragspartnern, die sich auf einen solchen geheimen Vorbehalt berufen würden, wohl immer Schwierigkeiten bekommen wird – gleich unter welcher Gesellschaftsform sie handeln.

Alternativ könnte man auch die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft anwenden, die ja zumindest auch dem Verkehrsschutz dienen.¹⁷ Da mir aber unklar ist, wie eine nur fiktiv als wirksam behandelte Gesellschaft Inhaberin von Rechten bzw. darüber Verfügungsbefugte sein kann (ist die Fiktion eines Rechtsträgers auch rechtsfähig? Ist die Gesellschaft, obwohl unwirksam, gleichzeitig doch wirksam – die „wirksam/unwirksame“ Gesellschaft? Es hilft hier ja kein guter Glaube an ein öffentliches Register wie bei der Personenhandelsgesellschaft) scheint mir die – jedenfalls konkludente – Bestätigung der Gesellschaft verlässlicher.

Um letzte Zweifel zu beseitigen – eine Amtspflicht dazu sehe ich aber, wie gesagt, nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen – und in tatsächlich festgestellten Zweifelsfällen bleibt nur, die Gesellschaft ausdrücklich zu bestätigen und dabei zugleich eine Neufassung des Gesellschaftsvertrages zu vereinbaren.

Für den Nachweis der Existenz der Gesellschaft gegenüber dem Grundbuchamt genügt der Kaufvertrag in allen geschilderten Fällen – entweder ist die Gesellschaft im Vertrag selbst vereinbart oder bestätigt oder es ergibt sich aus den im Vertrag niedergelegten und damit öffentlich beurkundeten Erklärungen der Gesellschafter, dass es die Gesellschaft gibt.

c) Vertretung und Vertretungsnachweis

Fall 2 a:

(Fortsetzung von Fall 1): Zum Termin erscheint nur A. Er legt öffentlich beglaubigte Vollmachten aus dem Jahr 1988 vor, in denen B und C den A umfassend und unter Befreiung von § 181 BGB „zur Vertretung in allen Grundstücksangelegenheiten, insbesondere bei Erwerb und Veräußerung, Belastung ...“ bevollmächtigen. Unter Verwendung dieser Vollmachten wurden bereits mehrere Verträge geschlossen, mit denen zum Gesellschaftsvermögen Immobilien erworben wurden.

Fall 2 b:

(Abwandlung von Fall 1 a und 2 a): Es gibt einen neueren, allerdings bloß schriftlichen Gesellschaftsvertrag. Danach ist Gesellschafter A allein zur Vertretung berechtigt.

aa) Was meint der BGH mit „Nachweis“?

Der BGH diskutiert in der Entscheidung vom 4.12.2008 den Nachweis der Vertretung der Gesellschaft bei der Frage der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR, und zwar bevor er seine in der Einleitung geschilderten zwei Fragen stellt. Dennoch irrt der Leser, wenn er glaubt, der BGH äußere sich zum materiellrechtlichen Vertretungsnachweis – vielleicht sogar mit Gutgläubenschutz. Liest man den vom BGH zitierten Beitrag von *Leipold*,¹⁸ geht es allein um die Wahrung von § 29 GBO.¹⁹ Das wiederum ist etwas enttäuschend, denn dass

¹⁷ Vgl. z. B. BGH, NJW 1992, 1503.

¹⁸ In FS Canaris, 2007, S. 221, 232.

¹⁹ Praxisfremd ist dabei der Hinweis auf die angeblich bestehende Parallelsituation bei einer noch nicht im Handelsregister eingetragenen OHG. Entsteht die Gesellschaft gleichzeitig mit dem Erwerb, wird üblicherweise vor Grundbuchvollzug die Eintragung im Handelsregister erfolgen – sei es, weil es sich um eine vermögensverwaltende OHG handelt, die erst mit Eintragung im Handelsregister entsteht, sei es, weil man vor Grundbuchvollzug noch die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung abwarten muss. Und Eintragungen für eine nicht gleichzeitig mit dem Erwerb entstehenden, sondern bereits im Handelsregister eingetragenen Personenhandelsgesellschaft hat die Praxis bisher tunlichst vermieden – wie sollte man einen Nachweis über die Verhältnisse der Gesellschaft führen, wenn die Eintragung im Handelsregister unterbleibt?

Gesellschafter einer GbR öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden vorlegen können, aus denen sich die (Existenz und) Vertretungsverhältnisse einer Gesellschaft ergeben, ist eigentlich klar. Spannender ist doch, wie die Lage ist und was die Folgen sind, wenn diese Urkunden alle Tatsachen richtig abbilden. Für die Praxis hilfreich ist nur der am Rande geäußerte²⁰ Hinweis, dass dem Grundbuchamt keine Nachweise erbracht werden müssen, dass die vorgelegten Urkunden noch gelten und nicht weitere Urkunden bezogen auf die nachzuweisende Tatsache bestehen. Eigentlich keine neue Erkenntnis, ist dies bei manchen Grundbuchämtern offenbar jüngst im Zusammenhang mit der GbR in Vergessenheit geraten.²¹

bb) Nachweise im Grundbuchverfahren

Es genügt also beim Erwerb durch die GbR die Vorlage der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden, aus denen sich ergibt, dass eine GbR besteht und wer sie vertreten kann. Hinsichtlich des Bestehens der GbR genügt beim Erwerb durch eine GbR immer der Erwerbsvertrag (siehe oben), hinsichtlich der Vertretungsbefugnis genügt er nur dann, wenn darin entweder Vereinbarungen bezüglich der Vertretungsbefugnis getroffen werden oder nach ihrer Angabe alle Gesellschafter namens der GbR handeln (§§ 709, 714 BGB). Sonst ist der Gesellschaftsvertrag bzw. der die Vertretung betreffende Teil davon (also auch ein Nachtrag über abweichende Vertretungsbefugnis) in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorzulegen. Will man nur die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft öffentlich machen, bietet sich – wohlgermerkt unter Ausblendung von Fragen des Gutgläubensschutzes und ausschließlich zum Nachweis im Grundbuchverfahren – eine Erklärung an, deren Inhalt sich an folgendem Beispiel orientieren kann:

Wir, A, B und C, haben mit Vertrag vom ... eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet, die keinen Namen führt. Wir bestätigen als nach wie vor einzige Gesellschafter vorsorglich heute nochmals die Gründung dieser Gesellschaft. Wir haben vereinbart, dass jeder von uns berechtigt ist, die Gesellschaft allein und unter Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts zu vertreten. Wir bestätigen auch diese Vereinbarung vorsorglich nochmals.

Die von manchen Grundbuchämtern neuerdings zum Teil geforderten eidesstattlichen Versicherungen der Gesellschafter sind dagegen nicht nur überflüssig, sie dürfen nach geltendem Recht gar nicht gefordert werden. Nicht schon weil eine GbR besteht, sind die Gesellschafter verdächtig, falsche Urkunden über die Gesellschaft vorzulegen. Eine höhere Richtigkeitsgewähr ist mit der eidesstattlichen Versicherung in den hier problematischen Fällen ebenfalls nicht verbunden. Wollen die (Schein-)Gesellschafter täuschen und damit einen strafbaren Betrug begehen, werden sie sich von der angedrohten Strafe für eine falsche Versicherung an Eides statt ebenso wenig abhalten lassen. Die eidesstattliche Versicherung als Beweismittel ist im Grundbuchverfahren – ausgenommen im Fall des § 35 Abs. 3 GBO – darüber hinaus ohnehin unzulässig.²² Und ein Vollbeweis ist im Grundbuchverfahren durch die Beweis-

²⁰ In der drittletzten Randziffer des Beschlusses; der dritte Leitsatz ist insoweit missverständlich, da er sich nur auf gerichtliche Entscheidungen bezieht. Liest man die Begründung ganz, meint der BGH das aber auch für notarielle Urkunden.

²¹ Beispiel: Beantragt der Notar mit der Ausfertigung einer Auflassung Eigentumsumschreibung, muss er auch keinen Nachweis vorlegen, dass die Einigung nicht zwischenzeitlich aufgehoben oder wegen Drohung angefochten wurde. Siehe dazu auch sogleich in lit. bb).

²² Demharter, GBO, 26. Aufl., § 29 Rdnr. 23 und § 1 Rdnr. 51 m. w. N.

mittelbeschränkung auf öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden weder erforderlich noch möglich. Als Beispiel²³ sei hier der Fall genannt, dass der Eigentümer nach Beurkundung einer Grundschuld den zu sichernden Kreditvertrag nach den Vorschriften über den Verbraucherkredit rechtzeitig widerruft und sich Bank und Eigentümer als Folge darüber einigen, dass die Grundschuld nicht bestellt werden soll. Wird die Grundschuld dennoch im Grundbuch eingetragen, weil dem Notar dieser Sachverhalt nicht mitgeteilt wird und er auftragsgemäß den Vollzug betreibt, entsteht auch keine Grundschuld. Das Grundbuchamt aber braucht sich um solche Sachverhaltsänderungen nicht zu kümmern. Und da dies immer so ist, besteht auch kein Grund, hiervon bei der GbR allein mit dem Argument, der Vollbeweis könne nicht geführt werden, abzuweichen und weitere Nachweise zu verlangen. So sieht das, wie in lit. aa) bereits erwähnt, auch der BGH in seinem Beschluss vom 4.12.2008.

Bei Fall 2 b wäre die Beglaubigung also nachzuholen, und zwar zum Schutz des Verkäufers bevor Eintragungen für den Käufer im Grundbuch vorgenommen werden.²⁴

Problematisch ist der Nachweis in Fällen, in denen – gerade bei größeren Gesellschaften – die Vertreter durch Beschluss gewählt werden. Den Nachweis, dass eine Versammlung ordnungsgemäß einberufen wurde, wird man regelmäßig nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führen können.²⁵ Und die notarielle Protokollierung von Gesellschafterversammlungen bei einer GbR dürfte eher die Ausnahme sein, so dass auch ein Nachweis über das ordnungsgemäße Zustandekommen des Beschlusses und über dessen Inhalt ebenfalls nicht in der gebotenen Form zu führen ist. Eine Vorschrift entsprechend § 26 Abs. 4 WEG gibt es für die GbR auch nicht. Abgesehen vom Fall der Vollversammlung, über die ein notarielles Tatsachenprotokoll errichtet wird, ist der grundbuchtaugliche Vertretungsnachweis nur durch eine Erklärung sämtlicher Gesellschafter zu öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde möglich, in der die Gesellschafter feststellen, wer die Gesellschaft vertritt (da es nach §§ 709, 714 BGB der Disposition der Gesellschafter unterliegt, wer die Gesellschaft vertritt). Beigefügt werden müssen natürlich in beiden Fällen der Gesellschaftsvertrag und ggf. die Verträge über Gesellschafterwechsel – jeweils in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form.

Dass damit gerade bei Gesellschaften mit einer großen Zahl von Gesellschaftern der grundbuchtaugliche Nachweis mit erhöhten Schwierigkeiten verbunden ist, halte ich für kein Problem, dessen Lösung man den Beteiligten nicht zumuten kann. Wer die Eintragung in ein öffentliches Register scheut,²⁶ muss es auch hinnehmen, dass er Nachweise über gesellschaftsrechtliche Verhältnisse nicht oder nur schwer führen kann.

cc) Gutgläubensschutz beim Erwerb durch die GbR nötig? Folgen für die Vertragsgestaltung

Viel wichtiger für den Rechtsverkehr mit der GbR als der formalisierte Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt ist die Frage, ob und wenn ja welche Wirkungen vorgelegte Nachweise materiellrechtlich haben, d. h. ob sie mit einer Gutglau-

²³ Neben dem bereits in Fn. 21 erwähnten.

²⁴ Die Anerkennung der Unterschrift bei der Beglaubigung dürfte konkludent ebenfalls eine Bestätigung des Vertrages und der darin getroffenen Vertretungsregelung sein.

²⁵ Welche Gesellschaft lädt ihre Gesellschafter schon per Gerichtsvollzieher ein?

²⁶ Oder eine bei Beteiligung einer Vielzahl von Gesellschaftern kaum geeignete Gesellschaftsform wählt.

benswirkung versehen sind. Nach meiner Auffassung spielt das beim Erwerb durch eine GbR keine andere Rolle als bei anderen erwerbenden Rechtsträgern. Der „falsche“ Vertreter oder der Vertreter einer nicht existierenden Person sind keine Spezialprobleme der GbR. Selbst bei der Frage nach der Löschung einer bereits eingetragenen Vormerkung im Falle von Störungen hilft ein etwaiger Gutgläubensschutz nicht weiter – der Verkäufer hat dann ja positive Kenntnis davon, dass er sich auf den Rechtscheinsträger nicht verlassen kann. Die Frage nach dem Gutgläubensschutz beim Rechtsverkehr mit der GbR verweise ich daher auf den Abschnitt „Erwerb von einer GbR“ (Ziffer 3).

Demnach müssen beim Erwerb durch eine GbR auch nicht besondere Vorkehrungen zur Sicherung des Leistungsaustausches wie z. B. Abwicklung über ein Anderkonto oder Vorlage einer Kaufpreisbürgschaft getroffen werden, bevor für die GbR Eintragungen im Grundbuch vorgenommen werden. Für den Notar genügend ist die Vorlage der Urkunden, die zum Grundbuchvollzug nötig sind, d. h. die die Existenz der GbR und die Vertretungsbefugnis der handelnden Person(en) für die GbR in der gebotenen Form nachweisen. So viel allerdings schon vorab: empfehlenswert ist der Erwerb durch eine GbR derzeit dennoch nicht – warum, wird in Ziffer 3 c) erläutert.

Um den Kreis der Schuldner zu vergrößern und die Wahrscheinlichkeit für den Verkäufer zu verringern, dass er mit Forderungen ausfällt, ist es allerdings empfehlenswert, die Gesellschafter der GbR zusätzlich für die Verbindlichkeiten aus und aufgrund des Kaufvertrages zu verpflichten (und zwar unabhängig davon, ob sie gesellschaftsrechtlich haften). Der BGH hat die Zweckmäßigkeit eines solchen Vorgehens bereits angedeutet.²⁷ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter nach Auffassung des BGH²⁸ allein aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Haftung keine Handlungen der Gesellschaft, insbesondere nicht die Abgabe von Willenserklärungen schulden. Die entsprechende Bestimmung im Kaufvertrag könnte daher wie folgt aussehen:

Mitverpflichtung

A, B und C verpflichten sich – ggf. neben einer gesellschaftsrechtlich ohnehin bestehenden Haftung und unabhängig von dieser – als Gesamtschuldner zusammen mit dem Käufer zur Erfüllung aller Verpflichtungen des Käufers aus dieser Urkunde oder aufgrund dieser Urkunde. Sie garantieren außerdem, dass die Gesellschaft besteht und dass sie in der Lage sind, durch Ausübung von Gesellschafterrechten die Vornahme aller aus dieser Urkunde oder aufgrund dieser Urkunde geschuldeten Erklärungen, Handlungen oder sonstigen Maßnahmen durch den Käufer zu bewirken; im Falle der Verletzung dieser Garantie sind sie dem Verkäufer gesamtschuldnerisch und verschuldensunabhängig zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Der Käufer sowie A, B und C unterwerfen sich wegen ihrer Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

Soweit Gesellschafter dies – trotz Hinweis auf ihre gesellschaftsrechtlich ohnehin bestehende Haftung – nicht wollen

²⁷ In der Entscheidung BGHZ 146, 341: „In Passivprozessen ist es [...] immer ratsam, neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter persönlich zu verklagen.“

²⁸ NJW 2008, 1378 = NotBZ 2008, 156.

oder eine Mitverpflichtung z. B. aufgrund der großen Zahl der Gesellschafter nicht möglich ist, kann man im Vertrag oder auf andere, jedoch dokumentierte Weise folgenden Hinweis erteilen:

Der Notar kann nicht abschließend prüfen, ob es die Gesellschaft bürgerlichen Rechts überhaupt gibt und wer ihre Gesellschafter sind. Es ist nicht geklärt, ob und inwieweit dem Verkäufer allein deshalb Rechte gegenüber dem Käufer und seinen Gesellschaftern zustehen, weil A die dieser Urkunde beigefügten Unterlagen über seine Vertretungsbefugnis vorgelegt hat. Er hat daher dem Verkäufer empfohlen, auch die Gesellschafter vertraglich zur Erfüllung der Ansprüche gegen den Käufer zu verpflichten oder sich Sicherheiten für die Erfüllung der Käuferpflichten, z. B. in Form einer Bankbürgschaft oder durch Einzahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto²⁹ vor Eintragung von Rechten für den Käufer, geben zu lassen. Der Verkäufer wünschte dennoch Beurkundung des Vertrages mit dem hier niedergelegten Inhalt.

dd) Die Verwendung von „Altvollmachten“

Vollmachten wie in Fall 2 a) waren und sind noch weit verbreitet. Da erst nun und selbst jetzt nur langsam klar wird, wie im Grundbuchrecht mit der GbR umgegangen werden muss, können diese Vollmachten in der Regel dahin ausgelegt werden, dass auch der Erwerb zum Gesellschaftsvermögen einer GbR, an der die betreffende Person beteiligt ist, von der Vertretungsbefugnis umfasst sein sollte. Dies gilt ohnehin für Vollmachten, die vor der Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der GbR³⁰ erteilt wurden – damals durfte der Rechtsverkehr ja noch davon ausgehen, dass das „Gesellschaftsvermögen“ eigentlich Vermögen der Gesellschafter ist. Selbst nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit durch den BGH war es zunächst unklar, ob und wenn ja in welcher Form die GbR im Immobilienverkehr beteiligt ist. In Bayern, aber auch in anderen Teilen der Bundesrepublik *musste* man aufgrund der Haltung der Obergerichte³¹ und der ihr folgenden Grundbuchpraxis sogar so handeln, als sei die GbR gerade *nicht* grundbuchfähig. Als Kompensation für diese Rechtsunsicherheit ist eine weite, am Sinn und nicht am unmittelbaren Wortlaut orientierte Auslegung solcher Vollmachten geboten. Die Bestätigung von damit geschlossenen Rechtsgeschäften ist daher nicht nötig.

Soll in Zukunft ein Kaufvertrag mit einer solchen Vollmacht geschlossen werden, würde ich sie jedoch nicht mehr akzeptieren. Als Notar hat man hier die Änderung der Rechtslage³² als Argument auf seiner Seite, um auch unwillige Beteiligte zu überzeugen. Erforderlich sind also – beim Erwerb – die grundbuchrechtlich nötigen Nachweise sowie – folgt man meinem Vorschlag zur Absicherung des Verkäufers – Vollmachten zur gesamtschuldnerischen Übernahme der Verpflichtungen aus dem Erwerbsvertrag durch die Gesellschafter.

²⁹ Wenn die angeblichen Gesellschafter trotz der gesellschaftsrechtlich ohnehin bestehenden Haftung die Übernahme von Vertragspflichten nicht wollen, würde mich das misstrauisch machen, so dass entgegen dem Regelfall doch über zusätzliche Sicherungen bei der Vertragsabwicklung nachgedacht werden muss.

³⁰ Siehe Fn. 7.

³¹ BayObLG, MittBayNot 2003, 60; MittBayNot 2005, 143; OLG Celle, RNotZ 2006, 287; OLG Schleswig, NotBZ 2008, 38; offen OLG Hamm, NotBZ 2008, 34.

³² Der BGH spricht in seiner Entscheidung vom 4.12.2008 selbst von einer „Veränderung der Rechtslage“. Der geneigte Leser fragt sich: „Wann ist die in Kraft getreten?“ und „Ist für Änderungen der Rechtslage nicht eher der Gesetzgeber zuständig?“

ee) Exkurs: Vollmachtloser Vertreter

Nur kurz, da es sich nicht um ein Spezialproblem der GbR handelt, sei in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des BGH vom 12.11.2008³³ hingewiesen. Danach haftet ein vollmachtloser Vertreter einer nicht existierenden Person nicht, wenn die Vertragspartner zwar vom Fehlen seiner Vertretungsbefugnis wussten, nicht aber, dass es den „Vertretenen“ gar nicht gibt.

Folge dieser Entscheidung ist, dass man schon im Allgemeinen zurückhaltender bei der vollmachtlosen Vertretung sein wird, diese also nur noch zulassen wird, wenn es bekannt ist oder genug Indizien dafür vorliegen, dass es den Vertretenen tatsächlich gibt (z. B. weil dieser im Grundbuch eingetragen ist). Ist das – gleich aus welchem Grund – nicht der Fall, wird man entweder auf die mündlich erteilte Vollmacht ausweichen oder eine schadensersatzbewehrte und verschuldensunabhängige Garantie des Vertreters in den Vertrag aufnehmen, dass der Vertretene tatsächlich existiert. Da die Existenz einer GbR selten sicher nachzuweisen ist, wird man ihrem Vertreter in Zukunft immer eine entsprechende Garantie abverlangen, wenn er nicht mündlich erteilte Vollmacht behauptet.

2. „Namensänderung“ und Abtretung von Gesellschaftsanteilen**Fall 3 a:**

Im Grundbuch sind als Eigentümer eines Grundstücks A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen. An der Gesellschaft sind inzwischen etwa 1 000 Gesellschafter beteiligt. Die Gesellschaft führt den Namen „Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR“ und hat ihren Sitz in Berlin. Die Gesellschaft soll nun unter ihrem Namen und unter Angabe ihres Sitzes im Grundbuch eingetragen werden.

Fall 3 b:

Im Grundbuch sind als Eigentümer eines Grundstücks A, B und C als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen. C hat mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an D abgetreten.

Schon mit Urteil vom 25.9.2006³⁴ hat der BGH entschieden, dass mit der Eintragung mehrerer Personen „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ die Gesellschaft selbst gemeint sei, diese also Eigentümerin sei. Ändert sich der Gesellschafterbestand oder ändert die Gesellschaft ihre Bezeichnung, führt dies nicht zu einem Eigentumswechsel. Solche Veränderungen im Gesellschafterbestand oder die Eintragung der GbR unter ihrem Namen sind eine bloße Richtigstellung tatsächlicher Verhältnisse.³⁵

Bei solcher Richtigstellung tatsächlicher Verhältnisse wird überwiegend³⁶ angenommen, es sei keine Berichtigungsbewilligung i. S. v. § 19 GBO erforderlich. Nachweise dazu in der Form des § 29 GBO könne das Grundbuchamt nicht verlangen, vielmehr habe es Unrichtigkeiten in den tatsächlichen Verhältnissen sogar von Amts wegen nachzugehen; daher sei gemäß § 12 FGG jedes Beweismittel zulässig. Dies soll nach

dem OLG Zweibrücken und dem OLG Dresden³⁷ auch für die Berichtigung beim Gesellschafterwechsel einer GbR gelten.

Diese Auffassung ist jedenfalls für die Berichtigung der Bezeichnung der GbR abzulehnen. Richtigerweise ist zwar keine Berichtigungsbewilligung erforderlich, jedoch sind die erforderlichen Unterlagen schon allein zum Schutz des Grundbuchamtes in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde zu erbringen. Gerade beim Gesellschafterwechsel (und einer dadurch bedingten Änderung) ist es weit jenseits aller Ermittlungsmöglichkeiten eines Grundbuchamtes, nachzuvollziehen, wer Gesellschafter ist. Ebenso schwer wird es für ein Grundbuchamt sein, von sich aus festzustellen, ob eine Gesellschaft einen Namen führt und ob im Beispiel 3 a gerade diese Gesellschaft Eigentümer des Grundstücks ist. Dagegen ist es für die Gesellschafter und die Gesellschaft selbst relativ einfach, Urkunden vorzulegen, aus denen sich diese Umstände ergeben. Und da auch für eine Richtigstellung des Grundbuchs die Unrichtigkeit feststehen muss,³⁸ genügen auch nicht allein schriftliche Erklärungen³⁹ oder gar formlose „Nachweise“, sondern ist auch eine Identitätsfeststellung der Erklärenden erforderlich. Der Rechtsverkehr hat ein erhebliches und schutzwürdiges Interesse daran, dass Richtigstellungen das Grundbuch auch tatsächlich richtiger machen. Das Grundbuchamt sollte daher, um Falschbezeichnungen zu vermeiden, das Grundbuch nur aufgrund von Unterlagen berichtigen, die der Form des § 29 GBO genügen. Als Folge muss das Grundbuchamt auch nicht von Amts wegen tätig werden, sondern nur auf Antrag eines Betroffenen (also vor allem der Gesellschaft selbst, aber auch eines Gläubigers, eines im Grundbuch eingetragenen Berechtigten oder eines Gesellschafters). All dies zeigt auch § 15 Abs. 3 GBV, der für einen anderen Fall der „Änderung der Bezeichnung“ einer GbR – hier auch unter Änderung der Gesellschaftsform – eine Nachweiserleichterung vorsieht, also das grundsätzliche Erfordernis von Nachweisen in der Form des § 29 GBO voraussetzt.

a) Eintragung der Gesellschaft an Stelle jetzt eingetragener Gesellschafter

Nach der hier vertretenen Auffassung müssten in Fall 3 a die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter dem Grundbuchamt einen Nachweis darüber vorlegen, dass die Gesellschaft identisch ist mit der im Grundbuch eingetragenen. Hierzu würde schon der ursprünglich zwischen den beiden Gründungsgesellschaftern geschlossene Gesellschaftsvertrag genügen, wenn dort schon Name und Sitz so angegeben sind, wie dies nunmehr eingetragen werden soll. Dieser Vertrag ist – wenn er nicht ohnehin beurkundet wurde – zu beglaubigen. Ein gewisses Unbehagen bleibt aber trotz Wahrung der Form des § 29 GBO noch, wie dieses Beispiel zeigt: Es wird eine – hier richtige – Eintragung aufgrund ersichtlich veralteter Eintragungunterlagen vorgenommen. Ergibt sich der Name der Gesellschaft nicht schon aus dem Gründungsvertrag, ist eine Kette aus beurkundeten oder beglaubigten Urkunden vorzulegen, aus der sich ergibt, wie aus der ursprünglich bestehenden GbR bestehend bloß aus den Gesellschaftern A und B die „Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR“ mit Sitz in Berlin geworden ist. Wurde die Gesellschaft gar mündlich geschlossen, ist zum Nachweis eine formgerechte Bestätigung der Gesellschaftsgründung durch die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter erforderlich sowie der Vertrag über die Änderung der ursprünglichen Gesellschaft in die „Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR“ – ebenfalls in der Form des § 29 GBO.

³⁷ Siehe Fn. 35.³⁸ Siehe nur *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 22.³⁹ So aber *Böttcher*, ZNotP 2009, 42, 45.³³ NJW 2009, 215.³⁴ Siehe Fn. 3.³⁵ OLG Zweibrücken, Rpfleger 2009, 17; OLG München, MittBayNot 2009, 64; OLG Dresden, ZIP 2008, 2361; ebenso *Böttcher*, ZNotP 2009, 42; a. A. OLG Stuttgart, RNotZ 2007, 106.³⁶ Z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 291; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 22 ff.; a. A. *Kössinger* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., AT II Rdnr. 22 und § 19 Rdnr. 69.

b) Abtretung von GbR-Anteilen

Bei der Gesellschaft, die einen Namen führt, spielt die Abtretung von Gesellschaftsanteilen für den Grundbuchinhalt in der Regel keine Rolle mehr. Allein wenn sich der Name später ändert, müssen neben der Änderung des Gesellschaftsvertrages auch die Abtretungserklärungen⁴⁰ vorgelegt werden, aus denen sich ergibt, dass die Personen, die nun die Änderung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen haben, auch Gesellschafter sind.

Führt – wie im Beispiel 3 b – die Gesellschaft keinen Namen, ist Folge der Abtretung, dass die Bezeichnung der Gesellschaft im Grundbuch falsch ist und berichtigt werden kann.⁴¹ Vorgelegt werden muss der Vertrag über die Abtretung des Gesellschaftsanteils und entweder der Gesellschaftsvertrag, aus dem sich ergibt, dass die Abtretung keiner Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf oder die Zustimmung der übrigen Gesellschafter – jeweils in Form des § 29 GBO. Nur dann ist der Übergang des Anteils als Voraussetzung für die Änderung der Bezeichnung nachgewiesen.⁴² Eine formgerechte Erklärung eines geschäftsführenden Gesellschafters samt ebenfalls formgerechtem Nachweis der Vertretungsbefugnis genügt nicht, denn die Änderung der Bezeichnung ist nicht Geschäftsführungsmaßnahme, sondern Folge eines Grundlagengeschäftes, für das der Geschäftsführer nicht zuständig ist.

Da sich durch Abtretung eines Gesellschaftsanteils die Zuordnung des Grundstücks zum Vermögen der Gesellschaft nicht ändert, diese auch als Eigentümer eingetragen ist und nur die Bezeichnung unrichtig wird, ist auch zum Schutz des Leistungsaustausches keine Eintragung einer Verfügungsbeschränkung nach § 161 BGB – wie in der Kautelarpraxis bei der Erbteilsabtretung empfohlen wird⁴³ – mehr möglich oder gar erforderlich.

c) Namensänderung durch Beschluss

Kann nach dem Gesellschaftsvertrag der Name der „Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR“ aus Fall 3 a durch Beschluss geändert werden, muss zur Grundbuchberichtigung einerseits die Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages und andererseits das ordnungsgemäße Zustandekommen des Gesellschafterbeschlusses – jeweils in der Form des § 29

GBO – nachgewiesen werden. Letzteres ist in der Praxis wohl nur bei einer Vollversammlung oder bei Genehmigung des Beschlusses durch alle anwesenden und nicht anwesenden Gesellschafter in der gebotenen Form möglich. Insoweit und dazu, dass der hier erschwerte Nachweis nach meiner Auffassung eine den Beteiligten zumutbare Aufgabe ist, sei auf die Ausführungen zu Ziffer 1. c) bb) verwiesen.

3. Rechtserwerb von der GbR und Schutz des guten Glaubens

Fall 4 a:

Im Grundbuch ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C (siehe Fall 1) eingetragen. Zum Vertrag über den Verkauf des Grundstücks erscheint C, der unter Vorlage des öffentlich beglaubigten Gesellschaftsvertrages, der ihn als alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter ausweist, den Kaufvertrag namens der GbR schließen möchte.

Fall 4 b (Abwandlung):

Im Grundbuch ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A, B und C eingetragen. Zum Verkauf erscheint F, der den beurkundeten Gesellschaftsvertrag zwischen A, B und C vorlegt, in dem für Abtretungen notarielle Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung vereinbart ist. Er legt weiter notariell beurkundete Abtretungsverträge vor, in denen die Gesellschaftsanteile von A, B und C jeweils unter Mitwirkung der übrigen Gesellschafter an D, E und F abgetreten wurden. Er legt schließlich eine ebenfalls notariell beurkundete Vereinbarung zwischen D, E und ihm, F, vor, mit der ihm, F, Alleinvertretungsbefugnis für die GbR eingeräumt worden ist.

Fall 4 c:

Im Grundbuch ist die Immobiliengemeinschaft Alexanderplatz 13–37 GbR mit dem Sitz in Berlin eingetragen. Zum Verkauf erscheint der G, der erklärt, Geschäftsführer der Gesellschaft zu sein und den Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form sowie ein von ihm als Versammlungsleiter und von zwei weiteren Gesellschaftern unterzeichnetes Protokoll über die Gesellschafterversammlung, in der er zum Geschäftsführer bestellt wurde, vorlegt.

Die GbR unter ihrem Namen in das Grundbuch einzutragen ist, wie schon bemerkt, nicht besonders schwer. Gravierend sind aber die Konsequenzen. Die entscheidende Frage, die der BGH leider völlig ausblendet, ist nämlich: Wie bekommt man die GbR wieder aus dem Grundbuch heraus?⁴⁴

Zusammengefasst stellen sich folgende Probleme, die gelöst werden müssen:

1. Die Existenz der GbR ist nicht schon deswegen bewiesen, weil sie im Grundbuch steht. Wenn im Fall 4 a die Gesellschaft zwischenzeitlich aufgelöst wurde, und kraft Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag das Vermögen ohne Liquidation dem B angewachsen ist, gibt es keine GbR mehr, die vertreten werden kann. Ist an einer Gründung ein Minderjähriger beteiligt und wurde eine z. B. nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderliche Genehmigung zu Unrecht vom Familiengericht für nicht erforderlich gehalten, ist die Gesellschaft unwirksam. Es sind noch nicht einmal die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden. Erwirbt man von einer nicht bestehenden Gesellschaft, erhält man – auch bei Vollzug im Grundbuch – nichts außer einer Buchposition.

⁴⁴ Der BGH stellt in seiner hier besprochenen Entscheidung nur lapidar fest: „Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird durch den Grundbucheintrag nicht geschützt.“

⁴⁰ Bei Gesamtrechtsnachfolge, z. B. nach § 1922 BGB die Nachweise hierüber.

⁴¹ Eine Verpflichtung dazu kann ich der GBO nicht entnehmen. § 82 GBO ist jedenfalls nicht einschlägig. Zur Frage, ob aus der Sicht der Gesellschafter die Berichtigung nötig oder empfehlenswert ist, siehe unten 3 c) cc).

⁴² Insoweit wirkt das materielle Recht auch auf das Verfahrensrecht, was *Böttcher*, ZNotP 2009, 42, bei seinen Ausführungen in Ziffer 2 a) bb) übersieht – gleich ob man die GbR als rechtsfähig ansieht oder nicht: einen „Anteil des Gesellschafters am Grundstück“ gibt es nicht, sondern einen Anteil an der Gesellschaft bzw. am Vermögen der Gesellschaft. Und über diesen kann ein Gesellschafter eben nur mit Zustimmung aller Mitgesellschafter verfügen (konkret erteilt oder abstrakt im Gesellschaftsvertrag vereinbart).

⁴³ Da die Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig ist, vgl. BGH, DNotZ 2007, 134, ist das Grundstück Eigentum der Erben. Wird bei der Erbteilsabtretung eine aufschiebende Bedingung (Zahlung des Kaufpreises) oder eine auflösende Bedingung (Rücktritt bei Nichtzahlung des Kaufpreises) vereinbart, können die daraus entstehenden Verfügungsbeschränkungen (§ 161 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BGB) im Grundbuch eingetragen werden, um vertragswidrige Verfügungen unter Beteiligung vom Veräußerer bzw. Erwerber zu vermeiden, die einen gutgläubigen Dritterwerb zur Folge haben. Vgl. zur Gestaltung z. B. *Bengel/Reimann* in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., Teil C Rdnr. 239 ff.

2. Die Vertretungsbefugnis⁴⁵ für eine GbR kann man als Erwerber oder als Notar nie vollständig prüfen. Im Fall 4 a scheint zwar nach den Unterlagen Vertretungsbefugnis zu bestehen, vollständig sein müssen diese aber nicht. Auch im Fall 4 b ist eine Prüfung nicht möglich. Der Fall ist zwar einem Vorschlag des BGH in der Entscheidung vom 4.12.2008 nachgebildet. Doch dieser ist leider untauglich. Da für den Gesellschaftsvertrag einer GbR selbst kein Formzwang besteht und die gewillkürte Form – auch als Folge der Rechtsprechung des BGH⁴⁶ – kaum etwas wert ist, kann der Gesellschaftsvertrag bereits mehrfach (jedenfalls in der vereinbarten, unter Umständen sogar in beliebiger Form) geändert und dabei z. B. das Erfordernis der notariellen Beurkundung für weitere Abtretungen aufgehoben worden sein. Ergebnis: auch durch dieses Verfahren ist ein Vertretungsnachweis nicht möglich. Und auf die Schwierigkeit eines Vertretungsnachweises im Fall 4 c habe ich oben in Ziffer 2 c) schon hingewiesen. Zwar mag der Geschäftsführer tatsächlich vertretungsbefugt sein, sein Nachweis genügt hier noch nicht einmal § 29 GBO. Die Prüfung, ob wirklich ordnungsgemäß geladen wurde und ob wirklich der Bestellungsbeschluss ordnungsgemäß erfolgt ist, wird in der Regel nicht rechtssicher möglich sein.

Zur Lösung dieser Probleme wurden – vor allem aus den Reihen der Notare – zwei Alternativen diskutiert:

a) Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch

Die von mir⁴⁷ bevorzugte Lösung wäre, die GbR jedenfalls auch unter Nennung ihrer Gesellschafter einzutragen. Dies wurde überwiegend⁴⁸ mit einer Analogie zu § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB begründet. Eigentliche Motivation dahinter war allerdings, dass man analog § 892 BGB annehmen hätte können, Eigentümer sei eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend und *nur* bestehend aus den eingetragenen Gesellschaftern. Dies genügt für einen gutgläubigen Erwerb, denn jedenfalls alle Gesellschafter gemeinschaftlich können eine GbR vertreten (§§ 709, 714 BGB). Mit dieser Lösung könnte man den bisherigen Sicherheitsstandard beim Erwerb von einer GbR also problemlos aufrechterhalten. Soweit dabei gefordert wurde,⁴⁹ die Eintragung auch der Vertretungsbefugnis zu ermöglichen und ggf. auf die vertretungsbefugten Gesellschafter zu erstrecken, war und bin ich anderer Auffassung. Die Vertretungsbefugnis als solche kann – mangels gesetzlicher Eintragungsgrundlage – nicht im Grundbuch eingetragen werden. Leider hat der BGH nun diesen Weg – in beiden Alternativen – abgelehnt (siehe wörtliches Zitat in Fn. 44).

b) Gutgläubenschutz analog § 170 ff. BGB oder durch Rechtsscheinhaftung nach allgemeinen Grundsätzen?

Vor allem *Lautner*⁵⁰ hat vorgeschlagen, auf den Gesellschaftsvertrag und wohl auch auf die weiteren Unterlagen, aus denen

sich die für den Rechtsverkehr relevanten Tatsachen ergeben (wie z. B. Abtretungsverträge) §§ 170 ff. BGB anzuwenden. Kein Argument für diese Auffassung ist allerdings, dass § 892 BGB außerhalb des Grundstücksverkehrs nicht gilt,⁵¹ und dass es daher nicht so schlimm sei, dass man ihn bei der GbR im Grundbuchverkehr eben auch nicht anwenden könne. Es geht hier gerade um die Aufrechterhaltung des Grundstücksverkehrs mit dem bisherigen Sicherheitsstandard. Und das ist nun eben bei der Anwendung von §§ 170 ff. BGB nicht zu erreichen.⁵² Der gute Glaube kann – dies nur als aktuelles Beispiel – schon zerstört sein, wenn der Handelnde eine nicht an ihn adressierte Ausfertigung vorlegt.⁵³

*Reymann*⁵⁴ will nun ein ähnliches Ergebnis über die Rechtsscheinhaftung nach allgemeinen Grundsätzen herleiten. Soweit er dabei allein auf die Grundbucheintragung abstellt, steht er dabei wohl im Gegensatz zur ausdrücklich geäußerten Auffassung des BGH (siehe Fn. 44).

Meine bereits dargelegten Bedenken⁵⁵ gegen die Anwendung von §§ 170 ff. BGB (die, soweit man nicht ausschließlich auf die Grundbucheintragung abstellt, auch für die Anwendung allgemeiner Rechtsscheinhaftung gelten) bestehen weiterhin. Nur als ein Beispiel sei hier der Aspekt genannt, dass ein Gesellschaftsvertrag – anders als eine Vollmacht – nicht auf Außenwirkung angelegt ist. Darüber hinaus scheint es mir zweifelhaft, ob der BGH die Unterlagen über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft in Zukunft als Rechtsscheinsträger akzeptiert – in der Vergangenheit hat er es, auch in Kenntnis der hier wiedergegebenen Auffassung, jedenfalls nicht getan.⁵⁶ Ob ich nun bevorzugen soll, dass gar kein Gutgläubenschutz beim Rechtsverkehr mit der GbR besteht oder ob ich lieber das nehmen soll, was mir die §§ 170 ff. BGB oder die allgemeine Rechtsscheinhaftung geben, weiß ich nicht. Denn einerseits ist natürlich wünschenswert, soweit möglich den Rechtsverkehr mit der GbR aufrechtzuerhalten. Andererseits muss der Notar ja die Vertretungsverhältnisse prüfen.⁵⁷ Ich befürchte, dass bei der GbR der Aufwand zum Teil völlig außer Verhältnis zum Ertrag stehen wird.⁵⁸ Außerdem scheint mir – gerade in Fällen, in denen der Aufwand angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung gerne hingenommen werden wird – eine nicht unerhebliche Haftungsquelle eröffnet. Wie leicht der Gutgläubenschutz zerstört ist und wie leicht der Notar hier eine andere Auffassung haben kann als ein Gericht, zeigt die in Fn. 53 genannte Entscheidung.

Bis aber der BGH – sollte er seine bisher gegenteilige Auffassung ändern – in einem geeigneten Fall entscheidet, dass analog §§ 170 ff. BGB oder nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen der Gesellschaftsvertrag und sonstige Gesell-

⁵¹ So aber *Lautner*, NotBZ 2007, 232 und *G. Wagner*, ZIP 2005, 637.

⁵² So auch *Lautner*, NotBZ 2007, 232.

⁵³ Vgl. OLG München, DNotZ 2008, 844.

⁵⁴ ZfIR 2009, 86.

⁵⁵ Fundstelle in Fn. 10.

⁵⁶ DNotZ 2006, 523, wonach der gute Glaube an Gesellschafterstellung und Vertretungsregelungen nicht geschützt ist und daher die GbR auch nicht Verwalterin nach dem Wohnungseigentumsgesetz sein kann.

⁵⁷ Vgl. statt aller *Winkler*, BeurKG, § 12 Rdnr. 1, 4 ff. und 11 ff.

⁵⁸ Beispiel (realer Fall): Mit einer Eigentumswohnung im ehemaligen, mit Grenzlandförderung errichteten Apartmenthotel wurde ein Anteil an zwei GbRs veräußert. Die eine GbR ist Eigentümerin eines Skiraumes, die andere Eigentümerin eines Gemeinschaftsraumes. Der Gesamtkaufpreis betrug 2.500 €, somit am oberen Ende des für solche Objekte üblicherweise Erzielbaren. Der Käufer wollte auf keinen Fall die Wohnung ohne Anteil am Skiraum erwerben, da er sonst Beeinträchtigungen in seiner Nutzung fürchtete.

⁴⁵ Und unter Umständen auch die Identität der im Grundbuch eingetragenen GbR mit der handelnden.

⁴⁶ Vgl. einerseits BGHZ 66, 378, wonach eine doppelte Schriftformklausel jedenfalls im Individualvertrag unter Kaufleuten hält, aber auch BGH, NJW 2006, 138, das nicht nur den Vorrang der mündlichen Individualabrede vor einem Formularvertrag betont, sondern auch in Tz. 17 der Begründung nahelegt, es sei in dem vorgenannten Urteil nur um die Frage des bewussten oder unbewussten Abweichens von der doppelten Schriftformklausel gegangen.

⁴⁷ Siehe Fn. 5 und 11; ebenso z. B. *Priester*, BB 2007, 837; *Kessler*, ZIP 2007, 421; *Langenfeld*, BWNtZ 2003, 1.

⁴⁸ Zuletzt *Jeep*, notar 2009, 26 und 30 ff.

⁴⁹ Z. B. von *Priester* und *Kessler*, siehe Fn. 47.

⁵⁰ Zuletzt NotBZ 2007, 232. Dort finden sich in Fn. 52 auch weitere Nachweise.

schaftsunterlagen mit Gutgläubensschutz versehen werden, kann sich die Kautelarpraxis auf diese Lösung ohnehin noch nicht verlassen und ist die Diskussion darum auch eine eher akademische.

c) Konsequenzen für die nächste Beurkundung

aa) Sicherungen beim Erwerb von einer GbR

Ausgehen muss man also derzeit davon, dass es keinerlei Verkehrsschutz mit Blick auf Existenz und Vertretungsbefugnis einer GbR gibt. Daher gibt es für den rechtssicheren Erwerb „von“ einer GbR derzeit nur zwei Ratschläge:⁵⁹ Zum einen kann man den Kaufgegenstand zunächst von der Gesellschaft an die Gesellschafter als Bruchteilseigentümer übereignen. Zum anderen kann man die GbR in eine (i. d. R. vermögensverwaltende) OHG oder KG umwandeln und ins Handelsregister eintragen lassen. Als Veräußerer tritt dann die Personenhandelsgesellschaft auf.

Zu bevorzugen dürfte die Lösung über die Umwandlung in eine Handelsgesellschaft sein. Einerseits ist diese in der Regel trotz der Kosten der Handelsregistereintragung billiger.⁶⁰ Andererseits scheinen mir die Gefahren, durch die Überführung des Grundbesitzes in Bruchteilseigentum unbedacht Grunderwerbsteuer auszulösen (vgl. § 6 Abs. 4 GrEStG) größer als bei der Umwandlung in eine OHG oder KG.

Behelfskonstruktionen, wie z. B. die Mitverpflichtung der (vermeintlichen?) Gesellschafter können nur das Ausfallrisiko mit Schadensersatzforderungen verringern, führen also auch noch nicht zu einem sicheren Erwerb. Ich würde dennoch, sollte eine sichere Lösung bei den Vertragsparteien nicht durchsetzbar sein, ähnlich wie beim Erwerb durch die GbR die handelnden Personen und so viele Gesellschafter wie möglich zur Erfüllung aller Verkäuferpflichten gesamtschuldnerisch mit verpflichten. Im Fall 4 a und 4 b könnte daher folgende Erklärung in den Vertrag aufgenommen werden, der von allen Gesellschaftern zu unterzeichnen ist:

Wir, ..., verpflichten uns – ggf. neben einer gesellschaftsrechtlich ohnehin bestehenden Haftung und unabhängig von dieser – als Gesamtschuldner zusammen mit dem Verkäufer zur Erfüllung aller Verpflichtungen des Verkäufers aus dieser Urkunde oder aufgrund dieser Urkunde. Wir garantieren, dass die Gesellschaft besteht, sie verfügungsbefugte Eigentümerin des genannten Grundbesitzes ist, die Vertretungsverhältnisse wie angegeben bestehen und dass wir in der Lage sind, durch Ausübung von Gesellschafterrechten die Vornahme aller aus dieser Urkunde oder aufgrund dieser Urkunde geschuldeten Erklärungen, Handlungen oder sonstigen Maßnahmen durch den Verkäufer zu bewirken; im Falle der Verletzung dieser Garantie verpflichten wir uns als Gesamtschuldner und unabhängig von einem Verschulden, dem Käufer den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Sollten trotz Verletzung einer

⁵⁹ Die auch schon *Brambring* in NJW Nr. 4/2009 auf S. XII in der Rubrik „Standpunkt“ gegeben hat; ihm folgt *Langenfeld*, ZEV 2009, 94.

⁶⁰ Denn es ist keine Übereignung erforderlich, sondern nur ein – formloser – Grundbuchberichtigungsantrag nach Eintragung im Handelsregister; es fallen also sowohl geringere Notar- als auch Grundbuchkosten an. Besondere Rechtsberatung hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages ist nur erforderlich, wenn die Gesellschaft mehr Vermögen hat und auch nach dem Geschäft auf Dauer fortbestehen soll oder wenn der Rat des Notars schon beim Erwerb durch die „GbR“ beachtet wird. Allerdings sind dann entweder die Regelungen im GbR-Vertrag im Grundsatz tauglich und größere Änderungen nicht nötig oder die Gesellschafter „leisten“ sich nur etwas, was sie bitter nötig haben.

Garantie im Grundbuch Eintragungen für den Käufer vorgenommen werden, werden Ansprüche aus der Garantie nicht vor Vornahme der jeweiligen Eintragung fällig. Ansprüche aus diesem Abschnitt verjähren in 30 Jahren ab vertragsgemäßer Eigentumsbeschreibung, nicht jedoch nach Ablauf von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn.

Die Verjährungsverlängerung ist dabei nötig, weil Buchersitzung nach § 900 BGB erst nach 30 Jahren eintritt. So lange etwaige Missstände auf Seiten der GbR für den Erwerber schädlich sein können, müssen die Gesellschafter und Vertreter der Gesellschaft auch mit haften. Dies soll auch verdeutlichen, warum andere Sicherungsmittel, wie z. B. Vertragserfüllungsbürgschaften, in der Regel nicht in Betracht kommen werden. Zum einen ist der Kreis der Sicherungen, die für einen so langen Zeitraum werthaltig sind, begrenzt. Zum anderen sind die Kosten für die verbleibenden Sicherheiten so hoch, dass die Umwandlung in eine OHG doch die wesentlich einfachere und billigere Lösung ist.

Kann man die Vertragsbeteiligten von keiner der sicheren Varianten überzeugen, wird man im Regelfall zum Selbstschutz trotz der Mitverpflichtung auch um folgenden Hinweis – entweder in der Urkunde selbst oder in sonstiger, dokumentierbarer Weise – nicht herumkommen:

Die Unterlagen, die zum Nachweis des Bestehens des Verkäufers und der Vertretungsbefugnis der handelnden Personen vorgelegt wurden, vermittelt unter Umständen keinen guten Glauben. Auch die Beteiligung des Notars ändert daran nichts. Sind die vorgelegten Unterlagen unrichtig, kann das zur Folge haben, dass der Käufer den Kaufgegenstand nicht erwirbt, selbst wenn er den Kaufpreis bezahlt hat und als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Er ist dann verpflichtet, den Kaufgegenstand an den wahren Eigentümer herauszugeben und erhält unter Umständen den Kaufpreis nicht zurück. Der Notar hat den Vertragsparteien geraten, den Kaufgegenstand entweder an die Gesellschafter des Verkäufers zu übereignen und den Kaufvertrag mit diesen zu schließen oder die verkaufende GbR in eine OHG umzuwandeln, dies ins Handelsregister eintragen zu lassen und den Kaufvertrag mit der OHG zu schließen. Die Vertragsparteien wünschen keine der vorgeschlagenen Möglichkeiten, sondern vielmehr Beurkundung mit dem hier niedergelegten Inhalt.

bb) Folgen für den Erwerb durch eine GbR

Weitere Konsequenz meiner Auffassung ist, dass auch schon der Erwerb durch eine GbR derzeit nicht zu empfehlen ist. Wollen Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Grundstück erwerben, muss man sie wohl darauf hinweisen, dass nach der derzeitigen Rechtslage nicht klar ist, wie sie den Grundbesitz wieder aus der Sicht eines Erwerbers rechtssicher veräußern können. Ich halte diesen Hinweis zwar nicht für so wichtig, dass er aus Haftungsgründen unbedingt in die Urkunde selbst aufgenommen werden muss. Ich würde das eher aus Abschreckungsgründen tun in der Hoffnung, die „Erwerber“ überlegen es sich doch noch einmal anders.

cc) Folgen für die Abtretung von Gesellschaftsanteilen

Sollte sich eine der Auffassungen in lit. b) bb) durchsetzen, ist es für den Gesellschafter – sollten die Gesellschafter noch im Grundbuch eingetragen sein und nicht bloß der Name der Gesellschaft – von Bedeutung, dass das Grundbuch seine Gesellschafterstellung wiedergibt. Das nämlich kann im Einzelfall den guten Glauben an die Gesellschafterstellung anderer Personen oder an seine Gesellschafterstellung nicht ausweisende

Unterlagen zerstören und so vor treuwidrigen Verfügungen seiner Mitgesellschafter schützen. Natürlich ist der Schutz auch dann nicht perfekt,⁶¹ aber der Gesellschafter erreicht zumindest die Verringerung der Risiken. Auch in Zukunft ist daher bei jedem Gesellschafterwechsel die Berichtigung des Grundbuchs zum Schutz des Erwerbers dringend zu empfehlen.⁶² Auch deshalb und nicht nur zur Identifikation der Gesellschaft⁶³ ist die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch nach wie vor ein Beitrag zur Rechtssicherheit.

4. Vollstreckung durch die GbR

Fall 5 a:

Für die GbR aus Fall 1 a soll eine vollstreckbare Hypothek bestellt werden; der Schuldner soll außerdem ein ebenfalls vollstreckbares Schuldanerkenntnis abgeben.

Fall 5 b:

C hat seinen Gesellschaftsanteil nach Errichtung der Urkunde aus Fall 5 a an D abgetreten.

a) Vollstreckungstitel: Bezeichnung des Gläubigers

Wird für die GbR ein Titel errichtet, obliegt es ihrer eigenen Verantwortung, dass sie so genau bezeichnet ist, dass eine zweifelsfreie Identifizierung als Gläubigerin im weiteren Vollstreckungsverfahren möglich ist. Man wird hier wohl die gleichen Maßstäbe anwenden, die der BGH für die bestimmte Bezeichnung im Grundbuch anwendet. Falls offenkundig unklar ist, wer Gläubiger sein soll, wirkt der Notar – wie sonst auch – auf eine Präzisierung hin. Besteht die GbR nicht, ist der Titel nichtig, so dass jedenfalls daraus keine Nachteile für den jeweiligen Schuldner erwachsen können.

Bei der Bezeichnung der GbR im Titel (und der Vollstreckungsklausel) sollte man sich im Übrigen an der vom BGH vorgeschlagenen Bezeichnung der GbR im Grundbuchverkehr orientieren (siehe Ziffer II. 1.) – diese sind jedenfalls richtig und zulässig. Die Nennung der Gesellschafter „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ wird man nach meiner Auffassung zwar richtig dahin auslegen können, dass die Gesellschaft gemeint ist. Da der BGH aber schon festgestellt hat, ein entsprechender Titel sei „prozessual nicht mehr erreichbar“, sollte man diese Bezeichnung nunmehr meiden.

Bei Grundpfandrechtsbestellungen für eine GbR wird man – so lange die Lücke im Gutgläubensschutz besteht – vorsichtig sein müssen. Denn das Problem, dass die GbR zwar leicht ins Grundbuch, nur schwer aber wieder heraus kommt, besteht auch hier.

Im Fall 5 a wird man die Gesellschaft daher bezeichnen, wie beim Formulierungsvorschlag zu Fall 1 a in Ziffer 1. Allerdings empfiehlt sich ein Hinweis an den Schuldner auf die derzeitigen Probleme der Löschung des Rechtes aus dem Grundbuch. Als sichere Lösung würde mir hier nur einfallen, eine nicht abtretbare Grundsuld unmittelbar für A, B und C zu bestellen, die nur zur Sicherung der Forderung der GbR dient.⁶⁴

⁶¹ Wenn z. B. der Handelnde Unterlagen vorlegen kann, die seine Einzelvertretungsbefugnis nachweisen, diese aber inzwischen widerrufen wurde.

⁶² Zum Verfahren siehe oben 2.

⁶³ Siehe Ziffer 1. a).

⁶⁴ Die Abwicklung der Rückzahlung des Darlehens über Notaranderkonto hilft nicht weiter – zwar wird die Grundsuld im Grundbuch gelöscht, der gute Glaube des Schuldners wird bei mangelnder Vertretung oder Nichtexistenz der GbR zur Zeit der Löschung aber eben nicht geschützt.

b) Klauselerteilung

Stellt die GbR als Titelgläubiger Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel, ist ihre Existenz von Amts wegen zu prüfen. Es gilt § 56 ZPO, wobei der Freibeweis zulässig ist.⁶⁵ Bei der Klauselerteilung für die GbR genügt dabei als Nachweis für die Existenz, dass sich jemand gegenüber dieser GbR der Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Zum Nachweis der Vertretungsbefugnis des Antragstellers beim Antrag auf Klauselerteilung genügt in den Fällen, in denen sich Gesellschafter der Gläubigerin an der Beurkundung beteiligt haben, die Erklärung dieser Personen, sie seien sämtliche Gesellschafter und als solche (allein oder gemeinsam) vertretungsbefugt. Weitere Nachweise braucht der Notar vor Erteilung einer Vollstreckungsklausel nur zu verlangen, wenn er konkrete Anhaltspunkte für Veränderungen hat, die zwingend auf Änderungen in der Vertretungsbefugnis schließen lassen.⁶⁶ In allen anderen Fällen muss derjenige, der den Antrag auf Klauselerteilung namens der GbR stellt, auch nachweisen, dass er die GbR vertreten kann, und zwar nach § 80 ZPO zumindest schriftlich.⁶⁷ Aus dem Nachweis muss – soweit zweifelhaft – auch hervorgehen, dass die GbR, für die der Antrag gestellt ist, mit derjenigen identisch ist, für die der Titel errichtet wurde. Soweit hier und im Folgenden beim Vollstreckungsverfahren von „Nachweis“ die Rede ist, sind Unterlagen gemeint, die in der jeweils erforderlichen Form bestehen und aus denen sich die behaupteten Tatsachen ergeben. Ein Vollbeweis ist auch in den formalisierten Verfahren zur Titulierung und Klauselerteilung weder möglich noch erforderlich. Zu der Art der jeweils erforderlichen Nachweise gelten (unabhängig von der Form, in der sie vorliegen müssen, wobei diese – ausgenommen beim Antrag – dem dort Gesagten entspricht) meine Ausführungen zu Ziffer 2. entsprechend.

Sind in Fall 5 a die Gesellschafter an der Beurkundung beteiligt, genügt dies also für die Klauselerteilung auf ihren Antrag. Sonst sind, ebenso wie im Fall 5 b, Nachweise über Gesellschafterstellung und Vertretungsbefugnis sowie – falls nötig – Nachweise über die Identität der GbR mit der Gläubigerin des Titels in schriftlicher Form vorzulegen.

Beantragt ein Rechtsanwalt für eine GbR als deren anwaltlicher Vertreter (nicht als Organ) eine vollstreckbare Ausfertigung, kommt ihm auch im Klauselerteilungsverfahren das Privileg des § 88 Abs. 2 ZPO zu Gute – der Notar muss sich also im Regelfall nicht die Vollmacht vorlegen lassen. In Fall 5 a wäre also der Vertretungsnachweis nicht entbehrlich, obwohl ja die Gesellschafter Rechtsanwälte sind.

c) Änderung der Vollstreckungsklausel bei Änderung des Namens oder der Personen der Gesellschafter?

Inhaberin ist – unabhängig von ihrer Bezeichnung im Titel – die Gesellschaft selbst. Ändert sich die Bezeichnung der Gesellschaft oder ändern sich die Personen der Gesellschafter, ändert sich an der Inhaberschaft des Titels nichts. Ob und unter welchen Umständen solche Tatsachen im weiteren Vollstreckungsverfahren (genauer gesagt, bei der Prüfung durch das zuständige Vollstreckungsorgan, ob die Voraussetzungen nach § 750 ZPO vorliegen) zu berücksichtigen sind, ist um-

⁶⁵ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 35.22.

⁶⁶ Da auch hier ein formalisiertes Verfahren stattfindet, sind die Anforderungen nicht höher als an das Grundbuchamt; und genau die hier verwendete Formulierung hat der BGH in der Entscheidung vom 4.12.2008 auch für das Grundbuchamt bei der Nachprüfung der Eintragungsvoraussetzungen verwendet (IV. 3. f) aa) der Entscheidung).

⁶⁷ Zum Nachweis der Vertretungsbefugnis allgemein *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 35.1.

stritten.⁶⁸ Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass eine Berichtigung der Vollstreckungsklausel möglich ist, und zwar analog §§ 726, 727 ZPO. Einem entsprechenden Antrag des Gläubigers wird man daher vorsichtshalber auch stattgeben,⁶⁹ wobei dieser die erforderlichen Nachweise der Änderung der Bezeichnung in Form öffentlich beglaubigter oder öffentlicher Urkunden führen muss.⁷⁰

Im Fall 5 b würde man daher auf Antrag der GbR die Klausel entsprechend der Änderung der Bezeichnung durch den Gesellschafterwechsel berichtigen, wenn die Nachweise darüber in der erforderlichen Form vorgelegt werden.

Wie schon bei der Grundbucheintragung⁷¹ wird man die Bezeichnung des Gläubigers in Titel oder Klausel als „A und B in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ im Lichte der neuen Rechtsprechung als Bezeichnung der GbR selbst verstehen, so dass eine Berichtigung der Klausel nach meiner Auffassung nicht nötig ist, jedenfalls wenn A und B weiterhin die einzigen Gesellschafter sind. Da der BGH – wie schon mehrfach festgestellt – in Rdnr. 17 des Beschlusses vom 4.12.2008 (= IV. 3. e) cc) davon spricht, ein entsprechender Titel sei „prozessual nicht mehr erreichbar“, also nicht mehr zulässig, wird man einem Ersuchen um Berichtigung in „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus A und B“ allerdings ebenfalls vorsorglich stattgeben.

5. Vollstreckung gegen die GbR

Fall 6 a:

Die Gesellschaft ohne Namen aus Fall 1 a bestellt, nachdem sie als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, eine Grundschuld zur Sicherung eines Kredites der Gesellschaft.

Fall 6 b (Abwandlung):

Eine Gesellschaft mit 1500 Gesellschaftern, die einen Namen führt und bei der ein einzelner Gesellschafter zur Geschäftsführung und Vertretung ermächtigt ist, bestellt die Grundschuld.

a) Vollstreckungstitel

Auch der Schuldner muss im Titel bestimmt bezeichnet sein. Ein Schuldner hat natürlich daran ein geringeres Interesse als der Gläubiger. Werden dem Notar bewusst unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht, schützt den Gläubiger auch die Verpflichtung des Notars nicht, bei Beurkundungen darauf hinzuwirken, dass Zweifel oder Verwechslungen ausgeschlossen werden. Denn nachprüfen muss der Notar die Angaben

⁶⁸ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 40.8 meint, bloße Namensänderungen seien von den Vollstreckungsorganen von Amts wegen zu berücksichtigen; daher bestehe auch kein Anspruch auf „Berichtigung“ der Vollstreckungsklausel gegen den Notar. Die auf BayObLGZ 1956, 218 zurück gehende Gegenauffassung meint, die Vollstreckungsorgane müssten die Identität nur nachprüfen, soweit es ihre Kräfte nicht übersteige.

⁶⁹ Und zwar gegen die Rechtsprechung und gegen die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse (vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1920) kostenpflichtig, vgl. die Nachweise bei *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 40.8 Fn. 22, da die Entlastung der Vollstreckungsorgane durch den Notar sowohl mit einer Haftung als auch (darum wird er ja gerade wieder eingeschaltet!) mit Aufwand verbunden ist, so dass die Anwendung von § 133 KostO über den zu engen Wortlaut hinaus nach meiner Auffassung geboten ist.

⁷⁰ Zur Art der Nachweise vgl., wie schon gesagt, Ziffer 2. Zur Frage, ob die geänderte Klausel dann nochmals zugestellt werden muss, vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 48.36.

⁷¹ Vgl. BGH, MittBayNot 2007, 118.

von Beteiligten in aller Regel und daher auch bei einer GbR nicht.

Im Übrigen werden die Gesellschafter entweder – wie oben bei Ziffer 1. – in der Urkunde erklären müssen, dass sie sämtliche Gesellschafter sind und als solche die Gesellschaft vertreten können. So würde man also in Fall 6 a verfahren. Sonst, wenn nicht alle Gesellschafter anwesend sind, sollte der Notar anregen, dass die Unterlagen, aus denen sich die Gründung der Gesellschaft, ggf. die aktuell richtige Bezeichnung und die Vertretungsbefugnis ergeben, in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden.⁷² Der Notar darf die Beurkundung zwar nicht ablehnen, wenn die Nachweise nicht vorgelegt werden, denn bei der Errichtung des Titels gilt § 80 ZPO (noch) nicht, sondern das BeurkG.⁷³ Da aber Nachweise von Existenz und Vertretungsbefugnis in der Form der §§ 726, 727 ZPO spätestens bei der Klauselerteilung vorliegen⁷⁴ und mit der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels zugestellt⁷⁵ werden müssen, ist es zweckmäßig, dass sie so auch schon bei Errichtung des Titels beigefügt werden. Dies würde man auch in Fall 6 b anregen.

Sollten (zunächst) erforderliche Nachweise fehlen, ist nach meiner Auffassung ein Hinweis an einen Gläubiger, der sich regelmäßig titulierte Forderungen als Sicherheit geben lässt, insbesondere an Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, entbehrlich. Solche Gläubiger wissen um die Vollstreckungsvoraussetzungen und benötigen darüber keine besondere Belehrung. Allenfalls bei Privatgläubigern kann ein Hinweis angezeigt sein, damit der Notar nicht an der Errichtung einer Scheinsicherheit mitwirkt.

Obwohl systematisch nicht ganz korrekt wird hier der Nachweis der Gründung (und Existenz) der Gesellschaft wie ein Nachweis der Vertretungsbefugnis behandelt. Dies beruht allein darauf, dass der Notar – wie bei der Vertretungsbefugnis – ebenfalls vor Beurkundung keine weiteren Nachweise darüber verlangen kann, dass eine Gesellschaft besteht, diese aber bei Klauselerteilung vorliegen müssen. Die Ausnahme, die man davon machen muss, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass die Gesellschaft nicht besteht, wird so gut wie nie zutreffen – schließlich ist die Gründung der GbR formlos möglich.

Die spätere Erkenntnis, dass der Schuldner doch nicht existiert, ist im Vollstreckungsverfahren zu jeder Zeit zu berücksichtigen. Den Einwand fehlender Vertretungsbefugnis kann man in der notariellen Praxis regelmäßig in der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, da es dann regelmäßig auch an der Wirksamkeit des titulierten materiellrechtlichen Anspruchs fehlen wird. Da es ebenfalls an einer Voraussetzung für die Klauselerteilung fehlt (wirksamer Titel) ist es auch möglich, in diesen Fällen gemäß § 768 ZPO Klage gegen die Vollstreckungsklausel zu erheben. Daneben ist natürlich auch die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO statthaft.

Um solchen Schwierigkeiten zumindest etwas vorzubeugen, sei wiederum⁷⁶ empfohlen, möglichst alle Gesellschafter, jedenfalls aber die handelnden Personen, mit zu verpflichten (z. B. über ein Schuldanerkenntnis) und dies ebenfalls zu titulieren. Diese Verpflichtung sollte – entsprechend dem Formulierungsvorschlag in Ziffer 3. c) aa) – unabhängig von der behaupteten Gesellschafterstellung gestaltet sein.

⁷² Für die Frage, welche Nachweise dies im Einzelfall sind, gilt wiederum Ziffer 2. entsprechend.

⁷³ Vgl. *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 12.40.

⁷⁴ BGH, MittBayNot 2008, 406.

⁷⁵ BGH, MittBayNot 2007, 337.

⁷⁶ Siehe Fn. 27.

b) Klauselerteilung

Vor der Erteilung der Klausel muss, wie in lit. a) schon ausgeführt, ein Existenz- und Vertretungsnachweis in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen. Bei Veränderungen in der Bezeichnung der GbR (sei es durch Annahme eines Namens, sei es durch Veränderungen im Gesellschafterbestand) ist eine Berichtigung der Klausel jedenfalls möglich (siehe oben Ziffer 4 c)). Da der Gläubiger den dafür erforderlichen Nachweis in der Regel nicht führen können, spricht – folgt man der Intention, die GbR zum Zwecke der Erleichterung der Zwangsvollstreckung rechtsfähig zu machen – einiges dafür, diese Berichtigung der Klausel nicht zwingend zu verlangen.⁷⁷

c) Zustellung

Gibt es einen einzigen vertretungsbefugten Gesellschafter, so ist nach Auffassung des BGH an diesen zuzustellen. Gibt es mehrere oder sind alle Gesellschafter vertretungsbefugt, genüge nach § 170 Abs. 3 ZPO die Zustellung an einen von ihnen.⁷⁸ Nach dieser Auffassung besteht aber noch eine Lücke bei der Zustellung. Wechselt nämlich der Geschäftsführer zwischen Titelerrichtung und Zustellung,⁷⁹ geht die Zustellung wieder ins Leere. Wegen dieses Umstandes kann die Prozessführung gegen eine GbR weiterhin äußerst mühsam sein – Missbrauchsmöglichkeiten gibt es hier trotz Rechtsfähigkeit der GbR und auch ohne Missbrauch ist für einen Gläubiger oft nur schwer zu beurteilen, wer Gesellschafter und wer gar geschäftsführender Gesellschafter einer GbR ist.

Zustellungsvollmachten mögen dieses Problem mindern. Da aber auch bezüglich dieser Vollmachten bei Nichtexistenz der Gesellschaft oder bei nicht ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft im Rahmen der Vollmachtserteilung nicht durch Gutglaubenstatbestände beseitigte Rechtsunsicherheit besteht und weil die Unwiderruflichkeit von Vollmachten Grenzen hat,⁸⁰ können sie es aber nicht vollständig beheben.

III. Wünsche an den Gesetzgeber

Die praktischen Probleme im Umgang mit der rechtsfähigen GbR sind so groß, dass der Rechtsverkehr mit einer solchen Gesellschaft unsicherer ist, als vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit. Dies gilt jedenfalls so lange, bis die Lücke zwischen Schein und Sein, die bei der GbR derzeit besteht, durch einen befriedigenden Gutglaubensschutz geschlossen wird. Sobald sich die Rechtspraxis dieses Problems voll bewusst wird, wird dies (und nicht die bestehende oder fehlende Grundbuchfähigkeit) den Rechtsverkehr durch und mit der GbR stören. Der BGH hat daher recht mit seinem Ruf nach dem Gesetzgeber.⁸¹ Ich erlaube mir, mich diesem Ruf anzuschließen, und zwar mit zwei Modellen:

1. Schluss mit der Rechtsfähigkeit

Als radikalsten Weg zur Lösung der Probleme, die durch die rechtsfähige GbR entstehen, könnte man die Rechtsfähigkeit wieder abschaffen bzw. klarstellen, dass diese vom Gesetz-

geber nicht gewollt war.⁸² Hierzu bietet sich an, § 705 BGB durch folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„Die Gesellschaft kann nicht selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein.“

Wie aber löst man dann die Probleme, die zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit geführt haben? Verkürzt dargestellt geht es darum, wie ein Gläubiger Gesellschafterwechsel in für das Zwangsvollstreckungsverfahren geeigneter Form nachweisen und wie man bei Klagen gegen „Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ Nachteile des Klägers durch Wechsel bei den dann wieder als notwendigen Streitgenossen beteiligten Gesellschaftern beseitigen kann.

Es sei hier aber zunächst die Frage erlaubt, ob solche Nachteile überhaupt beseitigt werden müssen. Mit der Anerkennung der vermögensverwaltenden OHG durch den Gesetzgeber⁸³ ist das Bedürfnis für die Anerkennung der GbR als Trägerin von Rechten und Pflichten eigentlich entfallen, denn alle Zwecke, die Gesellschafter mit einer GbR verfolgen können, können sie auch zum Gesellschaftszweck einer OHG machen. Und wenn Gesellschafter das Licht der Eintragung im Handelsregister scheuen, müsste dies aus der Sicht eines Gläubigers zumindest eine kleine Warnung sein, sich so abzusichern, dass er später keine Probleme bekommt. Darüber hinaus besteht auch kein Bedürfnis mit den Gesellschaftern „in GbR“ zu kontrahieren. Wird ein Vertrag mit den Gesellschaftern als Gesamtschuldern geschlossen, kann der Gläubiger gegen diese Personen auch klagen und vollstrecken. Ein Parteiwechsel kann ohne seine Zustimmung (§§ 414, 415 BGB) nicht mehr stattfinden. Welchen Anspruch die Gesellschafter selbst haben (d. h. auf Leistung an sie in gesamthänderischer Verbundenheit oder zu Bruchteilen) und ob sie ggf. den erworbenen Gegenstand oder ihre Forderung in das Gesamthandsvermögen einbringen,⁸⁴ ist aus der Sicht des Vertragspartners völlig gleichgültig. Auch bei der Vollstreckung in das gesamthänderisch gebundene Vermögen kann man Schwierigkeiten durch Stellung geeigneter Sicherheiten vermeiden. Bewegliche Gegenstände kann man sich zur Sicherung abtreten bzw. übereignen lassen. Und bei Immobilien ist durch Grundbucheintragung nachgewiesen, wer Eigentümer ist. Dies genügt für die Vollstreckung (vgl. § 17 ZVG) und für den gutgläubigen Erwerb z. B. eines Grundpfandrechts, aus dem dann auch vollstreckt werden kann (denn die Zustellung ist wieder über § 170 Abs. 3 ZPO möglich). Kurz gesagt: Nach der bei der Entscheidung des BGH am 21.4.2001⁸⁵ bestehenden Rechtslage war jeder Gläubiger, der Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seiner Forderung gegen Gesellschafter „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ hatte, selbst schuld und daher gar nicht schutzwürdig.

Will man dennoch die Prozessführungs- und Vollstreckungsprobleme beseitigen, müsste man die freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile beseitigen,⁸⁶ indem man § 717 Satz 1 BGB wie folgt fasst:

„Der Gesellschaftsanteil und die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar.“

Um diese Änderung nicht auf die OHG und KG wirken zu lassen, wo angesichts der Registerpublizität kein Bedürfnis

⁷⁷ Siehe auch die Nachweise der dazu vertretenen Auffassungen bei Fn. 68.

⁷⁸ Zu beiden Punkten BGH, DNotZ 2006, 777.

⁷⁹ Und ist dieser nicht, wie in der in Fn. 78 zitierten Entscheidung, einfach unzuständig für Zustellungen.

⁸⁰ Vor allem bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, wozu man aber regeln sollte, dass das Ausscheiden des Bevollmächtigten aus der Gesellschaft kein solcher ist.

⁸¹ Nur dass gerade der BGH ruft, hat einen schalen Beigeschmack.

⁸² Ebenso *Vossius*, NotBZ 2009, 59.

⁸³ Mit dem HRefG v. 22.6.1998, BGBI I, S. 1474.

⁸⁴ Wozu eine dingliche Übertragung nötig wäre.

⁸⁵ MittBayNot 2001, 192 = BGHZ 146, 341.

⁸⁶ Die sonstigen Folgen dieser Rechtslage habe ich in FS Wolfsteiner, 2008, S. 184 ff. grob skizziert.

für eine so restriktive Handhabung besteht, wird ein neuer § 141 HGB eingeführt, der lautet:

„Der Gesellschaftsanteil als solcher kann übertragen werden, soweit dies nach dem Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder wenn sämtliche Gesellschafter zustimmen.“

2. Schluss mit der Eintragung ins Grundbuch

Falls sich der Gesetzgeber nicht dazu durchringen kann oder will, das Rad um sieben Jahre zurückzudrehen, würde ich folgende Alternative vorschlagen:

§ 47 GBO erhält folgenden Abs. 2:

„(2) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird nicht unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen, sondern durch Eintragung sämtlicher Gesellschafter mit dem Zusatz „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. Dieser Eintragung kann auf Antrag der Name der Gesellschaft beigelegt werden.“

In § 82 GBO wird folgender Satz 2 eingefügt, wobei der bisherige Satz 2 zu Satz 3 wird:

„Gleiches gilt, wenn eine Eintragung nach § 47 Abs. 2 GBO unrichtig geworden ist.“

Durch eine solche zwingende Eintragung der Gesellschafter folgt aus meiner Sicht zwanglos, dass das Grundbuch den guten Glauben daran vermittelt, dass tatsächlich sämtliche Gesellschafter eingetragen sind. Denn nach § 892 Abs. 1 BGB gilt der Inhalt des Grundbuchs – hier die Aufführung sämtlicher Gesellschafter – als richtig. Und wenn beispielsweise ein Erwerber dann ein Recht erwirbt und die Gesellschaft von allen Gesellschaftern vertreten wird (was nach §§ 709, 714 BGB ja immer genügt), ist gutgläubiger Erwerb wieder möglich.⁸⁷ Als Folgeänderung wäre natürlich auch § 15 Abs. 1 GBV um einen Buchstaben c) zu ergänzen, der wie folgt lautet:

„c) bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Merkmale der Gesellschafter entsprechend lit. a) sowie auf Antrag Name und Sitz der Gesellschaft.“

Durch die Änderung der Grundbucheintragung sind auch die Probleme in der Vollstreckung in Immobiliarsachenrechte weitgehend gelöst. Will man auch noch das letzte Problem, die Zuständigkeit für Zustellungen lösen, könnte man noch § 714 BGB um folgende Abs. 2 und 3 ergänzen:

„(2) Unbeschadet der getroffenen Vertretungsregelung können Zustellungen an die Gesellschaft gegenüber jedem Gesellschafter einzeln vorgenommen werden.

(3) Die in Abs. 2 begründete Zuständigkeit gilt als fortbestehend, so lange ein Gesellschafter noch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.“

Damit die Regelung in Abs. 3 nicht für die OHG und KG wirkt, wo für sie wegen der Registerpublizität kein Bedürfnis besteht, wäre § 126 Abs. 1 HGB noch um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„§ 714 Abs. 2 und 3 BGB finden keine Anwendung.“

3. GbR- Register?

Anhänger eines GbR-Registers bin ich nicht. Dagegen sprechen neben den praktischen Schwierigkeiten der Einrichtung,

besonders für die Registergerichte, vor allem der fehlende Bedarf für eine weitere eingetragene Personengesellschaft (denn es gibt ja eine vermögensverwaltende OHG) und der bestehende Bedarf für eine ohne Eintragung in ein Register zu gründende Gesellschaft, z. B. für ein nichteheliches Pärchen, das seine Rechtsverhältnisse beim Erwerb von Grundeigentum in Bezug auf den Erwerbsgegenstand richtig und einfach regeln will.

IV. Zusammenfassung

Zusammengefasst kann man also feststellen:

1. Im Rechtsverkehr besteht immer eine Lücke zwischen Schein und Sein. Solche Lücken werden üblicherweise durch Gutgläubensvorschriften geschlossen. Bei der GbR fehlt es derzeit an der gesicherten Anwendbarkeit solcher Vorschriften.
2. Aufgrund der Entscheidung des BGH vom 4.12.2008 kommt eine GbR zwar ins Grundbuch, es ist aber unklar, wie sie wieder herauskommt.
3. Rechtsgeschäfte mit einer GbR sind mit Risiken behaftet, die derzeit nicht zu kontrollieren sind; die Verwendung von GbRs ist derzeit nur mit äußerster Vorsicht möglich.
4. Dies, und nicht wie der BGH meint, das Grundbuchrecht wird in der Praxis den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundeigentum durch die GbR hindern.
5. Die Entscheidung des BGH führt erneut⁸⁸ zu einer Schwächung der Aussagekraft des Grundbuchs. Dies ist mit Blick auf den wirtschaftlichen Wert der rechtssicheren Transaktion von Immobiliarsachenrechten⁸⁹ kritikwürdig.
6. Es entsteht der bizarre Wertungswiderspruch, dass eine GbR wegen des fehlenden Vertrauensschutzes an die Gesellschaftereigenschaft und die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Vertretungsbefugnis nicht Verwalterin nach dem Wohnungseigentumsgesetz sein,⁹⁰ wohl aber am Verkehr mit Immobiliarsachenrechten teilnehmen kann, bei dem eigentlich ein noch höherer Schutzstandard besteht.
7. Im Grundbuchverkehr ebenso wie im Titelerrichtungs- und Klauselerteilungsverfahren bestehen aufgrund der Beweismittelbeschränkung und der Formalisierung des Verfahrens immer Lücken zwischen Realität und den Nachweismöglichkeiten. Diese Lücken sind hinzunehmen, unabhängig davon, ob sie durch Gutgläubensvorschriften geschlossen werden oder nicht.
8. Dennoch ist es dringend erforderlich, den Verkehrsschutz durch Gutgläubensvorschriften auch beim Handeln einer GbR wieder herzustellen. Da der BGH dies nicht tut, muss der Gesetzgeber handeln. Entweder durch Korrektur bei der Rechtsfähigkeit oder durch Korrektur der Entscheidung des BGH zur Eintragung der GbR unter ihrem Namen im Grundbuch.
9. Die Rechtsfähigkeit der GbR war überflüssig, löst zwar Probleme, verursacht aber mehr neue. Die Personen, die durch die Rechtsfähigkeit geschützt werden sollen, haben den Schutz nicht verdient.

⁸⁷ Falls der Gesetzgeber daran zweifelt und damit nicht nur daran die Neuregelung scheitert: Man könnte auch ausdrücklich § 892 Abs. 1 um einen Satz 2 ergänzen, wobei wieder der bisherige Satz 2 zu Satz 3 wird, der lautet: „Dies gilt auch hinsichtlich der Vollständigkeit der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts.“

⁸⁸ Vgl. BGH, MittBayNot 2008, 212 m. Anm. Demharter zur „Wiederverwendung“ einer Vormerkung mit berechtigter und lesenswerter Kritik von Amann in DNotZ 2008, 520.

⁸⁹ Dazu Kessler, ZNotP 231, 233.

⁹⁰ Siehe Fn. 56.

Die Auswirkungen des FoSiG auf die notarielle Praxis, insbesondere auf Bauträgerverträge

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Mit Wirkung zum 1.1.2009 ist das „Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen“ (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) in Kraft getreten.¹ Nach der amtlichen Begründung soll durch ein (mühsam geschnürtes²) Bündel von Maßnahmen die Zahlungsmoral von Schuldern verbessert und so der schlechter gewordenen wirtschaftlichen Lage von Werkunternehmern, vor allem in der Baubranche, begegnet werden.³ Das hatte der Gesetzgeber früher schon versucht, insbesondere durch das „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“,⁴ wobei ein nachhaltiger Beschleunigungseffekt freilich ausblieb.

Das Reformgesetz bringt neben Änderungen im Werkvertragsrecht, die nach der Übergangsvorschrift⁵ aber erst für die nach Inkrafttreten entstandenen Schuldverhältnisse gelten, Neuerungen bei §§ 308 ff. BGB durch das Ende der Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern.⁶ Für den Notar spielen vor allem die Auswirkungen auf den Bauträgervertrag eine Rolle. Hier besteht Handlungsbedarf im Amt. Der nachfolgende Beitrag stellt nach einer überblicksartigen Zusammenfassung der einzelnen Reformpunkte (siehe unten I.) für die notarielle Praxis im Schwerpunkt den neugefassten § 632 a BGB (Abschlagszahlungen, Fertigstellungssicherheit, einschließlich Formulierungsvorschlag, siehe unten II. bzw. III.) und sodann die Neuerungen bei §§ 308 ff. BGB (siehe unten IV.) vor.

I. Überblick

1. Fälligkeitsregelungen, insbesondere Abschlagszahlungen, im Werkvertragsrecht; Fertigstellungssicherheit

Die Voraussetzungen, unter denen ein (Werk-)Unternehmer kraft Gesetzes Abschlagszahlungen verlangen kann, wurden erleichtert, indem der Gesetzeswortlaut des § 632 a Abs. 1 BGB in Anlehnung an die Formulierung des § 16 Nr. 1 VOB/B⁷ neu gefasst wurde. Ein Anspruch auf Abschlagszahlung entsteht nunmehr – schon – für eine Leistung, durch die der Besteller einen Wertzuwachs erlangt (Abs. 1 Satz 1), wobei nur unwesentliche Mängel kein Leistungsverweigerungsrecht gewähren (Satz 2).⁸

Die neue Vorschrift des § 632 a Abs. 2 BGB n. F. betrifft unter Fassung einer entsprechenden Definition Bauträgerverträge und regelt für diese (endlich) das Verhältnis zu den Bestimmungen über Abschlagszahlungen in der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV).⁹

¹ BGBl 2008 I, S. 2022; mit – redaktioneller – Berichtigung vom 12.12.2008, BGBl 2008 I, S. 2582. Materialien: Gesetzentwurf des Bundesrates vom 2.2.2006, BT-Drucks. 16/511 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses hierzu vom 25.6.2008, BT-Drucks. 16/9787.

² Vgl. die Daten der in Fn. 1 zitierten Materialien; dem FoSiG vorausgegangen waren zudem bereits zwei Entwürfe in der letzten (BT-Drucks. 15/3594) und vorletzten (BT-Drucks. 14/9848) Legislaturperiode.

³ BT-Drucks. 16/511, S. 12.

⁴ Vom 30.3.2000, BGBl 2000 I, S. 330.

⁵ Art. 2 FoSiG, der – mit der in Fn. 1 erwähnten Korrektur – in Art. 229 EGBGB eine entsprechende Vorschrift einfügt.

⁶ Ferner wird das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) modernisiert; dies bleibt nachfolgend außer Betracht (siehe hierzu etwa *Leinemann*, NJW 2008, 3745, 3750; v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 618).

⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 15.

⁸ Ob dadurch gegenüber der bisherigen Rechtslage („Abgeschlossenheit“) für die Praxis ein größeres Maß an Rechtsklarheit und -sicherheit geschaffen ist, darf bezweifelt werden. Letztlich hat sich das Streitpotenzial hier nur verschoben (ebenso v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 614).

⁹ Näher hierzu unten II.

Über die genannten Voraussetzungen von § 632 a Abs. 1 BGB n. F. (bei Werkverträgen allgemein) bzw. von § 632 a Abs. 2 BGB n. F. (bei Bauträgerverträgen) hinaus, muss allerdings nach § 632 a Abs. 3 BGB n. F. mit der ersten Abschlagsrechnung zugleich Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks geleistet werden, wenn es um „die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks“ geht (also bei Bauträgerverträgen oder Generalübernehmerverträgen¹⁰) und der Besteller ein Verbraucher ist.¹¹

Die sog. „Durchgriffsfälligkeit“ nach § 641 Abs. 2 BGB wurde um den Fall erweitert, dass der Generalunternehmer vom Bauherrn zwar noch keine Zahlung erlangt hat, die Werkleistung des Subunternehmers vom Bauherrn aber abgenommen wurde oder als abgenommen gilt. Zusätzlich und praktisch wichtiger wird eine weitere „Durchgriffsfälligkeit“ in Abs. 2 begründet, wenn der Generalunternehmer dem Subunternehmer keine Auskunft zu den erwähnten Umständen (Zahlung durch Bauherrn, Abnahme, Abnahmefiktion) erteilt. In § 641 Abs. 3 BGB n. F. wurde schließlich der sog. „Druckzuschlag“ beim Mängleinbehalt vom Werklohn für den Regelfall auf „das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten“ ermäßigt.

Hingewiesen sei auch noch darauf, dass § 649 BGB ein neuer Satz 3 angefügt wurde, der eine Vermutungsregel zur Höhe des Vergütungsanspruchs nach einer Kündigung des Werkvertrags durch den Besteller bringt.

2. Bauhandwerkersicherung, Fertigstellungsbescheinigung, vorläufige Zahlungsanordnung

Die Bauhandwerkersicherung nach § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB wurde neben Änderungen im Detail¹² auch strukturell umgestaltet: Bislang stand dem Unternehmer nur ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Besteller dem Verlangen nach einer Sicherheit nicht nachkam. Das hatte fatale Folgen in einer späteren Insolvenz des Bauherrn oder Generalunternehmers, weil der Insolvenzverwalter die auf ein solches Verlangen

¹⁰ BT-Drucks. 16/511, S. 15; Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 2.

¹¹ Näher zu dieser Sicherheit unten III.

¹² Hierzu v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 616 f.; *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 441.

innerhalb der Krise bestellte Sicherheit als inkongruente Deckung gemäß § 131 InsO anfechten konnte. Das scheidet jetzt aus, weil § 648 a Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. zur Anspruchsgrundlage aufgewertet wurde, eine bestellte Sicherheit folglich kongruent und damit grundsätzlich unanfechtbar ist.¹³

Die sog. „Fertigstellungsbescheinigung“ enthielt in § 641 a BGB (über § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB hinaus) einen weiteren Fall der Abnahmefiktion. Diese ohnehin hypertrophe Vorschrift hat sich gleichsam mit Ansage nicht bewährt; der Gesetzgeber hat dies offenbar jetzt erkannt¹⁴ und die Vorschrift gestrichen,¹⁵ zusammen mit der Aufhebung der entsprechenden Verjährungshemmung in § 204 Abs. 1 Nr. 8 Alt. 2 BGB. Als geradezu putzig muss aber die weitere Begründung des Gesetzgebers hierfür angesehen werden: „Mit Einführung des Instituts der vorläufigen Zahlungsanordnung steht ein geeigneter Weg zur Verfügung.“¹⁶ Die vorläufige Zahlungsanordnung wurde gar nicht Gesetz!

Im ursprünglichen Gesetzentwurf war noch die Einführung des Instituts ebendieser „vorläufigen Zahlungsanweisung“ durch Schaffung eines neuen § 302 a ZPO vorgesehen.¹⁷ Diese, an Korpulenz mit dem gerade abgeschafften § 641 a BGB vergleichbare Vorschrift sollte dem Gericht die Titulierung des vom Unternehmer geltend gemachten Zahlungsanspruchs schon vor Entscheidungsreife ermöglichen, „soweit die Klage nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hohe Aussicht auf Erfolg hat und die Anordnung nach Abwägung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger gerechtfertigt ist, die sich aus der voraussichtlichen Verfahrensdauer ergeben“. Das wäre, abgesehen von auch hier (wie bei der Fertigstellungsbescheinigung) voraussehbarer praktischer Nichthandhabbarkeit, ein ganz neuartiges, im bisherigen zivilprozessualen System¹⁸ nur schwer einzuordnendes Rechtsinstitut gewesen.¹⁹ Erst auf Intervention des Rechtsausschusses wurde die „vorläufige Zahlungsanordnung“ nicht Gesetz.²⁰ Von der Tagesordnung ist dieses Institut ausweislich des Ausschussberichts allerdings nicht!²¹

3. Keine Privilegierung der VOB/B im Recht der AGB

Haben die Beteiligten eines Bauvertrags die Geltung der VOB/B vereinbart, gab es bislang gesetzliche Einzelprivilegierungen in § 308 Nr. 5 und in § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB, die aufgehoben wurden. Das bedeutet das Ende der Privilegierung der VOB/B gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB), eröffnet also eine Inhaltskontrolle – wie auch sonst bei AGB – am Maßstab der §§ 307–309 BGB. Diese Novellierung ist zwar für die Notarpraxis nicht von zentraler Bedeutung,²² da bei (Wohn)bauträgerverträgen die VOB/B ohnehin nicht ver-

wendet werden darf.²³ Irrelevant ist sie aber nicht, da durchaus auch einmal normale Bauleistungen, in denen die VOB/B (ganz oder teilweise) vereinbart wird, zur Beurkundung kommen können, etwa auch im Zusammenhang mit anderen – zumal beurkundungsbedürftigen – Vertragsbestimmungen (mag es sich dabei also nicht gleich um ganze Bauverträge handeln). Deshalb soll auf diese Novellierung nachfolgend noch einmal gesondert eingegangen werden.²⁴

II. Abschlagszahlungen im Bauträgervertrag

Während § 632 a Abs. 1 BGB die Zulässigkeit von Abschlagszahlungen allgemein für das Werkvertragsrecht – neu – regelt,²⁵ soll § 632 a Abs. 2 BGB n. F. das Verhältnis dieser Neuregelung zu anderen Abschlagszahlungsregelungen klarstellen.²⁶ Er betrifft damit praktisch die Bauträgerverträge, für welche die zulässigen Abschlagszahlungen in der „Verordnung über die Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen“ vom 23.5.2001²⁷ unter Verweis auf die MaBV festgelegt sind.²⁸ Hervorzuheben ist dabei zunächst, dass das BGB in dem neuen § 632 a Abs. 2 BGB erstmals eine praktische Definition des Bauträgervertrags enthält.²⁹ Dieser ist demnach ein Vertrag über die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks, der zugleich die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums an einem Grundstück oder zur Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts enthält.

Bei Bauträgerverträgen können Abschlagszahlungen i. S. v. § 632 a Abs. 1 BGB n. F. nur verlangt werden, soweit sie gemäß einer Verordnung aufgrund von Art. 244 EGBGB vereinbart sind. Dies ist eben die erwähnte Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.5.2001. Deren § 1 wird durch das FoSiG in zweifacher Hinsicht erweitert: Zum einen werden die Worte „oder den Umbau“ eingefügt. Damit soll diese Verordnung in Übereinstimmung mit § 632 a Abs. 2 und 3 BGB n. F. gebracht werden. Denn dort wird für die Definition des Bauträgervertrags auf die Errichtung oder den Umbau eines Gebäudes abgestellt. Ausweislich der Begründung will der Gesetzgeber den Begriff „Umbau“ entsprechend § 3 Nr. 5 HOAI verstanden wissen;³⁰ er wird dort definiert als Umgestaltung eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion und Bestand. Auch wenn die Formulierung der MaBV möglicherweise etwas weiter geht,³¹ Stets bedarf es jedenfalls auch für deren Anwendbarkeit einer gewissen Intensität und Nachhaltigkeit der baulichen Maßnahmen.³² Daraus wird ersichtlich, dass zwar umfang-

¹³ Vgl. näher *M. Huber*, JuS 2009, 23, 25 f. m. w. N.

¹⁴ BT-Drucks. 16/511, S. 16.

¹⁵ Näher zum Wegfall des § 641 a BGB und den kautelarjuristischen Auswirkungen, insbesondere auf etwa doch noch mögliche Vollstreckungsunterwerfungen im Bauträgervertrag, *Basty*, DNotZ 2008, 891, 901.

¹⁶ BT-Drucks. 16/511, S. 16; vom Rechtsausschuss in BT-Drucks. 16/9787 unbeanstandet gelassen.

¹⁷ BT-Drucks. 16/511, S. 7, 19–23.

¹⁸ Teilurteil (§ 301 ZPO), vorläufige Vollstreckbarkeit (§§ 708 ff. ZPO), Arrest (§§ 916 ff. ZPO), einstweilige Leistungsverfügung (§ 940 ZPO).

¹⁹ *Gaul* in FS Vollkommer, 2006, S. 61, 83 ff.; *M. Huber*, JuS 2009, 23, 27.

²⁰ BT-Drucks. 16/9787, S. 6–8, 19.

²¹ Vgl. BT-Drucks. 16/9787, S. 16 f., 19.

²² Wohl aber für die Gestaltung von allgemeinen Bauverträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern, *Hügel*, NotBZ 2008, 437.

²³ Praktisches Ergebnis aus BGH, NJW 2004, 1597 = MittBayNot 2004, 365 sowie aktuell NZBau 2008, 640, vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 1113.

²⁴ Siehe unten IV.

²⁵ *Palandt/Sprau*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 632 a Rdnr. 2.

²⁶ BT-Drucks. 16/511, S. 15; *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 438; *Basty*, DNotZ 2008, 891, 892.

²⁷ BGBl 2001 I, S. 981; vgl. zur Ermächtigungsgrundlage BGH, DNotZ 2007, 925.

²⁸ BT-Drucks. 16/511, S. 15; *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 438.

²⁹ Allerdings keine Legaldefinition (so z. B. *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 438), da das BGB den Begriff „Bauträgervertrag“ selbst nach wie vor nicht verwendet.

³⁰ BT-Drucks. 16/511, S. 15; zu Recht kritisch hierzu *Leitzen*, ZNotP 2009, 1, 7.

³¹ *Grziwotz/Everts*, MaBV, § 1 Rdnr. 12; *Basty*, DNotZ 2008, 891, 892; *Leitzen*, ZNotP 2009, 1, 7.

³² Vgl. BayObLG, MittBayNot 2005, 304 m. Anm. *Basty*; *Grziwotz/Everts*, MaBV, § 1 Rdnr. 12; *Blank*, notar 2008, 380, 381. Das von *Leitzen* (ZNotP 2009, 1, 7) theoretisch richtig gesehene Abstimmungs- und Anwendungsproblem dürfte sich daher in der Praxis nicht ergeben.

reichere Modernisierungen, nicht aber kleinere Instandsetzungsarbeiten als Umbau angesehen werden können.³³

Im Ergebnis können somit beim Bauträgervertrag Abschlagszahlungen nur unter den kumulativen Voraussetzungen des § 632 a BGB sowie der Verordnung über Abschlagszahlungen (aufgrund Art. 244 EGBGB) verlangt werden.³⁴ Die Verordnung bestimmt wiederum, dass der Erwerber zur Leistung von Abschlagszahlungen nur entsprechend § 3 Abs. 1 und 2, § 7 MaBV verpflichtet werden kann. Die Verweisungskette geht also von § 632 a Abs. 2 BGB n. F. über Art. 244 EGBGB und die Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in die MaBV.³⁵ Die letzten Zweifel daran, ob Bauträgerverträge denn tatsächlich entsprechend dem bewährten Modell der MaBV gestaltet werden können, dürften damit zwar endgültig beseitigt sein.³⁶ Bemerkenswert³⁷ ist es gleichwohl, was für das verbraucherrelevante und eigentlich eingängige Ratenregime der MaBV neben der im Vorfeld im Schrifttum geflossenen Tinte noch für ein normativer Implementationsaufwand betrieben werden musste.

III. Insbesondere: Die Fertigstellungssicherheit im Bauträgervertrag

Nach § 632 a Abs. 3 BGB ist bei „Verbraucher“-Bauträgerverträgen dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten. Diese neue Regelung ist zwar kein zwingendes Recht;³⁸ die Norm dürfte aber (wie § 632 a BGB überhaupt) künftig zu den wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts bei Verbraucherverträgen gehören.³⁹ Ohne eine solche Sicherheit wäre der Bauträger in diesen Fällen nicht berechtigt, überhaupt Abschlagszahlungen zu verlangen, die Vergütung wäre erst bei Abnahme zu entrichten;⁴⁰ dies ist sowohl bei der Vertragsgestaltung als auch bei der praktischen Abwicklung zu bedenken. Diese auf den ersten Blick als solche erscheinende Rechtswohltat für die Erwerber dürfte sich wirtschaftlich als Bumerang erweisen. Abgesehen davon, wie mit dieser Art der Sicherheit dem strukturellen Risiko von Bauträger- und Generalübernehmerverträgen überhaupt begegnet werden kann,⁴¹ dürfte die Verbesserung der Rechtsposition, wie so oft beim Verbraucherschutz, letztlich nur um eine Preiserhöhung zu haben sein.⁴²

Die Fertigstellungssicherheit betrifft sowohl vom Wortlaut als auch vom Zweck des Gesetzes her nicht nur den „Reißbretterwerb“, sondern auch Fälle, in denen auf den ersten Blick möglicherweise Kaufrecht überwiegt. Die Sicherheit ist daher sowohl bei Erwerbsverträgen über Altbauten mit Sanierungsleistungen (über das Maß kleinerer Reparaturen hinaus)⁴³ zu stellen, als auch in den sog. Nachzüglerfällen. Auch bei

bereits hergestellten, aber neuen Objekten ist die Sicherheit zu stellen, wenn der „Verkäufer“ noch Leistungen (über die vorerwähnten Reparaturen hinaus) zu erbringen hat und hierfür noch z. B. eine Rate extra, nach Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen im Übrigen, vereinbart wird. Dann müssen die 5 % von der „Kaufpreisrate“ ebenfalls zunächst „abgezogen“ werden.

1. Höhe der Sicherheit

Die Fertigstellungssicherheit muss 5 % des „Vergütungsanspruchs“ betragen, § 632 a Abs. 3 Satz 1 BGB. Sie ist bereits bei der ersten Abschlagszahlung in voller Höhe zu stellen (nicht nur in Höhe von 5 % der jeweiligen Abschlagszahlung).⁴⁴

Fraglich ist, auf welcher Basis die 5%ige Sicherheit des Bestellers zu berechnen ist und auf welche „erste“ Rate dabei abzustellen ist. Hierüber hat sich mangels Klarstellung durch den Gesetzgeber (auch in der Begründung) bereits mit Inkrafttreten des Gesetzes ein Meinungsstreit entzündet. Nach der überwiegenden Ansicht ist der gesamte Vergütungsanspruch des Bauträgers gemeint, nicht nur der auf die Baupflicht entfallende Teil, sondern einschließlich des Grundstücksanteils,⁴⁵ so dass die „erste Rate“ diejenige betreffend den Beginn der Erdarbeiten (30%) meint. Nach anderer Auffassung ist die Sicherheit von 5 % auf der Basis der restlichen Raten von 70% des Gesamtpreises zu berechnen (also 3,5% des Gesamtpreises) und nicht bereits bei der 30%-Rate für den Beginn der Erdarbeiten, sondern erst von der nachfolgenden „ersten“ Werkrate abzuziehen.⁴⁶

Zu folgen ist der erstgenannten, überwiegenden, Auffassung. Sie führt zwar dazu, dass der Bauträger für dieselbe Bauverpflichtung eine höhere Sicherheit leisten muss als der Generalübernehmer.⁴⁷ Ohne dass aber auf die einzelnen weiteren Argumente hier näher eingegangen werden kann und obwohl die (jeweils ausführlich begründete) abweichende Ansicht dabei wohl die „materielle“ Richtigkeit und „natürliche“ Logik auf ihrer Seite hat, wird man für die Praxis wohl die Pauschalargumentation und -begründung des Gesetzgebers für § 632 a BGB n. F. insgesamt für ausschlaggebend halten müssen: Auch wenn sich der Gesetzgeber zu dem vorstehenden Problem keine konkreten Gedanken gemacht hat, soll doch die Sicherheit ausweislich der Gesetzesbegründung⁴⁸ alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt. Insbesondere mit Blick auf eine mögliche Insolvenz des Unternehmers soll dem Besteller/Erwerber eine gewisse Sicherung im Hinblick auf Mehraufwendungen verschafft werden; ein abgesicherter Verzug bei Bauträgerverträgen erfasst letztlich auch die Eigentumsverschaffungspflicht bzw. den Verzug (auch) hiermit. Eine Aufspaltung, wie die abweichende Auffassung sie postuliert, ist hierbei in der Begründung nicht angelegt, vielmehr das Gegenteil.

Daher erfordert schon das Gebot des sichersten Weges bei der Vertragsgestaltung, in Bauträgerverträgen mit Verbrauchern bei der Fertigstellungssicherheit den Gesamtpreis und den Beginn der Erdarbeiten für maßgeblich zu halten. Die Gefahr,

³³ Hügel, NotBZ 2008, 437, 438; Basty, DNotZ 2008, 891, 892.

³⁴ Hügel, NotBZ 2008, 437, 438.

³⁵ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 2; Jeep, notar 2008, 384.

³⁶ Palandt/Sprau, § 632 a Rdnr. 14; Basty, DNotZ 2008, 891, 892; Blank, notar 2008, 380, 381.

³⁷ So auch die Attributierung bei Jeep, notar 2008, 384.

³⁸ BT-Drucks. 16/511, S. 15.

³⁹ Basty, DNotZ 2008, 891, 896 f.; Blank, notar 2008, 380, 383.

⁴⁰ Vgl. BGH, DNotZ 2007, 925; BGH, MittBayNot 2001, 62 je zu Abweichungen bei § 3 MaBV; Basty, DNotZ 2008, 891, 893; Blank, notar 2008, 380, 381.

⁴¹ Ob es sich nicht statt Pauschalierung doch vielleicht um Aktivismus handelt, kann auch die Gesetzesbegründung nicht ganz verschleiern, vgl. BT-Drucks. 16/511, S. 15.

⁴² Leinemann, NJW 2008, 3745, 3747.

⁴³ Siehe auch oben II.

⁴⁴ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 3.

⁴⁵ Basty, DNotZ 2008, 891, 893; Blank, notar 2008, 380, 381; Hügel, NotBZ 2008, 437, 439, 441; Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 3.

⁴⁶ Jeep, notar 2008, 384 f.; Leitzen, ZNotP 2009, 3, 9 f.

⁴⁷ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 3.

⁴⁸ BT-Drucks. 16/511, S. 15.

die bei einer Abweichung hiervon droht, ist zu groß. Denn möglicherweise (m. E. vor dem Hintergrund des Verbots geltungserhaltender Reduktion sogar wahrscheinlich) hält ein Gericht dann die Sicherheit insgesamt nicht für richtig gestellt,⁴⁹ mit der schon dargestellten Folge, dass der Erwerber Zahlungen vor Abnahme insgesamt verweigern und bereits geleistete Zahlungen zurückverlangen könnte.⁵⁰

2. Art der Sicherheit

§ 632 a Abs. 3 BGB bestimmt neben der Höhe zunächst nur, dass der Bauträger eine Sicherheit zu stellen hat. Über die Art der Sicherheit enthält die Vorschrift unmittelbar keine Aussage, so dass insoweit die allgemeinen Grundsätze für eine Sicherheitsleistung nach den §§ 232 ff. BGB gelten.⁵¹

a) Personalsicherheit

Nach § 232 Abs. 1 BGB kann eine Sicherheitsleistung stets durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Verpfändung erfolgen, also durch Realsicherheit. Die Stellung eines „tauglichen Bürgen“, also einer Personalsicherheit, wäre nach der allgemeinen Regelung des § 232 Abs. 2 BGB nur zulässig, wenn eine Sicherheit nicht durch Hinterlegung oder Verpfändung geleistet werden kann. Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass eine „Hinterlegung“ auf einem Notaranderkonto schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil § 232 Abs. 1 BGB allein die Hinterlegung nach der Hinterlegungsordnung⁵² bei den Amtsgerichten (§ 1 Abs. 2 HintO) meint.⁵³

In dieser Situation hilft der neue § 632 a Abs. 4 BGB. Diese Vorschrift lässt abweichend von § 232 Abs. 2 BGB eine Sicherheitsleistung „auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers“ zu. In der Praxis werden nur diese Sicherheiten durch Kreditinstitute eine Rolle spielen, wobei es sich dann meist um Bankbürgschaften handeln dürfte.⁵⁴ Dabei ist darauf zu achten, dass aufgrund des z. T. unterschiedlichen Sicherheitenzwecks die Fertigstellungssicherheit ggf. auch neben einer MaBV-Bürgschaft erforderlich ist.⁵⁵

b) „Realsicherheit“: Einbehalt

Alternativ kann die Stellung der Sicherheit nach § 632 a Abs. 3 Satz 3 BGB auf Verlangen des Bauträgers auch in der Weise erbracht werden, dass ein Einbehalt des Erwerbers in derselben Höhe (also 5% des *Gesamtpreises*⁵⁶) erfolgt. Der Erwerber zahlt dann beim Bauträgervertrag anstelle der nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV zulässigerweise (höchstens) zu vereinbarenden 30% des Preises bei Fälligkeit der ersten⁵⁷ Abschlagszahlung nur 25% (bzw. bei einem Erbbaurecht nur 15%) und behält 5% des Preises als Fertigstellungssicherheit ein.⁵⁸

⁴⁹ So zu Recht selbst *Leitzen*, ZNotP 2009, 3, 9.

⁵⁰ Mutig daher die Einschätzung von *Jeep*, notar 2008, 384, 385, unter m. E. unrichtiger Zitierung von *Blank*, notar 2008, 380.

⁵¹ *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 439.

⁵² *Schönfelder* lfd. Nr. 121.

⁵³ *Palandt/Heinrichs*, § 232 Rdnr. 2.

⁵⁴ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 2; für den Fall, dass die Bürgschaft durch den Notar verwahrt werden soll, siehe den Formulierungsvorschlag von *Basty*, DNotZ 2008, 891, 899.

⁵⁵ *Basty*, DNotZ 2008, 891, 898; *Blank*, notar 2008, 380, 383.

⁵⁶ Siehe oben 1.

⁵⁷ Siehe oben 1.

⁵⁸ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 2 f.

c) Wahlrecht des Veräußerers vs. Fixierung im Vertrag

Dem Unternehmer steht dabei ein Wahlrecht zu, ob er eine Bürgschaft o. Ä. stellt oder ob ein Einbehalt durch den Erwerber erfolgen soll. Als wesentlicher Teil des Vertragsinhalts kann die Art der Sicherheit bei Vertragsabschluss freilich nicht offen bleiben, sondern muss im Bauträgervertrag festgehalten werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Bauträger sich definitiv für eine bestimmte Sicherheit zu entscheiden hat. Will er sich die Auswahl für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten, ist dies möglich. Allerdings muss diese Wahlmöglichkeit im Vertrag fixiert sein; hat sich der Bauträger die Auswahl im Vertrag vorbehalten, muss er sich also spätestens zum Zeitpunkt der ersten Abschlagszahlung entscheiden.⁵⁹ Legt man den Bauträger im Vertrag nicht fest oder gestaltet man die Auswahlmöglichkeit im Vertrag nicht dementsprechend, so kann auch hier drohen, dass dem Bauträger die Entgegennahme von Abschlagszahlungen insgesamt verwehrt ist und er erst nach vollständiger Fertigstellung des Vertragsobjekts Zahlung des gesamten Preises verlangen kann.⁶⁰

d) Sicherheitenwechsel

Trotz der erforderlichen Festlegung auf die Art der Sicherheit noch vor Fälligkeit der ersten Rate stellt sich bei § 632 a Abs. 3 BGB die Frage nach einem möglichen späteren Austausch oder Wechsel der Sicherheiten (ähnlich z. B. gemäß § 7 Abs. 1 Satz 4 MaBV). Da es nur darauf ankommt, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt – Fälligkeit der ersten Rate – überhaupt Sicherheit gestellt ist, dürfte es zulässig sein, wenn der Einbehalt gegen die Bürgschaft „getauscht“ wird, d. h. die zurückbehaltenen 5% der ersten Rate fällig werden, sobald die alternative Sicherheit gestellt wird.⁶¹ Eine Zustimmungspflicht des Unternehmers besteht nicht,⁶² doch sollte man wegen der u. U. überraschenden Wirkung den Erwerber belehren, damit er schon im Voraus entsprechende Liquiditätsvorkehrungen treffen kann. Der umgekehrte Fall (Stellung z. B. der Bürgschaft gegen Rückzahlung von 5% des Kaufpreises aus der ersten Rate) dürfte in der Praxis wegen wirtschaftlicher Sinnlosigkeit nicht vorkommen.

e) Sicherheitenmischung

Problematisch ist schließlich, ob die Stellung der Sicherheit von Anfang an auch „gemischt“ erfolgen kann, also z. B. in Höhe von 2% durch eine Bürgschaft o. Ä., in Höhe von 3% durch Einbehalt (und ob dies auch, noch dazu was die Zusammensetzung der „Anteile“ angeht, ggf. zum Bestandteil des Auswahlrechts bis zur ersten Rate gemacht werden kann). Dieses Problem ist, soweit ersichtlich, bislang noch nicht diskutiert worden. M. E. ist eine solche Möglichkeit aber klar abzulehnen. Zwar erscheint der Wortlaut von § 632 a Abs. 3 Satz 1, 3 BGB n. F. insoweit vielleicht noch offen. Auch hier gibt aber ein Vergleich mit den Sicherungen der MaBV den Ausschlag. Anerkanntermaßen ist nämlich eine Kombination der Sicherungsmittel aus § 3 Abs. 2 und § 7 MaBV unzulässig.⁶³ Zwar dient die MaBV-Bürgschaft letztlich anderen Zwecken.⁶⁴ Diese spielen hier aber keine Rolle, sondern ent-

⁵⁹ *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 439, unter Hinweis auf die entsprechende Rechtslage zur Bürgschaft nach § 7 MaBV.

⁶⁰ *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 439.

⁶¹ Hiervon gehen z. B. *Basty*, DNotZ 2008, 891, 900 und *Leitzen*, ZNotP 2009, 3, 13 in ihren jeweiligen Formulierungsvorschlägen aus.

⁶² Und ist entgegen dem Formulierungsvorschlag von *Leitzen*, ZNotP 2009, 3, 13 auch nicht empfehlenswert, weil dies den Ratenplan beim Bauträger durcheinanderbringt.

⁶³ *Grziwotz/Krause*, MaBV, § 7 Rdnr. 56 m. w. N.

⁶⁴ Siehe unten 3.

scheidend ist das Verfahren selbst, das zur Unzulässigkeit der Sicherheitenkombination in der MaBV führt. Dies ist auf die Fertigstellungssicherheit nach § 632 a Abs. 3 BGB übertragbar. Selbst wenn man diesbezüglich anderer Auffassung wäre, so wären doch auch hier die (möglichen) Folgen einer etwaigen Unwirksamkeit unverhältnismäßig groß, nämlich Gesamtfälligkeit erst nach Fertigstellung/Abnahme, so dass auch bei § 632 a BGB von einer Sicherheitenkombination dringend abzuraten ist.

3. Zweck und Rückgabe der Sicherheit

Nach dem Gesetzeswortlaut dient die Sicherheit „für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel“. Damit entspricht der Sicherungsumfang dem bei einer Vertragserfüllungsbürgschaft.⁶⁵ Nach den allgemeinen Grundsätzen – nachdem Gesetz und Gesetzesbegründung zum Zeitpunkt der Rückgabe der Sicherung keine Aussage treffen – muss die Sicherheit nur solange aufrechterhalten werden, wie der Sicherungsfall eintreten kann.⁶⁶ Andernfalls ist die Sicherheit zurückzugewähren, sei es durch Herausgabe z.B. der Bürgschaftsurkunde, sei es durch Bezahlung der (nunmehr fälligen) bis dato einbehaltenen 5% des Preises.

a) Die „mängelfreie Herstellung“

Als maßgeblichen Zeitpunkt der Sicherheitenrückgewähr erwähnt das Gesetz lediglich die (rechtzeitige)⁶⁷ „Herstellung des Werkes“ „ohne wesentliche Mängel“. Dies bedarf der Präzisierung für Zwecke der Vertragsgestaltung und -abwicklung, zumal eine pauschale Befristung der Sicherheit unzulässig wäre. Abzuschichten ist zunächst, dass hierzu nicht die Mängelfreiheit insgesamt, „als solche“, des Vertragsobjekts gehört (so dass die Sicherheit bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB aufrechterhalten werden müsste!). Denn die Fertigstellungssicherheit des § 632 a Abs. 3 BGB ist, wie erwähnt, eine Erfüllungsbürgschaft, keine Gewährleistungsbürgschaft; auch steht grundsätzlich bei Mängelansprüchen dem Erwerber der selbständige Mängelbehalt mit Druckzuschlag gemäß § 641 Abs. 3 BGB zu.

Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich der (gewerberechtliche) Begriff der „Fertigstellung“ in § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV nicht mit dem (zivilrechtlichen) Begriff der „Abnahme“ in § 640 BGB deckt, wobei allerdings im Hinblick auf die Wertung des § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB schon bei Abnahmereife *zivilrechtlich* von einer vollständigen Fertigstellung ausgegangen werden kann.⁶⁸

Es empfiehlt sich daher zunächst, die Rückabwicklung der Fertigstellungssicherheit getrennt zu regeln und nicht einfach die letzte Rate auf 8,5% (bzw. beim Erbbaurecht: 9%) zu erhöhen.⁶⁹ Darüber hinaus wäre dann noch die vom Gesetz in Bezug genommene Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Mängeln im Auge zu behalten. Diese vom Gesetz vorgegebene Entscheidung sollte in die Vertragspraxis gerade nicht übernommen werden, da ansonsten eine reine Verschiebung der Argumente droht.⁷⁰

Führt man diese Punkte zusammen, so destilliert sich für die Zwecke der Kautelarjurisprudenz eine Lösung heraus,⁷¹ wo-

nach die Rückgabe spätestens Zug um Zug mit Abnahme des Werks zu erfolgen hat, im Falle bei Abnahme gerügter Mängel („Protokollmängel“) spätestens Zug um Zug mit Beseitigung derselben, unabhängig davon, ob diese „wesentlich“ sind oder nicht. Letzteres ist dem Unternehmer auch zumutbar, da er durch das Protokoll sein Arbeitsprogramm genau kennt; ein Recht auf „wenigstens leichte“ Schlämpigkeit gibt es nämlich nicht. Erst nach der Abnahme gerügte Mängel⁷² sind von der Sicherheit nicht erfasst – sollen auch diese abgesichert werden, wäre eine Gewährleistungsbürgschaft erforderlich.⁷³ Anders wäre dies freilich wiederum, wenn der Bauträger bei/wegen der Beseitigung der Protokollmängel seinen ursprünglich im Vertrag genannten Termin nicht halten kann – denn dann wäre das Werk ja wiederum nicht *rechtzeitig* „hergestellt“ im Sinne des Gesetzes. Dass die Rückgabepflicht (wie auch sonst bei Verzug) nicht besteht, wenn das Bauwerk nicht rechtzeitig hergestellt wird und daher Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens bestehen, ist vom Gesetz aber wieder klar gedeckt.

Klar ist, dass reine Teilabnahmen, z. B. nach Bauabschnitten, nicht zur „anteiligen“ Rückgabepflicht der Sicherheit bzw. anteiligen Fälligkeit der einbehaltenen Vergütung führen. Der Gesetzeswortlaut ist eindeutig, der Unternehmer soll bis zum Schluss so zum sorgfältigen Arbeiten angehalten werden. Daraus folgt auch, dass eine „Teilabnahme“ nur des Sondereigentums nach WEG und/oder von Sondernutzungsbereichen des Gemeinschaftseigentums den Sicherungszweck noch nicht entfallen lässt. Behält sich der Bauunternehmer die Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu einem gesonderten Zeitpunkt vor (z. B. durch Sachverständigen mit Wirkung für und gegen alle Eigentümer/Erwerber), so mag er zwar zur Übergabe des Sondereigentums verpflichtet sein, erhält aber die Sicherheit bzw. die einbehaltenen 5% erst mit Abnahme auch des Gemeinschaftseigentums. Der Baupraxis sollte daher geraten werden, entweder die Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorzuziehen oder aber, wenn der Unternehmer möglicherweise auf die Geldsumme angewiesen ist, im Vertrag zu vereinbaren, dass jeder Vertragsteil vom anderen eine vorzeitige Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Wirkung für und gegen sich verlangen kann.

b) Die „rechtzeitige Herstellung“

Dies führt zu der bislang nicht näher erörterten Problematik der Sicherheitenrückgewähr (bzw. Zahlung der einbehaltenen 5%) gerade für den Fall des Verzugs. Dieser dürfte bei Bauvorhaben nämlich eher die Regel als die Ausnahme sein, auch wenn Verzugsschäden im Verbraucherbereich schwierig zu konstruieren sein dürften. Zu bedenken ist, dass die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung im Zweifel keinen Verzicht auf den Ersatz des Verspätungsschadens enthält und für den Anspruch die Verjährungsfrist des Hauptanspruchs gilt.⁷⁴ Dann wäre im Ergebnis für den Unternehmer nichts gewonnen. Hier sollte man unter Beachtung des § 308 Nr. 5 BGB (fingierte Erklärungen) vereinbaren, dass Ansprüche wegen der Terminüberschreitung innerhalb eines angemessenen Zeitraums ab Abnahme(reife) schriftlich gegenüber dem Unternehmer geltend gemacht sein müssen; hierauf muss der Unternehmer bei der Abnahme nochmals besonders hinweisen (§ 308 BGB Nr. 5 lit. b) BGB!), was durch schlichte, aber deutlich hervorgehobene Ergänzung des Abnahmeprotokollbogens um einen entsprechenden Hinweis geschehen könnte.

⁶⁵ BT-Drucks. 16/511, S. 15; näher *Blank*, notar 2008, 380, 382 f.

⁶⁶ *Leitzen*, ZNotP 2009, 3, 10; *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 440; *Palandt/Sprau*, § 632 a Rdnr. 19.

⁶⁷ Siehe unten b).

⁶⁸ *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 440, m. w. N.

⁶⁹ Ebenso Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 4.

⁷⁰ Siehe oben I. 1. und Fn. 8.

⁷¹ So im Ergebnis auch *Basty*, DNotZ 2008, 891, 894 ff.; *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 440.

⁷² Und zwar auch wesentliche!

⁷³ Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 4.

⁷⁴ *Palandt/Heinrichs*, § 286 Rdnr. 42.

c) Fertigstellungssicherheit und allgemeines Leistungsverweigerungsrecht

Hinsichtlich anderer, nicht durch die Fertigstellungssicherheit abgedeckter Mängel kann nach zutreffender Auffassung dann kein weiteres, *allgemeines* Zurückbehaltungsrecht an der *Sicherheit* (d.h. Rückbehalt z.B. der Bürgschaftsurkunde oder weiterer Einbehalt von 5% des Preises), sei es nach § 320 BGB⁷⁵ oder nach § 273 BGB, geltend gemacht werden. Das Werk ist dann jedenfalls im Sinne des konsequenterweise abschließend zu verstehenden § 632 a Abs. 3 BGB rechtzeitig hergestellt. §§ 320, 273 BGB sind *insoweit* also gesperrt (abgesehen davon, dass die Sicherheitenstellung als solche außerhalb des für § 320 BGB erforderlichen Synallagmas liegt). Es droht also auch an dieser Stelle keine „kalte“ Erhöhung der Schlussrate von 3,5% auf 8,5% (bzw. 9% beim Erbbaurecht). In diesen Fällen kann dann dem Erwerber nur der allgemeine, hierfür auch vorgesehene, Mängelinbehalt des § 641 Abs. 3 BGB mit Druckzuschlag greifen.⁷⁶

d) Fertigstellungssicherheit und Erschließungskosten

Unabhängig von dem Problem eines allgemeinen Zurückbehaltungsrechts bleibt noch zu untersuchen, ob die neue Fertigstellungssicherheit des § 632 a Abs. 3 BGB vielleicht auch für das unlängst vom BGH behandelte „Erschließungskostenproblem“ im Bauträgervertrag⁷⁷ dienstbar gemacht werden kann. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu keine Aussagen. Wenn aber die Fertigstellungssicherheit ersichtlich als pauschale Zusatz-Absicherung konzipiert ist und man den Bauträgervertrag als Gesamtpaket begreift, ist es nur konsequent, wenn diese Sicherheit eben alle Risikopunkte abdecken soll, die das Ziel (und die Vorstellung) des schlüsselfertigen Eigentumserwerbs gegen fixe Vergütung beim Vertragspartner gefährden. Hierzu kann auch die Problematik der ungesicherten Vorleistungen bei Erschließungskosten gerechnet werden.

Ein Patentrezept zu deren Lösung gibt es nicht, die Rahmenbedingungen sind je nach Bauprojekt und Gemeinde zu verschieden. Teilweise sind Regelungen nicht nötig, weil die Vorleistungsgefahr anderweit gebannt ist, teilweise auch bei objektiver Erforderlichkeit schlichtweg praktisch nicht umsetzbar (insbesondere bei „unkooperativem“ Gemeindevverhalten).⁷⁸ Wenn sowohl nötig als auch machbar, kommt eine Erweiterung der Sicherheits-Rückgewährklausel dahingehend in Betracht, dass dem Erwerber der Ausschluss einer Inanspruchnahmefähigkeit wegen der vom Veräußerer zu tragenden Erschließungskosten nachgewiesen ist oder die Zahlung dieser Kosten an den Träger nachweislich sichergestellt ist. Damit ist m. E. auch das „BGH-Problem“ gelöst. Dies muss aber keinesfalls, um es zu wiederholen, standardisiert in das Bauträgervertragsmuster bei der Sicherheitenrückgewähr aufgenommen werden.

4. Formulierungsvorschlag

In vielen Fällen steht derzeit bei Beurkundung noch nicht fest, welche Art Sicherheit der Veräußerer stellen wird, oder der Veräußerer möchte sich dies bis zur Fälligkeit der ersten Rate offen halten. Dann kann folgendes „Grundmuster“ vorgeschlagen werden:

⁷⁵ So *Hügel*, NotBZ 2008, 437, 440.

⁷⁶ Ebenso Gutachten, DNotI-Report 2009, 1, 4 m. w. N.

⁷⁷ BGH, MittBayNot 2008, 313 m. Anm. *Basty*.

⁷⁸ Vgl. die Gestaltungsüberlegungen von *Basty*, MittBayNot 2008, 316 (mit resignierendem Resümee S. 317).

Fälligkeit der Vergütung

Wenn die zuvor in Abs. ... vereinbarten Grundvoraussetzungen erfüllt sind, ist die Vergütung zu 95 % nach Baufortschritt gemäß § 3 Abs. 2 MaBV zu entrichten, und zwar in folgenden Raten:

- nach Beginn der Erdarbeiten 25 %,
- nach Rohbaufertigstellung, einschließlich Zimmerarbeiten und Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen 33,6 %,

(usw.)

- nach Bezugsfertigkeit und Zug um Zug gegen Besitzübergang 8,4 %,
- nach vollständiger Fertigstellung einschließlich Außenanlagen 3,5 %.

Der verbleibende Betrag von 5% ist zur Zahlung fällig, Beginn der Erdarbeiten vorausgesetzt, wenn nach Wahl des Veräußerers entweder

a) der Veräußerer auf seine Kosten dem Erwerber Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Vertragsobjekts ohne wesentliche Mängel in Höhe von mindestens 5 % – fünf v. H. – der gesamten Vergütung geleistet hat durch Übergabe oder Zugang einer entsprechenden Vertragserfüllungsbürgschaft eines in Deutschland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers über ebendiesen Betrag an den bzw. beim Erwerber, oder

b) wenn zum Zeitpunkt der Abnahme das Vertragsobjekt entweder rechtzeitig abnahmereif mängelfrei erstellt ist oder bei der Abnahme sowohl des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums nach Maßgabe von Abs. ... etwa festgestellte Mängel rechtzeitig innerhalb des in Abs. ... festgelegten Termins behoben sind.⁷⁹ Ist der Veräußerer in Verzug, so ist weitere Voraussetzung, dass der Erwerber keine Ansprüche wegen der Terminüberschreitung innerhalb eines Zeitraums von sechs Wochen seit dem Abnahmetermin (bei festgestellten Mängeln: sechs Wochen seit deren Beseitigung) schriftlich gegenüber dem Unternehmer konkret geltend gemacht hat. Der Veräußerer muss dabei den Erwerber bei der Abnahme nochmals besonders auf dieses Erfordernis hinweisen.

(und – Achtung, fakultativ – kein Standard! – dem Erwerber nachgewiesen ist, dass dieser nicht wegen solcher Erschließungsbeiträge und/oder sonstiger öffentlicher Abgaben in Anspruch genommen werden wird, die nach den Bestimmungen dieses Vertrags der Veräußerer zu tragen hat, z. B. durch entsprechende dem Erwerber ausgestellte Bescheinigung des entsprechenden Verwaltungsträgers über die Zahlung oder direkter Sicherheitsleistung wegen dieser Abgaben).

Leistet der Veräußerer Sicherheit durch eine Bürgschaft gemäß lit. a), so ist diese an den Veräußerer zu dem Zeitpunkt zurückzugewähren, in dem die in lit. b) genannten Voraussetzungen (ggf. außerdem die danach genannten Voraussetzungen zur Erschließungssicherung) erfüllt sind.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass bei Stellung einer Bürgschaft nach lit. a) sich die Höhe der Raten kurzfristig ändern kann, insbesondere dann die erste Rate auch 30 %

⁷⁹ Zum Verzicht auf das Merkmal „wesentliche“ siehe oben 3. a).

betragen kann. Der Erwerber kann also früher zur Zahlung eines höheren Betrags als 25 % des Preises verpflichtet sein und sollte seine Finanzierung/sonstige Liquidität darauf einstellen.

Durch die vorstehenden Bestimmungen werden etwaige sonstige Rechte und Ansprüche des Erwerbers, insbesondere wegen Verzugs, einschließlich etwaiger Zurückbehaltungsrechte nicht berührt und werden Beweislasten nicht verändert. Kleinere Mängel, die im Verhältnis zur letzten Rate geringfügig sind, begründen unabhängig von der vorstehenden Regelung aber nur einen ihrem Wert nach entsprechenden Rückbehalt, und zwar nach Maßgabe der geltenden werkvertragsrechtlichen Bestimmungen.⁸⁰

Der Veräußerer teilt den für die Fälligkeit einer Rate maßgeblichen Bautenstand dem Erwerber jeweils schriftlich mit. Die jeweilige Rate muss innerhalb zwei Wochen – Datum des Poststempels – gutgeschrieben sein, nachdem die in Abs. ... vereinbarten Voraussetzungen erfüllt sind und die Mitteilungen darüber dem Erwerber zugegangen sind.

IV. Aufhebung der Privilegierungen der VOB/B

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung⁸¹ für die Bauwirtschaft; sie wurde vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen – also in Zusammenarbeit zwischen staatlichen Stellen und privaten Verbänden – geschaffen und verfolgt das Ziel, Regeln für die Abwicklung von Bauverträgen zu schaffen, die zwischen den Interessen des Bauherrn und des Bauunternehmers einen gerechten Ausgleich herbeiführen.⁸²

Bisher war Stand der Rechtsprechung, dass wegen der (angeblichen) Ausgewogenheit die Bestimmungen der VOB/B keiner Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zugänglich seien, wenn sie von den Vertragsteilen insgesamt in den Bauvertrag einbezogen wurden.⁸³ Gemäß § 308 Nr. 5 BGB a. E. in der Fassung vor Inkrafttreten des FoSiG waren Erklärungsfiktionen in VOB/B-Verträgen von der Wertungsmöglichkeit ausgeschlossen. Ebenso waren gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB a. E. Klauseln in VOB/B-Verträgen, die die Verjährung von Mängelansprüchen erleichterten, der Wertungsmöglichkeit nicht zugänglich.

Jetzt hat der Gesetzgeber – erst auf Vorschlag des Rechtsausschusses⁸⁴ – die vorzitierten Satzteile in § 305 Nr. 5 BGB (nach dem Wort „hinzuweisen“) und in § 308 Nr. 8 b) ff) BGB (nach dem Wort „wird“) gestrichen und § 310 Abs. 1

BGB folgenden Satz angefügt: „In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichung insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“

Daraus folgt zweierlei:⁸⁵ Zum einen ist die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen AGB für Verbraucherverträge aufgehoben – ein Ergebnis, das der BGH in einem noch recht neuen Urteil⁸⁶ – gleichsam im Vorgriff auf die Reform – bereits erzielt hat. Danach unterliegen in einem „Verbraucher-Bauvertrag“ die Klauseln der VOB/B auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist. Zum anderen will der Gesetzgeber damit die Privilegierung für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand festschreiben. In diesem Fall soll keine individuelle Klauselkontrolle am Maßstab der §§ 307–309 BGB stattfinden. Ob Letzteres wirklich zulässig ist, hat der BGH in der vorzitierten Entscheidung offengelassen; die Problematik stellt sich regelmäßig aber schon deshalb nicht, weil in der Rechtspraxis eine Totaleinbeziehung so ohnehin schon seit Längerem nicht mehr unmodifiziert erfolgen dürfte.⁸⁷

Mit dem FoSiG hat der Gesetzgeber jedenfalls die bestehenden Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Europäischen Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen⁸⁸ beseitigt,⁸⁹ und damit auch die Unausgewogenheit der VOB/B, die sich daraus ergab, dass an der Erarbeitung dieses Regelwerks „die Verbraucher“ nicht beteiligt waren, so dass kein adäquater Schutz der Verbraucherinteressen gewährleistet war.

Für die Praxis folgt hieraus: Sämtliche vom Bauunternehmer gegenüber einem Verbraucher verwendete Einzelvorschriften der VOB/B sind unwirksam, wenn sie gegen ein Verbot der §§ 308 und 309 BGB verstoßen. Hingegen bleiben die Klauseln, die den Bauunternehmer unangemessen benachteiligen (können) – z. B. § 16 Nr. 3 Abs. 2, 3 VOB/B – wirksam! Einem Bauunternehmer sollte also in Zukunft eher abgeraten werden, in Bauverträgen mit Verbrauchern die VOB/B zu vereinbaren.⁹⁰ Das gilt auch für Einzelklauseln: Da die Vertragspraxis nicht mit Sicherheit voraussagen kann, welche weiteren Regelungen der VOB/B nicht in Einklang mit den §§ 307 ff. BGB zu bringen sind,⁹¹ dürfte der VOB-Vertrag für die Rechtsbeziehungen zu einem Verbraucher insgesamt ausgedient haben.⁹²

⁸⁰ Also unter Umständen mit dem Druckzuschlag, aber das muss der Erwerber und will der Bauträger so nicht lesen.

⁸¹ Je nach Sichtweise auch (wohl: Summe von) Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so z. B. *M. Huber*, JuS 2009, 23, 27.

⁸² Vgl. im Zusammenhang mit dem FoSiG insbesondere v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 618, m. N.

⁸³ BGH, NJW 1983, 816 = MittBayNot 1983, 117 (nur LS); MittBayNot 1986, 250; MittBayNot 2004, 356.

⁸⁴ Vgl. BT-Drucks. 16/9787, S. 4, 22 f.

⁸⁵ *M. Huber*, JuS 2009, 23, 27.

⁸⁶ BGH, NZBau 2008, 640; hierzu *Deckers*, NZBau 2008, 627.

⁸⁷ *Leinemann*, NJW 2008, 3745.

⁸⁸ Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993, ABIEG vom 21.4.1993 Nr. L 95, S. 291.

⁸⁹ v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 619.

⁹⁰ *Deckers*, NZBau 2008, 627, 628, 632; v. *Gehlen*, NZBau 2008, 612, 619.

⁹¹ Vgl. die instruktive Einzelanalyse bei *Deckers*, NZBau 2008, 627, 628 ff.

⁹² *Hügel*, NotBZ 2008, 437.

Der ausländische Insolvenzverwalter und das deutsche Grundbuch

Von Notarassessor *Matthias Bierhenke*, Würzburg

Seit einiger Zeit ist zu beobachten, dass sich deutsche Schuldner einen neuen Wohnsitz im früheren Elsass-Lothringen suchen, um dort ein Insolvenzverfahren nach dem dortigen lokalen Recht durchzuführen.¹ Hier ist eine Schuldbefreiung schon nach wesentlich kürzerer Zeit möglich, als dies bei einem Insolvenzverfahren nach der deutschen Insolvenzordnung der Fall ist. Die Wirkungen dieses ausländischen Insolvenzverfahrens sind grundsätzlich in Deutschland anzuerkennen.² Der Umfang dieser Anerkennung und einige Fragen, die sich für die notarielle Praxis bei der Mitwirkung eines ausländischen Insolvenzverwalters stellen, sollen hier erläutert werden. Insbesondere stellt sich zum einen die Frage, ob und inwieweit ein ausländischer Insolvenzverwalter zur Verfügung über in Deutschland belegene Grundstücke befugt ist und wie er diese Befugnis nachweist. Zum Zweiten stellt sich die Frage, ob der in § 106 InsO normierte Schutz von vormerkungsgesicherten Ansprüchen auch dann gilt, wenn das Insolvenzverfahren nach ausländischen Verfahrensvorschriften durchgeführt wird.

I. Die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren

Eine Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren ist schon vor dem Inkrafttreten³ der Verordnung (EG) 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren (EuInsVO) möglich gewesen, sie wurde nunmehr auf europäischer Ebene verankert. Der deutsche Gesetzgeber hat das deutsche internationale Insolvenzrecht durch Gesetz vom 14.3.2003⁴ neu kodifiziert.

Für die Frage, ob und inwieweit ausländische Insolvenzverfahren anzuerkennen sind, ist zu unterscheiden zwischen den Verfahren, die aufgrund der EuInsVO anerkannt werden, und sonstigen Verfahren, für die die §§ 335 ff. InsO gelten.

1. Der Anwendungsbereich der EuInsVO und die internationale Zuständigkeit

Die EuInsVO gilt für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union außer Dänemark.⁵ Als Verordnung gilt sie in den Mitgliedstaaten unmittelbar und genießt Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Der deutsche Gesetzgeber hat in Art. 102 EGIInsO Ausführungsvorschriften für die EuInsVO erlassen.

Sachlich ist die EuInsVO für die in den Anhängen A und B zu dieser Verordnung genannten Verfahren anwendbar, also nicht für andere Liquidationsverfahren, die nicht in diesen Anhängen verzeichnet sind. Damit sind Insolvenzverfahren, die nicht in einem der Mitgliedstaaten eröffnet worden sind, auch nicht nach der EuInsVO anzuerkennen (Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 lit. a) EuInsVO), sondern ggf. nach dem autonomen innerstaatlichen Recht.

Ausgenommen vom Anwendungsbereich der EuInsVO nach Art. 1 Abs. 2 EuInsVO sind Insolvenzverfahren über das Vermögen von Versicherungs- und Kreditunternehmen und bestimmte andere Unternehmen, für die teilweise besondere Richtlinien gelten.

Im Übrigen gilt die Verordnung für die Insolvenzverfahren natürlicher und juristischer Personen, sofern sie einen Aus-

landsbezug aufweisen. Reine Binneninsolvenzen werden von der Verordnung nicht erfasst.⁶ Ein Auslandsbezug ist beispielsweise dann gegeben, wenn Gläubiger in verschiedenen Mitgliedstaaten ihren Sitz haben oder Vermögen außerhalb des Sitzstaates des Schuldners belegen ist. Ausreichend ist nach einer Ansicht⁷ dabei der Bezug zu einem Drittstaat; nicht notwendig ist, dass es sich um einen Mitgliedstaat handelt.⁸ Daraus folgt, dass der Anwendungsbereich der §§ 335 ff. InsO recht klein ist. Nach anderer Ansicht ist gerade der Bezug zu einem Mitgliedstaat zu fordern.⁹ Der ausschließliche Bezug zu einem Drittstaat soll danach nicht genügen, so dass insoweit das jeweilige internationale Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten maßgeblich wäre.¹⁰

Nach Art. 3 EuInsVO sind die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen („centre of main interests“ – COMI) hat. Hierzu ist bereits eine umfangreiche Rechtsprechung ergangen, insbesondere für den Fall des positiven Kompetenzkonfliktes, d.h. für den Fall, dass sich Gerichte aus verschiedenen Mitgliedstaaten für zuständig erklärt haben.¹¹

Ferner gibt es im Rahmen der EuInsVO einen *ordre-public*-Vorbehalt, der in Art. 26 EuInsVO geregelt ist. Er ist allerdings an hohe Hürden geknüpft. Zudem ist Art. 26 EuInsVO restriktiv auszulegen.¹²

2. Die Anerkennung nach den §§ 335 ff. InsO

Soweit es sich nicht um ein nach der EuInsVO anzuerkennendes Verfahren handelt, kommt eine Anerkennung nach den §§ 335 ff. InsO in Frage. Maßgebliche Vorschrift ist § 343

¹ Ein Beispiel liefert die Süddeutsche Zeitung vom 12./13.1.2008, S. 34 unten.

² BGH, NJW 2002, 960 = IPrax 2002, 525.

³ Am 31.5.2002, siehe Art. 47 EuInsVO.

⁴ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts, BGBl I, S. 345.

⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 33 EuInsVO.

⁶ Erwägungsgründe Nr. 2 und 3 EuInsVO; *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, 2002, Art. 1 Rdnr. 2; *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 129 Rdnr. 5; *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. 2006, § 20 Rdnr. 7 m. w. N.

⁷ *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 7; *Rauscher/Mäsch*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Art. 1 EuInsVO Rdnr. 15.

⁸ EuGH, IPrax 2005, 244 = NJW 2005, 2979 zur EuGVVO.

⁹ *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, Art. 1 EuInsVO Rdnr. 13 m. w. N.

¹⁰ *Pannen* (Hrsg.), EuInsVO, 2007, Art. 1 Rdnr. 120 f.

¹¹ Vgl. hierzu im Einzelnen *Hess/Hess*, Insolvenzrecht, 2007, Anhang G Rdnr. 13 ff.

¹² *Pannen/Riedemann*, EuInsVO, Art. 26 Rdnr. 11 ff., *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 194.

InsO, der vom Grundsatz der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens ausgeht. Als Insolvenzverfahren sind staatlich veranlasste Verfahren zu qualifizieren, die bei vermutlich nicht ausreichendem Schuldnervermögen das Vermögen des Schuldners in der Absicht verwalten, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger, des Schuldners und des Staates zu erreichen.¹³ Ausgenommen von der Anerkennung sind Verfahren, in denen die Gerichte des ausländischen Staates aus deutscher Sicht nicht für die Verfahrenseröffnung zuständig sind (§ 343 Abs. 2 Nr. 1 InsO) und Verfahren, bei denen die Anerkennung zu einem Ergebnis führt, das mit dem deutschen *ordre public* nicht vereinbar ist, § 343 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO.

Neben dem in der InsO geregelten internationalen Insolvenzrecht gibt es noch völkerrechtliche Übereinkünfte, die im 19. Jahrhundert zwischen den Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württembergs bzw. zwischen dem Königreich Bayern und den Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossen wurden und heute noch in Kraft sind.¹⁴

II. Die Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens

Generell sehen sowohl die EuInsVO als auch das deutsche internationale Insolvenzrecht vor, dass sich die Wirkungen des Insolvenzverfahrens nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung richten (Art. 4 EuInsVO, § 335 InsO). So wird gemäß Art. 4 Abs. 2 EuInsVO von dem Recht der Verfahrenseröffnung unter anderem bestimmt, welche Vermögenswerte zur Masse gehören und welche Befugnisse dem Insolvenzverwalter zustehen. § 335 InsO nimmt keine entsprechende Aufzählung vor, sondern spricht lediglich davon, dass die Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens anerkannt werden.¹⁵ Die nachfolgenden Vorschriften, §§ 336 ff. InsO, enthalten für bestimmte Bereiche wie z. B. das Arbeitsrecht, die Insolvenzanfechtung oder die Aufrechnung Sonderregelungen.¹⁶

Nach dem jeweils anwendbaren Insolvenzrecht bestimmen sich daher beispielsweise die Beschlagnahmewirkung, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters oder die Restschuldbefreiung.

Will der ausländische Insolvenzverwalter ein Grundstück in Deutschland veräußern, möglicherweise auch durch Zwangsversteigerung, muss er ggf. nach dem Recht der Verfahrenseröffnung die Veräußerung durch eine Versteigerung durchführen oder die Zustimmung des Insolvenzgerichtes bzw. des Gläubigerausschusses einholen.¹⁷ Für den Notar, der mit der Beurkundung und Vertragsabwicklung eines solchen Grundstückskaufvertrages betraut ist, ist es nicht einfach, die jeweiligen ausländischen insolvenzrechtlichen Normen herauszufinden.

¹³ *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 175; siehe auch *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, § 132 Rdnr. 19 ff. und *Hess*, Insolvenzrecht, § 343 Rdnr. 19 ff.

¹⁴ *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 19.

¹⁵ Vgl. zur Frage des Umfangs, in dem die *lex fori concursus* angewendet wird *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, § 335 Rdnr. 5 ff.; *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, § 131 Rdnr. 6 f.

¹⁶ *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, § 132 Rdnr. 35 ff. m. w. N.

¹⁷ *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 271 ff.; *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch § 132 Rdnr. 39.

Die Anerkennung der Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens kann allerdings nicht alle Wirkungen umfassen: Ausländische Insolvenzordnungen werden in der Regel keine dem § 106 InsO entsprechende Regelung vorsehen, wonach dem Insolvenzverwalter bei Ansprüchen, die durch eine Vormerkung geschützt sind, kein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Ablehnung zusteht, da schon das Institut der Vormerkung den meisten Rechtsordnungen nicht bekannt ist. Die Grundregel, wonach sich das Insolvenzverfahren nach dem Recht der Verfahrenseröffnung richtet, wird daher durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen. Neben diesen Ausnahmen stellt sich für den Notar unter Umständen die Frage, wie der Insolvenzverwalter seine Verfügungsbefugnis nachweist, z.B. bei einem freihändigen Verkauf eines Grundstücks.

III. Die Verfügungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters

1. Das Recht der Verfahrenseröffnung

a) Nach der EuInsVO

Art. 4 Abs. 2 lit. c) i. V. m. Art. 18 EuInsVO bestimmt, dass der Insolvenzverwalter in allen Mitgliedstaaten die Rechte hat, die ihm nach dem Recht der Verfahrenseröffnung zukommen, sofern nicht ein weiteres (Partikular-)Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Ausgenommen von dieser weitreichenden Befugnis sind nach Art. 18 Abs. 3 Satz 2 EuInsVO allerdings die Anwendung von Zwangsmitteln und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten. Das bedeutet, dass der Insolvenzverwalter auch zur Veräußerung und zur Belastung von Grundbesitz befugt ist, wenn das anwendbare Insolvenzrecht dies vorsieht. Ebenso ist es möglich, dass der ausländische Insolvenzverwalter berechtigt ist, die Löschung einer Grundschuld zu bewilligen, die zugunsten des Insolvenzschuldners im Grundbuch eingetragen ist. Genauso besteht allerdings die Möglichkeit, dass er hierzu nicht oder nur unter bestimmten Umständen befugt ist. Dies beispielsweise, wenn der Insolvenzverwalter zur Bewilligung der Löschung der Genehmigung des Insolvenzgerichtes bedarf.¹⁸

aa) Die Eintragung eines Insolvenzvermerks in das Grundbuch

Art. 22 EuInsVO gewährt dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, die Eröffnung des Verfahrens in das Grundbuch und in sonstige Register der übrigen Mitgliedstaaten eintragen zu lassen. Hierzu ist in Art. 102 § 6 EGInsO bestimmt, dass der Antrag auf Eintragung des Insolvenzvermerks zunächst an das nach Art. 102 § 1 EGInsO zuständige Gericht zu richten ist, welches dann das Registergericht um Eintragung ersucht. Im Vergleich zur Eintragung nach § 346 InsO (siehe unten) wird hier die Eintragung (der Verfahrenseröffnung und der Wirkungen, Art. 102 § 6 Abs. 2 EGInsO) allerdings nur vorgenommen, wenn nach dem Recht des Hauptinsolvenzverfahrens ebenfalls die Verfahrenseröffnung im Register eingetragen wird.¹⁹ Ist dies nicht der Fall, soll der Insolvenzverwalter nicht in der Lage sein, einen Insolvenzvermerk in deutschen Registern eintragen zu lassen.²⁰

¹⁸ *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 273.

¹⁹ *Wimmer* in FS für Hans-Peter Kirchhof, 2003, S. 528, der davon ausgeht, dass die *lex fori concursus* bestimmt, in welche Register ein Insolvenzvermerk eingetragen werden kann.

²⁰ Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/16, S. 16) ist der Wortlaut des Art. 22 EuInsVO insoweit zu weit, da dieser nur Eintragungen meinen soll, die nach dem Recht der Verfahrenseröffnung möglich sind.

Von der Möglichkeit des Art. 22 Abs. 2 EuInsVO, die Eintragung verpflichtend vorzusehen, hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Soweit ein ausländisches Insolvenzstatut keine Eintragung des Verfahrens im Grundbuch vorsieht, kann auch in Deutschland keine Eintragung erfolgen.²¹ Der Insolvenzverwalter kann in diesem Fall einen gutgläubigen Erwerb nur schwer verhindern. Eintragungen, die das deutsche Recht nicht kennt, sind durch das Insolvenzgericht anzupassen, Art. 102 § 6 Abs. 2 Satz 2 EGInsO.²²

bb) Kritik des Art. 102 § 6 EGInsO

Soweit es dem „europäischen“ Insolvenzverwalter im Hinblick auf Art. 102 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGInsO im Einzelfall verwehrt wird, die Eintragung in ein Grundbuch zu veranlassen, überzeugt dieses Ergebnis nicht. Dem europäischen Insolvenzverwalter wird unter Umständen keine Möglichkeit gegeben, einen Insolvenzvermerk in das Grundbuch eintragen zu lassen, denn er kann sich auch nicht direkt an das Grundbuchamt wenden. Dies verhindert Art. 102 § 6 Abs. 1 Satz 3 EGInsO.

Der Weg über die Insolvenzanfechtung ist nicht immer gangbar, so dass dem europäischen Insolvenzverwalter letzten Endes keine Handhabe gegen eine Veräußerung durch den Insolvenzschuldner bleibt. Art. 22 EuInsVO hat allerdings Anwendungsvorrang vor Art. 102 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGInsO. Die deutschen Ausführungsvorschriften gelten nur insoweit, als sie nicht mit der EuInsVO kollidieren. Die Vorschrift hat insofern materiellrechtlichen Charakter, als sie dem Insolvenzverwalter unabhängig vom Eröffnungsstatut das Recht gibt, Eintragungen in Registern anderer Staaten zu veranlassen. Denn die Wirkung der Eintragung bemisst sich nach dem Belegenheitsrecht, nicht nach dem Eröffnungsstatut. Maßgeblich für die Frage nach dem gutgläubigen Erwerb eines Grundstückes ist das Recht des Landes, in dem das Grundstück belegen ist (siehe unten). Die Verhinderung eines etwaigen gutgläubigen Erwerbs ist die zentrale Aufgabe des Insolvenzvermerks, so dass nicht davon auszugehen ist, dass Art. 22 EuInsVO so eng auszulegen ist, wie dies vom deutschen Gesetzgeber angenommen wurde. Gegen die enge Auslegung spricht auch das autonome deutsche internationale Insolvenzrecht, das allen Insolvenzverwaltern die Möglichkeit der Registereintragung gibt (siehe unten). Die enge Auslegung ist weder mit dem Wortlaut²³ des Art. 22 Abs. 1 EuInsVO noch mit der Existenz des Art. 22 Abs. 2 EuInsVO in Einklang zu bringen. Jeder europäische Insolvenzverwalter hat daher die Möglichkeit, beim zuständigen Insolvenzgericht auf ein Eintragungersuchen an das Grundbuchamt zu drängen. Will das Gericht dem Antrag nicht stattgeben, so muss diese Frage letztlich dem EuGH vorgelegt werden.²⁴

b) Nach der InsO

aa) Allgemeine Wirkungen

Die Wirkungen des Insolvenzverfahrens unterstehen nach § 335 InsO dem Recht der Verfahrenseröffnung. Entsprechend ist (sofern keine Ausnahme eingreift) das Recht der Verfah-

²¹ Kübler/Prütting/Kemper, Kommentar zur InsO, Art. 102 § 6 EGInsO Rdnr. 4; Nerlich/Römermann/Mincke, InsO, Art. 22 EuInsVO Rdnr. 1 und Art. 102 § 6 EGInsO Rdnr. 5.

²² Beispiel bei Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 11 Rdnr. 11.

²³ So zu Recht Geimer/Schütze/Huber, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, B Vor I 20b Art. 22 EuInsVO Rdnr. 8 m. w. N.

²⁴ MünchKommInsO/Reinhardt, 2. Aufl. 2008, Art. 102 § 6 EGInsO Rdnr. 9.

renseröffnung berufen, über die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und die Verfügungsbeschränkungen des Schuldners zu bestimmen. Da die Beschränkungen nicht notwendigerweise mit denen nach der InsO deckungsgleich sind, gibt § 345 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, eine öffentliche Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung und seiner Bestellung im Inland zu veranlassen. Im Falle des § 345 Abs. 2 InsO, bei einer Niederlassung im Inland, erfolgt die Bekanntmachung von Amts wegen.

bb) Die Eintragung in das Grundbuch gemäß § 346 InsO

Auf Antrag des Insolvenzverwalters hat das Insolvenzgericht gemäß § 346 Abs. 1 InsO das Grundbuchamt zu ersuchen, die Eröffnung des Verfahrens und die Art der Einschränkung der Verfügungsbefugnis in das Grundbuch einzutragen. Die Eintragung ist allerdings nicht bei jedem für den Insolvenzschuldner eingetragenen Recht ohne weiteres möglich, sondern nur, soweit der Insolvenzschuldner als Eigentümer eingetragen ist (§ 346 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Bei anderen zugunsten des Insolvenzschuldners eingetragenen Rechten kommt es gemäß § 346 Abs. 1 Nr. 2 InsO darauf an, ob nach der Art des Rechts und den Umständen zu befürchten ist, dass ohne die Eintragung Insolvenzgläubiger benachteiligt werden. Die Vorschrift gleicht insoweit § 32 Abs. 1 InsO.

Der Insolvenzverwalter muss gegenüber dem Insolvenzgericht glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen für eine Anerkennung der Verfahrenseröffnung vorliegen, § 346 Abs. 2 InsO, damit die Verfahrenseröffnung und eventuelle Verfügungsbeschränkungen in das Grundbuch eingetragen werden können. Dadurch hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, einen gutgläubigen Erwerb von Grundstücken nach Verfahrenseröffnung zu verhindern, und zwar im Gegensatz zu Art. 102 § 6 EGInsO unabhängig davon, ob das Recht der Verfahrenseröffnung eine solche Eintragung ermöglicht oder nicht.

2. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters

Gemäß Art. 19 EuInsVO weist der ausländische Insolvenzverwalter seine Bestellung durch eine beglaubigte Abschrift der Entscheidung, durch die er bestellt worden ist, nach. Eine Übersetzung kann verlangt werden, nicht jedoch eine Legalisation oder andere Förmlichkeit wie z. B. die Anbringung einer Apostille (Art. 19 Satz 2 EuInsVO).

Auch im deutschen internationalen Insolvenzrecht wird gemäß § 347 InsO eine beglaubigte Abschrift der Bestellungsurkunde gefordert. Das Insolvenzgericht ist weiter befugt, eine Übersetzung der Bestellungsurkunde zu verlangen. Andere Stellen sollen nicht berechtigt sein, eine Übersetzung zu fordern.²⁵ In der Praxis dürfte jedoch eine nicht übersetzte Bestellungsurkunde in vielen Fällen sinnlos sein.

Hinzu kommen ggf. Genehmigungen oder Zustimmungen, die der Insolvenzverwalter nach seinem Statut benötigt, um das in Frage stehende Rechtsgeschäft abzuschließen. Auch diese Nachweise müssen in der entsprechenden Form vorliegen.

IV. Der gutgläubige Erwerb im ausländischen Insolvenzverfahren

Die fehlende Eintragung des ausländischen Insolvenzverfahrens im deutschen Grundbuch hat sowohl bei Verfahren, die

²⁵ Hess, Insolvenzrecht, § 347 InsO Rdnr. 3.

nach der EuInsVO anerkannt werden, als auch bei anderen, nach der InsO anerkannten Verfahren erhebliche Folgen zu lasten des Insolvenzverwalters.

1. Der gutgläubige Erwerb bei europäischen Insolvenzverfahren

Art. 14 EuInsVO weist die Entscheidung über die Frage, ob nach Verfahrenseröffnung vorgenommene Verfügungen wirksam sind oder nicht, für unbewegliche Gegenstände und eintragungspflichtige Gegenstände, wie z. B. Schiffe oder Luftfahrzeuge, dem Recht der Belegenheit bzw. der Registeraufsicht zu. Soweit es sich also um ein in Deutschland belegenes Grundstück handelt, ist das deutsche Insolvenzrecht für die Frage nach einem eventuellen gutgläubigen Erwerb maßgeblich. Gemäß § 81 Abs. 1 InsO sind zwar Verfügungen des Insolvenzschuldners nach Verfahrenseröffnung unwirksam. Dies gilt jedoch wegen § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht für einen gutgläubigen Erwerb nach den §§ 892, 893 BGB, wenn der Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung verfügt und ein Insolvenzvermerk nicht eingetragen ist. Aus der Sicht des europäischen Insolvenzverwalters ist die Beschränkung des Art. 102 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGInsO, wonach eine Eintragung nur stattfinden kann, wenn das Heimatrecht des Insolvenzverwalters sie kennt, daher verfehlt.

Auch im Rahmen des europäischen internationalen Insolvenzrechts führt ein fehlender Insolvenzvermerk – wie im deutschen Insolvenzverfahren – dazu, dass ein in Deutschland belegenes Grundstück gutgläubig vom nicht mehr berechtigten Rechtsinhaber, dem Insolvenzschuldner, erworben werden kann.

Hat der Insolvenzschuldner vor Verfahrenseröffnung verfügt und ist auch der Eintragungsantrag gestellt, jedoch die Grundbucheintragung noch nicht erfolgt, so finden über § 91 Abs. 1 InsO die §§ 878, 892, 893 BGB Anwendung.²⁶

2. Autonomes Insolvenzrecht

In Insolvenzverfahren, die nicht nach der EuInsVO, sondern nach der InsO anerkannt werden, kommt § 349 Abs. 1 InsO zur Anwendung. Dieser bestimmt, dass hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Schuldners die §§ 878, 892, 893 BGB gelten, soweit es sich um einen Insolvenzgegenstand handelt, der im Inland in das Grundbuch eingetragen ist. Ist also im Grundbuch nach der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens eine Verfügungsbeschränkung nicht eingetragen worden, so kann vom Insolvenzschuldner gutgläubig erworben werden, wenn der Erwerber keine Kenntnis von der Verfahrenseröffnung hat.²⁷ Will der Insolvenzverwalter sicher sein, dass diese Rechtsfolgen nicht eintreten können, muss er das oben dargelegte Verfahren einhalten, um einen Insolvenzvermerk im Grundbuch einzutragen zu bekommen.

3. Die Insolvenzanfechtung

Ob ein gutgläubiger Erwerb (und auch ein Erwerb vor Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens) von Dauer ist, hängt davon ab, ob der Erwerb anfechtbar ist oder nicht. Die Insolvenzanfechtung wird sowohl im Rahmen des europäischen Insolvenzrechts als auch im Rahmen des autonomen Insolvenzrechts vom Eröffnungsstatut bestimmt, Art. 4 Abs. 2 lit. m) EuInsVO sowie §§ 335, 339 InsO. Da diese Anfech-

tungs- bzw. Nichtigkeitsgründe wesentlich umfassender sein können als die deutschen insolvenzrechtlichen Vorschriften, und auch an andere Tatbestandsvoraussetzungen anknüpfen können, gibt es zugunsten des Erwerbers die Ausnahmevorschrift des Art. 13 EuInsVO bzw. des § 339 Hs. 2 InsO.²⁸

Der Erwerber muss sowohl nach der EuInsVO, als auch nach der InsO nachweisen, dass für den Erwerb das Recht eines anderen Staates als des Eröffnungsstaates maßgeblich ist, und dass nach diesem Recht die Erwerbshandlung²⁹ nicht angreifbar ist. Im Rahmen der EuInsVO ist dies nur zulässig, soweit es sich bei dem Recht, das den Erwerb regelt, um das Recht eines anderen Mitgliedstaates handelt. Nicht möglich ist dagegen die Einrede gegenüber dem Rechtserwerb, der dem Recht von Drittstaaten unterliegt.

Zunächst muss also der Insolvenzverwalter, Gläubiger oder anderer Anfechtungsberechtigter die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes nach dem Insolvenzstatut vorgetragen und ggf. unter Beweis gestellt haben. Anschließend muss der Anfechtungsgegner darlegen, dass ein anderes Recht als das Insolvenzstatut für die Erwerbshandlung maßgeblich war. Beim Erwerb eines deutschen Grundstücks wird das anwendbare Schuldrecht normalerweise nicht in der Urkunde bestimmt; aus deutscher Sicht ist gemäß Art. 28 Abs. 2 EGBGB,³⁰ welcher auf dem römischen EG-Übereinkommen von 1980 beruht, jedoch in aller Regel das Belegenheitsrecht anzuwenden. Hat er dies nachgewiesen, so muss er weiter darlegen, dass die Rechtshandlung nach deutschem Insolvenzanfechtungsrecht nicht angreifbar wäre, was ihm im Einzelfall auch gelingen mag.

V. Die Vormerkung im ausländischen Insolvenzverfahren

1. Außerhalb des Anwendungsbereiches der EuInsVO

Verträge, die dingliche Rechte an unbeweglichen Gegenständen³¹ oder Nutzungsrechte an solchen Gegenständen zum Inhalt haben, werden nicht nach dem eigentlich anwendbaren ausländischen Insolvenzstatut behandelt. Für diese Verträge gibt es in § 336 InsO eine spezielle Anknüpfungsnorm, die auf das Recht des Lageortes verweist. Die Vorschrift bezieht sich jedenfalls auf den schuldrechtlichen Vertrag,³² wobei dieser bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits geschlossen worden sein muss.³³ Nach einer Mindermeinung ist auch das dingliche Rechtsgeschäft über unbewegliche Gegenstände von § 336 InsO erfasst, da hier eine Anknüpfung an das Belegenheitsrecht noch näher liege als bei den schuldrechtlichen Geschäften.³⁴ Dafür spricht m. E. auch der Gleichlauf mit dem Grundsatz des Art. 43 Abs. 1 EGBGB, nach dem Rechte

²⁸ Kritisch zu dieser kumulativen Lösung *Mohrbutter/Ringstmeier/Wenner*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, § 20 Rdnr. 339 ff.

²⁹ Damit ist das schuldrechtliche Geschäft gemeint, in dem der Erwerb seinen Rechtsgrund hat, nicht der dingliche Erwerb nach der *lex rei sitae*.

³⁰ Ab 17.12.2009 wird die Vorschrift von Art. 4 der VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) verdrängt.

³¹ Legal definiert in § 49 InsO.

³² Gegen die Anwendung auf dingliche Rechtsgeschäfte die wohl h.M., z.B. *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, § 336 Rdnr. 5.

³³ *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, § 336 Rdnr. 7 f.; *Liersch*, NZI 2003, 302.

³⁴ *MünchKommInsO/Reinhardt*, § 336 Rdnr. 10 m. w. N.

²⁶ *Braun/Kroth*, InsO, 3. Aufl. 2007, § 81 Rdnr. 6.

²⁷ *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, § 349 Rdnr. 8.

an einer Sache dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich die Sache befindet.

Von der Kollisionsnorm des § 336 InsO werden sowohl Kauf-, Tausch- oder Schenkungsverträge erfasst als auch Miet-, Pacht- und Leasingverträge, die die Nutzung des unbeweglichen Gegenstandes zum Inhalt haben. Auch Verträge, die auf die Einräumung oder Löschung eines dinglichen Rechtes gerichtet sind, fallen in den Anwendungsbereich dieser Norm. Ist das Grundstück also in Deutschland belegen, so richten sich die insolvenzrechtlichen Wirkungen eines im Ausland eröffneten Verfahrens für dingliche Rechte an in Deutschland belegtem unbeweglichem Vermögen nach deutschem Recht. Der Gesetzgeber verfolgt mit dieser Norm sowohl ein soziales Ziel als auch den Schutz der Interessen des Belegenheitsstaates.³⁵

Es ist daher schon über § 336 InsO möglich, auch den ausländischen Insolvenzverwalter über § 106 InsO zur Erfüllung von vormerkungsgesicherten Ansprüchen zu zwingen. Geht man davon aus, dass sowohl schuldrechtliches als auch dingliches Rechtsgeschäft in insolvenzrechtlicher Hinsicht der *lex rei sitae* unterliegen, gibt es im Rahmen des § 336 InsO keinen Raum für eine Ausnahme vom Grundsatz des § 106 InsO für in Deutschland belegene Grundstücke.

Folgt man der Ansicht, § 336 InsO betreffe nur das schuldrechtliche Geschäft, so bleibt § 106 InsO ebenfalls anwendbar, da das eigentlich bestehende Insolvenzverwalterwahlrecht und die in § 106 InsO normierte Ausnahme davon insolvenzrechtliche Folgen für den schuldrechtlichen Vertrag sind.³⁶ Auch wenn für den schuldrechtlichen Vertrag eine andere Rechtsordnung gewählt worden sein sollte, gelten die §§ 103 ff. InsO,³⁷ so dass der Vormerkungsschutz erhalten bleibt.

§ 349 Abs. 2 InsO schreibt zudem ausdrücklich vor, dass § 106 InsO „unberührt“ bleibt, wenn zur Sicherung eines Anspruches im Inland eine Vormerkung eingetragen ist. Auch die bewilligte Vormerkung, für die bereits ein Eintragungsantrag vor Verfahrenseröffnung beim Grundbuchamt gestellt ist, ist hiervon erfasst,³⁸ da § 349 Abs. 1 InsO nicht nur auf die §§ 892, 893 BGB, sondern auch auf § 878 BGB verweist. Eine Leistung kann damit erzwungen werden, denn der Insolvenzverwalter kann keine Verweigerungsrechte, die sich aus dem Insolvenzstatut ergeben, geltend machen.

2. Nach der EuInsVO

a) Art. 8 EuInsVO

Auch nach Art. 8 EuInsVO sind gewisse Verträge über in einem Mitgliedstaat belegene unbewegliche Gegenstände vom eigentlich anwendbaren Insolvenzstatut ausgenommen und dem Insolvenzstatut der *lex rei sitae* unterworfen. Dazu gehören Verträge zum Erwerb oder zur Nutzung eines unbeweglichen Gegenstandes. Im Gegensatz zu § 336 InsO ist Art. 8 EuInsVO enger gefasst, da der Erwerb dinglicher Rechte an einem unbeweglichen Gegenstand nicht erfasst ist.³⁹ Insbesondere Grundpfandrechte fallen nicht unter Art. 8 EuInsVO. Ob es sich um einen „unbeweglichen“ Gegenstand handelt, ist

richtigerweise autonom und für alle Mitgliedstaaten einheitlich auszulegen.⁴⁰

Auch bei der EuInsVO stellt sich die Frage, ob insoweit nur das schuldrechtliche, oder auch das dingliche Rechtsgeschäft von der Sonderanknüpfung erfasst wird. Soweit ersichtlich, soll auch das dingliche Rechtsgeschäft in den Anwendungsbereich des Art. 8 EuInsVO fallen.⁴¹ Grund dafür ist, dass in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede bestehen. So genügt in Frankreich bereits der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages für den Eigentumsübergang. Soweit aber sowohl auf das schuldrechtliche als auch auf das dingliche Rechtsgeschäft das Insolvenzrecht des Belegenheitsortes angewendet wird, ist bei in Deutschland belegenen Grundstücken auch der Schutz des § 106 InsO gewährleistet. Denn Art. 8 EuInsVO erfasst insbesondere die Wahlrechte des Insolvenzverwalters zwischen Erfüllung oder Auflösung des betroffenen Vertrages.⁴²

Fall 1:

Die Champagner S. A. mit Sitz in Reims veräußert ein in Deutschland belegenes Grundstück mit notariellem Kaufvertrag an K. Die Auflassungsvormerkung wird eingetragen. Noch vor Kaufpreiszahlung und Eintragung der Auflassung wird über das Vermögen der Champagner S. A. das Verfahren der liquidation judiciaire eröffnet.

Die zwischen den Parteien bestehenden schuldrechtlichen Ansprüche unterstehen nicht dem französischen Insolvenzstatut, da Art. 8 EuInsVO vorsieht, dass die Wirkungen des Insolvenzverfahrens im vorliegenden Fall vom Recht des Belegenheitsortes bestimmt werden. Das deutsche Insolvenzstatut ist daher sowohl für das schuldrechtliche als auch für das dingliche Rechtsgeschäft maßgeblich. Dem Insolvenzverwalter der Champagner S. A. steht daher kein Wahlrecht zu, da der Anspruch auf Auflassung durch Vormerkung geschützt ist.

b) Art. 5 EuInsVO

Daneben lässt sich das Ergebnis, wonach im Fall 1 kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters besteht, im Rahmen der EuInsVO auch auf einem anderen Weg begründen. Nach Art. 5 Abs. 1 EuInsVO werden dingliche Rechte eines *Gläubigers oder Dritten*, die sich zur Zeit der Verfahrenseröffnung in einem anderen Mitgliedstaat befinden, von der Verfahrenseröffnung „nicht berührt“. Dingliche Rechte des *Schuldners* können also sehr wohl berührt werden, ebenso dingliche Rechte, die sich nicht in einem Mitgliedstaat befinden. In Art. 5 Abs. 2 EuInsVO ist beispielhaft aufgezählt, welche Rechte als dingliche Rechte anzusehen sind. So sind insbesondere Verwertungsrechte wie z. B. Hypotheken und Grundschulden, aber auch das Recht, eine Forderung einzuziehen, oder Herausgabeansprüche gegen jedermann, der einen Gegenstand gegen den Willen des Berechtigten besitzt, als dingliche Rechte anerkannt. Die Norm bestimmt allerdings nicht, welches Recht auf die dinglichen Rechte anwendbar sein soll (s. u.).⁴³

³⁵ Kritisch *Liersch*, NZI 2003, 302.

³⁶ *Braun/Liersch/Tashiro*, InsO, § 336 Rdnr. 17; MünchKommBGB/Kindler, 4. Aufl. 2006, § 336 InsO Rdnr. 961.

³⁷ *Braun/Liersch/Tashiro*, InsO, § 336 Rdnr. 16.

³⁸ *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, § 349 Rdnr. 13 m. w. N.

³⁹ *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, Art. 8 EuInsVO Rdnr. 4.

⁴⁰ *Geimer/Schütze/Huber*, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, Art. 8 EuInsVO Rdnr. 3; MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 8 EuInsVO Rdnr. 3.

⁴¹ *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 8 Rdnr. 12.

⁴² MünchKommBGB/Kindler, Art. 8 EuInsVO Rdnr. 321.

⁴³ *Geimer/Schütze/Huber*, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 13; *Kübler/Prütting/Kemper*, Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 1.

Zu den dinglichen Rechten im Sinne dieser Vorschrift zählt gemäß Art. 5 Abs. 3 EuInsVO auch das in einem öffentlichen Register eingetragene Recht, ein dingliches Recht i. S. d. Art. 5 Abs. 1 EuInsVO zu erlangen. Dazu zählt nach ganz einheitlicher Auffassung auch die Vormerkung,⁴⁴ obwohl im deutschen Recht selbst keineswegs unumstritten ist, ob die Vormerkung ein dingliches Recht ist oder nicht.⁴⁵ In der Literatur zur EuInsVO wird nicht zwischen verschiedenen Ansprüchen unterschieden, die durch eine Vormerkung geschützt werden können (vgl. § 883 Abs. 1 BGB). Nach § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB können auch Ansprüche auf Aufhebung eingetragener Rechte vorgemerkt werden, was im Rahmen der EuInsVO nicht notwendigerweise als dingliches Recht anzusehen wäre, da Art. 5 Abs. 3 EuInsVO nur die in ein öffentliches Register eingetragenen und gegen jedermann wirkenden Rechte, ein dingliches Recht i. S. d. Abs. 1 zu erlangen schützt.

Umstritten ist, welche Folgen daraus erwachsen, dass nach Art. 5 EuInsVO dingliche Rechte Dritter in einem anderen Mitgliedstaat unberührt bleiben. Streitig ist schon, ob es sich um eine Kollisions- oder eine Sachnorm handelt. Ist es eine Kollisionsnorm, so entscheidet das Belegenheitsrecht, nicht die EuInsVO, ob und inwieweit dingliche Rechte Dritter in das Insolvenzverfahren einbezogen werden.⁴⁶

Die wohl herrschende Ansicht⁴⁷ vertritt dagegen die Meinung, dass es sich um eine Sachnorm handele, so dass dingliche Rechte weder den insolvenzrechtlichen Beschränkungen der *lex fori concursus* noch denen des Belegenheitsstaates unterlägen. Die in anderen Mitgliedstaaten belegenen dinglichen Rechte der Gläubiger und Dritter können daher so angesehen werden, als sei das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden.⁴⁸

Nach beiden Auffassungen ist jedoch der vormerkungsgesicherte Anspruch geschützt: Nach der ersten Ansicht gilt deutsches Insolvenzrecht, welches den Schutz des § 106 InsO eröffnet, nach der zweiten Ansicht wird die Vormerkung vom ausländischen Insolvenzverfahren überhaupt nicht berührt.

Weiter ist die Vorfrage umstritten, nach welchem Recht die Entstehung eines solchen dinglichen Rechtes i. S. d. Art. 5 EuInsVO zu beurteilen ist. Die EuInsVO regelt diese Frage nicht explizit. Eine Meinung⁴⁹ stellt auf das Kollisionsrecht des Belegenheitsstaates ab, die nächste⁵⁰ auf das Kollisionsrecht des Hauptverfahrensstaates. Eine dritte Meinung⁵¹ vertritt die Ansicht, die Kollisionsnormen der *lex fori* müssten darüber entscheiden, welches Recht über die Existenz oder Nichtexistenz des dinglichen Rechtes i. S. d. Art. 5 EuInsVO zu befinden habe. Es spricht viel für die letztgenannte An-

sicht, die auch mit den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts übereinstimmt. Für Rechte an deutsche Grundstücke bedeutet dies, dass aus deutscher Sicht gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB das deutsche Recht über die Entstehung und den Untergang des Rechtes zu entscheiden hat.

Sicher ist also, dass keine Erstreckung der Wirkungen des eröffneten Insolvenzverfahrens auf die in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Rechte der Gläubiger und Dritter erfolgt. Im entsprechenden Mitgliedstaat muss vielmehr ein Partikularinsolvenzverfahren eröffnet werden.

Fall 2:

Die französische Champagner S. A. mit Sitz in Paris hat sich zur Absicherung von Forderungen eine Grundschuld am in Deutschland belegenen Grundstück des V bestellen lassen. Dieser veräußert sein Grundstück an K und möchte aus dem Kaufpreis die Forderung der S. A. ablösen. Zur Sicherung der Kaufvertragsabwicklung holt der Notar eine Freistellungsverpflichtung der Champagner S. A. ein, die er durch eine Vormerkung zur Sicherung der Freistellungsverpflichtung absichert.⁵² Sind die Vertragsparteien hier vor einer Insolvenz der Champagner S. A. geschützt?

In der Literatur zur EuInsVO wird nicht zwischen den einzelnen Arten von Vormerkungen unterschieden. Hier handelt es sich nicht um eine Vormerkung, die die Erlangung eines dinglichen Rechtes schützt, sondern um eine Vormerkung, die gerade das Gegenteil, nämlich die Freiheit von einer dinglichen Belastung, sichern soll. Es ist daher m. E. zweifelhaft, ob auch eine solche Vormerkung als dingliches Recht eines Gläubigers bzw. Dritten i. S. d. Art. 5 EuInsVO gelten kann. Lehnt man dies ab, so hilft auch Art. 8 EuInsVO nicht weiter, da hier nicht der Erwerb oder die Nutzung eines unbeweglichen Gegenstandes in Frage steht. Der geschützte Anspruch richtet sich auf Löschung der Grundschuld.

c) Art. 11 EuInsVO

Die Lösung für den oben genannten Fall liefert eventuell Art. 11 EuInsVO. Dieser bestimmt, dass die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf bestimmte eintragungspflichtige Rechte des Schuldners nach dem Recht des Staates bestimmt werden, der die Aufsicht über das Register führt. Hypotheken und Grundschulden sind als eintragungspflichtige Rechte im Sinne der Vorschrift anzusehen. Auch hier werden verschiedene Ansichten bezüglich der Rechtsfolgen der Vorschrift vertreten.

Nach einer Ansicht betrifft Art. 11 EuInsVO nur die Eintragungsfähigkeit⁵³ der Wirkungen, sagt aber selbst nichts über die materiellen Wirkungen aus. Die herrschende Ansicht geht allerdings von einer materiellrechtlichen Wirkung des Art. 11 EuInsVO aus, der so zu lesen sei, dass *lex fori concursus* und *lex libri siti* kumulativ angewendet werden müssten.⁵⁴ Das Recht des registerführenden Staates bilde sozusagen die „Obergrenze“ der Wirkungen. Dafür spreche die Entstehungsgeschichte der Norm⁵⁵ sowie die Tatsache, dass ihr sonst neben dem Art. 22 EuInsVO nur ein begrenzter Anwendungsbereich verbleibt. Auch die Befürworter dieser Auslegung müssen allerdings eingestehen⁵⁶, dass die Kumulation von

44 Nerlich/Römermann/Mincke, InsO, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 13; Geimer/Schütze/Huber, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 6; Kübler/Prütting/Kemper, Kommentar zur InsO, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 6; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 5 Rdnr. 51; MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 7; Braun/Liersch, InsO, § 349 Rdnr. 9; Rauscher/Müsch, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 12.

45 Staudinger/Gursky, BGB, 2002, § 883 Rdnr. 303 m. w. N.

46 Dafür Flessner, IPPrax 1997, 7; ders. in FS Ulrich Drobni, 1998, S. 281 ff.

47 MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 13 m. w. N.

48 MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 13.

49 Gottwald, Grenzüberschreitende Insolvenzen: europäische und weltweite Tendenzen und Lösungen, 1997, S. 33.

50 Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 5 Rdnr. 21 f.; Geimer/Schütze/Huber, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 8.

51 MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 5 EuInsVO Rdnr. 6.

52 Amann in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. 2006, A I Rdnr. 103 m. w. N.

53 MünchKommInsO/Reinhardt, Art. 11 EuInsVO Rdnr. 7 m. w. N.

54 Geimer/Schütze/Huber, Internationaler Rechtsverkehr in Handels- und Zivilsachen, Art. 11 EuInsVO Rdnr. 4.

55 Dazu Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 11 Rdnr. 4 ff.

lex fori concursus und *lex libri siti* unpraktisch und kompliziert ist. In der Praxis dürfte sie mit erheblichen Anwendungsschwierigkeiten verbunden sein. Die Löschungsvormerkung lässt sich nach dieser Ansicht aber am ehesten schützen, da die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf die Grundschuld der Champagner S. A. nur so weit gehen können, wie nach deutschem Insolvenzrecht möglich. Der Insolvenzverwalter hat auch hier kein Wahlrecht, sondern ist zur Erteilung der Löschungsbewilligung verpflichtet, auch wenn das ausländische Insolvenzrecht ihm weitergehende Rechte zugestehen würde.

56 Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky/Duursma-Kepplinger, EuInsVO, Art. 11 Rdnr. 9 m. w. N.

VI. Ergebnis

Im Rahmen des autonomen internationalen Insolvenzrechts ist der Schutz der Vormerkung gesichert, da dies explizit so angeordnet wird. Aus dem Zusammenspiel der Art. 5, 8 und 11 EuInsVO ergibt sich auch im Rahmen der EuInsVO letztlich ein vollständiger Schutz der Ansprüche, die mit einer Vormerkung gesichert sind, wenn das Grundstück in Deutschland belegen ist. Auf die Vormerkung findet zumindest das deutsche Insolvenzrecht Anwendung, welches in § 106 InsO das Recht zur Befriedigung aus der Insolvenzmasse gewährt. Dem ausländischen Insolvenzverwalter steht daher kein Wahlrecht zu, vielmehr muss er die geschlossenen Verträge erfüllen.

Der Amtsübergang bei Umstrukturierung des WEG-Verwalters

Von Notar Dr. Hartmut Wicke, LL.M. und Notarassessor Dr. Ralf Menzel

Wenn eine juristische Person oder Personengesellschaft zum WEG-Verwalter bestellt wird, stellt sich im Fall von Umstrukturierungen oder dem Wechsel der Anteilsinhaber die Frage, ob das Verwalteramt fortbesteht. Die Problematik hat in der notariellen Praxis erhebliche Bedeutung, wenn nach der Teilungserklärung die Veräußerung von Wohnungs- oder Teileigentum der Zustimmung des Verwalters bedarf und vor deren Erteilung eine entsprechende Veränderung erfolgt ist. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit Stimmen in der Rechtsprechung auseinander, die einen Übergang des Verwalteramtes bei Umwandlungsfällen und anderen Umstrukturierungsmaßnahmen ablehnen.

I. Ausgangslage

Verwalter kann jede natürliche oder juristische Person sein.¹ Strittig ist, ob auch die BGB-Gesellschaft Verwalter einer WEG-Gemeinschaft sein kann. Hierfür könnte sprechen, dass die herrschende Meinung² die Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft anerkennt.³ Bekanntlich hat der BGH aber entgegengesetzt entschieden.⁴ Als Begründung führt der BGH die fehlende Eintragung der GbR in das Handelsregister und die damit verbundenen Unklarheiten bei der Vertretung im Rechtsverkehr an. Zweifelsohne wäre eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in den meisten Fällen wohl eine eher unglückliche Rechtsform für einen Verwalter.⁵

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder Dritter bedarf. Dabei darf gemäß Abs. 2 dieser Vorschrift die Zustimmung nur aus wichtigem

Grund versagt werden. Abs. 3 bestimmt schließlich, dass dann, wenn eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG getroffen wurde, ein Veräußerungsvertrag über das Wohnungseigentum unwirksam ist, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist. Die Zustimmung des Verwalters ist damit regelmäßig Fälligkeitvoraussetzung für die Zahlung des Kaufpreises.⁶ Der Notar hat daher mit der ihm gebührenden Sorgfalt zu prüfen, ob die Verwalterzustimmung auch tatsächlich vorliegt und von der zuständigen Person abgegeben wurde. Dabei muss die Zustimmung notariell beglaubigt sein und auch die Verwaltereigenschaft nach Maßgabe des § 26 Abs. 4 WEG durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden, sofern sich die Verwalterbestellung nicht bereits aus der Teilungserklärung ergibt.

Durch die Reform des WEG hat sich an dieser Problematik nichts geändert. Die Begründung von Veräußerungsbeschränkungen bleibt auch nach dem neuen WEG möglich.⁷ § 12 Abs. 4 WEG sieht nun aber vor, dass Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit beschließen können, dass eine Veräußerungsbeschränkung gemäß § 12 Abs. 1 WEG aufgehoben wird. Diese Vorschrift ist zwingend und gilt sowohl für bestehende als auch für zukünftige Eigentümergemeinschaften.⁸

II. Zur Gebundenheit des Verwalteramtes

Im Grundsatz besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, dass das Amt des Verwalters an die *Person des Verwal-*

¹ Vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 1; MünchKommBGB/Engelhardt, 4. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 3; zur Zulässigkeit der Betrauung einer juristischen Person insbesondere einer GmbH mit dem Verwalteramt siehe auch Zajonz/Nachtwey, ZfIR 2008, 701 m. w. N.

² Grundlegend: BGHZ 146, 341.

³ Für die Anerkennung der BGB-Gesellschaft als Verwalter u. a. MünchKommBGB/Engelhardt, § 26 WEG Rdnr. 3; Erman/Grziwotz, BGB, 12. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 1; Weitnauer/Liike, WEG, 9. Aufl., § 26 Rdnr. 6; Schäfer, NJW 2006, 2160; Lautner, MittBayNot 2001, 436. Zur Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft siehe BGH, ZNotP 2009, 66.

⁴ BGH, DNotZ 2006, 523; zustimmend Merle in Bärmann, WEG, 10. Aufl., § 26 Rdnr. 14.

⁵ Vgl. Hügel, BeckOK, § 26 WEG Rdnr. 3 m. w. N.

⁶ Näher hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 949 ff.

⁷ Vgl. hierzu Hügel, DNotZ 2007, 326, 352.

⁸ Zum Ganzen Hügel, DNotZ, 2007, 326, 352 ff.; Jennißen/Baumann, WEG, 2008, § 12 Rdnr. 1 ff.

ters gebunden ist.⁹ Diese Auffassung wurde vor allem durch die Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte und vor allem des BayObLG festgelegt.¹⁰ Die herrschende Auffassung argumentiert, dass dem Verwalteramt ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegt, auf den die §§ 675, 673 Satz 1 BGB Anwendung finden. Endet dabei der vom Verwalteramt grundsätzlich zu trennende Verwaltervertrag, der vom persönlichen Vertrauensverhältnis zwischen Wohnungseigentümergeinschaft und Verwalter geprägt ist, so habe nach dem Grundgedanken des § 168 Satz 1 BGB auch das Amt des Verwalters zu enden.¹¹ Für den Geschäftsbesorgungsvertrag und seine Personengebundenheit wird dabei v. a. auf die Bestimmung des § 664 BGB¹², auf § 613 Satz 1 BGB¹³ und auf § 673 Satz 1 BGB rekurriert.¹⁴ Ausgehend von diesem Ansatz hat sich folgendes Meinungsspektrum entwickelt:

1. Ausschluss rechtsgeschäftlicher Übertragung

Der Verwalter ist nach wohl allgemeiner Meinung nicht in der Lage, ohne Zustimmung der Wohnungseigentümer seine Verwalterstellung an Dritte zu übertragen. Dies folgt bzgl. des Verwaltervertrages bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsübertragung sowie aus den vorgenannten Bestimmungen der §§ 675, 613 sowie §§ 675, 664 BGB.¹⁵ Eine Regelung in einer Gemeinschaftsordnung, die den Verwalter ermächtigt, die Verwaltung ohne Mitspracherecht der Wohnungseigentümer auf einen Dritten zu übertragen, hat das BayObLG als nichtig angesehen.¹⁶

2. Ausschluss des Übergangs auf Erben des Verwalters

Da die Verwalterstellung an die Person gebunden ist, endet sie mit dem Tod der natürlichen Person und geht nicht auf die Erben über (§ 673 Satz 1 BGB).¹⁷ Ist eine juristische Person Verwalter, so endet sie mit dem Erlöschen der juristischen Person.

3. Unzulässigkeit der Übertragung der (gesamten) tatsächlichen Ausübung

Dem Verwalter ist es auch nicht gestattet, die gesamte tatsächliche Ausübung der Tätigkeit auf einen Dritten zu übertragen.¹⁸ Dies folgt nach herrschender Meinung aus der

⁹ Vgl. BayObLGZ 1975, 327, 329; 1987, 54, 57; 1990, 28, 30; ferner BayObLG, NZM 2002, 346, 348; aus der Literatur: *Merle* in Bärmann, WEG, § 26 Rdnr. 803 ff.; *Spielbauer/Then*, WEG, 2008, § 26 Rdnr. 4; *Staudinger/Bub*, BGB, 2005, § 26 WEG Rdnr. 364; MünchKommBGB/*Engelhardt*, § 26 WEG Rdnr. 4; Gutachten, DNotI-Report 2005, 59; DNotI-Gutachten Nr. 11310, je m. w. N.

¹⁰ Siehe Nachweise unter Fn. 9.

¹¹ So u. a. BayObLGZ 1987, 54, 57; BayObLG, NZM 2002, 346, 348.

¹² Vgl. OLG Köln, MittRhNotK 2000, 393.

¹³ So BayObLGZ 1975, 327, 329; 1987, 54, 57; 1989, 4, 6; 1990, 173, 176; BayObLG, NZM 2002, 346, 348.

¹⁴ Vgl. hierzu auch BayObLG, ZWE 2001, 492, 494 m. w. N.

¹⁵ Vgl. *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701.

¹⁶ BayObLGZ 1975, 327, 329; ebenso OLG Hamm, WuM 1991, 218, 220; OLG Schleswig, Wohnungseigentum 1997, 388; *Spielbauer/Then*, WEG, § 26 Rdnr. 5; *Riecke/Schmid*, WEG, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 44; *Merle* in Bärmann, WEG, § 26 Rdnr. 83 f.; großzügiger OLG Frankfurt, Rpfleger 1976, 253 (Übertragung aufgrund Ermächtigung vor Aufnahme wird als zulässig erachtet, wenn kein Wohnungseigentümer widerspricht). Vgl. hierzu auch nachfolgende Ziffer V.

¹⁷ Gutachten, DNotI-Report 2005, 60, 61; BayObLG, NZM 2002, 346, 348.

¹⁸ BayObLGZ 1990, 173, 176; Gutachten, DNotI-Report 2005, 60, 61; vgl. auch OLG Köln, MittRhNotK 2000, 393.

Bestimmung des § 664 BGB, die auf einen personengebundenen Geschäftsbesorgungsvertrag anwendbar ist. Unzulässig ist dabei jedenfalls die Substitution, d. h. die vollständige Übertragung der Verwaltertätigkeit oder in einem Teilbereich, mit der Folge, dass der ursprünglich Beauftragte aus seiner Rechts- und Pflichtenstellung ausscheidet und die Verantwortlichkeit auf den Substituten übergeht.¹⁹ Die Bevollmächtigung eines Dritten zur Abgabe der Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum stellt nach zutreffender Ansicht des OLG Köln aber keinen Fall einer Substitution dar und ist daher zulässig.²⁰

4. Übergang bei Umwandlungsfällen und anderen Umstrukturierungsmaßnahmen?

Die Frage nach dem Übergang des Verwalteramtes in Umwandlungsfällen und anderen Umstrukturierungsmaßnahmen wird kontrovers diskutiert. Soweit die Personenidentität gewahrt bleibt, ist das Fortbestehen des Amtes aber weitgehend unbestritten. Daher ist es unschädlich, wenn die Anteile an der Verwalter-GmbH veräußert oder der Geschäftsführer ausgetauscht wird.²¹ Ferner wird überwiegend angenommen, dass das Amt auch bei einem identitätswahrenden Formwechsel fortbesteht.²² Bei einer Verschmelzung zur Aufnahme bleibt der Verwaltervertrag ebenfalls bestehen, wenn das Unternehmen des Verwalters das aufnehmende Unternehmen ist.²³ Schließlich wird der Wechsel des einzigen Komplementärs einer KG nach wohl allgemeiner Meinung als unschädlich angesehen, da auch hier die Identität der Gesellschaft gewahrt bleibt.²⁴ Anders soll aber nach wohl herrschender Meinung dann zu entscheiden sein, wenn der einzige Kommanditist ausscheidet und die Gesellschaft somit zum Einzelunternehmen wird²⁵ oder wenn einer oder mehrere OHG-Gesellschafter ausscheiden und der einzig verbleibende Gesellschafter nur noch als Einzelunternehmen fungiert.²⁶ Zu weiteren Konstellationen, in denen die Rechtsprechung einen Übergang ablehnt siehe nachfolgende lit. a).

¹⁹ Vgl. OLG Köln, MittRhNotK 2000, 393.

²⁰ OLG Köln, MittRhNotK 2000, 393; vgl. auch *Jennißen/Baumann*, WEG, § 12 Rdnr. 25.

²¹ Vgl. nur *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 13; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381; *Spielbauer/Then*, WEG, § 26 Rdnr. 5; *Weitnauer/Lüke*, WEG § 26 WEG, Rdnr. 6; *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 703; a. A. bzw. missverständlich *Palandt/Bassenge*, § 26 WEG Rdnr. 1 unter Berufung auf OLG Köln, NZM 2006, 591. Die Entscheidung des OLG Köln betraf aber den Sachverhalt, dass eine Verwalter-GmbH durch Formwechsel eine GmbH & Co. KG wurde und diese KG wiederum ihre Anteile auf die Komplementär-GmbH übertrug, so dass die GmbH das Rechtsgeschäft ohne Liquidation im Wege der Anwachsung übernommen hatte.

²² Vgl. *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 15; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381. Bei einem Formwechsel von einer juristischen Person in eine Personenhandelsgesellschaft oder umgekehrt soll dies aber wiederum nicht gelten.

²³ Vgl. *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381; OLG Köln, BeckRS 2003, 30329023.

²⁴ Vgl. BayObLGZ 1987, 54, 56; *Palandt/Bassenge*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 14; *Sauren*, WEG, 5. Aufl., § 26 Rdnr. 4; *Erman/Grziwotz*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Merle* in Bärmann, WEG, § 26 Rdnr. 85; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381; *Weitnauer/Lüke*, WEG, § 26 Rdnr. 6.

²⁵ Vgl. BayObLGZ 1987, 54; 1990, 28; *Sauren*, WEG, § 26 Rdnr. 4; *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 14; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 379; *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 703; vgl. auch OLG Köln, NZM 2006, 591 (hierzu bereits Fn. 21).

²⁶ Vgl. *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 14; *Merle* in Bärmann, WEG, § 26 Rdnr. 85; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 379; *Spielbauer/Then*, WEG, § 26 Rdnr. 5.

a) Die obergerichtliche Rechtsprechung

Die obergerichtliche Rechtsprechung steht, soweit keine Personenidentität gegeben ist, einem Übergang des Verwalteramtes in Umwandlungs- oder anderen Umstrukturierungsmaßnahmen grundsätzlich skeptisch gegenüber.²⁷ Im Einzelnen sind insbesondere folgende Entscheidungen und Konstellationen hervorzuheben:²⁸

aa) Das BayObLG hat bei einer Verwaltung von Wohnungseigentum durch die Firma eines Einzelkaufmanns entschieden, dass die Verwalterstellung im Fall einer Veräußerung des einzelkaufmännischen Unternehmens nicht auf den Erwerber übergeht.²⁹ Gleiches habe nach Ansicht des BayObLG auch zu gelten bei einer Einbringung des Vermögens eines Einzelkaufmanns in eine neu gegründete GmbH.³⁰

bb) In dem Sachverhalt, der einer weiteren Entscheidung des BayObLG³¹ zugrunde lag, hatte ein Verwalter, der eine natürliche Person war, eine Umwandlung in Form der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns zum Zwecke der Neugründung einer GmbH vorgenommen. Dabei wurde der gesamte Einzelbetrieb ausgegliedert. Der (bisherige) Verwalter war Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der neu gegründeten GmbH. Das BayObLG hat auch für diese Konstellation entschieden, dass das Amt des Verwalters nicht auf die GmbH übergegangen sei.³² Als Begründung wird u. a. angeführt, dass die Eigentümergemeinschaft durch die Umwandlung ihren Einfluss auf die Person des Verwalters verliere. Es bestehe keine Mitwirkungsmöglichkeit bei der Auswechslung von Gesellschaften und Geschäftsführern der juristischen Person.³³ Das persönliche Vertrauensmoment, das in der Bestellung einer natürlichen Person zum Verwalter zum Ausdruck kommt, ginge verloren. Dabei spielt es nach Ansicht des BayObLG keine Rolle, dass der bisherige Verwalter nun alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der im Rahmen der Ausgliederung gegründeten GmbH sei. Anzumerken ist noch, dass das Gericht u. E. nach nicht zwischen der Organstellung und dem Verwaltervertrag differenzierte.³⁴ Im Gegenteil: Das BayObLG stellt gerade auch auf die Regelungen der §§ 675, 673 Satz 1 BGB ab und argumentiert, dass mit dem Erlöschen des Geschäftsbesorgungsvertrages entsprechend dem Grundgedanken des § 168 Abs. 1 BGB auch das Amt des Verwalters erlöschen müsse. Das Gericht ließ ausdrücklich offen, ob anders zu entscheiden sei, wenn der ausgliedernde Verwalter eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist.³⁵

cc) Das OLG Köln³⁶ lehnt eine solche Differenzierung ab. Das Gericht hatte über die Verwalterzustimmung einer Gesellschaft zu entscheiden, die den Teilbetrieb „Zwischenver-

mietung und WEG-Verwaltung“ im Wege der Ausgliederung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG von der ursprünglichen Verwaltergesellschaft erhalten hat. Nach Auffassung des OLG Köln ist das Verwalteramt in dieser Konstellation nicht im Wege der Ausgliederung übergegangen, da das Amt einer Wohnungseigentümergeinschaft an die Person des Verwalters gebunden sei und zwar unabhängig davon, ob der Verwalter eine natürliche oder juristische Person ist. Das Gericht rekurriert hier maßgeblich auf das Schutzbedürfnis der Wohnungseigentümer. Nach Auffassung des OLG Köln ergibt sich die Einschränkung der Anordnung der Gesamtrechtsnachfolge (hier nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) auch aus § 26 WEG sowie aus der mittlerweile weggefallenen Spaltungsbremse des § 132 UmwG.³⁷ Auch bei einer Anwachsung im Zuge einer firmenrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahme (eine KG überträgt alle ihre Anteile an die Komplementär-GmbH) scheidet nach einer weiteren Entscheidung des OLG Köln³⁸ ein Übergang der Verwalterstellung aus.

b) Die WEG-Literatur

Die herrschende Meinung der WEG-Literatur stimmt den oben genannten Entscheidungen weitgehend zu.³⁹ Dabei spricht sich aber u. a. *Bub* dafür aus, bei einer Ausgliederung durch eine juristische Person oder eine Personengesellschaft einen Übergang zuzulassen.⁴⁰ Z. T. wird aber auch in Abweichung der oben aufgeführten Rechtsprechung des BayObLG der Übergang bei einer Ausgliederung eines Einzelkaufmanns auf eine GmbH für zulässig erachtet.⁴¹

c) Die umwandlungsrechtliche Literatur

Die herrschende Lehre im Umwandlungsrecht begegnet der oben dargestellten Rechtsprechung kritisch.⁴² *Vossius*⁴³ argumentiert, dass in jedem Falle der zugrundeliegende Verwaltervertrag auf die Übernehmerin nach § 20 Abs. 1 UmwG übergehe und die Versammlung des übernehmenden Rechtsträgers erneut über die Bestellung der Übernehmerin zum Verwalter beschließen müsse. Er beklagt nun die praktischen Konsequenzen dieses Auseinanderfallens von Verwaltervertrag und Verwalterstellung. Die Übernehmerin sei zur ordnungsgemäßen Verwaltung verpflichtet, ohne dass sie im Außenverhältnis die ihr im Interesse der Eigentümer obliegenden Pflichten wahrnehmen könne. *Vossius* plädiert damit letztlich sowohl für einen Übergang des Geschäftsbesorgungsvertrages als auch des Verwalteramtes. Allenfalls sei die Eigentümergemeinschaft zur Kündigung/Abberufung aus wichtigem

³⁷ BeckRS 2003, 30329023; hierzu auch *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 706.

³⁸ NZM 2006, 591; hierzu bereits Fn. 21.

³⁹ *Palandt/Bassenge*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 14; *Sauren*, WEG, § 26 Rdnr. 4; *Erman/Grziwotz*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Spielbauer/Then*, WEG, § 26 Rdnr. 6; *Merle* in *Bärman*, WEG, § 26 Rdnr. 85; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381; *Weitnauer/Liike*, WEG, § 26 Rdnr. 6.

⁴⁰ *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381.

⁴¹ Vgl. *Erman/Grziwotz*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Liike*, ZfIR 2002, 469, 470; *AG Viechtach*, ZfIR 2001, 752 m. Anm. *Rapp*. Letzterer geht aber u. a. dann von einem Erlöschen aus, bei einer Verschmelzung durch Aufnahme oder durch Neugründung, wenn der übertragende Rechtsträger der Verwalter ist. Hierzu unter nachfolgender Ziffer III. 2.

⁴² *Vossius* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 20 Rdnr. 322 ff.; *Stratz* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, UmwG, UmwStG, 4. Aufl., § 20 UmwG Rdnr. 86; *Steinmann*, Das Wohnungseigentum 1999, 557, 558; differenzierend zwischen natürlichen und juristischen Personen: *Lutter/Teichmann*, UmwG, 3. Aufl., § 132 Rdnr. 42; *Lutter/Grunewald*, UmwG, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 24; zum Ganzen auch *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701 m. w. N.

⁴³ In *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 20 Rdnr. 322 ff.

²⁷ Anders die Rechtsprechung einiger Amtsgerichte, so insbesondere AG Spandau, Beschluss v. 21.1.1999, 70 II 109/98 WEG, n. v., zitiert nach *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 705; *AG Viechtach*, ZfIR 2001, 752; optimistischer interpretieren *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, die Entwicklung der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Verschmelzung einer GmbH.

²⁸ Vgl. jüngst auch *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701 m. w. N.

²⁹ BayObLGZ 1990, 28.

³⁰ ZMR 2001, 366 = ZWE 2001, 492.

³¹ NZM 2002, 346, 348.

³² NZM 2002, 346, 348; a. A. die Vorinstanz *AG Viechtach*, ZfIR 2001, 752, ebenso *Erman/Grziwotz*, § 26 Rdnr. 1. m. w. N.

³³ BayObLG, NZM 2002, 346, 348.

³⁴ A. A. *Vossius* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Stand: Juni 2002, § 20 Rdnr. 322 ff.

³⁵ Ebenso hat dies das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 28.5.1990, NJW-RR 1990, 1299, 1300 offengelassen. Näher zu dieser Entscheidung: *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 70701, 704.

³⁶ BeckRS 2003, 30329023.

Grunde berechtigt. Für die Zulässigkeit eines Übergangs des Verwalteramtes wird nunmehr von der umwandlungsrechtlichen Literatur auch der Wegfall der „Spaltungsbremse“ des § 132 UmwG a. F. angeführt.⁴⁴

III. Eigene Stellungnahme

1. Zur Höchstpersönlichkeit des Verwalteramtes

Ein wie auch immer gearteter Übergang der Verwalterstellung scheidet jedenfalls dann aus, wenn das Verwalteramt bzw. der dem Amt zugrundeliegende Geschäftsbesorgungsvertrag *höchstpersönlicher Natur* wäre.⁴⁵ Denn höchstpersönliche Rechte sind generell kraft Natur der Sache nicht übertragbar. Es handelt sich also um Rechte, die so stark mit der Person ihres Inhabers verknüpft sind, dass sie von dieser nicht gelöst werden können.⁴⁶ Dieser Grundsatz hat auch im Bereich des Umwandlungsrechts zu gelten.⁴⁷

Eine solch enge Verknüpfung ist weder beim Verwaltervertrag noch beim Verwalteramt gegeben und zwar unabhängig davon, ob der Verwalter eine natürliche oder juristische Person ist. Wie das BayObLG⁴⁸ zutreffend erkannt hat, ist das Verwalteramt in entsprechender Anwendung des § 168 Satz 1 BGB an den der Verwalterstellung zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrag gekoppelt. Hieraus folgt als wichtige Konsequenz, dass die Frage nach der Übertragbarkeit letztlich eine Frage der Auslegung des Bestellungsbeschlusses bzw. des Geschäftsbesorgungsvertrages ist und sie sich nicht schon kraft Natur der Sache ergibt. Nur *im Zweifel* – nicht aber generell – ist dabei von der absoluten Gebundenheit des betreffenden Vertrages an die Person des Verwalters auszugehen (§ 613 Satz 1, § 664 Abs. 1 Satz 1, 673 Satz 1 BGB). Gegen die Annahme eines höchstpersönlichen Rechtes spricht auch, dass juristische Personen als Verwalter unstreitig zugelassen sind.⁴⁹

2. Zur Auslegung des Verwaltervertrages

Ob nun die Verwalterstellung in Umstrukturierungsfällen übergeht, richtet sich nach hier vertretener Auffassung in Anlehnung an die o. g. Rechtsprechung des BayObLG nach dem der Verwalterstellung zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrag. Es ist dabei, sofern keine klare Regelung getroffen wurde, durch Auslegung zu ermitteln, ob die Rechte und Pflichten aus dem Verwaltervertrag und damit die Verwalterstellung übergehen.⁵⁰ Dabei scheint es sachgerecht, zwischen natürlichen und juristischen Personen zu differenzieren.⁵¹ Während bei der Bestellung einer natürlichen Person

als Verwalter das Vertrauen in die Persönlichkeit regelmäßig ausschlaggebend sein wird, ist dies bei der Bestellung einer juristischen Person nicht der Fall.⁵² Eine interessengerechte, den wirtschaftlichen Verhältnissen adäquate Vertragsauslegung des dem Verwalteramt zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages wird daher im Regelfall, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalles nichts anderes ergibt, den Übergang des Verwalteramtes in Umwandlungsfällen (insbesondere Ausgliederung, Formwechsel usw.) oder anderen Umstrukturierungsmaßnahmen (z. B. Übertragung aller Kommanditanteile an den Komplementär) auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung⁵³ jedenfalls bei juristischen Personen anerkennen. Insbesondere das Umwandlungsrecht bietet für die Wohnungseigentümer ausreichend Schutzmechanismen. Nicht sachgerecht erscheint dabei das Abstellen auf das unscharfe Kriterium der „wirtschaftlichen Identität“. Daher sollte beispielsweise auch bei einer Verschmelzung durch Aufnahme ein Übergang auf den aufnehmenden Rechtsträger als zulässig erachtet werden.⁵⁴

Auch für Personengesellschaften ist ein Übergang der Verwalterstellung im Grundsatz anzuerkennen. Zwar wird hier die Persönlichkeit des Gesellschafters im Einzelfall eine größere Rolle bei der Verwalterstellung einnehmen als bei juristischen Personen. Andererseits ist aber auch bei Personengesellschaften ein Gesellschafterwechsel jederzeit ohne Mitwirkung der Wohnungseigentümergeinschaft möglich.⁵⁵ Von daher erscheint es nicht sachgerecht, in Umwandlungsfällen oder sonstigen Umstrukturierungsmaßnahmen (z. B. bei einem Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer zweigliedrigen OHG) von einer absoluten Gebundenheit der Verwalterstellung auszugehen.

Auf die Zweifelsregelungen der §§ 613 Satz 1, 664 Abs. 1 Satz 1, 673 Satz 1 BGB kommt es damit nicht mehr an. Die Auslegung hat Vorrang. Im Übrigen ist fraglich, ob diese Bestimmungen bei einer Verschmelzung nach dem Umwandlungsrecht überhaupt zum Tragen kommen können. *Karsten Schmidt* verneint dies für die Bestimmung des § 673 BGB ausdrücklich.⁵⁶ Für § 613 Satz 1, 664 Abs. 1 Satz 1 BGB dürfte nach seiner Auffassung wohl nichts anderes gelten. Auch Vollmachten sollen mangels anderer Regelungen nicht erlöschen. *Schmidt* ist der Auffassung, dass die Bestimmung des § 673 BGB sich im Falle der Verschmelzung als unpassend erweist.⁵⁷ Über den Übergang der Rechtsverhältnisse nach der Verschmelzung entscheide allein § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG als vorrangige Norm.⁵⁸ Damit wendet sich das Blatt. Nicht die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses (und damit der Fortbestand des Verwalteramtes) ist begründungsbedürftig, sondern das Erlöschen. Die Regel des § 673 BGB kehrt

⁴⁴ Vgl. *Vossius* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 131 UmwG Rdnr. 176; *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707.

⁴⁵ So u. a. *Hügel*, BeckOK, § 26 WEG Rdnr. 4; *Spielbauer/Then*, WEG, § 26 Rdnr. 4.

⁴⁶ Vgl. *Menzel*, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittin-teressen, 2008, S. 64; *van de Loo*, ZEV 2006, 473, 474 m. w. N. (jeweils im Zusammenhang mit der Erbausschlagung, deren höchstpersönlicher Charakter insoweit auch angezweifelt wird).

⁴⁷ Vgl. *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, § 20 UmwG Rdnr. 84.

⁴⁸ NZM 2002, 346, 348.

⁴⁹ Anstelle von Höchstpersönlichkeit sollte man daher von einer Personengebundenheit des Verwalteramtes und des dem Amt zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrages sprechen. Den Grad der Gebundenheit legen dabei die Vertragsteile selbst fest.

⁵⁰ So zutreffend auch *Lüke*, ZfIR 2002, 469.

⁵¹ So auch Gutachten, DNotI-Report, 2005, 59, 61; *Staudinger/Bub*, § 26 WEG Rdnr. 381; *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 20 Rdnr. 24; *Lutter/Teichmann*, UmwG, § 132 Rdnr. 42; weitergehend *Erman/Grziwotz*, § 26 WEG Rdnr. 1; *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470; AG Viechtach, ZfIR 2001, 752 m. Anm. *Rapp*.

⁵² Ebenso *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707; vgl. auch *Stratz* in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, § 20 UmwG Rdnr. 84.

⁵³ Zur Möglichkeit vertraglicher Gestaltung siehe sogleich Ziffer V.

⁵⁴ A. A. u. a. *Rapp*, ZfIR 2001, 754.

⁵⁵ Ebenso *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470; kritisch zu dieser Argumentation OLG Köln, NZM 2006, 591: „Dass die Eigentümergemeinschaft bei der Verwaltung durch eine juristische Person nicht vor Veränderungen der Zusammensetzung des Rechtsträgers geschützt ist, ist etwas anderes, als wenn durch eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen eine andere juristische Person die Verwaltereigenenschaft erlangen soll.“

⁵⁶ DB 2001, 1019, 1022; in diese Richtung auch *Steinmann*, Das Grundeigentum 1999, 557.

⁵⁷ DB 2001, 1019; ebenso *Kübler* in Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl., § 20 Rdnr. 18; differenzierend: *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 20 Rdnr. 24; *Lutter/Teichmann*, UmwG, § 132 Rdnr. 42.

⁵⁸ So auch *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707.

sich im Falle der Verschmelzung also um. Der Vorrang des Umwandlungsrechts besteht dabei nach Ansicht von *Karsten Schmidt* auch im Bereich der Spaltung.⁵⁹ Für einen Übergang des Verwalteramtes in diesen Konstellationen, lässt sich nunmehr auch, wie bereits erwähnt, der Wegfall der „Spaltungsbremse“ des § 132 UmwG a. F. anführen.⁶⁰

Damit erscheint es auch nicht zwingend, bei einer natürlichen Person als Verwalter einen Übergang, z. B. bei einer Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmannes, kategorisch auszuschließen.⁶¹ Dem Schutzbedürfnis könnte auch durch die Einräumung eines außerordentlichen Kündigungsrechts Rechnung getragen werden.⁶²

3. § 26 WEG als Hindernis eines Übergangs?

Schließlich kann auch § 26 WEG einem Übergang nicht entgegenstehen.⁶³ Diese Norm beinhaltet nur die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer zur Bestellung des Verwalters, enthält aber keine Aussage über das weitere Schicksal des Vertragsverhältnisses. Hierzu enthält u. a. das Umwandlungsrecht vorrangige und speziellere Regelungen.⁶⁴ Der gegenteiligen Auffassung kann nicht gefolgt werden.

IV. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Der Notar kann und darf die oben dargestellte Rechtsprechung nicht ignorieren. Auch soweit der hier vertretenen Ansicht gefolgt wird, wonach in Umstrukturierungsfällen ein Übergang zumindest bei einer juristischen Person oder Personengesellschaft als Verwalter für möglich und zulässig erachtet wird, ist zu beachten, dass eine gefestigte Rechtsprechung hierzu nicht existiert. Es muss also damit gerechnet werden, dass die Verwalterstellung *und* der zugrundeliegende Geschäftsbesorgungsvertrag in Umstrukturierungsfällen – nach Auffassung der Rechtsprechung – nicht mit übergeht. Unklar ist dabei, ob die Rechtsprechung, insbesondere in Ausgliederungsfällen, von einem Erlöschen des Vertragsverhältnisses oder einem Fortbestand des Vertrages mit dem bisherigen Verwalter ausgeht.⁶⁵ Vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus, die einen Übergang der Verwalterstellung grundsätzlich ablehnt, dürfte ein Erlöschen des Amtes jedenfalls dann unstrittig sein, wenn der Ausgangsträger infolge der Umstrukturierung erlischt. In allen anderen Fällen ist guter Rat teuer. Vorsorglich sollte man auf eine Abberufung des alten Verwalters und eine Neubestellung des übernehmenden Rechtsträgers hinwirken. Für die notarielle Praxis kann dies eine erhebliche Verzögerung im Rahmen der Kaufpreisfälligkeit bedeuten.

⁵⁹ DB 2001, 1019, 1021.

⁶⁰ Vgl. *Vossius* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 131 UmwG Rdnr. 176; *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707.

⁶¹ So u. a. *Lüke*, ZfIR 2002, 469; *Erman/Grziwotz*, § 26 WEG Rdnr. 1; AG Viechtach, ZfIR 2001, 752 m. zustimmender Anm. *Rapp; Steinmann*, Das Wohnungseigentum 1999, 557.

⁶² Vgl. *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470; AG Viechtach, ZfIR 2001, 752, 754; *Rapp*, ZfIR 2001, 754.

⁶³ A. A. wohl *Merle* in Bärmann, WEG, § 26 Rdnr. 83 ff. m. w. N.; zutreffend dagegen *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707.

⁶⁴ So auch AG Viechtach, ZfIR 2001, 752, 753.

⁶⁵ Zu Recht weist *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470 auf dieses offene Problem hin. *Lüke* deutet die Entscheidung des BayObLG vom 7.2.2002, NZM 2002, 346, im Sinne eines Fortbestehens des Verwalteramtes beim bisherigen Verwalter. Nach Ansicht von *Jennißen/Jennißen*, WEG, § 26 Rdnr. 16, ist dagegen von einem Erlöschen des Verwalteramtes auszugehen.

V. Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung bietet sich an, die dargestellten Probleme aufzugreifen und im Verwaltervertrag entsprechend zu regeln.⁶⁶ Dabei ist aber die vom BayObLG gesteckte Grenze zu beachten, welche die Ermächtigung zur freien Übertragbarkeit der Verwalterstellung verbietet und von einer Nichtigkeit einer entsprechenden Klausel gemäß § 134 BGB ausgeht.⁶⁷ Ob das nachstehende Formulierungsbeispiel damit den Vorgaben der Rechtsprechung gerecht wird, kann nicht sicher prognostiziert werden. Das BayObLG erachtete es jedenfalls als unvereinbar, „wenn der Verwalter befugt wäre, seine Rechte und Pflichten willkürlich und unter Ausschluss eines Mitspracherechts der Eigentümer ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen“.⁶⁸ Eine solche Willkür dürfte aber gerade nicht vorliegen, wenn der Übergang des Verwaltervertrages nur im Rahmen von Umwandlungen oder anderen Umstrukturierungsmaßnahmen, somit regelmäßig – aber nicht zwingend – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, stattfinden darf. Ferner wird durch das im Formulierungsbeispiel vorgesehene Widerspruchsrecht auch das Mitspracherecht der Eigentümer gewahrt.

Bei welchen Umstrukturierungsmaßnahmen nun eine Übertragung als zulässig anzusehen ist, ist schwierig zu beurteilen. Schließlich sind solche Maßnahmen regelmäßig vielschichtig und komplex. Den Übergang nur bei Verschmelzungen nach dem UmwG zuzulassen, erscheint dabei zu eng und nicht sachgerecht. Das nachfolgende Formulierungsbeispiel greift von der Begrifflichkeit her auf Grundgedanken der Regelung des § 613 a BGB zurück und spricht insoweit ebenfalls von „Betriebsübergang“. Hierdurch wird vermieden, dass die Übergangsfälle zu sehr eingegrenzt werden. Damit sollte beispielsweise auch eine Übertragung als Teil eines Unternehmenskaufs (Asset deal) als zulässig angesehen werden. Die Abgrenzung zu einer unzulässigen Einzelübertragung ist damit aber – zugegebenermaßen – fließend.

Um dem Schutzbedürfnis der Wohnungseigentümer Rechnung zu tragen wird eine Unterrichtungspflicht⁶⁹ vorgesehen und den Wohnungseigentümern ein Widerspruchsrecht⁷⁰ gegen den Übergang eingeräumt und eine Nachhaftung angeordnet, die aber vielfach aufgrund weitergehender gesetzlicher Bestimmungen (vgl. z. B. §§ 156, 157 UmwG, § 25 HGB) ohnehin nicht relevant werden dürfte.

Aufgrund des den Wohnungseigentümern eingeräumten Widerspruchsrechts spricht viel dafür, die Klausel auch bei Verwalterverträgen mit natürlichen Personen als zulässig zu erachten.

Um den Nachweis des Übergangs und der Verwalterbestellung des neuen Rechtsträgers später auch – ohne erneuten Bestellungsbeschluss – gegenüber dem Grundbuchamt erbringen zu können, empfiehlt es sich, die Regelung nicht nur im Verwaltervertrag, sondern auch in der Teilungserklärung bzw. im (ersten) Bestellungsbeschluss, der nach Maßgabe des § 26 Abs. 4 i. V. m. § 24 Abs. 6 WEG öffentlich zu beglaubigen ist, mit anzuführen. Sollte das Grundbuchamt dennoch einen

⁶⁶ Vgl. hierzu auch *Zajonz/Nachtwey*, ZfIR 2008, 701, 707.

⁶⁷ BayObLGZ 1975, 327, 329; siehe auch die Nachweise unter Fn. 16.

⁶⁸ Vgl. BayObLGZ 1975, 327, 330.

⁶⁹ So auch schon *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470 f.

⁷⁰ Als Alternative zum Widerspruchsrecht erscheint auch ein unbedingter Übergang mit Sonderkündigungsrecht der Wohnungseigentümergeinschaft denkbar. So AG Viechtach, ZfIZ 2001, 752, 753; *Lüke*, ZfIR 2002, 469, 470 f.

erneuten Bestellungsbeschluss fordern, so ist die Eigentümergemeinschaft verpflichtet, den Verwalter vorsorglich neu zu bestellen.⁷¹ Dies gilt natürlich nicht, wenn sie den Verwalter ohnehin abberufen dürfte oder aber dem Übergang widerspricht. Durch die Aufnahme der Klausel im Verwaltervertrag *und* im Beschluss wird ein Übergang auch dann gewährleistet, wenn man entgegen der Rechtsprechung des BayObLG die Anwendung des § 168 Satz 1 BGB auf Verwalterbestellung ablehnt und von einer strikten Trennung von Verwaltervertrag und Verwalteramt ausgeht.

Formulierungsbeispiel:

Übergang der Verwalterstellung

(1) Geht der Betrieb oder Betriebsteil, dem die Verwaltertätigkeit zuzuordnen ist, auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus dem Verwaltervertrag ein und übernimmt das Amt des Verwalters. Auf Verlangen des neuen Inhabers ist er als Verwalter vorsorglich mittels Wohnungseigentümerbeschlusses neu zu bestellen.

(2) Der bisherige Verwalter haftet neben dem neuen Verwalter für Verpflichtungen aus dem Verwaltervertrag, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, als Gesamtschuldner. Weitergehende gesetzliche Haftungsansprüche bleiben unberührt.

(3) Abs. 2 gilt nicht, wenn eine juristische Person oder eine Personengesellschaft durch Umwandlung erlischt.

(4) Der bisherige Verwalter oder der neue Verwalter hat alle Wohnungseigentümer vor dem Übergang in Textform zu unterrichten. Anstelle der Unterrichtung genügt auch die Bekanntgabe auf der letzten Eigentümerversammlung vor dem Übergang.

(5) Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann dem Übergang der Verwalterstellung innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Unterrichtung nach Abs. 4 widersprechen. Der Widerspruch hat durch Beschluss der Wohnungseigentümer zu erfolgen und erfordert Stimmenmehrheit. In diesem Fall bleibt die Verwalterstellung beim bisherigen Verwalter. Dem Verwalter steht ein fristloses Sonderkündigungsrecht zu.

VI. Zusammenfassung

Ob das Amt des Verwalters in Umstrukturierungsfällen auf den Rechtsnachfolger übergeht, ist letztlich eine Frage der Auslegung des Verwaltervertrages. Die Abhängigkeit des Amtes vom Verwaltervertrag folgt dabei aus dem Rechtsgedanken des § 168 Satz 1 BGB.

⁷¹ Unabhängig hiervon empfiehlt sich aus Gründen der Rechtssicherheit generell eine vorsorgliche Bestellung.

Wird der Verwaltervertrag mit einer natürlichen Person geschlossen, ist grundsätzlich von einer starken Personengebundenheit des Vertrages und des Verwalteramtes auszugehen. Die Verwalterstellung geht damit in Umwandlungsfällen und anderen Umstrukturierungsmaßnahmen nicht ohne weiteres auf den neuen Rechtsträger über. Zu erwägen wäre es aber, in bestimmten Konstellationen einen Übergang – trotz der Personengebundenheit – zuzulassen (so z. B. bei einer Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns auf eine GmbH) und die WEG auf ein Sonderkündigungsrecht zu verweisen.⁷²

Wird der Verwaltervertrag mit einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft geschlossen, wird die Auslegung des Verwaltervertrages regelmäßig ergeben, dass der Vertrag und damit auch die Verwalterstellung (in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 168 Satz 1 BGB) in Umwandlungsfällen und anderen Umstrukturierungsmaßnahmen auf den neuen Rechtsträger übergeht. Hauptargument ist, dass für die Bestellung einer juristischen Person oder Personengesellschaft zum Verwalter die persönliche Beziehung zum Verwalter nicht ausschlaggebend sein kann. Da hierzu eine gefestigte Rechtsprechung nicht existiert, kann sich der Notar dieser Ansicht derzeit aber in den vorgenannten strittigen Konstellationen nicht ohne weiteres anschließen. Vorsorglich sollte daher auf eine Abberufung des alten Verwalters (sofern dieser noch existiert) und eine Neubestellung des übernehmenden Rechtsträgers hingewirkt werden. Ob auch die Einholung der Zustimmung des bisherigen Verwalters ausreichen würde, ist ungewiss. Die Rechtsprechung hat bisher – ausgehend von ihrem Standpunkt der Nichtübertragbarkeit – nicht explizit dazu Stellung genommen ob sie von einem Fortbestand beim bisherigen Verwalter oder aber von einem Erlöschen des Verwaltervertrages und damit der Verwalterstellung ausgeht.

In einem Verwaltervertrag sollte die Problematik des Übergangs der Verwalterstellung aufgegriffen werden. Insbesondere wenn der Verwaltervertrag mit einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft geschlossen wird, dürfte eine Vereinbarung, die einen Übergang bei Umstrukturierungsmaßnahmen anordnet, zulässig sein. Aber auch bei einem Verwaltervertrag mit einer natürlichen Person als Verwalter bestehen gegen eine solche Vereinbarung keine Bedenken, wenn zum Schutze der Wohnungseigentümergemeinschaft ein Widerspruchs- oder ein Sonderkündigungsrecht vorgesehen ist. Ob eine solche Regelung allerdings auch vor der Rechtsprechung⁷³, die jedenfalls eine Ermächtigung an den Verwalter zur freien Übertragbarkeit als unzulässig und nichtig einstuft, Bestand hat, ist als offen zu bezeichnen.

⁷² So u. a. AG Viechtach, ZfIR 2001, 752, 753; Lüke, ZfIR 2002, 469, 470 f.

⁷³ Siehe die Nachweise unter Fn. 16.

Die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift und weitere Kostenfragen des MoMiG

Von Notar a. D. Dr. *Markus Sikora* und Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München

Dem Ziel des Gesetzgebers, durch das MoMiG¹ Missbräuche im Bereich des GmbH-Rechts zu bekämpfen, dient unter anderem die Pflicht, eine inländische Geschäftsanschrift in das Handelsregister einzutragen. Dieser Beitrag stellt die sich hieraus ergebenden Folgen für die Notarkosten dar. Zugleich werden – in Ergänzung zu *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437 – weitere durch das MoMiG ausgelöste kostenrechtliche Zweifelsfragen einer Lösung zugeführt.

A. Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift

Vor Inkrafttreten des MoMiG war dem Registergericht die Geschäftsanschrift nur im Rahmen von § 24 HRV mitzuteilen. Nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG in der Fassung seit 1.11.2008 ist nunmehr eine inländische Geschäftsanschrift zum Handelsregister anzumelden und in dieses einzutragen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Dies gilt gleichermaßen für die Aktiengesellschaft (§ 39 AktG), für die Personenhandels-gesellschaften (§§ 106, 107 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) und sogar für den Einzelkaufmann (§ 29 HGB) sowie für sämtliche Formen der Zweigniederlassung (§§ 13, 13 d, 13 e, 13 g HGB). Ändert sich die Geschäftsanschrift im Inland, hat gemäß § 31 HGB ebenfalls eine Anmeldung zu erfolgen. Für bereits bei Inkrafttreten des Gesetzes eingetragene Gesellschaften sehen § 3 Abs. 1 EGGmbHG, § 18 EGAktG sowie Art. 64 Abs. 1 EGHGB Übergangsfristen bis 31.10.2009 und ggf. die kostenfreie Eintragung einer bereits nach § 24 HRV angezeigten Geschäftsanschrift von Amts wegen vor.² Daneben kann ein Zustellungsbevollmächtigter mit seiner inländischen Anschrift in das Handelsregister eingetragen werden (§ 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, § 39 Abs. 1 Satz 2 AktG). Die Eintragung der Anschriften soll Zustellungen an die Gesellschaft erleichtern. Sie dient damit dem Gläubigerschutz.³

In kostenrechtlicher Hinsicht ist danach zu unterscheiden, ob die inländische Geschäftsanschrift isoliert angemeldet wird oder mit anderen Anmeldungen zusammentrifft.

I. Isolierte Anmeldung

Bei isolierter Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift – etwa um der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 EGGmbHG Rechnung zu tragen, weil dem Registergericht die aktuelle Anschrift nicht bekannt ist oder das Gericht sie gleichwohl fordert⁴ – liegt eine Anmeldung ohne bestimmten Geldwert vor. Der Geschäftswert ist nach § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bestimmen. Er beträgt 1 % des eingetragenen Stammkapitals, mindestens aber 25.000 € und höchstens 500.000 €.

Beispiel:

Es wird angemeldet, dass sich die Geschäftsräume der ABC GmbH (Stammkapital 25.000 €) in 80333 München, Maxi-

milianstraße 10, befinden. Der Entwurf der Anmeldung wird vom Notar erstellt.

Geschäftswert für die Anmeldung: § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO = Mindestwert 25.000 €,

hieraus ^{5/10}-Gebühr gemäß § 145 Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO) = 42 €.

Teilweise wird vertreten, es liege eine Anmeldung ohne wirtschaftliche Bedeutung vor, für die der Geschäftswert nach § 41 a Abs. 6 KostO mit 3.000 € zu bestimmen sei.⁵ Hiergegen spricht aber das gesetzgeberische Ziel, den Gläubigerschutz zu verbessern. Es soll der Gesellschaft nämlich nicht (mehr) möglich sein, beispielsweise durch Unterlassen von Änderungsanmeldungen bei Verlegung der Geschäftsräume, durch Schließung des Geschäftslokals, durch Umzug des Geschäftsführers ins Ausland, durch Zulassen der Führungslosigkeit oder Ähnlichem sich den Gläubigern zu entziehen.⁶ Hieraus ergibt sich eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Eintragung der Geschäftsanschrift für den Unternehmens-träger und insbesondere für die Gläubiger, so dass nicht von einer Anmeldung nach § 41 a Abs. 6 KostO auszugehen ist.⁷

II. Zusammentreffen mit anderen Anmeldungen

Regelmäßig dürfte die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift mit anderen Anmeldungen zusammentreffen. Insoweit stellt sich die Frage, ob Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO vorliegt.

Dies gilt jedenfalls bei der Erstanmeldung einer neu gegründeten Gesellschaft oder wenn die Anmeldung mit einer Sitzverlegung zusammenfällt. Unerheblich ist, dass die Geschäftsanschrift kein Satzungsbestandteil nach § 3 GmbHG ist.⁸ Vielmehr kommt es kostenrechtlich ausschließlich auf den engen sachlichen Zusammenhang an.⁹

Gegenstandsgleichheit liegt auch vor, wenn die Geschäftsanschrift bisher nicht angemeldet war oder sich geändert hat und die Anmeldung mit der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und/oder Anmeldung eines Liquidators zusammentrifft.

Erfolgt die Anmeldung der Geschäftsanschrift hingegen mit sonstigen Anmeldungen – etwa einer Satzungsänderung, die

¹ BGBl 2008 I, S. 2026, vgl. statt vieler *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425.

² Siehe hierzu auch *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl. 2008, Rdnr. 133 und 683.

³ BT-Drucks. 16/6140, S. 36.

⁴ Insoweit liegt – wie das OLG München in seinem Beschluss vom 28.1.2009, MittBayNot 2009, 246 (in diesem Heft), treffend feststellt – ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 EGGmbHG vor; dennoch fordern in der Praxis zahlreiche Registergerichte die Anmeldung. Vgl. zur vorsorglichen Anmeldung auch *T. Wachter*, ZNotP 2009, 82, 84.

⁵ Vgl. etwa *Filzek*, KostO, 4. Aufl. 2008, § 41 d Rdnr. 7.

⁶ So auch BT-Drucks. 16/6140, S. 36.

⁷ Wie hier Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2009, 56 und *Kilian*, notar 2009, 19, 22 Fn. 18.

⁸ Die Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2009, 56, teilt diese Auffassung für den Fall der Erstanmeldung infolge Gründung, nicht aber – mangels Satzungsbestandteil – bei der Sitzverlegung.

⁹ Ebenso bereits *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 920.

keine Sitzverlegung, sondern beispielsweise einen Geschäftsführerwechsel zum Gegenstand hat – liegt ein verschiedener Gegenstand nach § 44 Abs. 2 a) KostO vor. Die Werte der mehreren Anmeldungen sind zusammenzurechnen, zu erheben ist eine einheitliche Gebühr.

Beispiel:

Zur Eintragung in das Handelsregister werden betreffend die ABC GmbH (Stammkapital 25.000 €) in einer vom Notar entworfenen Registeranmeldung angemeldet:

§ 2 der Satzung (Gegenstand des Unternehmens) wird geändert.

B ist Einzelprokura erteilt.

Die Geschäftsanschrift hat sich geändert und lautet nunmehr: 80333 München, Karlstraße 5.¹⁰

Geschäftswert: Es liegen drei Anmeldungen ohne bestimmten Geldwert vor,

Geschäftswert nach § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO: 3 x 25.000 € (§ 44 Abs. 2 a) KostO) = 75.000 €.

Gebühr: ^{5/10} gemäß §§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO = 88,50 €.

Bei zusätzlicher Anmeldung einer weiteren Postanschrift (diese kann von der Geschäftsanschrift abweichen) oder der Anmeldung eines Empfangsbevollmächtigten, an den Zustellungen erfolgen und Willenserklärungen gerichtet werden können, zusammen mit der Anmeldung der Geschäftsanschrift ist der gleiche Gegenstand gemäß § 44 Abs. 1 KostO gegeben. Bei isolierter Anmeldung liegt ebenfalls eine Anmeldung ohne bestimmten Geldwert vor, für die sich der Geschäftswert nach § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO bestimmt.

B. Sonstige Kostenrechtliche Fragen des MoMiG

I. Geschäftsführerbestellung bei Gründung im vereinfachten Verfahren

Die Bestellung des ersten Geschäftsführers bei einer Gesellschaftsgründung mittels Musterprotokoll (§ 2 Abs. 1 a GmbHG) ist kein Beschluss, sondern Bestandteil eines besonderen Verfahrens im Rahmen eines einheitlichen Gründungsvorgangs.¹¹ Sie ist gerade kein echter Satzungsbestandteil, der bei Abberufung oder Neubestellung eines Geschäftsführers eine qualifizierte Mehrheit erfordern würde.¹² Demgemäß kann der mittels Musterprotokoll bestellte Geschäftsführer durch einfachen Mehrheitsbeschluss abberufen werden. Diese Abberufung und eine damit verbundene Neubestellung sind somit keine nach § 41 d KostO begünstigte Satzungsänderung, sondern ein Beschluss, der nach § 41 c Abs. 1, § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bewerten ist (Mindestwert somit 25.000 €).

¹⁰ Keine Gebühr wäre indes zu erheben, wenn sich die Geschäftsanschrift nicht geändert hat und dies wegen entsprechender Auslegung des § 24 HRV n. F. dem Registergericht lediglich informativ mitgeteilt wird.

¹¹ Ebenso bereits *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 440.

¹² So aber *Weigl*, notar 2009, 378. Hiergegen neben *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 440 auch *Filzek*, KostO, § 41 d Rdnr. 7 und *Waldner*, KostO für Anfänger, 7. Aufl., Rdnr. 233 a, der jedoch bei klassischer Gründung einer GmbH einen klarstellenden Zusatz empfiehlt, dass durch die Bestellung des Geschäftsführers in der Satzung diesem kein Sonderrecht eingeräumt sein soll und er von der Gesellschafterversammlung mit der Mehrheit abberufen werden kann, wie sie auch für alle anderen Beschlüsse gilt, die nicht satzungsändernd sind.

II. Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar

Erstellt der Notar die Liste der Gesellschafter, löst dies eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus, und zwar auch dann, wenn es sich um eine Liste i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG handelt.¹³ Auch in diesem Fall trifft nämlich den Geschäftsführer die Pflicht, die Liste, die der Notar zu unterschreiben und einzureichen hat, zu erstellen.¹⁴

Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Ein Teilwert von ca. 10–20 % aus dem Stammkapital wird allgemein für angemessen und sachgerecht erachtet; bei einer Übernehmerliste ist der Betrag der Kapitalerhöhung Ausgangswert.¹⁵ *Kanzleiter/M. Wachter*¹⁶ sind zudem der Meinung, dass eine weitere Gebühr nach § 150 Nr. 2 KostO i. H. v. 25 € für die Einsichtnahme und den Vergleich mit der im Handelsregister eingetragenen Liste zu erheben sei.¹⁷ Richtigerweise ist jedoch in der Einsichtnahme in das Handelsregister ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 35 KostO zur Wirksamkeitsbescheinigung zu sehen, was nach § 50 KostO zu bewerten ist (hierzu nachfolgend III.). Es ist somit nicht von einer eigenständigen gebührenpflichtigen Tätigkeit auszugehen, vielmehr ist die Einsichtnahme zur Wirksamkeitsbescheinigung vergleichbar mit der Einsichtnahme in das Handelsregister zur Erstellung einer Vertretungsbescheinigung. Dass letztgenannte Einsichtnahme als gebührenfreies Nebengeschäft anzusehen ist, ist nahezu unstreitig.¹⁸ Die Abrufgebühr aus dem elektronischen Handelsregister ist dagegen dem Kostenschuldner in Rechnung zu stellen.¹⁹

III. Bescheinigung der Wirksamkeitsvoraussetzungen

1. Geschäftswert und Gebühr

a) Allgemein

Die Schätzung des Wertes für die Wirksamkeitsbescheinigung nach § 30 Abs. 1 KostO ist unstreitig, weil der Wert weder in einer Spezialnorm geregelt ist noch sonst betragsmäßig feststeht. Hierzu werden derzeit folgende Auffassungen vertreten:

- *Sikora/Regler/Tiedtke*:²⁰ 30–100 % des Wertes der konkreten Anteilsveräußerung oder der Kapitalveränderung; ebenso *Schmidt/Sikora/Tiedtke*;²¹

¹³ *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437; *Filzek*, KostO, § 50 Rdnr. 13 und 49; *Böhringer*, BWNotZ 2008, 111; *Kersten/Bühling/Kanzleiter/M. Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 145 Rdnr. 47.

¹⁴ Ebenso *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 13; *Bohrer*, DStR 2008, 1000; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 159; a. A. *T. Wachter*, ZNotP 2009, 82, 90. Zwar teilt auch die Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2009, 18, 23 diese Auffassung, jedoch mit der Einschränkung, dass die Liste im Falle des § 40 Abs. 2 GmbHG gebührenfrei zu erstellen sei.

¹⁵ *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 981, 1002.

¹⁶ *Kersten/Bühling/Kanzleiter/M. Wachter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 145 Rdnr. 47.

¹⁷ A. A. *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437; auch *Filzek*, KostO, § 50 Rdnr. 49 lehnt diese Gebühr mit dem zutreffenden Argument ab, dass diese Tätigkeit von § 50 KostO eingeschlossen werde.

¹⁸ *Korintenberg/Reimann*, Kostenordnung, 17. Aufl. 2008, § 150 Rdnr. 5; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 150 Rdnr. 7; Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 7. Aufl. 2008, Rdnr. 223.

¹⁹ Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rdnr. 223.

²⁰ MittBayNot 2008, 437.

²¹ Praxis des Handels- und Kostenrechts, Rdnr. 1003.

- *Elsing*:²² voller Wert des Stammkapitals;
- Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse:²³ ca. 20 % aus dem Stammkapital und nicht nur aus der Kapitalerhöhung;
- *Filzek*:²⁴ § 50: 30–100 % des Wertes aller Geschäftsanteile, nicht nur des veräußerten Anteils.

Dennoch ist an der Auffassung festzuhalten, dass Ausgangswert der Wert des konkreten Vorgangs ist, weil sich die Bescheinigung gerade auf den Eintritt der Wirksamkeitsvoraussetzungen der konkreten Anteilsveräußerung oder Kapitalmaßnahme bezieht. Eine Anknüpfung etwa an den Wert aller Geschäftsanteile ist ebenso wenig angemessen wie die Annahme des Stammkapitals als Ausgangswert. Wird beispielsweise nur ein kleiner Geschäftsanteil veräußert, wäre die Annahme eines Teilwerts aus dem Stammkapital oder dem Gesamtwert aller Geschäftsanteile unverhältnismäßig.

b) Gebühr

Für die Bescheinigung des Notars über die Wirksamkeitsvoraussetzungen ist nach einhelliger Auffassung gemäß § 50 Abs. 1 KostO eine ^{10/10}-Gebühr zu erheben.²⁵

c) Beispielfall

A verkauft seinen Anteil von nominal 10.000 € an der ABC GmbH (Stammkapital 25.000 €) zum Kaufpreis von 50.000 € an B. B verpflichtet sich darüber hinaus, A aus einer Bürgschaft von 50.000 €, die derzeit ein Darlehen der Gesellschaft in gleicher Höhe sichert, freizustellen. Der Notar hat zu prüfen: Zahlung des Kaufpreises, Wirksamkeit der Bürgschaftsfreistellung.

Geschäftswert für die Bescheinigung nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO gemäß § 30 Abs. 1 KostO: ca. 30–50 % aus 100.000 € (= Gesamtwert der Gegenleistungen des Käufers). Hieraus ^{10/10}-Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO = 102 € (bei 30 %).

d) Keine Wirksamkeitsvoraussetzungen

Sind weder nach den Bestimmungen der Urkunde noch außerhalb hiervon Wirksamkeitsvoraussetzungen zu prüfen (z. B. bei einer Anteilsschenkung an Volljährige), liegt dennoch eine nach § 50 Abs. 1 KostO zu bewertende Bescheinigung des Notars vor. Der Notar muss zumindest bescheinigen, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.²⁶ Darüber hinaus trifft er jedenfalls mittelbar die Feststellung, dass besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht gegeben sind. In derartigen Fällen ist der geringere Umfang der Tätigkeit des Notars dadurch zu berücksichtigen, dass ein entsprechend niedrigerer Wert für die Gebühr nach § 50 Abs. 1 KostO in Betracht kommt (ca. 10–30 % des Wertes der Anteilsübertragung).

2. Kostenschuldner

Die Frage, wer Kostenschuldner der Gebühren gemäß §§ 50 Abs. 1, 147 Abs. 2 KostO der bescheinigten Liste nach § 40

Abs. 2 GmbHG ist, bestimmt sich nach den Regeln der §§ 2 Nr. 1, 5 Abs. 1 KostO. In den Fällen, in denen die Gesellschaft nicht an der Beurkundung der Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 2 GmbHG mitgewirkt oder die Beurkundung nicht mitveranlasst hat, sind die ursächlichen Veranlasser der Tätigkeit des Notars, beispielsweise bei Beurkundung eines Kaufvertrags über einen Geschäftsanteil Veräußerer und Erwerber, Kostenschuldner der Gebühren gemäß §§ 50 Abs. 1 und 147 Abs. 2 KostO. Wirkt der Geschäftsführer bei der betreffenden Anteilsabtretung oder Kapitalmaßnahme in dieser Eigenschaft mit, wird die Gesellschaft weiterer Kostenschuldner. Gleiches gilt, wenn die GmbH die Kosten dem Notar gegenüber nach § 3 Nr. 2 KostO übernimmt. In diesem Fall tritt die GmbH als weiterer originärer Schuldner neben die sonstigen Kostenschuldner. Alle Kostenschuldner haften nach § 5 Abs. 1 KostO als Gesamtschuldner.

IV. Übermittlung der Liste an die Gesellschaft

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar eine Ablichtung der bescheinigten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Übersendung muss zeitnah erfolgen, um die GmbH möglichst zügig über Veränderungen zu informieren.²⁷ Es handelt sich hierbei um eine gesetzliche Pflicht des Notars, so dass bei der Übermittlung an die Gesellschaft ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO vorliegt.

V. Einholung einer staatlichen Genehmigung

Nach Aufhebung des § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG (a. F.) wird das Vorliegen einer für den Gegenstand des Unternehmens erforderlichen staatlichen Genehmigung im Rahmen des Registerverfahrens nicht mehr geprüft.²⁸ Wird der Notar jedoch außerhalb des Registerverfahrens wegen Beibehaltung der Genehmigungsbedürftigkeit mit der Einholung der Genehmigung beauftragt, liegt eine gebührenpflichtige Betreuungstätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO vor (^{5/10}-Gebühr aus ca. 20–30 % des Stammkapitals). Gleiches gilt, wenn der Notar im Auftrag der Beteiligten die gemäß § 43 Abs. 1 KWG dem Registergericht nachzuweisende Erlaubnis nach § 32 KWG einholt (Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen).

VI. Teilung von Geschäftsanteilen

Das MoMiG lässt nunmehr neben der Zusammenlegung auch die (Unter-)teilung von Geschäftsanteilen durch einfachen Mehrheitsbeschluss zu (§ 46 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG).²⁹ Es ist sachgerecht, für einen Beschluss über die Teilung von Geschäftsanteilen die Kriterien für die Bewertung der Vereinigung von Geschäftsanteilen heranzuziehen. Demnach gilt: Es handelt sich um einen Beschluss ohne bestimmten Geldwert, der nach § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO zu bewerten ist. Er beträgt 1 % des eingetragenen Stammkapitals, mindestens aber 25.000 € und höchstens 500.000 €. Auch die mehrfache Unterteilung der Geschäftsanteile sowie die Teilung der Geschäftsanteile mehrerer Gesellschafter sind stets als *ein* Beschluss ohne bestimmten Geldwert anzusehen.³⁰

²² ZNotP 2007, 332.

²³ NotBZ 2009, 18, 23.

²⁴ KostO, § 50 Rdnr. 13.

²⁵ *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437; *Elsing*, ZNotP 2007, 332; Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2009, 18, 23; *Filzek*, KostO, § 50 Rdnr. 13; *Böhringer*, BWNotZ 2008, 111.

²⁶ Z. B. *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 14.

²⁷ Siehe z. B. *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 16.

²⁸ *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 5.

²⁹ Vgl. *Wälzholz*, MittBayNot 2008, 425, 433.

³⁰ Siehe hierzu auch Notarkasse, Streifzug durch die KostO, Rdnr. 857 bzw. 883 für den Fall der Vereinigung.

TAGUNGSBERICHT

Grundfragen des GmbH-Rechts

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 4.2.2009

Von Dr. *Timo Fest* und *Tilman Kunze*, München

Zum 1.11.2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in Kraft getreten. Mit den sich hieraus ergebenden Fragen für die Rechtsanwendung und die Vertragsgestaltung befasste sich die am 4.2.2009 abgehaltene Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Als Referenten konnten hoch qualifizierte Persönlichkeiten aus dem Bereich der notariellen Praxis und der Wissenschaft gewonnen werden.

In seinem Grußwort zeigte sich der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, vor einem Publikum von über 350 Zuhörern erfreut über die große Resonanz aus dem Kreise der Notare, der Justiz, der Verwaltung, der Anwaltschaft und der Studenten. Ohne auf Einzelheiten einzugehen betonte er, dass der Gesetzgeber mit dem MoMiG versucht habe, einen Kompromiss zwischen der Limited des englischen Rechts und der GmbH überkommenen Zuschnitts zu finden. Anschließend stellte er die vier Referenten und ihren jeweils eng mit dem GmbH-Recht verbundenen Werdegang vor. Erfreut zeigte er sich darüber, mit Notar Professor Dr. *Riccardo Genghini* erstmals einen Referenten aus dem europäischen Ausland für die Veranstaltung gewonnen zu haben.

Im Anschluss begrüßte der Präsident der Landesnotarkammer Bayern, Notar Dr. *Ulrich Bracker*, die Referenten und das Auditorium. Er betonte das Anliegen der Forschungsstelle für Notarrecht, in Zusammenarbeit mit der Ludwig-Maximilians-Universität München ein Forum für den Austausch über aktuelle rechtliche Fragen zu schaffen, um den Dialog zwischen Studenten und Notaren zu fördern. Das Inkrafttreten des MoMiG sei ein Thema höchster Aktualität und in diesem Zusammenhang eine willkommene Gelegenheit, sich inhaltlich mit der Wissenschaft auszutauschen.

Das erste Referat mit dem Thema „Das neue Kapitalaufbringungsrecht“ wurde von Notar a. D. Professor Dr. *Hans-Joachim Priester*, Hamburg, gehalten.

Seinem Vortrag stellte er die Bemerkung voran, dass Ausführungen zum MoMiG derzeit noch mit dem „Schießen auf bewegliche Ziele“ zu vergleichen seien. Verlässliche Erfahrungswerte lägen noch nicht vor. In die Thematik seines Vortrags einführend, erläuterte er den Stellenwert der Kapitalaufbringung. Der als Eigenkapital eingebrachte Kapitalstock habe nicht nur die Funktion eines Haftungsfonds für die Gläubiger der Gesellschaft, sondern stelle zudem eine Seriositätsschwelle dar. Zum Abschluss der Einleitung gab er einen Überblick über die Entstehungsgeschichte des MoMiG, wobei er insbesondere die Abweichungen gegenüber dem Referentenentwurf betonte.

Anschließend ging er auf die rechtliche Behandlung der Bareinlagen ein, wobei er betonte, dass das MoMiG für diesen

Bereich praktisch keine Änderungen bewirkt habe. Vielmehr bestünden die bisherigen Probleme fort, so etwa, wenn Einlagen bei einer Kapitalerhöhung vor der notariellen Beurkundung eingezahlt, aber bereits vor der Eintragung in das Handelsregister verbraucht worden seien. Dabei wies er auf die Neuerung durch das MoMiG hin, dass bei einer Einpersonengründung eine Volleinzahlungspflicht nicht mehr bestehe. Die Registerkontrolle sei ohne inhaltliche Änderung in § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG lediglich kodifiziert worden.

Hinsichtlich der offenen Sacheinlagen betonte er, dass im Wesentlichen unveränderte Anforderungen bestünden. Eine Neuregelung enthalte § 9 c Abs. 1 Satz 2 GmbHG, wodurch die Registerprüfung auf offene Sacheinlagen erstreckt wurde. Insofern bestünde eine Parallele zum AktG. Diese sei angesichts der unterschiedlichen Strukturen jedoch unpassend. Bei den verdeckten Sacheinlagen seien die bisherigen Fallgruppen, insbesondere zeitnahe Gesellschaftergeschäfte, gewöhnliche Umsatzgeschäfte sowie die Forderungsverwendung als klassischer Fall der Kapitalerhöhung, erhalten geblieben. Seine Ausführungen zu den Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage begann er mit einem Rückblick auf die Entwicklung der Reform und die noch in dem Referentenentwurf enthaltene sog. Erfüllungslösung. Gesetz geworden sei stattdessen die sog. Anrechnungslösung (vgl. § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG). Nach dieser bestehe die Einlagepflicht fort, wobei jedoch der Wert der Sacheinlagen mit dem Betrag des Verkehrswertes zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister anzurechnen sei. Ergänzend wies er darauf hin, dass die dogmatischen Einzelheiten umstritten seien, es sich aber jedenfalls nicht um eine Willenserklärung handle. In diesem Zusammenhang hob er die mögliche Haftung der Mitgesellschafter und des Geschäftsführers nach § 9 a GmbHG hervor, die bei einer auch weiterhin möglichen Heilung entfielen. Ergänzend ging er auf eine mögliche Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG und deren umstrittene Einzelheiten ein. In Bezug auf die praktischen Auswirkungen wagt er die Prognose, dass die Praxis mit verdeckten Sacheinlagen zukünftig restriktiver verfahren werde. Im Hinblick auf die Möglichkeit, eine zunächst ordnungsgemäß eingezahlte Bareinlage zum Zweck der Gewährung eines Neudarlehens aufgrund einer Verwendungsabsprache unmittelbar an den einlegenden Gesellschafter zurückzuzahlen (sog. Hin- und

Herzählen), referierte er die bisherige Rechtsprechung des BGH und die Intention des Gesetzgebers bei der Neuregelung in § 19 Abs. 5 GmbHG. Dabei unterstrich er die Bedeutung der durch § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG eingetretenen Neuerung, die Verpflichtung als solche in der Anmeldung anzugeben.

Zum Abschluss ging *Priester* kurz auf das international gebräuchliche Cash Pooling ein. Er schloss seinen Vortrag mit der Einschätzung, dass die Reform wohl „gut gemeint“, jedoch „weder Fisch noch Fleisch“ sei, da weder eine Abschaffung noch eine konsequente Beibehaltung des Kapitalsystems vorgenommen worden sei. Erfolgt seien lediglich Veränderungen, die die bisherigen Probleme durch neue Probleme ersetzen.

Im zweiten Referat stellte Professor Dr. *Holger Altmeyen*, Passau, „Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen“ vor. Zu Beginn seines Vortrags griff er das Schlusswort von *Priester* auf und schloss sich dessen Fazit, die Reform sei „weder Fisch noch Fleisch“, an. Dann ging er auf die Entwicklung zum alten Recht ein, beginnend mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Darlehen *societas causa* wie eine Einlage und daher in der Insolvenz nachrangig behandelte. Anschließend wandte er sich der dogmatischen Einordnung des Kapitalersatzrechts auf der Grundlage der Novellenregelungen aus dem Jahre 1980 zu und verwies auf die Rechtsprechung, deren in entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Grundsätze die §§ 32 a, 32 b GmbHG faktisch verdrängten. Anschließend stellte er die wachsende Kritik am deutschen Kapitalersatzrecht dar und verwies in diesem Zusammenhang auf Bedenken, dass die deutsche GmbH als nicht europafreundlich genug angesehen werden könnte, sollte das Kapitalersatzrecht nicht drastisch dereguliert werden.

Nach seinen einführenden Worten wandte sich *Altmeyen* den Grundsätzen der Neuregelungen des MoMiG zu. Er wies darauf hin, dass der sachliche Regelungsgehalt der §§ 32 a, 32 b GmbHG sowie der §§ 129 a, 172 a HGB in weiten Teilen gleichlautend in das Insolvenzrecht verlagert worden sei. Dabei habe die Neuregelung einen Paradigmenwechsel dadurch herbeiführen wollen, dass sie auf das Merkmal der Krise verzichten wollte; die Krise dürfe auch nicht mehr vermutet werden. Als dogmatische Begründung für die Subordination von Gesellschafterdarlehen solle es genügen, dass der kreditgebende Gesellschafter eine Gesellschaftsform mit einer Beschränkung der persönlichen Haftung gewählt habe. Zu diesem Begründungsansatz nahm *Altmeyen* dahingehend Stellung, dass dies verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 3, 14 GG keine tragfähige Grundlage für die wesentliche Schlechterstellung eines Gesellschafter-Kreditgebers im Verhältnis zu anderen Gläubigern darstelle. Vielmehr bedürfe es auch weiterhin des Merkmals der Krise, dieses sei zukünftig aber innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwiderleglich zu vermuten.

Im Rahmen der nachfolgenden Synopse der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen ging *Altmeyen* insbesondere darauf ein, unter welchen Voraussetzungen künftige und ehemalige Gesellschafter von dem neuen Recht des Gesellschafterdarlehens betroffen sind. Nunmehr sei es grundsätzlich ausreichend, wenn die Gesellschafterstellung mit der Darlehensgewährung innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zusammenfalle. Andernfalls erfolge keine Verstrickung des Darlehens. Anschließend wandte er sich § 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO zu, die jeweils Ausnahmen von dem Nachrang enthalten. Im Hinblick auf das Kleinbeteiligungsprivileg des § 39 Abs. 5 InsO führte er

aus, dass das von *U. Huber* und *Habersack* vorgeschlagene umfassende Subordinationsmodell, wonach alle Gesellschafterforderungen nachrangig seien sollten, insoweit ungeschlüssig umgesetzt worden sei. Das Sanierungsprivileg des § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO kritisierte er vor dem Hintergrund, dass der tatbestandlich notwendige Anteilserwerb kein tauglicher Beitrag zur Sanierung der Gesellschaft sein könne. Notwendig sei vielmehr ein Sanierungskredit oder die Zufuhr von Eigenkapital.

Letztlich wandte sich *Altmeyen* der Abschaffung der kapitaleretzenden Nutzungsüberlassung zu. Diese habe mit kapitaleretzenden Maßnahmen und der Subordination von Gesellschafterdarlehen nichts mehr zu tun. Zu kritisieren sei die systematische Verortung in § 135 Abs. 3 InsO, da die Regelung vielmehr in den Kontext der §§ 108 ff. InsO gehöre. Zudem eröffne die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, den vom Gesellschafter überlassenen und zur Fortführung des Unternehmens benötigten Gegenstand für einen Zeitraum bis zu maximal einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen Entgelt zu nutzen, zahlreiche Streitfragen nicht nur im Hinblick auf die Höhe des Entgelts.

Zum Abschluss seines Vortrags betonte er nochmals, dass entgegen der Regierungsbegründung keine Rede davon sein könne, dass es im reformierten Recht der Gesellschafterdarlehen nicht mehr um eine Krisenfinanzierung gehe. Abgeschafft worden sei nicht das Tatbestandsmerkmal der Krise, sondern das Erfordernis, das Vorliegen einer solchen innerhalb eines Jahres vor dem Antrag auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu prüfen; die Krise werde vielmehr unwiderleglich vermutet.

Das dritte Referat der Tagung von Notar Professor Dr. *Riccardo Genghini*, Mailand, befasste sich mit den „Neuerungen im italienischen GmbH-Recht“. In Italien sei die GmbH im Jahre 1942 als „kleine“ Aktiengesellschaft eingeführt worden. Zum 1.1.2004 habe das Recht der GmbH radikale Änderungen erfahren. Die Reform sei trotz Beibehaltung einer starken persönlichen Prägung durch eine Hinwendung sowohl zu den Personen- als auch zu den Kapitalgesellschaften charakterisiert gewesen. Seither seien nicht alle Gesellschafter denotwendig gleichberechtigt. Dennoch sei es möglich, für die Beschlussfassung auch das Einstimmigkeitsprinzip in die Satzung aufzunehmen. Zugleich seien die Formalia der Beschlussfassung insoweit gelockert worden, als diese nunmehr – abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG – auch fernmündlich im Rahmen einer Telefonkonferenz erfolgen könne. Die Erfüllung der Einlagepflicht sei auch mittels Dienst- und Arbeitsleistungen möglich; in der Praxis werde davon aber kaum Gebrauch gemacht. Eine Ähnlichkeit zur Aktiengesellschaft bestehe nur insoweit, als die Bewertung der Einlagen durch einen Sachverständigen erfolge. Die Übertragung der Anteile könne ohne notarielle Form erfolgen, wenn beide Parteien die Vereinbarung mit ihrer elektronischen Signatur unterzeichnen. Dies sei insofern kritikwürdig, als eine Prüfung der Berechtigung des Veräußerers unter diesen Umständen entfalle. Im Gegensatz zu § 16 Abs. 3 GmbHG n. F. sei ein gutgläubiger Erwerb eines Geschäftsanteils jedoch nicht möglich. Zusammenfassend wies *Genghini* darauf hin, dass die italienische GmbH sich insbesondere als Rechtsform für Familienunternehmen eigne. Vermögensübergaben seien gut steuerbar, so dass sich unter anderem die Funktion als Familien-Trust anbiete.

Das vierte Referat von Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim, hatte „Die Gestaltungsvarianten der GmbH & Co. KG“ zum Inhalt. Zur Einführung in die Thematik zeichnete er die Entwicklungen in der Rechtsprechung seit der

grundlegenden Entscheidung des BayObLG vom 16.2.1912 (BayObLGZ 13, 69) nach. Bezüglich der Rechtsfolgen der Gestaltung wies er – wie zuvor schon *Altmeyden* – darauf hin, dass sowohl die Problematik der Rückgewähr von Darlehen als auch die kapitalersetzende Nutzungsüberlassung nunmehr einheitlich in der InsO zu finden seien. Anschließend erläuterte er die Grundzüge der Geschäftsführerhaftung anhand eines Falls aus seiner notariellen Praxis.

Im Hauptteil seines Vortrags stellte er anhand zahlreicher Schaubilder die einzelnen Gestaltungsvarianten der GmbH & Co. KG dar. Dabei wandte er sich nach den Grundformen der personengleichen und der nicht personengleichen GmbH & Co. KG den Sonderformen der Einpersonen GmbH & Co. KG sowie möglichen Konzerngestaltungen zu. Für die Einheits-GmbH & Co. KG prognostizierte er aufgrund der möglichen Sondererbfolge für die KG, der Anteilsübertragung ohne notarielle Mitwirkung, der einfachen Gestaltung sowie umsatzsteuerrechtlicher Vorteile eine steigende praktische Bedeutung. Ergänzend ging er auf die im Schrifttum vorge-

schlagenen Ansätze zur Verhinderung einer Majorisierung der Kommanditisten durch den Geschäftsführer ein. Der Vollständigkeit wegen wurden auch die Gestaltungsvarianten der Publikums-GmbH & Co. KG, der Mini-GmbH & Co. KG sowie der Vorrats-GmbH & Co. KG dargestellt. Zum Abschluss seines Beitrags ging er auf die steuerlichen Ziele bei der Ausgestaltung einer GmbH & Co. KG ein. Dabei hob er die Möglichkeit der Sicherung von Betriebsvermögen, die gewerbliche Prägung von Privatvermögen sowie die Vorzüge einer Privatvermögen verwaltenden GmbH & Co. KG hervor.

Nach anschließender Diskussion wurde den Teilnehmern und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit geboten, fachliche und persönliche Gespräche zu führen. Zusammenfassend kann die Veranstaltung als gelungener Meinungsaustausch zwischen Notaren, hochrangigen Richtern, Wissenschaftlern, Angehörigen der Verwaltung sowie Vertretern aus der Anwaltschaft, Rechtsreferendaren und Studenten bezeichnet werden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bergschneider: Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen. Beck, 2008. 121 S., 26 €

Der bekannte Münchener Familienrechtsanwalt richtet sich mit seinem auf der Grundlage zahlreicher Vorträge entstandenen Manuskript an die Praxis der Gestaltung und Abwicklung von Eheverträgen. Dass nicht nur Eheverträge, sondern auch die diesbezügliche höchstrichterliche Rechtsprechung innerhalb von etwa zehn Jahren „sittenwidrig wurden“, lässt sich nach seiner Ansicht nicht rechtlich, sondern nur ethisch begründen. Deshalb beginnt er seine Darstellung mit einem Kapitel über den philosophisch-ideologischen Hintergrund der Rechtsprechungswende. Es schließen sich die Darstellung sämtlicher Entscheidungen des BVerfG und des BGH zur richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen, Scheidungsvereinbarungen und Trennungsvereinbarungen an, die plakativ mit einprägsamen Kurzbezeichnungen (z. B. „Schwangere 1 und 2“, „Brasilianerin“, „Juweliergeschäft“, „Krebserkrankung“ usw.) versehen wurden. Die neuesten Urteile vom 9.7.2008 (BGH, DNotZ 2009, 62 = FamRZ 2008, 2011 „schwängere Erzieherin“), in welchem sich der BGH mit der Tatsache auseinandersetzen musste, dass die Vereinbarung zum Kinderbetreuungsunterhalt beim Abschluss zwar nicht dem Altersphasenmodell der damaligen Rechtsprechung entsprach, aber vom Rechtszustand nach der Unterhaltsrechtsreform nicht mehr weit entfernt war, und vom 5.11.2008, MittBayNot 2009, 152 („jüngerer Türke“), in dem es um die Grenzen von Eheverträgen zugunsten des Unterhaltspflichten ging, konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

Eheverträge sind stets Scheidungsvereinbarungen und bedingen gesetzliche Rechte (teilweise) ab. *Bergschneider* unterscheidet nach der Situation, in der sie abgeschlossen werden, vorsorgende Eheverträge, Krisen-Eheverträge und Scheidungseheverträge. Die Inhaltskontrolle betrifft sämtliche Ver-

einbarungen, auch gerichtlich protokollierte Scheidungsvereinbarungen; sie soll sich auch auf Partnerschaftsvereinbarungen nichtehelicher Paare (S. 38 f.), die Güterstandwahl (S. 75 f.), die Hausratsverteilung (S. 77) sowie Erb- und Pflichtteilsverzicht erstrecken. *Bergschneider* behandelt ausführlich sämtliche Scheidungsfolgen und die möglichen Regelungen, insbesondere auch zum reformierten Kinderbetreuungsunterhalt. Zahlreiche Musterformulierungen geben dem gestaltenden Juristen auf „dem buckeligen Feldweg im Schneegestöber“ (S. 41) Orientierung. Dies betrifft auch die Verfahrensgestaltung. In der Frage nach der Schwangerschaft der Frau sind Notare zwischenzeitlich schon erfahren. Wie sie allerdings die Ermittlung der allgemeinen psychischen Verfassung und die Fragen nach einer Alkoholkrankheit und der Drogenabhängigkeit diskret stellen sollen (so S. 83), bedürfte konkreter Hinweise.

Eher beiläufig (S. 43) bringt *Bergschneider* den geänderten Maßstab bei der Inhaltskontrolle auf den Punkt: Der Vergleich ist nicht mehr zwischen der Rechtslage mit und ohne Trauschein, sondern der rechtlichen Situation mit oder ohne Ehevertrag anzustellen. Dies betrifft nicht nur den vorsorgenden Ehevertrag, sondern auch die Scheidungsvereinbarung im Mangelfall (vgl. S. 76). Wenn aufgrund gesunkener Immobilienwerte das Familienwohnheim nur zu einem Preis unter dem Schuldenstand veräußert werden kann, die Miete höher ist als die Annuitätsraten und ein Unterhaltsverzicht bzw. eine Freistellung vom Kindesunterhalt nicht zulässig sind, droht aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle nicht nur ein Verlust der Rechtssicherheit, sondern auch der eigentlich angestrebten Gerechtigkeit. *Bergschneider* ist ein spannendes und für die Praxis hilfreiches Buch zur Ehevertragsgestaltung gelungen, dessen Anschaffung nur wärmstens empfohlen werden kann.

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

Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis. 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009. 749 S., 98 €

Nur kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des MoMiG ist im Januar 2009 nunmehr die 2. Auflage der „GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis“ erschienen. *Heckschen* und *Heidinger* setzen damit die erste Auflage in gewohnt brillanter Weise fort. Die Lektüre ist ein wahres Vergnügen und eine vielseitige Fundgrube neuer und aktuellster Erkenntnisse. Mit *Heckschen* als einem der ausgewiesenen Gesellschaftsrechtler, die das deutsche Notariat zu bieten hat, und *Heidinger* als ebenso verdientem Leiter des gesellschaftsrechtlichen Referats des DNotI garantieren beide Autoren für höchste Qualität mit großem Praxisbezug. Der Schwerpunkt des Buchs liegt entsprechend seinem Titel in der Gestaltungs- und Beratungspraxis.

Der *Heckschen/Heidinger* ist an Aktualität nicht zu überbieten. Dies zeigt sich beispielsweise an der Entscheidung des BGH vom 27.10.2008, II ZR 158/06 (DNotI-Report 2009, 7)

zur (weiteren) Anwendung der Sitztheorie auf Schweizer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, die zu Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht war, gleichwohl aber in den Druckfahnen eingearbeitet werden konnte. Dies spricht für höchste Sorgfalt der Autoren.

Geht man ins Restaurant zu einem Starkoch, so weiß man bereits vorher, dass dieser gut kochen kann. Gleichwohl steigert es die Vorfreude ganz ungemein, wenn sich die Gelegenheit bietet, vor dem Essen dem Chefkoch ein wenig in die Kochtöpfe zu blicken und an den köstlichen Vorbereitungen zu riechen. Mit dieser Motivation, sozusagen zur Steigerung der Vorfreude, seien die folgenden Einzelaspekte aus dem neuen *Heckschen/Heidinger* als besondere „Schmankerl“ in Stichworten herausgegriffen. Dabei dürfte sowohl dem Kenner wie dem Liebhaber das Wasser im Munde zusammenlaufen:

Die Probleme der Vorrats- und Mantelverwendung mit allen ihren Tücken und Unsicherheiten werden eingehend erläutert (§ 3 Rdnr. 112 ff.). Dabei stellt sich seit dem 1.11.2008 die Frage nach den Folgen einer verdeckten Sacheinlage nach

einer Mantelverwendung. Überzeugend wendet *Heckschen* die neuen gesetzlichen Grundlagen des § 19 Abs. 4 GmbHG auch auf die Fälle der wirtschaftlichen Neugründung an – allerdings mit der zutreffenden Differenzierung, dass es für Werthaltigkeit und Anrechnungswirkung auf den Zeitpunkt der Anzeige der Mantelverwendung bei dem Handelsregister ankommt (§ 3 Rdnr. 197 f.). Ausführlich behandelt *Heckschen* in § 3 Rdnr. 161 ff. auch die Fragen des Vertrauensschutzes in allen Altfällen vor den wegweisenden BGH-Entscheidungen zur Vorrats- und Mantelgesellschaft (BGH, DNotZ 2003, 443; GmbHR 2003, 1125).

Finanzplandarlehen sind keine Untergruppe des Eigenkapitalersatzrechts, sondern eine selbständige Fallgruppe der Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter (BGHZ 142, 116 = GmbHR 1999, 911 m. Anm. *Brauer*). Die Auswirkungen des MoMiG auf diese Fallgruppe hat der Gesetzgeber mit keinem Wort geregelt oder erläutert. Es stellt sich daher die Frage, ob diese nach der weitgehenden Beseitigung der Finanzierungsfolgenverantwortung durch Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts noch fortbestehen kann. *Heckschen* bejaht dies in § 18 Rdnr. 204, wenngleich man dies mit der Argumentation, dass ein Gesellschafter, der noch gar kein Darlehen gegeben hat, nicht schlechter stehen kann, als wenn er es gegeben und wieder zurückgezahlt erhalten hätte, auch anders sehen kann. M. E. sollte die Problematik entsprechend § 135 InsO gelöst werden, indem eine Kündigung der Finanzierungsabrede mehr als ein Jahr vor der Insolvenzantragstellung wirksam und nicht anfechtbar ist.

Zu den Fällen des sog. Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. vertritt *Heidinger* die eng am Gesetzeswortlaut angelehnte Auffassung (§ 11 Rdnr. 109), dass die Darlehensforderung, die in einem solchen Falle an die Stelle des Stammeinlageanspruchs tritt, nicht dem Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG und nicht der Haftung des § 16 Abs. 2 GmbHG unterliegt. Eine abweichende Entwicklung der Rechtsprechung wird gleichwohl unter Hinweis auf *Wicke*, GmbHG, 2008, § 19 Rdnr. 37 für möglich gehalten. Die Offenlegung des Hin- und Herzählens gegenüber dem Handelsregister soll nicht materiellrechtliches Wirksamkeitserfordernis für die Erfüllungswirkung sein (§ 11 Rdnr. 104 – strittig).

Die Rückumwandlung einer GmbH in eine UG (haftungsbeschränkt) wird abgelehnt (§ 5 Rdnr. 78), während die Beteiligung einer UG als Komplementärin an einer KG als zulässig erachtet wird, auch wenn diese an dem Kapital und an den Erträgen der KG nicht beteiligt ist (§ 5 Rdnr. 84 – m. N. zur Gemeinung). Ausführlich wird auch die Umwandlungsfähigkeit der UG (haftungsbeschränkt) erörtert (§ 5 Rdnr. 91 ff.).

Diese Liste an interessanten und aktuellen Problemen des GmbH-Rechts ließe sich beliebig fortsetzen. Selbstverständlich werden auch die aktuellen Probleme in Bezug auf die Gesellschafterliste, den gutgläubigen Erwerb, die Kapitalerhaltung und den Cash-Pool, die Schiedsgerichts- und Mediationsklauseln, minderjährige Gesellschafter, die Durchführung von Kapitalmaßnahmen und Satzungsänderungen, die neuen Anforderungen an die Handelsregisteranmeldungen, auch bei Verwendung des Musterprotokolls, das internationale Gesellschaftsrecht, die Satzungsgestaltung sowie die Probleme des Zeitpunktes der Wirksamkeit der Zwangseinziehung praxisnah behandelt.

Ferner beinhaltet der *Heckschen/Heidinger* eine Fülle sehr praktischer Formulierungsvorschläge, beispielsweise zu den üblichen notariellen Belehrungen (§ 2 Rdnr. 124), zur Geschäftsführerversicherung (§ 2 Rdnr. 104 a. E.) und Handelsregisteranmeldung (§ 2 Rdnr. 126), zur Anzeige der Mantelverwendung (§ 3 Rdnr. 179), zu Mediations- und Schiedsgerichtsklauseln (§ 4 Rdnr. 418 f.) und viele weitere. In § 4 Rdnr. 420 findet sich eine wertvolle Checkliste zu empfehlenswerten Satzungsanpassungen aus Anlass des MoMiG. Zur Handelsregisteranmeldung vertritt *Heckschen* die auch vom Verfasser dieser Rezension vertretene Ansicht, wonach die Versicherung zu Vorstrafen und Berufsverboten entsprechend dem Gesetzeswortlaut genügt. Dies hat jedoch bereits zu Zwischenverfügungen geführt, da die Rechtsprechung teilweise die Ansicht vertritt (OLG Düsseldorf, DB 1996, 2381 m. w. N.), es müsse versichert werden, dass *gar keine* Berufsverbote erteilt worden seien; soweit dies doch der Fall sei, müsse dies aufgedeckt werden, damit das Gericht dann die Übereinstimmung von Unternehmensgegenstand und Umfang des Berufsverbots prüfen könne. Die Versicherung habe daher dahingehend zu lauten, dass kein Berufsverbot erteilt sei – unabhängig von der Übereinstimmung mit dem Unternehmensgegenstand.

Der neue *Heckschen/Heidinger* ist nach alledem jedem Notar uneingeschränkt und unbedingt zur Anschaffung zu empfehlen; er darf in keiner Bibliothek fehlen und ist ein unentbehrlicher Begleiter aller Gestaltungen rund um die GmbH. Dieses Handbuch zum GmbH-Recht bietet dem Praktiker genau das, was er braucht: Soviel Theorie wie nötig, soviel praktische Anwendung und Gestaltungsempfehlungen wie möglich. Kurz: Dieses Handbuch zum GmbH-Recht ist eine der neuen Praktiker-Bibeln zum GmbH-Recht, die nichts zu wünschen übrig lässt.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.): Handbuch GmbH-Recht. ZAP, 2008. 926 S., 88 € + CD-ROM

Vor nicht allzu langer Zeit in Kraft getreten, erfreut sich das neue GmbH-Recht bereits einer geradezu inflationären Erörterung in mannigfaltigen Publikationen. Diese sind in ihrer Aufmachung insoweit durch eine gewisse Gleichförmigkeit geprägt, als sie dem Leser Praxisnähe – meist vermittelt durch grau hinterlegte Hinweise, Checklisten und Muster – versprechen. Das vorliegende Werk macht hier keine Ausnahme, sondern bietet die vorgenannten Besonderheiten überdies auf einer CD-ROM feil, welche die im Handbuch abgedruckten Muster noch dazu in englischer Sprache enthält. Eine „Ver-

packung“, die mithin keine Wünsche offen lässt! Bleibt die Frage, ob das Handbuch über seine Aufmachung hinaus auch inhaltlich Akzente setzt. Wie so oft lautet die salomonische Antwort des Juristen: Es kommt darauf an.

So wissen *Oppenhoff* und *Bormann*, ihres Zeichens Notarin bzw. Rechtsanwalt und damit – wie alle weiteren Autoren – erfahrene Praktiker auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, mit ihren Ausführungen zur GmbH-Gründung und Kapitalaufbringung durch Verständlichkeit und Praxisnähe zu glänzen, nicht zuletzt aufgrund ihrer zahlreichen Hinweise zur Gründungsberatung. Exemplarisch sei hier auf die Empfehlung zur Aufnahme einer Ermächtigung der Geschäftsführung

in der Gründungssatzung, die nach der Ausnutzung eines genehmigten Kapitals erforderlich werdende Änderung des Gesellschaftsvertrages selbst vorzunehmen, ebenso hingewiesen wie auf den Praxistipp, beim Gebrauchmachen von der nunmehr legitimierten Möglichkeit des Hin- und Herzählens der Anmeldung entsprechende Belege zum Nachweis der Vollwertigkeit und Liquidität des Rückzahlungsanspruchs i. S. v. § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG beizufügen.

In diesem Zusammenhang werden die trotz der erheblichen Lockerungen der Kapitalaufbringungsvorschriften durch das MoMiG nach wie vor bestehenden Risiken der verdeckten Sacheinlage sowie des Hin- und Herzählens deutlich herausgearbeitet. Die Annahme einer Strafbarkeit der bloßen Nichtoffenlegung einer Leistung gemäß § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG auch in dem Fall, dass der Rückgewähranspruch der Gesellschaft im Übrigen vollwertig und liquide ist (Kap. 4 Rdnr. 74), spiegelt freilich eine gewisse „Übervorsicht“ des Verfassers wider.

Als knapp aber informativ darf man die Ausführungen zur Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) bezeichnen, die namentlich der praxisrelevanten Rechtsfrage der Komplementärfähigkeit der nicht am Vermögen der KG beteiligten UG ausreichend Beachtung schenken.

Insbesondere aus Sicht der notariellen Praxis bedauerlich erscheint indes die allzu oberflächliche oder gar fehlende Auseinandersetzung der Verfasser mit der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (Konvaleszenz unmittelbar nach Übertragung von Geschäftsanteilen vorgenommener Rechtshandlungen bei unverzüglicher Aufnahme der neuen Gesellschafterliste ins Handelsregister) und des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG (Bescheinigung des Notars in Bezug auf die geänderte Gesellschafterliste). Auf die im Zusammenhang mit diesen Vorschriften zahlreich aufgetretenen Zweifelsfragen hält das Werk leider so gut wie keine Antworten geschweige denn Formulierungshilfen parat.

Als gelungen können demgegenüber die zu Recht kritischen Ausführungen über die gesetzestechnisch wenig überzeugenden

Regelungen zum gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen bezeichnet werden. Allerdings wird die unter pragmatischen Gesichtspunkten sicherlich nachvollziehbare Empfehlung, zum Schutze des Anteilserwerbers vor einer wirksamen Weiterveräußerung des Anteils an einen gutgläubigen Dritten sofort einen Widerspruch gegen die Richtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG bewilligen zu lassen und beim Handelsregister einzutragen, rechtsdogmatisch nicht weiter hinterfragt.

Die Intention der Herausgeber, über die Regelungen des GmbHG hinaus angrenzende Rechtsgebiete wie z. B. das Arbeits-, Konzern- und Sozialversicherungsrecht kompakt darzustellen, wurde wiederum überzeugend umgesetzt. So ist der Besteuerung der GmbH und ihrer Gesellschafter ein eigenes Kapitel gewidmet, das alle relevanten Änderungen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008 berücksichtigt. Die zu Beginn dieses Abschnitts getroffene, etwas lapidare Feststellung, wonach „das Teileinkünfteverfahren wie das Halbeinkünfteverfahren Anwendung [finde], wenn sich die Beteiligung im Privatvermögen oder Betriebsvermögen [befinde]“ (Kap. 13 Rdnr. 91), erfährt später (Rdnr. 320 ff.) die erforderliche Differenzierung. Der steuerlich interessierte Leser wird es schließlich zu schätzen wissen, falls in der nächsten Auflage den Unterschieden in der Besteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften mehr Raum geschenkt würde.

Summa summarum ein Handbuch, das die zu seiner Zielgruppe erklärten Notare in Deutschland in zweierlei Hinsicht zufriedenstellen wird: Zum einen durch die im Werk zahlreich verstreuten Warnhinweise vor vermeintlich kostengünstigeren Beurkundungen von Geschäftsanteilsabtretungen und Kapitalerhöhungsbeschlüssen im Ausland, zum anderen im Hinblick auf die – von vereinzelt Ausnahmen abgesehen – durchwegs hilfreichen Empfehlungen für die tägliche Arbeit mit dem neuen GmbH-Recht in der notariellen Praxis.

Notarassessor *Johannes Hecht*, München

Krafka: Einführung in das Registerrecht. 2. Aufl., Beck, 2008. 164 S., 26 €; Kroiß/Everts/Poller: GmbH-Registerrecht, Nomos, 2009. 304 S., 48 €

Das Registerrecht gehört zum notariellen Handwerkszeug. Dennoch bleibt in der Hektik des Alltags oftmals keine Zeit, um sich dem Ganzen vom Grundsätzlichen her zu widmen. Abhilfe schafft das ebenso kurze wie kurzweilige Büchlein von *Krafka*. Nach einem historischen Abriss beginnend mit den Anfängen durch das ADHGB von 1871 spannt *Krafka* den Bogen bis zu den Änderungen, die die Registerführung durch das EHUG erfahren hat. Wenn das Werk auch zahlreiche praxisbezogene Fragen streift – z. B. die Eintragung der Vertretungsverhältnisse einer GmbH & Co. KG (Rdnr. 187 ff.) oder den Kreis der anmeldereberechtigten Personen (Rdnr. 237 ff.) – liegt sein eigentlicher Wert darin, die Bedeutung des Registerrechts herauszuarbeiten und es aus seiner Quasi-anonymität zu holen.

Zu Recht betont *Krafka*, dass die Führung öffentlicher Register eine der staatlichen Justiz zugewiesene Aufgabe ist. Öffentliche Register sind eben infolge ihrer Ausstattung mit öffent-

lichem Glauben (vgl. etwa § 15 HGB) mehr als bloße Verzeichnisse, aus denen sich die Existenz von Rechtsträgern oder der Umfang von Vertretungsverhältnissen ablesen lässt. Gerade in Zeiten, in denen die Vorsorgende Rechtspflege europarechtlich nicht immer en vogue ist, ist es verdienstvoll, auf die Publizitätswirkungen und Kontrollfunktionen des deutschen Registerverfahrens, die letztlich als bedeutender Standortvorteil zu begreifen sind, hinzuweisen. Gewünscht hätte man sich indes, dass *Krafka* die Bedeutung des Notars im Registerverfahren stärker herausstreicht. Ist doch bekanntlich nur die öffentliche Urkunde taugliche Grundlage für Eintragungen in öffentliche Register. Gerichte und Notare wirken daher seit jeher komplementär im Interesse der Vorsorgenden Rechtspflege in einem justizförmigen Verfahren zusammen. Der Notar übernimmt als dezentraler neutraler Rechtsberater neben der Identitätsfeststellung der Beteiligten vor allem die Aufgabe, die für die Eintragung rechtserheblichen Erklärungen herauszuschälen und dem Gericht in dessen Sprache (seit Inkrafttreten des EHUG sogar ergänzend als XML-Datensatz) eintragungsfertig zu übermitteln. Kein Grund also, die notarielle Bedeutung für das Registerverfahren unter den Scheffel zu stellen.

Die enge Verzahnung notarieller und registergerichtlicher Tätigkeit kommt in der Coproduktion des „von Praktikern für Praktiker“ (vgl. Vorwort) geschriebenen Werkes „GmbH-Registerrecht“ von *Kroiß/Everts/Poller* bestens zum Ausdruck. Die drei Autoren verkörpern als – in Bezug auf *Poller* wenn auch ehemaligen – Registerrichter und Notar schon in ihrer jeweiligen Person die beiden tragenden Säulen des Registerverfahrens. Gemeinsam nehmen sie das MoMiG zum Anlass, sämtliche Fragen im Zusammenhang mit Registeranmeldungen und -eintragungen von GmbHs kompakt darzustellen. Der Bogen spannt sich hierbei von der Gründung einer GmbH bis zu deren Löschung. Besondere Berücksichtigung finden die GmbH & Co. KG und Fragen im Zusammenhang mit Zweigniederlassungen. Auch der durch das MoMiG eingeführten Unternehmungsgesellschaft ist ein eigenes Kapitel gewidmet. Der Aufbau ist hierbei stets wie folgt: Nach der Darstellung der materiellen Rechtslage folgt jeweils ein Muster für die Registeranmeldung mit anschließenden Hinweisen zu den Gerichts- und Notarkosten sowie mitunter zur weiteren registerrechtlichen Behandlung der Anmeldung.

Hervorzuheben ist auch die ansprechende Darstellung umwandlungsrechtlicher Fragen in Bezug auf die GmbH. Die Autoren sparen zwar nicht mit rechtspolitischer Kritik (so wird die durch das MoMiG eingeführte Mustersatzung bereits

im Vorwort als „misslungen“ bezeichnet), führen aber zugleich durch den Gesetzgeber verursachte Zweifelsfragen einer ersten Lösung zu. Dies gilt namentlich für die notarbescheinigte Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG, in dessen Rahmen beinahe jedes Tatbestandsmerkmal zu Subsumptionsschwierigkeiten führt. Zu Recht stellt *Everts* fest, dass Anteilsabtretungen im Ausland insoweit unter die Räder des § 40 Abs. 2 GmbHG geraten, als ein deutscher Notar keine bestätigte Liste mangels „Mitwirkung“ erstellen darf, der ausländische Notar hierzu aber umgekehrt nicht verpflichtet ist.

Alles in allem ist das Buch ein gelungenes Nachschlagewerk für Praktiker sowohl auf Gerichts- als auch auf Notarseite. Schon wegen seiner Beschränkung auf das GmbH-Registerrecht wird es dennoch umfangreicheren Werken wie etwa dem *Krafka/Willer*, Registerrecht, nicht den Schneid abkaufen. Gleichwohl ist es als sinnvolle Ergänzung der eigenen Bibliothek zu begreifen, und zwar schon deshalb, weil es neben dem aktuellen Rechtsstand in Bezug auf GmbH und UG auch bereits Änderungen infolge des zum 1.9.2009 in Kraft tretenden FGG-Reformgesetzes berücksichtigt.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

Märkle/Alber: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht. 12. Aufl., Boorberg, 2008. 504 S., 68 €

Das vorliegende Buch erweckt im Titel den Eindruck, alle zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Fragen zum Vereinsrecht zusammenzufassen. Doch schon der Blick auf die Autoren zeigt, dass der Schwerpunkt auf dem Steuerrecht liegen wird, denn diese sind oder waren beim Finanzministerium Baden-Württemberg oder der Oberfinanzdirektion Karlsruhe tätig, Herr Dr. *Märkle* sogar als Leiter der Steuerabteilung des Finanzministeriums. Auch das Inhaltsverzeichnis bestätigt diese Vermutung, denn auf den zivilrechtlichen Teil entfallen 102 Seiten, auf den steuerrechtlichen Teil dagegen 360 Seiten.

Im zivilrechtlichen Teil findet sich kaum mehr als ein grober Überblick über den nicht rechtsfähigen Verein, etwas intensiver ist die Behandlung des rechtsfähigen Vereins. Es verwundert daher nicht, dass sich nur ein Beispiel für eine Registeranmeldung oder ein Beispiel für ein Versammlungsprotokoll finden. Zwar werden die einzelnen Paragraphen des Vereinsrechts abgearbeitet und es sind auch Verweisungen auf Gerichtsentscheidungen mit Fundstellen enthalten, doch für einen Juristen fehlt es an der Tiefe. Wer z. B. auf die Frage, ob eine Einberufung der Mitgliederversammlung auch per E-Mail möglich ist, eine Antwort sucht, findet nicht einmal eine Andeutung, dass es eine Textform gibt, geschweige denn, ob es dafür einer Satzungsregelung bedarf oder nicht.

Andererseits werden zur Veranschaulichung von Begriffen wie „Sonderrechte“ oder Unterscheidung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht viele praktische Beispiele gegeben, so dass die Lektüre für einen interessierten Laien gewinnbringend sein kann. Allerdings scheinen manche Beispiele auch etwas „an den Haaren“ herbeigezogen, wenn nämlich zum Thema „Haftung des Vorstands bei Überschreitung seiner Vertretungsmacht“ (S. 95) geschildert wird, dass

ein einzelnes Vorstandsmitglied trotz Gesamtvertretungsbefugnis für den Verein einen Grundstückskaufvertrag abschließt. Gerade bei einem Grundstückskaufvertrag würde dieser Fall aufgrund der Prüfung des Notars sicher nicht stattfinden.

Der steuerrechtliche Teil behandelt dagegen alle denkbaren Berührungspunkte der Vereine mit dem Steuerrecht. Zunächst werden natürlich die Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit i. S. d. §§ 51 bis 68 AO, insbesondere die Neufassung des § 52 Abs. 2 AO, der nun einen abschließenden Katalog enthält, intensiv behandelt, da die Anerkennung der Gemeinnützigkeit in der Regel das Ziel der meisten Vereine darstellt. Das ABC der gemeinnützigen Zwecke (S. 155) ermöglicht das schnelle Auffinden von als gemeinnützig anerkannten konkreten Vereinszwecken. Es wäre jedoch sinnvoll, wenn der Anwendungserlass zur AO, in dem wichtige Auslegungs- und Zweifelsfragen des Gemeinnützigkeitsrechts geregelt sind, und auf den immer wieder Bezug genommen wird, in einem Anhang abgedruckt wäre. Interessant ist auch die detaillierte Beschreibung der zulässigen Rücklagen eines Vereins, die je nach Art in sehr unterschiedlichem Umfang und Dauer erlaubt sind.

Auch die Probleme der wirtschaftlichen Betätigung von gemeinnützigen Vereinen – Stichwort „wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, § 64 AO“ – „Zweckbetriebe §§ 65 bis 68 AO“ werden genauestens dargestellt. Wer denkt schon bei der Organisation von Vereinsfesten oder ähnlichen Veranstaltungen daran, dass dadurch eventuell nicht nur eine Umsatzsteuerpflicht, sondern auch eine Gewerbe- und Körperschaftsteuerpflicht ausgelöst werden kann. Allerdings wurde durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007 (BStBl I, S. 815) diese Besteuerungsgrenze auf Bruttoeinnahmen i. H. v. 35.000 € jährlich erhöht, so dass bei kleineren Veranstaltungen in der Regel keine Gefahr droht.

Der nächste Abschnitt behandelt ein ebenso wichtiges Thema, nämlich die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden. Andere Bereiche wie Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Umsatzsteuer, Grundsteuer, Lotteriesteuer, Vergnügungsteuer aber auch Grunderwerbsteuer und Erbschaft- und Schenkungsteuer kann man ebenfalls bei Bedarf nachschlagen. Im Rahmen der Ausführungen zur Lohnsteuer wird natürlich der ebenfalls durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements neu eingefügte § 3 Nr. 26 a EStG, der neben der Übungsleiterpauschale des § 3 Nr. 26 EStG jetzt auch Einnahmen i. H. v. jährlich 500 € aus sonstigen nebenberuflichen Tätigkeiten im Dienst oder Auftrag eines gemeinnützigen Vereins von der Lohn- und Einkommensteuer befreit, erwähnt.

Im steuerrechtlichen Teil erkennt man sofort die profunden Fachkenntnisse der Autoren, die in vielen Fällen allerdings vermutlich zu detailliert für den Laien dargestellt sind. Wer dagegen mit gewissen Vorkenntnissen in diesem Teil blättert, wird überrascht durch die Fülle und Breite der Darstellung.

Insgesamt betrachtet wird nicht ganz klar, für welche Zielgruppe dieses Buch gedacht ist. Wer sich privat als Vorstand eines Vereins tiefer mit der steuerlichen Problematik auseinandersetzen muss, wird sicher gute Hinweise finden. Für den Notar werden sich aber die steuerrechtlichen Fragen in dieser Intensität nicht stellen, so dass die Anschaffung dieses Buches für die notarielle Praxis sicher nicht unbedingt erforderlich ist.

Notarin Dr. *Annette Schneider*, Eichstätt

Hartmann: Kostengesetze. 39. Aufl., Beck, 2009. 2 100 S., 115 €

Die Ansprüche des Praktikers, schnell und unkompliziert Lösungen zu Kostenfragen aller Art zu finden, nehmen stetig zu. Im gleichen Umfang mehren sich Zweifelsfragen, da z. B. im notariellen Bereich zu immer mehr individuell gestalteten Urkunden eine gesetzeskonforme und sachgerechte Kostenberechnung vorgenommen werden muss. Kein mit Kostenberechnungen befasster Praktiker wird ohne die Zuhilfenahme eines Kostenkommentars die ihm gestellten Aufgaben bewältigen können, da die Vielzahl der zudem regional sehr unterschiedlichen Kostenentscheidungen die zutreffende kostenrechtliche Behandlung zusätzlich erschwert.

Das hier besprochene Werk, das schon in 39. Auflage erschienen ist, war nach seinem Zuschnitt als kleiner Handkommentar konzipiert, der jedem Praktiker die grundsätzliche Klärung von Kostenfragen als Einstieg in die Materie durch kurze und prägnante Hinweise ermöglichen sollte. Diese Ansprüche erfüllt der Kommentar nach wie vor, obwohl vom äußeren Erscheinungsbild schon lange nicht mehr von einem „Kleinkommentar“ die Rede sein kann. Bei jeder Auflage hat das Werk deutlich an Seiten zugenommen; so bei der 38. Auflage um 100 Seiten, bei der 39. Auflage blieb der Umfang gleich.

Angesichts des Umfangs der in dem Kommentar zu bewältigenden Materie ist der Leser von der jährlichen Erscheinungsweise beeindruckt. Gerade die aktuelle und umfassende Kommentierung der großen Kostengesetze, nämlich des Gerichtskostengesetzes (GKG), der Kostenordnung (KostO) und des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG), ist ein unschlagbares Argument für die Anschaffung des Kommentars, auch wenn z. B. der Notar und seine Mitarbeiter nicht um die zusätzliche Anschaffung eines auf die KostO ausgerichteten Spezialkommentars herumkommen werden. Die jährliche Erscheinungsweise des *Hartmann* ist insbesondere durch die ständige Zunahme an Rechtsprechung und Schrifttum, ganz zu schweigen von den vielen Gesetzesänderungen, nicht nur gerechtfertigt, sondern wird von der Praxis geradezu erwartet und erfüllt zudem den an ihn gestellten Anspruch auf Aktualität. Allein zwölf solcher Änderungen mussten in der 38. Auflage berücksichtigt werden. Die Neuauflage mit Stand zum Februar 2009 enthält bereits auch Kommentierungen zum neuen Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), das zum 1.7.2008 in Kraft getreten ist und Kommentierungen zum FamGKG, das zum Großteil erst zum 1.9.2009 in Kraft tritt. Diese Mate-

rie bildet den Schwerpunkt der Neuauflage und ist daher an Aktualität nicht zu überbieten.

Hartmann zeichnet sich auch dadurch aus, dass ebenso seltener benötigte Gesetze oder Verordnungen, wie z. B. das Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz oder die Durchführungsvorschriften zu den Kostengesetzen, anschaulich und praxisnah kommentiert werden. Gerade deshalb ist der Kommentar einzigartig und konkurrenzlos. Der Praktiker muss sich hin und wieder auch mit den etwas abgelegenen Materien befassen und ist dann froh, wenn er eine lückenlose Zusammenfassung aller denkbaren Kostenvorschriften vorfindet. Hierfür spreche ich dem Verfasser meinen ausdrücklichen Dank aus. Selbst die Handelsregistergebührenverordnung ist mit Hinweisen abgedruckt, und zwar als Anhang I, das Gebührenverzeichnis als Anhang II zu § 79 a KostO wenngleich diese Platzierung ungewöhnlich ist, da es sich um eine eigenständige Verordnung handelt.

Den Notar und dessen Mitarbeiter interessiert vor allem die Kommentierung zur KostO. Um den Umfang des Werkes nicht zu sprengen, konnten natürlich nicht alle Nuancen der KostO aufgezeigt werden. Die wesentlichsten Probleme sind aber behandelt und in der gebotenen Kürze dargestellt. Die nachfolgend angesprochenen Punkte sollen daher nicht als Kritik, sondern als Anregung verstanden werden.

In § 146 Rdnr. 19 KostO wird die jeden Praktiker interessierende Frage behandelt, ob die auftragsgemäße Einholung von Lösungs- oder Pfandfreigabeunterlagen eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 oder § 146 Abs. 1 Satz 1 KostO auslöst. *Hartmann* verweist in seiner Kommentierung zwar auf den BGH-Beschluss vom 12.7.2007 (MittBayNot 2008, 71 = ZNotP 2007, 397 m. Anm. *Tiedtke* = RNotZ 2007, 556 m. Anm. *H. Schmidt* = Rpfleger 2007, 627), in dem diese Frage in letzterem Sinne entschieden worden ist, spricht selbst aber nur davon, dass für diese Tätigkeit eine Vollzugsgebühr anfallen „kann“. Nach dem Grundsatz „Roma locuta, causa finita“ (vgl. hierzu insbesondere *H. Schmidt*, RNotZ, 2007, 556), ist diese Frage durch die BGH-Entscheidung endgültig geklärt. Die Gebühr nach § 146 „kann“ nicht nur ausgelöst werden, sie wird zwingend ausgelöst. Es erübrigt sich damit auch die Darstellung der früheren Rechtsprechung und des älteren Schrifttums. Leider fehlen an dieser Kommentarstelle Ausführungen zu der den Praktiker weiter interessierenden Frage, ob auch die treuhänderische Entgegennahme der Lösungsunterlagen beim Grundstückskaufvertrag als Vollzugstätigkeit

i. S. v. § 146 Abs. 1 KostO angesehen werden muss oder ob der Notar für diese Tätigkeit eine gesonderte Betreuungsgeldgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhält. Diese Frage ist zwar unter Rdnr. 34 in § 147 KostO kommentiert, ein Hinweis wäre aber wegen des engen Zusammenhangs bei § 146 KostO hilfreich. Bedauerlich ist auch, dass der Kommentar gerade ein für den ungeübten Praktiker unentbehrliches umfangreiches Sachverzeichnis nicht mehr enthält (das Sachverzeichnis umfasst lediglich zehn Seiten). Nur mit einem ausgefeilten Sachverzeichnis als Schlüssel zu einem Buch kann ein Leser z. B. Ausführungen zu der Frage finden, ob die Erstellung der XML-Strukturdaten zur Einreichung einer Anmeldung an das Registergericht eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst oder nicht. Gefunden habe ich hierzu selbst nichts. Ein ungeübter Leser tut sich ferner schwer, ohne Zuhilfenahme eines Sachregisters Ausführungen zu der Frage finden, ob die Legitimationsprüfung für die Konteneröffnung durch genaue Feststellung bestimmter Daten nach dem GWG eine Gebühr auslöst und ggf. welche. Kommentiert ist diese Frage im Sinne einer Gebühr in § 50 Rdnr. 3 KostO.

Abschließend bleibt festzustellen, dass der Kommentar auch weiterhin nicht nur als Einstiegshilfe in das Kostenrecht, sondern auch für die Lösung aller Grundfragen zu einem großen Bereich des Kostenrechts bestens geeignet ist. Zu Spezialkommentaren ist der *Hartmann* eine ideale Ergänzung und kann allen, die mit dem Kostenrecht befasst sind, zur Anschaffung wärmstens empfohlen werden. Seinen Stellenwert in der Literatur hat der *Hartmann* längst erobert, was sich vor allem auch daran zeigt, dass sich die Obergerichte und insbesondere auch der BGH mit der von *Hartmann* dargelegten Auffassung zu einer Streitfrage auseinandersetzen. Die Zielgruppe für den *Hartmann* ist groß, da sich das Werk an Richter, Rechtsanwälte, Notare, Rechtspfleger, Bezirksrevisoren, Kostenbeamte, Bürovorsteher, Gerichtsvollzieher, Rechtsanwaltsfachangestellte und an Sachverständige richtet. Auch ich ziehe den *Hartmann* nicht nur bei Fragen zur KostO stets, gerne und mit Gewinn zu Rate.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München

Meyer/Ball: Umsatzsteuer und Immobilien. ESV, 2008. 388 S., 49,80 €

Der Notar ist regelmäßig nicht gehalten, auf steuerrechtliche Folgen des beurkundeten Geschäfts hinzuweisen. Ihn trifft auch hinsichtlich des Entstehens einer Umsatzsteuerpflicht keine allgemeine Belehrungspflicht, z. B., wer eine infolge des beurkundeten Rechtsgeschäfts anfallende Umsatzsteuer zu tragen hat oder dafür haftet. Dies hat der BGH unlängst mit klaren Worten bestätigt (DNotZ 2008, 370 m. Anm. *Moes*) und sei auch dieser Rezension als *credo* vorangestellt. Faktum ist allerdings: Immobilientransaktionen haben vielschichtige Berührungspunkte zu umsatzsteuerlichen Fragestellungen. Der Sachverhalt der vorzitierten BGH-Entscheidung zeigt dies plastisch. Was dabei die – auch – notarielle Tätigkeit angeht, seien als Schlagwörter genannt: die grundsätzliche Umsatzsteuerfreiheit und die Option zur Steuerpflicht, die Immobilienveräußerung im Grenzbereich zur Geschäftsveräußerung, der Vorsteuerabzug, insbesondere bei gemischt-genutzten Immobilien sowie dessen mögliche spätere Korrektur. Dem Notar begegnen häufig auch Fragestellungen zum Wechsel der Steuerschuldnerschaft bei Grundstückslieferungen und Bauleistungen. Und schließlich wird der Notar tagtäglich mit banalen formellen grundstücksbezogenen Umsatzsteuerproblemen konfrontiert, nämlich auf seinen Kostenrechnungen, wenn diese Immobilientransaktionen betreffen.

Ohne sich in eine Steuerhaftung gleichsam „hineinzuberaten“, kommt man in der Praxis doch mit Grundkenntnissen in diesem Bereich nicht aus, und sei es nur, um den Klienten (und seinen Steuerberater) ohne aktive Beratung zumindest im Ansatz zu verstehen oder dessen Stichpunkte im Vertragsentwurf korrekt umzusetzen. Die weitere bzw. abschließende Prüfung kann dann ja ohne weiteres wieder durch die hierfür ausgebildeten Berater erfolgen. Es dürfte daher auch realitätsfern sein anzunehmen, dass Kolleginnen und Kollegen bei der Entwurfsfertigung beim Punkt „Umsatzsteueroption“ die Finger von den Tasten nehmen oder das Diktat abrechnen und hier nur fertig ausformulierte Fremdentwürfe verwenden. Schließlich werden auch in der *MittBayNot* – anders als in anderen Notarzeitschriften – immer wieder zu Recht steuer-

liche Entscheidungen und Beiträge veröffentlicht, die ebenfalls nicht das Ziel verfolgen, den Notar zum Steuerberater im Nebenberuf auszubilden.

Das vorliegende Werk von *Meyer/Ball* – zwei Steuerpraktikern – dürfte nun durch seine praxisbezogene Darstellung und ausweislich der Selbsteinschätzung der Autoren zunächst dem wenig mit dem UStG befassten *steuerlichen* Berater sowie dem Klienten selbst die Hilfestellung geben, die für die vorgeannten Themenbereiche benötigt werden, zumal das Werk Grundkenntnisse des Umsatzsteuerrechts auf jeden Fall voraussetzt. Für Rechtsanwälte und Notare ist es nicht geschrieben, aber eben auch nicht für den hochtechnisierten Steuerexperten. Kolleginnen und Kollegen aus dem Notariat werden gleichwohl Gewinn zu dem erwähnten eingeschränkten Zweck daraus ziehen. Denn die Anschaffung eines UStG-Kommentars und/oder entsprechenden Handbuchs (oder gar mehrerer) ist nicht nur wesentlich teurer, sondern auch inadäquat, weil dort die notarrelevanten Probleme, wenn man sie überhaupt in der dortigen Masse des gesamten Umsatzsteuerrechts vernünftig recherchieren kann, zwangsläufig nicht brauchbar zusammengestellt sind. Das hier besprochene Buch hat demgegenüber den Vorzug, dass sich trotz des „steuerbezogenen Aufbaus“ anhand des Stichwort-/Inhaltsverzeichnis die Themen direkt herausgreifen und fortlaufend ohne Verweisungsketten durcharbeiten lassen.

Inhaltlich deckt das Werk die erwähnte Themenpalette des Notars vollständig ab und hält dabei für den vermeintlich Kundigen auch außerhalb aktiver Beratung und Haftung Überraschendes bereit: Denn nicht nur Immobilienveräußerung oder -erwerb können umsatzsteuerlichen Gehalt haben, sondern – trotz der Steuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 12 c UStG – auch die Einräumung bestimmter dinglicher oder schuldrechtlicher Nutzungsrechte (Rdnr. 29 ff.). Sehr differenziert behandelt werden die Grundstücksübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, die Beendigung (!) des Vorbehaltsnießbrauchs (beides auch noch einmal bei der sog. „Geschäftsveräußerung“, Rdnr. 78), die Überlassung mit Rückmiete/-pacht und der Zuwendungsnießbrauch. Angesichts divergierender Auffassungen zwischen BFH und verschiedenen Oberfinanzdirektionen (dabei auch untereinander)

sowie aktueller Änderungen in den UStR kann die Lage hier nicht mehr als verwirrungsfrei bezeichnet werden. Dies ist umso misslicher, als Nießbrauchsgestaltungen aufgrund des JStG 2008 wieder häufiger werden könnten.

Bei der Umsatzsteuroption (Rdnr. 56 ff.) bleiben eigentlich keine Wünsche offen; etwas verwirrend kann sein, dass der Verzicht auf die Steuerbefreiung grundlegend bei der Grundstücksvermietung durchexerziert wird und viele Punkte zur umsatzsteuerlichen Behandlung von Grundstücksveräußerungen sich erst (oder nochmals) in einem „hinter die Klammer gezogenen“ allgemeinen Abschnitt zur Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers finden (Rdnr. 213 ff.). Im Übrigen werden aber über das Stichwortverzeichnis alle Informationen aufgefunden, z. B. auch über die geänderten Wechselbezüglichkeiten bei der Bemessungsgrundlage Umsatzsteuer/ Grunderwerbsteuer (Rdnr. 218). Die Verfasser weisen zu Recht darauf hin, dass bei umsatzsteueroptierten Grundstücksveräußerungen der Zeitpunkt der Entstehung der Umsatzsteuer beim Leistungsempfänger (= Käufer) problematisch sein kann, was den hiermit nicht immer korrespondierenden Zeitpunkt des Vorsteuerabzugs angeht (Rdnr. 217). Dies ist allerdings ein allgemeines umsatzsteuerliches Problem. Aus kautelarjuristischer Sicht problematischer ist bei Immobilien vielmehr, dass wegen des typischerweise umfangreichen Vollzugs durch (vor-) schnelle Rechnungstellung die Steuerschuld des Käufers viel eher fällig sein kann als der Kaufpreis selbst. Dies ist zwar angesichts des Gläubigers Finanzverwaltung bei einem evtl. Steckenbleiben nicht ganz so dramatisch, wie es sich anhört – kann aber gleichwohl zu erheblichen Liquiditätsproblemen beim Käufer führen, insbesondere bei finanzierten Erwerben. Die meisten mir bekannten Formulierungsvorschläge sehen daher vor, dass der Veräußerer verpflichtet wird, eine Rechnung (ohne Umsatzsteuer!) nicht vor Besitzübergang auszustellen. In einer weiteren Auflage sollte hierauf hingewiesen werden. Wünschenswert wäre auch ein noch deutlicherer Hinweis darauf, dass es bei Immobilienveräußerungen unter Verzicht auf die Steuerbefreiung wegen der originären Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers seit 1.4.2004 eben keinen Brutto- und Nettokaufpreis mehr gibt, sondern diese Begriffe höchstens noch für umsatzsteuerpflichtig mitveräußerte bewegliche Sachen verwendet werden können.

Glanzstück des Werks dürfte die sehr detailreiche Darstellung der Thematik „Übertragung von Grundstücken als Geschäftsveräußerung“ sein (bekanntlich schon nicht umsatzsteuerbar gemäß § 1 Abs. 1 a UStG, Rdnr. 57 ff.), die zu Recht systematisch vor der eigentlichen Option behandelt wird (welche dann ja ins Leere liefe). Fast alle denkbaren Varianten und Folgeprobleme einschließlich der Irrtümer zu entweder unerkannten oder zu Unrecht angenommenen Geschäftsveräußerungen werden angesprochen und in Übersichtstabellen (Rdnr. 63, 80, 86) zusammengestellt. Diese Fälle sind in der Praxis häufiger als man denkt; letztlich droht schon bei der Veräußerung eines von mehreren „ganz normalen“ Mietgrundstücken ein Fall von § 1 Abs. 1 a UStG. Dies kann wegen der Fortführung des Vorsteuerberichtigungszeitraums des Veräußerers beim Erwerber (vgl. § 15 a Abs. 10 UStG) unerwünscht sein bzw. Regelungsbedarf durch entsprechende Steuerklauseln auslösen (Rdnr. 82 a. E.), wobei die Verfasser aber weitergehenden „Verkäufergarantien“, wonach kein Fall des § 1 Abs. 1 a UStG gegeben sei, kritisch gegenüberstehen (Rdnr. 85 a. E.). Wegen der drohenden Haftung für betriebliche Steuern nach § 75 AO haben diese Fälle immer schon Belehrungs- und Gestaltungsbedarf ausgelöst (vgl. Rdnr. 81 a. E.); hier besteht übrigens stets auch eine steuerliche Hinweispflicht des Notars, wenn im Unternehmenskaufvertrag ein Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs. 2 HGB vereinbart ist (BGH, DNotZ 2008, 370).

Noch nicht eingearbeitet in die Darstellung der Geschäftsveräußerung ist allerdings das Urteil des BFH vom 23.8.2007

(MittBayNot 2008, 414), vermutlich, weil es zur Zeit der Drucklegung noch nicht veröffentlicht war. Die Kriterien für die Geschäftsveräußerung sind darin weiter gelockert worden. Die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand (vgl. noch Rdnr. 61) sind demnach keine eigenständige Voraussetzung mehr (näher hierzu *Beer/Zugmaier*, MittBayNot 2008, 359). Überprüft werden sollte in einer Folgeauflage ferner die instruktive Zusammenstellung in Rdnr. 63 ff. betreffend die „Übertragung des Miteigentums an Immobilien im Grenzbereich von Geschäftsveräußerung, steuerfreier Lieferung sowie unentgeltlicher Wertabgabe“. Ich teile zwar persönlich die nicht direkt belegte Ausgangshypothese der Verfasser, wonach § 1 Abs. 1 a UStG nicht voraussetzt, dass die Übertragung nur auf einen einzelnen Erwerber erfolgt. Allerdings geht das FG Brandenburg in seinem Urteil vom 12.12.2001 (DStRE 2002, 967) davon aus, eine Geschäftsveräußerung setze voraus, dass die wesentlichen Betriebsgrundlagen an einen und nicht an mehrere Erwerber veräußert werden müssten. In der Literatur wird dieser rein begrifflich begründeten Gerichtsauffassung nicht widersprochen. Sollte sie sich durchsetzen, bestünde in diesem Bereich erhebliche Rechtsunsicherheit (und die Autoren müssten Rdnr. 63 ff. wohl neu schreiben).

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass *Meyer/Ball* auch einen Abschnitt über die umsatzsteuerliche Behandlung des Wohn- und Teileigentums (siehe § 4 Nr. 13 UStG) bieten (Rdnr. 228 ff.), einschließlich Ausführungen zur Unternehmereigenschaft und zu Umsätzen der Wohnungseigentümergeinschaft selbst. Dies könnte demjenigen zugute kommen, der – insbesondere im ländlichen Bereich – von WEG-Verwaltern als zentrale Anlaufstelle angesehen wird.

Ingesamt bleibt anzumerken, dass das Arbeiten mit diesem Buch sehr angenehm ist. Die manchmal etwas umständliche oder unklare Gliederung wird durch das sorgfältige Stichwortverzeichnis kompensiert. Der völlig klare Stil der Verfasser, dem es gelegentlich an Sarkasmus nicht fehlt, überzeugt. Die Nachweise sind zahlreich und klar, im Zweifel entlang den UStR. Ganz persönlich überzeugend und ertragbringend, wenn auch nicht zwingend auf das Buchthema beschränkt, sind die immer wieder eingearbeiteten Wertungsunterschiede zwischen dem umsatzsteuerlichen Unternehmens- sowie dem ertragsteuerlichen Betriebsvermögen und dass beide „Vermögensarten“ voneinander ganz unabhängig beurteilt werden (exemplarisch z. B. bei der Zuordnungsentscheidung, Rdnr. 116 a. E.; Tabelle in Rdnr. 117).

Fazit: Die Umsatzsteuer ist die wegen ihrer Technizität wohl – auch unter Steuerberatern – am meisten gefürchtete Steuerart. Beratung und Belehrung auf diesem Gebiet kann vom Notar nicht verlangt werden. Vor diesem Hintergrund ist das Werk kein „Muss“ für die Handbibliothek (ebenso wenig wie UStG-Kommentare oder Handbücher), zumal zwar vereinzelt Gestaltungshinweise für die unmittelbare zivilrechtliche Vertragsgestaltung gegeben, Formulierungsvorschläge selbst aber nicht gemacht werden. Die gängigen Hand- und Formularbücher aus der notarspezifischen Literatur, die hiermit aufwarten (und meist ebenfalls mit einer gestrafften Darstellung der notarrelevanten Umsatzsteuerprobleme) kann es daher nicht ersetzen, sondern nur fortführen. Dies aber gelingt den Autoren für die Zwecke des Notariats in ausgezeichneter Weise. Allen Standesangehörigen mit entsprechender persönlicher Neigung oder ausgeprägtem Wunsch, mit den steuerlichen Beratern auf absoluter Augenhöhe zu sein, kann daher die Anschaffung empfohlen werden. Ein UStG-Kommentar oder -handbuch bleibt dann auch für diese Kolleginnen und Kollegen weiterhin entbehrlich.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 743, 745 (*Nutzungsrecht kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums*)

- a) **Das Nutzungsrecht ist kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums und damit einer schuldrechtlichen Sondervereinbarung zugänglich (Bestätigung BGH, ZIP 1998, 348).**
- b) **Die Gebrauchsvorteile eines im Miteigentum stehenden Grundstücks (hier: Mietzins aus der Vermietung von Stellplätzen) stehen den Teilhabern aufgrund ihrer Mitberechtigung nur dann gemeinsam zu, wenn die Nutzungen mit dem Grundstück verbunden und nicht aufgrund einer Sondervereinbarung einzelnen Miteigentümern als Sondernutzungsrecht zugewiesen sind. § 743 Abs. 1 BGB garantiert nur die Beteiligung an vorhandenen Nutzungen.**

BGH, Beschluss vom 20.10.2008, II ZR 246/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend entschieden, dass den Klägern gegen die Beklagte kein Anspruch auf Abrechnung über die Verwaltung des Flurstücks 1180 und Auskehrung eines sich daraus ergebenden Verwaltungsüberschusses sowie auf Zahlung von 1.628,19 € nebst Zinsen zusteht. Der Anspruch der Kläger scheidet bereits daran, dass ihnen kein Nutzungsrecht an dem Flurstück zusteht. Fehlt es an dem Nutzungsrecht, hat die Beklagte über die ihr allein zustehenden Nutzungen keine Abrechnung zu erteilen und vor allem keinen Überschuss auszukehren, da sich ein solcher zugunsten der Kläger nicht ergeben kann. Dies führt zur Unbegründetheit der Stufenklage und des Zahlungsanspruchs.

a) Zwar besagt § 743 BGB, dass die Früchte und die Gebrauchsvorteile des im Miteigentum (u. a. der Kläger) stehenden Grundstücks, worunter der aus der Vermietung der Stellplätze erzielte Mietzins fällt, den Teilhabern aufgrund ihrer Mitberechtigung gemeinsam zustehen. Dass mit dem im Miteigentum stehenden Grundstück Nutzungen verbunden sind, wird jedoch in § 743 BGB nicht geregelt, sondern vorausgesetzt (*Staudinger/Langhein*, BGB, 2002, § 743 Rdnr. 1), denn § 743 Abs. 1 BGB garantiert nur die Beteiligung an vorhandenen Nutzungen (*MünchKommBGB/K. Schmidt*, 4. Aufl., § 743 Rdnr. 4).

b) Hier ist aufgrund der Vereinbarungen in den zwischen den Klägern und der Beklagten geschlossenen Kaufverträgen, mit denen sie das Bruchteilseigentum an dem Flurstück 1180 erworben haben, das Nutzungsrecht an dem Flurstück nicht mitübertragen worden, sondern gemäß § 7 Abs. 3 des jeweiligen Kaufvertrages bei der Beklagten verblieben.

Eine derartige vertragliche Vereinbarung widerspricht entgegen der Ansicht der Revision nicht dem abgeschlossenen Katalog des Sachenrechts, da sich an der dinglichen Zuordnung des Eigentums durch die rein schuldrechtliche Vereinbarung, das Nutzungsrecht bei der veräußernden Beklagten zu belas-

sen, nichts geändert hat. Auch sonst gibt es keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften, die eine derartige Vereinbarung ausschließen. Das Nutzungsrecht ist kein wesentlicher Bestandteil des Eigentums und damit einer schuldrechtlichen Sondervereinbarung zugänglich (siehe nur BGH, ZIP 1998, 384). Es war der Beklagten daher unbenommen, das Nutzungsrecht, wie bei anderen Erwerbfern geschehen, zusätzlich zu den Miteigentumsanteilen gesondert zu einem dafür ausgewiesenen Kaufpreis zu veräußern, und, soweit der Erwerb des Nutzungsrechts von den Grundstückskäufern – wie den Klägern – wegen des damit verbundenen erhöhten Kaufpreises nicht gewünscht war, dieses zu behalten und in ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse durch Vermietung der Stellplätze zu realisieren.

2. GBO §§ 19, 81 Abs. 1; GVG § 75; ZPO § 568; BayGO Art. 36, 37 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1, 38 Abs. 1 (*Keine Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters zur Abgabe einer Löschungsbewilligung*)

1. **Über – zulassungsfreie – Grundbuchbeschwerden entscheidet bei den Landgerichten eine Zivilkammer in der Besetzung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Eine Zuständigkeit des Einzelrichters – wie in Beschwerden nach der ZPO – ist dem geltenden Grundbuchverfahrensrecht fremd.**
2. **Zur Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde (hier: Abgabe einer Löschungsbewilligung für eine zugunsten der Gemeinde eingetragene Grundschuld).**

OLG München, Beschluss vom 4.2.2009, 34 Wx 114/08; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Wohnungsgrundbuch ist für den Beteiligten zu 1 ein Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung eingetragen. Die Dritte Abteilung des Grundbuchs enthält zugunsten der Beteiligten zu 2, einer bayerischen Gemeinde, eine Grundschuld ohne Brief zu 63.492,96 DM nebst Zinsen.

Mit notariellem Vertrag vom 1.4.2008 veräußerte der Beteiligte zu 1 sein Wohnungseigentum. Der Erwerber hat die zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragene Grundschuld nicht mit übernommen. Unter dem 10.4.2008 bewilligte und beantragte der erste Bürgermeister die Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Grundschuld auf Kosten des Eigentümers. Auf den am 21.7.2008 vorgelegten Antrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 8.9.2008 den fehlenden Gemeinderatsbeschluss zur Löschungsbewilligung beanstandet und Frist zur Behebung bis 8.10.2008 gesetzt.

Aus den Gründen:

III.

(...)

2. Im Ergebnis wäre die Zwischenverfügung des Grundbuchamts wohl zu bestätigen.

a) Gibt der erste Bürgermeister einer bayerischen Gemeinde grundbuchmäßige Erklärungen ab, so hat er dem Grundbuchamt seine Rechtsmacht zur Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts nachzuweisen. Denn Art. 38 Abs. 1 GO begründet nach überkommener Auffassung lediglich das Vertretungsrecht des ersten Bürgermeisters, jedoch nicht seine Ver-

tretungsmacht (BayObLG, MittBayNot 1986, 22, 23; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 85; *Widtmann/Grasser*, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 38 Rdnr. 3; a. A. *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 38 Rdnr. 3; offen gelassen in BayObLG, BayVBl 1999, 473 = ZNotP 1999, 162). Es ist zweifelhaft, ob die Abgabe der Löschungsbewilligung nach § 19 GBO zu den laufenden Angelegenheiten zählt, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen (Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO). Das vormals zuständige BayObLG hat dazu ausgeführt, dass die in dieser Vorschrift enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe im Einzelfall die Feststellung einer Reihe tatsächlicher Umstände voraussetzen, die noch dazu von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich gelagert sein können. Deshalb erfordere die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Geschäft eine laufende Angelegenheit der Gemeinde darstellt, eine genauere Kenntnis der Verhältnisse der jeweiligen Gemeinde über einen längeren Zeitraum hinweg. Ebenso verhalte es sich, wenn zu entscheiden sei, ob eine Angelegenheit grundsätzliche Bedeutung für die Gemeinde habe oder nicht. Auch hierfür bedürfe es, je nach der Art der Angelegenheit, eines tieferen Einblicks in die wirtschaftlichen, sozialen, unter Umständen sogar in die gemeindepolitischen Verhältnisse. Handele es sich nun um ein Grundbuchgeschäft, so liege es auf der Hand, dass der erste Bürgermeister in aller Regel außerstande sei, dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO alle die maßgeblichen Umstände nachzuweisen, aus denen sich ergebe, dass das Geschäft in seinen eigenen Zuständigkeitsbereich falle (BayObLG, Rpfleger 1975, 95). Soweit es das BayObLG in diesem Zusammenhang für möglich hält, auf vom Gemeinderat aufgestellte Richtlinien zurückzugreifen, die beim Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte eine im Rahmen der freien Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt zu berücksichtigende Vermutung dafür begründen, dass bestimmte Geschäfte den laufenden Angelegenheiten i. S. d. Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 GO zuzuordnen sind, bringt die ab 1.1.1983 geltende Fassung von Art. 37 Abs. 2 Satz 1 GO insofern eine Erleichterung, als die Aufgabenübertragung auf den ersten Bürgermeister zur selbständigen Erledigung allgemein dessen Zuständigkeit aus der Geschäftsordnung begründet (*Widtmann/Grasser*, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 37 Rdnr. 12). Dies hilft indes hier nicht weiter. Denn die dem Grundbuchamt vorgelegte Geschäftsordnung des Gemeinderats vom 7.5.2002/28.5.2008 umfasst in den maßgeblichen Passagen nicht das gegenständliche Geschäft.

b) Auch die Kompetenz für Vollzugsgeschäfte (Art. 36 Satz 1 GO) dürfte hier die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters nicht begründen. Als mögliche Ermächtigungsgrundlagen sind die vom Gemeinderat beschlossenen Richtlinien für die Gewährung von Darlehen im Einheimischenmodell vom 18.10.1994 in Verbindung mit dem Gemeinderatsbeschluss vom 6.8.1996 über die Darlehensgewährung an den Beteiligten zu 1 heranzuziehen und nach den für Grundbucheklärungen entwickelten Grundsätzen auszulegen (vgl. BayObLG, MittBayNot 1986, 22, 23). Hiernach gilt der Grundsatz, dass auf deren Wortlaut und Sinn abzustellen ist, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt.

Nr. 7 der Richtlinien bestimmt, dass die Darlehensverpflichtung des Käufers und Darlehensnehmers durch eine nachrangige vollstreckbare Grundschuld grundbuchmäßig abzusichern ist. Der Grundschuldbetrag bemisst sich in einer bestimmten Höhe zum Darlehensnennbetrag. Der Käufer und Darlehensnehmer hat sich wegen dieses Betrages auch persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde zu unterwer-

fen. Der Grundschuldbetrag darf bei Bestellung der Grundschuld einen bestimmten Betrag nicht übersteigen.

Diese Bestimmung enthält keine für den Grundbuchverkehr taugliche Vollmacht des ersten Bürgermeisters. Sie regelt nach ihrer nächstliegenden Bedeutung, dass das Darlehen nur nach grundpfandrechtl. Absicherung ausgereicht werden darf. Eine wirksame Grundpfandrechtsbestellung erfordert nur die einseitige Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO); diese ist in der Praxis, so auch hier, in einer notariellen Urkunde über die Grundpfandrechtsbestellung mit einem vollstreckbaren Schuldtitel nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO enthalten (vgl. *Mayer* in *Bauer/von Oefele*, GBO, IV 34). Die Regelung zu Nr. 7 enthält demnach überhaupt keine Ermächtigung des ersten Bürgermeisters, wie sie etwa die Geschäftsordnung der Beteiligten zu 2 für die Löschung bestimmter im Grundbuch eingetragener Auflassungsvormerkungen, Rückauflassungsvormerkungen und Sicherungshypotheken vorsieht.

3. BGB § 912 (*Keine Duldungspflicht bei nachträglichem Überbau*)

§ 912 BGB kann entsprechende Anwendung finden, wenn bei der Veränderung eines Gebäudes erstmals über die Grenze gebaut wird.

Ein Überbau muss nicht geduldet werden, wenn er den Regeln der Baukunst nicht entspricht und deshalb über die Grenzverletzung hinausreichende Beeinträchtigungen des Nachbarn besorgen lässt.

BGH, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 152/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien sind Eigentümer angrenzender, mit Reihenhäusern bebauter Grundstücke in Bayern.

Im Oktober 2000 ließ der Beklagte das Dach seines Hauses erneuern, dabei wurde es infolge einer neuen Wärmedämmung um 23 cm erhöht. Am Übergang zu dem Haus des Klägers wurde ein L-förmiges Anschlussblech montiert, dessen einer Schenkel sich etwa auf der Grundstücksgrenze befindet, während der andere mit einer Breite von mindestens 19,5 cm auf dem Haus des Klägers aufliegt. Dieser Teil der Dachkonstruktion entspricht nicht den Anforderungen der BayBO an den Brandschutz.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Beseitigung des auf seinem Grundstück befindlichen Teils der Dachkonstruktion. Das LG hat diesem Antrag stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe das Anschlussblech auf seinem Dach in entsprechender Anwendung von § 912 BGB zu dulden, da die neu errichtete Wärmedämmung auf dem Haus des Beklagten bei einer Beseitigung des Blechs zumindest beeinträchtigt würde. Die in § 912 BGB vorgesehenen Ausnahmen lägen nicht vor, denn der Kläger habe der Überbauung nicht sofort widersprochen; auch falle dem Beklagten weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last. Ob der Beklagte verurteilt werden könne, die Dachkonstruktion so nachzubessern, dass sie fachgerecht ausgeführt sei und dem Bauordnungsrecht entspreche, bedürfe keiner Entscheidung, da der Kläger ausdrücklich erklärt habe, dass eine solche Verurteilung von seinem Antrag nicht gedeckt sei.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich eine Duldungspflicht des Klägers aus der Vorschrift des § 912 BGB ergeben kann.

a) Andere Regelungen des Nachbarrechts erfassen den zu beurteilenden Sachverhalt nicht, insbesondere enthält das Landesnachbarrecht Bayerns keine Regelungen, die einen Grundstückseigentümer berechtigten, das Dach des Nachbarn zur Ableitung von Traufwasser in Anspruch zu nehmen (vgl. *Grziwotz/Saller*, Bayerisches Nachbarrecht, 2007, S. 104 Rdnr. 108; *Dehner*, Nachbarrecht, Stand Mai 2008, B § 26 II b).

b) § 912 BGB findet, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, allerdings keine unmittelbare Anwendung, weil der Beklagte im Zuge von Reparatur- und Modernisierungsmaßnahmen, nicht dagegen, wie in der Norm vorausgesetzt, bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut hat. Die Vorschrift ist aber Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes, welcher über den unmittelbar im Gesetz geregelten Fall hinaus auf ähnliche Tatbestände ausgedehnt werden kann (BGHZ 97, 292, 294 f. = DNotZ 1986, 749). Sie will die mit der Beseitigung eines Überbaus verbundene Zerschlagung wirtschaftlicher Werte vermeiden, die dadurch entsteht, dass sich der Abbruch eines überbauten Gebäudeteils meist nicht auf diesen beschränken lässt, sondern zu einer Beeinträchtigung und Wertminderung auch des bestehen bleibenden, auf eigenem Grund gebauten Gebäudeteils führt. Zu diesem Zweck stellt § 912 BGB das Interesse an dem Erhalt der Gebäudeeinheit über das Interesse des Nachbarn an der Durchsetzung seiner Eigentumsrechte, sofern der Überbauer nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt und der Nachbar dem Überbau nicht sofort widersprochen hat (vgl. BGHZ 97, 292, 294 f. = DNotZ 1986, 749; *Soergel/Baur*, BGB, 13. Aufl., § 912 Rdnr. 1; *Staudinger/Roth*, BGB, 2002, § 912 Rdnr. 1).

Diese Wertung kann grundsätzlich auch zum Ausgleich widerstreitender Interessen von Nachbarn herangezogen werden, die bestehen, wenn eine Grundstücksgrenze infolge nachträglicher Veränderungen eines – zunächst innerhalb der Grenzen errichteten – Gebäudes überbaut wurde. Dabei ist eine entsprechende Anwendung von § 912 BGB nicht auf bestimmte Baumaßnahmen, wie die Erweiterung des vorhandenen Baukörpers (vgl. hierzu BGH, LM § 912 BGB Nr. 9), beschränkt. Bei Veränderungen eines bestehenden Gebäudes wird der Grundgedanke des § 912 BGB allerdings nicht in jedem Fall zum Tragen kommen und daher nicht stets von einem Überbau im Rechtssinne auszugehen sein (vgl. Münch-KommBGB/Säcker, 4. Aufl., § 912 Rdnr. 17; *Erman/Lorenz*, BGB, 12. Aufl., § 912 Rdnr. 4; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 912 Rdnr. 8). Dies gilt insbesondere bei nachträglich angefügten Gebäudeteilen, wie Fensterläden und Markisen, weil bei deren Beseitigung nicht von der Zerstörung wirtschaftlicher Werte gesprochen werden kann (vgl. *Staudinger/Roth*, § 912 Rdnr. 15). Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung von § 912 BGB hängt deshalb aber nicht von der Art der Baumaßnahme ab (a. A. OLG Braunschweig, OLGR 2003, 162), sondern von den mit einem Rückbau verbundenen Folgen. Entscheidend ist, ob sich eine Beseitigung des Überbaus nicht auf diesen beschränken lässt, sondern die Gebäudeeinheit beeinträchtigt und auf diese Weise zwangsläufig zu einem Wertverlust der innerhalb der Grundstücksgrenzen befindlichen Gebäudeteile führt.

Diese Voraussetzung liegt hier nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts vor, da die Beseitigung des sich auf dem Haus des Klägers befindlichen Teils des Abschlussblechs die neu errichtete Wärmedämmung des Daches des Beklagten zumindest beeinträchtigen würde.

2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, dem Beklagten falle hinsichtlich der Überbauung keine grobe Fahrlässigkeit zur Last. Ist einem Grundstückseigentümer bewusst, dass er im Bereich der Grenze baut, handelt er grob fahrlässig, wenn er sich vor der Bauausführung nicht vergewissert, dass der für die Bebauung vorgesehene Grund ihm gehört bzw. während der Bauausführung nicht darauf achtet, dass die Grenzen seines Grundstücks nicht überschritten werden (BGHZ 156, 170, 171 f. = NJW 2003, 3621). Dieser Grundsatz findet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur bei der Errichtung eines Gebäudes Anwendung, sondern gilt auch bei einer entsprechenden Anwendung von § 912 BGB.

Der Eigentümer eines Reihenhauses, der sein Dach neu eindeckt, weiß, dass er Arbeiten im Bereich der Grundstücksgrenze ausführt; er muss sich deshalb vergewissern, dass er nicht Teile des angrenzenden Daches in Anspruch nimmt, oder aber hierfür die Zustimmung seines Nachbarn einholen. Diese Pflicht entfällt nicht deshalb, weil ein Fachunternehmen mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt wird. In diesem Fall muss sich der Eigentümer – sofern Absprachen mit dem Nachbarn fehlen – vergewissern, dass das Unternehmen eine Ausführung wählt, die sich innerhalb der Grundstücksgrenzen hält.

Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich die Annahme, dem Beklagten falle hinsichtlich des Überbaus keine grobe Fahrlässigkeit zur Last, daher nicht halten. Trifft es zu, dass der Beklagte dem beauftragten Unternehmen freie Hand gelassen hat, liegt sogar die Annahme nahe, er habe einen Überbau billigend in Kauf genommen. Denn die Frage, wie der Anschluss an das Dach des Klägers zu bewerkstelligen war, drängte sich geradezu auf und machte eine, wenn auch geringfügige, Inanspruchnahme des Nachbardachs wahrscheinlich. Wenn der Beklagte die Ausführung dennoch in das Belieben des Bauunternehmens stellte, konnte er nicht ernsthaft darauf vertrauen, dass sich die neue Dachkonstruktion in jedem Fall innerhalb der Grundstücksgrenzen halten würde.

3. Ferner rügt die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht die rechtliche Bedeutung des Einwands verkannt habe, den Kläger treffe jedenfalls deshalb keine Duldungspflicht, weil das Anschlussblech nicht fachgerecht ausgeführt sei.

Ebenso, wie eine aus dem nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitete Duldungspflicht nur gegenüber ordnungsgemäßen, den Regeln der Baukunst entsprechenden Maßnahmen des Grundstücksnachbarn besteht (BGH, WM 1965, 132, 134; WM 1972, 1400, 1401), muss auch ein Überbau nicht geduldet werden, wenn er den Regeln der Baukunst nicht entspricht und deshalb – über die Grenzverletzung hinausreichende – Beeinträchtigungen des Nachbargrundstücks besorgen lässt. Zum einen kommt der Gedanke von § 912 BGB, dass wirtschaftliche Werte nicht ohne Not zerschlagen werden sollen, in einem solchen Fall nicht oder nur eingeschränkt zum Tragen, weil der gegenwärtige Zustand ohnehin nicht aufrechterhalten werden kann. Zum anderen ist das Interesse des Nachbarn an der Beseitigung des Überbaus von deutlich höherem Gewicht, wenn von der nicht fachgemäßen Ausführung des über die Grenze gebauten Gebäudeteils (weitere) Beeinträchtigungen des überbauten Grundstücks ausgehen können. Bei einem nicht fachgerechten Überbau ist der Nachbar nicht auf einen „Nachbesserungsanspruch“ beschränkt; die nicht fachgerechte Ausführung des über die Grundstücksgrenze ragenden Bauteils lässt vielmehr seine Duldungspflicht entfallen. Das hat das Berufungsgericht verkannt.

III.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da diese auf der Grundlage der in den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Nach den – von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen, auf den Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen B. beruhenden – Feststellungen des LG entspricht die Bauausführung im Bereich des Anschlussblechs nicht den Anforderungen der BayBO an den Brandschutz, weil der in den Zwischenräumen zwischen dem Dach des Klägers und dem Anschlussblech verwendete Bauschaum in brandschutztechnischer Hinsicht für ein Verschließen derartiger Hohlräume nicht geeignet ist. Schon aus diesem Grund muss der Kläger die derzeitige Konstruktion nicht dulden. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht darauf an, inwieweit die ursprüngliche Dachkonstruktion den Anforderungen des Brandschutzes entsprach. Entscheidend ist, dass der jetzige, von ihm zu verantwortende Zustand brandschutztechnisch unzulässig ist; die Überbauung also bereits aus diesem Grund entfernt werden muss.

Aus demselben Grund muss der Kläger die derzeitige Überbauung seines Grundstücks auch nicht unter dem Gesichtspunkt des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses dulden (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2003, 1313, 1314). Zwar käme eine solche Verpflichtung in Betracht, wenn es dem Beklagten – was allerdings weder festgestellt noch von der Revision unter Bezugnahme auf entsprechenden Vortrag in den Instanzen geltend gemacht worden ist – nicht oder nur mit unvertretbar hohem Aufwand möglich wäre, sein durch die Wärmedämmung erhöhtes Dach ohne Überbauung des Nachbardachs fachgerecht abzuschließen, und wenn für den Kläger von einer solchen Überbauung keine Beeinträchtigungen tatsächlicher Art ausgingen. Diese Voraussetzungen liegen aber schon deshalb nicht vor, weil die derzeitige Konstruktion den Brandschutzanforderungen nicht genügt. Ob sie darüber hinaus für Undichtigkeiten des Dachs des Klägers ursächlich ist – in welchem Fall eine Duldungspflicht ebenfalls entfiel – kann daher offenbleiben.

4. GBV § 15 (*Grundbuchfähigkeit der GbR*)

- a) **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.**
- b) **Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus ...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.**
- c) **Leitet die GbR ihr Recht aus einer Gerichtsentscheidung ab, genügt deren Rubrum als Nachweis ihrer Identität und der Vertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters. Zusätzliche Nachweise können nur verlangt werden, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich nach Erlass der Gerichtsentscheidung Veränderungen bei Namen, Gesellschafterbestand oder Vertretungsbefugnissen ergeben haben; der bloße Zeitablauf genügt als Anhaltspunkt nicht.**

BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beschwerdeführerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, erwirkte am 28.11.2005 unter ihrer Bezeichnung ein Versäumnisurteil gegen die Beteiligte zu 2, durch welches diese gesamtschuldnerisch mit dem mitverurteilten W. L. verurteilt wurde, an die Beschwerdeführerin 40.157,67 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu zahlen. Außerdem erwirkte sie gegen die Beteiligte zu 2 am 7.12.2005 einen Kostenfestsetzungsbeschluss, durch welchen dieser die Erstattung von Prozesskosten in Höhe von 3.070,88 € nebst Zinsen aufgegeben wurde. Wegen beider Zahlungsansprüche beantragte sie unter Vorlage der Titelausfertigungen die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dem Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 2.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin hat das LG zurückgewiesen. Ihrer weiteren Beschwerde möchte das vorlegende KG entsprechen und das Grundbuchamt anweisen, die beantragte Zwangssicherungshypothek einzutragen. Daran sieht es sich durch Entscheidungen des BayObLG (NJW 2003, 70 = DNotZ 2003, 52; NJW-RR 2005, 43 = MittBayNot 2005, 143) und des OLG Schleswig (NJW 2008, 306) gehindert. Mit Beschluss vom 6.5.2008 (NJW 2008, 3444) hat es die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt, die Voraussetzungen des § 29 GBO lägen bei einer GbR mangels Möglichkeit, die Identität und Verfügungsbefugnis des Einzutragenden sicher festzustellen, nicht vor. Einer Eintragung der Gesellschaft selbst stehe zudem die Vorschrift § 15 Abs. 1 lit. a) und Abs. 3 GBV entgegen. Gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR spreche auch, dass der BGH der GbR die Fähigkeit abgesprochen habe, Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft zu sein (NJW 2006, 2189 = DNotZ 2006, 523).

III.

Die Vorlage ist statthaft (§ 79 Abs. 2 GBO).

Das vorlegende KG und das OLG Stuttgart (NJW 2008, 304) einerseits und das BayObLG sowie das OLG Schleswig andererseits sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob eine GbR (unter ihrem Namen) in das Grundbuch eingetragen werden kann. Während die erstgenannten Oberlandesgerichte die Fragen bejahen (wollen), werden sie von den zweitgenannten Gerichten verneint. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

IV.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem AG – Grundbuchamt – in seinem Beschluss vom 27.6.2006 genannten Gründe (mangelnde Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie fehlender Nachweis der Zustellung und der Wartefrist) rechtfertigen die Zurückweisung des Eintragungsantrags nicht.

1. Nach §§ 864 Abs. 2, 866 Abs. 1, 867 Abs. 1 Satz 1 ZPO hat das Grundbuchamt zur Zwangsvollstreckung in einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück auf Antrag des Gläubigers eine Sicherungshypothek in das Grundbuch einzutragen, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungstitels vorgelegt wird, dieser zugestellt ist und, bei der Vollstreckung aus einem Kostenfestsetzungsbeschluss, der nicht auf das zugrundeliegende Urteil gesetzt ist, die in § 798 ZPO bestimmte Wartefrist von zwei Wochen ab Zustellung verstrichen ist. Diese Voraussetzungen lagen entgegen der Annahme des Grundbuchamtes schon bei Antragstellung vor. Dem Antrag waren, wie das vorlegende KG in seinem Beschluss festgestellt hat, die vollstreckbaren Ausfertigungen des Versäumnisurteils und des Kostenfestsetzungs-

beschlusses beigefügt. Diese waren der Schuldnerin am 16.2.2006 durch den Gerichtsvollzieher zugestellt worden. Damit war auch die hinsichtlich des Kostenfestsetzungsbeschlusses zu beachtende Wartefrist bei Eingang des Antrags am 26.6.2006 abgelaufen. Der Eintragung der Sicherungshypothek steht auch nicht entgegen, dass die Gläubigerin eine GbR ist. Eine GbR kann unter ihrem Namen in das Grundbuch eingetragen werden.

2. Die Frage nach der sog. Grundbuchfähigkeit einer GbR ist allerdings umstritten. Nach einer wohl überwiegenden Ansicht kann eine GbR nicht als solche als Eigentümerin oder Inhaberin von beschränkten dinglichen Rechten an einem Grundstück oder – wie hier – einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLG, NJW 2003, 70, 71 = DNotZ 2003, 52; NJW-RR 2004, 810, 811; 2005, 43 = MittBayNot 2005, 143; OLG Celle, NJW 2006, 2194; OLG Schleswig, NJW 2008, 306; LG Aachen, Rpfleger 2003, 496, 497; RNotZ 2006, 348, 349; LG Berlin, Rpfleger 2004, 283; LG Dresden, NotBZ 2002, 384; LG Hagen, Rpfleger 2007, 26 [für nicht rechtsfähigen Verein]; wohl auch OLG München, BB 2005, 1621, 1622; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 19 Rdnr. 108; Hügel/Holzer, GBO, § 1 Rdnr. 54 f.; Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 47 GBO Rdnr. 182 b; Meikel/Ebeling, Grundbuchrecht, § 15 GBV Rdnr. 30 c Anm. dd; Abel/Eitzert, DZWIR 2001, 353, 361; Ann, MittBayNot 2001, 197, 198; Armbrüster, Grundeigentum 2001, 821, 826; R. Böttcher, NJW 2008, 2088, 2094; Demharter, Rpfleger 2001, 329, 330 f.; 2002, 538; Derleder, BB 2001, 2485, 2490; Heil, NZG 2001, 300, 305; ders., NJW 2002, 2158, 2159; ders., DNotZ 2004, 379, 381 f.; Keil, EWIR 2003, 913, 914; ders., DZWIR 2003, 120, 121; Kremer, RNotZ 2004, 239, 245; Münch, DNotZ 2001, 535, 548 f.; Prütting in FS Wiedemann, 2002, S. 1177, 1185; Schemmann, DNotZ 2001, 244, 250; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1002; Schöpflin, NZG 2003, 117; Stöber, MDR 2001, 544, 545; Vogt, Rpfleger 2003, 491, 492; Volmer, ZfIR 2006, 475; Westermann, NZG 2001, 289, 293; Wiedemann, JZ 2001, 661). Nach anderer Auffassung ist eine solche Eintragung möglich (OLG Stuttgart, FGPrax 2007, 66, 67, m. krit. Anm. Demharter; OLG Dresden, NL-BzAR 2008, 349, 352; LG Magdeburg, NotBZ 2008, 39; Dümig in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. B 61 f.; ders., Rpfleger 2003, 80, 82; MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdnr. 314; Ulmer, ZIP 2001, 585, 595; Behrens, ZfIR 2008, 1, 2 ff.; L. Böttcher/Blasche, NZG 2007, 121, 122 ff.; Demuth, BB 2002, 1555, 1558 ff.; Eickmann, ZfIR 2001, 433, 436 f.; Elsing, BB 2003, 909, 914; Hadding, ZGR 2001, 712, 724; Heßeler/Kleinhenz, NZG 2007, 250, 251 f.; Hess, ZfP 117 [2004], 267, 299 f.; Kazemi, ZfIR 2007, 101 f.; Knöfel, AcP 205, 645, 663; ders., ZfIR 2006, 428, 429; Krebs, NL-BzAR 2008, 327, 329; Leipold in FS Canaris, 2007, S. 221, 230 ff.; Ott, NJW 2003, 1223; Pohlmann, WM 2002, 1421, 1430; Schmeken in FS Streitbürger, 2008, S. 251, 258 ff.; Schodder, EWIR 2007, 167, 168; Tavakoli/Fehrenbacher, DB 2007, 382, 384; G. Wagner, ZfP 117 [2004], 305, 348 f.; ders., ZIP 2005, 637, 645 f.; K.-R. Wagner, ZNotP 2006, 408, 410). Nach einer dritten Meinung sind neben der Gesellschaft selbst auch ihre Gesellschafter einzutragen (Bauer/v. Oefele/Wilke, Grundbuchordnung, 2. Aufl., § 13 Rdnr. 34 a. E.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 240, 240 b; Böhringer, BwNotZ 2006, 118, 121; Hammer, NotBZ 2002, 385; Kesseler, ZIP 2007, 421, 423; ders., ZNotP 2008, 231, 234; Lautner, MittBayNot 2005, 93, 99; 2006, 37, 38; Nagel, NJW 2003, 1646, 1647; dagegen aber Demharter, FGPrax 2007, 68). Nach einer vierten Meinung ist die GbR grundbuchfähig, aber – wie bisher – unter Eintragung ihrer Gesellschafter mit einem Hinweis auf das Gesell-

schaftsverhältnis einzutragen (Bielicke, Rpfleger 2007, 441, 442; Hertel in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdnr. 1000 b ff.; Langenfeld, BwNotZ 2003, 1, 4; Pohlmann, EWIR 2003, 107, 108; Priester, BB 2007, 837, 838; Ruhwinkel, MittBayNot 2007, 92, 95 f.; Weidenmann, BwNotZ 2004, 130, 139).

3. Der Senat folgt im Ansatz der zweiten Meinung.

a) Auszugehen ist davon, dass die GbR, ohne juristische Person zu sein (BGHZ 146, 341, 343 = DNotZ 2001, 234; Leipold in FS Canaris, S. 221, 227 f.), (teil-)rechtsfähig ist, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (BGHZ 146, 341, 344 = DNotZ 2001, 234; BGH, NJW 2008, 1378, 1379). Im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit ist die GbR natürlichen und juristischen Personen einerseits und den registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften andererseits allerdings nicht in jeder Hinsicht gleichgestellt. Es gibt Aufgaben mit Anforderungen, denen zwar natürliche und juristische Personen und auch registerfähige Personengesellschaften genügen können, wegen ihrer strukturellen Unterschiede zu diesen aber nicht die GbR. Der Senat hat das für die Aufgabe des Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft angenommen (NJW 2006, 2189, 2190 = DNotZ 2006, 523).

b) Daraus folgt aber nicht, dass die GbR Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten oder beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht erwerben könnte, ihr also die materielle Grundbuchfähigkeit fehlt. Diese Folgerung ist zwar aus den „Besonderheiten des Grundbuchrechts und [der] Eigenart dinglicher Rechtspositionen“ (BayObLG, NJW 2003, 70, 71 = DNotZ 2003, 52) abgeleitet worden. Dem sind aber weder der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH (NJW 2006, 3716 = MittBayNot 2007, 118) noch der für das Grundstückssachen- und das Grundbuchrecht zuständige erkennende Senat (NJW 2008, 1378) gefolgt. Danach führt die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR dazu, dass eine GbR auch Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten erwerben kann; daran änderte es nichts, wenn ein solcher Rechtserwerb durch die GbR nicht unter der für diese von ihren Gesellschaftern vereinbarten Bezeichnung im Grundbuch gebucht werden könnte (BGH, NJW 2008, 1378, 1379). Deshalb ist ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen sind, auch nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR (BGH, NJW 2006, 3716, 3717 = MittBayNot 2007, 118).

c) Der materiellen Grundbuchfähigkeit der GbR steht auch nicht entgegen, dass der Erwerb von Eigentum oder beschränkten dinglichen Rechten von einer GbR auf Schwierigkeiten stößt, die sich in dieser Form bei anderen rechtsfähigen Personengesellschaften nicht stellen. Eine GbR kann wie diese nur durch ihre Organe handeln. Wer zur Vertretung einer GbR befugt ist, lässt sich indessen anders als bei registerfähigen Personengesellschaften nicht einem öffentlichen Register entnehmen, weil ein solches Register für die GbR nicht vorgesehen ist (BGH, NJW 2006, 2191). Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird auch durch den Grundbucheintrag nicht geschützt (BGHZ 107, 268, 272; BGH, NJW 2006, 2189, 2190 = DNotZ 2006, 523). Ob diesen Schwierigkeiten bis zu ihrer erforderlichen (BGH, NJW 2008, 1378, 1379) Behebung durch den Gesetzgeber dadurch begegnet werden kann, dass

die GbR bei jeder Eintragung den Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen hat (so *Leipold* in FS Canaris, S. 221, 232), oder ob es etwa genüge, wenn die Gesellschafter Änderungen des Gesellschafterbestands oder der Vertretungsbefugnis in notariell beglaubigter Form vornehmen und nachweisen oder in ihrem notariell beglaubigten Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass solche Veränderungen nur wirksam sind, wenn sie dem Urkunds- oder einem anderen Notar gegenüber erklärt werden, mit der Folge, dass dieser die Funktion des fehlenden Registers übernehme, bedarf hier keiner Entscheidung. Die aufgezeigten Schwierigkeiten ändern an der Eigentumslage nichts. Sie sind vielmehr die zwangsläufige und hinzunehmende Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR und der damit geschaffenen Möglichkeit des Grunderwerbs durch die GbR.

d) Das materiellrechtlich bestehende Eigentum der GbR ist auch formell buchungsfähig. Die technischen Einzelheiten dieser Buchung sind zwar bislang weder in der Grundbuchordnung selbst noch in der diese ausführenden Grundbuchverordnung geregelt. Die Grundbuchverordnung geht (siehe noch im Folgenden) von der früheren Rechtslage aus. Die damit fehlende Anpassung des Grundbuchsrechts an die Veränderung der materiellen Rechtslage erschwert zwar, wie aufgezeigt, den zum Vollzug von Verfügungen der Gesellschaft im Grundbuch notwendigen Nachweis der Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft (vgl. *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 336 f.; *Nagel*, NJW 2003, 1646, 1647; *Behrens*, ZfIR 2008, 1, 2 ff.), ändert aber an der Buchungsfähigkeit von Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten einer GbR und damit an ihrer formellen Grundbuchfähigkeit im Grundsatz nichts (BGH, NJW 2008, 1378, 1379). Welche Rechtsträger von Eigentum es gibt, bestimmt sich nämlich allein nach dem materiellen bürgerlichen Recht (vgl. *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 332). Allein danach bestimmt sich auch, welche Rechtsträger eintragungsfähig sind. Das Grundbuchsrecht beschränkt die Buchbarkeit von Eigentum nicht; dies widerspricht auch seiner dienenden Funktion (vgl. BGH, NJW 2008, 1378, 1379; *Leipold* in FS Canaris, S. 221, 230 f.; *Krüger*, AcP 208, 699, 711 f.). Das Grundbuchsrecht soll den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem nach bürgerlichem Recht möglichen Grundeigentum und beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken nämlich auf sichere und verlässliche Weise ermöglichen, aber nicht verhindern. Die fehlende Anpassung des Grundbuchsrechts an die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR darf deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken und beschränkten dinglichen Rechten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen. Das Verfahrensrecht ist vielmehr an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen (BGH, NJW 2008, 1378, 1379). Daran hat sich die Auslegung des Grundbuchsrechts auszurichten. Es kann damit nicht mehr darum gehen, ob Grundeigentum oder – wie hier – beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken oder Miteigentumsanteilen an Grundstücken gebucht werden. Zu entscheiden ist vielmehr, wie die GbR in der Eintragung bezeichnet werden muss und wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen zu erfolgen hat. Beide Fragen hat der BGH bislang nicht entschieden.

e) Die erste der beiden Fragen ist hier zu entscheiden.

aa) Für ihre Beantwortung ist bei der schon angesprochenen Vorschrift des § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV anzusetzen. Diese Vorschrift befasst sich zwar nicht unmittelbar mit der Bezeichnung einer GbR im Grundbuch, sondern mit dem Vollzug der Umwandlung einer GbR in eine OHG, KG oder Partnerschaft. Sie beschreibt dabei aber auch die grundbuchtechnische Ausgangslage. Aus dieser Beschreibung ergibt sich, wie sich der

Verordnungsgeber die Buchung eines im Gesellschaftseigentum stehenden Grundstücks vorstellt, nämlich in der Weise, dass die Gesellschafter mit einem auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hinweisenden Zusatz eingetragen werden.

bb) Gedankliche Grundlage dieser Form der Buchung ist, wie bereits erwähnt und aus § 15 Abs. 1 GBV zu erschließen, dass das Eigentum (und beschränkte dingliche Rechte) an Grundstücken nur entweder natürlichen oder juristischen Personen oder registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften zustehen kann und dass Gesellschaftsvermögen einer GbR Vermögen natürlicher Personen ist, das einer gesamthänderischen Bindung unterliegt. Mit der Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit gehört die GbR aber auch zu den Gesellschaften, die i. S. v. § 14 Abs. 2 BGB mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Das Vermögen einer GbR ist damit nicht mehr, wie von § 15 Abs. 3 GBV vorausgesetzt, Vermögen ihrer Mitglieder, sondern Vermögen einer rechtsfähigen Personengesellschaft. Solches Vermögen wird grundbuchtechnisch bei allen anderen rechtsfähigen Personengesellschaften entsprechend der materiellen Rechtslage wie bei juristischen Personen als deren Vermögen und unter deren Bezeichnung, und nicht unter Nennung ihrer Gesellschafter gebucht.

cc) Damit entsteht eine planwidrige Lücke. Die bisher vorgesehene Form der Buchung von Vermögen einer GbR durch Nennung ihrer Gesellschafter entspricht nicht mehr der materiellen Rechtslage. Sie ist im Gegenteil irreführend, weil sie den Blick darauf verstellt, dass das Grundstück oder Recht an einem Grundstück gerade kein Gesellschafter-, sondern Gesellschaftsvermögen ist. Aus diesem Grund ist die bisherige Form der Eintragung für die GbR auch prozessual nicht mehr erreichbar. Ihre Ansprüche können nur durch diese selbst, nicht durch ihre Gesellschafter, klageweise durchgesetzt werden. Eine Klage der Gesellschafter wäre als Klage der Gesellschaft anzusehen. Ein auf die Gesellschafter lautendes Rubrum ist ohne Parteiwechsel auf die GbR zu berichtigen (BGH, NJW 2003, 1043, 1044; Beschluss vom 11.6.2008, XII ZR 136/05, n. V.). Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung hätte auch nur die GbR als Gläubigerin des erstrittenen Titels. Mangels einer Anpassung der Grundbuchverordnung an die neue rechtliche Ausgangslage steht aber keine passende Buchungsvorgabe zur Verfügung. Dieser Zustand entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetz- und Verordnungsgebers; er kann auch in der Sache nicht hingenommen werden. Denn ohne Vorgaben zur Form der Buchung können eine einheitliche und für den Rechtsverkehr eindeutige Führung der Grundbücher nicht gewährleistet und die Anforderungen an die Eintragungsnachweise nicht sachgerecht bestimmt werden. Selbst die von den Gerichten entsprechend der materiellen Rechtslage erlassenen vollstreckbaren Entscheidungen zugunsten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts könnten im Grundbuch nicht vollzogen werden. Derart widersprüchliche Ergebnisse gefährdeten die Einheit der Rechtsordnung und müssen verhindert werden, indem die durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR aufgetretene Regelungslücke geschlossen wird.

dd) Das ist nach dem Plan des Gesetzes nur durch eine rechtsanaloge Anwendung der §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, § 7 Abs. 2 PartGG und § 15 Abs. 1 lit. b) GBV möglich.

(1) Das Grundbuch hat den Zweck, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken genau und verlässlich zu dokumentieren. Dieser Zweck tritt etwa in § 47 GBO zutage, wonach bei einer

Mehrheit von Eigentümern auch ihr Rechtsverhältnis untereinander anzugeben ist. Das zwingt zu einer Buchungsform, die das Vermögen einer GbR als das ausweist, was es materiellrechtlich ist, nämlich als Gesellschaftsvermögen. Das ist im Ansatz nur zu erreichen, wenn als Eigentümer oder Inhaber beschränkter dinglicher Rechte die GbR eingetragen wird (*Leipold* in FS Canaris, S. 221, 231 f.), nicht mehr ihre Gesellschafter.

(2) Dazu muss die GbR allerdings in einer Form eingetragen werden, die sie von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterscheidet. Das ist in Anlehnung an die Vorschriften für die registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften dadurch zu erreichen, dass die GbR grundsätzlich unter der Bezeichnung eingetragen wird, die von ihren Gesellschaftern für das Auftreten der Gesellschaft im Rechtsverkehr vereinbart ist (*Leipold* in FS Canaris, S. 221, 231 f.). Diese Bezeichnung genügt, um die GbR von anderen zu unterscheiden. Die Bezeichnung kann ihre Individualisierungsfunktion zwar im Einzelfall einbüßen, wenn die Gesellschafter mehrerer Gesellschaften bürgerlichen Rechts für ihre Gesellschaft die gleiche Bezeichnung gewählt haben. Darin unterscheidet sich eine GbR aber nicht signifikant von anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, von juristischen Personen und letztlich nicht einmal von natürlichen Personen. Gerade bei ihnen tritt der Fall einer Namensgleichheit sehr häufig auf. Deshalb sieht § 15 Abs. 1 lit. a) GBV für natürliche Personen zusätzliche Merkmale vor, die zur Unterscheidung in das Grundbuch eingetragen werden können. An ihre Stelle können bei der GbR die Angabe des gesetzlichen Vertreters und des Sitzes treten.

(3) Der entsprechenden Anwendung der Buchungsvorschriften für andere rechtsfähige Personengesellschaften steht nicht entgegen, dass diese im Gegensatz zur GbR registerfähig sind. Die Eintragung in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister führt zwar dazu, dass Name und Bezeichnung sowie die Rechtsverhältnisse dieser Gesellschaften durch den Auszug aus dem mit den Wirkungen der Registerpublizität versehenen Register in der Form des § 29 GBO leicht und sicher nachgewiesen werden können. Ein inhaltlicher Einwand gegen die Sachgerechtigkeit der Bezeichnung der GbR lässt sich daraus aber nicht ableiten. Das zeigt sich daran, dass eine Gesellschaft nicht erst dann OHG ist, wenn sie in das Handelsregister eingetragen wird, sondern nach § 105 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 HGB kraft Gesetzes schon dann, wenn sie ein Handelsgewerbe betreibt oder wenn der Umfang ihres Gewerbes wächst und einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Auch für eine solche noch nicht registrierte OHG gilt § 124 Abs. 1 HGB. Seine Voraussetzungen werden ohne Eintragung in das Handelsregister schwieriger nachzuweisen sein. An der Form der Bezeichnung, unter welcher die Gesellschaft in das Grundbuch einzutragen ist, ändert das nichts. Noch deutlicher wird das bei der Partnerschaft, auf die nach § 1 Abs. 4 PartGG die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Gesellschaft anzuwenden sind. Auf sie ist mit dem Vollzug der Eintragung nach § 7 Abs. 2 PartGG die Vorschrift des § 124 HGB anzuwenden, ohne dass sich an ihrer Identität etwas ändert. Die Registerfähigkeit einer rechtsfähigen Personengesellschaft besagt damit nichts darüber, wie sie einzutragen ist; sie erleichtert vielmehr „nur“ den Vollzug der Eintragung im Grundbuch.

(4) Gegen die Möglichkeit, die GbR unter ihrer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Bezeichnung einzutragen, spricht auch nicht, dass nicht jede GbR nach dem zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrag eine Bezeichnung führt. In solchen Fällen kann die notwendige Individualisierung zwar nicht mit der Bezeichnung erfolgen. Sie bleibt aber möglich (*Leipold* in FS

Canaris, S. 221, 232; *Krüger*, AcP 208, 699, 712). Sie kann dann in Anlehnung an die bisherige, so nicht mehr mögliche Buchungsform nur, aber auch stets dadurch erfolgen, dass der Bezeichnung des Berechtigten mit „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ der Zusatz „bestehend aus“ und die Namen der Gesellschafter der Gesellschaft hinzugesetzt werden. Das können zwar im Einzelfall, etwa bei Publikumsgesellschaften, sehr viele Gesellschafter sein. Das unterscheidet diese Form der Buchung aber nicht von der in § 15 Abs. 3 Satz 1 GBV unter alter Rechtslage vorgesehenen Form der Buchung.

ee) Danach kann die Gläubigerin wie beantragt unter ihrer Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden.

f) Die Gläubigerin hat die Voraussetzungen für die Eintragung der Sicherungshypothek auch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

aa) Eine GbR kann ihre Bezeichnung, den etwa nachzuweisenden Bestand ihrer Gesellschafter und ihre Vertretungsverhältnisse zwar nicht, wie die anderen rechtsfähigen Personengesellschaften, durch einen mit öffentlichem Glauben versehenen Auszug aus einem öffentlichen Register nachweisen. Leitet sie ihr Recht aber, wie hier, aus einer vollstreckbaren Gerichtsentscheidung ab, kann sie den Nachweis mit der vollstreckbaren Ausfertigung dieser Entscheidung führen. Denn das Gericht muss diese Umstände vor Erlass seiner Entscheidung prüfen und darüber entscheiden. Das schließt zwar nicht aus, dass sich nach dem Erlass der Entscheidung, aber vor der Eintragung in das Grundbuch Veränderungen ergeben. Darin unterscheidet sich eine vollstreckbare Gerichtsentscheidung aber nicht von anderen öffentlichen Urkunden, ja nicht einmal von einem notariell beurkundeten Kaufvertrag, der ohne Kenntnis des Grundbuchamts materiellrechtlich wirksam Veränderungen erfahren haben kann, oder der Bewilligung, der die nach § 873 BGB erforderliche Einigung im Einzelfall fehlen kann. Deshalb wird sich das Grundbuchamt grundsätzlich an die Gerichtsentscheidung zu halten haben. Etwas anderes gilt nur, wenn sich im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für Veränderungen ergeben, die einen ergänzenden Nachweis erforderlich machen. Dafür ist hier auch unter Berücksichtigung des infolge des Gerichtsverfahrens seit der Antragstellung verstrichenen Zeitraums von etwa zwei Jahren nichts ersichtlich.

bb) Die Forderung selbst ergibt sich aus dem Urteil. Die Zustellung und die Einhaltung der Wartefrist sind durch die Zustellungsurkunden des Gerichtsvollziehers nachgewiesen. Der Eintragung stehen deshalb die von dem Grundbuchamt angeführten Gründe nicht entgegen.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177 (in diesem Heft).

5. BGB §§ 1004 Abs. 1, 1090 Abs. 1, 1027 (*Löschungsanspruch bei Getränkebezugsdienstbarkeiten*)

Ein Anspruch auf Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die den Verkauf von Getränken aller Art verbietet, setzt voraus, dass die Parteien entsprechendes vereinbart haben oder die Dienstbarkeit ausschließlich zur Sicherung einer schuldrechtlichen Lieferbeziehung dient. Besteht kein Anspruch auf Löschung der Dienstbarkeit, kann der Berechtigte den sich aus ihr ergebenden Unterlassungsanspruch weiterhin geltend machen, auch wenn dadurch eine von einer schuldrechtlichen

Bezugsverpflichtung unabhängige „faktische“ Bindung des Grundstückseigentümers an den Dienstbarkeitsberechtigten bewirkt wird (im Anschluss an BGH, NJW-RR 1992, 593).

OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.5.2008, 6 U 122/07

Die Klägerin verlangt von der Beklagten aufgrund einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, den Verkauf von Getränken in einem von der Beklagten betriebenen Seniorenstift zu unterlassen. Die Beklagte verlangt widerklagend die Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich dieser Dienstbarkeit.

Die Klägerin war Eigentümerin eines Grundstücks in der X-Straße in K. Aufgrund notariellen Kaufvertrages vom 31.3.1970 veräußerte die Klägerin dieses Grundstück an W. In § 4 des Kaufvertrages heißt es:

„Der Käufer bestellt der [Klägerin] eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit des Inhalts im Grundbuch, dass der Verkauf von Getränken aller Art auf dem Grundstück untersagt ist.“

Aufgrund dieser Vereinbarung bestellte der Erwerber zugunsten der Klägerin eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die mit entsprechendem Inhalt („Verbot des Verkaufs von Getränken aller Art“) im Grundbuch eingetragen wurde. W. errichtete auf dem Grundstück ein Gebäude und teilte es in Teileigentum auf, wobei die beschränkte persönliche Dienstbarkeit in sämtliche neu errichtete Grundbuchblätter übertragen wurde.

Die Beklagte wurde Eigentümerin von 36 der insgesamt 63 Eigentumswohnungen und betreibt auf dem gesamten Grundstück ein Seniorenpflegestift. Die zwischen der Beklagten und den Bewohnern geschlossenen Heimverträge beinhalten Vereinbarungen über die Verpflegung, wozu auch die Abgabe von Mineralwasser gehört. Im Speisesaal können auch andere Getränke von Bewohnern oder Gästen erworben werden, und zwar an einem Getränkeautomaten sowie an einer Theke gegen gesonderte Bezahlung. Die Abgabe von Getränken erfolgt durch die E. GmbH, wobei die vom Heimvertrag umfassten Leistungen im Auftrag der Beklagten gewährt werden.

Die Klägerin stimmte der Abgabe von Getränken unter der Maßgabe zu, dass sämtliche Getränke von der mit der Klägerin verbundenen Brauerei Y. zu beziehen seien. Ein Getränkebezugsvertrag als Rahmenvereinbarung wurde weder mit der Klägerin noch mit der Brauerei Y. abgeschlossen. Seit 1982 bis heute werden die mittels Automaten verkauften Getränke von der Y. bezogen. Dies galt – mit einer Unterbrechung in der Zeit von 1999 bis 2001 – auch für das Mineralwasser. Seit Anfang 2006 bezieht die Beklagte das Mineralwasser von Dritten.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Dienstbarkeit sei voll wirksam. Die Klägerin könne sich nach wie vor auf sie berufen und müsse sie nicht zurückgewähren. Zweck der Dienstbarkeit sei in erster Linie gewesen, für alle Zeiten unerwünschte Konkurrenz auf dem dienenden Grundstück zu verhindern.

Die Beklagte ist der auf Unterlassung des Verkaufs von Getränken gerichteten Klage entgegengetreten und hat widerklagend die Zustimmung der Klägerin zur Löschung der Dienstbarkeit verlangt. Die Beklagte hat geltend gemacht, ein Verkauf von Getränken liege nicht vor, da hierfür ein besonderes Entgelt in den Heimverträgen nicht vereinbart sei. Auch wenn die Dienstbarkeit als solche nicht sittenwidrig bzw. nichtig sei, habe doch die Klägerin so lange (durch die Brauerei Y.) von dem von der Dienstbarkeit ausgehenden faktischen Druck Gebrauch gemacht, dass mittlerweile, nach über zwanzig Jahren des Getränkebezugs bei Y., die Klägerin jedenfalls nach Treu und Glauben gehalten sei, auf die Dienstbarkeit zu verzichten. Außerdem missbrauche die Klägerin ihre marktbeherrschende Stellung.

Mit der angefochtenen Entscheidung, hat das LG die Beklagte antragsgemäß verurteilt, es bei Meidung der im Gesetz vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, in dem von ihr geführten Seniorenstift den Verkauf von Getränken aller Art mit Ausnahme selbst gefertigter Getränke und Leitungswasser einschließlich der Abgabe im Rahmen eines Heimvertrages zu unterlassen, soweit nicht die Klägerin zustimmt. Die Widerklage hat es abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aufgrund der für sie eingetragenen Dienstbarkeiten gemäß §§ 1090, 1027, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Die Beklagte hat weder einen Anspruch auf Löschung dieser Dienstbarkeiten noch sonstige Einreden, die der Ausübung des Unterlassungsanspruchs entgegenstehen.

1. Die Klägerin kann gemäß § 1090 Abs. 1 BGB aufgrund der für sie eingetragenen Dienstbarkeiten den Verkauf von Getränken auf dem in Rede stehenden Grundstück untersagen.

1. a. Zutreffend und von der Berufung unbeanstandet hat das LG angenommen, dass die ursprünglich auf dem ungeteilten Grundstück eingetragene Dienstbarkeit wirksam entstanden und die daraus resultierende dingliche Belastung auf die später gebildeten Teileigentumsrechte übergegangen ist. Die Begründung einer auf das Verbot von bestimmten Verkaufshandlungen gerichteten Dienstbarkeit ist auch dann nicht sittenwidrig, wenn das Recht unbefristet eingeräumt ist. Aufgrund des Abstraktionsgrundsatzes hätte das dingliche Recht sogar dann Bestand, wenn es ausschließlich der Absicherung einer sittenwidrigen Bezugsverpflichtung diene (BGH, NJW 1988, 2364 = DNotZ 1988, 572). Eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, die die Wirksamkeit der Dienstbarkeit an die Wirksamkeit einer zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung gekoppelt hätte, lag im Zeitpunkt der Bestellung des dinglichen Rechts unstreitig nicht vor.

1. b. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Klägerin nicht gehindert, ihr dingliches Recht weiterhin geltend zu machen.

1. b. 1. Die Beklagte hat keinen Anspruch darauf, dass die Klägerin auf ihr Recht verzichtet oder in dessen Löschung einwilligt.

Ein solcher Anspruch könnte, wie auch die Beklagte im Ansatz nicht verkennt, nur dann bestehen, wenn die Parteien zumindest konkludent eine entsprechende Abrede getroffen hätten oder wenn die Dienstbarkeit ausschließlich zur Sicherung einer schuldrechtlichen Lieferbeziehung diene (BGH, NJW-RR 1992, 593, 594). Weder das eine noch das andere ist vorliegend der Fall.

1. b. 1. a. Ein vertraglich begründeter Verzichts- oder Lösungsanspruch ergibt sich nicht daraus, dass die Beklagte bei Erwerb der Teileigentumsrechte die bestehende Dienstbarkeit übernommen hat.

Zwar kann eine solche Abrede – die auf die dingliche Rechtslage ohnehin keinen Einfluss hat – im Einzelfall dahin zu verstehen sein, dass der Veräußerer des Grundstücks einen ihm zustehenden Anspruch auf Löschung der Belastung an den Erwerber abtritt. Voraussetzung für eine wirksame Abtretung dieses Inhalts ist jedoch, dass dem Veräußerer ein solcher Anspruch zusteht. Dies war hier nicht der Fall.

Im Kaufvertrag zwischen der Klägerin und dem ersten Erwerber des Grundstücks wurde keine Sicherungsabrede getroffen. Beim Abschluss dieses Vertrages gab es weder einen Bezugsvertrag noch eine faktische Lieferbeziehung, zu dessen Absicherung die Dienstbarkeit hätte dienen können. Es war auch nicht absehbar, ob es zum Abschluss eines Bezugsvertrages kommen würde. Angesichts dessen kann dem Grundstückskaufvertrag keine konkludente Abrede des Inhalts entnommen werden, dass sich die Klägerin unter gewissen Voraussetzungen zur Löschung der unbefristet eingeräumten Dienstbarkeit verpflichtete.

1. b. 1. b. Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist ebenfalls keine konkludente Vereinbarung über einen Anspruch auf Löschung der Dienstbarkeit getroffen worden. Zum Abschluss eines Bezugsvertrages, mit dessen Auslaufen die Dienstbarkeit zu löschen wäre, ist es unstrittig nicht gekommen. In der langjährigen Belieferung der Beklagten durch die Brauerei Y. liegt ebenfalls nicht die Einräumung eines entsprechenden Anspruchs.

1. b. 1. c. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die Dienstbarkeit nicht ausschließlich zu dem Zweck bestellt worden, die Erfüllung eines künftigen Getränkebezugsvertrages zu sichern.

Wie bereits dargelegt war bei Bestellung der Dienstbarkeit nicht absehbar, ob es zum Abschluss eines Getränkebezugsvertrages überhaupt kommen wird. Die für den Grundstückskäufer erkennbaren Interessen der Klägerin beschränkten sich zudem nicht darin, der mit ihr verbundenen Brauerei Y. zusätzliche Absatzquellen zu erschließen. Das allgemein gefasste Verbot, auf dem Grundstück Getränke zu verkaufen, ließ und lässt sich vielmehr auch dazu einsetzen, unerwünschte Konkurrenz auf dem Grundstück zu unterbinden. Hierbei ist unerheblich, ob die Brauerei Y. nur Groß- oder auch Einzelhandel mit Getränken betreibt oder ob sie aufgrund der Dienstbarkeit auch den Betrieb einer Lohnbrauerei auf dem Grundstück verbieten könnte. Auch als Brauereibetreiberin und Großhändlerin kann sie ein Interesse daran haben, den Verkauf von Getränken im Wege des Einzelhandels oder in ähnlichem Zusammenhang auf dem Grundstück zu verhindern. Vor diesem Hintergrund hätte es für die Parteien des Grundstückskaufvertrages nahegelegen, ausdrückliche Vereinbarungen in den Vertrag aufzunehmen, wenn sie die Ausübung der Dienstbarkeit nur zu bestimmten Zwecken zulassen wollten. Solche Abreden wurden im Streitfall nicht getroffen. Angesichts dessen vermag der Senat dem Kaufvertrag nicht zu entnehmen, dass die Ausübung der Dienstbarkeit an die Verfolgung bestimmter Zwecke gebunden war.

1. b. 2. Mangels eines vereinbarten oder aus dem Gesichtspunkt der Zweckerreichung resultierenden Lösungsanspruchs wäre die Klägerin selbst nach Ablauf eines für die längste zulässige Dauer abgeschlossenen Getränkebezugsvertrages befugt gewesen, ihren Unterlassungsanspruch weiterhin geltend zu machen.

Zwar darf eine Dienstbarkeit nicht dafür eingesetzt werden, um einen Abnehmer zum Abschluss einer inhaltlich unzulässigen Bezugsvereinbarung zu veranlassen (BGH, WM 1984, 820). Eine von einer schuldrechtlichen Bezugsverpflichtung unabhängige „faktische“ Bindung des Grundstückseigentümers ist hingegen die notwendige Folge des Abstraktionsprinzips, die der Verpflichtete, wenn dies gewollt ist, durch Vereinbarung einer Bedingung oder Befristung bei der Dienstbarkeitsbestellung vermeiden kann (BGH, NJW-RR 1992, 593, 595; OLGR Zweibrücken 2000, 499, 500; OLG München, NJW-RR 2004, 164, 165).

Im vorliegenden Fall besteht die Klägerin nicht auf dem Abschluss einer Bezugsvereinbarung. Die Brauerei Y. hat zwar im Rahmen von Einigungsversuchen im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits den Abschluss eines unbefristeten Bezugsvertrages angeboten, die Belieferung aber fortgesetzt, nachdem die Beklagte die Unterzeichnung dieses Vertrages verweigert hatte. Die Klägerin verfolgt mit der Geltendmachung ihres Unterlassungsanspruchs folglich keinen unzulässigen Zweck. Die aus der Geltendmachung des Anspruchs resultierende faktische Bindung der Beklagten, die zwar nicht zum Bezug von Getränken verpflichtet ist, als – wohl aus-

schließlich theoretische – Alternative aber nur die Nutzung anderer Räumlichkeiten zur Verfügung hätte, ist nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, als Folge des Abstraktionsprinzips hinzunehmen.

1. c. Die Abgabe von Getränken an Heimbewohner ist auch dann als Verkauf im Sinne der Dienstbarkeit anzusehen, wenn dafür kein besonderes Entgelt berechnet wird.

Wie auch die Beklagte im Ansatz nicht verkennt, ist der Heimvertrag ein typengemischter Vertrag, der Elemente verschiedener Vertragstypen enthält. Soweit der Heimbetreiber Verpflegung ausgibt, enthält der Vertrag – ungeachtet der darin zugleich liegenden Dienstleistung – auch kaufvertragliche Elemente. Insbesondere erfolgt die Abgabe von Mahlzeiten und Getränken nicht unentgeltlich. Sie wird durch das Entgelt für die Regelleistung Unterkunft und Verpflegung abgedeckt. Dass dieses Entgelt in Form einer Pauschale vereinbart ist und nicht von der tatsächlichen Abnahmemenge abhängt, steht dem nicht entgegen. Auch die Veräußerung mehrerer Sachen zu einem Pauschalpreis ist ein Kaufvertrag.

Dass die Abgabe von Mineralwasser nur einen kleinen und eher unbedeutenden Ausschnitt aus dem der Beklagten obliegenden Leistungsangebot darstellt und für den Gesamtcharakter des Vertrages nicht prägend ist, führt zu keiner anderen Bewertung. Nach dem Inhalt der Dienstbarkeit ist der Verkauf von Getränken auf dem Grundstück schlechthin verboten, unabhängig davon, in welchem tatsächlichen oder rechtlichen Kontext er erfolgt.

2. Die Widerklage hat das LG zu Recht als unbegründet abgewiesen. Wie bereits oben dargelegt wurde, steht der Beklagten ein Anspruch auf Löschung oder Verzicht auf die Dienstbarkeit weder aus Vertrag oder Bereicherungsrecht noch aus sonstigen Anspruchsgrundlagen zu.

Anmerkung:

Die Entscheidung hat die Verdinglichung eines Getränkevertriebsverbots durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zum Gegenstand. Sie betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Verbotsdienstbarkeit der Sicherung schuldrechtlicher Lieferbeziehungen dient und wann sie isoliert geltend gemacht werden kann.

I. Das OLG Karlsruhe geht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Lehre davon aus, dass allgemeine Getränkevertriebsverbote unproblematisch zum Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden können.

1. Dies ist im Ergebnis zutreffend – und zwar aus folgenden Gründen:

Die Dienstbarkeit ist als dingliches Recht ein Herrschaftsrecht am dienenden Grundstück.¹ Während das Eigentum dem Berechtigten eine unbeschränkte Rechtsmacht verleiht, werden bei beschränkten dinglichen Rechten wie der Dienstbarkeit lediglich einzelne Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers abgespalten und auf den Inhaber des Nutzungs- bzw. Untersatzungsrechts übertragen.² Da sie nunmehr dem Eigentümer des betroffenen Grundstücks fehlen, ist dieser zugleich in der Ausübung seiner Eigentümerbefugnisse beschränkt. Eine darüber hinausgehende Beschränkung der persönlichen Freiheit

¹ Vgl. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, 1840, S. 338; *Johow*, Entwurf eines BGB, Redaktorvorlage Sachenrecht, 1880, S. 3 f.

² *Baetge*, *RabelsZ* 59 (1995), 645, 650; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 23, 35.

des Eigentümers des dienenden Grundstücks durch das dingliche Recht ist ausgeschlossen. Sie kann nur mittels einer schuldrechtlichen Vereinbarung erfolgen.³

Die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Dienstbarkeit auf eine Beschränkung der Eigentümerbefugnisse kommt zunächst in dem Grundsatz *servitus in faciendo consistere nequit* zum Ausdruck: Gegenstand einer Dienstbarkeit kann nach § 1018 BGB lediglich ein Dulden oder Unterlassen, nicht aber ein aktives Tun sein. Damit steht fest, dass jedenfalls die Verpflichtung zum aktiven Bezug von Getränken einer Verdinglichung nicht zugänglich ist.

Umgekehrt können Verbotsrechte und Unterlassungsansprüche immer dann zum Gegenstand einer Dienstbarkeit gemacht werden, wenn sie Handlungen betreffen, die auf dem dienenden Grundstück ausgeübt werden und im weitesten Sinne Ausfluss der Eigentümerbefugnisse sind.⁴ Dies ist beim Verkauf von Getränken auf dem belasteten Grundstück der Fall. Jener kann also grundsätzlich durch Dienstbarkeit mit dinglicher Wirkung verboten werden.

Zusätzlich muss das Verbot allerdings den sachenrechtlichen Ordnungsprinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entsprechen. Inhalt und Umfang dinglicher Rechte müssen aufgrund ihrer absoluten Wirkung für jeden Dritten ohne Schwierigkeiten erkennbar sein.⁵ Nur so wird dem sachenrechtlichen Publizitätsgedanken, der auch dem Numerus clausus und dem Typenzwang zugrunde liegt, hinreichend Rechnung getragen.⁶ Ein allgemeines Vertriebsverbot wie das umfassende Verbot des Verkaufs von Getränken wird diesen Anforderungen gerecht: Es lässt sich abstrakt umschreiben und weist eine für die Verdinglichung hinreichende Typizität auf.⁷

2. Bei Fremdvertriebsverboten, die lediglich die Produkte konkurrierender Hersteller betreffen, liegen die Dinge nach herrschender Meinung⁸ demgegenüber anders. Sie sind nicht hinreichend typisiert und können deshalb auch nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein: Ob eine bestimmte Biermarke auf einem Grundstück vertrieben werden darf, während der Verkauf anderer Marken verboten ist, lässt sich nur individuell im Rahmen der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit festlegen. Dem Erfordernis einer sachenrechtlichen Standardisierung entspricht eine solche Vereinbarung jedoch regelmäßig nicht.

Dennoch besteht im Rechtsverkehr das praktische Bedürfnis, schuldrechtliche Alleinbezugsbindungen wie bei Bier- und Getränkelieferungsverträgen zu verdinglichen, damit sie nicht nur gegenüber dem derzeitigen Grundstückseigentümer, sondern auch gegenüber künftigen Grundstückserwerbern und anderen Nutzern des Grundstücks verbindlich sind. Die herr-

schende Meinung⁹ in Deutschland sucht für diese Fälle eine Lösung über die Figur der Sicherungsdienstbarkeit, die sich am Vorbild der Sicherungsübereignung und der Sicherungsgrundschuld orientiert. Über die fiduziarische Bindung allgemeiner Vertriebsverbote wird dabei ein Ergebnis erzielt, das Fremdbezugs- bzw. Fremdvertriebsverboten in seiner Wirkung weitgehend gleichkommt:

Der Getränkehersteller lässt sich eine Unterlassungsdienstbarkeit in Form eines allgemeinen Vertriebsverbots einräumen, wonach der Absatz jedweder Getränke auf dem dienenden Grundstück verboten ist. Gleichzeitig wird schuldrechtlich vereinbart, dass der Hersteller von der Unterlassungsdienstbarkeit so lange keinen Gebrauch machen darf, wie der jeweilige Nutzer des Grundstücks der Alleinbezugspflicht aus dem Getränkelieferungsvertrag nachkommt. Diese Vereinbarung kann der Unterlassungsdienstbarkeit einredeweise entgegengehalten werden.

Die Konstruktion funktioniert wie folgt: Man wählt auf sachenrechtlicher Ebene einen Regelungstyp größerer Reichweite und differenziert erst auf der Ebene des Schuldrechts. Dinglich wird dem Getränkehersteller mit Wirkung *erga omnes* eine überschießende Rechtsmacht eingeräumt, die schuldrechtlich mit Wirkung *inter partes* an die Verhältnisse des Einzelfalls angepasst wird.¹⁰ Auf diese Weise können einerseits künftige Nutzer des Grundstücks von dem Getränkehersteller an die Kandare genommen werden; andererseits wird sichergestellt, dass dem Grundstückseigentümer aus der Gewährung der überschießenden dinglichen Rechtsmacht keine Nachteile entstehen.

Entsprechend der Systematik der Sicherungsübereignung und der Sicherungsgrundschuld sind bei der Sicherungsdienstbarkeit drei verschiedene Rechtsverhältnisse zu unterscheiden:

- Der zu sichernde Getränkebezugsvertrag mit einer Alleinbezugsbindung,
- die Dienstbarkeit, die jedweden Getränkeabsatz auf dem belasteten Grundstück verbietet,
- und die Sicherungsabrede, die dem Getränkehersteller den Gebrauch des umfassenden dinglichen Verbotsrechts nur für den Fall gestattet, dass der Grundstückseigentümer die Alleinbezugsbindung verletzt bzw. beim Nutzerwechsel nicht an den künftigen Besitzer des Grundstücks weitergibt.¹¹

II. Getränkevertriebsverbote zugunsten eines Getränkeherstellers können in Form einer Sicherungsdienstbarkeit bestellt werden. Ebenso gut können sie aber auch Gegenstand einer isolierten Dienstbarkeit sein, deren Bestellung andere Motive zugrunde liegen. Maßgeblich für diese Abgrenzung ist die von den Parteien getroffene Zweckvereinbarung:

1. Wie gerade ausgeführt, können die Parteien vereinbaren, dass die Dienstbarkeit der Sicherung einer bestehenden oder in Zukunft noch abzuschließenden Getränkebezugsvereinbarung dienen soll. Zweck der Dienstbarkeit ist dann, eine Alleinbezugsbindung für die Dauer ihrer Laufzeit auf sämtliche gegenwärtigen und künftigen Nutzer des Grundstücks zu erstrecken und dem Berechtigten einen gegenüber jedermann wirkenden Unterlassungsanspruch beim Vertrieb der Produkte

³ KGJ 24, A, 241, 243; *Vangerow*, Pandekten, 1. Band, 7. Aufl., S. 692 f.; *Bormann*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, 2003, S. 147, 156 ff.

⁴ Vgl. etwa OLG Hamm, Rpfleger 1959, 25, 26.

⁵ Vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl., v. § 854 Rdnr. 3.

⁶ *Stürmer*, AcP 194 (1994), 265, 280; *Bormann*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, S. 197 f.

⁷ Für die Zulässigkeit der Verdinglichung allgemeiner Vertriebsverbote deshalb BGHZ 74, 293, 296 = DNotZ 1980, 43; BGH, NJW 1962, 486 = DNotZ 1963, 44; WM 1975, 307, 308; NJW 1981, 343, 344; 1985, 2474 = DNotZ 1986, 618; NJW-RR 1992, 593, 594; BayObLGZ 1985, 290, 293; OLG Frankfurt, WRP 1977, 342, 344; OLG Stuttgart, Rpfleger 1959, 22.

⁸ BGHZ 29, 244, 249 f.; KGJ 24, A, 241, 244; KG, OLGE 15, 371; KG, Rpfleger 1959, 20, 21 f.; BayObLGZ 1952, 287, 288; 1953, 295, 299 ff.; BayObLG, DNotZ 1972, 350, 353; OLG Saarbrücken, DNotZ 1953, 411, 412 f.

⁹ Vgl. BGH, NJW 1988, 2362, 2363; NJW 1988, 2364; NJW-RR 1989, 519; NJW-RR 1992, 593, 594 f.; NJW 1998, 2286, 2287; grundlegend *Amann*, DNotZ 1986, 578, 584 ff.; ferner *ders.*, DNotZ 1988, 581, 584 f.; *Münch*, ZHR 157 (1993), 559; *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 33 Rdnr. 19; *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 30 ff.; *Stürmer*, AcP 194 (1994), 265.

¹⁰ *Stürmer*, AcP 194 (1994), 265, 275, 282.

¹¹ *Amann*, DNotZ 1986, 578, 585 f.; *ders.*, DNotZ 1988, 581, 584.

fremder Hersteller zu verschaffen (§§ 1027, 1004 BGB). Läuft die Alleinbezugsbindung aus, kann der Grundstückseigentümer wegen Wegfalls des Sicherungszwecks aus dem Sicherungsvertrag die Löschung der Sicherungsdienstbarkeit verlangen und diesen Löschungsanspruch der Dienstbarkeit einredeweise entgehalten.¹²

2. Denkbar ist aber auch, dass die Unterlassungsdienstbarkeit bestellt wird, um tatsächlich den Verkauf jeglicher Getränke auf dem belasteten Grundstück zu unterbinden. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Getränkehersteller auf seinem Fabrikgelände zusätzlich eine Brauereigaststätte oder einen Einzelhandel betreibt und Konkurrenz durch andere Gastwirte oder Einzelhändler auf den umliegenden Grundstücken dauerhaft ausschließen will.¹³ Causa für die Dienstbarkeit ist dann nicht die Sicherungsabrede, sondern eine isolierte Bestellungsvereinbarung, die unabhängig von einem bestimmten Sicherungszweck abgeschlossen worden ist. Kausalgeschäft und dinglich-abstrakte Dienstbarkeit sind hier deckungsgleich, weshalb in der Literatur statt von isolierten auch von kongruenten Dienstbarkeiten die Rede ist.¹⁴ Die Gründe für die Bestellung solcher isolierter oder kongruenter Dienstbarkeiten in Gestalt eines Getränkevertriebsverbots können vielfältig sein: Neben der Unterbindung von Konkurrenz durch benachbarte Gastwirte oder Einzelhändler kann es dem Berechtigten auch darum gehen, sich vor Begleiterscheinungen wie Publikumsverkehr, lärmenden Gästen usw. auf den umliegenden Grundstücken zu schützen.

3. Ob eine Sicherungsdienstbarkeit oder ein isoliertes Getränkevertriebsverbot vorliegt, ist eine Auslegungsfrage, wenn es an einer klaren und eindeutigen Zweckvereinbarung fehlt.¹⁵ Die Dienstbarkeit kann auch gleichzeitig verschiedene Zwecke verfolgen und parallel der Sicherung einer Alleinbezugsbindung und dem allgemeinen Konkurrenzschutz vor Getränkeverkauf auf dem Nachbargrundstück dienen. Das Auslaufen der Getränkebezugsvereinbarung allein führt dann noch nicht zu einem Löschungsanspruch des Grundstückseigentümers, weil der allgemeine Konkurrenzschutz als Zweck für die Existenz der Dienstbarkeit fortbesteht und die Bestellungsabrede auch weiterhin als causa für das dingliche Recht herangezogen werden kann. Der BGH hat hier in einer Entscheidung aus dem Jahr 1992¹⁶ relativ großzügige Maßstäbe gesetzt, die das OLG Karlsruhe nun konkretisiert – allerdings nicht in ganz überzeugender Weise.

So soll es zur Annahme eines isolierten Bestellungsziels ausreichen, wenn der Hersteller allein Großhandel mit seinen Erzeugnissen betreibt und keine Getränke an Endabnehmer verkauft, obwohl hier ein Bedürfnis nach Konkurrenzschutz vor Getränkeausschank oder Einzelhandelsverkauf auf dem Nachbargrundstück nicht besteht. Gleichzeitig verneint das OLG Karlsruhe das Vorliegen eines Sicherungszwecks mit der Begründung, dass zum Zeitpunkt der Bestellung der Dienstbarkeit keine Getränkebezugsvereinbarung bestanden habe und die spätere Belieferung ebenfalls nur auf faktischer Grundlage erfolgt sei. Dies lässt außer Acht, dass eine Getränkebezugsvereinbarung ebenso konkludent geschlossen werden kann wie die Sicherungsabrede. Im Übrigen kann der Sicherungszweck auch allein darin bestehen, eine künftige Be-

zugspflicht zu sichern bzw. deren Eingehung überhaupt erst zu erreichen. Dies alles ist zulässig, solange die Dienstbarkeit nicht als Druckmittel verwendet wird, um den Eigentümer des belasteten Grundstücks zum Abschluss oder zur Einhaltung von Getränkebezugspflichten zu zwingen, die einzeln oder in ihrer Gesamtheit gegen die guten Sitten verstoßen.¹⁷ Hier wäre eine weitergehende Aufklärung der Beweggründe der Beteiligten ggf. hilfreich gewesen, was freilich eine entsprechende Darlegung durch die Parteien im Prozess voraussetzt.

4. Für die Praxis ergibt sich aus der Entscheidung wohl nur die Schlussfolgerung, dass der Zweck der Bestellung der Dienstbarkeit bei Getränkevertriebsverboten stets ausdrücklich festgehalten werden sollte. So lässt sich Streit um die Einordnung als Sicherungsrecht oder als isolierte Belastung von vornherein ohne größeren Aufwand vermeiden.

Notarassessor Dr. Jens Bormann, Berlin

¹⁷ Amann, DNotZ 1988, 581, 585.

6. BGB § 1767 Abs. 1 (*Ablehnung einer Volljährigenadoption, bei der steuerliche Motive im Vordergrund stehen*)

Bei der Volljährigenadoption muss ein familienbezogenes Motiv entscheidender Anlass für die Annahme sein. Spielen mehrere Motive eine Rolle, so muss das familienbezogene Motiv das Hauptmotiv sein; das Vorliegen weiterer Motive schadet nicht, solange es sich nur um Nebenmotive handelt. Die Voraussetzungen für die Adoption eines Volljährigen müssen positiv festgestellt werden. Wenn nach der Abwägung aller in Betracht kommender Umstände begründete Zweifel verbleiben, ob die beantragte Adoption sittlich gerechtfertigt ist, muss der Antrag abgelehnt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 19.12.2008, 31 Wx 49/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Mit notarieller Urkunde vom 18.6.2007 beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 die Annahme des Beteiligten zu 1 (geb. 1972) als Kind durch die Beteiligte zu 2 (geb. 1935), seine Tante. Die Beteiligte zu 3 ist dessen Ehefrau, die ihre Einwilligung zur beantragten Adoption erteilt hat. Das AG erholte für beide Antragsteller Auskünfte aus dem Bundeszentralregister, forderte hinsichtlich einer sich hieraus ergebenden rechtskräftigen Verurteilung der Beteiligten zu 2 wegen Steuerhinterziehung die entsprechenden Strafakten an, erholte die Beteiligte zu 2 betreffende Grundbuchauszüge und hörte die Beteiligten zu 1 und 2 am 28.9.2007 sowie am 23.11.2007 persönlich an. Mit Beschluss vom 23.11.2007 lehnte es die Adoption des Beteiligten zu 1 durch die Beteiligte zu 2 ab.

Gegen diesen Beschluss legte die Beteiligte zu 2 Beschwerde ein. Das LG hörte die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die leiblichen Eltern des Anzunehmenden an und wies die Beschwerde sodann zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Annahme eines Volljährigen als Kind sei möglich, wenn sie sittlich gerechtfertigt ist. Dies sei insbesondere anzunehmen, wenn ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist. Aufgrund des sich aus den Akten ergebenden Inhalts der vormundschaftsgerichtlichen Anhörungen und der vom

¹² BGH, NJW-RR 1992, 593, 595; Amann, DNotZ 1986, 578, 590; ders., DNotZ 1988, 581, 585.

¹³ Zu den entsprechenden Fallgruppen näher Bormann, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, S. 6 ff.

¹⁴ Amann, DNotZ 1986, 578, 584 f.

¹⁵ Näher Amann, DNotZ 1986, 578, 586 ff.

¹⁶ NJW-RR 1992, 593, 595.

Beschwerdegericht selbst durchgeführten Anhörung sei es überzeugt, dass zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 ein vorbildliches Tante-Neffen-Verhältnis und zwischen dem Beteiligten zu 1 und seinen leiblichen Eltern ein gutes Eltern-Kind-Verhältnis bestehe. Die Erziehung des Beteiligten zu 1 sei im Wesentlichen im Elternhaus erfolgt; zum bäuerlichen Anwesen der Beteiligten zu 2 und deren Bruder habe sich der Beteiligte zu 1 durch seine besondere Neigung zur Landwirtschaft hingezogen gefühlt; letztlich führe der Beteiligte zu 1 nun den Futtermittelbetrieb, den er vom Bruder der Beteiligten zu 2 gepachtet habe. Bei der ersten Anhörung durch das Vormundschaftsgericht habe die Beteiligte zu 2 auf den Vorhalt der Richterin, dass die Adoption aus steuerlichen Gründen beantragt werde, angegeben, dass im Todesfall nicht allzu viel übrig bleibe, da sie zwar über eine gute Rente, aber nur über ein kleines Vermögen verfüge. Bei der zweiten Anhörung vor dem Vormundschaftsgericht habe die Beteiligte zu 2 eingeräumt, dass sich ihr Geldvermögen derzeit auf 600.000 € belaufe, ihr außerdem mehrere Grundstücke gehörten und nur auf einem dieser Grundstücke noch ein durch Grundschuld abgesichertes Darlehen in Höhe von ca. 16.000 € laste.

Das Beschwerdegericht habe aufgrund der Gesamtumstände erhebliche Zweifel, ob zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 tatsächlich ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist bzw. ein solches zu erwarten sei. Es fehle an einer sittlichen Rechtfertigung für die Adoption. Die Steuerersparnis sei vorliegend nicht bloß erlaubter Nebenerfolg, sondern Hauptzweck der beantragten Adoption.

2. Die Entscheidung des LG hält rechtlicher Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Gemäß § 1767 Abs. 1 Hs. 1 BGB kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. § 1767 Abs. 1 Hs. 2 BGB bestimmt, dass die sittliche Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen als Kind insbesondere dann anzunehmen ist, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 131). Ob die Annahme eines Volljährigen als Kind sittlich gerechtfertigt ist, ist Tat- und Rechtsfrage; die Feststellung der einzelnen Tatumstände ist dem Tatrichter vorbehalten. Ein familienbezogenes Motiv muss entscheidender Anlass für die Annahme sein (*Staudinger/Frank*, BGB, 2007, § 1767 Rdnr. 21 m. w. N.). Spielen mehrere Motive eine Rolle, so muss das familienbezogene Motiv das Hauptmotiv sein; das Vorliegen weiterer Motive schadet nicht, solange es sich nur um Nebenmotive handelt (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 546). Die Voraussetzungen für die Adoption eines Volljährigen müssen positiv festgestellt werden. Wenn nach der Abwägung aller in Betracht kommenden Umstände begründete Zweifel verbleiben, ob die beantragte Adoption sittlich gerechtfertigt ist, muss der Antrag abgelehnt werden (OLG Köln, FGPrax 2007, 121; OLG Köln, FamRZ 2003, 1870 = RNotZ 2004, 233; BayObLG, FamRZ 1996, 183).

b) Das LG hat sich mit der Frage des Entstehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 eingehend befasst. Seine Ausführungen hierzu sind von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Das LG hat ferner erkannt, dass die Anforderungen, die an das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu stellen sind, naturgemäß im Rahmen der Erwachsenenadoption nicht dieselben sein können, wie bei einer Minderjährigenadoption. Das Eltern-Kind-Verhältnis unter Erwachsenen wird wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand ge-

prägt, wie ihn sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise leisten (vgl. BayObLGZ 2002, 243, 246). Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das LG angesichts der von ihm aufgezählten Umstände erhebliche Zweifel hat, dass zwischen den Antragstellern tatsächlich ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden bzw. zu erwarten ist. Des Weiteren durfte das LG angesichts der geschilderten Besonderheiten, insbesondere wegen der divergierenden Angaben der Beteiligten zu 2 zu ihren Vermögensverhältnissen, zu der Überzeugung gelangen, dass vorliegend – entgegen der Bekundungen der Antragsteller – die Adoption im Wesentlichen aus steuerlichen Erwägungen beantragt wurde.

Die weitere Beschwerde verkennt, dass eine Adoption nur dann ausgesprochen werden kann, wenn das Gericht überzeugt ist, dass sie sittlich gerechtfertigt ist. Das LG hat sich mit den Angaben der Beteiligten auseinandergesetzt und anerkannt, dass zwischen den Antragstellern bereits seit langem ein besonders enges Verhältnis besteht. Es konnte sich aufgrund der Gesamtumstände jedoch nicht von der sittlichen Rechtfertigung der Adoption überzeugen. Die Beanstandungen der Rechtsbeschwerdeführerin laufen im Wesentlichen darauf hinaus, die eigene Tatsachenwürdigung an die Stelle derjenigen des LG zu setzen. Damit kann sie im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben. Das Gericht ist auch nicht lediglich auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt, es hat vielmehr die Motive der Beteiligten eingehend zu prüfen und die Umstände des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen (*Palandt/Diederichsen*, BGB, 67. Aufl., § 1767 Rdnr. 5). Aus BT-Drucks. III/530, S. 20 und II/1586, S. 18 folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführerin nichts anderes. Das Vormundschaftsgericht hat gerade wegen der dort betonten Gefahr des Missbrauchs des Rechtsinstituts der Volljährigenadoption eingehend zu prüfen, aus welchen Gründen das Annahmeverhältnis zu einem Volljährigen begründet werden soll, da die Herstellung familienrechtlicher Beziehungen zwischen Volljährigen durch Adoption gerade nicht der freien Disposition der Beteiligten überlassen bleiben soll (BT-Drucks. 7/3061, S. 52). Zweifel an der sittlichen Rechtfertigung gehen zulasten der Antragsteller (vgl. OLG Köln, FamRZ 2003, 1870).

7. BGB §§ 1901 Abs. 2, 1904 (*Amputation vom Vormundschaftsgericht zu genehmigen*)

1. **Bei der Amputation eines Beines im Unterschenkel handelt es sich um eine vom Vormundschaftsgericht zu genehmigende Maßnahme i. S. d. § 1904 Abs. 1 BGB.**
2. **Da durch das Genehmigungserfordernis des § 1904 BGB eine Überprüfung des Betreuerhandelns gewährleistet werden soll, folgt als oberstes Gebot, dass sich die Entscheidung am Wohl des Betroffenen orientieren muss, da ein Betreuer nach § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB in seinem Handeln stets dem Wohl des Betroffenen verpflichtet ist. Daneben sind auch Wünsche des Betroffenen zu berücksichtigen, soweit sie dem Wohl des Betroffenen nicht zuwiderlaufen. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung die Chancen und Risiken der ärztlichen Maßnahme unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. Fehlt es an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in Bezug auf das zu erreichende Ziel, so ist die Genehmigung zu versagen.**

3. Zu den weiteren Voraussetzungen der Genehmigung einer ärztlichen Maßnahme nach § 1904 BGB (hier: Amputation eines Unterschenkels).

LG Darmstadt, Urteil vom 26.5.2008, 5 T 368/08

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung wurde bislang nicht mit Gründen abgedruckt.

8. GG Art. 6 Abs. 5; NEhelG Art. 12 § 10; BGB § 1589 Abs. 2; BGB a. F. § 1719 (*Erbrechtliche Stellung eines vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborenen Kindes*)

Die spätere Heirat der Eltern führt ausnahmslos zur Legitimation des nichtehelichen, vor dem 1.7.1949 geborenen Kindes und damit zu dessen Erb- und Pflichtteilsberechtigung. Die Aufhebung des § 1719 BGB a. F. durch das KindRG vom 16.12.1997 ändert hieran nichts. (Leitsatz des Einsenders)

BVerfG, Beschluss vom 8.1.2009, 1 BvR 755/08; eingesandt von Notarassessor *Sebastian Herrler*, Erlangen

Die Beschwerdeführerin ist am 15.11.1948 als nichteheliche Tochter des am 27.9.2003 verstorbenen Erblassers geboren. Über 50 Jahre nach ihrer Geburt hatten ihre Eltern am 28.12.1998 die beiderseits erste Ehe geschlossen. In einem Erbvertrag vom 17.6.2002 hatte der Erblasser seine Ehefrau zur nicht befreiten Vorerbin und die Schwester der Beschwerdeführerin zur alleinigen Nacherbin bestimmt. Nach dem Tod des Erblassers verlangte die Beschwerdeführerin von ihrer Mutter die Zahlung des Pflichtteils. Ihre Mutter erhob daraufhin Klage auf Feststellung, dass die Beschwerdeführerin keinen Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des Vaters habe. Nachdem die Mutter am 23.8.2006 ebenfalls verstorben war und die Schwester der Beschwerdeführerin den Rechtsstreit übernommen hatte, erhob die Beschwerdeführerin Widerklage auf Zahlung eines Pflichtteils in Höhe von 55.786,60 € wegen des Todes des Vaters. Die Klage erklärten die Parteien daraufhin übereinstimmend für erledigt.

Das LG wies die Widerklage durch Endurteil ab. Die Beschwerdeführerin habe kein Pflichtteilsrecht. Denn vor dem 1.7.1949 geborene nichteheliche Kinder seien nach dem gemäß Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG anwendbaren § 1589 Abs. 2 BGB a. F. nicht mit dem Vater verwandt. Diese Regelung habe das BVerfG für verfassungsgemäß erachtet (vgl. BVerfGE 44, 1). Durch die Heirat der Eltern sei die Beschwerdeführerin nicht zum ehelichen Kind geworden, weil § 1719 BGB a. F., der die Legitimation durch nachfolgende Ehe regelte, durch das KindRG zum 1.7.1998 aufgehoben worden und damit zum Zeitpunkt der Heirat der Eltern am 28.12.1998 bereits außer Kraft gewesen sei. Eine Weitergeltung der Vorschrift erachte das Gericht auch aus Billigkeitsgründen nicht für erforderlich, da durch die Einführung von Art. 12 § 10 a NEhelG die Anwendung des Art. 12 § 10 NEhelG durch Vereinbarung ausgeschlossen werden könne. Eine derartige Vereinbarung sei jedoch nicht geschlossen worden. Auch mit der Streichung der §§ 1934 a ff. BGB a. F. durch das ErbGleichG habe sich die Stellung der Beschwerdeführerin nicht geändert.

Auf die dagegen eingelegte Berufung wies das OLG darauf hin, dass der Senat beabsichtige, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Das LG gehe zutreffend davon aus, dass Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG vor dem 1.7.1949 geborene nichteheliche Kinder insgesamt vom Erbrecht und damit auch vom Pflichtteilsrecht ausschließe. Zu den „bisher geltenden Vorschriften“, die für erbrechtliche Verhältnisse dieser Kinder weiter anzuwenden seien, gehöre § 1719 BGB a. F. nicht, da er erst mit Wirkung vom 1.1.1977 in das BGB aufgenommen worden sei. Ziel des „Reformgesetzes 1998“ sei es zwar gewesen, die nichtehelichen Kinder den ehelichen gleichzustellen. Dieses Ziel habe der Gesetzgeber jedoch nicht uneingeschränkt verfolgt. Er habe es abgelehnt, die vor dem 1.7.1949 geborenen Kinder ebenfalls gleichzustellen, weshalb Art. 12 § 10 a NEhelG auch nur als Angebot an den künftigen Erblasser verstanden

werden könne, durch eigene vertragliche Regelung für eine Gleichstellung zu sorgen. Mangels Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung von Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG aus.

Auf die Stellungnahme der Beschwerdeführerin führte das OLG in einem ergänzenden Hinweis aus, § 1719 BGB a. F. könne nicht zur Stützung des Anspruchs herangezogen werden. Denn er sei zum 1.7.1998 aufgehoben, die Ehe aber erst am 28.12.1998 geschlossen worden und nach der Übergangsvorschrift des Art. 227 Abs. 1 EGBGB gelte er nur noch für die vor dem 1.4.1998 eingetretenen Erbfälle. Als Ausgleich für den Wegfall der Legitimationswirkung sei Art. 12 § 10 a NEhelG eingefügt worden. Mit den „bisher geltenden Vorschriften“ in Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG sei ersichtlich nicht § 1719 BGB a. F. gemeint, weil diese Vorschrift erst 28 Jahre später aufgehoben worden sei. Die Frage der Legitimation nach § 1719 BGB a. F. spiele im Zusammenhang mit dem NEhelG keine Rolle. Auch eine teleologische Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Die unterschiedliche Behandlung nichtehelicher Kinder je nachdem, ob sie vor oder nach dem Stichtag des 1.7.1949 geboren seien, sei gewollt.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Voraussetzungen für eine stattgebende Kammerentscheidung gemäß § 93 c Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 93 a Abs. 2 BVerfGG liegen vor. Die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgeblichen Rechtsfragen hat das BVerfG bereits entschieden. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist zur Durchsetzung des Grundrechts der Beschwerdeführerin aus Art. 6 Abs. 5 GG angezeigt (§ 93 a Abs. 2 lit. b) BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und offensichtlich begründet. (...)

b) Die Verfassungsbeschwerde ist auch offensichtlich begründet i. S. d. § 93 c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG, soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG rügt.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob bereits die der mangelnden Erfolgsaussicht der Berufung zugrunde gelegte Rechtsauffassung des OLG, § 1719 BGB a. F. sei erst im Jahr 1977 in das BGB aufgenommen worden und gelte nach der Übergangsvorschrift des Art. 227 Abs. 1 EGBGB lediglich noch für die vor dem 1.4.1998 eingetretenen Erbfälle, einfachrechtlich vertretbar ist oder einen Verfassungsverstoß begründet, weil sie sachlich nicht zu rechtfertigen und deswegen willkürlich ist. Die Entscheidung des OLG ist jedenfalls wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 5 GG verfassungsrechtlich zu beanstanden.

aa) Gemäß Art. 6 Abs. 5 GG sind den nichtehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. Art. 6 Abs. 5 GG enthält die Wertentscheidung, dass ein Kind nicht wegen seiner nichtehelichen Geburt benachteiligt werden darf (vgl. BVerfGE 17, 148, 154). Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 5 GG beinhaltet insoweit eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes (vgl. BVerfGE 3, 225, 240; 17, 280, 283 f.; 26, 206, 210; 44, 1, 18; 84, 168, 184 f.).

Der in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtete Auftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG ist auch von der Rechtsprechung bei der Anwendung des geltenden Rechts zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 8, 210, 217; 26, 44, 63 f.; 26, 265, 277; 96, 56, 65; BVerfG, NJW 1999, 3112). Die praktische Bedeutung der Bindung der Gerichte an Art. 6 Abs. 5 GG besteht darin, dass die in der Verfassungsnorm ausgeprägte Wertauffassung bei der den Gerichten anvertrauten Interessenabwägung und vor allem bei der Interpretation der einfachen Gesetze zugrunde zu legen ist (vgl. BVerfGE 8, 210, 217; BVerfGK 2, 136, 138).

Die in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltene verfassungsrechtliche Wertentscheidung kann nicht nur verfehlt sein, wenn nichteheliche Kinder im Verhältnis zu den ehelichen Kindern schlechter gestellt werden, sondern auch, wenn einzelne Gruppen nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu anderen Gruppen mittelbar schlechter gestellt werden (BVerfGE 22, 163, 172; 44, 1, 18). Außerdem gebietet sie nicht nur, bei der Auslegung und Anwendung des Rechts dem Ziel des Art. 6 Abs. 5 GG soweit wie möglich Rechnung zu tragen, sie verbietet grundsätzlich auch eine Verschlechterung der bisherigen Rechtsituation nichtehelicher Kinder (vgl. BVerfGE 26, 44, 63 f.; 26, 265, 277).

bb) Die angegriffene Entscheidung hält gemessen hieran einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Dem OLG war es aufgrund von Art. 6 Abs. 5 GG verwehrt, der Berufung die Erfolgsaussicht abzusprechen und sie gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Wäre die Übergangsvorschrift des Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG ohne Berücksichtigung des § 1719 BGB a. F. anzuwenden, wäre die Beschwerdeführerin gegenüber denjenigen vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborenen Kindern benachteiligt, deren Eltern vor dem 1.7.1998 miteinander die Ehe geschlossen haben. Denn zugunsten dieser Kinder entfaltete § 1719 BGB a. F. mit dem Zeitpunkt der Eheschließung seine Legitimationswirkung. Damit sind diese nichtehelich geborenen Kinder auch erb- und pflichtteilsberechtigt, ohne dass es auf Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG ankommt, weil diese Vorschrift jedenfalls keine Anwendung findet, wenn die Eltern nichtehelicher Kinder vor dem 1.7.1998 geheiratet haben. Für vor dem 1.7.1949 nichtehelich geborene Kinder hätte sich also – nach der Rechtsauffassung des OLG – mit Abschaffung der Legitimationsmöglichkeit ihre Rechtslage verschlechtert, soweit ihre Eltern nach dem 30.6.1998 miteinander die Ehe geschlossen haben.

Ungeachtet der dargestellten Verbote der Differenzierung und der Verschlechterung der bisherigen Rechtssituation nichtehelicher Kinder steht dieser Rechtsfolge auch der Zweck des Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, im Rahmen dessen die Aufhebung des § 1719 BGB a. F. mit Wirkung zum 1.7.1998 erfolgte (vgl. Art. 1 Nr. 48 und Art. 17 § 1 KindRG), entgegen. Dieses hatte das ausdrückliche Ziel, die rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern, die in Teilbereichen noch bestanden, so weit wie möglich abzubauen (vgl. unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 5 GG und die Rechtsprechung des BVerfG die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/4899, S. 76). § 1719 BGB a. F. wurde infolge davon als nicht mehr erforderlich angesehen (vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 70 und 116). Damit lässt sich die Interpretation der gesetzlichen Vorschriften in der angegriffenen Entscheidung nicht in Einklang bringen.

Der Verweis auf die in Art. 12 § 10 a NEhelG durch das ErbGleichG geschaffene Möglichkeit einer notariellen Vereinbarung zum Ausschluss des Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG vermag einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 5 GG nicht zu vermeiden.

Die Beteiligung des vor dem 1.7.1949 geborenen Kindes am Nachlass hängt danach vom Willen des Vaters ab, eine Vereinbarung zu schließen, ohne dass das nichteheliche Kind darauf einen Anspruch hätte. Der Erblasser hatte jedoch mit der Beschwerdeführerin keine entsprechende Vereinbarung geschlossen, die ihr ein Erb- oder Pflichtteilsrecht gewähren würde.

Die angegriffene Entscheidung verletzt daher die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 5 GG, ohne

dass ihre Geburt vor dem 1.7.1949 dem entgegenstünde (vgl. zur Stichtagsregelung BVerfGE 44, 1).

2. Die Entscheidung vom 8.1.2008, die auf dem dargestellten Verfassungsverstoß beruht, ist aufzuheben; die Sache ist an das OLG zurückzuverweisen (§ 93 c Abs. 2 i. V. m. § 95 Abs. 2 BVerfGG).

Wie eine mit Art. 6 Abs. 5 GG zu vereinbarende Lösung zu finden ist, gibt das Grundgesetz nicht vor. Es bleibt daher dem OLG überlassen, ob es etwa im Wege einer verfassungskonformen Auslegung die Beschwerdeführerin aufgrund der nachfolgenden Ehe ihrer Eltern nicht als „nichteheliches“ Kind i. S. d. Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG ansieht, § 1719 BGB a. F. unter die „bisherigen Vorschriften“ gemäß Art. 12 § 10 Abs. 2 Satz 1 NEhelG fasst oder eine analoge Anwendung dieser Norm erneut prüft.

9. FGG §§ 19, 20, 57 Abs. 1 Nr. 9; BGB § 1779; GVG § 119 Abs. 1 (*Kein Beschwerderecht des Testamentsvollstreckers gegen die Auswahl eines Ergänzungspflegers*)

Durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers wird ein Testamentsvollstrecker, der ausschließlich für vermögensrechtliche Angelegenheiten eines Pflinglings zuständig ist, in keiner Weise in eigenen materiellen Rechten berührt, so dass ihm insoweit auch kein Beschwerderecht zusteht. Seine Aufgabe ist es „lediglich“, den Nachlass zu verwalten.

OLG München, Beschluss vom 22.1.2008, 16 UF 1666/07

Die Großeltern des betroffenen Kindes A hatten am 16.11.1989 ein gemeinschaftliches Testament gemäß §§ 2269 Abs. 1, 2270 BGB errichtet, in dem als Erbe des Letztversterbenden der einzige gemeinsame Sohn B, der spätere Vater von A, eingesetzt wurde. Der Großvater verstarb am 29.2.1992, der gemeinsame Sohn der Großeltern am 4.12.1995.

In einem „Ergänzungstestament“ hat die Großmutter ihre Enkeltochter A noch einmal ausdrücklich als Alleinerbin eingesetzt. Weiter heißt es u. a. in dem Ergänzungstestament: „Ich will allerdings, dass deren Mutter nicht die Verwaltung des Vermögens des Enkelkinds übernimmt, sondern dass sowohl für die Nachlassregulierung wie auch für die Verwaltung des Nachlasses des Enkelkinds ein Testamentsvollstrecker eingesetzt wird. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Herrn X. Der Testamentsvollstrecker soll den Immobilienbesitz verwalten bis A das 25. Lebensjahr vollendet hat.“

Mit Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 12.1.2004 wurde X zum Testamentsvollstrecker über den Nachlass der Großmutter bestellt.

In dem vor dem LG München I anhängigen Verfahren wurde die Mutter von ihrer Schwester, RAin M, anwaltlich vertreten.

Auf Antrag erging am 17.9.2007 durch das AG Weilheim i. OB Beschluss, nach dem für das Kind, geb. am 14.8.1995, Ergänzungspflegschaft angeordnet wurde. Weiter heißt es in dem Beschluss: „Die Ergänzungspflegschaft umfasst den Wirkungskreis der Vertretung bei der Vermögenssorge des von Todes wegen erworbenen Vermögens nach ... Als Pfleger wird Frau RA M bestellt.“

Gegen die Bestellung von M als Ergänzungspflegerin wendet sich der Testamentsvollstrecker X mit der Beschwerde und beantragt, einen anderen Kollegen zum Ergänzungspfleger zu bestellen. Er bringt vor, dass eine interessenunabhängige Ergänzungspflegschaft durch RAin M deshalb nicht in Betracht komme, da diese die Mutter der Erbin im Nachlassverfahren vertreten habe. Sie vertrete darüber hinaus die Erbin als auch deren Mutter, was sich aus verschiedenen vorgelegten Schreiben an den Testamentsvollstrecker ergebe. Da die Mutter selbst gemäß § 1638 BGB in keiner Weise in die Nachlasssache involviert werden dürfe, wäre es ein probates Mittel, wenn ihre Schwester Ergänzungspflegerin wäre, um so entgegen § 1638 BGB bestens und dauerhaft informiert zu sein.

Aus den Gründen:

II.

Gegen die Auswahl des Pflegers ist die einfache Beschwerde nach § 19 FGG gegeben (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 14. Aufl., § 60 Rdnr. 4; OLG Brandenburg, FamRZ 2007, 851; OLG Thüringen, FamRZ 2004, 1389), einer der Fälle des § 60 FGG liegt nicht vor.

Die Beschwerde des Testamentsvollstreckers gegen die Entscheidung des AG vom 17.9.2007 ist jedoch unzulässig. Dem Beschwerdeführer steht ein Beschwerderecht nicht zu. (...)

Ein Beschwerderecht nach §§ 19, 20 FGG gegen die Entscheidung des Familiengerichts hat der Beschwerdeführer nicht. Die Beschwerde steht nach §§ 19, 20 FGG jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Erforderlich ist ein durch Gesetz verliehenes oder durch die Rechtsordnung anerkanntes, von der Staatsgewalt geschütztes, dem Beschwerdeführer zustehendes materielles Recht (vgl. statt vieler BGHZ 48, 147, 155; BayObLG, FamRZ 1992, 706). Erforderlich ist damit ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes eigenes Recht (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 20 Rdnr. 12 m. w. N.). Die Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, den Nachlass zu verwalten. In eigenen materiellen Rechten wird er durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht berührt.

Auch eine Beschwerdeberechtigung nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG ist ausgeschlossen. Nach der weiten Umschreibung des § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG ist nach dieser Vorschrift jeder beschwerdeberechtigt, der ein berechtigtes Interesse daran hat, „diese Angelegenheit wahrzunehmen“, d. h. um das persönliche Wohl des Mündels besorgt zu sein (*MünchKommBGB/Wagenitz*, 5. Aufl., § 1779 Rdnr. 22; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 57 Rdnr. 32). Ein berechtigtes Interesse entfällt, wenn die Beschwerde ausschließlich Vermögensangelegenheiten des Mündels betrifft (*MünchKommBGB/Wagenitz*, 5. Aufl., § 1779 Rdnr. 22; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 57 Rdnr. 32 m. w. N.). Der Testamentsvollstrecker ist für die Nachlassverwaltung, mithin ausschließlich für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Pflerglings zuständig, die Mutter des Kindes ist durch das Testament gemäß § 1638 BGB eben gerade von der Vermögensverwaltung ausgeschlossen. Die Auswahl des Ergänzungspflegers greift in keiner Weise in die Interessensphäre ein, zu deren Wahrnehmung der Beschwerdeführer berufen ist. Eine Beschwerdeberechtigung eines Testamentsvollstreckers gegen die Auswahl eines Ergänzungspflegers nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG scheidet daher aus (KG, OLGZ 40, 133; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, § 57 Rdnr. 39).

Anmerkung:

Fragen der Beschwerde- bzw. Antragsbefugnis im Zusammenhang mit einer angeordneten Testamentsvollstreckung haben in letzter Zeit die Gerichte häufig beschäftigt.¹ Zu unterscheiden ist hierbei zwischen der Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers gegen Entscheidungen, die seinen Rechtskreis berühren und der Beschwerdebefugnis anderer Personen gegen Entscheidungen, die die Testamentsvollstreckung bzw. deren Anordnung betreffen. Die Entscheidung des OLG München ist dem ersten Themenkomplex zuzuordnen.

¹ Vgl. etwa OLG Hamm, MittBayNot 2008, 390; OLG Düsseldorf, ZEV 2004, 67; OLG München, ZEV 2006, 31 = MittBayNot 2006, 162.

1. Beschwerdebefugnis nach § 20 FGG

a) Allgemeine Definition

Nach § 20 FGG (ab 1.9.2009 § 59 FGG) steht die Beschwerde jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist. Für den Bereich des § 20 FGG wird eine Beschwerdebefugnis für denjenigen bejaht, der in seiner materiellen Rechtsstellung betroffen ist. Erforderlich aber auch genügend ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht, eine ungünstige Beeinflussung, Gefährdung, Verminderung, Aufhebung, Beschränkung, Schlechterstellung oder wirkliche Schmälerung bzw. Störung oder Erschwerung der Ausübung desselben, ebenso die Vorenthaltung einer Verbesserung der Rechtsstellung.²

b) Kombination von Testamentsvollstreckeranordnung und familienrechtlicher Anordnung nach § 1638 BGB

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers gegeben ist, gilt es sich zu allererst das Rechtsverhältnis zwischen dem bestellten Ergänzungspfleger und dem Testamentsvollstrecker zu vergegenwärtigen. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Ergänzungspfleger aufgrund einer Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB bestellt wurde. Ob der im Ergänzungstestament im Zusammenhang mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung erwähnte Ausschluss der Mutter von der Vermögensverwaltung als zusätzliche Beschränkung der Vermögenssorge nach § 1638 Abs. 1 BGB zu deuten ist, lässt sich anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht abschließend beurteilen. Für die Frage der Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers spielt dies auch keine Rolle.

Mit der Kombination von Testamentsvollstreckung und familienrechtlicher Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB bezweckt der Erblasser die weitestgehende Ausschaltung des kraft Gesetzes oder gerichtlicher Anordnung berufenen Sorgeberechtigten. Der für den minderjährigen Erben aufgrund einer Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB bestellte Ergänzungspfleger nimmt die Rechte des Erben bezüglich des vererbten Vermögens wahr. Soweit allerdings die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers reicht, wird seine Befugnis durch die Rechte des Testamentsvollstreckers überlagert. Dem Ergänzungspfleger können insoweit keine weitergehenden Rechte als dem Erben selbst zustehen. Bei einer Kombination von Testamentsvollstreckung und Beschränkung der Vermögenssorge nach § 1638 BGB beschränken sich daher die Befugnisse des Ergänzungspflegers auf die Wahrnehmung derjenigen Rechte, die dem Erben aus dem zwischen Testamentsvollstrecker und Erben bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis erwachsen.³ Diese bestehen bei einer angeordneten Dauervollstreckung im Wesentlichen aus dem Recht auf Mitteilung des Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), auf ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (§§ 2218, 666 BGB), auf die Herausgabe des Nachlasses (§§ 2218, 667 BGB), auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, wenn der Testamentsvollstrecker schuldhaft eine Pflicht verletzt hat (§ 2219 BGB), sowie dem Recht, nach § 2227 BGB die Entlassung des Testamentsvollstreckers zu beantragen.

Die Rechte des Erben bzw. damit korrelierend die Pflichten des Testamentsvollstreckers werden durch die Person des Er-

² Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, 15. Aufl. 2003, § 20 Rdnr. 12.

³ Vgl. BGHZ 25, 275, 280.

gänzungspflegers nicht verändert. Insofern erscheint es richtig, eine Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers zu verneinen. Der Testamentsvollstrecker ist nicht berechtigt, Einfluss auf die Auswahl derjenigen Person zu nehmen, die ihm gegenüber die Rechte des Kindes vertreten soll.⁴ Die Entscheidung des OLG München befindet sich damit auf der Linie der herrschenden Meinung, welche dem Testamentsvollstrecker auch eine Beschwerdebefugnis gegen die Bestellung eines Pfleger gegen die unbekanntenen Erben (§ 1913 BGB)⁵ oder die Aufhebung der Pflegschaft für noch nicht gezeugte Ersatznacherben⁶ versagt.

Eine Betroffenheit der rechtlichen Interessen des Testamentsvollstreckers ist dagegen anzunehmen im Verfahren über die Erteilung oder Einziehung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder Erbscheins aufgrund des bestehenden Antragsrechts.⁷ Im Verhältnis zwischen einem bestellten Ergänzungspfleger nach § 1638 BGB und dem Testamentsvollstrecker kommt eine Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers in Betracht, wenn es nicht um die Person des Ergänzungspflegers geht, sondern um die Frage, inwieweit durch die Beschränkung der Vermögenssorge nach § 1638 BGB zugleich der Umfang der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers eingeschränkt werden soll. Dies kann z. B. im Verfahren betreffend die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses und die darin nach § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB anzugebenden Beschränkungen eine Rolle spielen.

Eine Beschwerdebefugnis wird auch bejaht gegen die Bemessung der Vergütung eines Vormunds des Erblassers,⁸ was in gleicher Weise für die Vergütung eines aufgrund einer Anordnung nach § 1638 Abs. 1 BGB bestellten Ergänzungspflegers zu gelten hat. Hierfür spricht, dass der vom Testamentsvollstrecker verwaltete Nachlass für die Vergütung als Haftungsmasse zur Verfügung steht und es unter anderem Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist, das Nachlassvermögen zu erhalten und Verluste aufgrund unberechtigter Forderungen zu verhindern.⁹

2. Beschwerdebefugnis nach § 57 Nr. 9 FGG

Über § 20 FGG hinaus räumt der mit der Neufassung des FGG ab 1.9.2009 entfallende § 57 FGG in Vormundschaftssachen weiteren Personen ein selbständiges Beschwerderecht im eigenen Namen ein. Nach der im vorliegenden Fall einschlägigen Nr. 9 von § 57 FGG muss es sich um eine Angelegenheit handeln, welche die Sorge über die Person des Kindes oder des Mündels betrifft. Eine Beschwerdebefugnis scheidet damit aus, wenn eine Sache ausschließlich eine Vermögensangelegenheit darstellt.¹⁰

Durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers aufgrund einer Anordnung des Erblassers nach § 1638 BGB ist nur die

Vermögenssorge hinsichtlich des vom Minderjährigen geerbten Vermögens betroffen, so dass der Anwendungsbereich des § 57 Nr. 9 FGG nicht eröffnet ist. Ein Testamentsvollstrecker ist ferner nicht wie von § 57 Nr. 9 FGG gefordert zur Wahrnehmung von Interessen des Kindes bzw. Mündels im Bereich der Personensorge berufen. Seine Verwaltungsbefugnis leitet sich vom Erblasser her und beschränkt sich auf den Nachlass. Sie ist daher ebenfalls rein vermögensrechtlicher Natur. Auch unter diesem Aspekt erweist sich die Entscheidung des OLG München als richtig.

Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth b. Nürnberg

10. BGB §§ 2278, 2078 (*Abänderungsklausel im Erbvertrag*)

1. **Zur Auslegung einer Klausel in einem Erbvertrag, die dem länger lebenden Ehegatten die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder gestattet, wenn „deren Verhalten ihm nach seinem Ermessen Veranlassung hierzu“ gibt.**
2. **Die Anfechtung einer Erbeinsetzung wegen Motivirrtums kann nicht darauf gestützt werden, dass der Erblasser sich bei seiner letztwilligen Verfügung nicht von den Gesichtspunkten leiten ließ, die nach Auffassung des Anfechtenden hätten ausschlaggebend sein sollen.**

OLG München, Beschluss vom 18.9.2008, 31 Wx 8/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Erblasserin ist am 10.7.2005 im Alter von 87 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist Anfang 1989 vorverstorben. Neben einer bereits als Kleinkind verstorbenen Tochter hatten die Eheleute sechs Kinder, die zwischen 1937 und 1947 geboren sind, nämlich die Töchter I. (Beteiligte zu 1), S. (Beteiligte zu 3) und B. (Beteiligte zu 4) sowie die Söhne W. (Beteiligter zu 2), H. und M. Der Sohn H. ist am 10.1.1994 verstorben; die Beteiligte zu 7 ist seine Tochter. Die Beteiligten zu 5 und 6 sind die Kinder des Sohnes M., der am 13.10.1995 verstorben ist.

Ein positiver Nachlass ist nicht vorhanden. Rückübertragungsansprüche hinsichtlich enteigneten Grundbesitzes des Ehemannes in Mecklenburg-Vorpommern hat die Erblasserin 1992 der Beteiligten zu 1 überlassen.

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Erblasserin berechtigt war, in Abänderung der erbvertraglichen Schlusserbeneinsetzung aller Kinder (bzw. der Ersatzerbeneinsetzung der Enkel) die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin einzusetzen. Die übrigen Beteiligten haben die letztwillige Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 1 angefochten wegen Irrtums der Erblasserin hinsichtlich des Verhaltens der Beteiligten zu 1 bzw. ihrer anderen Kinder und wegen Irrtums über den Wert der übertragenen Grundstücke in der früheren DDR.

1. Mit ihrem Ehemann hatte die Erblasserin am 21.8.1984 einen Erbvertrag geschlossen, der auszugsweise wie folgt lautet:

„I.

1) Gegenseitige Erbeinsetzung

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben (Vollerben) unseres gesamten Vermögens ein und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und welche Pflichtteilsberechtigten wir hinterlassen werden, so dass der Überlebende von uns alleiniger Eigentümer und Berechtigter unseres Gesamtvermögens wird.

2) Bestimmung über die Beerbung des Letztversterbenden

a) Zu alleinigen und unbeschränkten Erben des Letztversterbenden von uns (Schlusserben) setzt der Überlebende von uns unsere gemeinschaftlichen Kinder M., I., H., W., S. und B., unter sich zu gleichen Teilen – also zu je einem Sechstel – ein.

⁴ So bereits KG, OLGE 40, 133.

⁵ Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, § 20 Rdnr. 61; KG, OLGE 8, 323; 30, 164; OLG Dresden, OLGE 39, 19.

⁶ Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, § 20 Rdnr. 61; OLG Neustadt, NJW 1956, 1881.

⁷ Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, § 20 Rdnr. 76; OLG Oldenburg, Rpfleger 1965, 305; OLG Hamm, NJW-RR, 1993, 461.

⁸ Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, § 20 Rdnr. 84; KG, DFG 1938, 54; KG, JFG 14, 9, 10 f.; vgl. auch KG, Rpfleger 1972, 402 wo die Beschwerdebefugnis des Testamentsvollstreckers gegen die Anordnung einer Nachlasspflegschaft ebenfalls mit dem Hinweis auf die Kostenbelastung des Nachlasses bejaht wurde.

⁹ Vgl. BGH, NJW 1987, 1070, 1071.

¹⁰ Vgl. *Keidel/Winkler*, FG, § 57 Rdnr. 33; BayObLGZ 1995, 230, 233; OLG Köln, FamRZ 1982, 1124 f.

b) Zu Ersatzerben des Letztversterbenden von uns – für den Fall des Vorversterbens eines unserer vorgenannten Kinder – setzt der Überlebende von uns die ehelichen Abkömmlinge dieser Kinder nach Stämmen unter sich zu gleichen Teilen ein.

c) Dem Überlebenden von uns bleibt es ausdrücklich vorbehalten, nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns von Todeswegen noch anders zu verfügen, soweit besondere Verhältnisse (Ausbildung unserer Kinder oder Kindeskinde, Vermögenszuwendungen oder ähnliche Umstände) oder deren Verhalten ihm nach seinem Ermessen Veranlassung hierzu geben.

Dem Überlebenden von uns soll es auch vorbehalten bleiben mit unseren vorgenannten Erben oder mit einzelnen derselben zu Lebzeiten Übergaberegungen unter Festlegung der Abfindungsansprüche für die anderen Erben zu treffen.

Hierbei sind jedoch in jedem Falle nur Verfügungen im Personenkreis unserer eingesetzten Erben möglich; Verfügungen zugunsten Dritter oder zugunsten eines etwaigen zweiten Ehegatten sollen ausgeschlossen sein.

d) Diese Erbeinsetzung nach dem Letztversterbenden von uns bleibt auch nach einer Wiederverheiratung bestehen und bindend.

3) Bestimmungen für den Fall einer Wiederverheiratung des Überlebenden

Falls der Überlebende von uns sich wieder verheiraten sollte, hat er sogleich bei der Wiederverheiratung unseren in Ziffer 2) vorstehend eingesetzten Erben im dort bestimmten Berechtigungsverhältnis, das gesamte vom Erstverstorbenen ererbte Vermögen sachvermächtnisweise bzw. quotenvermächtnisweise hinauszugeben; dabei ist für den Bestand des Vermögens der Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden und für den Wert der Zeitpunkt der Wiederverheiratung maßgebend.

Dem Überlebenden bleibt es auch hier vorbehalten einzelne Vermögensstücke an bestimmte Kinder oder Kindeskinde unter Festlegung der Abfindungsregelungen für die anderen zu übertragen.

Dem Überlebenden vermachen wir jedoch für diesen Fall gegenseitig das lebenslängliche unentgeltliche und sicherungsfreie Nießbrauchrecht an dem gesamten hinausgegebenen Vermögen.

Hinsichtlich dieses Vermögens soll außerdem die Aufhebung der durch Ausweisung der Vermächtnisse bei einer Wiederverheiratung entstehenden Bruchteilsgemeinschaft auf Lebensdauer des Überlebenden von uns ausgeschlossen sein.

4) Pflichtteilklausel

Verlangt beim Tode des Erstversterbenden von uns – wenn wir mehrere Kinder oder Kindeskinde hinterlassen sollten – eines derselben gegen den Willen des Überlebenden den Pflichtteil, dann ist dieser Abkömmling auch beim Tode des Letztversterbenden von der Erbfolge und von allen Rechten aus diesem Erbvertrag ausgeschlossen.

5) Sonstiges

Weiteres wollen wir nicht bestimmen.

II.

Die Beteiligten nehmen ihre vorstehenden Erklärungen gegenseitig zur erbvertraglichen Bindung an.

III.

Alle etwaigen früheren letztwilligen Verfügungen heben die Beteiligten hiermit auf und widerrufen sie.“

Ein am 6.11.1972 zwischen den Ehegatten geschlossener Erbvertrag hatte lediglich eine gegenseitige Erbeinsetzung und eine Wiederverheiratungsklausel enthalten, jedoch keine Schlusserbeinsetzung.

Im Oktober 1999 errichtete die Erblasserin das folgende privatschriftliche Testament:

„Testament

Ich, ..., setze meine Tochter I. (Beteiligte zu 1) zum Alleinerben ein.

Sollte meine Tochter vor mir versterben, so sind ihre Kinder ... Ersatzerben zu gleichen Teilen.

Meine Tochter I. soll Alleinerbin sein, weil sie sich als einzige meiner 6 Kinder zu jeder Zeit in aufopfernder, fürsorglicher und vorbildlicher Weise um mein Wohlergehen bemüht.

Dies ist mein letzter Wille.

M. 12. Oktober 1999 (Unterschrift)

Hiermit widerrufe ich meine bisherigen notariellen Testamente (Unterschrift).

25. Oktober 1999.“

2. Beim Tod des Ehemannes im Januar 1989 bestand das Vermögen der Ehegatten im Wesentlichen aus dem Wohnhaus der Familie in R. (Rheinland-Pfalz). Einen Pflichtteilsanspruch machte keines der Kinder geltend. Das vom Ehemann der Erblasserin als Eigentümer bzw. Erbpächter bis 1953 bewirtschaftete landwirtschaftliche Anwesen in Mecklenburg-Vorpommern mit einer Fläche von insgesamt 25 Hektar war 1956 in Volkseigentum überführt worden. Im August 1991 erhielt die Erblasserin ein Schreiben der Treuhandanstalt, mit dem ihr „Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Entscheidung gemäß § 3 a Vermögensgesetz“ gegeben wurde. Sie leitete dieses Schreiben zunächst ihrem Sohn M. zu, der es an die Beteiligte zu 1 weiterschickte. In der Folge beantragte die Erblasserin die Rückübertragung des Grundbesitzes. Mit Schreiben vom 19.11.1991 teilte die Stadt N. mit, das Grundstück liege in einer Altlastenverdachtsfläche. Mit notariellem Vertrag vom 24.2.1992 überließ die Erblasserin den „gesamten landwirtschaftlichen Grundbesitz“ der Beteiligten zu 1, die Gegenleistungen nicht zu erbringen hatte, „mit Ausnahme der Verpflichtung, ihre Mutter von allen Rückzahlungsansprüchen, was beispielsweise den Lastenausgleich anbehtrifft, freizustellen“. Der von der Erblasserin und der Beteiligten zu 1 beauftragte Rechtsanwalt R. bot die Grundstücke mit Schreiben vom 4.5.1992 der Stadt N. zum Preis von insgesamt knapp 1,9 Mio. DM zum Kauf an; ein Vertrag kam zunächst nicht zustande. Mit notariellem Vertrag vom 22.12.1992 übertrug die Erblasserin an die Beteiligte zu 1 in Ergänzung zur Vorurkunde den nunmehr genau bezeichneten Grundbesitz einschließlich des Erbpachtgrundes, einschließlich der Rechte, „die an die Stelle der früheren Rechte getreten sind, vor allem für freies Eigentum aufgrund des Kontrollratsgesetzes und für Rückerstattungsansprüche nach dem Vermögensgesetz“. Unter Ziffer V. „Sonstige Bestimmungen“ wurden u. a. folgende Regelungen getroffen:

„1. Eine Sachmängelhaftung des Veräußerers ist ausgeschlossen.

3. Der Veräußerer will mit dem Anwesen ‚nichts mehr zu tun haben‘.

Der Erwerber stellt den Veräußerer von allen Ansprüchen, gleich welcher Art, frei.

4. Der Veräußerer hat die Rückerstattung des Anwesens beantragt. Der Veräußerer tritt hiermit seine Restitutionsansprüche auf das Anwesen mit allen Rechten und Pflichten an den Erwerber mit sofortiger Wirkung ab, welcher die Abtretung hiermit annimmt ... Für die Bonität der abgetretenen Ansprüche übernimmt der Veräußerer keinerlei Haftung.“

1995 veräußerte die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz zum Preis von 2,9 Mio. DM an die Stadt N. Von der Überlassung des Grundbesitzes an die Beteiligte zu 1 und dem erzielten Erlös erfuhren die übrigen Beteiligten erst nach dem Tod der Erblasserin.

3. Nach dem Tod ihres Ehemannes Anfang 1989 pflegte die Erblasserin vor allem Kontakt zu der in München lebenden Beteiligten zu 1 sowie zu ihrem Sohn H. Im September 1991 veräußerte sie das Wohnhaus in R. ohne Absprache mit ihren anderen Kindern. Die Verbindung zu diesen brach weitgehend ab. Die Erblasserin wohnte zunächst weiterhin in R. und zog 1997 nach München um, wo sie bis zu ihrem Tod in einer eigenen Wohnung lebte.

Im Februar 1994 schrieben die Beteiligten zu 2 bis 4 sowie der Sohn M. der Erblasserin folgenden Brief, den sie ihr per Einschreiben mit Rückschein übermittelten:

„Nürtingen, Dortmund

München, Mannheim

Wir wissen fast nicht, wie die Anrede sein soll, denn Mutter können wir eigentlich nicht sagen, da sich eine Mutter nicht so verhält wie Du.

Die ganze Angelegenheit nach dem Tod von unserem Vater, ist selbstverständlich Deine Sache. Wir alle haben uns anständig benommen, haben geholfen, wo wir konnten und hatten Vertrauen zu Dir, das du missbraucht und uns schön an der Nase herumgeführt hast.

Als die Grabplatte gekauft werden sollte, da hattest Du den Mut, von jedem Kind 500 DM zu verlangen, aber als du das Haus verkauft hast, war es Dir nicht möglich, dies uns kurz mitzuteilen, sondern hast es durch andere erledigen lassen.

Jetzt bewahrheitet es sich, dass Du (auch als Papa noch lebte) es nie möglich gemacht hast, uns Kindern mit ihren Partnern zu akzeptieren, sondern das Gegenteil, es wurde einer gegen den anderen ausgespielt.

Es sind noch andere Enkelkinder da, die Dich, wie man sieht, überhaupt nicht interessieren.

Wir fragen uns, was hat Dich so verbittert gemacht? Wo sind Deine Muttergefühle?

Wahrscheinlich darfst Du mit uns nicht mehr reden. Aber bitte verlange nicht, dass wir den ersten Schritt tun sollen, denn wir sind uns keiner Schuld bewusst.

In der Hoffnung, dass Du im Alter in guten Händen bist, verbleiben wir

M. W.

S. B.“

4. Die Beteiligten zu 2, 3 und 4 haben mit Schreiben vom 17./11./10.11.2005 das Testament vom Oktober 1999 angefochten. Der im Testament angegebene Verfügungsgrund, wonach sich nur die Beteiligte zu 1 um das Wohlergehen der Erblasserin gekümmert habe, treffe nicht zu, denn auch sie hätten der Erblasserin immer wieder ihre Hilfe angeboten, seien aber zurückgewiesen worden. Aus dem gleichen Grund hat der Beteiligte zu 5 mit Schreiben vom 2.7.2006 die Anfechtung erklärt. Eine weitere, mit Schreiben vom 10.4.2006 erklärte Anfechtung dieser letztwilligen Verfügung haben die Beteiligten zu 2 bis 4 darauf gestützt, dass sich die Erblasserin über den Wert der von ihrem Ehemann geerbten Grundstücke geirrt und sich bei der Beteiligten zu 1 in guten Händen geglaubt habe, während sie von dieser in Wirklichkeit getäuscht worden sei. Aus diesem Grund hat auch die Beteiligte zu 6 das Testament der Erblasserin angefochten. Die Beteiligte zu 7 hat ihre Anfechtung vom 8.5.2006 außerdem darauf gestützt, dass ihr Vater und auch sie selbst stets einen guten Kontakt zur Erblasserin gehabt hätten. Mit Schreiben vom 28.6.2006 haben die Beteiligten zu 2, 3 und 4 erneut die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen vom Oktober 1999 erklärt. Die Erblasserin habe bei deren Abfassung einem beachtlichen Irrtum erlegen über den ihr durch die Nichtausübung des Pflichtteilsrechts belassenen Vermögenswert, der sich aus dem von der Beteiligten zu 1 erzielten Kaufpreis von 2,9 Mio. DM errechne, und der ihr dadurch belassenen wirtschaftlichen Basis für ihr späteres Leben.

Die Beteiligte zu 3 hat einen notariell beurkundeten Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins entsprechend dem Erbvertrag vom 21.8.1984 beantragt; die Beteiligten zu 2, 4 und 6 haben sich diesem Antrag angeschlossen. Die Beteiligte zu 1 ist dem entgegengetreten und hat ihrerseits die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 19.3.2007 die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6 zurückgewiesen. Die Beschwerden der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6 blieben ohne Erfolg. Gegen die Entscheidung des LG richten sich ihre weiteren Beschwerden, denen die Beteiligte zu 1 entgegengetreten ist. Die Beteiligte zu 7 hat sich am Verfahren nicht mehr beteiligt und die Sache für erledigt erklärt.

Die Beteiligten zu 2, 3 und 4 haben jeweils Klage auf Feststellung des Erbrechts gegen die Beteiligte zu 1 erhoben. Rechtskräftige Entscheidungen sind in diesen Verfahren bislang nicht ergangen.

Aus den Gründen:

II.

Die weiteren Beschwerden sind zulässig, jedoch nicht begründet. (...)

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Die Vorinstanzen haben zu Recht die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2, 3, 4 und 6 zurückgewiesen.

a) Das LG hat zutreffend zunächst geprüft, ob die letztwillige Verfügung der Erblasserin von 1999 nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, soweit sie das Recht der im Erbvertrag von 1984 vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt. Seine Annahme, die Erblasserin sei aufgrund des wirksamen Änderungsvorbehalts berechtigt gewesen, die Beteiligten zu 2 bis 6 zu enterben, ist aus Rechtsgründung nicht zu beanstanden. Ob hinsichtlich der Beteiligten zu 7 etwas anderes gilt, kann hier dahinstehen, denn Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nur die vom Nachlassgericht zurückgewiesenen Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6, nicht aber der Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Alleinerbscheins.

aa) Ein erbvertraglicher Vorbehalt, der es dem Erblasser ermöglichen soll, in bestimmtem Rahmen über die Vergabe seines Nachlasses einseitig und anders als im Erbvertrag vorgesehen zu verfügen, ist grundsätzlich zulässig. Der Vorbehalt darf allerdings nicht so weit gehen, dass damit der Erbvertrag seines eigentlichen Wesens entkleidet wurde; es muss eine erbvertragsmäßige Bindung erhalten bleiben (vgl. BGHZ 26, 204, 208; BayObLG, NJW-RR 1997, 1027, 1028; OLG München, FamRZ 2008, 547). Das ist nicht nur dann der Fall, wenn eine vertragsmäßige Verfügung ohne Änderungsvorbehalt bestehen bleibt, sondern auch, wenn die Änderung nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich oder inhaltlich beschränkt ist, da auch im letzteren Fall der Erblasser in seiner Gestaltungsfreiheit beschränkt ist (*Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2278 Rdnr. 7; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl., § 2289 Rdnr. 9; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2278 Rdnr. 26 f.).

Davon ist das LG ausgegangen. Es hat zutreffend hervorgehoben, dass die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung durch den länger lebenden Ehegatten nicht nur an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, sondern dessen Verfügungsmöglichkeit auch insofern beschränkt ist, als er nur zugunsten der gemeinschaftlichen Abkömmlinge, nicht aber zugunsten Dritter oder eines etwaigen zweiten Ehegatten verfügen darf. Darüber hinaus enthält der Erbvertrag in Ziffer I. 1. mit der gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten eine weitere, keinem Vorbehalt unterliegende vertragsmäßige Verfügung.

bb) Der Erbvertrag von 1984 ist vom LG zu Recht als auslegungsbedürftig erachtet worden hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen im Einzelnen eine Abänderungsbefugnis des länger lebenden Ehegatten besteht. Nach Ziffer I. 2. c) des Erbvertrages bleibt es dem überlebenden Ehegatten vorbehalten, anders zu verfügen, soweit besondere Verhältnisse oder „deren“ Verhalten (gemeint ist ersichtlich das der Kinder) ihm hierzu Veranlassung geben. Als Beispiele für „besondere Verhältnisse“ werden Ausbildung der Kinder oder Kindeskinde, Vermögenszuwendungen oder „ähnliche Umstände“ genannt; das „Verhalten“ wird nicht näher erläutert.

Die Auslegung einer erbvertragsmäßigen Verfügung i. S. v. § 2278 BGB, durch die zu ermitteln ist (§§ 133, 157 BGB), was die Vertragsteile im maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages erklärt haben, und wie das Erklärte aus der Sicht des anderen Teils zu verstehen war (BGHZ 106, 359, 361 = NJW 1989, 2885), obliegt dem Gericht der Tatsacheninstanz und unterliegt nur einer eingeschränkten rechtlichen Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (BayObLGZ 1995, 120, 123).

(1) Die Meinung der Vorinstanzen, nur ein negatives Verhalten eines Kindes könne den überlebenden Ehegatten berechtigen, dieses Kind schlechter zu stellen (und infolgedessen ein anderes besser), begegnet allerdings Bedenken. Sie gründet offensichtlich auf der Vorstellung, dass die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung durch den Überlebenden als Sanktion gedacht sein soll. Dafür findet sich im Erbvertrag aber keine hinreichende Stütze. Dass die vertragsschließenden Ehegatten ihre Kinder grundsätzlich gleich bedenken wollten, wie sich aus der Schlusserbeneinsetzung zu gleichen Teilen ergibt, reicht dafür nicht aus, denn diese steht gerade unter dem Vorbehalt der Abänderung. Diese Auffassung lässt vor allem außer Acht, dass dann das Kind, das – aus welchen Gründen auch immer – allein Betreuung und Pflege des überlebenden Ehegatten übernimmt, von diesem nicht durch letztwillige Verfügung in höherem Umfang als ursprünglich im Erbvertrag vorgesehen am Nachlass beteiligt werden könnte. Gerade das ist aber nach der Lebenserfahrung für die vertragsschließenden Ehegatten ein wichtiger Gesichtspunkt, insbesondere, wenn sie – wie hier – bei Abschluss des Erbvertrages bereits Ende 60 sind.

(2) Auf die Frage, ob neben negativem auch positives Verhalten eines Kindes die Möglichkeit zur Abänderung der Schlusserbeneinsetzung durch den überlebenden Ehegatten eröffnet, kommt es hier im Ergebnis aber nicht an. Denn das LG hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Abfassung des Briefes vom Februar 1994 ein Verhalten der Unterzeichner darstellt, das die Erblasserin dazu berechtigt, sie und ihre Abkömmlinge von der Erbfolge auszuschließen.

Das LG hat dieses Schreiben dahin gewürdigt, dass die Verfasser damit einen Schlussstrich unter die Beziehung zu ihrer Mutter gezogen haben. Diese Würdigung ist nicht nur möglich, sondern naheliegend. Der Brief beginnt ohne Anrede mit einem Eingangssatz, der der Empfängerin vorwirft, sich nicht wie eine Mutter zu verhalten und deshalb diese Anrede nicht zu verdienen, und endet – nach Vorhaltungen und dem Hinweis, dass von den Verfassern nicht verlangt werden könne, den ersten Schritt zu tun – mit dem Bemerkung, die Erblasserin möge „im Alter in guten Händen“ sein. Schon aufgrund dieses Schlusssatzes musste für die Empfängerin unmissverständlich klar sein, dass sie von den Absendern Unterstützung im Alter nicht zu erwarten hatte. Insofern stellt dieses Schreiben entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer durchaus eine Zäsur in der Beziehung zwischen der Erblasserin und den vier Kindern dar. Auch wenn sich der Kontakt zwischen der Erblasserin und diesen – längst erwachsenen – Kindern und ihren Familien bereits nach dem Tod des Ehemannes Anfang 1989 und insbesondere nach dem mit ihnen nicht abgesprochenen Verkauf des Hauses in R. abgeschwächt hatte, kommt der förmlichen, per Einschreiben mitgeteilten Aufkündigung der persönlichen Beziehungen, insbesondere der Unterstützung im Alter, eine einschneidende Wirkung zu, die die Wiederaufnahme oder Verbesserung der Kontakte deutlich erschwert. Auch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass kurz zuvor am 10.1.1994 der Sohn H. verstorben war. Die Erblasserin musste folglich nach Erhalt des Briefes vom Februar 1994 davon ausgehen, nur noch auf die Beteiligte zu 1 zurückgreifen zu können, insbesondere auch dann, wenn sie wegen altersbedingter Einschränkungen Unterstützung benötigen würde. Die von der Erblasserin im Testament vom Oktober 1999 angegebene Begründung für die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 spiegelt eben diese, seit Februar 1994 bestehende Situation wider, an der sich bis zur Testamentserrichtung und auch bis zum Tod der Erblasserin nichts geändert hat. Wie schon das LG zutreffend ausgeführt hat, vermag das von den Beschwerdeführern beschriebene, von ihnen als abweisend emp-

fundene Verhalten der Erblasserin das Schreiben vom Februar 1994 nicht zu rechtfertigen, noch dazu kurz nach dem Tod eines ihrer Kinder. Von diesbezüglichen Ermittlungen konnte das LG deshalb absehen.

(3) Das LG hat zu Recht angenommen, dass die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung nicht deshalb ausgeschlossen war, weil die Kinder nach dem Tod des Ehemannes den Pflichtteil nicht verlangt und damit ein positives Verhalten gegenüber der Erblasserin gezeigt haben. Hätten sie gegen den Willen der Erblasserin den Pflichtteil verlangt, wäre ihre Einsetzung als Schlusserben nach Ziffer I. 4. des Erbvertrages ohnehin entfallen, und zwar ohne deren weiteres Zutun. Denn durch die Pflichtteils Klausel wird die Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge. Die durch den Eintritt der Bedingung ausgelöste Rechtswirkung kann nicht mehr beseitigt werden (vgl. BayObLGZ 2004, 5, 8 f. = MittBayNot 2005, 50).

(4) Ohne Erfolg machen die Beschwerdeführer geltend, die Erblasserin sei wegen ihres „erbvertragswidrigen“ Verhaltens daran gehindert gewesen, von der Abänderungsbefugnis Gebrauch zu machen. Der Verkauf des Familienanwesens ohne Zustimmung der Kinder war nicht erbvertragswidrig und stellt bei objektiver Betrachtung auch keine „Demütigung“ der Kinder dar. Der überlebende Ehegatte ist in Ziffer I. 1. des Erbvertrages ausdrücklich zum „alleinigen und unbeschränkten Erben (Vollerben)“ des gesamten Vermögens eingesetzt, „so dass der Überlebende von uns alleiniger Eigentümer und Berechtigter unseres Gesamtvermögens wird“. Angesichts dieser ausdrücklichen Einsetzung zum unbeschränkten Vollerben und des zusätzlichen Hinweises auf die daraus folgende Stellung als Alleineigentümer liegt es neben der Sache, aus der Wiederverheiratungsklausel ableiten zu wollen, dass die Erblasserin nur die Stellung einer beschränkten Vorerbin haben sollte. Als unbeschränkte Alleinerbin war sie zu Verfügungen über Nachlassgegenstände berechtigt, insbesondere auch zum Verkauf des Hauses, und nicht etwa gehalten, das von ihrem Ehemann ererbte Vermögen für die Schlusserben zu erhalten.

Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, war die Abänderungsbefugnis der Erblasserin auch nicht deshalb entfallen, weil sie den Grundbesitz in der ehemaligen DDR bzw. die Restitutionsansprüche der Beteiligten zu 1 überlassen hatte, ohne Abfindungsansprüche für die anderen Kinder zu vereinbaren. Der Erbvertrag ermöglicht es dem überlebenden Ehegatten zwar, „zu Lebzeiten Übergaberegungen unter Festlegung der Abfindungsansprüche für die anderen Erben zu treffen“, verpflichtet ihn aber nicht dazu, solche Regelungen vorzunehmen. Das Vorgehen der Erblasserin kann auch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Vielmehr ist es nachvollziehbar, dass sie angesichts der mit der Verfolgung der Ansprüche verbundenen Belastungen, der wegen der Altlasten möglichen Risiken und etwaiger Rückforderungen von erhaltenen Zahlungen nach dem Lastenausgleichsgesetz mit der Angelegenheit „nichts mehr zu tun haben“ wollte, wie ausdrücklich im Überlassungsvertrag festgehalten. Soweit ein „kollusives Zusammenwirken“ der Erblasserin mit der Beteiligten zu 1 zum Nachteil der „von allen Informationen abgeschnittenen“ übrigen Kinder gerügt wird, ist anzumerken, dass die Erblasserin das Schreiben der Treuhänderanstalt vom August 1991 zunächst ihrem Sohn M. übersandte, der es an die Beteiligte zu 1 weiterleitete, und – soweit ersichtlich –

keines der Kinder, die alle einen Teil ihrer Kindheit auf dem Anwesen verbracht haben, Informationen verlangt hat.

cc) Wie das LG richtig angenommen hat, war die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung nicht deshalb ausgeschlossen, weil alle Kinder nach dem Tod des Vaters den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben und diese verjährt waren. Eine derartige Einschränkung enthalten die erbvertraglichen Bestimmungen nicht. Vielmehr haben die vertragsschließenden Eheleute nicht nur dem Überlebenden die Möglichkeit eingeräumt, die Schlusserbeneinsetzung unter den genannten Voraussetzungen zu ändern, sondern mit der Pflichtteilklausel die Schlusserbeneinsetzung zusätzlich unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt (vgl. oben 3.). Die von der Beteiligten zu 3 wiederholt zitierte Entscheidung des OLG Saarbrücken (NJW-RR 1994, 844) sagt für die Frage der erbvertraglich vereinbarten Abänderungsmöglichkeit nichts aus, sondern betrifft einen Fall, in dem ein Erbvertrag eine Pflichtteilklausel, jedoch keine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung enthalten hatte. Die vom OLG Saarbrücken angestellten Erwägungen zur konkludenten Schlusserbeneinsetzung und deren Bindungswirkung führen hier nicht weiter, denn der verfahrensgegenständliche Erbvertrag von 1984 enthält sowohl eine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung als auch eine ausdrückliche Bestimmung zur Bindungswirkung. Aus dem Erbvertrag von 1972, der nur eine gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und eine Wiederverheiratungsklausel enthielt, ergeben sich für die Auslegung des Erbvertrages von 1984 keine Erkenntnisse, insbesondere nicht im Hinblick auf die darin vereinbarte Befugnis zur Abänderung der Schlusserbeneinsetzung.

dd) Zutreffend hat das LG auch einen Verfügungsunterlassungsvertrag zwischen den Ehegatten und ihren Kindern verneint. Die bloße Aushändigung einer Kopie des Erbvertrags an die Kinder reicht dafür nicht aus, denn naheliegend ist, dass diese damit lediglich von dessen Inhalt unterrichtet werden sollten. Dies gilt umso mehr, als in Ziffer I. 1. des Erbvertrages ausdrücklich klargestellt wird, dass der Überlebende unbeschränkter Erbe und „alleiniger Eigentümer und Berechtigter“ des Gesamtvermögens ist.

ee) Die Bestimmung in Ziffer I. 2. c) des Erbvertrages behält es dem Überlebenden vor, „von Todes wegen noch anders zu verfügen“, lässt also bei Vorliegen der Voraussetzungen eine umfassende Abänderung der Erbeinsetzung einzelner Schlusserben einschließlich der vollständigen Enterbung zu. Die von den Beschwerdeführern angeführte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29.1.2007 (FamRZ 2007, 769 = DNotZ 2007, 774; ablehnend *Münch*, FamRZ 2007, 1445, 1446; *Schmucker*, DNotZ 2007, 777) betrifft eine Änderungsklausel, nach der eine „anderweitige Festlegung der Erbquoten“ ermöglicht werden sollte und somit eine Fallgestaltung, die mit der hier vorliegenden nicht vergleichbar ist. Auch die Auffassung der weiteren Beschwerde, der Überlebende dürfe eine Abänderung nur unter strikter Gleichbehandlung aller Kinder vornehmen, etwa um finanzielle Zuwendungen oder Ausstattungen auszugleichen, findet in den erbvertraglichen Regelungen keine Stütze, denn diese gestatten ausdrücklich, das „Verhalten“ der Kinder zum Anlass einer Änderung zu nehmen.

ff) Das LG war nicht gehalten, den Urkundsnotar zur Auslegung des Erbvertrags zu hören. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser angesichts der mehr als 20 Jahre zurückliegenden Beurkundung über die im Erbvertrag festgehaltenen Regelungen hinaus Angaben zu den damaligen Vorstellungen der vertrags-schließenden Ehegatten machen könnte.

b) Ohne Rechtsfehler hat das LG weiter angenommen, dass die von den Beteiligten zu 2 bis 6 erklärten Anfechtungen wegen Motivirrtums nicht durchgreifen.

aa) Dass die Erblasserin über den Inhalt ihrer letztwilligen Verfügung geirrt hat oder eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte (§ 2078 Abs. 1 BGB), ist nicht dargetan. In Betracht kommt allenfalls ein Motivirrtum (§ 2078 Abs. 2 BGB). Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur solche Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH, NJW-RR 1987, 1412, 1413), d. h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte (BayObLG, FamRZ 1997, 1436, 1437). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen (Beweggrund und Kausalität) trägt der Anfechtende (BayObLG, FamRZ 1997, 772, 773). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen.

bb) Wie bereits die Vorinstanzen zu Recht hervorgehoben haben, kommt es insoweit auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung, also Oktober 1999, an. Dafür, dass zu diesem Zeitpunkt die Erblasserin einem die letztwillige Verfügung bestimmenden Irrtum im Beweggrund unterlegen wäre, bieten die umfangreichen, aber im Wesentlichen auf spekulative Erwägungen gestützten Ausführungen der Beschwerdeführer keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte.

(1) Die Anfechtung wurde zunächst darauf gestützt, dass auch die Beteiligten zu 2 bis 4 und der Vater der Beteiligten zu 4 und 5 der Erblasserin ihre Hilfe angeboten bzw. gewährt hätten, es also nicht zuträfe, dass sich nur die Beteiligte zu 1 um das Wohlergehen der Erblasserin gekümmert habe. Insoweit hat das LG zu Recht hervorgehoben, dass nach dem eigenen Vortrag der Anfechtenden der Kontakt zur Erblasserin, der nach dem Tod des Ehemannes Anfang 1989 und dem Verkauf des Hauses 1991 ohnehin bereits immer mehr eingeschränkt wurde, nach dem Brief vom Februar 1994 vollständig abgebrochen war. In den fünfeneinhalb Jahren vor der Testamenterrichtung gab es folglich keine Hilfsangebote der Beteiligten zu 2 bis 4 und des Sohnes M. Vielmehr war es in diesen Jahren nur die Beteiligte zu 1, die sich um die Erblasserin bemühte. Ermittlungen zu den vorgetragenen Hilfsangeboten, die in den Jahren 1989 bis 1991, allenfalls bis Anfang 1994 an die Erblasserin herangetragen wurden, waren deshalb nicht veranlasst.

(2) Soweit die Anfechtung auf einen Irrtum der Erblasserin über den Verkehrswert der Grundstücke in der früheren DDR gestützt wird, hat das LG ohne Rechtsfehler weder für irri-ge Vorstellungen der Erblasserin noch für eine Kausalität für die Testamenterrichtung im Oktober 1999 konkrete Anhaltspunkte gesehen. Das LG konnte aufgrund der vorgelegten Schreiben von Rechtsanwalt R., der auch die Erblasserin als seine Mandantin benennt, und der Stadt N. annehmen, dass der Erblasserin der damals im Raum stehende Preis von 1,9 Mio. DM für den Grundbesitz bekannt war und dass sie in Kenntnis des möglicherweise hohen Wertes, aber auch möglicher Altlasten, mit diesem Grundbesitz „nichts mehr zu tun haben“ wollte, wie ausdrücklich im Überlassungsvertrag vom 22.12.1992 festgehalten. Es bestehen außer den spekulativen Erwägungen der Beschwerdeführer nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin über die weitere Entwicklung der Angelegenheit einschließlich des Verkaufs der Grundstücke an die Stadt N. zum Preis von 2,9 Mio. DM im Jahr 1995 keine Kenntnis hatte oder gar von der Beteiligten zu 1 getäuscht wurde. Darüber hinaus ist auch nicht erkennbar, dass die Vorgänge hinsichtlich des Grundbesitzes, mit dem die Erblasserin ausdrücklich „nichts mehr zu tun haben“ wollte, bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung im

Oktober 1999 eine Rolle gespielt haben, zumal sie darin ausschließlich auf die persönliche Zuwendung durch die Beteiligte zu 1 abstellt.

(3) Nicht ersichtlich ist auch eine Fehlvorstellung der Erblasserin über den Umfang des Vermögenswertes, der ihr verblieben ist, weil nach dem Tod ihres Ehemannes die Kinder den Pflichtteil (bzw. eine Ausgleichsleistung entsprechend § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB hinsichtlich des Grundbesitzes in Mecklenburg-Vorpommern, vgl. BGHZ 123, 76 = DNotZ 1994, 372) nicht verlangt haben. Es gibt schon keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments im Oktober 1999 diesen Gesichtspunkt überhaupt in ihre Vorstellungen aufgenommen hat, geschweige denn dafür, dass sie dabei von unzutreffenden Annahmen ausging. Ausweislich der im Testament vom Oktober 1999 angeführten Begründung hat die Erblasserin die Beteiligte zu 1 deshalb zur Alleinerbin eingesetzt, weil sich diese um ihr „Wohlergehen bemüht“ hat. Bestimmendes Motiv war somit die Zuwendung, die die Erblasserin von der Beteiligten zu 1 erfahren hat, und nicht wirtschaftliche Erwägungen. Zudem war der Erblasserin, wie die Überlassung des Grundbesitzes zeigt, ersichtlich ohnehin nicht daran gelegen, dass ihr dieser Vermögenswert erhalten blieb. Schließlich ist, wie bereits oben ausgeführt, nicht anzunehmen, dass die Erblasserin den 1995 erzielten Kaufpreis für die Grundstücke nicht kannte.

Mit den Anfechtungen wird im Kern geltend gemacht, dass die Erblasserin – hätte sie die von den Anfechtenden vorgebrachten Gesichtspunkte gebührend berücksichtigt – eine letztwillige Verfügung dieses Inhalts nicht hätte treffen dürfen. Das kann einer Anfechtung wegen Motivirrtums nicht zum Erfolg verhelfen. (...)

Anmerkung:

1. Missglückte Formulierung des Abänderungsvorbehaltes

Zunächst die unspektakulären Erkenntnisse aus dem vorstehenden Beschluss:

a) Das OLG München bekräftigt seine in der Entscheidung vom 10.10.2006¹ vorgenommene Richtungsänderung. Es folgt nunmehr der „Lehre vom spezifizierten Abänderungsvorbehalt“. Danach ist ein Abänderungsvorbehalt selbst dann wirksam, wenn er die einzige bindende Verfügung erfasst.² Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass er nur unter bestimmten, genau festgelegten Voraussetzungen ausgeübt werden kann. Der Trend weg von der unflexiblen früheren Rechtsprechung³, nach der zumindest eine vertragsmäßige Verfügung unabänderlich vereinbart sein muss, setzt sich also fort. Entscheidungserheblich war diese Aussage allerdings nicht – die für den ersten Erbfall bindend angeordnete Alleinerben-einsetzung des Längerlebenden war nicht vom Abänderungsvorbehalt erfasst, so dass dieser auch den strengen Anforderungen der früheren Rechtsprechung genügt hätte.

b) Die Ausübung des Abänderungsvorbehaltes kann an Bedingungen geknüpft werden. Im entschiedenen Fall war vereinbart, dass der Längerlebende seine Schlusserben-einsetzung nur „im Personenkreis unserer eingesetzten Erben“ ändern durfte (Rechtsfolgenrechte). Das war unproblematisch.

¹ ZEV 2007, 33 = FamRZ 2008, 547.

² Näher hierzu mit Nachweisen z. B. AnwK-BGB/Kornexl, 2. Aufl. 2007, § 2278 Rdnr. 20.

³ BGHZ 26, 204, 208; BGH, NJW 1982, 441; BayObLG, FamRZ 1997, 1430.

c) Zusätzlich war eine Änderung jedoch vom Eintritt bestimmter Ereignisse abhängig gemacht worden. Erst einer dieser Umstände sollte die Änderungsbefugnis der gebundenen Erblasserin auslösen (Tatbestandsseite). Die im Erbvertrag verwendete Klausel war insoweit jedoch nicht nur äußerst vage, sondern vermengte objektive mit subjektiven, also inneren Tatsachen („soweit besondere Verhältnisse ... oder deren Verhalten ihm nach seinem Ermessen Veranlassung hierzu geben.“). Vordergründig ist daher die missglückte Formulierung des eingeschränkten Abänderungsvorbehaltes Ursache für den Streit um das Erbrecht, der immerhin drei Instanzen beschäftigte.

2. Prozessuales Ziel der Beschwerdeführer

„Ein positiver Nachlass ist nicht vorhanden.“ Warum wollten die Beschwerdeführer dann unbedingt ihren im Erbvertrag festgelegten Schlusserbenstatus bestätigt bekommen? Die Antwort ist in dem Geschehen zwischen den beiden Erbfällen zu finden und betrifft in erster Linie den Restitutionsanspruch nach dem Vermögensgesetz:

Dieser Restitutionsanspruch war ein neuer pflichtteilsrelevanter Vermögenswert im Nachlass des bereits 1989 verstorbenen Vaters. Spätestens nachdem die Mutter als dessen Alleinerbin diesen Anspruch der Tochter I. geschenkt hatte, hätten die übrigen Kinder nochmals intensiv darüber nachdenken müssen, womöglich doch ihren Pflichtteil zu verlangen. Denn es war erkennbar, dass die Mutter den „Löwenanteil“ des elterlichen Gesamtvermögens nur einer Tochter zukommen lassen wollte. Für den (erst nach dem Tod des Vaters) entstandenen Restitutionsanspruch begann eine eigenständige Verjährungsfrist zu laufen, die im Schenkungszeitpunkt (Dezember 1992) nach keiner der hierzu vertretenen Ansichten abgelaufen war.⁴

Ob aus Furcht vor den Folgen der Pflichtteilsstrafklausel oder mangels entsprechender Beratung – die übergangenen Kinder haben ihren Pflichtteil am Nachlass des Vaters nicht verlangt. Damit war der Wert des Restitutionsgrundstücks jedoch noch nicht vollständig für sie verloren: Wäre die Mutter innerhalb der Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB gestorben, hätten ihnen noch Pflichtteilsergänzungsansprüche zugestanden. Diese Frist lief jedoch bereits am 22.12.1992 an, weil geschenktes Objekt der Restitutionsanspruch und mit dessen Abtretung die Schenkung bereits vollzogen war.

Bleibt der Schutz der Vertragserben über § 2287 BGB als letzte Chance, doch noch am Wert des Restitutionsgrundstücks zu partizipieren: Mit Ausnahme der (offenbar nicht relevant gewordenen) Freistellungspflicht hatte die Tochter I. keine Gegenleistung für den Restitutionsanspruch erbracht. Da der Nachlass der Mutter wertlos ist, müsste I. als Empfängerin der beeinträchtigenden Schenkung ⁵/₆ vom Wert des Restitutionsgrundstücks (also etwa 1,235 Mio. €) nach Bereicherungsrecht an die übrigen Miterben herausgeben. Allerdings nur, wenn deren Einsetzung im Erbvertrag nicht wirksam durch das Testament der Mutter aus dem Jahr 1999 beseitigt worden ist. Deshalb der Streit um die Erbenstellung am wertlosen Nachlass.

3. Die Wertung des OLG München

Nach der Auffassung des OLG München waren die Beschwerden unbegründet, weil die Bedingungen, unter denen die im Erbvertrag vorbehaltene Änderung vorgenommen werden

⁴ Verjährungsbeginn mit Inkrafttreten des Vermögensgesetzes am 29.9.1990 bzw. mit dem Beitritt am 3.10.1990. Nachweise zur Rechtsprechung bei AnwK-BGB/Bock, § 2313 Rdnr. 18.

durfte, gegeben waren. Für die allein problematische Bedingung auf der Tatbestandseite liegt dem eine vertretbare Bewertung zugrunde, die man aber nicht teilen muss:

In ihrem Brief vom Februar 1994 dokumentieren die später enterbten Kinder ihre Enttäuschung. Die verwendete Diktion empfiehlt sie nicht unbedingt für eine Laufbahn im diplomatischen Dienst. Allerdings macht es sich das Gericht doch etwas einfach, wenn es den Brief bewertet, ohne gleichzeitig das ihn auslösende Verhalten der Mutter zu berücksichtigen. Immerhin hatte diese zuvor den größten Teil ihres Vermögens verschenkt, den anderen nennenswerten Teil (das Elternhaus in Rheinland-Pfalz) zu Geld gemacht. Und – wenn die Behauptung im Brief stimmt – nach dem Tod ihres Mannes die Grabplatte von den Kindern bezahlen lassen, obwohl sie dessen gesamtes Vermögen geerbt hatte.

Aus Sicht des Kautelarjuristen ist der Beschluss des OLG trotzdem nicht zu kritisieren. Denn es hat eine Situation vorgefunden, in der das rechtliche Ergebnis (Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des späteren Testaments) von einer moralischen Wertung anhängt. Und in diese Lage wurde es durch den missglückten Wortlaut des Abänderungsvorbehaltes im Erbvertrag gebracht.

4. Die nicht entschiedene Frage nach dem Ergebnis einer erfolgreichen Beschwerde

Zuletzt noch eine kurze hypothetische Überlegung: Was wäre für die Beschwerdeführer tatsächlich herausgekommen, wenn sie Erfolg gehabt hätten, also Miterben wären? Wie weiter oben erläutert, könnten sie aus § 2287 BGB gegen ihre mit dem Restitutionsgrundstück beschenkte Schwester I. vorgehen. Doch könnte diese nicht einwenden, es handle sich gar nicht um eine „beeinträchtigende Schenkung“? Denn im Erbvertrag haben die Eltern sich auch das Recht eingeräumt, „mit unseren vorgenannten Erben oder mit einzelnen derselben zu Lebzeiten Übergaberegungen unter Festlegung der Abfindungsansprüche für die anderen Erben zu treffen“. Genau das hat die Erblasserin gemacht, als sie den Restitutionsanspruch an ihre Tochter I. übertragen hat – den Abfindungsanspruch der übrigen Familienstämme hat sie konkludent auf Null festgelegt. Selbst bei einem Erfolg der Beschwerdeführer wäre somit der nächste Rechtsstreit, diesmal über den Anspruch aus § 2287 BGB, vorprogrammiert gewesen. Ursache wäre wiederum die missglückte Klausel zur Abänderungsbefugnis gewesen.

5. Fazit

Umstände auf der subjektiven Ebene sind als Auslöser für eine Abänderungsbefugnis ungeeignet: Sie sind nur ein Placebo, das den Vertragspartnern die (trügerische) Sicherheit vermittelt, der andere könne den Verteilungsplan nicht willkürlich ändern. Im Konfliktfall führen sie, wie im besprochenen Fall, zu einem langwierigen Rechtsstreit. In der notariellen Praxis sollten Abänderungsvorbehalte daher nur an objektive Umstände anknüpfen, welche die Rechtsfolgen der Änderung betreffen.⁵

Notar Dr. Thomas Kornexl, Nürnberg

⁵ Formulierungsvorschlag z. B. bei AnwK-BGB/Kornexl, § 2278 Rdnr. 48.

11. BGB §§ 2215, 2227 (*Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen grober Pflichtverletzung*)

1. **Der Testamentsvollstrecker über den Erbteil eines Miterben ist auch während des Bestehens der Erbengemeinschaft verpflichtet, diesem Miterben ein Verzeichnis nach § 2215 Abs. 1 BGB mitzuteilen.**
2. **Hat bereits ein anderer Miterbe beim Nachlassgericht ein Verzeichnis eingereicht, in dem die zum Nachlass gehörenden Gegenstände und Verbindlichkeiten im Einzelnen aufgeführt sind, stellt es regelmäßig keine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers dar, wenn er kein gesondertes Verzeichnis erstellt.**

OLG München, Beschluss vom 30.12.2008, 31 Wx 99/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die verwitwete Erblasserin ist im Alter von 97 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist 1986 verstorben. Die Beteiligten zu 2, 3 und 5 (geb. 1943, 1938, 1952) sind ihre Söhne, die Beteiligten zu 1 und 4 (geb. 1965 bzw. 1966) die Kinder ihrer 1990 verstorbenen Tochter.

Mit notariellem Testament vom 13.4.1999 setzte die Erblasserin die Beteiligten zu 1 bis 4 zu ihren Erben ein, die beiden Söhne zu je $\frac{1}{3}$, die beiden Enkel zu je $\frac{1}{6}$. Bezüglich des Erbanteils des Beteiligten zu 1 ordnete sie Nacherbfolge an und bestimmte zu Nacherben zur Hälfte die Beteiligte zu 4, ersatzweise deren Abkömmlinge, zur anderen Hälfte die Abkömmlinge des Beteiligten zu 1. Ferner ordnete sie Testamentsvollstreckung an und bestimmte zum Testamentsvollstrecker den Beteiligten zu 5, ersatzweise dessen damalige Ehefrau, ersatzweise einen vom Nachlassgericht zu bestellenden Testamentsvollstrecker. Weiter bestimmte sie:

„Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe

- (1) den der Vor- und Nacherbfolge unterliegenden Nachlass auf die Dauer der Vorerbschaft zu verwalten;
- (2) die Rechte der Nacherben wahrzunehmen;
- (3) den Nachlass bei Eintritt der Nacherbfolge bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres des jüngstgeborenen Nacherben zu verwalten; dies gilt entsprechend für die Ersatzerbfolge in den Anteil des (Beteiligten zu 1).

Der Testamentsvollstrecker hat zur Durchführung seiner Aufgaben alle Rechte und Befugnisse eines Dauervollstreckers mit Verfügungsbefugnis über Grundbesitz. Der Testamentsvollstrecker ist insbesondere befugt, an einer Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Miterben mitzuwirken. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Die Testamentsvollstreckung setzt sich dann an dem verteilten, der Vor- und Nacherbfolge unterliegenden Nachlass oder dessen Surrogat fort.

Der Testamentsvollstrecker hat den Nachlass zur angemessenen Lebensgestaltung und Lebensführung des Vorerben (Beteiligter zu 1) zu verwenden. Die Nacherben sind demgemäß auf dasjenige eingesetzt, was vom Nachlass nach dieser bestimmungsgemäßen Verwendung übrig bleibt. Er soll sicherstellen, dass (der Beteiligte zu 1) mindestens zweimal im Jahr einen angemessenen Ferientaufenthalt verbringt und über ein monatliches Taschengeld verfügt, aus dem er seine persönlichen Bedürfnisse erfüllen kann, wobei sicherzustellen ist, dass dieses Taschengeld nicht zu einer Verminderung sonstiger gesetzlicher Leistungen für (den Beteiligte zu 1) führt und auch keinem Fremdzugriff unterliegt. Im Übrigen bemisst sich der Umfang dessen, was der Testamentsvollstrecker bestimmungsgemäß und im Übrigen nach seinem freien Ermessen dem Vorerben zur Verfügung stellt, nach dem Umfang der der Vor- und Nacherbschaft unterliegenden Erbmasse und ihrem Ertrag.“

Der Beteiligte zu 5 teilte dem Nachlassgericht mit, er nehme das Amt an, sofern der Beteiligte zu 1 die Erbschaft annehme. Der im Ausland lebende Beteiligte zu 1 nahm die Erbschaft an. Das Nachlassgericht erteilte dem Beteiligten zu 5 ein Testamentsvollstreckerzeugnis.

Ausweislich des vom Beteiligten zu 3 vorgelegten Nachlassverzeichnisses vom 11.10.2004 besteht der Nachlass im Wesentlichen aus Wertpapieren, Forderungen und Wertgegenständen mit einem Wert

von insgesamt 933.000 € sowie aus mehreren zur Vermietung vorgesehenen Eigentumswohnungen in C. Der Reinnachlasswert beträgt rund 1.292.000 €. Die Erbengemeinschaft ist bislang nicht auseinandergesetzt.

Wegen umfangreicher Zuwendungen an den Beteiligten zu 5 zu Lebzeiten der Erblasserin, insbesondere der mit Verträgen vom 22.12.1989 bzw. 22.6.1995 vorgenommenen Schenkung des wertvollen Hausgrundstücks sowie erheblicher Geldschenkungen, erhoben die Beteiligten zu 2 bis 4 mit Schriftsatz vom 17.5.2005 Klage gegen den Beteiligten zu 5, der sich der Beteiligten zu 1 anschloss.

Der Beteiligte zu 1 schlug dann die Erbschaft aus und beantragte die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, was das AG ablehnte.

Später beantragte der Beteiligte zu 1 die Entlassung des Beteiligten zu 5 als Testamentsvollstrecker. Zur Begründung führte er insbesondere aus, der Beteiligte zu 5 habe vom Nachlass zu zahlende Beträge verspätet freigegeben. Korrespondenz mit ihm sei nur über seinen Verfahrensbevollmächtigten möglich. Der Auszahlung des Guthabens der Erblasserin auf einem Verrechnungskonto in Höhe von rund 37.000 € habe er nicht rechtzeitig zugestimmt, so dass diese wegen der zwischenzeitlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft unterblieben sei. Die zum Nachlass gehörenden Wohnungen erwirtschafteten keine Erträge. Auch zahle der Beteiligte zu 5 weder das monatliche Taschengeld an den Beteiligten zu 1 aus noch stelle er die Finanzierung des Urlaubs sicher. Der Beteiligte zu 5 sei Schuldner eines Pflichtteilergänzungsanspruchs der Erbengemeinschaft; gegen ihn sei Klage erhoben worden, weil er seiner Auskunftspflicht nicht hinreichend nachgekommen sei.

Der Beteiligte zu 5 trat dem Antrag entgegen und verwies insbesondere darauf, dass sich die Testamentsvollstreckung lediglich auf den Erbteil des Beteiligten zu 1 beziehe und der Entlassungsantrag Folge des zwischen ihm und seinen Brüdern seit 1995 bestehenden Streits sei, der der Erblasserin bei Errichtung des Testaments bekannt gewesen sei.

Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 blieb erfolglos. Gegen die Entscheidung des LG richtet sich seine weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. (...)

2. Die Ausführungen des LG halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Nach § 2227 Abs. 1 BGB kann der Testamentsvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten entlassen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Das Gesetz nimmt als Beispiele eine grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers oder dessen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung an. Neben den im Gesetz genannten Beispielsfällen kann ein wichtiger Grund ohne Rücksicht auf ein Verschulden auch dann vorliegen, wenn der Testamentsvollstrecker durch sein persönliches Verhalten begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass ein längeres Verbleiben im Amt der Ausführung des letzten Willens des Erblassers hinderlich sei oder dass sich dadurch eine Schädigung oder erhebliche Gefährdung der Interessen der an der Ausführung oder am Nachlass Beteiligten ergeben würde. Auch ein nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes Misstrauen eines Beteiligten, zu dem der Testamentsvollstrecker Anlass gegeben hat, kann zur Entlassung des Testamentsvollstreckers führen. Schließlich kann auch ein erheblicher Interessengegensatz zwischen Testamentsvollstrecker und Erben ein wichtiger Grund zur Entlassung sein (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 935, 937 m. w. N.).

Andererseits setzt das Amt des Testamentsvollstreckers kein Vertrauensverhältnis zu den Erben oder den sonstigen durch die Testamentsvollstreckung betroffenen Beteiligten voraus.

Der Testamentsvollstrecker muss unabhängig von diesen den Willen des Erblassers ausführen, wengleich er sich im Rahmen des ihm zustehenden Verwaltungsermessens nicht grundlos über die Interessen und Vorstellungen der Erben und anderer Beteiligter hinwegsetzen darf. Daher ist an eine Entlassung des Testamentsvollstreckers wegen berechtigten Misstrauens ein strenger Maßstab anzulegen; die Beteiligten dürfen nicht in die Lage versetzt werden, einen ihnen möglicherweise lästigen Testamentsvollstrecker durch eigenes feindseliges Verhalten oder aus einem für sich genommen unbedeutendem Anlass aus dem Amt zu drängen (BayObLGZ 1997, 1, 26 f.).

b) Von diesen rechtlichen Gegebenheiten ist das LG ausgegangen und zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass ein wichtiger Grund für die Entlassung des Beteiligten zu 5 als Testamentsvollstrecker nicht vorliegt.

aa) Ob ein wichtiger Grund i. S. d. § 2227 Abs. 1 BGB vorliegt, ist Tat- und Rechtsfrage. Tatfrage ist die Feststellung des Sachverhalts, der die Entlassung rechtfertigen soll. Diese obliegt den Tatsacheninstanzen; das Rechtsbeschwerdegericht muss von dem Sachverhalt ausgehen, den das Beschwerdegericht als erwiesen erachtet hat (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i. V. m. § 559 ZPO). Dessen Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung kann nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Ob der vom Beschwerdegericht festgestellte Sachverhalt die Merkmale des Rechtsbegriffs „wichtiger Grund“ i. S. v. § 2227 Abs. 1 BGB erfüllt, ist dagegen eine vom Gericht der weiteren Beschwerde ohne Einschränkungen nachprüfbare Rechtsfrage (BayObLGZ 1990, 177, 181; FamRZ 2001, 54).

bb) Ohne Rechtsfehler hat das LG angenommen, dass keine schwerwiegenden Pflichtverletzungen vorliegen, die einen wichtigen Grund i. S. d. § 2227 Abs. 1 BGB darstellen könnten.

(1) Wie das LG zutreffend hervorgehoben hat, unterliegt nur der Erbteil des Beteiligten zu 1 der Testamentsvollstreckung. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung nur für den Anteil eines Miterben ist zulässig. Sie ist weder gegenständlich noch inhaltlich beschränkt, ihre Grenzen ergeben sich jedoch aus den Vorschriften der §§ 2032 ff. BGB über die Erbengemeinschaft (vgl. BGH, NJW 1997, 1362; *Muscheler*, AcP 195, 35, 49 ff.; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 68. Aufl., § 2208 Rdnr. 4; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2208 Rdnr. 12; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2208 Rdnr. 11; *AnwKommBGB/Weidlich*, § 2208 Rdnr. 13; *Meyer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich*, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., Rdnr. 318 ff.). Danach kann der Testamentsvollstrecker alle die, aber auch nur die Verwaltungsrechte ausüben, die dem Miterben zustehen. Zur Verwaltung des Nachlasses und zur Verfügung über Nachlassgegenstände ist er grundsätzlich nur in Gemeinschaft mit den übrigen Miterben berechtigt (§ 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 2040 BGB). Er ist nicht befugt, die Auseinandersetzung zu bewirken, sondern nur, sie zu betreiben (§ 2042 BGB). (...)

(4) Auch der Umstand, dass der Beteiligte zu 5 dem Beteiligten zu 1 kein Verzeichnis nach § 2215 Abs. 1 BGB mitgeteilt hat, stellt jedenfalls keine grobe Pflichtverletzung dar. Zum einen ist weder ausdrücklich gesetzlich geregelt noch höchstrichterlich geklärt, ob auch der nur für den Erbteil eines Miterben eingesetzte Testamentsvollstrecker bereits vor der Auseinandersetzung zur Erstellung eines solchen Verzeichnisses verpflichtet ist (bejahend *Staudinger/Reimann*, § 2215 Rdnr. 17 a. E.). Zum anderen hat der Beteiligte zu 3 ein Nachlassverzeichnis beim Nachlassgericht eingereicht, das von keinem der Miterben inhaltlich angezweifelt wird.

Nach § 2215 Abs. 1 BGB hat der Testamentsvollstrecker dem Erben „ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden

Nachlassgegenstände“ mitzuteilen. Ist Testamentsvollstreckung nur für den Erbteil eines Miterben angeordnet, sind bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft keine Nachlassgegenstände vorhanden, die seiner alleinigen Verwaltung unterliegen, denn die Verwaltung des Nachlasses obliegt in diesem Fall der Erbengemeinschaft, wobei der Testamentsvollstrecker die Rechte des Miterben innerhalb der Erbengemeinschaft ausübt. Der Zweck des § 2215 Abs. 1 BGB legt es jedoch nahe, dass der Testamentsvollstrecker ein Verzeichnis auch über die Nachlassgegenstände zu fertigen hat, die seiner Mitverwaltung unterliegen. Denn auch in diesem Fall ist der durch den Testamentsvollstrecker von seinen Verwaltungsrechten verdrängte Miterbe zur Wahrnehmung seiner Kontrollrechte darauf angewiesen, dass er über den Bestand des Nachlasses, an dem er in Höhe seiner Erbquote beteiligt ist, unterrichtet wird. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Testamentsvollstrecker bei der Erbteilsvollstreckung grundsätzlich nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit den anderen Miterben Verwaltungsmaßnahmen und Verfügungen vornehmen kann. Nachdem sich die Erbteilsvollstreckung nicht auf einen einzelnen Nachlassgegenstand (vgl. § 2208 Abs 1 Satz 2 BGB) beschränkt, sondern die Mitwirkung bei der Verwaltung des gesamten Nachlasses beinhaltet, wird auch das Verzeichnis auf den gesamten Nachlass zu erstrecken sein, solange noch keine Auseinandersetzung erfolgt ist.

Ein solches Verzeichnis hat der Beteiligte zu 5 dem Beteiligten zu 1 nicht mitgeteilt. Eine Gefährdung der Interessen des Beteiligten zu 1 ist damit aber nicht verbunden. Denn es liegt ein vom Beteiligten zu 3 erstelltes und bei Gericht eingereichtes Nachlassverzeichnis vor, dessen inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit von keinem Beteiligten in Frage gestellt wird. Das auf dem amtlichen Vordruck einzureichende Nachlassverzeichnis unterscheidet sich zwar von dem nach § 2215 Abs. 1 BGB zu errichtenden Verzeichnis, denn letzteres hat jeden Nachlassgegenstand aufzuführen, erfordert aber keine Wertangaben (vgl. dazu BayObLG, FamRZ 2002, 989, 990 = ZEV 2002, 155, 156 f.). Das vom Beteiligten zu 3 erstellte Verzeichnis enthält aber nicht nur die im amtlichen Formular vorgesehenen zusammenfassenden Angaben, sondern listet in der Anlage hierzu die Nachlassgegenstände im Einzelnen auf. Insbesondere sind die einzelnen Bankkonten, das Wertpapierdepot nebst Depotübersicht, die Forderungen gegen Dritte sowie die Eigentumswohnungen im Einzelnen aufgeführt. Hinsichtlich des versteigerten Hausrats wird der Erlös angegeben und auf das notarielle Inventar verwiesen. Dieses Verzeichnis bietet den Miterben, auch dem Beteiligten zu 1, eine ausreichende Grundlage, um sich Kenntnis vom Nachlassbestand zu verschaffen und eine Kontrolle der Handlungen des Testamentsvollstreckers zu ermöglichen.

cc) Zu Recht hat das LG hervorgehoben, dass weitere dem Beteiligten zu 5 angelastete Verfehlungen dessen Stellung als Schuldner etwaiger Pflichtteilsergänzungs- bzw. Herausgabeanprüche und nicht seine Stellung als Testamentsvollstrecker betreffen. Etwaige Forderungen der Erben gegen den Beteiligten zu 5 sind ebenso wenig ein Entlassungsgrund wie die Tatsache, dass die Erben deshalb einen Zivilprozess gegen den Beteiligten zu 5 führen. Soweit insoweit ein Interessengegensatz besteht, ist dieser durch die Verfügungen der Erblasserin angelegt und damit notwendig von ihrem Willen umfasst. Sie hat einerseits den Beteiligten zu 5 zu Lebzeiten mit umfangreichen Zuwendungen bedacht. Wie das Schreiben der Erblasserin vom 29.1.1995 zeigt, war ihr durchaus bewusst, dass insbesondere die Beteiligten zu 2 und 3 über diese Bevorzugung des Beteiligten zu 5 empört waren – was auch in dem Schreiben des Beteiligten zu 3 vom 17.4.1995 an die Erblasserin nochmals deutlich zum Ausdruck gebracht wird – und dadurch die ohnehin seit Jahren bestehenden

persönlichen Spannungen weiter verschärft wurden. Dennoch hat sie den Beteiligten zu 5 hinsichtlich des Erbteils des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker eingesetzt. Es kann deshalb entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht angenommen werden, dass sich die Erblasserin, wenn sie noch lebte, wegen der zwischen dem Beteiligten zu 5 und den übrigen Beteiligten bestehenden Feindseligkeit mutmaßlich zu einem Widerruf der Ernennung veranlasst gesehen hätte. Feindschaft zwischen Erben und Testamentsvollstrecker kann nur unter besonderen Umständen die Entlassung rechtfertigen (BayObLGZ, 1953, 357, 364). Solche Umstände vermochte das LG ohne Rechtsfehler nicht festzustellen.

dd) Das LG war nicht gehalten, weitere Ermittlungen anzustellen. Das gilt insbesondere für den Vorwurf, der Beteiligte zu 5 habe Testamente der Erblasserin nicht beim Nachlassgericht abgeliefert. Der Beteiligte zu 5 hat im Zivilprozess Kopien der privatschriftlichen Testamente vom 10.11.1986 und 10.7.1988 vorgelegt, in denen ihm die Immobilie der Erblasserin zugedacht ist. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich in seinem Besitz auch die Originale dieser Testamente befunden haben, hat das LG wie schon das Nachlassgericht rechtsfehlerfrei nicht gesehen.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. AktG §§ 101 Abs. 1, 130, 131, 132, 161, 241 Nr. 2, 243 Abs. 4, 246 Abs. 1, 248 Abs. 1; BeurkG §§ 37 Abs. 1 Nr. 2, 44 a Abs. 2 (*Änderung der notariellen Niederschrift der Hauptversammlung nach deren Beendigung*)

- a) **Ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll i. S. d. § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG hat den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen und muss von ihm nicht in der Hauptversammlung fertig gestellt, sondern kann auch noch danach im Einzelnen ausgearbeitet und unterzeichnet werden. Urkunde im Sinne des Gesetzes ist erst die von dem Notar autorisierte, unterzeichnete und in den Verkehr gegebene Endfassung.**
- b) **Die Überwachung und Protokollierung der Stimmentauszahlung fällt nicht unter die zwingenden, mit der Nichtigkeitssanktion des § 241 Nr. 2 AktG bewehrten Protokollierungserfordernisse gemäß § 130 Abs. 1, 2 und 4 AktG.**
- c) **Eine Unrichtigkeit der gemäß § 161 AktG vom Vorstand und Aufsichtsrat abzugebenden „Entsprechenserklärungen“ führt wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit jedenfalls der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten.**
- d) **Unrichtig ist oder wird eine Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, wenn entgegen Ziff. 5.5.3 DCGK nicht über das Vorliegen und die praktische Behandlung eines Interessenkonflikts in der Person eines Organmitglieds berichtet wird. Ein solcher Interessenkonflikt entsteht bereits, wenn ein Dritter eine Schadensersatzklage gegen die Gesellschaft erhebt, die auf einen Gesetzesverstoß des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds während seiner früheren Vorstandstätigkeit gestützt wird.**
- e) **Eine Satzungsregelung, welche die Durchführung einer Listenwahl der Aufsichtsratsmitglieder (§ 101 Abs. 1 AktG) in das Ermessen des Versammlungs-**

leiters stellt, ist wirksam und kann nicht durch einen Geschäftsordnungsantrag einzelner Aktionäre, eine Einzelwahl durchzuführen, außer Kraft gesetzt werden.

- f) Die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses wegen Informationspflichtverletzungen (§§ 131 Abs. 1 Satz 1, 243 Abs. 4 AktG) setzt die konkrete Angabe der angeblich in der Hauptversammlung nicht beantworteten Fragen innerhalb der Frist des § 246 Abs. 1 AktG voraus.
- g) Im Auskunftserzwingungsverfahren gemäß § 132 AktG ergangene Entscheidungen binden das Gericht im Anfechtungsprozess nicht.
- h) Der Erfolg der Anfechtungsklage eines von mehreren (notwendigen) Streitgenossen kommt im Hinblick auf § 248 Abs. 1 AktG auch den übrigen Streitgenossen zugute, ohne dass es einer Prüfung der von ihnen (zusätzlich) vorgebrachten Anfechtungsgründe gegen denselben Hauptversammlungsbeschluss bedarf (vgl. BGHZ 122, 211, 240).

BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DB 2009, 500. Siehe hierzu auch den Beitrag von Görk, MittBayNot 2007, 382.

13. EGGmbHG § 3 Abs. 1; GmbHG §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1; HRV § 24 Abs. 2 (Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift nach Inkrafttreten des MoMiG)

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist eine bereits vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragene GmbH nur dann zur Anmeldung ihrer inländischen Geschäftsanschrift nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG verpflichtet, wenn sie entgegen § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV diese Anschrift vor dem 1.11.2008 dem Registergericht nicht mitgeteilt oder sich die Anschrift geändert hat.

OLG München, Beschluss vom 28.1.2009, 31 Wx 5/09; mitgeteilt von Margaretha Förth, Richterin am OLG München und eingesandt von Notar Dieter Ellert, München

Die beschwerdeführende GmbH ist seit 28.4.1998 im Handelsregister eingetragen. Bereits bei der Erstanmeldung vom 25.11.1997 hat die Gesellschaft ihre seither unveränderte Geschäftsanschrift dem Registergericht mitgeteilt. Am 10.11.2008 meldete die Gesellschaft unter Angabe dieser Geschäftsanschrift das Ausscheiden eines der beiden Geschäftsführer zur Eintragung an. Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung, dass der vorgelegte Abberufungsbeschluss nicht von beiden Gesellschaftern der GmbH unterzeichnet sei. Im Übrigen könne die Anmeldung auch deswegen nicht vollzogen werden, weil mit dieser entgegen § 3 EGGmbHG nicht zugleich die Geschäftsanschrift der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden sei.

Die nur gegen letztere Beanstandung gerichtete Beschwerde der Gesellschaft wies das LG zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Pflicht zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift nach § 8 GmbHG in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung gelte nach der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG nicht für Gesellschaften, die zu diesem Zeitpunkt im Handelsregister eingetragen seien und ihre Geschäftsanschrift gemäß § 24 Abs. 2 HRV bereits mitgeteilt hätten, sofern sich diese Anschrift nicht geändert habe. Nehme eine hiernach an sich nicht anmeldepflichtige Gesellschaft jedoch nach dem Stichtag 1.11.2008 eine sonstige Anmeldung vor, so müsse sie mit dieser Anmeldung zugleich die inländische Geschäftsanschrift anmelden. Dies folge aus § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG. Die Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 letzter Hs. EGGmbHG greife nur dann ein, wenn nach dem Stichtag keine sonstige die GmbH betreffende Eintragung angemeldet werde. Vorliegend bestehe daher eine Anmeldepflicht hinsichtlich der Geschäftsanschrift; dieser könne durch die Angabe der Geschäftsanschrift im Betreff der sonstigen Anmeldung nicht Genüge getan werden.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht den Vollzug der Anmeldung von der zeitgleichen Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift abhängig gemacht.

Zu einer solchen Anmeldung war die Gesellschaft nicht verpflichtet, da sie bereits vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragen war, ihre Geschäftsanschrift gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV mitgeteilt hatte und sich diese Anschrift auch nicht geändert hat.

a) Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist bei der Erstanmeldung einer GmbH seit 1.11.2008 auch eine inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft zur Eintragung anzumelden, § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung. Bereits vor dem 1.11.2008 war bei der Erstanmeldung die Lage der Geschäftsräume, mithin die Geschäftsanschrift, anzugeben, § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV (in der bis 31.10.2008 geltenden Fassung; dieselbe Verpflichtung ist in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung von § 24 HRV enthalten). Die hiernach mitgeteilte Anschrift wurde jedoch nicht Registerinhalt. Nach der Reform wird nun die inländische Geschäftsanschrift Registerinhalt (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), was die Zustellung an die Gesellschaft nach den durch die Reform ebenfalls neu gefassten Zustellungs- und Zugangsregelungen erheblich erleichtert (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 35; Wedemann, GmbHR 2008, 1131).

b) Für die zum Stichtag 1.11.2008 bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften regelt die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 EGGmbHG, ob und ggf. wie diese der Pflicht aus § 8 GmbHG zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift nachzukommen haben. § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG erstreckt die Anmeldepflicht nicht auf alle Altgesellschaften, sondern macht hiervon in Hs. 2 eine Ausnahme: Die Verpflichtung zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift besteht nicht, wenn die Gesellschaft ihre Anschrift nach § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV bereits mitgeteilt und sich diese Anschrift auch nicht geändert hat.

Unmittelbar im Anschluss hieran bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG, dass „in diesen Fällen“ – also in den Fällen des Satz 1 – die inländische Geschäftsanschrift mit der ersten die eingetragene Gesellschaft betreffenden Anmeldung ab dem 1.11.2008, spätestens aber bis zum 31.10.2009 anzumelden ist. Dieser Satz regelt die Modalitäten der Anmeldung, setzt also die in Satz 1 normierte Anmeldepflicht voraus. Wen schon nach Satz 1 Hs. 2 keine Anmeldepflicht trifft, der ist

von den in Satz 2 geregelten Modalitäten, wie und bis wann der Anmeldepflicht nachzukommen ist, von vornherein nicht betroffen.

Die Auslegung des LG, Satz 2 gelte auch für die nach Satz 1 Hs. 2 der Anmeldepflicht an sich nicht unterliegenden Gesellschaften, sofern diese nach dem 1.11.2008 eine sonstige Anmeldung vornehmen, läuft darauf hinaus, gleichsam als Rückausnahme zu Satz 1 Hs. 2 eine Anmeldepflicht auch für diejenigen Gesellschaften zu konstituieren, die nach dem vorangegangenen Satz gerade keine Anmeldepflicht trifft. Hierfür lässt sich weder im Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang eine überzeugende Begründung finden. Der Normaufbau spricht dagegen. Auch die Gesetzesmaterialien stützen die Auslegung des LG nicht: Die Begründung zum Gesetzentwurf unterscheidet zwischen anmeldepflichtigen Altgesellschaften und solchen, die von der Anmeldepflicht ausgenommen sind, und erläutert, wie „der Pflicht“ nachzukommen ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 48). An dieser Grundkonzeption hat sich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nichts geändert (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737). Auch unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien verbleibt es daher bei der sich aus der Norm selbst ergebenden Auslegung: Nur für die Fälle, in denen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG eine Verpflichtung zur Anmeldung der Geschäftsanschrift überhaupt besteht, regelt § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG Art und Weise sowie die Frist zur Vornahme der Anmeldung (vgl. *Wicke*, GmbHG, 2008, § 8 Rdnr. 17; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131; *Steffek*, BB 2007, 2077). Hierdurch sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine übermäßige Belastung sowohl des Registers als auch der mittelständischen Wirtschaft vermieden werden (BT-Drucks. 16/6140, S. 48; BR-Drucks. 354/07).

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen konnte die Beschwerdeführerin daher das Ausscheiden des einen der beiden Geschäftsführer isoliert anmelden, da sie ihrer Verpflichtung aus § 24 Abs. 2 HRV bereits vor dem 1.11.2008 nachgekommen und die Geschäftsanschrift gleich geblieben war, so dass eine Verpflichtung zur zeitgleichen Anmeldung der Anschrift nicht bestand. Die Eintragung der Geschäftsanschrift in das Register wird – sofern die Beschwerdeführerin bis dahin nicht eine geänderte Anschrift zur Eintragung angemeldet haben sollte – kostenfrei von Amts wegen nach Ablauf der Übergangsfrist erfolgen, § 3 Abs. 1 Satz 3 EGGmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 48).

Der Beschluss des LG und die Zwischenverfügung des Registergerichts sind deshalb aufzuheben. Das Registergericht wird den Eintragungsantrag unter Abstandnahme von seinen Bedenken hinsichtlich der Nichtanmeldung der Geschäftsanschrift neu zu prüfen haben. Eine auf Eintragung gerichtete Anweisung an das Registergericht kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die vom Registergericht beanstandete Nichtanmeldung der Geschäftsanschrift, nicht aber die weitere Beanstandung oder gar die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst ist (vgl. hierzu BayObLG, NJW-RR 1996, 413, 414 m. w. N.).

Hinweis der Schriftleitung:

Zur identischen Rechtslage bei der AG siehe OLG München, DStR 2009, 599.

14. GmbHG § 8 Abs. 2 (*Geschäftsführerversicherung bei Kapitalerhöhung und Euroumstellung*)

Bei einer geringfügigen Rundungstoleranz ist der Grundsatz, dass die Summe der in den Übernahmeerklärungen übernommenen Erhöhungsbeträgen mit dem im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzten Erhöhungsbetrag übereinstimmen muss, nicht verletzt. Eine am Gesetzeswortlaut orientierte Versicherung der Geschäftsführer des Inhalts „dass die Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet“ (§ 8 Abs. 2 GmbHG), ist auch bei einer Kapitalerhöhung ausreichend. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Ulm, Beschluss vom 5.2.2009, 10 T 1/09; eingesandt von Notarin *Sigrun Erber-Faller*, Memmingen

Die Geschäftsführer haben unter dem 13.11.2008 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, dass das Stammkapital durch Erhöhung der Nennbeträge der einzelnen Gesellschaftsanteile der Gesellschafter von 25.564,59 € um 435,41 € auf 26.000 € erhöht wurde und von Herrn A eine Einlage von 217,70 € (gerundet) und von Herrn B ein Erhöhungsbetrag in Höhe von 217,70 € (gerundet) übernommen wurde. Gleichzeitig versicherten die Geschäftsführer, dass die erhöhten Beträge der Gesellschafter in Höhe von insgesamt 435,41 € (gerundet) in voller Höhe auf ein Konto der Gesellschaft einbezahlt worden sind und dass dieser Betrag zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführung steht.

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 22.12.2008 auf folgende Eintragungshindernisse hingewiesen:

In der Anmeldung haben sämtliche Geschäftsführer in öffentlich beglaubigter Form (Notar) zu versichern, dass der auf die erhöhten Geschäftsanteile geleistete Betrag für die Zwecke der Gesellschaft zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer geleistet und auch nicht an die Einleger zurückgezahlt worden ist (BGH, DNotZ 2002, 808). Die addierten einzelnen Erhöhungsbeträge der Gesellschafter ergeben nicht den angemeldeten Erhöhungsbetrag des Stammkapitals. Um weitere Veranlassung wird gebeten.

Dagegen wendet sich die Beschwerde vom 15.1.2009.

Aus den Gründen:

Die nach §§ 19, 20, 145 FGG zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Die Anmeldung der Kapitalerhöhung enthält zwar eine Kapitalerhöhung um 435,41 € auf 26.000 €, während die jeweils von den beiden Gesellschaftern übernommenen Erhöhungsbeträge zusammen nur 435,40 € betragen. Die Beanstandung des Registergerichts betrifft nicht die Umrechnungsmethode (Additions- oder Herunterrechnungsmethode, vgl. LG Bielefeld, RNotZ 2008, 501; *Schneider*, NJW 1998, 3158), die vorliegend auch nicht zu beanstanden ist, sondern die Nichtübereinstimmung des angemeldeten Kapitalerhöhungsbetrages mit den Übernahmebeträgen. Diesem Einwand des Registergerichts hätte in der Anmeldung zwar dadurch Rechnung getragen werden können, dass als Erhöhungsbetrag in Übereinstimmung mit dem übernommenen Erhöhungsbetrag der Betrag von 435,40 € angemeldet worden wäre. Unabhängig davon, dass dies mathematisch nicht zutreffend wäre, ist das im Ergebnis auch nicht erforderlich. Die Abweichung ist nicht nur äußerst geringfügig, sondern eindeutig und für jedermann erkennbar Folge der Rundungstoleranz. Deshalb wurde auch jeder Geschäftsanteil (gerundet) auf 13.000 € erhöht. Deshalb ist vorliegend der Grundsatz, dass die Summe der in den Übernahmeerklärungen übernommenen Erhöhungsbeträgen mit dem im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzten Erhöhungsbetrag übereinstimmen muss (vgl. hierzu *Zöller* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 57 Rdnr. 5;

Roth in *Roth/Altmeppen, GmbH*, 5. Aufl., § 57 Rdnr. 4), nicht verletzt. Denn durch den jeweiligen Zusatz bei den übernommenen Erhöhungsbeträgen (gerundet) und durch die beschlossene gleichmäßige Erhöhung der jeweiligen Geschäftsanteile ist objektiv erkennbar, worauf die Rundungstoleranz (Abweichung) beruht. Deshalb kann auch nicht die Rede davon sein, dass der Erhöhungsbetrag nicht in vollem Umfang von den übernehmenden Gesellschaftern übernommen wurde. Die Übernahmeerklärung der Gesellschafter ist damit ordnungsgemäß und trotz der äußerst geringfügigen Abweichung von 1 Cent nicht zu beanstanden.

Dadurch wird weder die Publizitätswirkung des Handelsregisters, in das die Kapitalerhöhung auf 26.000 € eingetragen wird, noch die Schutzbedürftigkeit der Gläubiger beeinträchtigt.

2. Die abgegebene Versicherung ist ausreichend. Der BGH hat in der Entscheidung vom 18.3.2002 (DNotZ 2002, 8) zwar als Formulierung vorgeschlagen, dass der Betrag der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführung für die Zwecke der Gesellschaft eingezahlt und auch in der Folge nicht an die Einleger zurückgezahlt worden ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass die sich am Gesetzeswortlaut orientierte Fassung des Versicherungsinhalts „dass die Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet“ (§ 8 Abs. 2 GmbHG), die bei der Gründung einer GmbH zu verwenden ist, hier unzulässig, weil unzureichend wäre. Denn der BGH hat in der genannten Entscheidung das Erfordernis der wertgleichen Deckung für die Kapitalerhöhung ausdrücklich aufgegeben und in Konsequenz der Aufgabe des Werterhaltungsgebotes für Kapitalerhöhungen eine inhaltlich eingeschränkte Fassung als ausreichend dargestellt. Die gesetzliche Formulierung (§ 8 Abs. 2 GmbHG) enthält nämlich die Aussage, dass die Einlage wirksam zur freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet wurde und dass die freie Verfügung über das aufgewandte Eigenkapital im Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister noch besteht. Darin liegt auch die Versicherung, dass die „Einlage“ nicht an die Inferenten zurückbezahlt worden ist, da sie ja noch zur freien Verfügung der Geschäftsführung steht (vgl. Gutachten, DNotl-Report 2004, 23; *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 147; *Heidinger*, GmbHR 2002, 1045, 1047; *Roth* in *Roth/Altmeppen, GmbHG*, § 57 Rdnr. 7; *Ulmer* in *GmbHG-Großkommentar*, § 57 Rdnr. 9).

Das wird auch durch Sinn und Zweck der Entscheidung des BGH bestätigt, der für Kapitalerhöhungen das Werterhaltungsgebot aufgehoben hat. Die Zwischenverfügung des AG Ulm vom 22.12.2008 war daher aufzuheben. Das AG hat über den Eintragungsantrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer erneut zu entscheiden.

Anmerkung:

Der Beschluss des LG Ulm setzt sich mit zwei in der notariellen Praxis regelmäßig auftretenden Fragen auseinander, zu denen bisher keine bzw. nur eine veröffentlichte Gerichtsentscheidung vorliegt.

1. Zum Problem der Geschäftsführerversicherung im Anschluss an das Urteil des BGH, DNotZ 2002, 808

Das Registergericht hatte unter Berufung auf die genannte Entscheidung des BGH im Eintragungsverfahren verlangt, dass die Geschäftsführer der betroffenen GmbH im Rahmen

der Anmeldung einer Euroumstellung mit Kapitalerhöhung versichern, dass der auf die erhöhten Geschäftsanteile geleistete Betrag für die Zwecke der Gesellschaft zur endgültig freien Verfügung der Geschäftsführer geleistet *und auch nicht an die Einleger zurückgezahlt worden ist*.

Die im Wege der Kapitalerhöhung eingezahlten Beträge befanden sich jedoch in dem vom LG zu entscheidenden Fall im Zeitpunkt der Anmeldung immer noch zur freien Verfügung der Geschäftsführung, waren nicht zurückgezahlt und insbesondere auch nicht verbraucht worden. Das dem BGH seinerzeit vorliegende Problem, über das den Beteiligten hinweggeholfen werden sollte, dass der Einzahlungsbetrag nämlich bereits wieder für Gesellschaftszwecke verwendet worden war (und somit der Wertverlust nicht auf der Rückzahlung an den Inferenten beruhte), war hier nicht gegeben.

Das LG folgt in seiner Beschwerdebegründung daher der in der Literatur vertretenen Auffassung, dass der Gesetzeswortlaut über das hinausgeht, was der BGH in der oben zitierten Entscheidung – in ausdrücklicher Erleichterung der gesetzlichen Anforderungen – gerade noch für ausreichend gehalten hatte.

Es besteht somit im Normalfall kein Anlass und auch keine gesetzliche Verpflichtung, etwas anderes zu versichern als in §§ 57 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG vorgesehen. Befindet sich der eingezahlte Betrag im Zeitpunkt der Anmeldung jedoch nicht mehr in der freien Verfügung der Geschäftsführer, wird regelmäßig von einer nicht ordnungsgemäßen Kapitalaufbringung auszugehen sein, außer es liegt eine Fallgestaltung vor, wie sie der BGH zu entscheiden hatte und wie sie nunmehr durch das MoMiG in §§ 56 a, 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG ausdrücklich geregelt wird. Dann – und nur dann – besteht die Verpflichtung, den vorzeitigen Kapitalverbrauch gegenüber dem Registergericht offenzulegen und die Möglichkeit, die Geschäftsführerversicherung entsprechend zu gestalten.

2. Zum Problem der Rundungsdifferenzen bei Euroumstellungen

Die notarielle Beschlusssurkunde hatte die Euroumstellung folgendermaßen durchgeführt:

- Umstellung des Stammkapitals von 50.000 DM mittels des amtlichen Umrechnungskurses von 1 € = 1,95583, ergibt 25.564,59 € (gerundet)
- Umstellung der Geschäftsanteile der beiden Gesellschafter von je 25.000 DM auf je 12.782,30 € (gerundet)
- Erhöhung des Stammkapitals um 435,41 € (gerundet) auf 26.000 €
- Erhöhung der Geschäftsanteile um je 217,70 € (gerundet) auf je 13.000 €.

Das Registergericht hatte zunächst völlig zutreffend festgestellt, dass die Summe der von den Gesellschaftern übernommenen Erhöhungsbeträge um einen Cent von dem Erhöhungsbetrag des Stammkapitals abwich.

Diese Art der Euroumstellung hielt das Registergericht jedoch offenbar für unwirksam und schlug stattdessen in seiner Zwischenverfügung vor, die Beurkundung zu wiederholen und die aufgetretene Rundungsdifferenz dadurch zu vermeiden, dass der Erhöhungsbetrag des Stammkapitals nur auf *eine* Dezimalzahl gerundet wird.

Das Stammkapital, die Geschäftsanteile und auch die übernommenen Erhöhungsbeträge sind jedoch in Geldsummen auszudrücken und Geldbeträge können nun einmal nur in Euro und Cent, d. h. mit *zwei* Nachkommastellen dargestellt

(und einbezahlt) werden, so dass zur Errechnung von Zahlbeträgen auf jeden Fall zu runden ist, unter Verwendung des amtlichen Umrechnungskurses, der Grundrechenarten und der mathematischen Rundungsregeln aber eben immer auf zwei Nachkommastellen. Jede andere Art der Umrechnung und Rundung führt zwar möglicherweise zum gewünschten Ergebnis, vergewaltigt aber entweder den gesetzlich festgelegten Umrechnungskurs oder die Regeln der Mathematik.

Die vom Registergericht beanstandeten Ungereimtheiten könnten nun aber unter Verletzung der Regeln der Mathematik auch noch auf andere Weise vermieden werden, indem man die anderen beteiligten Größen dergestalt falsch rundet, dass am Schluss die Summe der umgestellten Anteile und der Erhöhungsbeträge das neue Stammkapital ergibt. Man kann den vorgeschlagenen Fehler also auch noch an anderer Stelle begehen, um zum gewünschten Ergebnis zu gelangen.

Es wurde in der Literatur als weitere Möglichkeit vorgeschlagen, einen nicht durch 2 teilbaren, korrekt gerundeten Erhöhungsbetrag des Stammkapitals bei zwei zu je 50 % an der Gesellschaft beteiligten Gesellschaftern so zu „teilen“, dass man einen willkürlich bestimmten Gesellschafter den unteilbaren letzten Cent übernehmen lässt. Dies beseitigt das Problem des überzähligen Cents von der anderen Seite her, ohne jedoch an der Rundungsdifferenz etwas zu ändern, und führt zu dem weiteren Schönheitsfehler, dass dann ein Beteiligter willkürlich mehr, der andere Beteiligte willkürlich weniger Übernahmebetrag erhält als ihm aufgrund seiner bisherigen Beteiligung an der Gesellschaft zusteht, so dass noch eine zusätzliche Regel verletzt wird.

Leider hat der Gesetzgeber, der das Problem durch die Festlegung des Umrechnungskurses geschaffen hat, nicht zugleich auch eine Vorgabe gemacht, mit welcher der zahlreichen Umstellungsdoktrinen dem Problem begegnet werden soll, welche der zahlreichen in Betracht kommenden Regelverletzungen also die Beste oder zumindest am wenigsten Schlimme und somit zu bevorzugende ist.

Festzuhalten bleibt, dass die Rechnung bei solchen Euroumstellungen nicht aufgehen kann, dass aber diese wirtschaftlich bedeutungslosen Rundungsdifferenzen im Centbereich nur für den juristisch-logischen Zeitraum der Darstellung in der Beschlussurkunde eine Rolle spielen, notwendigerweise ein Übergangsstadium darstellen und am Ende stets in ein identisches Ergebnis münden. Es ist ein den Beteiligten nicht zu vermittelndes Glasperlenspiel, über den richtigen Weg zu streiten.

Möglicherweise gab es deshalb bis zum Beschluss des LG Bielefeld vom 29.5.2008 (RNotZ 2008, 501) keine Gerichtsentscheidung zu diesem Thema, weil die überwiegende Zahl der Registergerichte mit der dargestellten Situation so umgeht, dass das – zugegebenermaßen unbefriedigende und vom Gesetzgeber durch Nichtregelung verursachte – Nebeneinanderbestehen der verschiedenen Umrechnungsverfahren akzeptiert wird, selbst wenn die für die Eintragung zuständige Person diesbezüglich eigene Präferenzen hat. Auf solche können sich zwar die im eigenen Zuständigkeitsbereich ansässigen Notare einstellen, der Rest der Welt wird jedoch meist mit untrüglicher Sicherheit daneben greifen.

Das LG Bielefeld und nun auch das LG Ulm haben deshalb richtig entschieden und der Praxis für die zum Glück seltenen Fälle von Beanstandungen bei Euroumstellungen sehr geholfen.

Notarin *Sigrun Erber-Faller*, Memmingen

15. GmbHG § 66 Abs. 4, 67 Abs. 3 (*Versicherung des Liquidators bei Anmeldung der Auflösung einer GmbH*)

Auch der Liquidator einer GmbH braucht wie ein Geschäftsführer gegenüber dem Registergericht nicht versichern, dass er nicht unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt i. S. v. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG stünde. Soweit die Verweisungskette der §§ 67 Abs. 3, 66 Abs. 4 GmbHG ihrem Wortlaut nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG mitumfasst, handelt es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers. (Leitsatz des Einsenders)

LG München I, Beschluss vom 12.2.2009, 17HK T 46/09; eingesandt von Notar *Nikolaus Klöcker*, Starnberg

Mit notarieller Urkunde vom 19.11.2008 wurde zur Eintragung in das Handelsregister der A GmbH angemeldet, dass die Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst wurde und M zum Liquidator bestellt wurde.

Am 9.12.2008 erließ das Registergericht München eine Zwischenverfügung, in der mitgeteilt wurde, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne, da der Anmeldung die vollständige Versicherung nach § 67 Abs. 3 i. v. m. § 66 Abs. 4 GmbHG fehle, dass der Bestellung zum Liquidator keine Hindernisse i. S. d. § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG entgegenstünden, also auch keine Hindernisse nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist nach den §§ 19, 20 FGG statthaft. Die Beschwerde ist auch begründet.

Es ist zwar zutreffend, dass dem Wortlaut nach § 67 Abs. 3 GmbHG die Versicherung verlangt, dass keine Umstände vorliegen, die der Bestellung der Liquidatoren nach § 66 Abs. 4 GmbHG entgegenstehen. In § 66 Abs. 4 GmbHG wird wiederum auf § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG Bezug genommen, also auch auf Satz 2 Nr. 1, der besagt, dass Geschäftsführer (somit auch Liquidator) derjenige nicht werden kann, der unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt steht.

Andererseits verweist jedoch für den Fall der Bestellung eines Geschäftsführers § 8 Abs. 3 GmbHG auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG. Auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG ist insoweit ausdrücklich nicht verwiesen, was bedeutet, dass derjenige, der Geschäftsführer werden soll, nicht die Versicherung abgeben muss, nicht unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt zu stehen. Für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle, Bestellung eines Geschäftsführers einerseits und Bestellung eines Liquidators andererseits, gibt es keinen sachlichen Grund. Es findet sich weder im Gesetz noch im Gesetzgebungsverfahren ein Anhaltspunkt dafür, dass gerade für die Bestellung eines Liquidators schärfere Anforderungen gestellt werden sollten als für die Bestellung eines Geschäftsführers. Es ist davon auszugehen, dass es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt, sofern bei der nach § 67 Abs. 3 i. V. m. § 66 Abs. 4 GmbHG durch den Liquidator abzugebenden Versicherung § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG nicht ausgenommen wurde.

Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte ergibt sich nichts anderes. § 67 GmbHG wurde durch das MoMiG nicht verändert. § 66 Abs. 4 GmbHG wurde dagegen dahingehend abgeändert, dass bei der Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 anstelle der Sätze 3 und 4 die Sätze 2 und 3 getreten sind, insoweit handelt es sich um eine Folgeänderung zu den Änderungen des § 6 GmbHG. Offenbar wurde dabei vergessen, bei den abzugebenden Versicherungen in der Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG die Ziffer 1 genauso auszunehmen, wie dies bei der Bestel-

lung eines Geschäftsführers der Fall ist. Nach altem Recht vor MoMiG musste ein Liquidator, wie sich aus der alten Verweiskette ergibt, nicht versichern, dass er nicht unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt steht, im alten § 66 Abs. 4 GmbH war § 6 Abs. 2 Satz 2 GmbHG a. F. gerade nicht in Bezug genommen. In den Gesetzgebungsmaterialien finden sich Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dies ändern wollte, nicht. Eine inhaltliche Änderung war nur gewollt hinsichtlich der Verweisung auf den erweiterten Straftatenkatalog, eingeführt nach MoMiG.

Des Weiteren hat der Gesetzgeber beim Geschäftsführer zu Recht davon abgesehen, eine Versicherung über das Nichtvorliegen des Bestellungshindernisses nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG zu verlangen. Eine natürliche Person, die unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt steht, könnte eine rechtswirksame Versicherung nicht abgeben, weshalb auch bei der Bestellung zum Liquidator eine derartige Versicherung nicht verlangt werden kann.

Die Verweiskette des GmbHG in der Fassung des MoMiG über die Voraussetzungen für die Eintragung eines Liquidators in das Handelsregister ist nach Auffassung der Kammer teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass eine Versicherung über das Nichtvorliegen des Hinderungsgrundes des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GmbHG (Nichtvorliegen einer Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt) nicht abgegeben werden muss.

Aus diesem Grunde war die Zwischenverfügung vom 9.12.2008 auf die Beschwerde vom 16.12.2008 hin aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, sofern andere Vollzugshindernisse nicht bestehen, die Anmeldung vom 19.11.2008 zu vollziehen.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. InsO §§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 103; BGB §§ 346, 883 (*Löschung der Vormerkung ohne Kaufpreisrückzahlung bei Insolvenz des Verkäufers*)

Tritt der durch eine Vormerkung gesicherte Käufer nach Zahlung des Kaufpreises wegen eines Rechtsmangels von dem Grundstückskaufvertrag zurück und wird danach ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verkäufers eröffnet, kann der Insolvenzverwalter von dem Käufer Bewilligung der Löschung der Vormerkung verlangen, ohne an ihn den Kaufpreis aus der Masse erstatten zu müssen.

BGH, Urteil vom 22.1.2009, IX ZR 66/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1.7.2005 über das Vermögen der W. GmbH (fortan: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren.

Die Schuldnerin erwarb durch den von dem Nebenintervenienten notariell beurkundeten Vertrag vom 20.2.2004 die im Urteilstenor bezeichneten Grundstücke von dem Verkäufer R. F. Zugleich verpflichtete sich die Schuldnerin, an den Grundstücken zugunsten des Eigentümers des Nachbargrundstücks eine Dienstbarkeit und eine Reallast zu bestellen. Die beklagten Eheleute schlossen am 10.6.2004 mit der Schuldnerin einen ebenfalls von dem Nebenintervenienten beurkundeten Vertrag über den Kauf dieser Grundstücke. Darin sicherte die Schuldnerin den Beklagten zu, ihnen die Grundstücke frei von Belastungen in Abteilungen II und III des Grundbuchs zu übertragen. Den Kaufpreis von 165.000 € entrichteten die Beklagten auf ein Notaranderkonto des Nebenintervenienten. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die Schuldnerin mangels Kaufpreiszahlung noch nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Zugunsten

der Beklagten wurde vereinbarungsgemäß am 13.6.2004 für das jeweilige Grundstück eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Der Nebenintervenient ließ die Auflassungsvormerkungen am 28.7.2004 löschen, um rangwahrend die Eintragung der Dienstbarkeit und der Reallast vornehmen zu können. Unter Einsatz der von den Beklagten auf das Anderkonto überwiesenen Mittel bewirkte der Nebenintervenient am 3.8.2004 die Tilgung der noch offenen Kaufpreisforderung des Vorverkäufers gegen die Schuldnerin, die infolgedessen am 13.10.2004 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde. Auf Veranlassung des Nebenintervenienten wurden am 19.10.2004 erneut Auflassungsvormerkungen zugunsten der Beklagten eingetragen.

Die Beklagten traten am 23.2.2005 wegen der fortbestehenden abredewidrigen Grundstücksbelastungen von dem Kaufvertrag mit der Schuldnerin zurück. Danach verkaufte diese das Grundstück an die T. GmbH. Zu einem Vollzug dieses Kaufvertrages kam es wegen des zwischenzeitlich eröffneten Insolvenzverfahrens nicht mehr.

Der Kläger verlangt von den Beklagten die Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkungen. Das LG hat die Beklagten wegen des von ihnen geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts Zug um Zug gegen Zahlung von 165.000 € zur Abgabe der Erklärung verurteilt. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit seiner vom erkennenden Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die uneingeschränkte Verurteilung der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat – teils unter Bezugnahme auf die Darlegungen des Erstgerichts – ausgeführt: Zwar sei das den Beklagten wegen ihrer Kaufpreiszahlung aus § 273 BGB zustehende Zurückbehaltungsrecht nicht insolvenzfest und könne dem nach § 894 BGB begründeten Klaganspruch nicht entgegengehalten werden. Ein insolvenzbeständiges Zurückbehaltungsrecht folge jedoch aus der analogen Anwendung der §§ 103, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Nach der herrschenden Auffassung in der Literatur sei § 103 InsO auf beiderseits noch nicht voll erfüllte Rückabwicklungsschuldverhältnisse entsprechend anzuwenden. Durch die Geltendmachung eines Folgeanspruchs aus dem ehemaligen Vertragsverhältnis zwischen der Schuldnerin und den Beklagten habe der Kläger erkennen lassen, dass er die Erfüllung des Rückabwicklungsschuldverhältnisses verlange. Der entscheidende Unterschied zu den von dem BGH entschiedenen Fallgestaltungen, in denen dieser die Insolvenzbständigkeit eines Zurückbehaltungsrechts verneint habe (BGHZ 149, 326 = DNotZ 2002, 656; BGHZ 150, 138 = DNotZ 2002, 635; BGHZ 161, 241), liege hier darin, dass der Vertrag zunächst wirksam und nicht von Anfang an nichtig gewesen sei.

II.

Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

1. Im Ausgangspunkt zutreffend haben die Vordergerichte angenommen, dass ein im Blick auf die Kaufpreiszahlung aus § 273 BGB hergeleitetes Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem – zumindest in analoger Anwendung (vgl. BGH, WM 1995, 159) – auf § 894 BGB beruhenden Begehren des Klägers nicht insolvenzbeständig ist, weil es ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Forderung darstellt, dessen Zulassung mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger unvereinbar wäre (BGHZ 150, 138, 145 = DNotZ 2002, 635; BGH, ZIP 2003, 1406, 1407).

2. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten ergebe sich aus § 55 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 103 Abs. 1 InsO. Auch in vorliegender Sache kann der Senat die Frage offenlassen (vgl.

BGHZ 150, 138, 148 = DNotZ 2002, 635; BGH, WM 2003, 2429, 2430 f. mit jeweils bejahenden Nachweisen), ob § 103 InsO auf die Geltendmachung von Ansprüchen bei Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages überhaupt anwendbar ist (in diesem Sinne außerdem: OLG Stuttgart, ZInsO 2004, 1087, 1088 f.; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 55 Rdnr. 45; *HK-InsO/Lohmann*, 5. Aufl., § 55 Rdnr. 16; *Wegener*, Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters unter dem Einfluss des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2007, Rdnr. 686 ff.; *Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz, 2000, S. 336 f.) und der Kläger solche – tatsächlich in keinem Schriftsatz auch nur andeutungsweise erwähnte – Rechte neben dem Anspruch aus § 894 BGB verfolgt hat (vgl. *Marotzke*, LM § 273 BGB Nr. 62 Bl. 6). Jedenfalls wäre selbst bei Geltendmachung auch des vertraglichen Rückgewähranspruchs durch den Kläger ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht geeignet, den dinglichen Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) zu beschränken, wie der Senat für den vergleichbaren Fall der Bestellung einer Vormerkung auf der Grundlage eines formnichtigen Kaufvertrages entschieden hat (BGHZ 150, 138, 148 = DNotZ 2002, 635). Überdies fehlt es als Voraussetzung für die Anwendung des § 103 InsO an einer Leistungsbewirkung seitens der Schuldnerin an die Beklagten; denn in Ermangelung einer Leistung ist auch nichts rückabzuwickeln. Selbst wenn von einer Leistung der Schuldnerin auszugehen wäre, stünde sie mit der Kaufpreiszahlung durch die Beklagten nicht in dem zu fordernden synallagmatischen Austauschverhältnis.

a) Der Insolvenzverwalter wählt mit der Ausübung eines Rücktrittsrechts nicht schon die Erfüllung des Rückabwicklungsverhältnisses. Vielmehr muss hinzutreten, dass er als Folge der Umgestaltung des Vertragsverhältnisses eine an den Vertragspartner bewirkte Leistung zurückverlangt (*Jaeger/Henckel*, InsO, § 55 Rdnr. 45). Erklärt – wie im Streitfall – der Vertragsgegner den Rücktritt, kann eine Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter ebenfalls nur angenommen werden, wenn er die Rückgewähr der an den Vertragsgegner erbrachten Leistung beansprucht. Bei der gebotenen insolvenzrechtlichen Betrachtungsweise begehrt der Kläger mit dem Grundbuchberichtigungsanspruch nicht eine von der Schuldnerin im Rahmen des Grundstückskaufvertrages erbrachte, im Vermögen der Beklagten dauerhaft einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert verkörpernde Leistung. Vielmehr zieht der Kläger mit seinem Klageantrag lediglich die Konsequenzen aus der gesetzlich festgelegten Rechtslage, dass infolge des von den Beklagten erklärten Rücktritts ihr Eigentumsübertragungsanspruch und damit die Vormerkung als akzessorisches Sicherungsmittel entfallen sind.

aa) Einer Vormerkung kommt selbst bei Bestehen des Erwerbsanspruchs für sich genommen kein wirtschaftlicher Wert zu. Ihr wohnt keine Leistung des Verkäufers inne, die sich nach grundbuchmäßigem Vollzug im Vermögen des Käufers wiederfindet. Die Bewilligung der Vormerkung belastet das Vermögen des Verkäufers nicht. Die Belastung liegt vielmehr allein in der Übernahme der Auflassungsverpflichtung. Spiegelbildlich vermehrt allein der Auflassungsanspruch und nicht die auf dessen Sicherung beschränkte Vormerkung das Vermögen des Käufers. Die Vormerkung ist lediglich eine „Durchgangerscheinung“ auf dem Weg vom schuldrechtlichen Anspruch zur Begründung des dinglichen Rechts und erlischt, sobald es zur Begründung des dinglichen Rechts kommt und der geschützte Anspruch durch Erfüllung untergeht. Sie ist als bloßes Sicherungsrecht keine Vorstufe der Auflassung und darum von dem zu erfüllenden Anspruch zu unterscheiden (BGHZ 34, 254, 258). Eine Vormerkung bewirkt lediglich die Sicherung der Erfüllbarkeit eines An-

spruchs auf eine Verfügung über ein dingliches Recht, ohne die Erfüllung in irgendeiner Weise einzuleiten (*Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 298). Sie zwingt den Verkäufer weder zur Auflassung, noch nimmt sie diesem irgendwelche Einwendungen oder Einreden gegen den Anspruch des Käufers auf Auflassung (*Assmann*, Die Vormerkung, S. 315). Über die Sicherung der Erfüllbarkeit des Anspruchs auf das dingliche Recht hinausgehende Rechte verleiht die Vormerkung nicht (*Assmann*, Die Vormerkung, S. 316). Folgerichtig ist die Vormerkung nicht als selbständiger wirtschaftlicher Wert von dem Auflassungsanspruch getrennt übertragbar, sondern geht mit der Abtretung des durch sie gesicherten Auflassungsanspruchs gemäß § 401 BGB auf den Zessionar über (BGHZ 25, 16, 23; *Staudinger/Gursky*, BGB, 2008, § 883 Rdnr. 344 m. w. N.).

bb) Nach dem Rücktritt der Beklagten vom Kaufvertrag mit der Schuldnerin ist die zu ihren Gunsten bewilligte Vormerkung erloschen, weil die durch sie gesicherte Forderung nicht mehr existiert (BGHZ 143, 175, 179 m. w. N. = DNotZ 2000, 639; BGHZ 150, 138, 142 = DNotZ 2002, 635). Mit dem Untergang des Auflassungsanspruchs wird das Grundbuch wegen der Akzessorietät der eingetragenen Vormerkung „unrichtig“ i. S. d. § 894 BGB (BGHZ 60, 46, 50 = DNotZ 1973, 367). Eine nichtige Vormerkung hat keinerlei dingliche Wirkung (BGHZ 150, 138, 145 = DNotZ 2002, 635). Die Beklagten sind damit nur noch Buchberechtigte einer keinen Rechtsanspruch verkörpernden Vormerkung, die nicht mehr der Sicherung eines Erwerbsanspruchs dient und allenfalls eine formale Rechtsposition ausdrückt. Der inhaltsleeren Vormerkung kommt im Blick auf die formellen Bestimmungen des Grundbuchrechts ein reiner „Lästigkeitswert“ zu: Eine zu Unrecht noch eingetragene, durch einen Rücktritt des Berechtigten vom Kaufvertrag erloschene Vormerkung kann grundsätzlich gemäß § 22 Abs. 1 GBO auch ohne Bewilligung des als vormerkungsberechtigt Eingetragenen gelöscht werden (vgl. *Assmann*, Die Vormerkung, S. 385). Dazu müsste der Nachweis des Erlöschens der Vormerkung durch den Untergang des vorgemerkten Anspruchs von dem Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden (vgl. § 29 Abs. 1 GBO). Da der Kläger dazu nicht in der Lage ist, muss er den Klageweg beschreiten.

cc) Aus dem Fortbestand der Eintragung der materiell nicht mehr bestehenden Vormerkung können die Beklagten auch sonst keine Rechte herleiten. Die Vormerkung löst zugunsten der Beklagten gegenüber einem Dritterwerber weder außerhalb noch innerhalb des Insolvenzverfahrens Rechtswirkungen aus. Wäre der Kaufvertrag zwischen der T. GmbH und der Schuldnerin noch vor Insolvenzeröffnung vollzogen worden, könnten die Beklagten gegenüber dem Anspruch der Erwerberin aus § 894 BGB kein Zurückbehaltungsrecht erheben. Wegen des an die Schuldnerin gezahlten Kaufpreises könnten sie sich nicht auf § 404 BGB berufen (BGHZ 150, 138, 145, 147 = DNotZ 2002, 635). Ebenso wäre die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Kläger als Insolvenzverwalter nach § 103 InsO die Erfüllung des Vertrages mit der T. GmbH gewählt hätte.

Wie der Senat entschieden hat, ist eine Vereinbarung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig, durch die der Insolvenzverwalter dem Inhaber einer nachrangigen, offensichtlich wertlosen Grundschuld für die Erteilung der Löschungsbewilligung eine über die verauslagten Löschungskosten hinausgehende, der teilweisen Durchsetzung der faktisch ungesicherten schuldrechtlichen Forderung gleichkommende Zahlung verspricht (BGH, ZIP 2008, 884). Im Streitfall ist das bereits seiner Rechtsnatur nach wertlose grundbuchmäßige Recht der Beklagten sogar erloschen. Folglich wäre es erst recht insol-

venn Zweckwidrig, wenn der Kläger den Beklagten für die grundbuchmäßige Umsetzung des auf ihrer eigenen Rücktrittserklärung beruhenden unumkehrbaren Rechtsverlusts eine Vergütung in Höhe ihres ungesicherten Rückzahlungsanspruchs zusagen würde. Eine solchermaßen verbotene Vereinbarung kann auch nicht im Wege eines Rückabwicklungsverhältnisses erzwungen werden. Eine Erfüllungswahl, die offenkundig und für den Vertragsgegner erkennbar der Insolvenzmasse keinen Nutzen bringen kann, wäre wegen Insolvenzzweckwidrigkeit unwirksam (BGHZ 150, 353, 360 ff. = DNotZ 2002, 648; MünchKommInsO/Hefermehl, 2. Aufl., § 55 Rdnr. 107; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rdnr. 14.09).

b) Der von dem Kläger verfolgte Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) steht überdies zu dem von den Beklagten erhobenen Kaufpreisrückzahlungsverlangen nicht in einem Synallagma. § 103 InsO betrifft nur gegenseitige Verträge i. S. d. §§ 320 ff. BGB, bei denen Leistung und Gegenleistung synallagmatisch verknüpft sind. Damit sind Verträge gemeint, aus denen jeder Teil dem anderen Teil eine Leistung schuldet und bei denen jede Leistung deshalb geschuldet wird, weil die andere geschuldet wird (RGZ 147, 340, 342; MünchKommInsO/Huber, § 103 Rdnr. 55; Nerlich/Römermann/Balthasar, InsO, § 103 Rdnr. 8; Kepplinger, Das Synallagma in der Insolvenz, S. 18 ff). Macht der Insolvenzverwalter einen nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis wurzelnden Anspruch geltend, ist § 103 InsO unanwendbar.

aa) Im Verhältnis zwischen dem Kaufpreisanspruch und dem Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung fehlt es an der erforderlichen synallagmatischen Verknüpfung. Die Vormerkung kann ihre auf die Vorleistung des Käufers gerichtete sichernde Wirkung gerade nur dann entfalten, wenn sie vor der Zahlung des Käufers eingetragen wird; ihr Bestand ist mithin von der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs gänzlich unabhängig. Die Zahlung des Kaufpreises ist nicht Voraussetzung für die Eintragung einer Vormerkung, sondern umgekehrt die Eintragung einer Vormerkung Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs und damit seiner Erfüllung (vgl. Wolf in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., Teil 2 Rdnr. 96 [S. 95]). Mit der Zahlung des Kaufpreises wird allein der die Vormerkung nicht berührende Zweck verfolgt, die Auflassung des Grundstücks herbeizuführen. Eine synallagmatische Verbindung liegt folglich nur zwischen Kaufpreis und Eigentumsübertragungsanspruch vor.

bb) Ist der Übereignungsanspruch als Folge des Rücktritts entfallen, besteht zwischen einem Anspruch auf Kaufpreisrückerstattung und einem solchen auf Löschung der Vormerkung gleichfalls kein Gegenseitigkeitsverhältnis. Die Vormerkung sichert lediglich den Anspruch auf Erfüllung des Übereignungsanspruchs, auch in der Insolvenz, weil das vormerkungsgesicherte Recht gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO aus der Insolvenzmasse zu erfüllen ist. Fehlt es an einem sicherungsfähigen Eigentumsübertragungsanspruch, so sichert die Vormerkung nicht etwa den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Rücktritt von dem Kaufvertrag (BGHZ 150, 138, 143 = DNotZ 2002, 635). Die gegenteilige Auffassung der Vordergerichte könnte nicht selten zu dem höchst unbefriedigenden Ergebnis führen, dass das Grundbuch auf Dauer unrichtig wird, weil der Verwalter angesichts des Kaufpreiserstattungsanspruchs von einer Durchsetzung seines Grundbuchberichtigungsanspruchs absieht (BGHZ 150, 138, 147 = DNotZ 2002, 635). Diese Betrachtungsweise liefe nicht nur auf eine mit der eindeutigen Gesetzeslage unvereinbare Umwidmung der Sicherungsfunktion einer Vormerkung hinaus, sondern würde als weitere Folge eine der

materiellen Rechtslage widersprechende formelle Rechtslage perpetuieren.

cc) Überdies stellt sich im hier gegebenen Fall, in dem der Kläger nach dem Rücktritt der Beklagten ein dinglich begründetes Recht der Insolvenzmasse geltend macht, die Rechtslage – wie schon eingangs unter 2. ausgeführt – bei wertender Betrachtung nicht entscheidend anders dar als bei einem von Anfang an nichtigen Vertrag (Schmitz, Die Bauinsolvenz, 4. Aufl., Rdnr. 863; Volmer, ZfIR 2002, 543; Blank, MittBayNot 2005, 165, 166; a. A. OLG Stuttgart, ZInsO 2004, 1087, 1089). In dieser Konstellation ist das aus § 273 BGB herzuleitende Zurückbehaltungsrecht nach gefestigter Rechtsprechung, von der auch die Vorinstanzen ausgegangen sind, nicht insolvenzbeständig (BGHZ 150, 138, 145 = DNotZ 2002, 635; BGH, ZIP 2003, 1406, 1407).

3. Auch aus § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO folgt kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten.

a) Diese Vorschrift setzt einen Anspruch aus §§ 812 ff. BGB gegen die Masse voraus, während eine schon vor Insolvenzeröffnung eingetretene Bereicherung des Schuldners lediglich eine Insolvenzforderung erzeugt (RGZ 94, 20, 25; Uhlenbruck/Berscheid, InsO, 12. Aufl., § 55 Rdnr. 74; HK-InsO/Lohmann, § 55 Rdnr. 26; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 55 Rdnr. 60). Soweit als Folge der pflichtwidrigen Weiterleitung des Kaufpreises in dem Eigentumserwerb der Schuldnerin an den Grundstücken eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen sollte, wäre diese bereits bei der Schuldnerin und nicht erst bei der Masse eingetreten.

b) Aus dem Urteil vom 15.12.1994 (NJW 1995, 1484, 1485) vermögen die Beklagten entgegen der nicht näher begründeten Auffassung des Berufungsgerichts nichts für sich herzuleiten. Zwar hat der Senat dort einer Bereicherungseinrede (§ 812 Abs. 2, § 813 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB) Wirkungen gegenüber der Masse zuerkannt. Der Senat hat aber wiederholt klargestellt, dass dieses Urteil eine besonders gelagerte Fallgestaltung betraf, in der sich die Abwehr einer ohne Rechtsgrund entstandenen Forderung auf den Wert der Masse nicht auswirkte, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, von vornherein wertlos ist (vgl. BGHZ 150, 138, 147 = DNotZ 2002, 635; BGHZ 161, 241, 254 f.).

4. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

a) Das Berufungsgericht weist darauf hin, der Kläger könne das Grundstück nur deshalb verwerten, weil die Schuldnerin dieses mit Mitteln der Beklagten zu Eigentum erworben habe. Zu erwägen könnte daher die Anwendung des Surrogationsgedankens sein. Dieser vermag ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten jedoch nicht zu begründen. Ein gesetzlich geregelter Fall der Surrogation liegt nicht vor (vgl. Ganter, NZI 2008, 583). Der Surrogationsgedanke stellt für sich allein keine tragfähige dogmatische Grundlage dar, um wirkliche oder vermeintliche Gesetzeslücken zu schließen (Ganter, NZI 2008, 583, 588).

b) Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hindert gleichfalls nicht die uneingeschränkte Geltendmachung des Rückgewähranspruchs. Die Vorgerichte haben es als unbillig erachtet, die Beklagten für ihren Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises auf eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) zu verweisen, obwohl die Grundstücke mit ihren Mitteln erworben wurden. Dieses Ergebnis beruht aber zum einen darauf, dass die Beklagten durch das – möglicherweise einen Schadensersatzanspruch nach § 19 BNotO auslösende – Handeln des Nebenintervenienten eine Vorleistung auf eine infolge der dinglichen Belastungen nicht vertragsgemäße Ge-

genleistung erbracht haben. Zum anderen ist dieses Ergebnis die Folge des von den Beklagten bereits vor Insolvenzeröffnung erklärten Rücktritts. Ohne dessen Ausübung hätten sie den Anspruch aus dem Kaufvertrag aufgrund der nachrangig zu den Belastungen eingetragenen Vormerkung auch in der Insolvenz der Schuldnerin noch durchsetzen können (§ 883 BGB, § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Beklagten wären dann zumindest Eigentümer der durch die Rechtsmängel objektiv wohl nur geringfügig wertgeminderten Grundstücke geworden. Eine Einschränkung dinglich begründeter Ansprüche der Insolvenzmasse ist nicht dadurch zu rechtfertigen, dass sich die Beklagten selbst um ihre Sicherung gebracht haben. Bei dieser durch das eigenverantwortliche Vorgehen der Beklagten geprägten Sachlage kann von einem für sie schlechthin untragbaren Ergebnis keine Rede sein (BGHZ 149, 326, 331 = DNotZ 2002, 656; BGHZ 150, 138, 144 = DNotZ 2002, 635).

III.

Das angefochtene Urteil kann damit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und die Sache nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat eine ersetzende Sachentscheidung zu treffen (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten sind nicht gegeben. Die Klage ist insgesamt begründet.

Kostenrecht

17. KostO §§ 30 Abs. 1, 39 Abs. 3 (*Geschäftswert für Ehevertrag über bestimmte Gegenstände*)

1. **Bei der notariellen Beurkundung von Eheverträgen über die Abwandlung des gesetzlichen Güterstandes ist der Geschäftswert dann, wenn sich die Änderung auf bestimmte Gegenstände beschränkt, nach § 39 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Abs. 1 KostO ohne Schuldenabzug zu ermitteln.**
2. **Ist auf die Beurkundung eines Ehevertrags § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO anwendbar, so hat die Bewertung in Anwendung von § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu erfolgen. Allfälligen Unsicherheiten bei der Bewertung einzelner Gegenstände – z. B. Möglichkeit einer Wertveränderung von zum Vermögen eines der Ehegatten gehörenden Geschäftsanteilen; Möglichkeit der Enterbung oder des Nichterlebens des Erbfalls – ist durch einen Abschlag Rechnung zu tragen.**
3. **Ist auf die Beurkundung eines Ehevertrags § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO anwendbar, so ist bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen einer KG deren Aktivvermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten anzusetzen.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.6.2008, 14 Wx 60/07; mitgeteilt von Dr. *Ernst-Frieder Krauß*, Richter am OLG Karlsruhe

In einem von einem Notar beurkundeten Ehevertrag heißt es in den Vorbemerkungen, dass der Ehemann mit einem Kommanditanteil von 123.600 € (24 %), die er von seinem Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten habe, am Festkapital von 515.000 € einer KG beteiligt sei und dass die übrigen Geschäftsanteile, die von seinem Vater gehalten werden, spätestens mit dessen Tod ebenfalls auf ihn übergehen sollen. Ferner sei der Ehemann Eigentümer zweier – in näher bezeichneter Weise belasteter – Hausgrundstücke, die er

vom Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten habe.

In § 1 der Urkunde ist bestimmt, dass die Vertragsschließenden den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft der §§ 1363 ff. BGB beibehalten. § 2 enthält Modifizierungen des Zugewinnausgleichs, wonach die dort aufgeführten Vermögensgegenstände nicht berücksichtigt werden, nämlich:

- die Beteiligung des Ehemanns an der KG sowie der vorstehend genannte Grundbesitz,
- „sonstiges (Sonder-)Betriebsvermögen, welches einem Ehegatten im Sinne des deutschen Ertragsteuerrechts zusteht“,
- Ersatzgegenstände für die vorgenannten Gegenstände, sowie
- weitere Beteiligungen an der genannten KG oder anderen Gesellschaften, die ein Ehegatte von seinen Eltern unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt.

In § 5 ist bestimmt, dass die Ehegatten wechselseitig insoweit auf ihr Pflichtteilsrecht bei Ableben des anderen Teils verzichten, dass bei der Berechnung des Pflichtteils der Wert der gemäß § 2 vom Zugewinnausgleich ausgeschlossenen Vermögensgegenstände außer Betracht bleibt und es im Übrigen bei den gesetzlichen Regelungen verbleibt.

Bei der Ermittlung des Geschäftswertes von 5.140.352,70 € berücksichtigte der Notar keine Verbindlichkeiten.

Gegen die Kostenrechnung haben die Kostenschuldner geltend gemacht, dass gemäß § 39 Abs. 3 KostO der Geschäftswert auf das Reinvermögen der Ehegatten im Zeitpunkt der Beurkundung begrenzt sei. Bei einem Grundstück sei ein bestehender Nießbrauch anzusetzen, im Übrigen sei die KG bilanziell überschuldet, die Beteiligung an ihr sei höchstens mit „Null“ anzusetzen. Ein künftiger Erwerb sei nicht zu berücksichtigen.

Das AG hat den Kostenansatz des Notariats insoweit aufgehoben, als er bei der Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft und des Pflichtteilsverzichts keinen Schuldenabzug berücksichtigt und zukünftiger Erwerb einfließt; den Geschäftswert hat es auf 2.205.335,40 € festgesetzt. Es hat ausgeführt, bei Eheverträgen sei lediglich das gegenwärtige Reinvermögen und nicht das künftige Vermögen maßgeblich; nach der speziellen Kostenregelung des § 39 Abs. 3 Satz 2 KostO seien Verbindlichkeiten sowohl hinsichtlich des Grundstücks in F.-T. (Nießbrauch) als auch hinsichtlich der Beteiligung an der KG zu berücksichtigen.

Auf Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse hat das LG den Gegenstandswert der Beurkundung auf 3.374.769,61 € festgesetzt. Bei der Bewertung der ehevertraglichen Regelungen sei der Kommanditanteil des Ehemanns in Anwendung von § 39 Abs. 3 Satz 1 und 2 KostO – und damit unter Abzug von Schulden – mit 3.172.355,28 € anzusetzen. Bei der Geschäftswertfestsetzung seien künftige Vermögenswerte nicht zu berücksichtigen, weil § 39 Abs. 3 Satz 1 KostO hierfür keine Grundlage biete. Wegen des Vorrangs der genannten Vorschrift könne dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen § 30 Abs. 1 KostO einen Ansatz für eine Wertbestimmung zukünftigen Erwerbs nach freiem Ermessen entsprechend der Wahrscheinlichkeit des Eintritts künftigen Vermögenserwerbs ermögliche.

Der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht sei gemäß § 39 Abs. 2 KostO mit dem Wert der höherwertigen Leistung – hier: dem der Ehefrau – zu berücksichtigen. Bei der Bestimmung des Wertes des Anteils des Ehemanns an der KG, die hinsichtlich der erbrechtlichen Vereinbarungen gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu erfolgen habe, sei wegen des Schuldenabzugsverbots des § 18 Abs. 3 Hs. 1 KostO nur das Aktivvermögen der KG – ohne Berücksichtigung der Verbindlichkeiten – zu berücksichtigen, so dass er mit 5.224.115,00 € anzusetzen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die – vom LG ohne Einschränkungen zugelassene – weitere Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse.

Aus den Gründen:

II.

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO a. F.) statt-hafte und auch sonst zulässige weitere Beschwerde der Staats-

kasse hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des Kostenansatzes des Notariats.

1. Der Auffassung des LG, wonach bei der Bewertung der ehevertraglichen Regelungen lediglich der um die anteiligen Gesellschaftsverbindlichkeiten geminderte Wert des Kommanditanteils des Ehemanns einzusetzen ist, kann nicht gefolgt werden.

a) Wie Eheverträge zu bewerten sind, ist in § 39 Abs. 3 KostO geregelt. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach dem zusammengerechneten Wert der gegenwärtigen Vermögen beider Ehegatten und, wenn der Vertrag nur das Vermögen eines Ehegatten betrifft, nach diesem Vermögen (Satz 1), wobei jeweils die Schulden abgezogen werden (Satz 2). Betrifft der Ehevertrag dagegen nur bestimmte Gegenstände, so ist deren zusammengerechneter Wert maßgeblich (Satz 3). Da für den zuletzt genannten Fall eine Regelung wie in Satz 2 fehlt, gilt hier das grundsätzliche Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO (BayObLGZ 1982, 191, 194 f.; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., Stichwort „Ehevertrag“ Nr. 1.2 lit. d); *Rohs/Wedewer*, KostO, § 39 Rdnr. 39 und 41; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 39 Rdnr. 115; *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 39 Rdnr. 20). Dabei ist der Geschäftswert freilich grundsätzlich nicht höher als der Wert des gesamten gegenwärtigen Vermögens der Ehegatten (BayObLGZ 1982, 191, 196 f.; OLG Stuttgart, JurBüro 1990, 372; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 39 Rdnr. 39; *Assenmacher/Mathias*, KostO, Stichwort „Ehevertrag“ Nr. 1.2 lit. d); *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 39 Rdnr. 111).

b) Im hier zu entscheidenden Fall hat die Bewertung der ehevertraglichen Regelungen nach Satz 3 – und nicht nach den Sätzen 1 und 2 – von § 39 Abs. 3 KostO zu erfolgen. Um einen Fall der Sätze 1 und 2 der genannten Vorschrift handelt es sich zwar nicht nur dann, wenn die Eheleute einen der im BGB geregelten Güterstände ohne Einschränkungen vereinbaren oder aufheben. Die genannten Vorschriften kommen vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn der Güterstand im Rahmen des rechtlich Möglichen abgewandelt wird. Dies gilt indessen nur mit der Einschränkung, dass die Änderungen nicht auf bestimmte Gegenstände beschränkt sind: In diesem Fall gilt stets § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO (vgl. BayObLGZ 1982, 191, 195; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 39 Rdnr. 111).

In dem am 16.4.2004 beurkundeten Ehevertrag haben die Eheleute den gesetzlichen Güterstand ausdrücklich beibehalten (§ 1), in § 2 für bestimmte Fälle aber bestimmt, dass beim Zugewinnausgleich „die nachfolgend aufgeführten Vermögensgegenstände“ – also die Vermögensgegenstände gemäß § 2 Abs. 2 lit. a) bis e) – beim Zugewinnausgleich nicht berücksichtigt werden. Damit liegt eine lediglich auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkte Abwandlung des gesetzlichen Güterstandes vor, so dass § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO zur Anwendung kommt. Dass die in § 2 Abs. 2 lit. c) und e) des Vertrags genannten Vermögensgegenstände („sonstiges Betriebsvermögen“ und „weitere Beteiligungen“) – anders als die in lit. a), b) und d) genannte Kommanditbeteiligung und der dort genannte Grundbesitz bzw. deren Ersatzgegenstände – nicht konkret bestimmt und wegen der Erfassung auch zukünftigen Vermögenserwerbs auch nicht konkret bestimmbar sind, ändert daran entgegen der Auffassung des LG nichts: Zur Bestimmung einzelner Gegenstände ist nicht ihre ins Einzelne gehende Aufzählung erforderlich, vielmehr wird von § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO auch ein Inbegriff von Sachen und Rechten erfasst. Für – wie hier – nur abstrakt bezeichnete Vermögensgegenstände kann nichts anderes gelten.

c) Demgemäß ist der Bewertung des Ehevertrags hinsichtlich der Kommanditbeteiligung des Ehemanns das nicht um Verbindlichkeiten geminderte Aktivvermögen der KG zugrunde zu legen. Dieses hat das LG mit 5.224.115 € festgestellt. Die Feststellung dieses Betrages beruht auf der Berechnung durch das Notariat, die im Erstbeschwerdeverfahren von keinem der Beteiligten beanstandet worden war, so dass die nunmehr im Verfahren der weiteren Beschwerde erfolgten Angriffe der Kostenschuldner gegen die der Berechnung zugrundeliegende Bewertung der Betriebsgrundstücke der KG fehlgehen. Aus dem Schuldenabzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO folgt weiter, dass hinsichtlich des Grundstücks in F.-T. der Wert des Nießbrauchs vom Grundstückswert nicht abzusetzen ist (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 18 Rdnr. 7).

2. Zu Unrecht hat das LG bei der Bewertung des Ehevertrags die in § 2 Abs. 2 lit. e) geregelte Nichtberücksichtigung der gemäß Nr. 2 der Vorbemerkungen nach Ableben seines Vaters auf den Ehemann übergehenden Kommanditanteile beim Zugewinnausgleich nicht in Ansatz gebracht.

Dass sich bei der Beurkundung von Eheverträgen der Geschäftswert nach dem *gegenwärtigen* Vermögen bestimmt, ist in § 39 Abs. 3 Satz 1 KostO für die von dieser Vorschrift erfassten Fälle geregelt. Die hier zu beurteilende Beurkundung unterfällt aber – wie ausgeführt – § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO. Damit hat die Bewertung nach § 30 Abs. 1 KostO (*Assenmacher/Mathias*, KostO, Stichwort „Ehevertrag“ Nr. 1.2 lit. d)), also nach freiem Ermessen zu erfolgen. Die in Nr. 2 der Vorbemerkung zum Vertrag niedergelegte Erwerbsaussicht in die Bewertung einfließen zu lassen, erscheint schon deshalb angemessen, weil – worauf die Vertreterin der Staatskasse mit Recht hingewiesen hat – eine auf die Behandlung einer künftigen Erwerbsaussicht beschränkte Beurkundung ansonsten ohne Geschäftswert wäre, was nicht richtig sein kann. Unsicherheiten bei der Bewertung – hier: Möglichkeit einer Wertveränderung der Geschäftsanteile, Möglichkeit der Enterbung oder des Nichterlebens des Erbfalls – sind durch einen erheblichen Abschlag Rechnung zu tragen. Der der Berechnung des Notariats zugrundeliegende Abschlag von 90 % erscheint dem Senat als jedenfalls nicht zu niedrig, so dass der diesbezügliche Vermögenswert (76 % der Geschäftsanteile an der KG, hiervon 10 %) mit 1.654.303 € anzusetzen ist. (...)

Steuerrecht

18. UStG § 1 Abs. 1 a (*Keine Geschäftsveräußerung bei Übereignung eines zwar vermieteten, aber noch zu bebauenden Grundstücks*)

Ist Gegenstand der Übertragung ein zu bebauendes Grundstück, das der Veräußerer unter der Bedingung der Fertigstellung des Bauvorhabens vermietet hat, liegt keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG 1999 vor.

BFH, Urteil vom 18.9.2008, V R 21/07

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung des FG und zur Änderung des Umsatzsteuerjahresbescheids 2000 vom 13.11.2001 im beantragten Umfang. (...) Das Urteil der Vorinstanz verletzt § 1 Abs. 1 a UStG 1999; entgegen der Auffassung des FG liegt keine Geschäftsveräußerung vor, wenn ein noch zu bebauendes Grundstück übertragen wird, das der Veräußerer unter der Bedingung der Fertigstellung vermietet hat. Die Vorausset-

zungen für die Rechnungsberichtigung und die entsprechende Vorsteuerkorrektur lagen deshalb nicht vor.

1. Nach § 1 Abs. 1 a UStG 1999 unterliegen Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird. (...)

b) Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist es für die Geschäftsveräußerung entscheidend, ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht, und ob die vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten übereinstimmen oder sich hinreichend ähneln. Die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand ist nicht erforderlich (BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, S. 665 und BFHE 219, 229 = BStBl II 2008, S. 165). Der Fortsetzung der bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit steht es nicht entgegen, wenn der Erwerber den von ihm erworbenen Geschäftsbetrieb in seinem Zuschnitt ändert oder modernisiert (BFHE 219, 229 = BStBl II 2008, S. 165).

c) Bei Grundstücksgeschäften führt die Übertragung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks zu einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG 1999, da durch den mit Grundstückserwerb verbundenen Eintritt in den Miet- oder Pachtvertrag ein Vermietungs- oder Verpachtungsunternehmen übernommen wird (BFHE 205, 511 = BStBl II 2004, S. 802; BFHE 211, 63 = BStBl II 2005, S. 849). Dies gilt aber nur, wenn der Erwerber aufgrund der Übertragung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks eine bereits vom Lieferer ausgeübte selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortführt. Hieran fehlt es, wenn die unternehmerische Tätigkeit des Veräußerers im Wesentlichen darin besteht, ein Gebäude zu errichten und Mieter für die einzelnen Mieteinheiten zu finden, um es im Anschluss an die Fertigstellung gewinnbringend zu veräußern. Ein Vermietungsunternehmen, das der Erwerber fortführen könnte, liegt dann mangels nachhaltiger Vermietung nicht vor (BFHE 210, 146 = BStBl II 2007, S. 61). Ebenso führt die Veräußerung eines einzelnen Grundstücks ohne Übergang von Miet- oder Pachtverträgen nicht zu einer Geschäftsveräußerung, da es sich auch dann nicht um die Übertragung eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils handelt, mit dem eine selbständige Tätigkeit fortgeführt werden kann (BFHE 208, 491 = BStBl II 2007, S. 730; BFHE 219, 284 = BStBl II 2008, S. 447 = MittBayNot 2008, 243).

2. Das Urteil der Vorinstanz, dem die Auslegungsgrundsätze des zu dieser Vorschrift später ergangenen Senatsurteils in BFHE 210, 146 = BStBl II 2007, S. 61 nicht bekannt waren, ist von anderen Grundsätzen ausgegangen und war daher aufzuheben. Der Senat kann aufgrund der Feststellungen des FG in der Sache selbst entscheiden (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO).

Selbst wenn die Veräußerin im Streitfall zunächst beabsichtigt haben sollte, das Grundstück mit einem Gastronomiekomplex zu bebauen, zu vermieten und im eigenen Bestand zu halten, bestand bei der Veräußerin nach den Grundsätzen des Senatsurteils in BFHE 210, 146 = BStBl II 2007, S. 61 im Zeitpunkt der Veräußerung kein hinreichend verfestigtes Vermietungsunternehmen, das durch die Klägerin fortgeführt werden konnte. Hiergegen spricht bereits, dass nach dem der Grundstücksübertragung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ein noch zu bebauendes Grundstück zu übertragen war und dass

die Finanzierung der Gebäudeerrichtung nicht gesichert war. Im Übrigen wird auch die unternehmerische Tätigkeit der Veräußerin im Zeitraum zwischen dem Grundstückserwerb im Dezember 1995 und der Lieferung des bebauten Grundstücks durch Besitzeinweisung im August 1997 nicht durch ein Handeln in Vermietungs-, sondern durch ein Handeln in Veräußerungsabsicht geprägt. Denn die Veräußerin beauftragte den Makler zum Verkauf des zu bebauenden Grundstücks bereits im Oktober 1996 und damit unmittelbar nach Abschluss des Mietvorvertrages im September 1996. (...)

19. GrEStG §§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3; ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 2174 (*Grunderwerbsteuerpflicht bei Ausübung eines durch Vermächtnis angeordneten Vorkaufsrechts*)

Hat der Erblasser vermächtnisweise angeordnet, einem von drei Miterben ein dingliches Vorkaufsrecht an einem im Nachlass befindlichen Grundstück zu bestellen, das hälftig den beiden anderen Miterben vermacht worden ist, und hat der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausgeübt, ist der dadurch zustande gekommene Erwerbsvorgang weder nach § 3 Nr. 2 GrEStG noch nach Nr. 3 der Vorschrift Grunderwerbsteuerfrei.

BFH, Urteil vom 8.10.2008, II R 15/07

Die 2003 verstorbene P hatte ihre Tochter, die Klägerin, sowie deren beide Geschwister durch letztwillige Verfügung vom 2.10.2003 zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und den beiden Geschwistern im Voraus ihr Wohnhaus zu je hälftigem Miteigentum sowie der Klägerin für den ersten Verkauf dieses Grundstücks durch die Geschwister ein dingliches Vorkaufsrecht vermacht. Außerdem hatte P eine Testamentsvollstreckung durch die Klägerin angeordnet. Nach Umschreibung des Grundstücks auf die Miterben zur gesamten Hand und Eintragung des Vorkaufsrechts der Klägerin übertrugen die Miterben das Grundstück auf die Geschwister der Klägerin in Miteigentum zu je 1/2. Drei Monate nach Umschreibung schlossen die beiden Geschwister mit Dritten einen Vertrag über den Verkauf des Grundstücks zum Preis von 255.000 €. Daraufhin übte die Klägerin ihr Vorkaufsrecht mit notariell beurkundeter Erklärung vom 13.9.2004 aus.

Das beklagte FA setzte gegen die Klägerin für den aufgrund des ausgeübten Vorkaufsrechts verwirklichten Erwerbsvorgang mit Bescheid vom 24.9.2004 Grunderwerbsteuer in Höhe von 8.925 € fest. Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin die Steuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG geltend gemacht hatte, blieben ohne Erfolg. Das FG hielt den Befreiungstatbestand für nicht erfüllt. Die Klägerin habe das Grundstück nicht durch Vermächtnis i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, und damit nicht von Todes wegen, erworben. Ihr sei nicht das Grundstück vermacht worden, sondern lediglich ein Vorkaufsrecht. Ihr habe daher mit dem Erbfall noch kein Übereignungsanspruch bezüglich des Grundstücks zugestanden, sondern lediglich ein Gestaltungsrecht, dessen Ausübung noch von einem Grundstücksverkauf durch die Geschwister abhängig gewesen sei. Dieser Kaufvertrag und nicht der Erbfall sei „Entstehungsgrund“ des Übereignungsanspruchs. Dem vermachten Vorkaufsrecht komme nur „instrumentale Bedeutung“ zu.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet; sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Die Voraussetzungen einer Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 GrEStG liegen nicht vor.

1. Mit der Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts durch die Klägerin ist gemäß § 1098 Abs. 1 i. V. m. § 464 Abs. 2 BGB bezüglich jedes Miteigentumsanteils ein Grundstückskauf zwischen ihr und einem der Geschwister unter den Bestimmungen zustande gekommen, welche Letztere mit den Dritten vereinbart hatten. Diese Kaufverträge unterliegen ge-

mäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer, ohne gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG befreit zu sein.

a) Der erkennende Senat hat durch Urteil vom 21.7.1993 (BFHE 172, 118 = BStBl II 1993, S. 765) entschieden, dass nicht nur der Grundstückserwerb durch ein reines Sachvermächtnis, sondern auch derjenige aufgrund eines Kaufrechtsvermächtnisses von der Grunderwerbsteuer befreit ist, und dabei lediglich offen gelassen, ob dies auch dann gilt, wenn der Vermächtnisnehmer das Grundstück zum Verkehrswert erwerben musste. Mit Urteil vom 13.8.2008 (BFH/NV 2008, 1760) hat der Senat in einem Rechtsstreit wegen Erbschaftsteuer erkannt, Erwerbsgegenstand eines grundstücksbezogenen Kaufrechtsvermächtnisses sei die aufschiebend bedingte Forderung des Vermächtnisnehmers gemäß § 2174 BGB gegen den Beschwerden auf Übertragung des betroffenen Grundstücks und nicht etwa – wie bis dahin angenommen – ein Gestaltungsrecht. Damit erweist sich die zur Grunderwerbsteuer ergangene Entscheidung des BFH in BFHE 172, 118 = BStBl II 1993, S. 765 umso mehr als zutreffend, als nunmehr keine Unterschiede zwischen dem erbschaftsteuerrechtlichen und dem Grunderwerbsteuerrechtlichen Erwerb(-svorgang) mehr bestehen (vgl. zu den bisherigen Unterschieden: *Sack* in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 16. Aufl. 2007, § 3 Rdnr. 32). Zivil- und damit erbschaftsteuerrechtlich ist Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs des mit einem Kaufrechtsvermächtnis Bedachten ebenso die Verfügung von Todes wegen wie bei einem reinen Sachvermächtnis. Lediglich die Zahlungspflicht des Vermächtnisnehmers hat ihren Rechtsgrund in dessen Verpflichtungserklärung, den Kaufpreis zu zahlen (so BGH, DNotZ 1960, 207 m. Anm. *Hieber*).

b) Entgegen der Ansicht der Klägerin ist jedoch das ihr vermachte dingliche Vorkaufsrecht im Rahmen des § 3 Nr. 2 GrEStG nicht mit einem derartigen Kaufrechtsvermächtnis vergleichbar. Anders als bei einem grundstücksbezogenen Kaufrechtsvermächtnis ist die Forderung der Klägerin, die gemäß § 2174 BGB durch das zu ihren Gunsten verfügte Vermächtnis mit dem Tod der Mutter begründet worden ist, nicht – wenn auch aufschiebend bedingt – auf Übertragung des Grundstücks gerichtet, sondern auf die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts an diesem Grundstück (vgl. *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 120). Während es bei einem Kaufrechtsvermächtnis nicht des Abschlusses eines Kaufvertrages bedarf, um den (aufschiebend bedingten) Übereignungsanspruch gegen den Beschwerden – also regelmäßig den oder die Erben – zu begründen, und durch den Kaufvertrag lediglich die Pflicht zur Kaufpreiszahlung entsteht, ist der Klägerin durch den Tod der Mutter noch kein – auch noch kein aufschiebend bedingter – Übereignungsanspruch erwachsen. Vielmehr hat sie durch Erwerb von Todes wegen lediglich einen Anspruch auf Einräumung eines Vorkaufsrechts erhalten (so *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, S. 120).

c) Anders als das Grundstück bei einem Kaufrechtsvermächtnis hat sich das vermachte dingliche Vorkaufsrecht weder im Vermögen der Mutter befunden noch ist es mit deren Tod entstanden. Es musste als dingliche Grundstücksbelastung erst von der Klägerin als Testamentsvollstreckerin bestellt und seine Eintragung bewilligt werden. Dies ist auch geschehen, wie aus der bei den Steuerakten befindlichen Be-

nachrichtigung des Grundbuchamtes vom 29.12.2003 über die Eintragung des Vorkaufsrechts „gemäß Bewilligung vom 15.12.2003“ hervorgeht. Spätestens mit der Eintragung des Vorkaufsrechts im Grundbuch war das zugunsten der Klägerin angeordnete Vermächtnis erfüllt, ohne dass damit ein Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 GrEStG verbunden gewesen wäre.

d) Somit erfüllt einerseits der in der Person der Klägerin erfolgte Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG noch keinen Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 GrEStG. Andererseits stellt der in der Person der Klägerin verwirklichte Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 GrEStG keinen Erwerbsvorgang von Todes wegen i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG mehr dar, sondern einen Erwerb unter Lebenden. Als solcher fällt er nicht unter § 3 Nr. 2 GrEStG. Eine Steuerbefreiung des streitbefangenen Grundstückserwerbs gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG wäre auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gerechtfertigt. Der in dem Grundstück verkörperte Wert ist durch den Erbfall den beiden Geschwistern der Klägerin zugeflossen; die Klägerin hat es wie ein Dritter zu einem unter Fremden ausgehandelten Kaufpreis kaufen müssen. Die einzige Besonderheit bestand darin, dass sie den Zeitpunkt des Kaufs nicht beeinflussen und über das Ob eines Verkaufs sowie den Inhalt des Kaufvertrages nicht mitbestimmen konnte.

2. Auch eine Steuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 3 GrEStG steht der Klägerin nicht zu. Gemäß dieser Vorschrift ist der Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses ebenfalls Grunderwerbsteuerfrei. Das Vorkaufsrecht der Klägerin diente aber nicht der Teilung des Nachlasses. Vielmehr enthielten bereits die Vorausvermächtnisse zugunsten der beiden Geschwister der Klägerin in der Wirkung Elemente einer Nachlassenteilung. Durch die Vorausvermächtnisse verteilte sich der Nachlass so auf die Geschwister, dass die zu Lebzeiten der Mutter zugunsten der Klägerin erfolgte Schenkung des Nachbargrundstücks unter den Miterben ausgeglichen wurde. Damit war die Nachlassenteilung unter den Miterben bezüglich des Grundstücks abgeschlossen.

20. GrEStG §§ 1 Abs. 3, 16 Abs. 5, 19 (*Grunderwerbsteuerfestsetzung bei Verletzung der Anzeigepflicht*)

Von einer Grunderwerbsteuerfestsetzung ist nicht Abstand zu nehmen, wenn der rückgängig gemachte Erwerbsvorgang nicht ordnungsgemäß innerhalb einer Frist von zwei Wochen der Finanzbehörde zur Kenntnisnahme gebracht wurde. Eine Nachholung der Anzeige des Erwerbsvorgangs bis zum Ergehen des Grunderwerbsteuerbescheids und vor Abschluss des Aufhebungsvertrags genügt nicht. Denn dabei wäre nicht auszuschließen, dass sich der Steuerpflichtige erst zu einer Anzeige entschließt, wenn er vermutet, dass die Finanzbehörde auch ohne sein Zutun Kenntnis vom Erwerbsvorgang erlangen könnte.

FG Münster, Urteil vom 17.9.2008, 8 K 4809/06 GrE

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in EFG 2008, 1996.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Modernisierung des Vergaberechts: Auswirkungen auf Investorenverträge?

Das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB hat durch die sog. Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf Einzug in die notarielle Praxis gehalten. Verträge über die Veräußerung von Grundbesitz sind unter bestimmten Voraussetzungen als öffentliche Aufträge zur Beschaffung von Bauleistungen und damit als europaweit ausschreibungspflichtige Verträge zu qualifizieren (vgl. *Regler*, MittBayNot 2008, 253). Hierauf reagiert das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl 2009 I, S. 790), welches am 24.4.2009 in Kraft getreten ist. Es enthält – so jedenfalls die Intention des Gesetzgebers – wichtige Änderungen für Grundstückskaufverträge mit vergaberechtlicher Relevanz (sog. Investorenverträge).

1. Neuregelung des Kartellvergaberechts

Öffentliche Bauaufträge sind gemäß § 99 Abs. 3 GWB Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung

- „eines Bauvorhabens“ (Alt. 1),
- „eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“ (Alt. 2),
- „einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ (Alt. 3).

Neu ist die Formulierung der Alt. 3, wonach nunmehr verlangt wird, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugute“ kommen muss. Hierdurch soll „klargestellt“ werden, dass ein öffentlicher Bauauftrag einen *eigenen Beschaffungsbedarf* des Auftraggebers voraussetzen und die Verwirklichung einer angestrebten städtebaulichen Entwicklung als einzukaufende Leistung damit nicht ausreichen soll.

Die Definition der Baukonzession wurde zutreffend von § 98 Nr. 6 GWB a. F. als neuer Abs. 6 in die Definition der öffentlichen Aufträge gemäß § 99 GWB übernommen. Hiernach ist eine Baukonzession ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem *befristeten* Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht. Mit dem Erfordernis der Befristung des Nutzungsrechts will der Gesetzgeber der Rechtsprechung Einhalt gebieten, wonach auch eine Veräußerung des Bauwerks eine Nutzung in diesem Sinn darstellt.

2. Obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Düsseldorf)

Im Schrifttum wird bereits frohlockt, der Gesetzgeber habe die durch die obergerichtliche Rechtsprechung unnötig entstandene Rechtsunsicherheit endlich durch die notwendige Klarstellung im GWB beseitigt; Investorenverträge seien nun mangels unmittelbarer körperlicher Beschaffung und mangels befristeter Nutzung keine öffentlichen Bauaufträge in Form der Baukonzession und unterlägen nicht mehr dem europarechtlichen Vergaberechtsregime. Für mit der Materie Vertraute mag diese Entwicklung durchaus verwundern:

Bekanntlich entschied das OLG Düsseldorf, dass auch ein Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber ein Grundstück verkauft, dann einen öffentlichen Bauauftrag (§ 99 Abs. 3 Alt. 2 und 3 GWB) in Form der Baukonzession darstellen kann, wenn sich der Käufer und private Investor (ausdrücklich oder konkludent) zu einer Bebauung („ob“) nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers („wie“) verpflichtet. Bei der Bemessung des Auftragswerts für die Frage des Erreichens des derzeit geltenden Schwellenwerts von 5.150.000 € sind auch Erlöse von Dritten (= Zweitkäufern) zu berücksichtigen, die der Investor durch den Verkauf des Bauwerks oder von Teilen des Bauwerks realisiert. Zugrunde liegen die Vergabekoordinierrichtlinie (VKR) und die Judikate des EuGH in den Rechtssachen „Teatro alla Biccoca“ und „Commune de Roanne“. Das OLG Düsseldorf hat seine Rechtsprechung in weiteren Entscheidungen mehr und mehr ausdifferenziert. Es war freilich nicht zu erwarten, dass eine Einbeziehung solcher Vertragsbeziehungen in das Vergaberechtsregime, auch von „bloßen“ Grundstückskaufverträgen, sofern sie mit einem flankierenden städtebaulichen Vertrag eine sog. vergaberechtliche Einheit bilden, auf ungeteilte Zustimmung stoßen würde. Dennoch kann sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung nach anfänglicher Kritik ein Umschwenken auf die „Ahlhorn-Linie“ das OLG Düsseldorf festgestellt werden.

Vor der Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts erging schließlich der Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf im Verfahren „Husaren-Kaserne Sontra“ (OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 727), mit dem das Gericht dem EuGH insgesamt neun Vorlagefragen stellt, welche nahezu die gesamte Thematik der Vergabepflicht von Investorenverträgen gemäß der bisherigen Rechtsprechung erfassen. Das OLG Düsseldorf setzt sich in dieser Entscheidung mit der Kritik an seiner Rechtsprechung auseinander und legt nochmals seine Auffassung zur Vergabepflicht von Investorenverträgen stringenter dar:

Für die vergaberechtliche Beurteilung kommt es weder auf die Rechtsnatur des Vertrages noch darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber Eigentümer des zu errichtenden Bauwerks ist oder wird oder dieses selbst nutzen will. Art. 1 Abs. 2 lit. b) VKR verlangt keinen originären Beschaffungszweck und damit keinen gegenständlichen Beschaffungsbedarf.

Bauleistungen werden daher auch dadurch beschafft, dass ein Objekt gemäß der vom öffentlichen Auftraggeber gewünschten städtebaulichen Zielsetzung errichtet wird, gleich von wem das Objekt anschließend betrieben oder benutzt wird. Aufgrund der Nachfrage von Bauleistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber besteht stets die Sondersituation auf dem Markt, welche für das Eingreifen des Vergaberechtsregimes maßgeblich ist. Auch eine (arme) Kommune, die Grundbesitz unter Vereinbarung einer Bauverpflichtung nach ihren Vorstellungen an einen Privaten veräußert, weil sie das Betreiberisiko haushaltsrechtlich nicht tragen kann, beschafft Bauleistungen.

Die Beschaffung in diesem Sinn setzt das Bestehen einer, wenn auch nicht einklagbaren (vgl. Vorlagefrage 3), Bauverpflichtung voraus, wobei die Leistungspflichten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch noch weitgehend unbestimmt sein können. Für die dem Umgehungsschutz dienende Alt. 3 des § 99 Abs. 3 GWB wird eine solche Verpflichtung nicht verlangt. Erfordernisse des Auftraggebers („wie“) sind dann zu bejahen, wenn der öffentliche Auftraggeber *im*

Vertrag die rechtliche Befugnis erhält, die Verfügbarkeit des zu errichtenden Bauwerks für eine öffentliche Zweckbestimmung sicherzustellen. Solche Vorgaben an die zu erbringenden Bauleistungen liegen daher nicht schon in dem für das Vorhaben geltenden Städtebaurecht gemäß §§ 30 ff. BauGB; allerdings kann auch eine Herstellung nach den vom Auftraggeber „geprüften und gebilligten Plänen“ genügen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber diese zu Eigen gemacht hat (Vorlagefrage 6, zu den einzelnen Fallgruppen bereits *Regler*, MittBayNot 2008, 253, 260 f.).

Nicht unerwähnt sei, dass das OLG Düsseldorf dem EuGH genau die Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat, die Inhalt des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts sind, nämlich ob

– eine gegenständliche Beschaffung von Bauleistungen und ein unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen für den öffentlichen Auftraggeber für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags, und

– ein Eigentumserwerb oder ein befristetes Nutzungsrecht des Konzessionärs für die Annahme einer Baukonzession

notwendig sind, was das Gericht jeweils verneint (Vorlagefragen 1 und 7).

Der Gesetzgeber entschied sich der vorgenannten Rechtsentwicklung zum Trotz für eine nationale Beschränkung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte. In Frage steht, ob sich die Rechtsprechung der Vergabekammern, der Oberlandesgerichte und – bei Divergenzvorlagen – des BGH an die gesetzgeberisch gewünschte „Klarstellung des Anwendungsbereichs“ halten wird, denn Maßstab für die Anwendung des umgesetzten Rechts ist die richtlinienkonforme Auslegung. Endgültige Klarheit über den Versuch, Investorenverträge nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu unterstellen, wird erst die Entscheidung des EuGH über den Vorlagebeschluss „Husaren-Kaserne Sontra“ bringen.

3. Rechtsfolgen eines Vergaberechtsverstoßes, weitere Neuerungen

Das reformierte Kartellvergaberecht beinhaltet darüber hinaus die Hochzoning der Vorschrift des § 13 VgV in das GWB, die erstmals in einem wieder zurückgezogenen Referentenentwurf aus dem Jahr 2005 enthalten war. § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, die unterlegenen Bieter über den Namen des erfolgreichen Unternehmens, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Der Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information, bei Versendung per Fax oder auf elektronischem Weg nach 10 Kalendertagen geschlossen werden. Die Frist beginnt am Tag der Absendung der Information durch den Auftraggeber, auf den Zugang beim Empfänger soll es nicht ankommen (§ 101 a Abs. 1 Satz 3 bis 5 GWB). Abs. 2 sieht nunmehr ausnahmsweise und sicherlich streitanfällig das Entfallen der Informationspflicht in Fällen vor, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 101 Abs. 4 GWB) wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

Nach der Neuregelung sind Verträge *ex tunc* unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen § 101 a GWB verstoßen hat (§ 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB). Die gleiche Rechtsfolge tritt für die in der Vergangenheit am häufigsten diskutierte Fallgruppe der sog. De-facto-Vergaben ein, also für Aufträge, die unmittelbar an ein Unternehmen erteilt werden, ohne dass andere Unternehmen beteiligt werden und ohne dass dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist (§ 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB). Die Unwirksamkeit ist nach der Gesetzesbegründung nur eine

schwebende. Die endgültige Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags setzt die Feststellung des Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren voraus, wobei der Verstoß innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis, spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden sein muss (§ 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB). Hierdurch wird die bisherige Rechtsprechung zu § 13 VgV im Gesetz weitgehend nachgebildet.

Die weiteren Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts stellen tatsächlich Klarstellungen des Anwendungsbereichs dar (öffentliche Auftraggebereigenschaft, Ausnahmen von der Vergabepflicht), regeln die Einbeziehung vergabefremder Zwecke sowie die Förderung mittelständischer Interessen und modifizieren das Nachprüfungsverfahren. Unter Berufung auf das maßgebliche Judikat des BVerfG zu Art. 19 Abs. 4, 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG (BVerfG, NZBau 2006, 791; vgl. *Regler*, MittBayNot 2008, 253, 255) wurde ein effektiver Primärrechtsschutz für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte trotz vielfacher Forderungen nicht Gesetz.

4. Notarielle Mitwirkung

Für den Notar, der einen Grundstückskaufvertrag betreut, mit dem zugleich oder im Wege der vergaberechtlichen Einheit Bauleistungen beschafft werden, lässt sich zumindest eine vorübergehende Entspannung der Problematik nicht abstreiten: Die Umsetzung des reformierten § 99 Abs. 3 und 6 GWB durch die nationale Rechtsprechung bleibt zwar ebenso abzuwarten wie das Judikat des EuGH zum Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf. An den Notar können indes keine höheren Anforderungen gestellt werden als diejenigen, die der Gesetzgeber selbst vorgibt. Die Mitwirkung des Notars richtet sich maßgeblich nach seiner Kenntnis von der vergaberechtlichen Relevanz der beantragten Grundstückstransaktion. Diese hängt regelmäßig davon ab, ob der Notar mit dem Gesamtvorgang – Grundstückserwerb durch den Investor und Sicherstellung der städtebaulichen Zielsetzung des öffentlichen Auftraggebers einschließlich der Frage der Vergabepflicht – befasst oder erst (und nur) für die Beurkundung und Abwicklung des Grundstückskaufvertrages zwischen Verkäufer und Käufer einbezogen ist:

a) Bezüglich des Umfangs der Formpflicht des § 311 b BGB bei Aufnahme einer bestehenden Bauverpflichtung und Vereinbarungen, welche die Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers konkretisieren, dürfte regelmäßig der allgemein übliche Hinweis genügen. Besonderheiten zu sonstigen Grundstückstransaktionen bestehen nicht.

b) Die geschilderten Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht, einer De-facto-Vergabe oder eines möglichen kollusiven Zusammenwirkens zur Vermeidung der Vergabepflicht führen bei positiver Kenntnis des Notars zur Unzulässigkeit der notariellen Mitwirkung (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG). In den verbleibenden Fällen, die in der Praxis eindeutig überwiegen dürften, empfiehlt sich für den Notar, die Beteiligten auf die mögliche Vergabepflicht hinzuweisen. Ein kurzer Hinweis in der notariellen Urkunde könnte wie folgt formuliert werden:

Geht mit der Veräußerung des Grundbesitzes eine Beschaffung von Bauleistungen für den Veräußerer nach dessen Erfordernissen einher, die den geltenden Schwellenwert erreicht, kann ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen sein. Die Nichteinhaltung der hierfür geltenden Bestimmungen kann die Unwirksamkeit dieses Vertrages zur Folge haben.

Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Wolfgang Schäffling, Pirmasens, verstorben am 18.2.2009

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2009:

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Mit Wirkung vom 1.8.2009:

Notar Klaus Reeh, München

Mit Wirkung vom 1.10.2009:

Notar Wolfgang Lehnert, Trostberg

Notar Dr. Joseph Safferling, Bad Tölz

3. Amtsniederlegung nach § 48 b BNotO:

Mit Wirkung vom 24.2.2009:

Notar Tobias Fembacher, Greding

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.2009:

Coburg (in Sozietät mit Notar Dr. Hans-Jürgen Heil)	dem Notarassessor Dr. Jan Heisel (bisher in Fürth Notarstellen Prof. Dr. Bengel/ Dr. Fleischer)
--	--

Mit Wirkung vom 1.4.2009:

Dachau (in Sozietät mit Notar Jörg Zöbelein)	dem Notar Dr. Johann Mayr (bisher in Neustadt a. d. Aisch)
---	---

Ochsenfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Michael Eigner)	dem Notarassessor Thomas Zöpfl (bisher in Schweinfurt Notarstellen Dr. Weiß/Muschel)
--	---

Vohenstrauß	der Notarassessorin Simone Lang (bisher in Weilheim i. OB Notarstelle Dr. Bracker)
-------------	--

Neustadt a. d. Waldnaab	dem Notarassessor Marcel Wollmann (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)
-------------------------	--

Mit Wirkung vom 1.6.2009:

Erding (in Sozietät mit Notar Holger Koch)	dem Notar Rudolf Burghart (bisher in Freyung)
---	--

Rosenheim	dem Notarassessor Lucas Wartenburger (bisher in Rosenheim Notarstelle Dr. Spiegelberger)
-----------	--

5. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2009:

Stefanie Amthor, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Melanie Auernhammer, Nürnberg (Notarstellen Dr. Wahl/
Dr. Adrian)

Susanne Baumann (zugewiesen Notarstelle Dr. Everts,
Berchtesgaden; derzeit im Sonderurlaub)

Tiziana Brummer, München (Notarstellen Reeh/
Dr. Frank)

Maria Dichtl, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/
Dr. Wälzholz)

Alexandra Jung, Lauterecken (Notarstelle Dr. Gilcher)

Nino Köller, München (Notarstellen Dr. Gebhard/Rüth)

Julia Luft, Traunstein (Notarstellen Jenewein/Zahn-
brecher)

Jasmin Micka, Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/
Dr. Sommerhäuser)

Ulrich Riedelsheimer, Donauwörth (Notarstelle
Dr. Auer)

Tatjana Sanikowitsch, München (Notarstellen Dr. Korte/
Dr. Basty)

Christine Schmid, Burglengenfeld (Notarstelle Diel)

Heike Schulz, München (Notarstellen Dr. Streber/
Dr. Schubert)

Benjamin Skirka, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Julia Steber, München (Notarstellen Dr. Graf v. Stosch/
Dr. Schervier)

Christiane Stenglein, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth)

Johannes Thoma, München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/
Dr. Götte)

Tanja Weigl, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/
Dr. Böhmer)

Claudia Wolf, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-
Fischer/Kluge)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Sozietät Dr. Reuss/Dr. Vollrath, München, wurde mit Wirkung vom 1.4.2009 aufgehoben

Notar Dr. Hans-Joachim Vollrath, München, seit 1.4.2009 in Sozietät mit Notar Dr. Robert Walz, München

Notar Vitali Schmittkel, Bad Neustadt an der Saale, wurde mit Wirkung vom 24.2.2009 promoviert

Notarassessorin Dr. Frauke Wedemann, München (Notarstelle Dr. Bohrer), ist auf eigenen Wunsch zum 16.2.2009 ausgeschieden

Notarassessor Ralph-Roman Bachner, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke), ab 1.3.2009 in Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky)

Notarassessor Ralf Rebhan, Bischofsheim a. d. Rhön (Notarstelle Koch), ab 11.3.2009 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Ingmar Wolf, München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel), ab 1.6.2009 in München (Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu)

Oberinspektor i. N. Markus Lilly, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bleifuß), ab 1.3.2009 in Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Keller)

Oberinspektor i. N. Thorsten Roth, Roth (Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Keller), ab 1.3.2009 in Gunzenhausen (Notarstelle Bandele)

Oberinspektorin i. N. Andrea Vollmann, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran), ab 1.3.2009 in Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Macht)

Amtsrat i. N. Rainer Queste, München (Notarstellen Barth/Brunner), ab 1.3.2009 in München (Notarstellen Dr. Schalkhaußer/Dr. Wenner)

Oberinspektorin i. N. Barbara Hausner, München (Notarstellen Dr. Schalkhaußer/Dr. Wenner), ab 1.3.2009 in Babenhausen (Notarstelle Schneider)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektor i. N. Andreas Neder, Nürnberg (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Sommerhäuser), zum 10.3.2009 ausgeschieden

Amtmann i. N. Walter Stahl, Ochsenfurt (Notarstelle Dr. Eigner), zum 1.4.2009 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Friedrich Rieth, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.4.2009 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Ernst Haas, Mallersdorf (Notarstelle Lindner), ab 1.5.2009 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Karl Schweiger, Roding (Notarstelle Mayer), ab 1.6.2009 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Alzenau, Notarstellen Brückner/Dr. Bleifuß
E-Mail: post@notariat-alzenau.de

Coburg, Notarstellen Dr. Heil/Dr. Heisel
E-Mail: notare.heil.heisel@t-online.de

München, Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath,
Sonnenstraße 9, 80331 München
Telefon 089 746137-0, Telefax 089 746137-20
E-Mail: kontakt@notare-walz-vollrath.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht
(Heuermann, Schallmoser, Spiegelberger,
Wälzholz)
21.–23.5.2009 in Fischbachau
2. Neue und alte Haftungsgefahren nach dem MoMiG
(Heckschen, Heidinger)
29.5.2009 in Heusenstamm,
30.5.2009 in Bochum
3. Deutsch-Spanischer Rechtsverkehr
in der notariellen Praxis
(Bartholmai, Süß, Wachter)
12.–13.6.2009 in Peguera/Mallorca
4. Intensivkurs WEG
(Hügel, Rapp)
19.–20.6.2009 in Bremen
5. Haftungsfallen im Erbrecht –
Typische Fälle aus der notariellen Praxis
(Ivo, G. Müller)
20.6.2009 in Bochum
6. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis
(D. Mayer)
20.6.2009 in Hamburg
7. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht
(H. Schmidt, Waldner)
26.6.2009 in Kassel,
27.6.2009 in Dötlingen

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.): Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag. O. Schmidt, 2009. 1 882 S., 249 €
2. Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos: Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. 3., überarb. Aufl., Luchterhand, 2009. 1 550 S., 119 €
3. Hager (Hrsg.): Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts. Nomos, 2009. 109 S., 28 €
4. Hager/Schröder (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen der notariellen Vertragsgestaltung im Erbrecht. Nomos, 2009. 37 S., 12 €
5. Hartmann: Kostengesetze. 39. Aufl., Beck, 2009. 2 100 S., 115 €
6. Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis. Beck, 2009. 425 S., 58 € + CD-ROM
7. Helios/Strieder (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der Genossenschaft. Beck, 2009. 846 S., 98 €
8. Henn/Frodermann/Jannot: Handbuch des Aktienrechts. 8., völlig neu bearb. und erw. Aufl., C. F. Müller, 2009. 1 337 S., 158 €
9. Lutter/Krieger: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats. 5., neu bearb. und erw. Aufl., O. Schmidt, 2009. 561 S., 99 €
10. Spiegelberger: Unternehmensnachfolge. 2. Aufl., Beck, 2009. 544 S., 78 €
11. Ulmer/Schäfer: GbR und Partnergesellschaft. 5. Aufl., Beck, 2009. 748 S., 88 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F