

# 1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2004

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Anforderungsprofil für Notare und Notarinnen,  
Notarassessorinnen und Notarassessoren 1

## Aufsätze

*Tiedtke/Wälzholz*: Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel 5

*Graf von Westphalen*: Immobilien-Leasing-Verträge – einige Aspekte zur notariellen Praxis 13

*Demharter*: Neues zum Unschädlichkeitszeugnis 17

*Basty/Wolff*: Verpflichtungserklärungen der Gemeinde bei notarieller Beurkundung 21

*Fembacher*: Grundstücksüberlassung an Minderjährige und Pflichtteilsanrechnung 24

## Rechtsprechung

Keine Nichtigkeit des Kreditvertrages bei Verstoß des Treuhänders gegen das RBerG (BGH, Urteil vom 3.6.2003, XI ZR 289/02) 37

Beachtung einer formlos mitgeteilten einstweiligen Verfügung durch das Grundbuchamt (BayObLG, Beschluss vom 30.5.2003, 2Z BR 129/02) 41  
mit Anmerkung *Heinemann* 42

Beitrag eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für einen im Alleineigentum des anderen stehenden Vermögensgegenstand (BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 249/01) 47

Haftung für Altverbindlichkeiten bei Eintritt in GbR (nur Leitsatz) (BGH, Urteil vom 7.4.2003, II ZR 56/02) 50  
mit Anmerkung *Eigner* 50

Insolvenzfestigkeit der Abtretung eines bedingten Rückzahlungsanspruchs auf Vorleistung bei nicht durchgeführtem Vertrag (BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 51/02) 54  
mit Anmerkung *Huber* 58

Notarhaftung bei auf „Sicherstellung“ der Eigentums-umschreibung Bezug nehmendem Treuhandauftrag (BGH, Urteil vom 8.5.2003, III ZR 294/02) 60  
mit Anmerkung *Fembacher* 62

## Inhalt

Anforderungsprofil für Notare und Notarinnen, Notarassessorinnen und Notarassessoren **1**

### Aufsätze

- Tiedtke/Wälzholz*: Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel **5**  
*Graf von Westphalen*: Immobilien-Leasing-Verträge – einige Aspekte zur notariellen Praxis **13**  
*Demharter*: Neues zum Unschädlichkeitszeugnis **17**  
*Basty/Wolff*: Verpflichtungserklärungen der Gemeinde bei notarieller Beurkundung **21**  
*Fembacher*: Grundstücksüberlassung an Minderjährige und Pflichtteilsanrechnung **24**

### Buchbesprechungen

- Münchener Vertragshandbuch, Bände 5 und 6 (Bürgerliches Recht I und II) (*Koller*) **27**  
Göppinger/Wax: Unterhaltsrecht (*Steinbauer*) **28**  
Waldner: Grundstückskaufverträge (*Koller*) **29**  
Blaurock: Handbuch der Stillen Gesellschaft (*Weigl*) **29**  
Schulze zur Wiesche: Die GmbH & Still (*Weigl*) **30**  
Keidel/Krafka/Willer: Registerrecht (*Waldner*) **31**  
Gabele/Dannenberg/Kroll: Immobilien-Leasing (*Spiegelberger*) **32**  
Gantzer: Spanisches Immobilienrecht (*Selbherr*) **33**  
Schömmer/Gebel: Internationales Erbrecht – Spanien (*Selbherr*) **34**  
Walz (Hrsg.): Verhandlungstechnik für Notare (*Grziwotz*) **34**  
Däubler: Verhandeln und Gestalten (*Everts*) **35**

## Rechtsprechung

### Bürgerliches Recht

#### Allgemeines

1. Keine Nichtigkeit des Kreditvertrages bei Verstoß des Treuhänders gegen das RBERG (BGH, Urteil vom 3.6.2003, XI ZR 289/02) **37**
2. Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Nachweisverzicht bei Kaufvertrag zwischen Nichtgewerbetreibenden (LG Landshut, Urteil vom 17.4.2003, 43 O 169/03) **40**
3. Arbeitsvertrag mit doppelter Schriftformklausel und Anspruch aus betrieblicher Übung (*nur Leitsatz*) (BAG, Urteil vom 24.6.2003, 9 AZR 302/02) **41**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Sachen- und Grundbuchrecht

4. Beachtung einer formlos mitgeteilten einstweiligen Verfügung durch das Grundbuchamt  
(BayObLG, Beschluss vom 30.5.2003, 2Z BR 129/02) **41**  
mit Anmerkung *Heinemann* **42**
5. Unschädlichkeitszeugnis für Änderung der Kostenverteilung in der Gemeinschaftsordnung  
(BayObLG, Beschluss vom 3.7.2003, 2Z BR 107/03) **43**
6. Unschädlichkeitszeugnis bei Grenzberichtigungen zwischen Grundstücken im eigenen Besitz  
(BayObLG, Beschluss vom 7.8.2003, 2Z BR 147/03) **45**
7. Entbehrlichkeit eines Erbscheins bei postmortaler Vollmacht  
(LG Neuruppin, Beschluss vom 29.8.2003, 5 T 217/03) **46**

### Familienrecht

8. Beitrag eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für einen im Alleineigentum des anderen stehenden Vermögensgegenstand  
(BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 249/01) **47**

### Erbrecht

9. Nichtanwendbarkeit des § 2077 BGB bei Schwiegerkindern  
(BGH, Beschluss vom 2.4.2003, IV ZB 28/02) **48**

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. Haftung für Altverbindlichkeiten bei Eintritt in GbR (*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 7.4.2003, II ZR 56/02) **50**  
mit Anmerkung *Eigner* **50**

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. Insolvenzfestigkeit der Abtretung eines bedingten Rückzahlungsanspruchs auf Vorleistung bei nicht durchgeführtem Vertrag  
(BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 51/02) **54**  
mit Anmerkung *Huber* **58**

## Beurkundungs- und Notarrecht

12. Notarhaftung bei auf „Sicherstellung“ der Eigentumsumschreibung Bezugnehmendem Treuhandauftrag  
(BGH, Urteil vom 8.5.2003, III ZR 294/02) **60**  
mit Anmerkung *Fembacher* **62**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

13. Verfassungsmäßigkeit der Gebührenhöhe für die Eintragung einer Grundschuld (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.11.2002, 3 W 213/02) **64**
14. Bewertung einer Bauverpflichtung (OLG Hamm, Beschluss vom 27.2.2003, 15 W 297/01) **65**
15. Wertansatz bei Verschmelzung mehrerer Gesellschaften (OLG Hamm, Beschluss vom 18.3.2003, 15 W 268/01) **68**

### Steuerrecht

16. Wirtschaftliches Eigentum an einem im Übergabevertrag nicht aufgeführten Grundstück (FG Baden-Württemberg, Gerichtsbescheid vom 10.2.2003, 13 K 254/99) **69**
17. Verwertungsbefugnis bei Immobilien-Leasingvertrag (FG Köln, Urteil vom 19.3.2003, 5 K 5873/98) **70**

### Hinweise für die Praxis

1. Schuldzinsen bei einem Darlehen für die Anschaffung eines teilweise vermieteten und teilweise selbstgenutzten Gebäudes bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; BFH-Urteil vom 9.7.2002 (BStBl 2003 II S. 389) Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.4.2003, IV C 3 – S 2211 – 55/03 **73**
2. Körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft unter Berücksichtigung der Änderungen durch das Steuersenkungs- (StSenkG) und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) – Sitzung KSt/GewSt VI/2002 TOP III/3 Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26.8.2003, IV A 2 – S 2770 – 18/03 **74**

### Standesnachrichten 79

### Sonstiges III

# 1 | **MittBayNot** Begründet 1864

Januar/Februar 2004 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## Anforderungsprofil für Notarinnen und Notare, Notarassessorinnen und Notarassessoren in Bayern

### Vorwort

Die durch das Bayerische Notariatsgesetz von 1861 geschaffene Form des hauptberuflichen Notariats, die zum Leitbild unserer heutigen Bundesnotarordnung geworden ist, hat sich bestens bewährt. Viele der heute in Bayern bestehenden rund 500 Notariate können ihre Existenz bis auf das Jahr 1862 zurückführen. Damals wurden auf der Grundlage des Notariatsgesetzes 231 Notarstellen errichtet. Der Objektivität, dem Recht und dem Gesetz verpflichtet, sind die bayerischen Notarinnen und Notare als von Staat und Klientel unabhängige, juristisch hervorragend qualifizierte Organe der Rechtspflege zu tragenden Säulen der vorsorgenden Rechtspflege und des Verbraucherschutzes geworden.

Die vielfältigen und immer anspruchsvolleren Aufgaben der Notarinnen und Notare stellen sehr hohe Ansprüche an ihre fachliche und persönliche Eignung. Das nachstehende Anforderungsprofil enthält – ohne erschöpfend sein zu wollen – Kriterien, deren Erfüllung von Notarinnen und Notaren in Bayern in ihren von hoher Verantwortung geprägten Ämtern allgemein erwartet wird. Gleiches gilt auch für Notarassessorinnen und Notarassessoren mit der Einschränkung, dass diese sich die besonderen er-



forderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten während des notariellen Anwärterdienstes aneignen sollen.

Das Anforderungsprofil wurde von einer gemeinsamen Arbeitsgruppe der Landesjustizverwaltung und der Landesnotarkammer Bayern unter dem Vorsitz des Präsidenten der Landesnotarkammer Bayern entwickelt. Hierfür sei von dieser Stelle aus herzlich gedankt. Das Anforderungsprofil soll Interessenten für den Notarberuf zur Information und Selbsteinschätzung dienen, darüber hinaus als Leitfaden für die Einstellung von Notarassessorinnen und Notarassessoren und nicht zuletzt den Notarinnen und Notaren als Orientierung für ihre weitere berufliche Entwicklung.

Dr. Beate Merk  
Bayerische Staatsministerin der Justiz

## 1. Vorbemerkung

Notare\* sind unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes. Sie werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege bestellt. Notare unterhalten an den ihnen zugewiesenen Amtssitzen Geschäftsstellen mit eigenen Mitarbeitern. Sie erheben für ihre Amtstätigkeit Gebühren nach der Kostenordnung und tragen das wirtschaftliche Risiko ihrer Amtsführung selbst. Notare sind aber keine freien Unternehmer. Sie üben kein Gewerbe aus. Notare nehmen vielmehr selbstständig originäre hoheitliche Befugnisse wahr, sind zur Amtsausübung verpflichtet und streben nicht nach Gewinn im Wettbewerb mit anderen. Notare sind zur Verschwiegenheit verpflichtet und genießen aufgrund ihrer unabhängigen Stellung und ihrer hohen fachlichen und sozialen Kompetenz besonderes Vertrauen. Das Notaramt ist ein öffentliches Amt mit ergänzenden freiberuflichen Elementen.

Die Bestellung zum hauptberuflichen Notar setzt in der Regel die Leistung eines dreijährigen Anwärterdienstes als Notarassessor im Landesdienst voraus. Notarassessoren stehen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und erhalten Bezüge entsprechend den Grundsätzen des beamtenrechtlichen Alimentationsprinzips.

Aufgrund ihrer besonderen Stellung sind an die fachliche, persönliche und gesundheitliche Eignung der Notare besonders hohe Anforderungen zu stellen (Art. 33 Abs. 2 GG). Notarassessoren müssen die erforderlichen Anlagen besitzen, um nach Ableistung des Anwärterdienstes die Voraussetzungen für die Bestellung zum Notar auf Lebenszeit erfüllen zu können.

Das nachstehende Anforderungsprofil enthält – ohne erschöpfend sein zu können – Kriterien, deren Erfüllung von Notaren in ihrem von hoher Verantwortung geprägten Amt allgemein erwartet wird. Gleiches gilt auch für Notarassessoren mit der Einschränkung, dass diese sich die besonderen erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten während des Anwärterdienstes aneignen sollen.

## 2. Tätigkeitsfeld des Notars

Das klassische Tätigkeitsfeld des Notars wird wesentlich durch das materielle Recht und das Verfahrensrecht bestimmt. Bundes- und landesrechtliche Vorschriften sehen vor allem auf den Gebieten des Immobilien-, Handels-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrechts Beurkundungszuständigkeiten des Notars vor. Die Zivilprozessordnung misst der notariellen Urkunde einen besonderen Beweiswert zu und ermöglicht es, einen vollstreckbaren Titel zur Urkunde des Notars zu schaffen. Deshalb kommt die notarielle Beurkundung auch für rechtsgeschäftliche Erklärungen in Betracht, die nicht formbedürftig sind. In zunehmendem Umfang gewinnen Querbezüge zum öffentlichen Recht, Steuerrecht, Internationalen Privatrecht sowie zum Europarecht für die notarielle Praxis an Bedeutung.

Die Funktion der Form ist nicht auf die Beweiskraft und den Schutz vor Übereilung beschränkt. Hinzu treten Warnfunktion sowie die Streitvermeidung durch rechtssichere Vertragsgestaltung und Information. Deshalb erschöpft sich die Aufgabe des Notars nicht darin, den Willen der Vertragsparteien zu protokollieren. Vielmehr hat er die Parteien als neutraler

Betreuer beider Seiten rechtlich zu belehren und gestaltend zu beraten. Im Idealfall des Beurkundungsverfahrens schlägt er einen von ihm entworfenen, ausgewogenen Vertrag vor. Der Notar hat auf die Einhaltung des zwingenden Rechts, insbesondere der Verbraucherschützenden Vorschriften, zu achten und auf Zweifel an der Wirksamkeit von Vertragsklauseln hinzuweisen. Die Verfahrensgestaltung bei Verbraucherverträgen soll einem strukturellen Ungleichgewicht der Vertragsparteien entgegenwirken. Der Notar ist jedoch nicht der „Vormund“ des Bürgers. Das Beurkundungsverfahren dient dazu, bei bedeutsamen Rechtsgeschäften die Bedingungen zu schaffen, unter denen der Bürger von seiner Vertragsfreiheit eigenverantwortlich und bewusst Gebrauch machen kann.

Neben der Vorbereitung von Verträgen und deren Beurkundung nimmt der nachfolgende Vollzug einen nicht unwesentlichen Anteil der notariellen Tätigkeit ein. Der Notar übernimmt hier häufig umfassende Treuhandaufgaben. Seine „Filterfunktion“ vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt zur beschleunigten Abwicklung von Rechtsgeschäften bei.

## 3. Fachliche Eignung

Die fachliche Eignung als Voraussetzung der Übernahme in den Anwärterdienst wird in erster Linie durch die Leistungen in der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung nachgewiesen. In Ausnahmefällen können weitere fachliche Gesichtspunkte wie das Ergebnis der Ersten Juristischen Staatsprüfung herangezogen werden. Bei der Bestellung zum Notar werden zudem die Dauer des Anwärterdienstes – ggf. unter Anrechnung von Wehrdienst-, Zivildienst- und Erziehungszeiten – und die in der Vorbereitungszeit gezeigten Leistungen berücksichtigt.

Der Notar hat Beurkundungszuständigkeiten in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten, in denen von ihm ein hohes Maß an Spezialkenntnissen verlangt wird. Der Notar bedarf deshalb eines breiten und zugleich spezialisierten Fachwissens, das durch Fortbildung ständig auf dem neuesten Stand gehalten wird.

Zuweilen benötigt der Notar aufgrund der zunehmenden Internationalisierung auch Kenntnisse fremder Sprachen und Rechtsordnungen.

Der Notar muss in der Lage sein, komplexe Lebenssachverhalte auf ihre rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge zu analysieren, ohne dabei die Belange und Ziele der Beteiligten aus dem Auge zu verlieren. Kenntnisse in der Betriebswirtschaftslehre und im Steuerrecht sind für die notarielle Praxis von Vorteil.

Der Notar gerät in der Beurkundungsverhandlung nicht selten in die Situation, dass die Beteiligten zu unvorhergesehenen Problemen ad hoc die Formulierung von Lösungsvorschlägen erwarten. Der Notar hat mitunter parallel eine größere Zahl an komplexen Beurkundungen vorzubereiten und abzuwickeln. Daher muss er in der Lage sein, aufgrund seines präsenten juristischen Wissens und seines ausgeprägten Problembewusstseins auch unter hohem Zeitdruck eine Vielzahl juristischer Fragestellungen zu bearbeiten und sich auf unterschiedlichste Lebenssachverhalte einzustellen.

Die Zweite Juristische Staatsprüfung fordert vom Teilnehmer Ähnliches und ist daher in hohem Maße geeignet, die erforderliche fachliche Eignung nachzuweisen. Das Prüfungsergebnis ist einerseits von grundsätzlichem Wert, da es den Nachweis des juristischen Leistungspotenzials des Bewerbers führt. Andererseits kann es angesichts der fortschreitenden

\* Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Die Ausführungen gelten in gleicher Weise auch für Notarinnen und Notarassessorinnen.

Rechtsentwicklung und dem daraus folgenden Erfordernis ständiger Fortbildungsanstrengungen nicht das alleinige Auswahlkriterium für die spätere Bestellung zum Notar sein. Die Fähigkeit der vorausschauenden Vertragsgestaltung ist eine Schlüsselqualifikation des Notars und bedingt umfangreiche praktische Erfahrung, die in der Anwärterzeit und der späteren Berufsausübung gesammelt und stetig erweitert wird.

Die fachlichen Anforderungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- breites und spezialisiertes präsenten Fachwissen, nachgewiesen durch ein *deutlich* überdurchschnittliches Ergebnis in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung
- Fähigkeit zur vorausschauenden Vertragsgestaltung, auch ad hoc
- Fähigkeit zur Analyse eines Sachverhalts auf seine rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge
- Fähigkeit, auch unter hohem Zeitdruck eine Vielzahl schwieriger juristischer Aufgabenstellungen zu bearbeiten
- Fähigkeit, sich in fremde Rechtsgebiete und Rechtsordnungen einzuarbeiten
- Streben nach Fortbildung.

#### 4. Persönliche Eignung

Der Notar ist unabhängiger, unparteilicher und selbstständiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Diese Beschreibung gibt die Kriterien der persönlichen Eignung für den Beruf des Notars vor. Die persönliche Eignung zum Notarberuf erwirbt bzw. vervollständigt der Notarassessor in der Regel erst während der Leistung des Anwärterdienstes. Die charakterlichen Anlagen und die Bereitschaft zum Erwerb der erforderlichen Fertigkeiten müssen jedoch bei der Übernahme in den Anwärterdienst vorhanden sein und sind Gegenstand der Einstellungsgespräche.

##### a) Selbstständigkeit

Das Beurkundungsverfahren dient der Sicherung der Vertragsfreiheit; soweit die Beurkundungsform vorgeschrieben ist, wirkt es aber partiell auch als Beschränkung derselben. Das Notariat als Gesamtheit muss daher qualitativ wie quantitativ sehr leistungsfähig sein, um die mit der Form verfolgten Zwecke zu erreichen, ohne bei dringlichen Rechtsgeschäften oder kurzfristig überdurchschnittlicher Nachfrage nach Beurkundungsleistungen als Hindernis für den Rechtsverkehr wahrgenommen zu werden.

Das bedingt einen hohen (Dienst-)Leistungswillen des Notars. Er muss auch bereit sein, private Belange während der Zeiten besonderer beruflicher Anspannung zurückzustellen. Die Selbstständigkeit gibt ihm hierfür die Leistungsanreize.

Die Selbstständigkeit bedingt auch, dass der Notar seine Kanzlei organisieren muss bzw. darf. Hierfür sind ein ausgeprägter Ordnungssinn und ein hohes Maß an Organisationsgeschick und -freude erforderlich. Die organisatorischen Aufgaben reichen von der Büroausstattung über die Führung der Bücher bis hin zur Ausbildung und Führung der Mitarbeiter. Bei der Büroausstattung ist moderne Informations- und Kommunikationstechnologie nicht mehr wegzudenken. Der Notar muss dieser Technologie und ihren Fortentwicklungen aufgeschlossen gegenüberstehen. Da der Urkundenvollzug trotz des Einsatzes der EDV personalaufwendig ist, beschäftigt der Notar in der Regel deutlich mehr Mitarbeiter als zum Beispiel der Rechtsanwalt. Mit der eigenen Kanzlei ist natürlich auch

ein wirtschaftliches Risiko verbunden, das betriebswirtschaftlich kalkuliert werden muss.

Für viele Mitarbeiter ist der Arbeitsplatz im Notariat eine Lebensstellung. Das gilt vor allem auch für die besonders qualifizierten Angestellten der Notarkasse A. d. ö. R., die an den Notarstellen tätig sind. Der Notar muss bereit und fähig sein, für diese Menschen Verantwortung zu übernehmen.

##### b) Beschränkungen aufgrund des öffentlichen Amtes

Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes. Er muss sich deshalb zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen und sich mit dem Auftrag des Notars in der vorsorgenden Rechtspflege identifizieren.

Die hoheitlichen Befugnisse des Notars erfordern eine viel stärkere Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden, als dies bei freien Berufen der Fall ist. Die Berufsfreiheit unterliegt also mitunter erheblichen Beschränkungen. Werbung ist nur eingeschränkt zulässig. Das Gebührenrecht des Notars lässt Gebührenvereinbarungen nicht zu.

Bereits der Notarassessor spürt diese Beschränkungen. Vergleichbar einem Staatsanwalt oder Richter auf Probe erhält er einen Dienstort zugewiesen. Er muss auch kurzfristig Notarvertretungen bzw. Notariatsverwaltungen in Bayern übernehmen. Die Aufnahme in den Anwärterdienst als Notarassessor setzt deshalb örtliche und zeitliche Flexibilität sowie die Bereitschaft voraus, grundsätzlich für die Übernahme einer Notarstelle in ganz Bayern zur Verfügung zu stehen. Die Notarstellen werden im Ausschreibungsverfahren besetzt.

Der Notar erhält einen Amtssitz zugewiesen. Nach Ablauf einer Mindestverweildauer ist ein Ortswechsel möglich. Da die Zahl der Notarstellen nach dem Bedarf bemessen wird und oftmals nur eine Notarstelle vor Ort besteht, darf der Notar seine Amtstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern. Der Notar ist für alle Bürger da und kann sich seine Klientel nicht aussuchen. Das System der Wertgebühr und die am Bedarf orientierte Errichtung der Notarstellen setzen den Notar auch wirtschaftlich in die Lage, Urkundengeschäfte mit geringem Geschäftswert auf fachlich hohem Niveau zu betreuen.

##### c) Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit des Notars ist der des Richters vergleichbar. Sie bezieht sich auf die Rechtsanwendung. Bei der Gestaltung seiner Urkunden unterliegt der Notar keinen Weisungen der Aufsichtsbehörden, sondern ist ausschließlich Recht und Gesetz unterworfen. Auch die Notarkammer kann zu einzelnen Rechtsfragen nur Empfehlungen aussprechen. Ohne die Unabhängigkeit des Notars wäre die Vertragsfreiheit beim Abschluss formbedürftiger Rechtsgeschäfte gefährdet. Sie ist Voraussetzung der kreativen Vertragsgestaltung, die juristische Lösungen für sich wandelnde wirtschaftliche Problemstellungen und gesellschaftliche Wertvorstellungen anbietet und das Recht fortbildet. Korrelat der Unabhängigkeit ist die Verschwiegenheitspflicht des Notars, die ihn zu einer Vertrauensperson kraft Amtes macht.

Die fachliche Unabhängigkeit garantiert dem Notar Freiräume in der Berufsausübung. Sie fordert von ihm aber auch eigenverantwortliche Entscheidungen. Aus der Perspektive des Vertragsgestalters sind sehr häufig einzelne Rechtsfragen gesetzlich oder höchstrichterlich im Zeitpunkt der Gestaltung noch nicht abschließend geklärt. Deshalb muss der Notar nicht nur umsichtig und sehr sorgfältig Gestaltungen entwerfen können, sondern auch entscheidungsfähig und entscheidungsfreudig in seinen Empfehlungen sein.

#### d) Unparteilichkeit

Das bekannteste „Markenzeichen“ des Notars ist die Neutralität. Die einseitige Interessenwahrnehmung muss dem Notar selbst dann fremd sein, wenn er – zunächst – nur von einer Partei mit der Erstellung eines Vertragsentwurfs beauftragt ist. Unparteilichkeit meint also auch Unabhängigkeit von der Person des Auftraggebers. In diesem Punkt unterscheidet sich die Beratungstätigkeit des Notars ganz erheblich von der des Rechtsanwalts. Öffentliches Amt und einseitige Interessenwahrnehmung sind nicht miteinander zu vereinbaren. Der Vertragsschluss unter der Verhandlungsleitung des unparteilichen Notars folgt dem Idealbild des Gesetzes zweier gleich starker Vertragspartner. Ist dies nicht der Fall, hat der Notar unerfahrene und ungewandte Personen besonders zu schützen, um strukturelle Ungleichgewichte auszugleichen. Neutralität heißt aber auch, dass sich der Notar, soweit von Beteiligten nicht erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden, einer wirtschaftlichen Bewertung der Relation von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich strikt zu enthalten hat.

Die am Bedarf orientierte Notarstellenzahl, das System der Wertgebühr im Kostenrecht sowie ggf. die Einkommenser-gänzung der Notarkasse gewährleisten, dass sich der Notar die Unparteilichkeit in jedem Fall auch wirtschaftlich „leisten“ kann.

Die Unparteilichkeit stellt hohe Anforderungen an die Persönlichkeit des Notars. Es genügt nicht, dass sich der Notar ein hohes Berufsethos zu eigen macht, er muss es auch sichtbar verkörpern. Er muss aufgeschlossen sein für alle Schichten der Bevölkerung, die seine Dienstleistungen nachfragen. Persönliche Antipathien darf er nicht zur Schau stellen, da sie seine neutrale Stellung in der Außenwahrnehmung gefährden. Dasselbe gilt für Sympathien, die aus der Sicht der Beteiligten nicht als persönliche Vereinnahmung missinterpretiert werden dürfen. Trotz seiner Vertrauensstellung hält der Notar eine gesunde Distanz zum Rechtsuchenden aufrecht.

#### e) Vorsorgende Rechtspflege

Tätigkeitsgebiet des Notars ist die vorsorgende Rechtspflege als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Planende und die Interessen der Parteien ausgleichende Gestaltung sowie die treuhänderische Abwicklung von Rechtsgeschäften dienen der Rechtssicherheit und der Streitvermeidung. Dies ist die volkswirtschaftlich bedeutsame Seite notarieller Tätigkeit. Eine leistungsfähige freiwillige Gerichtsbarkeit führt zur Entlastung der streitigen Gerichtsbarkeit und spart den Beteiligten Rechtsverfolgungskosten. Sie ist ein Standortvorteil. Wegen der Streitvermeidenden Funktion des Beurkundungsverfahrens liegt es nahe, Notare verstärkt in die Streitschlichtung und Mediation einzubeziehen. Die Fähigkeit zur Verhandlung und zum Ausgleich ist deshalb eine Kernkompetenz des Notars.

Rechtssicherheit durch vorausschauende Vertragsgestaltung setzt außer der fachlich richtigen Regelung der Lebenssachverhalte die vollständige Sachverhaltsermittlung voraus. Da der Notar in der Regel die Rechtsuchenden ohne die Beteiligung von Rechtsanwälten berät, muss er neben der Freude am Umgang mit Menschen auch die Fähigkeit zur Kommunikation mit rechtlichen Laien besitzen und sich auf deren intel-

lektuellen Hintergrund einstellen können. Schwierige juristische Sachverhalte muss der Notar in einfacher und verständlicher Form darlegen können. Er muss auch ein Gespür dafür haben, welche Regelungstiefe und -komplexität er den Beteiligten zumuten kann. Er sollte mitunter auch den Mut aufbringen, den Beteiligten zwar rechtlich zulässige, aber aufgrund seiner Berufserfahrung als unsinnig einzuschätzende Gestaltungsvorstellungen auszureden.

Der Notar benötigt deshalb auch ein hohes Maß an sozialer Kompetenz, die ihn in den Stand setzt, bürgernah und angemessen mit den Rechtsuchenden umzugehen und künftige gesellschaftliche Entwicklungen im Rahmen der vorausschauenden Vertragsgestaltung zu berücksichtigen.

Die persönlichen Anforderungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Rechtstreue und Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung
- Identifizierung mit dem Auftrag des Notars in der vorsorgenden Rechtspflege
- Unparteilichkeit, Unabhängigkeit, Integrität und Verschwiegenheit
- sichtbare Verkörperung eines hohen Berufsethos
- Bereitschaft zur Mäßigung und Zurückhaltung innerhalb und außerhalb des Amtes
- hohe Leistungsbereitschaft
- Entscheidungsfreude und Ausübung der Entscheidungskompetenz mit hoher Verantwortung und Durchsetzungsvermögen
- Fähigkeit zur Verhandlung und zum Ausgleich, Sensibilität für die Belange und Ziele der Klienten
- Fähigkeit, einen komplexen und komplizierten Vorgang auch für juristische Laien verständlich darzustellen
- Freude am Umgang mit Menschen
- Gespür für gesellschaftliche Entwicklungen bei der vorausschauenden Gestaltung von Verträgen
- Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung für die Mitarbeiter und Führungskompetenz
- Organisationsgeschick, Talent für die selbstständige Führung eines eigenen Notariats
- Gewissenhaftigkeit und Ordnungssinn
- Flexibilität und Mobilität
- Aufgeschlossenheit für Informations- und Kommunikationstechnologie.

#### 5. Gesundheitliche Eignung

Der Notar muss den hohen physischen und psychischen Anforderungen, die sein Amt an ihn stellt, gewachsen sein. Bei der Einstellung von Notarassessoren muss die dauernde Dienstfähigkeit durch ein amtsärztliches Zeugnis nachgewiesen werden.

Zusammenfassend:

- amtsärztlich bescheinigte Dienstfähigkeit
- physische und psychische Belastbarkeit.



## AUFSÄTZE

# Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel

Von Univ.-Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Würzburg, und Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Der Große Senat des BFH hat mit seinem Beschluss vom 10.12.2001 eine ganze Flut von neuen Urteilen zum gewerblichen Grundstückshandel ausgelöst. Diese betreffen einerseits Einzelfragen, enthalten andererseits aber auch grundlegende Erwägungen. Zahlreiche Fallgruppen gewinnen Konturen, in denen die Rechtsprechung auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze von einem Gewerbebetrieb ausgeht. Bei nachgewiesenen Notverkäufen aufgrund ungewöhnlicher Sonderumstände lehnt die Rechtsprechung hingegen auch bei Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze ggf. einen gewerblichen Grundstückshandel ab. Hierbei legt sie jedoch strenge Maßstäbe an.

### I. Bedeutung des gewerblichen Grundstückshandels

Mit der Verlängerung der Spekulationsfristen in § 23 EStG auf zehn Jahre hat die wirtschaftliche Bedeutung des gewerblichen Grundstückshandels zunächst abgenommen. Dieses Phänomen hat sich nochmals verstärkt, als der Gesetzgeber durch den neu gefassten § 35 EStG die pauschale Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer ermöglicht hat.<sup>1</sup> Die wirtschaftliche Belastung mit Gewerbesteuer ist bei Einzelunternehmern und Personengesellschaften hierdurch auf eine faktische Steuerbelastung in der Größenordnung von wenigen Prozentpunkten reduziert worden – gegenüber einer vorherigen tatsächlichen Steuerbelastung von deutlich über 10 %. Die Besteuerungsunterschiede zwischen dem gewerblichen Grundstückshandel und der Spekulationsbesteuerung sind damit geschrumpft.<sup>2</sup> Das Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVAbG)<sup>3</sup> sollte dem gewerblichen Grundstückshandel eine Renaissance bescheren; in ihm war vorgesehen, den Steuersatz für private Veräußerungsgeschäfte auf 15 % herabzusetzen, während der gewerbliche Grundstückshandel dem regulären Steuersatz unterliegt. Dieses Vorhaben hat der Gesetzgeber jedoch (vorerst?) aufgegeben.

Dennoch hat der gewerbliche Grundstückshandel weiterhin seine steuerliche Bedeutung behalten. Die nachfolgend dargestellten Urteile belegen, dass es nach wie vor ein weites Anwendungsfeld für den gewerblichen Grundstückshandel gibt, in dem eine alternative Spekulationsbesteuerung nach § 23 EStG nicht eingreift.

<sup>1</sup> Vgl. *Wesselbaum-Neugebauer*, DStR 2001, 180; *Neu*, DStR 2002, 1078; *Rödter*, DStR 2002, 939; *Ottersbach*, DStR 2002, 2023; *Djanani/Brähler/Lösel*, BB 2003, 1254. Zu den Änderungen durch das StVAbG vgl. *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 805, 813.

<sup>2</sup> Vgl. zu verbleibenden unterschiedlichen Steuerbelastungen *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652 ff.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 15/119; BR-Drucks. 866-1; vgl. dazu auch *Reich*, NotBZ 2003, 14 ff.; *Voos*, NWB 2002, 4293 ff.; *Koch*, MittBayNot 2003, 345; v. *Bornhaupt*, BB 2003, 125; *Köster/Schiffers*, GmbHR 2002, 1218.

<sup>4</sup> MittBayNot 2002, 217 = RNotZ 2002, 242 ff. = BStBl II 2002, 291 = DStR 2002, 489 = DB 2002, 606 = BB 2002, 660 ff.; vgl. dazu auch *Kempermann*, DStR 2002, 785 ff.; *Bloehs*, BB 2002, 1068 ff.; *Söffing*, DB 2002, 964 ff.; *Obermeier*, NWB Fach 3, 12333; *Schubert*, DStR 2003, 573; *Schmidt-Liebig*, NWB Fach 3, 1895; *ders.*, INF 2002, 673 ff.; *Fischer*, FR 2002, 933; *ders.*, FR 2002, 597; *Paus*, EStB 2002, 279; *Jacobsen/Tiedtke*, FR 2003, 907 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652 ff.

### II. Ausgangspunkt: der Beschluss des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98<sup>4</sup>

Finanzverwaltung<sup>5</sup> und h. M. sind spätestens seit Anfang der 90er Jahre davon ausgegangen, die Drei-Objekt-Grenze gelte auch in solchen Fällen, in denen der Steuerpflichtige sich nicht auf den An- und Verkauf von Objekten beschränkt, sondern die Objekte auch bautechnisch verändert oder gar vollständig neu herstellt. Dies sollte zumindest für Eigentumswohnungen oder Ein- und Zweifamilienhäuser gelten, also die typischen Objekte im Sinne der Drei-Objekt-Grenze. Für gewerbliche Großobjekte hat der X. Senat des BFH im sog. „Supermarkturteil“<sup>6</sup> entschieden, ein gewerblicher Grundstückshandel liege auch bei Erstellung und Verkauf von zwei Objekten vor, wenn der Bauherr nach Art eines Bauträgers oder Bauunternehmers zwei gewerbliche Großobjekte (Supermärkte) errichte und bei der Bebauung in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht gehandelt habe. Eine derartige Tätigkeit entspreche bei typisierender Betrachtung dem Bild des typischen produzierenden Unternehmers und sei daher unabhängig von der Anzahl der Objekte ein Gewerbebetrieb gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG.

Kurze Zeit später hat der X. Senat<sup>7</sup> des BFH dem Großen Senat des BFH die Frage vorgelegt, ob das Supermarkturteil nicht allgemein auf die Errichtung von Wohnobjekten in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht auszudehnen sei. Der X. Senat des BFH erblickte in sog. Herstellungsfällen unabhängig von der Anzahl der Objekte allein in der bauträgerähnlichen oder bauunternehmerischen Entfaltung eine gewerbliche Tätigkeit. Dieser Senat hat den Großen Senat des BFH jedoch nicht überzeugen können. Der Große Senat hat in seinem Beschluss<sup>8</sup> vom 10.12.2001 entschieden, die Errichtung von Wohnobjekten auf dem eigenen Grundstück und deren Veräußerung begründe *grundsätzlich* nur nach Maßgabe der Drei-Objekt-Grenze einen gewerblichen Grundstückshandel. Die gewerbliche Tätigkeit könne bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze nicht allein aus der Ähnlichkeit mit dem „Bild des produzierenden Bauunternehmers/Bauträgers“ hergeleitet werden.

<sup>5</sup> BMF, BStBl I 1990, 884 = MittBayNot 1991, 182 Tz. 17.

<sup>6</sup> BFH vom 24.1.1996, X R 255/93, BStBl II 1996, 303 = MittBayNot 1996, 326.

<sup>7</sup> BFH vom 29.10.1997, X R 183/95, BStBl II 1998, 332 ff.; kritisch dazu *Hofer*, DStR 2000, 1635, 1636.

<sup>8</sup> Fn. 4.

Dieser Entscheidung ist im Grundsatz zuzustimmen. Der Große Senat besinnt sich auf die dogmatischen Grundlagen des gewerblichen Grundstückshandels. Diese liegen in der Annahme, bei einem kurzen zeitlichen Zusammenhang zwischen Anschaffung und Veräußerung bestehe die Vermutung, der Steuerpflichtige habe die Objekte bereits in bedingter Veräußerungsabsicht erworben. Erst aus der von vornherein auf einen warenmäßigen Umschlag gerichteten Tätigkeit kann der Schluss gezogen werden, der Bereich der privaten Vermögensverwaltung werde überschritten, ein Gewerbebetrieb sei begründet. Demgegenüber kann aus der bloßen Errichtung von Objekten nicht auf eine gewerbliche Tätigkeit geschlossen werden. Entscheidend sind die folgenden Passagen des Beschlusses des Großen Senats:<sup>9</sup>

„Das Bebauen des eigenen Grundstücks mit einem Gebäude ist sowenig wie der Erwerb von Grundbesitz kennzeichnend dafür, dass eine Nutzung des Grundstücks durch künftige Vermietung nicht beabsichtigt ist. Die Veräußerung nach vorangegangener Bebauung mag zwar umfangreichere Tätigkeiten als die Veräußerung nach bloßem Erwerb erfordern. Derartige Tätigkeiten können aber auch der Vermögensverwaltung zuzurechnen und hierfür sogar unumgänglich sein. Das gilt für die Bebauung, wenn ein bisher unbebautes Grundstück vermietet oder selbstgenutzt werden soll. (...) Zeigt sich die Gewerblichkeit eines Bauträgers für den Außenstehenden aber erst im Verkauf, so kann – ebenso wie beim bloßen An- und Verkauf von Grundstücken – im Regelfall nur eine gewisse Anzahl von Verkäufen als Beweisanzeichen dafür geeignet sein, dass die Tätigkeit die Grenze zur Gewerblichkeit überschritten hat. Das Vorhandensein einer Veräußerungsabsicht bei Erwerb bzw. bei der Bebauung kann nicht allein aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen den jeweiligen Aktivitäten hergeleitet werden. Die Rechtsprechung hat dem zeitlichen Zusammenhang indizielle Bedeutung beigemessen, um dem Einwand zu begegnen, trotz Verkaufs von mehr als drei Objekten hat ursprünglich die Absicht zur Vermietung oder Eigennutzung bestanden.“

Dem Beschluss des Großen Senats liegt also der folgende, überzeugende Gedanke zugrunde: Ein Steuerpflichtiger kann zehn Eigentumswohnungen herstellen, um diese dauerhaft (mindestens fünf Jahre<sup>10</sup>) zu vermieten. Tut er dies, so ist dies ein eindeutiger Fall der privaten Vermögensverwaltung. Veräußert er hingegen eine größere Anzahl von Wohnungen innerhalb kurzer Zeit nach der Herstellung, so ist seine Tätigkeit auf Warenumschlag gerichtet und kann bei einer gewissen Intensität, also Häufigkeit, in einen Gewerbebetrieb umschlagen. Zutreffend hat der Große Senat daher entschieden, dass auch in Herstellungsfällen grundsätzlich erst durch den nachfolgenden Verkauf nach der Herstellung ein gewerblicher Grundstückshandel begründet wird.

Der unbefangene Leser sollte daher meinen, mit seiner Entscheidung sei Ruhe beim gewerblichen Grundstückshandel eingeleitet. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Seit der Veröffentlichung des Beschlusses des Großen Senats im Frühjahr 2002 ist eine wahre Flut von Entscheidungen<sup>11</sup> zum gewerbli-

chen Grundstückshandel ergangen. Darin werden von unterschiedlichen Senaten<sup>12</sup> die Grenzen des gewerblichen Grundstückshandels in bestimmten Fällen aufgeweicht.

### III. Das Aufweichen der Drei-Objekt-Grenze

#### 1. Gewerblichkeit trotz Unterschreitens der Drei-Objekt-Grenze

Bisher wurde die Drei-Objekt-Grenze regelmäßig als „Freigrenze“ betrachtet. Sie wurde von Rechtsprechung und Finanzverwaltung in der Regel als starre Grenze ohne weitere Betrachtung des Einzelfalles angewandt.<sup>13</sup> Dem ist der Große Senat des BFH entgegengetreten. In seinem Beschluss<sup>14</sup> heißt es wörtlich:

„So kann beispielsweise auf eine gewerbliche Betätigung geschlossen werden, wenn das im zeitlichen Zusammenhang mit der Bebauung und Veräußerung (ggf. auch durch Schenkung) erworbene Grundstück schon vor seiner Bebauung verkauft worden ist<sup>15</sup> oder wenn ein solches Grundstück von vornherein auf Rechnung oder nach Wünschen des Erwerbers bebaut wird. In derartigen Gestaltungen kann die Wertung gerechtfertigt sein, dass es sich unabhängig von der Anzahl der Verkäufe um eine gewerbliche Tätigkeit handelt. Ebenso kann für eine gewerbliche Betätigung der Umstand sprechen, dass das Bauunternehmen des Grundstück bebauenden Steuerpflichtigen erhebliche Leistungen für den Bau erbringt, die nicht wie unter Fremden abgerechnet werden.“<sup>16</sup>

Die vorstehende Passage deutet bereits an, die Drei-Objekt-Grenze soll zwar im Grundsatz gelten, im Einzelfall kann jedoch auch bei ihrer Unterschreitung ein gewerblicher Grundstückshandel vorliegen. Nach den ersten Urteilen zu diesen Ausführungen des Großen Senats ist zu befürchten, dass bei zahlreichen der problematischen Herstellungsfälle auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel bejaht wird. Hierzu sind in der Zwischenzeit einige berichtenswerte Entscheidungen ergangen.

#### a) BFH vom 18.9.2002, X R 183/96<sup>17</sup> – Ausdehnung der Grundsätze des Großen Senats

In dem Verfahren X R 183/96 handelt es sich um den Fall, der den X. Senat veranlasst hatte, den Großen Senat anzurufen. Der X. Senat gibt der Revision des Steuerpflichtigen statt, hebt das Urteil des Finanzgerichts auf und verweist die Streit-

R 57/01, NJW 2003, 1622 = BStBl II 2003, 291 = DStR 2003, 409 ff.; BFH vom 16.5.2002, III R 9/98, NJW 2003, 238 = BStBl II 2002, 571; BFH vom 16.10.2002, X R 74/99, BStBl II 2003, 245 = DStR 2003, 327 ff., DStRE 2003, 272 ff.; BFH vom 23.7.2002, VIII R 19/01, ZEV 2003, 122 m. Anm. *Fleischer* = BFH/NV 2002, 1571; BFH vom 9.12.2002, VIII R 40/01, BStBl II 2003, 294 = DStR 2003, 539 = BFH/NV 2003, 554; BFH vom 19.9.2002, X R 51/98, DStR 2003, 682 = BB 2003, 826 = BFH/NV 2003, 684 = GmbHR 2003, 600.

<sup>12</sup> Das größte Problem des gewerblichen Grundstückshandels besteht darin, dass zahlreiche Senate (z. B. der III., IV., VIII., IX., X., XI.) für diesen Fragenbereich zuständig sind. Auf diese Weise wird, was die nachfolgenden Ausführungen zeigen, jede klare Linie in der Anwendung der Grundsätze des Großen Senats verwischt. Kaum hat der Große Senat entschieden, ist es an der Zeit, ihn erneut wegen divergierender Urteile anzurufen.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Kempermann*, DStR 1996, 1156; *Altfelder*, FR 2000, 349, 352; kritisch zur typisierenden Fiktion gesetzlich nicht vorhandener Tatbestandsmerkmale *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2000, 428 ff.; *Tiedtke*, Einkommensteuer- und Bilanzsteuerrecht, 2. Aufl., S. 146 f.

<sup>14</sup> Fn. 4.

<sup>15</sup> So zum gewerblich tätigen Betreuer FG Baden-Württemberg vom 20.12.2000, 2 K 96/99, EFG 2001, 446, rkr.

<sup>16</sup> BFH vom 11.6.1997, XI R 71/96, BFH/NV 1997, 839.

<sup>17</sup> Fn. 11.

<sup>9</sup> Fn. 4.

<sup>10</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 28/00, BStBl II 2003, 133 = NJW 2003, 2192 (LS) = BFH/NV 2003, 243 ff. = DStRE 2003, 201.

<sup>11</sup> Vgl. BFH vom 20.2.2003, III R 10/01, BStBl II 2003, 510 = BB 2003, 1478 = DStR 2003, 1066 ff.; BFH vom 13.8.2002, VIII R 14/99, BStBl II 2002, 811 = DStR 2002, 1707 = BFH/NV 2002, 1535 ff.; BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10); BFH vom 18.9.2002, X R 5/00, DStR 2003, 330 ff.; BFH vom 18.9.2002, X R 183/96, BStBl II 2003, 238 = DNotI-Report 2003, 51 = NJW 2003, 1141 = DStR 2003, 195 = BB 2003, 508 ff. mit Anm. *Stuhrmann*; BFH vom 12.12.2002, III R 20/01, BStBl II 2003, 297 = DStRE 2003, 406; BFH vom 16.10.2002, X R 74/99, BStBl II 2003, 245 = DStR 2002, 327 = BB 2003, 1369 ff.; BFH vom 3.7.2002, XI R 31/99, DStRE 2002, 1237 f.; BFH vom 28.11.2002, III R 1/01, BStBl II 2003, 250 = BB 2003, 454 ff. = DStRE 2003, 266 ff.; BFH vom 5.12.2002, IV

sache an die Vorinstanz zurück. Gleichzeitig setzt er sich jedoch intensiv mit den Fallgruppen auseinander, in denen auch ohne Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel gegeben sein soll. Nicht ohne Grund wird dem Leitsatz dieses Urteils hinzugefügt „Fortführung zum BFH-Beschluss vom 10.12.2001, Großer Senat“. Denn der X. Senat wendet die Grundsätze des Großen Senats nicht nur an; er entwickelt sie weiter. Er dehnt sie auf Fälle aus, in denen auch ohne Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze eine Gewerblichkeit gemäß § 15 EStG begründet wird. In den Entscheidungsgründen<sup>18</sup> heißt es:

„Neben diesen vom Großen Senat ausdrücklich anerkannten Ausnahmefällen können andere gewichtige Umstände auf eine Gewerblichkeit auch bei einer Veräußerung von weniger Objekten schließen lassen, und zwar dann, wenn sich aus diesen Umständen ergibt, dass die maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung), in *unbedingter* Veräußerungsabsicht vorgenommen worden sind. Hierbei ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. Wurde das Bauvorhaben beispielsweise nur kurzfristig finanziert, hat der Steuerpflichtige bereits während der Bauzeit eine Maklerfirma mit dem Verkauf des Objektes beauftragt oder selbst Veräußerungsannoncen geschaltet, wurde gar vor Fertigstellung des Bauwerks ein Vorvertrag mit dem künftigen Erwerber geschlossen oder hat er Gewährleistungspflichten über den bei Privatverkäufen üblichen Bereich hinaus übernommen, kann auch dann eine unbedingte Veräußerungsabsicht angenommen werden, wenn keiner der vom Großen Senat angesprochenen Ausnahmefälle vorliegt. Die Möglichkeit, dass das Gebäude für Zwecke der eigenen Vermögensverwaltung hergestellt wird, scheidet dann aus. Dies gilt erst recht, wenn der Steuerpflichtige eine solche unbedingte Veräußerungsabsicht zweifelsfrei nach außen – etwa gegenüber dem Finanzamt – bekundet oder in sonstiger Weise dokumentiert hat.“

Der Große Senat des BFH hat drei Fallgruppen genannt, in denen trotz der Unterschreitung der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel in Betracht kommen kann:

- Verkauf vor oder während Bebauung,
- Bebauung des Grundstücks von vornherein auf Rechnung oder nach den Wünschen des Erwerbers,
- Zusammenwirken des Privatmannes mit seinem eigenen Bauunternehmen bei nicht üblicher Abrechnung der Bauleistungen des Bauunternehmens.

Diese Fallgruppen hat der X. Senat des BFH nunmehr ausgeweitet. Ein – zumindest in der Zukunft – selten anzutreffender Fall dürfte darin liegen, dass der Steuerpflichtige gegenüber der Finanzverwaltung ausdrücklich seine unbedingte Veräußerungsabsicht erklärt. Diese Erweiterung des BFH ist zweifelhaft. Grundlage der Gewerblichkeit ist stets die Annahme einer von Anfang an bestehenden Veräußerungsabsicht. Der qualitative Unterschied einer unbedingten und einer bedingten Veräußerungsabsicht leuchtet nicht ein.

Verheerend kann sich in der Praxis auswirken, dass auch bereits die kurzfristige Finanzierung bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze zu einem gewerblichen Grundstückshandel führen soll. Das Gleiche gilt für die Einschaltung einer Maklerfirma während der Bauzeit oder das Schalten von Veräußerungsannoncen.

Der X. Senat des BFH ist offensichtlich trotz der Niederlage vor dem Großen Senat nicht gewillt, von seiner ursprünglichen Position abzurücken. In fast allen Fällen werden sich bei einem Verkauf innerhalb von fünf Jahren nach der Errichtung eines Gebäudes irgendwelche Indizien, Verkaufsannoncen, Maklergespräche oder Derartiges finden lassen, das dafür spricht, der Steuerpflichtige sei vermutlich bereits sehr früh zu einem Verkauf bereit gewesen. So soll nach der Auffassung

des IX. Senats<sup>19</sup> bereits eine Preisliste für sämtliche Räume einer Wohnanlage ein Indiz dafür sein, dass zum Zeitpunkt der Erstellung der Preisliste für alle darin enthaltenen Räume eine Veräußerungsabsicht des Erstellers bestanden habe. In all diesen Fällen will der BFH scheinbar beim Verkauf von *weniger* als drei Objekten einen gewerblichen Grundstückshandel bejahen.

Scharfe Kritik verdient der X. Senat – vor allem aus notarieller Sicht – hinsichtlich der Meinung, die Übernahme von Gewährleistungspflichten über den bei Privatverkäufen<sup>20</sup> üblichen Bereich hinaus führe zu einem gewerblichen Grundstückshandel trotz Unterschreitens der Drei-Objekt-Grenze. In den meisten Fällen, in denen Privatpersonen Wohnungen oder Häuser herstellen und anschließend verkaufen, werden sie in Zukunft sehr darauf bedacht sein, möglichst keine Haftung zu übernehmen. Eine derartige Vertragsgestaltung ist jedoch bedenklich; sie kann bereits zivilrechtlich unwirksam sein. Der BGH<sup>21</sup> schützt den Erwerber dadurch, dass er die formelhafte Ausschließung der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neuerrichteter oder noch zu errichtender Häuser und Eigentumswohnungen (auch in einem notariell zu beurkundenden Vertrag) für unwirksam hält, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidende Maßnahme eingehend erörtert worden ist. An dieser (ebenfalls ständigen) Rechtsprechung hat der BGH<sup>22</sup> festgehalten und, darüber hinaus, die Grundsätze über die Unwirksamkeit eines formelhaften Ausschlusses der Gewährleistung auch in den Fällen angewandt, in denen der Veräußerer seine Haftung nicht für alle, sondern nur für die erkennbaren Sachmängel ausgeschlossen hat.<sup>23</sup> Er wendet sie weiter an, wenn der Veräußerer Eigentumswohnungen verkauft, die nicht neu errichtet oder zu errichten, sondern durch Umwandlung eines Altbaus oder eines Bungalows (in ein Haus mit zwei Eigentumswohnungen) geschaffen sind.<sup>24</sup>

Der Ansicht des BGH ist im Ergebnis zu folgen. Es stellt einen Missbrauch dar, wenn der Veräußerer bei einem so wichtigen Rechtsgeschäft, wie es die Veräußerung eines Grundstücks mit einem neuerrichteten Haus ist, seine Haftung rigoros ausschließt und damit die Rechtslage zu seinen Gunsten verändern will, ohne auf die Belange des Erwerbers Rücksicht zu nehmen. Hierfür besteht kein Grund. Warum soll der Veräußerer für seine schlechte Ware gutes Geld erhalten? Die formelhafte Ausschließung der Haftung für Sachmängel mag üblich sein. Das schließt einen Missbrauch nicht aus. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, Vereinbarungen entgegenzutreten, durch welche die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung zu Lasten des Erwerbers erheblich gestört wird, ohne dass eine derartige Vereinbarung zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist, vielmehr durch eine Formel herbeigeführt wird, die althergebracht ist, den Erwerber aber um seine Rechte bringt. Die Ausschließung der Haftung verstößt daher in den Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich gegen Treu und Glauben. Hiervon ist nur eine Ausnahme zu machen, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen, wie es der Fall ist, wenn der Erwerber das Risiko,

<sup>19</sup> Urt. v. 11.3.2003, IX R 77/99, BFH/NV 2003, 911.

<sup>20</sup> Gemeint ist wohl der unter Privaten übliche vollständige Haftungsausschluss.

<sup>21</sup> NJW-RR 1987, 1035; WM 1986, 799; BGHZ 101, 350; NJW 1984, 2094; NJW 1982, 2243; BGHZ 74, 204.

<sup>22</sup> WM 1989, 1537, 1540.

<sup>23</sup> BGHZ 101, 350.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1988, 1972; BGH, WM 1989, 1537.

das mit der Ausschließung der Haftung verbunden ist, bewusst (nachdem hierüber verhandelt worden ist) in Kauf nimmt, weil ihm der Veräußerer dafür bei der Höhe des Entgelts oder bei anderen Bedingungen entgegengekommen ist.

Aufgrund dieser Erwägungen ist es die Aufgabe des Notars, eine Vertragsgestaltung zu wählen, die diesen Grundsätzen gerecht wird. Deshalb bieten sich auch für den privaten Verkäufer Vereinbarungen an, die aufgrund der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) bereits für gewerbliche Bauträger gelten. Der Notar will die Verkäufer damit keineswegs zu Gewerbetreibenden machen. Er ist vielmehr – zivilrechtlich – gezwungen, eine sichere Vertragsgestaltung für die Beteiligten zu wählen. Hierfür gibt die MaBV den maßgeblichen Standard bei noch zu errichtenden Gebäuden vor. Es ist aus der Sicht des sicheren Vertragsgestalters nicht einsichtig, warum ein Käufer, der bei einem Bauträger kauft, schutzbedürftiger sei als ein Erwerber, der das Objekt von einer Privatperson erwirbt. Vorleistungspflichten sind hier wie dort zu vermeiden; Zahlung nach Baufortschritt ist hier wie dort geboten. Auch das Insolvenzrisiko beim Bauträger oder bei der bauenden und verkaufenden Privatperson ist gleich. Nach alledem vermag es nicht zu überzeugen, dass der X. Senat des BFH den privaten Verkäufer steuerlich benachteiligen will, wenn der Notar eine Vertragsgestaltung anregt, also insbesondere Gewährleistungsregelungen vorsieht, die sich von denen eines Bauträgervertrages nicht unterscheiden.

Diese Auffassung ist, wie dargelegt, schon deshalb unverständlich, weil der Ausschluss der Gewährleistung bereits aus zivilrechtlichen Erwägungen in Fällen der dargestellten Art grundsätzlich gegen Treu und Glauben verstößt.<sup>25</sup>

#### b) BFH vom 13.8.2002, VIII R 14/99<sup>26</sup> – Verkauf von drei Wohnungen vor Fertigstellung

In dem Verfahren VIII R 14/99 schließt sich der VIII. Senat der Meinung des Großen Senates an, auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze entstehe ein gewerblicher Grundstückshandel, wenn der Verkauf bereits *während oder vor* der Errichtung der Objekte durchgeführt werde. Dem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Grundstück erwarb und vor Errichtung von vier Wohnungen drei davon an fremde Dritte verkaufte. Allein in dem mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführten Verkauf der drei Wohnungen vor Fertigstellung der Gebäude sah der VIII. Senat des BFH ausreichende Indizien dafür, dass die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung überschritten und ein gewerblicher Grundstückshandel begründet sei.

#### c) BFH vom 18.9.2002, X R 5/00<sup>27</sup> – Verkauf von zwei Objekten während der Errichtung

Dieser weiteren Entscheidung des X. Senats liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Steuerpflichtiger erwarb ein unbebautes Grundstück, bebaute es und veräußerte es ein Jahr nach dem Erwerb mit der Verpflichtung, das im Rohbau befindliche Gebäude schlüsselfertig herzustellen. Im Jahr der Veräußerung des ersten Objektes erwarb er ein weiteres unbebautes Grundstück, bebaute es mit einem Vier-Familienhaus und verkaufte dieses wiederum ein Jahr später im Rohbauzustand. Eine Aufteilung nach dem WEG hat der Steuerpflichtige nicht vorgenommen. Weitere Bauleistungen waren von ihm nicht zu erbringen. Er haftete jedoch für die ordnungsgemäße Herstellung des Rohbaus.

<sup>25</sup> Vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, 6. Aufl., Rdnr. 344.

<sup>26</sup> Fn. 11.

<sup>27</sup> Fn. 11.

Der X. Senat des BFH wiederholt die ausdehnende Auslegung des Beschlusses des Großen Senats, wonach eine bloß kurzfristige Finanzierung, die Einschaltung einer Maklerfirma, die Schaltung von Veräußerungsannoncen vor Fertigstellung des Objekts, der Abschluss eines Vorvertrages oder die Übernahme von Gewährleistungspflichten einen gewerblichen Grundstückshandel auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze begründen könne. Der X. Senat geht von einem gewerblichen Grundstückshandel aus, obwohl es sich nach herrschender Meinung<sup>28</sup> lediglich um die Veräußerung von zwei Objekten handelt. Denn auch Mehrfamilienhäuser zählen danach nur als ein Objekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze. Dabei war im zu entscheidenden Sachverhalt lediglich *ein* Objekt während des Baustadiums verkauft worden<sup>29</sup> und das zweite kurze Zeit nach vollständiger Fertigstellung aller vom Steuerpflichtigen durchzuführenden Baumaßnahmen. Demnach ist für die Zukunft auch der Verkauf eines einzigen Grundstücks unter bestimmten Umständen ein Risikofall.<sup>30</sup> Ein maßgebliches Argument für die Bejahung des gewerblichen Grundstückshandels sieht der BFH in der bei Erwerb bestehenden *unbedingten* Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen.<sup>31</sup> Dieses Urteil belegt, dass der X. Senat fast alle Herstellungsfälle, unabhängig von der Anzahl der verkauften Objekte, wohl als gewerblichen Grundstückshandel besteuern möchte. Demgegenüber hat der VIII. Senat<sup>32</sup> den Verkauf von drei Eigentumswohnungen einen Tag vor Fertigstellung des neu errichteten Hauses als private Vermögensverwaltung angesehen, nachdem die Verkäufer erklärt hatten, ursprünglich keine Veräußerungsabsicht gehabt zu haben.

#### d) Selbst ein Verkauf kann schädlich sein – BFH vom 9.12.2002, VIII R 40/01<sup>33</sup>

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hat eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Grundstücke für die Bebauung mit einem Geschäfts- und Freizeitzentrum erworben, den Bauantrag gestellt, potentielle Mieter gesucht, einen Bauunternehmer für die Errichtung der Gebäude ermittelt und anschließend in einem einzigen Vertrag sechs Parzellen verkauft. Der Fall wirft zwei Fragen auf: Ist die Tätigkeit nachhaltig, obwohl keine Wiederholungsabsicht der Gesellschaft nachweisbar war? Wird die Grenze der privaten Vermögensverwaltung überschritten?

Der VIII. Senat bejaht beide Fragen. Auch bei einmaligem Handeln ohne Wiederholungsabsicht sei Nachhaltigkeit zumindest dann gegeben, wenn der Steuerpflichtige insgesamt eine Vielzahl von verkaufs- und bauvorbereitenden und begleitenden Tätigkeiten entfaltet. Der mehrfache Abschluss von Verträgen ist dafür nicht erforderlich.<sup>34</sup>

Die private Vermögensverwaltung ist nach Meinung des VIII. Senats des BFH überschritten, weil die GbR mit unbe-

<sup>28</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 5/00 (Fn. 11); BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98 (Fn. 4), BFH vom 15.3.2000, X R 130/97, MittBayNot 2000, 476 = BFH/NV 2000, 1032; BFH vom 18.5.1999, I R 118/97; BFH/NV 1999, 1553 = BStBl 1999, 1263.

<sup>29</sup> Aus den Gründen ergibt sich, dass der BFH wohl auch den Verkauf nur des einen Grundstücks im Bebauungszustand als gewerblich angesehen hätte. Ebenso versteht *Schubert* die neue Rechtsprechung, DStR 2003, 573, 576.

<sup>30</sup> Ebenso *Schmidt-Liebig*, INF 2002, 709, 714.

<sup>31</sup> Auf dieses Argument beruft sich auch BFH vom 9.12.2002, VIII R 40/01 (Fn. 11).

<sup>32</sup> BFH vom 23.7.2002, VIII R 19/01 (Fn. 11).

<sup>33</sup> BStBl II 2003, 294 = DStR 2003, 539 = BFH/NV 2003, 554.

<sup>34</sup> Ebenso *Schmidt-Liebig*, INF 2002, 709, 714.

dingter Veräußerungsabsicht gehandelt habe und zu diesem Zweck eine Vielzahl von Tätigkeiten zur Verwertung des Grundbesitzes entfaltet habe. Daher komme es vorliegend nicht darauf an, ob die sechs Parzellen aufgrund der Zusammenfassung als wirtschaftlicher Einheit<sup>35</sup> als ein Objekt oder als sechs Objekte im Sinne der Drei-Objekt-Grenze anzusehen seien.

Auch nach Meinung des FG Münster<sup>36</sup> kann ein gewerblicher Grundstückshandel durch Erbringung besonders wertsteigernder Tätigkeiten zwischen An- und Verkauf des Grundbesitzes bei nur einem Verkaufsgeschäft begründet werden.

### e) Fazit

Das Fazit lautet: Die Drei-Objekt-Grenze ist keine Freigrenze.<sup>37</sup> Es gibt nach der neuen Rechtsprechung praktisch keinen „sicheren Hafen“ mehr. In Herstellungsfällen, wenn der Steuerpflichtige also über den bloßen Verkauf einer Immobilie hinaus wesentliche Bautätigkeiten entfaltet, kann er den „sicheren Hafen“<sup>38</sup> der privaten Vermögensverwaltung nur erreichen, wenn er von Anfang an die Herstellung zu Zwecken der privaten Vermögensverwaltung, insbesondere zur langfristigen Vermietung, vorgenommen hat und in der Lage ist, dies nachzuweisen.<sup>39</sup> Die Finanzierung sollte langfristig, also für mindestens fünf Jahre erfolgen.<sup>40</sup> Jegliche Verkaufsaktivitäten während des Baustadiums oder auch in zeitlichem Zusammenhang mit der Fertigstellung des Objektes sind zu vermeiden. Um in einen zumindest annähernd sicheren Bereich zu gelangen, sollten zwischen der Fertigstellung der Gebäude und dem Beginn von Verkaufsaktivitäten mindestens ein bis zwei Jahre liegen. Eine Zwischenvermietung ist empfehlenswert. In allen anderen Fällen wird der Steuerpflichtige damit rechnen müssen, dass die Finanzverwaltung in seiner Tätigkeit auch beim Verkauf von weniger als vier Objekten einen gewerblichen Grundstückshandel sieht.

## 2. Vermögensverwaltung trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze

### a) Grundsatz

Die jüngsten Entscheidungen des BFH führen nicht ausschließlich zur Ausweitung des gewerblichen Grundstückshandels, sondern teilweise auch konsequent zu einer Einschränkung. Dogmatische Grundlage der Drei-Objekt-Grenze und der zugrunde liegenden Fünf-Jahres-Frist ist die Annahme, aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Anschaffung oder Herstellung und dem Verkauf könne auf den Erwerb oder die Herstellung in bedingter Veräußerungsabsicht geschlossen werden. Konsequenterweise sind daher solche Objekte aus der Berechnung der Drei-Objekt-Grenze auszuklammern, bei denen der Steuerpflichtige nachweisen kann, von vornherein ohne bedingte Veräußerungsabsicht gehandelt zu haben. Dieser Beweis wird nur gelingen, wenn

er eine langfristige Vermietung von mindestens fünf Jahren vornimmt oder anstrebt<sup>41</sup> oder aufgrund eines völlig unerwarteten, später hinzutretenden Umstandes zum Verkauf gezwungen wird. Bereits bisher hatte der BFH – zumindest im Wege eines Lippenbekenntnisses – festgestellt, in echten Fällen eines Zwangsverkaufes werde ein gewerblicher Grundstückshandel trotz des Verkaufs mehrerer Objekte in zeitlichem Zusammenhang mit dem Erwerb nicht begründet.<sup>42</sup> In der Praxis der BFH-Rechtsprechung haben diese Grundsätze bisher jedoch kaum praktische Bedeutung erlangen können, da die jeweils geltend gemachte Notsituation im Einzelfall als unbeachtlich angesehen wurde. Nicht umsonst wird daher die Ansicht vertreten, das Merkmal des Erwerbs in bedingter Veräußerungsabsicht sei angesichts dieser Rechtsprechung „obsolet“.<sup>43</sup>

### b) Beschluss des Großen Senats vom 10.12.2001<sup>44</sup>

Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluss vom 10.12.2001 jedoch ausdrücklich bekräftigt, bei nachgewiesenermaßen unbeabsichtigtem Verkauf aus einer Notsituation heraus sei ein entsprechendes Objekt im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels nicht zu berücksichtigen. Diese Aussage scheint nun auch in der Praxis mehr Widerhall zu finden. Mit diesen Fragen hatte sich inzwischen unter anderem der X. Senat des BFH zu befassen.<sup>45</sup>

### c) BFH vom 18.9.2002, X R 28/00<sup>46</sup>

Der Entscheidung vom 18.9.2002 lag folgender – amüsanter – Sachverhalt zugrunde:

Der Steuerpflichtige war zunächst in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und verkaufte anschließend mehrere Objekte, wobei er bei unbefangener Betrachtung die Drei-Objekt-Grenze zunächst klar überschritt. Dabei verkaufte er auch zwei Wohnobjekte, die von der Familie zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden, das eine bereits seit über fünf Jahren, das andere erst seit 2 1/2 Jahren. Das Finanzamt stellte zunächst einen Gewinn aus gewerblichem Grundstückshandel fest. Hiergegen legte der Steuerpflichtige Einspruch ein, wehrte sich gegen die Feststellung eines gewerblichen Grundstückshandels und begehrte hilfsweise die Feststellung eines gewerblichen Verlustes aus dem gewerblichen Grundstückshandel. Das Finanzamt bemerkte nun seinen Irrtum: Tatsächlich war dem Steuerpflichtigen ein Verlust entstanden. Daraufhin änderte es die Einkommensteuerbescheide dahingehend, dass kein gewerblicher Grundstückshandel begründet worden sei. Es habe sich um private Vermögensverwaltung gehandelt; Verluste seien daher steuerlich nicht berücksichtigungsfähig. Auch der Steuerpflichtige wechselte daraufhin die Fronten, legte erneut Einspruch ein und begehrte die Feststellung eines gewerblichen Grundstückshandels verbunden mit Verlusten in Höhe von mehreren 100.000 DM.

Das Finanzgericht<sup>47</sup> hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Es war der Meinung, ein Gewerbebetrieb sei nicht gegeben. Diese Auffassung hat den X. Senat nicht überzeugt. Er kam in seinem Urteil vom 18.9.2002 im Hinblick auf die Anzahl der Objekte und den eindeutig geäußerten Veräußerungswillen des Steuerpflichtigen hinsichtlich einzelner Objekte

<sup>35</sup> Vgl. BFH vom 16.5.2002, III R 9/98 (Fn. 11) m. w. N.

<sup>36</sup> FG Münster vom 23.8.2002, XI K 1906/99 F, Revision unter IV R 54/02.

<sup>37</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 183/96 (Fn. 11); BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11); *Kempermann*, DStR 2002, 785, 787.

<sup>38</sup> Teilweise finden sich Hinweise in der Rechtslehre, dass es angesichts der unterschiedlichen Anwendung der Grundsätze zum gewerblichen Grundstückshandel für die Praxis keinen „sicheren Hafen“ mehr gebe. Jeder Fall mit Bautätigkeit werde zum Risiko.

<sup>39</sup> BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11); *Schubert*, DStR 2003, 573, 577.

<sup>40</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10).

<sup>41</sup> BFH vom 20.2.2003, III R 10/01 (Fn. 11); BFH vom 12.12.2002 (Fn. 11).

<sup>42</sup> Vgl. BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98 (Fn. 4); BFH vom 29.10.1998, XI R 58/97, BFH/NV 1999, 766 (Krankheit); BFH vom 8.8.1979, I R 186/78, BStBl II 1980, 106; BFH vom 17.2.1993, X R 108/90, BFH/NV 1993, 84; BFH vom 23.4.1996, VIII R 27/94, BFH/NV 1997, 170 ff.; vgl. auch *Spindler*, DStZ 1997, 10, 12.

<sup>43</sup> *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG § 15 Rdnr. 55.

<sup>44</sup> Fn. 4.

<sup>45</sup> Fn. 10.

<sup>46</sup> Fn. 10.

<sup>47</sup> FG Münster vom 20.7.1999, I K 4468/96 E, F, EFG 2000, 930.

nicht umhin, einen gewerblichen Grundstückshandel anzunehmen. Es stellte sich jedoch die Frage, ob auch das selbst genutzte Familienwohnheim, bei dessen Veräußerung ein beträchtlicher Verlust entstanden ist, in den gewerblichen Grundstückshandel einzubeziehen war. Dies verneinte der X. Senat hinsichtlich der bereits seit über fünf Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie. Damit liegt er auf der allgemein anerkannten Linie der Rechtsprechung des BFH<sup>48</sup>. Hinsichtlich der erst seit 2 1/2 Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnimmobilie, die offensichtlich nie zum Verkauf bestimmt war und erst aufgrund einer Not-situation (schwere Finanzierungsprobleme) verkauft werden musste, wendet sich das Blatt nunmehr gegen den Steuerpflichtigen. Aus den Gesamtumständen des Sachverhalts, meint der X. Senat, ergebe sich, dass das selbst genutzte Familienwohnheim nicht zum Umlaufvermögen des gewerblichen Grundstückshandels gehört habe. Der kurzfristige Verkauf sei als echter Notverkauf nicht Bestandteil des gewerblichen Grundstückshandels. Ein darauf entfallender Verlust könne daher steuerrechtlich nicht berücksichtigt werden. Insoweit konnte der BFH allerdings mangels ausreichender Feststellungen durch das Finanzgericht keine abschließende Entscheidung treffen, sondern musste die Entscheidung an das FG zurückverweisen. Nach Veröffentlichung dieser Entscheidung war zu hoffen, dass die Rechtsprechung des BFH die Ausklammerung von unerwarteten Notverkäufen aus dem gewerblichen Grundstückshandel in Zukunft nicht nur bei Verlustfällen, sondern auch bei der Erzielung beträchtlicher Gewinne ebenso konsequent in Betracht ziehen würde. Diese Hoffnung wird durch inzwischen veröffentlichte Urteile jedoch zunichte gemacht.

#### d) BFH vom 20.02.2003, III R 10/01<sup>49</sup>

Der dritte Leitsatz des Urteils lautet pointiert:

„Die konkreten Anlässe und Beweggründe für die Veräußerungen (z. B. plötzliche Erkrankungen, Finanzierungsschwierigkeiten oder unvorhergesehene Notlagen) sind im Regelfall nicht geeignet, die aufgrund der Zahl der veräußerten Objekte und dem zeitlichen Abstand der maßgebenden Tätigkeiten vermutete (bedingte) Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt der Anschaffung oder Errichtung auszuschließen.“

Entsprechende persönliche Motive seien grds. unerheblich und könnten die vermutete bedingte Veräußerungsabsicht nicht widerlegen.<sup>50</sup> Der BFH spricht insoweit von „einer im Grunde stets bestehenden bedingten Veräußerungsabsicht“<sup>51</sup>. Das Urteil ist im konkreten Einzelfall angesichts des Sachverhalts wohl zutreffend; es gibt aber eine zweifelhafte allgemeine Marschrichtung vor, die der Intention des Großen Senats nicht entsprechen dürfte.

### 3. Die Reaktion des BMF

Das Bundesfinanzministerium hat sich in seinem Schreiben vom 19.2.2003/6.1.2003<sup>52</sup> dem Beschluss des Großen Senats insoweit angeschlossen, als es beim Verkauf eines Grundstücks vor Bebauung, bei einer Bebauung auf Rechnung und

nach den Wünschen des Erwerbers und in den Fällen des Zusammenwirkens eines Steuerpflichtigen gemeinsam mit seinem eigenen Bauunternehmen einen gewerblichen Grundstückshandel auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze annehmen will. Die oben erläuterten weiteren Fälle, die der X. Senat entwickelt hat, greift das BMF hingegen in seinem Erlass nicht auf. Ferner sieht dieser eine Übergangsfrist vor, so dass diese Grundsätze zu Lasten des Steuerpflichtigen erst bei Veräußerungen gelten, die nach dem 31.5.2002<sup>53</sup> stattgefunden haben.

Das BMF weist ausdrücklich darauf hin, dass die strengeren Grundsätze zur Besteuerung des Verkaufs von gewerblichen Großobjekten fortgelten. Danach kommt es bei derartigen Objekten nicht auf die vom Großen Senat entwickelten Fallgruppen an, um auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze die Gewerblichkeit zu bejahen.

Das BMF nimmt ausdrücklich den Hinweis in seinen Erlass auf, dass bei Vorliegen besonderer Umstände trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel zu verneinen sei, wenn der Steuerpflichtige nachweisen könne, dass von Anfang an keine (bedingte) Veräußerungsabsicht bestanden habe.

## IV. Weitere aktuelle Entscheidungen

### 1. Objekte im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels

In den letzten beiden Jahren hat der BFH sich erneut mit der Frage beschäftigt, welche Immobilien als ein Objekt im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels zählen. Unzweifelhaft gilt dies für unbebaute Grundstücke, Einfamilienhäuser, Reihenhäuser, Doppelhaushälften und Eigentumswohnungen. Als Objekt im Sinne der Drei-Objekt-Grenze wird auch der Verkauf eines vorher angeschafften Erbbaurechtes angesehen.<sup>54</sup> Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung kommt es bei Mehrfamilienhäusern, die nicht nach dem WEG aufgeteilt sind, nicht auf die Anzahl der vorhandenen Wohnungen an; sie stellen insgesamt nur ein Objekt dar.<sup>55</sup> Nicht anders ist die Rechtslage bei Gewerbeimmobilien.<sup>56</sup> Dies gilt nach dem oben Gesagten allerdings nur, wenn das Gewerbeobjekt *angeschafft* und veräußert wird. Bei Großobjekten<sup>57</sup> oder Herstellung der Gewerbeimmobilie nach den Vorstellungen eines Käufers oder Verkauf während der Bauphase wird hingegen auch bei Unterschreiten der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel begründet. Garagen sind kein Objekt und zählen als bloßes Zubehör grds. nicht.

Es werden solche Verkäufe nicht mitgezählt, bei denen die Objekte entweder nicht nur vorübergehend eigenen Wohnzwecken dienen oder von Anfang an langfristig, also grds. mindestens für fünf Jahre, vermietet sind.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Datum der Veröffentlichung des Beschlusses des Großen Senats des BFH vom 10.12.2001 (Fn. 4).

<sup>54</sup> BFH vom 3.7.2002, XI R 31/99 (Fn. 11).

<sup>55</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 5/00 (Fn. 10); BFH vom 15.3.2000 (Fn. 28); BFH vom 18.5.1999, I R 118/97 (Fn. 28); BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98 (Fn. 4).

<sup>56</sup> BFH vom 3.7.2002, XI R 31/99 (Fn. 11).

<sup>57</sup> BMF vom 19.2.2003/6.1.2003 (Fn. 52).

<sup>58</sup> BFH vom 16.10.2002, X R 74/99 (Fn. 11), ausdrücklich auch für eine Nutzungsdauer von weniger als fünf Jahren, sofern plausible außersteuerliche Gründe für den Verkauf vor Ablauf von fünf Jahren vorliegen; ebenso BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10); BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11); vgl. auch *Jacobsen/Tiedjen*, FR 2003, 907 ff.

<sup>48</sup> BFH vom 16.10.2002, X R 74/99 (Fn. 11); BFH vom 20.2.2003, III R 10/01 (Fn. 11); BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11); vgl. auch BFH vom 23.1.1991, X R 105-107/88, BStBl II 1991, 519 ff.

<sup>49</sup> BFH vom 20.2.2003, III R 10/01 (Fn. 11).

<sup>50</sup> Ebenso BFH vom 16.10.2002, X R 74/99 (Fn. 11; Verlegung des Wohnsitzes in das spanische Ausland aufgrund Erkrankung); BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10); BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11).

<sup>51</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10).

<sup>52</sup> MittBayNot 2003, 324 = BStBl I 2003, 171 = DStR 2003, 370 = RNotZ 2003, 272.

## 2. Kein Zählobjekt bei Veräußerung ohne Gewinnerzielungsabsicht

Bereits vor wenigen Jahren hatte der BFH klargestellt, die Drei-Objekt-Grenze finde für solche Objekte keine Anwendung, die im Erbfall erworben und kurze Zeit danach veräußert wurden. Ob der Erblasser die Objekte in unbedingter Veräußerungsabsicht erworben hatte oder nicht, spielt nach Meinung des BFH keine Rolle.<sup>59</sup> Verschenkte Objekte, also solche, die zu Lebzeiten unentgeltlich übertragen werden, sind beim *Veräußerer* ebenfalls nicht im Rahmen der Drei-Objekt-Grenze mitzuzählen; diese Objekte werden nicht unter Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr und ohne Gewinnerzielungsabsicht veräußert.<sup>60</sup> Klargestellt hat der BFH nunmehr, dass diese Nichtberücksichtigung beim gewerblichen Grundstückshandel auf Veräußererseite nicht nur bei unentgeltlicher oder teilentgeltlicher Übertragung gilt, sondern auch dann, wenn die Veräußerung ohne Gewinnerzielungsabsicht genau zu den Herstellungs- oder Anschaffungskosten erfolgt.<sup>61</sup> Die Behandlung entsprechender teilentgeltlicher Rechtsgeschäfte oder solcher ohne Gewinnerzielungsabsicht auf Seiten des Veräußerers ist damit unproblematisch.

Umstritten ist hingegen, inwiefern unentgeltliche oder teilentgeltliche Veräußerungsgeschäfte ohne Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr und ohne Gewinnerzielungsabsicht auf Seiten des *Erwerbers* als Anschaffungsvorgang die Fünf-Jahres-Frist für den gewerblichen Grundstückshandel auslöst. Dies wird teilweise mit guten Gründen abgelehnt.<sup>62</sup> Dem ist der Große Senat des BFH jedoch in einem *obiter dictum* entgegengetreten.<sup>63</sup> Auch der Erwerb einer Immobilie im Wege der Schenkung, also auch im Wege des voll unentgeltlichen Erwerbs unter Lebenden, löse die Fünf-Jahres-Frist für den gewerblichen Grundstückshandel aus. Dies gilt nach dem Kontext der Entscheidung des Großen Senats zumindest in den Fällen, wenn nach dem unentgeltlichen Erwerb eine baurägerähnliche Betätigung aufgenommen wird. In Fällen des bloßen Weiterverkaufes ohne Vornahme von Bautätigkeiten kann dies u. E. nicht gelten, da es hier an einer Entfaltung von wesentlichen weiteren Tätigkeiten fehlt. Wie die Rechtsprechung diesen Fall beurteilen würde, ist jedoch ungeklärt. Jedenfalls ist die Finanzverwaltung weiter an ihren Erlass<sup>64</sup> gebunden, wonach insoweit zumindest die Vorbesitzzeiten des Schenkers hinzuzurechnen sind. Liegen demnach mehr als fünf Jahre zwischen dem Erwerb durch den Schenker und der Veräußerung durch den Beschenkten, so kann *grundsätzlich* der Verkauf im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels nicht berücksichtigt werden.

## 3. Maßgebliche Fristen

Im Grundsatz werden beim gewerblichen Grundstückshandel nur solche Objekte berücksichtigt, bei denen zwischen Anschaffung und Veräußerung weniger als fünf Jahre liegen. Be-

reits bisher entsprach es herrschender Meinung<sup>65</sup>, dass diese Frist nicht strikt angewandt wird. Jüngst hat der BFH<sup>66</sup> dementsprechend entschieden, auch Grundstücksverkäufe, die über ein Jahr nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist veräußert werden, können im Einzelfall noch mitgezählt werden. In einem anderen Urteil war sogar ein Verkauf nach acht Jahren und zwei Monaten schädlich.<sup>67</sup> Eine Verlängerung der Fünf-Jahres-Frist auf bis zu zehn Jahre<sup>68</sup> ist vor allem anzunehmen, wenn es sich um eine der Baubranche nahestehende Person handelt oder systematisch vorgegangen wird. Diese Wirkung der Verlängerung auf zehn Jahre soll nach Meinung der Finanzverwaltung<sup>69</sup> sogar auch zu Lasten von Ehegatten und Angehörigen branchennaher Personen gelten.

Im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels werden solche Objekte nicht berücksichtigt, die der Steuerpflichtige nicht nur vorübergehend zu eigenen Wohnzwecken nutzt.<sup>70</sup> In diesem Fall sind sie nicht dem Umlaufvermögen des gewerblichen Grundstückshandels, sondern zwingend dem Privatvermögen zuzuordnen. Wie gesehen, gilt die fünfjährige Mindestnutzungsdauer auch nicht bei einem Notverkauf.<sup>71</sup>

Nach dem Urteil des BFH vom 5.12.2002<sup>72</sup> beginnt die Fünf-Jahres-Frist des gewerblichen Grundstückshandels in Sanierungsfällen nicht mit der Anschaffung des sanierten Objektes, sondern mit der Fertigstellung der Sanierungsarbeiten. Diese Fälle sind insofern besonders gefährlich, als nach den bisherigen Grundsätzen des § 23 EStG eine Immobilie ggf. seit über zehn Jahren gehalten wurde und daher nicht nach § 23 EStG steuerpflichtig gewesen wäre. Hat der Steuerpflichtige nach Jahren oder gar Jahrzehnten der privaten Vermögensverwaltung grundlegende Sanierungen, ggf. verbunden mit einer Aufteilung nach dem WEG, vorgenommen, so führt der Verkauf von mehr als drei Objekten innerhalb von fünf Jahren nach Abschluss der Sanierungs- oder Bauarbeiten zu einem gewerblichen Grundstückshandel.

## 4. Gewerblicher Grundstückshandel durch Einbringung in eine Gesellschaft – BFH vom 19.9.2002, X R 51/98<sup>73</sup>

Bisher wurden die Fälle einer Einlage oder Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft als Veräußerung ohne Gewinnerzielungsabsicht und ohne Teilnahme am allgemeinen Verkehr behandelt und daher beim gewerblichen Grundstückshandel nicht berücksichtigt.<sup>74</sup> Dies galt zumindest solange, als es sich nicht um Fälle des Gestaltungsmissbrauchs handelte.<sup>75</sup> Demgegenüber hat der X. Senat nunmehr in der

<sup>59</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 183/96 (Fn. 11); BFH vom 15.3.2000, X R 130/97 (Fn. 28); vgl. dazu *G. Söffing/Klümpen-Neusel*, DStR 2000, 1753 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2000, 429 ff.

<sup>60</sup> BFH vom 9.5.1996, IV R 74/95, BStBl II 1996, 599; BFH vom 18.9.2002, X R 183/96 (Fn. 11).

<sup>61</sup> BFH vom 13.8.2002, VIII R 14/99 (Fn. 11); ebenso BFH vom 23.7.2002, VIII R 19/01 (Fn. 11).

<sup>62</sup> *G. Söffing/Klümpen-Neusel*, DStR 2000, 1753 ff.

<sup>63</sup> BFH vom 10.12.2001, GrS 1/98 (Fn. 4).

<sup>64</sup> BMF vom 20.12.1990, BStBl I 1990, 884, Tz. 2 a. E. = MittBay-Not 1991, 182.

<sup>65</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10).

<sup>66</sup> BFH vom 28.11.2002, III R 1/01 (Fn. 11); BFH vom 3.7.2002, IX R 31/99 (Fn. 11).

<sup>67</sup> BFH vom 16.10.2002, X R 74/99 (Fn. 11).

<sup>68</sup> Vgl. BFH vom 11.3.2003, IX R 77/99 (Fn. 11).

<sup>69</sup> OFD Münster vom 30.6.1997, FR 1997, 695; kritisch dazu *Hofer*, DStR 2000, 1635, 1637 f.

<sup>70</sup> Siehe oben IV. 1.

<sup>71</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 28/00 (Fn. 10).

<sup>72</sup> IV R 57/01 (Fn. 11).

<sup>73</sup> DStR 2003, 682 = BFH/NV 2003, 684.

<sup>74</sup> BFH vom 9.5.1996, IV R 74/95, BStBl II 1996, 599; BFH vom 25.1.1995, IV R 76/92, BFH/NV 1996, 678; vgl. auch *Spindler*, DStZ 1997, 10, 15.

<sup>75</sup> Dabei ging es um die Einbringung in eine eigene GmbH, die die Grundstücke unmittelbar weiterveräußert hat. Oder es wurde ein übertragbares Angebot für den Verkauf zahlreicher Parzellen an die eigene GmbH abgegeben, die diese händlerartig weiterverkauft hat.

Einbringung zum Verkehrswert von 900.000 DM unter Übernahme von Verbindlichkeiten in Höhe von rund 680.000 DM und zusätzlicher Gewährung von Gesellschaftsrechten ein Veräußerungsgeschäft im Sinne des gewerblichen Grundstückshandels gesehen. Er meint:

„Werden einzelne Wirtschaftsgüter – wie im Streitfall die drei Immobilienobjekte – vom Gesellschafter auf eine Kapitalgesellschaft übertragen und erhält der Gesellschafter im Gegenzug ein vollwertiges – drittübliches – Entgelt, so stellt dieser Übertragungsvorgang eine (vollentgeltliche) Veräußerung dar. An diesem Entgeltcharakter ändert sich nichts dadurch, dass die dem Gesellschafter gewährte Gegenleistung vollen Umfangs in der Gewährung von Gesellschaftsrechten besteht (sog. offene Sacheinlage). Rechtsprechung und Verwaltung sehen die Einbringung eines Wirtschaftsguts des Privatvermögens in eine Kapitalgesellschaft – und ebenfalls in eine Personengesellschaft – gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlichen Vorgang an, der beim einbringenden Gesellschafter zu einer entgeltlichen Veräußerung führt.“<sup>76</sup>

Dies gilt nach Meinung des X. Senats auch dann, wenn die Einbringungen genau zum Einstandspreis erfolgten. Ob ein Veräußerungsgeschäft im Sinne eines gewerblichen Grundstückshandels auch bei einer verdeckten Einlage erfolge, lässt der BFH ausdrücklich offen. Eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liege ebenso vor, da hieran keine hohen Anforderungen zu stellen seien.<sup>77</sup> Diese Rechtsprechung vermag nicht zu überzeugen.

## 5. Verteilung von Immobiliengeschäften innerhalb der Familie

Grundsätzlich ist es anerkannt, dass die Drei-Objekt-Grenze für jedes Familienmitglied selbständig zu berücksichtigen ist. Betätigt sich in einer Familie jedes Familienmitglied, so ist grundsätzlich bei jedem Familienmitglied Anschaffung und Veräußerung von bis zu drei Objekten im Zweifel als private Vermögensverwaltung zu betrachten. Dies hat bisher den gestalterischen Gedanken nahe gelegt, zur Vermeidung des gewerblichen Grundstückshandels Einzelobjekte auf andere Familienmitglieder unentgeltlich zu übertragen, damit diese anschließend von dem erwerbenden Familienmitglied veräußert werden können. Geschieht dies systematisch und mit mehreren Objekten, so hat der BFH<sup>78</sup> bereits bisher unter Umständen einen Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO angenommen. Diese Grundsätze hat der BFH erneut bestätigt. Er prüft derartige Fälle unter folgenden Aspekten:<sup>79</sup>

- nach den Grundsätzen über die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen,
- nach den Grundsätzen über sog. Strohmanggeschäfte bzw. Scheingeschäfte,
- als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO.

Ferner weist der BFH auf folgende steuerliche Falle hin: Sollte die Finanzverwaltung dem Steuerpflichtigen nachweisen können, dass die übertragenen Grundstücke im Zeitpunkt der Schenkung bereits zum Umlaufvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels gehört haben, so wird durch die unentgeltliche Übertragung von Grundstücken auf Familienangehörige eine Entnahme realisiert, die mit dem Teilwert zu

versteuern ist. Im Übrigen führen unentgeltliche Übertragungen innerhalb der Familie seit Anordnung einer unentgeltlichen Rechtsnachfolge in § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG meist nicht mehr zur Steuerfreiheit.<sup>80</sup> Denn der unentgeltliche Rechtsnachfolger wird grds. besteuert wie der Übertragende im Falle eines Verkaufs durch diesen.

## 6. Weitere Entscheidungen

In seinem Urteil vom 5.12.2002 bestätigt der BFH<sup>81</sup> die bereits vom FG Rheinland-Pfalz vertretene Meinung, auch gescheiterte und später rückabgewickelte Verkäufe seien bei der Berechnung der Drei-Objekt-Grenze mitzuzählen. Wird allerdings der erste Kaufvertrag über ein Grundstück rückabgewickelt und das gleiche Objekt anschließend nochmals verkauft, so zählt dies selbstverständlich nur als ein Objekt.

Ist ein Steuerpflichtiger maßgeblich an einer Immobilien-Personengesellschaft beteiligt und veräußert er seine Anteile an dieser Personengesellschaft, wird dieser Vorgang im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels so angesehen, wie wenn er so viele Objekte verkauft, wie sich im Gesamthandsvermögen der Personengesellschaft befinden.<sup>82</sup> Diese Meinung hat der BFH nunmehr auch für die Veräußerung von Anteilen an einer gewerblich geprägten Grundstücks-GmbH und Co. KG bestätigt.<sup>83</sup> Die Finanzverwaltung will diese Rechtsprechung allerdings erst ab einer Beteiligungsquote von 10 % anwenden.<sup>84</sup> Überdies gehören Grundstücksgeschäfte nicht zu einem gewerblichen Grundstückshandel des Steuerpflichtigen, wenn eine zu einem anderen Zweck gegründete und diesen Zweck verfolgende Gesellschaft im Rahmen ihres gewöhnlichen Geschäftsbetriebes aus spezifisch betriebsbezogenen Gründen Grundstücke veräußert; die persönliche Zurechnung von Einkünften aus Gewerbebetrieb setzt voraus, dass der Steuerpflichtige selbst nach dem Gesamtbild unter Einbeziehung der Tätigkeit der Gesellschaft (§ 15 Abs. 3 EStG) gewerblich tätig ist.<sup>85</sup>

Wird der gewerbliche Grundstückshandel durch einen einheitlichen Verkauf sämtlicher Grundstücke an einen oder mehrere Erwerber beendet, so können der Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG und die Tarifvergünstigung des § 34 EStG nicht in Anspruch genommen werden, da es sich um Umlaufvermögen handele und dieses in Fortsetzung der bisherigen betrieblichen Tätigkeit verkauft werde.<sup>86</sup> Diese Vergünstigungen lassen sich jedoch durch Gestaltung erreichen, indem der Betrieb in Form eines gesamten Mitunternehmeranteils verkauft wird.<sup>87</sup>

Die allgemein vom X. Senat verwandte Formel zur Abgrenzung des Gewerbebetriebs von der Vermögensverwaltung lautet nunmehr:<sup>88</sup>

„Für die Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb einerseits und Vermögensverwaltung andererseits stellt die Rechtsprechung dabei auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung ab. In

<sup>76</sup> BFH vom 19.9.2002, X R 51/98 (Fn. 11).

<sup>77</sup> Sehr weit in der Auslegung auch BFH vom 20.2.2003, III R 10/01 (Fn. 11).

<sup>78</sup> BFH vom 6.8.1998, III R 227/94, BFH/NV 1999, 302. Vgl. auch FG Münster vom 7.5.2002, DStRE 2002, 1273 = ZEV 2003, 40 (LS).

<sup>79</sup> BFH vom 18.9.2002, X R 183/96 (Fn. 11).

<sup>80</sup> Vgl. dazu *Tiedtke/Wälzholz*, ZEV 2000, 293 ff.

<sup>81</sup> IV R 57/01 (Fn. 11).

<sup>82</sup> BFH vom 28.11.2002, III R 1/01 (Fn. 11); BFH vom 3.7.2002, X R 31/99 (Fn. 11).

<sup>83</sup> BFH vom 28.11.2002, III R 1/01 (Fn. 11); im Fall handelte es sich um eine 50%-Beteiligung des Verkaufenden).

<sup>84</sup> BMF, BStBl I 1990, 884 = MittBayNot 1991, 182 ff., Tz. 16.

<sup>85</sup> BFH vom 28.11.2002, III R 1/01 (Fn. 11); BFH vom 3.7.1995, GrS 1/93, BStBl II 1995, 617 unter C. IV. 4.

<sup>86</sup> BFH vom 23.1.2003, IV R 75/00, BStBl II 2003, 467 = DStR 2003, 636 = BB 2003, 886 ff.

<sup>87</sup> Vgl. *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652 ff.

<sup>88</sup> BFH vom 19.9.2002, X R 51/98 (Fn. 11).



Zweifelsfällen ist die *gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung* darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist<sup>89</sup>.

## V. Zusammenfassung

Die Grundsätze des gewerblichen Grundstückshandels werden derzeit aufgeweicht. Angesichts der uneinheitlichen Rechtsprechung des BFH werden Entscheidungen erst prognostizierbar, wenn der entscheidende Senat des BFH fest-

<sup>89</sup> Das hört sich nach wenig vertrauenserweckender kryptischer „Wesenschau“ an.

steht. Angesichts der Unvorhersehbarkeit der weiteren Entwicklung kann nur zu äußerster Vorsicht geraten werden. Vor allem jegliche Bautätigkeit des Verkäufers vor, während oder nach dem Verkauf sollte vermieden werden. Selbst Einbringungen in Gesellschaften werden nunmehr berücksichtigt. Die Hoffnung, vom gewerblichen Grundstückshandel verschont zu bleiben, weil es sich um nicht beabsichtigte Notverkäufe handele, ist nur gering, da die Rechtsprechung kaum erfüllbare Nachweisanforderungen stellt. Anderes scheint nur bei Verlustverkäufen zu gelten. Einzig sicherer Weg ist die langfristige Nutzung zu eigenen Wohnzwecken oder die langfristige Vermietung für mehr als fünf Jahre.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> BFH vom 12.12.2002, III R 20/01 (Fn. 11).

# Immobilien-Leasing-Verträge – einige Aspekte zur notariellen Praxis

Von Rechtsanwalt Dr. *Friedrich Graf von Westphalen*, Köln<sup>1</sup>

Zunächst eine negative Abgrenzung: Der Notar ist grundsätzlich kein Steuerberater.<sup>2</sup> Demzufolge ist es auch in diesem Zusammenhang nicht angezeigt, die Einzelheiten des Vollamortisations-Erlasses vom 21.3.1972<sup>3</sup> sowie die des Teilamortisations-Erlasses vom 23.12.1991<sup>4</sup> näher darzustellen. Es muss ausreichen, auf einschlägige Veröffentlichungen zu verweisen.<sup>5</sup> Gegenstand dieser Darstellung sollen vielmehr die verschiedenen Fragestellungen sein, die in der notariellen Beurkundungspraxis Bedeutung erlangen.

## 1. Der Grundstückskaufvertrag

Voraussetzung für den Abschluss eines Leasingvertrages ist – gleichgültig, um welches steuerlich orientierte Modell es sich im Einzelfall handelt – stets, dass der Leasinggeber – regelmäßig schaltet dieser eine Objektgesellschaft (GmbH) ein – entweder das Eigentum am Grund und Boden erwirbt oder dass zu seinen Gunsten auf dem betreffenden Grundstück ein Erbbaurecht bestellt wird.<sup>6</sup> Insofern ergeben sich keinerlei Besonderheiten. Es gelten vielmehr die allgemeinen Regeln, die aus der Anwendung von § 311 b BGB in diesen Fällen folgen.

## 2. Bauvertrag

Der Leasinggeber ist rechtlich und wirtschaftlich Eigentümer – und damit auch Bauherr – des auf dem Grundstück zu errichtenden Gebäudes.<sup>7</sup> Üblicherweise überträgt der Leasinggeber im Rahmen eines Bauvertrages Planung und Errichtung des Gebäudes gegen Entgelt auf einen Dritten. Je nach Sach- und Interessenlage kann dies entweder der Leasingnehmer

selbst, eine zur Leasinggesellschaft gehörende Baubetreuungsgesellschaft oder ein anderer Dritter sein.<sup>8</sup> So gesehen macht es keinen entscheidenden Unterschied, ob der Leasingnehmer als Generalübernehmer tätig wird<sup>9</sup> oder ob ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer abgeschlossen wird, der auf die Errichtung des Bauwerks zielt.<sup>10</sup> In der Praxis setzt sich mehr und mehr das Modell durch, dass der Leasinggeber den Leasingnehmer von den Verpflichtungen zur Planung, Bauerrichtung und Finanzierung entlastet.<sup>11</sup> Darin manifestiert sich das von den Leasinggesellschaften erworbene vielgestaltige Know-how, einschließlich des damit verbundenen Service-Angebots, auf das Immobilien-Leasinggesellschaften in der Branche spezialisiert sind.

### a) Unabhängigkeit von Bau- und Grundstückskaufvertrag

#### aa) Ausgangslage

In der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen vertreten, ob Kauf- und Bauvertrag beim Immobilienleasing der notariellen Form des § 311 b BGB bedürfen.<sup>12</sup> Die hier zu findende Antwort muss zunächst berücksichtigen, welche – verwandten – Finanzierungsmodelle der notariellen Form des § 311 b BGB unterworfen sind. Nach der Rechtsprechung steht fest, dass beim Bauherrenmodell neben dem Kaufver-

<sup>1</sup> Der Autor ist Partner der Sozietät *Graf von Westphalen Bappert & Modest*.

<sup>2</sup> BGH, DNotZ 1979, 228; BGH WM 1983, 123.

<sup>3</sup> BStBl I, 188.

<sup>4</sup> BStBl 1992 I, 13.

<sup>5</sup> Hierzu *Fohlmeister* in Hagenmüller/Stoppok, Leasing-Handbuch, 5. Aufl., S. 127 ff.; *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing, § 4 Rdnr. 14 ff.; DB 1992, 2482 ff.; *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rdnr. 1576 ff.

<sup>6</sup> *Fohlmeister*, S. 127, 139 ff.; *Büschgen*, § 4 Rdnr. 32 ff.

<sup>7</sup> *Fohlmeister*, S. 127, 142.

<sup>8</sup> *Fohlmeister*, a. a. O.

<sup>9</sup> *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1617.

<sup>10</sup> *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1618.

<sup>11</sup> *Hemmer*, DB-Beilage Nr. 6/1994, S. 13.

<sup>12</sup> Verneinend *Fohlmeister*, S. 127, 142; bejahend *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1620.

trag über den Miteigentumsanteil auch der Treuhandvertrag und auch der Gesellschaftsvertrag unter den Miteigentümern der notariellen Form des § 311 b BGB bedarf.<sup>13</sup> Auch der den Erwerb vorbereitende Makler-Dienstvertrag ist notariell zu beurkunden<sup>14</sup> sowie eine dem Treuhänder erteilte Vollmacht.<sup>15</sup> Auf der anderen Seite ist der Bau- und Finanzierungsvertrag – bezogen auf einen vorangegangenen Kaufvertrag – nicht formbedürftig.<sup>16</sup> *Fohlmeister* zieht aus diesem Befund die Schlussfolgerung. Er meint, der Leasinggeber sei – anders als beim Bauherrenmodell der „Bauherr“ – mit wesentlich größerem Einfluss auf das Baugeschehen ausgestattet. Diese Argumentation wäre – unter Berücksichtigung der zuvor kurz apostrophierten Rechtsprechung – ein klassisches Erst-Recht-Argument: Wenn nämlich beim Bauherrenmodell der Bauvertrag, einschließlich des Finanzierungsvertrages, nicht der notariellen Form des § 311 b BGB bedarf, dann gilt dies nicht minder, sondern erst recht auch beim Immobilienleasing. Das ist zu hinterfragen.

#### bb) Parallelen

Baubetreuungsverträge sind anerkanntermaßen nach § 311 b BGB formbedürftig, wenn der Betreuer ein eigenes Grundstück bebaut und liefert oder wenn er das Grundstück für eigene Rechnung erwerben soll.<sup>17</sup> Bei einer solchen Vertragskonstellation verpflichtet sich der Baubetreuer gegenüber dem Bauherrn gegen eine Vergütung zur planerischen, meist auch organisatorischen, wirtschaftlichen und finanziellen Gestaltung, der Durchführung und Beaufsichtigung des gesamten Baugeschehens, wobei er im Namen und für Rechnung des Bauherrn tätig wird.<sup>18</sup> Dabei macht es keinen Unterschied, ob insoweit das Grundstück des Bauherrn in Rede steht<sup>19</sup> oder ob sich der Bau auf ein noch zu erwerbendes Grundstück bezieht.<sup>20</sup> Diese Parallele scheidet jedoch beim Immobilienleasing aus. Denn hier wird der Leasinggeber Eigentümer und Bauherr – er handelt im eigenen Namen und für eigene Rechnung –, zumal auch beim Teilamortisationsmodell nach Maßgabe des BMF-Schreibens vom 23.12.1991<sup>21</sup> das Gebäude grundsätzlich dem Leasinggeber steuerlich zuzurechnen ist. Doch ist zusätzlich zu bedenken, dass beim Teilamortisations-Modell eine Kauf- oder Mietverlängerungsoption zugunsten des Leasingnehmers vorgesehen ist,<sup>22</sup> was erst später zu vertiefen ist.

Aber die Parallele zum Baubetreuungsvertrag kann doch im Ansatz für den Immobilien-Leasing-Vertrag nutzbar gemacht werden. Denn die hierzu ergangene Rechtsprechung lässt erkennen, dass es auf die weitreichende Verbindung zwischen mehreren Verträgen ankommt, welche die Beurkundungspflicht des § 311 b BGB auslöst. Daher wird man auch beim Immobilien-Leasing die Frage ventilieren müssen, ob es sich hierbei um einen zusammengesetzten Vertrag – Kauf- und Bauvertrag – handelt, so dass das Formerfordernis des § 311 b BGB einschlägig ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist für die Antwort auf diese Frage maßgebend, ob der gemischte oder zusammengesetzte Vertrag deswegen insgesamt formbe-

dürftig ist, weil er eine rechtliche Einheit bildet, weil also die Vereinbarungen nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht für sich allein gelten sollen, sondern miteinander „stehen und fallen“<sup>23</sup>. Erforderlich ist daher ein von beiden Parteien akzeptierter Einheitlichkeitswille.<sup>24</sup> Wie stets im Rahmen von § 139 BGB reicht es jedoch aus, dass der „Einheitlichkeitswille“ bei einem der vertragsschließenden Partner vorliegt, wenn der andere dies erkennt und auch hin- nimmt,<sup>25</sup> ohne diese Vorstellung zu beanstanden. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang ist nie ausreichend. Um den erforderlichen Einheitlichkeits- oder Verknüpfungswillen zu begründen, ist es nicht erforderlich, dass an jedem dieser Rechtsgeschäfte – Kauf- und Bauvertrag – jeweils dieselben Parteien beteiligt sind.<sup>26</sup> Vielmehr kommt es allein auf den – rechtlich begründeten – „Verknüpfungswillen“<sup>27</sup> an, weil und soweit für die jeweiligen Verträge eine gegenseitige Abhängigkeit in rechtlicher Hinsicht bestehen soll.

#### cc) Rechtliche Einheit

Damit ist der Grundtatbestand aufgezeichnet: Beim Immobilien-Leasing stellt sich also die Frage, ob Grundstückserwerb und Bauvertrag deswegen eine untrennbare – rechtliche – Einheit bilden, weil kein Leasinggeber bereit sein wird, als „Bauherr“ einen Bauvertrag abzuschließen, wenn nicht die Verpflichtung des Leasingnehmers zur leasingtypischen Nutzung – gleichgültig, welches Modell man wählt – im vorhin ein verbindlich feststeht.<sup>28</sup> Damit ist zumindest eine wirtschaftliche Verknüpfung gewählt; sie ist nie zu leugnen. Die entscheidende Frage im Kontext von § 311 b BGB ist jedoch, ob auch insoweit eine – rechtliche – Einheit zwischen beiden Verträgen besteht. Dies wird man zumindest in den Fällen bejahen müssen, in denen der Leasinggeber deswegen eine Objektgesellschaft gründet und ein Grundstück erwirbt, weil Einvernehmen zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer darüber besteht, dass auf diesem Grundstück ein Gebäude errichtet werden soll, welches dann der Leasingnehmer im Rahmen eines Immobilien-Leasing-Vertrages nutzen soll. Denn unter dieser Voraussetzung sind die Gründung einer Objektgesellschaft, der Erwerb des Grundstücks und der anschließende Bauvertrag so eng und unauflösbar miteinander verknüpft, dass jedenfalls Kaufvertrag und Bauvertrag „miteinander stehen und fallen“<sup>29</sup>. Sicherlich, es handelt sich bei der formbedürftigen Beurkundung eines Bauvertrages so betrachtet nur um eine „Nebenabrede“<sup>30</sup>; doch ist eben – und dies ist für das Immobilien-Leasing charakteristisch – die Einheit zum Kaufvertrag gewollt.<sup>31</sup> Das Immobilien-Leasing lebt von der unlösbaren Verknüpfung zwischen Kaufvertrag und Bauvertrag; es ist praktisch ein Paket, das interessengerecht für den jeweiligen Leasingnehmer, nicht für beliebige Dritte geschnürt und auf diese Weise auch vermarktet wird.

Man kann auch einen anderen Begründungsstrang wählen und darauf abstellen, dass nach der Rechtsprechung alle die Vereinbarungen formbedürftig sind, welche für den Fall der Nichtveräußerung oder des Nichterwerbs eines bestimmten

<sup>13</sup> BGH, NJW 1991, 3238.

<sup>14</sup> BGH, NJW-RR 1990, 340, 341.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1997, 312.

<sup>16</sup> OLG Hamm, BB 1985, 1420.

<sup>17</sup> *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 311 b Rdnr. 18.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1981, 757.

<sup>19</sup> BGH, NJW 1975, 869.

<sup>20</sup> BGH, WM 1969, 96.

<sup>21</sup> Fn. 4.

<sup>22</sup> *Zahn*, DB 1992, 2482, 2483 ff.; *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1584 ff.

<sup>23</sup> BGH, NJW 1997, 252; BGH, NJW 1994, 2885.

<sup>24</sup> BGH, ZIP 1987, 1578.

<sup>25</sup> *Palandt/Heinrichs*, § 311 b Rdnr. 32.

<sup>26</sup> BGH, ZIP 1987, 1578.

<sup>27</sup> BGH, ZIP 1987, 1464.

<sup>28</sup> A. M. *Fohlmeister*, a. a. O.; vgl. aber auch *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1621.

<sup>29</sup> BGH, NJW 1997, 250, 252.

<sup>30</sup> BGH, a. a. O.

<sup>31</sup> BGH, a. a. O.

Grundstücks selbst ins Gewicht fallende wirtschaftliche Nachteile vorsehen und so mittelbar einen Zwang zur Veräußerung oder zum Erwerb des Grundstücks begründen.<sup>32</sup> Der Bauvertrag wäre – in diesen Sentenzen gesprochen – durchaus ein erheblicher Nachteil, weil er – mangels eines vorangehenden, gezielten Erwerbs des jeweiligen Grundstücks – praktisch in der Luft hängt; der Leasinggeber ist in erster Linie Finanzier, nicht aber Bauunternehmer, der Grundstücke auf Vorrat hält. Deshalb kann man auch für das hier zu behandelnde Thema die BGH-Entscheidung vom 16.12.1993<sup>33</sup> parallel schalten. Hier hatte der BGH einen rechtlichen Zusammenhang zwischen Bauvertrag und Grundstückserwerb deswegen bejaht, weil sich die Leistungspflicht des Bauunternehmers auf ein bestimmtes Grundstück bezog, so dass insoweit ein einheitlicher Vertragswille vorlag: Bauvertrag und Grundstückserwerb sollten – entsprechend der üblichen Formel des BGH – „miteinander stehen oder fallen“<sup>34</sup>. Maßgeblich war also Erwerb und Bau eines Gebäudes auf einem bestimmten Grundstück.

#### dd) Konsequenzen

Daraus folgt: Wird also beim Immobilien-Leasing der Bauvertrag lediglich privatschriftlich abgeschlossen, dann liegt hier ein Verstoß gegen die Formvorschrift des § 311 b BGB vor. Die Tatsache, dass beim Immobilien-Leasing der Grundstückskaufvertrag zwischen Veräußerer und Leasinggeber abgeschlossen wird, während der Bauvertrag – abhängig von der jeweils gewählten Konstruktion – zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer bzw. einem Bauunternehmer kontrahiert wird, ändert an der auf § 311 b BGB zielenden Feststellung nichts. Jedenfalls aus der Perspektive der Parteien des Immobilien-Leasing-Vertrages ist klar, dass insoweit eine Einheit in rechtlicher Hinsicht besteht.<sup>35</sup>

#### b) Trennungsklauseln

Daran vermögen auch Trennungsklauseln nichts zu ändern, die darauf abzielen, dass Kauf- und Bauvertrag keine Einheit darstellen. Denn wenn die Trennungsklauseln auf dem insoweit übereinstimmenden Parteiwillen beruhen, sind sie im Sinn des § 311 b BGB auch bindend; die Beurkundungspflicht des Notars bezieht sich dann nicht auf beide Verträge. Doch es ist hohe Vorsicht geboten: Solche Klauseln beruhen in der Regel auf nahe liegenden wirtschaftlichen Erwägungen der Parteien, sie wollen die Beurkundungskosten sparen. Unter dieser Perspektive aber spricht einiges dafür, dass es sich in Wirklichkeit um AGB-Klauseln handelt, die dann aber – wegen der rechtlichen Realien des Immobilien-Leasing – am Vorrang des Individualvertrages gemäß § 305 b BGB scheitern, aber auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein dürften. Dies wäre nur dann anders, wenn man zu dem – seltenen – Ergebnis gelangen würde, dass beide Parteien unabhängig voneinander eine solche Trennungsklausel gewollt haben, weil dann die Bestimmungen des AGB-Rechts nicht zur Anwendung zu bringen sind.<sup>36</sup> Dann liegt nämlich kein Verhältnis AGB-Verwender – Kunde vor. Doch in der Wirklichkeit wird es wohl regelmäßig so sein, dass das angesprochene wirtschaftliche Interesse, die Beurkundungskosten zu sparen, auf beiden Seiten vorhanden ist, weil dann der Schluss nahe liegt, dass sich beide Parteien auf eine Trennungsklausel „verständnisgemäß“ haben, also eine allgemein übliche Klausel ge-

mäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Anwendung bringen. Verwender ist dann die Partei, die sich die Trennungsklausel zunutze macht, um sich von den Fesseln des Bauvertrages zu lösen.

### 3. Leasingtypische Nutzungsphase

Im Blick auf die notarielle Praxis stellt sich des Weiteren die Frage, ob auch der zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer abzuschließende Nutzungsvertrag – regelmäßig handelt es sich um einen atypischen Mietvertrag – ebenfalls der notariellen Form des § 311 b BGB bedarf. Diese Frage wird wie folgt zu differenzieren sein:

#### a) Vereinbarung eines Ankaufsrechts

Es entspricht häufiger Vertragsgestaltung, dass dem Leasingnehmer das Recht eingeräumt wird, vom Leasinggeber den Abschluss eines Kaufvertrages über Grundstück und Gebäude zu verlangen, sofern die Grundmietzeit abgelaufen ist, was auch unter Berücksichtigung des Erlasses vom 21.3.1972<sup>37</sup> zutrifft. Ähnliches gilt für Verträge im Bereich des Teilamortisations-Erlasses vom 23.12.1991<sup>38</sup>. Hier ist im Ergebnis – steuerlich gewertet – zu berücksichtigen, dass der Kaufpreis als angemessene Gegenleistung für den Wert angesehen wird, den das Gebäude im Zeitpunkt der Ausübung der Kaufoption noch präsentiert, wobei entweder auf den Restbuchwert bei linearer AfA gem. § 7 Abs. 4 EStG oder auf den niedrigeren gemeinen Wert des Grundstücks, d. h. auf Gebäude sowie auf Grund und Boden abgestellt wird.<sup>39</sup> Regelmäßig wird inzwischen der Restbuchwert bei linearer AfA zugrunde gelegt, weil dies den Vorteil bietet, dass der Leasingnehmer nicht gehalten ist, die stillen Reserven, die sich während der Grundmietzeit gebildet haben, durch Zahlung eines zusätzlichen Entgelts zu übernehmen.<sup>40</sup>

Doch ist gleichwohl die auf § 311 b BGB zielende Antwort klar: Wird in einem Immobilien-Leasing-Vertrag keine Kaufoption zugunsten des Leasingnehmers nach Ablauf der Grundmietzeit vereinbart, so bedarf die Vereinbarung des Ankaufsrechts eindeutig der notariellen Beurkundung.<sup>41</sup>

#### b) Beurkundung des Mietvertrages/Leasingvertrages

Dies wirft freilich die Frage auf, ob dann auch der Immobilien-Leasing-Vertrag – in seiner Form als atypischer Mietvertrag – der notariellen Beurkundung gem. § 311 b BGB bedarf. Auch hier wird man an die zuvor dargelegten rechtlichen Erwägungen anknüpfen: Sind nämlich Immobilien-Leasing-Vertrag und Ankaufsrecht so miteinander verbunden, dass ein rechtlicher Verknüpfungswille in der Weise besteht, dass beide Rechtsgeschäfte miteinander „stehen und fallen“ sollen,<sup>42</sup> dann bedarf auch der Immobilien-Leasing-Vertrag der notariellen Beurkundung.<sup>43</sup> Hier ist der – rechtliche – Zusammenhang zwischen Immobilien-Leasing-Vertrag und Ankaufsrecht des Leasingnehmers sogar noch wesentlich enger als bei dem zuvor behandelten Grundstückskaufvertrag und dem anschließenden Bauvertrag. Indessen schließt sich in diesem Zusammenhang der Kreis: Die Immobilien-Leasing-Verträge werden deswegen kontrahiert, weil sich Leasinggeber und

<sup>32</sup> BGH, NJW 1992, 3237, 3238.

<sup>33</sup> NJW 1994, 721.

<sup>34</sup> BGH, NJW 1994, 721, 722.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 1989, 199.

<sup>36</sup> Palandt/Heinrichs, § 305 Rdnr. 13; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 29.

<sup>37</sup> BStBl I, 188.

<sup>38</sup> BStBl 1992 I, 13.

<sup>39</sup> Hierzu im Einzelnen auch *Bordewin*, Leasing- und Steuerrecht, 3. Aufl., S. 67 f.

<sup>40</sup> Hierzu *Fohlmeister*, S. 127, 135.

<sup>41</sup> LG Düsseldorf, WM 1989, 1126, 1127.

<sup>42</sup> BGH, NJW 1997, 250, 252.

<sup>43</sup> Hierzu auch *Fohlmeister*, S. 127, 139; *Graf von Westphalen*, Rdnr. 1623.

Leasingnehmer darüber einig sind, dass ein Nutzungsvertrag abgeschlossen werden soll, der den steuerlichen Bonifikationen der jeweiligen Erlasse entspricht. Zwangsläufig setzt dies voraus, dass der Leasinggeber rechtlich und wirtschaftlich Eigentümer des Grundstücks, einschließlich der Gebäude, wird, die er als „Bauherr“ mit der Zielsetzung errichtet, dass der Leasingnehmer diese dann während der Grundmietzeit nutzt und – abhängig von der Einräumung eines Ankaufsrechts – nach Ablauf dieser Phase auch zu Eigentum erwirbt.

### c) Mietverlängerungsoption

Sofern dem Leasingnehmer nach Ablauf der Grundmietzeit eine Verlängerungsoption eingeräumt wird, stellt sich auch die Frage, ob nicht auch insoweit der Immobilien-Leasing-Vertrag der notariellen Form des § 311 b BGB bedarf. Auch diese Frage wird man unter Berücksichtigung und Weiterführung der zuvor angestellten Erwägungen bejahen müssen, weil nämlich zwischen dem Grundstückserwerbsvertrag, dem Bauvertrag und dem anschließenden Mietvertrag, einschließlich einer Mietverlängerungsoption, eine untrennbare rechtliche Einheit besteht.<sup>44</sup> In diesem Zusammenhang wird man auch noch auf einen weiteren Gesichtspunkt aufmerksam machen, der geeignet ist, diesen Gedanken zu tragen: Nach der üblichen Vertragskonstruktion tritt der Leasinggeber nach Abnahme, d. h. nach Fertigstellung des von ihm errichteten Gebäudes, die gegenüber den Baubeteiligten bestehenden Mängelansprüche gem. § 634 BGB an den Leasingnehmer ab. Zugrunde liegt hier die leasingtypische „Abtretungskonstruktion“, die zum einen darauf beruht, dass der Leasinggeber gegenüber dem Leasingnehmer die sich aus §§ 536 ff. BGB ergebenden Mängelansprüche abbedingt, um den Leasingnehmer stattdessen auf die Mängelansprüche zu verweisen, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber den Baubeteiligten aus dem Bauvertrag zustehen. Damit aber ist auch das Minderungsrecht des § 634 Nr. 3 BGB an den Leasingnehmer abgetreten. Macht er es geltend, dann steht nach gesicherter Rechtsprechung – bezogen auf das Institut der Geschäftsgrundlage – gem. § 313 BGB fest, dass sich die Leasingraten entsprechend mindern, weil aufgrund der nach § 634 Nr. 3 BGB geltend gemachten Minderung eine Störung der Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages vorliegt.<sup>45</sup> Soweit also nicht behebbare Baumängel vorliegen, reduziert sich die Höhe der vom Leasingnehmer an den Leasinggeber zu entrichteten Raten entsprechend. Deutlicher kann eine – rechtliche – Verknüpfung zwischen Immobilien-Leasing-Vertrag einerseits und Bauvertrag andererseits nicht begründet werden.

Wenn aber – wie zuvor aufgezeigt – Grundstückserwerb und Bauvertrag eine rechtliche Einheit bilden, dann erstreckt sich diese notwendigerweise auch auf den Immobilien-Leasing-Vertrag. Zur Konsequenz hat dies, dass auch dieser Vertrag der notariellen Form des § 311 b BGB bedarf. Es kommt also nicht entscheidend darauf an, ob der Immobilien-Leasing-Vertrag mit einer Ankaufsoption zugunsten des Leasingnehmers ausgestattet ist oder ob diesem lediglich eine Mietverlängerungsoption zusteht. Beide Fälle sind unter der Rubrik des § 311 b BGB gleich zu beurteilen.

### d) Ankaufsrecht betreffend die Geschäftsanteile einer Objektgesellschaft

Es entspricht weitgehender Vertragspraxis, dass der Leasinggeber zum Zweck der Risikominimierung Immobilien-

Leasing-Verträge in der Weise abschließt, dass er bereits für den Erwerb der Immobilie eine Objektgesellschaft (GmbH) gründet. Ist dem Leasingnehmer – nach Ablauf der Grundmietzeit – ein Ankaufsrecht eingeräumt, welches sich auf Grundstück und Gebäude – also auf die Substanz des jeweiligen Immobilien-Leasing-Vertrages – bezieht, dann ist es zwingend, dass der Leasingnehmer auch ein Erwerbsrecht in Bezug auf den oder die Geschäftsanteile an der Objektgesellschaft erhält. Dass dieses dann gem. § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf, liegt auf der Hand und bedarf im Kontext der hier anzustellenden Erwägungen keiner weiteren Begründung.

Ist hingegen die Objektgesellschaft – etwa bei Immobilien-Leasing-Fonds – eine Personengesellschaft (KG), dann stellt sich die Frage, ob das insoweit eingreifende Erwerbsrecht des Leasingnehmers nur der privatschriftlichen Form oder auch der notariellen Beurkundung gem. § 311 b BGB bedarf. Letzteres wird man deswegen bejahen müssen, weil der Erwerb der Mitgliedschaftsrechte an der KG – nach Ablauf der Grundmietzeit des Immobilien-Leasing-Vertrages – ebenfalls ein untrennbarer Bestandteil des Gesamtgeschäfts ist. Dieser Erwerbstatbestand ist dann nichts anderes als der Reflex des dem Leasingnehmer eingeräumten Ankaufsrechts, welches auf den Erwerb der Immobilie des § 311 b BGB zielt.<sup>46</sup>

## 4. Formmängel

Ist – entgegen der hier vertretenen Auffassung – ein beurkundungspflichtiger Vertrag nicht notariell gem. § 311 b BGB beurkundet, dann stellt sich unter der Perspektive des § 139 BGB die Frage, ob die Nichtigkeit des § 125 BGB den gesamten Vertrag erfasst oder lediglich eine Teilnichtigkeit anzunehmen ist.<sup>47</sup> Bejaht man jedoch – wie hier geschehen –, dass die Parteien des Leasingvertrages einen entsprechenden „Verknüpfungswillen“ typischerweise haben, der alle Geschäfte – Grundstückskaufvertrag, Bauvertrag, Mietvertrag, einschließlich der jeweiligen Optionen – miteinander verbindet, so dass sie nur miteinander „stehen oder fallen“<sup>48</sup>, dann ist die Konsequenz aus § 139 BGB vorgegeben. Denn diese Norm knüpft ebenfalls daran an, ob – nach dem erkennbaren Willen der Parteien – eine Abtrennung des nichtigen Teils vorgenommen werden kann, so dass ein Rechtsgeschäft als selbständiges Rechtsgeschäft verbleibt.<sup>49</sup> Genau diese Rechtsfolge wird man aber verneinen müssen, weil sie quer steht zur Bejahung des typischen „Verknüpfungswillens“. Zur Konsequenz hat dies, dass immer dann, wenn bei einem Immobilien-Leasing-Vertrag ein Teil des gesamten Rechtsgeschäfts nicht notariell gem. § 311 b BGB beurkundet ist, das Geschäft insgesamt nichtig ist.

Diese weitreichende Konsequenz ist für die notarielle Beurkundungspraxis von außerordentlicher Wichtigkeit. Denn die Verpflichtung des Notars, die Parteien im Rahmen der Beurkundung des Rechtsgeschäfts zu beraten, zu belehren und den „sicheren Weg“ zu wählen,<sup>50</sup> führt dazu, dass bei Immobilien-Leasing-Verträgen zwangsläufig Rechtsgeschäfte der notariellen Beurkundung gem. § 311 b BGB bedürfen, worauf die Parteien mit Nachdruck hinzuweisen sind.

<sup>46</sup> Vgl. auch Graf von Westphalen, Rdnr. 1628.

<sup>47</sup> Statt aller Palandt/Heinrichs, § 311 b BGB Rdnr. 45.

<sup>48</sup> BGH, NJW 1997, 250, 252.

<sup>49</sup> Palandt/Heinrichs, § 139 Rdnr. 10.

<sup>50</sup> BGHZ 58, 343, 348; BGH, DNotZ 1991, 759 – ständige Rechtsprechung; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 181 ff.

<sup>44</sup> Vgl. BGH, NJW 1997, 250, 252.

<sup>45</sup> BGH, ZIP 1990, 175, 177; BGH, WM 1985, 573, 574 – ständige Rechtsprechung.

## Neues zum Unschädlichkeitszeugnis

Von *Johann Demharter*, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht, München

Durch Gesetz vom 7.8.2003 wurde das Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend, geändert. Im Vordergrund steht dabei die Beseitigung der Bagatellgrenze, bis zu deren Übersteigen ein Wertausgleich entbehrlich war, und eine Regelung über die Anhörung der Berechtigten. Durch zwei Entscheidungen vom 3.7.2003 und 7.8.2003 hat das BayObLG den Anwendungsbereich des Gesetzes beim Wohnungseigentum und bei Änderungen im eigenen Bestand erweitert. Der wesentliche Inhalt der Gesetzesänderungen und der beiden Entscheidungen soll im Einzelnen dargestellt werden.

### I. Allgemeines

Das Unschädlichkeitszeugnis ist eine segensreiche Einrichtung. Für die notarielle Praxis ist es von nicht geringer Bedeutung. Seine Wurzel hat das Unschädlichkeitszeugnis in Art. 120 Abs. 1 EGBGB. Nach dieser Bestimmung bleiben landesrechtliche Vorschriften unberührt, nach denen bei Veräußerung eines Teils eines Grundstücks dieser Teil von den Belastungen des Grundstücks frei wird, wenn die zuständige Behörde feststellt, dass die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist. In den meisten Ländern bestehen Gesetze, durch die die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses geregelt wird. Die lastenfreie Abschreibung einer noch so kleinen Teilfläche eines Grundstücks hat materiellrechtlich die Zustimmung des Inhabers eines an dem Grundstück lastenden Rechts in der Form einer Pfandfreigabe der Teilfläche durch Aufgabe des Rechts an ihr<sup>1</sup> und verfahrensrechtlich die Bewilligung<sup>2</sup> der lastenfreien Abschreibung<sup>3</sup> durch den Berechtigten zur Voraussetzung.<sup>4</sup> Da die Bewilligung der grundbuchrechtlichen Form bedarf,<sup>5</sup> kann deren Beibringung bei einer größeren Zahl von Belastungen mit einem erheblichen Aufwand und insbesondere mit Kosten verbunden sein, die in keinem Verhältnis zu der Schmälerung des Haftungsobjekts stehen. Sich daraus ergebende Härten zu vermeiden, ist Zweck des Unschädlichkeitszeugnisses, das die an sich erforderliche Zustimmung einschließlich der Bewilligung der Berechtigten ersetzt.<sup>6</sup> Es bringt insbesondere bei Straßengrundabtretungen und Grenzberichtigungen eine wesentliche Erleichterung.

### II. Gesetz über das Unschädlichkeitszeugnis

In Bayern ist vom Vorbehalt des Art. 120 Abs. 1 EGBGB für den Landesgesetzgeber durch das Gesetz vom 15.6.1898, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend,<sup>7</sup> Gebrauch gemacht worden. Das Gesetz ist seit über 100 Jahren in Kraft und hat in der Vergangenheit nur wenige Änderungen erfahren, die letzte nennenswerte Änderung vor 50 Jahren.<sup>8</sup> Durch das am 1.9.2003 in Kraft getretene Gesetz vom 7.8.2003<sup>9</sup> sind erst-

mals größere Änderungen an dem Gesetz vorgenommen worden. Nach dem Vorwort zu dem Gesetzentwurf der Bayer. Staatsregierung<sup>10</sup> ist Ziel der Änderungen, das Gesetz, das schon bisher den Rechtsverkehr für Wirtschaft, Bürger und Behörden, aber auch für das Amtsgericht erheblich vereinfachte, in weiteren Punkten zu verschlanken und zu vereinfachen. Die wesentlichen Änderungen bestehen in der Beseitigung der Wertgrenze, bis zu deren Übersteigen nach bisherigem Recht die Feststellung der Unschädlichkeit ohne Wertausgleich möglich war, und des im Übrigen bisher zwingend vorgeschriebenen Wertausgleichs – ferner in einer Regelung zur Anhörung der Berechtigten.

#### 1. Änderung der Überschrift

Zunächst wurde die altmodische Überschrift „Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend“, dem heutigen Sprachgebrauch angepasst und durch die – etwas umständliche – Überschrift: „Unschädlichkeitszeugnisgesetz (UnschZG)“ ersetzt.

#### 2. Änderung des Anwendungsbereichs

##### a) Veräußerung eines Grundstücksteils

Anwendungsbereich des Unschädlichkeitszeugnisses ist entsprechend der Vorbehaltsnorm des Art. 120 Abs. 1 EGBGB nach Art. 1 Satz 1 des Gesetzes die Veräußerung der Teilfläche eines belasteten Grundstücks. Durch das Gesetz vom 28.4.1953<sup>11</sup> wurde durch den an Art. 1 angefügten Satz 2 auch die Veräußerung eines von mehreren mit einem Gesamtrecht belasteten Grundstücken unter Abweichung von der Rechtsprechung des BayObLG<sup>12</sup> einbezogen.

In der Folgezeit hat die Rechtsprechung, insbesondere des BayObLG, das Gesetz auf andere Fälle als die Veräußerung eines Grundstücksteils entsprechend angewendet, vor allem auf grundstücksgleiche Rechte, z. B. das Erbbaurecht<sup>13</sup>, und im Bereich des Wohnungseigentums. Die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses wird sowohl bei der Veräußerung eines Teils des im gemeinschaftlichen Eigentum aller Wohnungseigentümer stehenden Grundstücks für zulässig erachtet<sup>14</sup> als auch bei der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum und umgekehrt.<sup>15</sup> Im Jahr 1988 hat das BayObLG bei der nachträglichen Begründung eines Sondernutzungsrechts die Erteilung eines Unschädlichkeitszeug-

<sup>1</sup> § 875 BGB.

<sup>2</sup> § 19 GBO.

<sup>3</sup> § 46 Abs. 2 GBO.

<sup>4</sup> Darüber hinaus kann gem. § 876 BGB die materiellrechtliche Zustimmung und die verfahrensrechtliche Bewilligung auch derjenigen erforderlich sein, denen ein Recht an dem Recht zusteht, z. B. ein Pfandrecht.

<sup>5</sup> Vgl. § 29 GBO.

<sup>6</sup> BayObLGZ 1962, 396/398 f. = MittBayNot 1963, 67.

<sup>7</sup> GVBl 1898 S. 301 = BayRS 403-2-J. Zu dem Gesetz s. *Sprau*, Justizgesetze in Bayern, Teil 4 (UnschZG); ferner *Röll*, MittBayNot 1968, 353.

<sup>8</sup> Durch das Ges. v. 28.4.1953, GVBl S. 48.

<sup>9</sup> GVBl 2003 S. 512.

<sup>10</sup> LT-Drucks. 14/11937.

<sup>11</sup> GVBl 1953 S. 48.

<sup>12</sup> BayObLGZ 1952, 95.

<sup>13</sup> Siehe dazu § 11 ErbbauVO; BayObLGZ 1962, 396 = MittBayNot 1963, 97.

<sup>14</sup> LG München I, MittBayNot 1967, 365.

<sup>15</sup> LG München I, MittBayNot 1983, 174; BayObLGZ 1991, 319; BayObLG, MittBayNot 1993, 368.

nisses für zulässig erachtet.<sup>16</sup> Das Gesetz wird darüber hinaus auf die Übertragung eines Teils des Miteigentumsanteils eines Wohnungseigentümers mit oder ohne gleichzeitige Übertragung eines Teils des Sondereigentums und auf den entsprechenden Fall der Übertragung eines Teils des Sondereigentums mit oder ohne Übertragung eines Teils des Miteigentumsanteils anzuwenden sein.

Das Änderungsgesetz trägt dieser Ausweitung des Anwendungsbereiches durch die Rechtsprechung Rechnung. An Art. 1 wurde ein neuer Absatz 2 des Inhalts angefügt, dass Absatz 1 auf das Wohnungs- und Teileigentum, auf die Einräumung und Übertragung eines Sondernutzungsrechts sowie auf grundstücksgleiche Rechte entsprechend anwendbar ist.

### b) Betroffene Belastungen

Als Belastungen, von denen die abveräußerte Grundstücksteilfläche durch die Feststellung der Unschädlichkeit frei wird, kamen zunächst nur Grundpfandrechte und Reallasten in Betracht.<sup>17</sup> Durch das Änderungsgesetz vom 14.8.1923<sup>18</sup> wurde der Anwendungsbereich des Gesetzes dadurch erheblich erweitert, dass die entsprechende Anwendung auf Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten ermöglicht wurde.<sup>19</sup>

Durch das Änderungsgesetz vom 7.8.2003 wurde der Anwendungsbereich auf den Fall erstreckt, dass der Nachweis der Voraussetzungen des § 1026 BGB einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.<sup>20</sup> Ist die Ausübung der Grunddienstbarkeit, mit der ein Grundstück belastet ist, auf einen bestimmten Teil des Grundstücks beschränkt, dann wird bei der Abschreibung eines Teils des Grundstücks der abgeschriebene Teil kraft Gesetzes von der Grunddienstbarkeit frei, wenn er außerhalb des Ausübungsbereichs liegt.<sup>21</sup> Entsprechendes gilt für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.<sup>22</sup> In diesem Fall bedarf es der Zustimmung und Bewilligung des Berechtigten zur lastenfremen Abschreibung nicht. Im Einzelfall kann jedoch der in grundbuchmäßiger Form zu führende Nachweis, dass der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit sich nicht auf die abgeschriebene Teilfläche erstreckt, auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen und insbesondere mit nicht geringen Kosten verbunden sein. In diesem Fall kann der Nachweis durch ein Unschädlichkeitszeugnis ersetzt werden. Damit wird das im Gesetz festgeschriebene, was die Rechtsprechung bereits auf der Grundlage des bisherigen Rechts in entsprechender Anwendung des Gesetzes für zulässig angesehen hat.<sup>23</sup>

Außerdem werden durch das Änderungsgesetz die betroffenen Rechte nicht mehr abschließend, sondern nur beispielhaft aufgezählt.<sup>24</sup> Damit soll der Rechtsprechung die Möglichkeit

offen gehalten werden, das Gesetz auf andere Rechte, soweit die Interessenlage vergleichbar ist, anzuwenden, z. B. auf den Nießbrauch.

### 3. Änderung beim Wertausgleich

Besonders wirksam kann das Unschädlichkeitszeugnis eingesetzt werden, wenn bei einer lastenfremen Abschreibung für die Minderung des Haftungsgegenstandes kein Wertausgleich zu leisten ist. Nach dem bisherigen Recht war Voraussetzung für die Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses, dass die mit der Abveräußerung verbundene Minderung sowohl des Umfangs als auch des Werts des Belastungsgegenstands jeweils eine geringe ist und außerdem durch Geld oder ein anderes Grundstück ausgeglichen wird.<sup>25</sup> Ein Wertausgleich war, abgesehen von dem Bagatellfall einer Wertminderung nicht über 300 DM oder einem stillschweigenden Verzicht der Berechtigten auf einen Ausgleich,<sup>26</sup> zwingend vorgeschrieben. Damit war sichergestellt, dass der Berechtigte grundsätzlich nicht entschädigungslos eine Schmälerung seiner Rechtsposition hinnehmen musste. Die Wertgrenze von 300 DM galt unverändert seit 50 Jahren.<sup>27</sup> Es liegt auf der Hand, dass die Fälle, in denen ein Unschädlichkeitszeugnis ohne Wertausgleich erteilt werden konnte, weil die Wertgrenze nicht überschritten wurde, erheblich zurückgingen. Dem trägt das Änderungsgesetz dadurch Rechnung, dass die Bagatellgrenze wegfällt<sup>28</sup> und zugleich ein Wertausgleich nicht mehr zwingend vorgeschrieben wird. Dies wird dadurch erreicht, dass die bisherige Ist-Vorschrift des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 zur Kann-Vorschrift umgestaltet wird. Außerdem wird die Möglichkeit eines Wertausgleichs in Geld beseitigt.<sup>29</sup> Dies wird damit begründet, dass der Wertausgleich durch Geld keine praktische Bedeutung erlangt habe und durch den Wegfall einer möglicherweise stärkeren Belastung der Hinterlegungsstellen begegnet werden solle.

Durch den Wegfall der Bagatellgrenze und des zwingenden Wertausgleichs wird der Entscheidungsspielraum des Amtsgerichts bei der Feststellung der Unschädlichkeit erheblich ausgeweitet. Der Preis ist eine Einbuße an Rechtssicherheit, weil das Gesetz sich nicht dazu äußert, wann die Erteilung des Zeugnisses von einem Wertausgleich abhängig zu machen ist. Auf einen Wertausgleich wird nur dann verzichtet werden können, wenn die Schmälerung des Belastungsgegenstands wegen des geringen Umfangs und Werts des abgeschriebenen Teils auch ohne Wertausgleich für die Berechtigten unschädlich ist.

### 4. Änderung bei der Anhörung der Berechtigten

Das Gesetz über das Unschädlichkeitszeugnis von 1898 stammt aus einer Zeit, in der das rechtliche Gehör nicht annähernd den Stellenwert hatte, wie er ihm unter der Geltung des Grundgesetzes zukommt.<sup>30</sup> Die Anhörung der dinglich Berechtigten vor der Feststellung der Unschädlichkeit ist in dem Gesetz nicht vorgesehen. Darüber hinaus ist auch eine Anfechtung der Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses ausgeschlossen.<sup>31</sup> Dies ist bereits im Jahr 1970 auf die Kritik

<sup>16</sup> BayObLGZ 1988, 1 = MittBayNot 1988, 75. Siehe auch BayObLG, MittBayNot 1993, 368.

<sup>17</sup> Art. 1 Satz 1 des Gesetzes.

<sup>18</sup> GVBl 1923 S. 280.

<sup>19</sup> Durch Einfügung des Art. 2 a. Eine entsprechende Anwendung sieht außerdem Art. 13 auf das nicht auf den ersten Verkaufsfall beschränkte Vorkaufsrecht vor und Art. 15 auf die Aufhebung eines dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstück zustehende Recht.

<sup>20</sup> Durch Anfügen eines weiteren Halbsatzes an Art. 2 a.

<sup>21</sup> § 1026 BGB.

<sup>22</sup> § 1090 Abs. 2 BGB.

<sup>23</sup> Siehe BayObLG, MittBayNot 1981, 136.

<sup>24</sup> Dies wird dadurch bewirkt, dass in Art. 1 Satz 1 vor den Worten „mit Hypotheken“ das Wort „insbesondere“ eingefügt wird.

<sup>25</sup> Art. 2 Abs. 1 a. F.

<sup>26</sup> Art. 2 Abs. 3 a. F., Art. 6 Abs. 1 a. F.

<sup>27</sup> Sie wurde durch das Ges. v. 28.4.1953, GVBl S. 48, festgelegt.

<sup>28</sup> Durch Aufhebung des Art. 2 Abs. 3.

<sup>29</sup> Aufhebung des Art. 3 Abs. 1 und Änderung des Art. 5 Abs. 2.

<sup>30</sup> Siehe Art. 103 GG.

<sup>31</sup> Art. 8.

des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs gestoßen.<sup>32</sup> Nach der Entscheidung vom 21.7.1970 ist die fehlende Anhörung der Berechtigten nur dann gerechtfertigt, wenn das im Gesetz vorgesehene Verfahren über die Erteilung des Zeugnisses eingehalten wird. Dem könnte entgegengehalten werden, dass es gerade Sinn und Zweck der Gewährung rechtlichen Gehörs ist, auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften hinzuwirken. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass eine umfassende Anhörung der dinglich Berechtigten dem mit dem Ziel des Gesetzes verfolgten Zweck einer Verfahrenserleichterung und Verringerung des Aufwands zuwiderlaufen könnte. Die „innere Sachgerechtigkeit“ rechtfertigt daher eine gewisse Einschränkung des rechtlichen Gehörs.<sup>33</sup>

Das Änderungsgesetz trägt den verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs durch die Einfügung eines neuen Art. 4 a Rechnung. Danach sind die dinglich Berechtigten vor der Entscheidung über die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses grundsätzlich zu hören. Eine Anhörung kann aber unterbleiben, wenn sie zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens führen oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde; dann ist § 12 FGG anzuwenden. Damit soll die unterbliebene Anhörung dadurch ausgeglichen werden, dass das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anstellt und die geeignet erscheinenden Beweise aufnimmt.<sup>34</sup> Dies ist nicht schlüssig, weil das Verfahren ohnehin ein Amtsverfahren ist und daher § 12 FGG gilt.<sup>35</sup> Auch kann das Unterbleiben einer Anhörung nicht – wie in der Gesetzesbegründung geschehen – damit gerechtfertigt werden, dass das Zeugnis nur dann erteilt werden darf, wenn die Verfügung über das Grundstück für die Berechtigten unschädlich ist. Der BayVerfGH hat zu Recht darauf hingewiesen,<sup>36</sup> ein dinglich Berechtigter könne bei einer Anhörung in der Lage sein, „Gegengründe dafür anzuführen, dass die Grundstücksveräußerung eben gerade nicht unschädlich ist“. Gleichwohl trägt die Neuregelung einerseits dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs, andererseits aber auch dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ausreichend Rechnung.

## 5. Änderungen des Verfahrens

### a) Änderung beim Antrag

Den Antrag auf Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses konnte nach bisherigem Recht ausschließlich der Grundstückseigentümer stellen. Künftig kann jeder, der ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Unschädlichkeit hat, den Antrag stellen.<sup>37</sup> Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass durch die Ausweitung der Anwendung des Gesetzes über die Veräußerung eines Grundstücksteils hinaus bei der Antragsberechtigung nicht mehr allein auf den Grundstückseigentümer abgestellt werden kann.

Erschwert wird die Antragstellung dadurch, dass der Antragsteller die aktuellen Anschriften der Berechtigten, die dem Amtsgericht regelmäßig nicht bekannt sind, anzugeben und darzutun hat, warum die Bewilligung nur unter erheblichen

Schwierigkeiten zu erlangen ist. Davon kann abgesehen werden, wenn eine wirtschaftliche Beeinträchtigung der Berechtigten offensichtlich ausgeschlossen ist.<sup>38</sup> Durch die Neuregelung wird die Amtsermittlungspflicht des Amtsgerichts eingeschränkt.

### b) Änderung bei den Kosten

Das bisherige Recht enthielt keine Regelung der Kosten mit Ausnahme der Anordnung einer Gebührenfreiheit bei unentgeltlichen Verfügungen zu einem öffentlichen Zweck.<sup>39</sup> Im Übrigen kam § 158 Abs. 2 KostO zur Anwendung. Danach war für die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses oder die Ablehnung eine halbe Gebühr zu erheben.

Das Änderungsgesetz fügte an Art. 21 vier neue Absätze an, die sich mit den Kosten und dem Geschäftswert befassen. Grundsätzlich wird danach für das Verfahren vor dem Amtsgericht eine doppelte Gebühr nach der Kostenordnung erhoben, mindestens 100 €. Die Mindestgebühr fällt damit bei Geschäftswerten bis 8.000 € an. Bei Zurücknahme des Antrags wird eine halbe Gebühr erhoben, mindestens 25 €. Der Geschäftswert bemisst sich nach dem Wert der Belastung oder, wenn er geringer ist, nach dem Wert der abgeschrieben Teilfläche. Für das Beschwerdeverfahren, das nur bei Ablehnung des Antrags eingeleitet werden kann,<sup>40</sup> werden die gleichen Gebühren wie im ersten Rechtszug erhoben.

Obwohl statt einer halben Gebühr jetzt eine doppelte Gebühr erhoben wird, sind die Gebühren nicht kostendeckend, weil die Geschäftswerte naturgemäß gering sind.

## III. Entscheidungen des BayObLG

Unmittelbar vor dem In-Kraft-Treten des Änderungsgesetzes am 1.9.2003 hat das BayObLG den Anwendungsbereich des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis in zwei Fällen durch entsprechende Anwendung ausgeweitet.

### 1. Änderung der Gemeinschaftsordnung

In der Entscheidung vom 14.1.1988<sup>41</sup> hat das BayObLG ausgeführt, bei einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis im Bereich des Wohnungseigentums dürfe ein Sondernutzungsrecht nicht an dem im Gesetz verwendeten Begriff des Grundstücks gemessen werden. Entscheidend sei vielmehr, ob die Notwendigkeit, die Bewilligung der dinglich Berechtigten beizubringen, für die Wohnungseigentümer bei Begründung eines im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums einzutragenden Sondernutzungsrechts in vergleichbarer Weise bestehe und vergleichbare Härten mit sich bringen könne wie für einen Grundstückseigentümer bei Veräußerung und lastenfreier Abschreibung einer Grundstücksfläche. Der Senat hat dies bejaht und die Feststellung der Unschädlichkeit der Begründung eines Sondernutzungsrechts für zulässig erachtet. Im Jahr 1974 hatte das Gericht noch anders entschieden und die Ansicht vertreten, Abhilfe könne allenfalls der Gesetzgeber schaffen.<sup>42</sup> Diese Ansicht hat in der Entscheidung vom 28.5.1993 auch das OLG Köln vertreten.<sup>43</sup>

<sup>32</sup> BayVerfGH 23, 143 = MittBayNot 1970, 140. Einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 103 Abs. 1 BayVerf durch Art. 2 Abs. 3 und Art. 8 hat der BayVerfGH (MittBayNot 1989, 22) verneint.

<sup>33</sup> BayVerfGH, MittBayNot 1970, 140/141.

<sup>34</sup> Dies ist der Inhalt des § 12 FGG.

<sup>35</sup> Art. 5 Abs. 1; *Sprau* (Fn. 7), Rdnr. 60.

<sup>36</sup> BayVerfGH, MittBayNot 1970, 140/141.

<sup>37</sup> Änderung des Art. 4 Abs. 1.

<sup>38</sup> Anfügung einer neuen Nr. 4 an Art. 4 Abs. 2.

<sup>39</sup> Art. 21.

<sup>40</sup> Art. 8: Danach kann die Feststellung der Unschädlichkeit nicht angefochten werden.

<sup>41</sup> BayObLGZ 1988, 1 = MittBayNot 1988, 75 = Rpfleger 1988, 140 mit zust. Anm. *Reinl.*

<sup>42</sup> BayObLGZ 1974, 217/223 = Mitt BayNot 1974, 147.

<sup>43</sup> ZMR 1993, 428.

Bei der nachträglichen Begründung eines Sondernutzungsrechts handelt es sich um eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer, durch die vom Wohnungseigentumsgesetz abgewichen wird.<sup>44</sup> Während § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG von dem Grundsatz ausgeht, dass jeder Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums berechtigt ist, wird durch die Einräumung eines Sondernutzungsrechts<sup>45</sup> abweichend hiervon einem Wohnungseigentümer unter Ausschluss der übrigen vom Mitgebrauch das alleinige Nutzungsrecht an einem Teil des Gemeinschaftseigentums eingeräumt. Die Eintragung der Vereinbarung im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums ist Voraussetzung dafür, dass die Vereinbarung auch gegen einen Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers wirkt.<sup>46</sup> Die Einräumung eines Sondernutzungsrechts nimmt unter den in Betracht kommenden Vereinbarungen insofern eine Sonderstellung ein, als Sondernutzungsrechte häufig wirtschaftlich von besonderer Bedeutung sind, z. B. als Sondernutzungsrecht an einem Kfz-Stellplatz. Rechtlich unterscheidet sich eine Vereinbarung über ein Sondernutzungsrecht aber nicht von Vereinbarungen mit einem anderen Inhalt, z. B. einer Änderung der gesetzlichen Regelung über die Kostenverteilung oder das Stimmrecht.<sup>47</sup>

Das BayObLG hat im Beschluss vom 3.7.2003<sup>48</sup> die entsprechende Anwendung des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis auch für andere Vereinbarungen der Wohnungseigentümer als die Begründung oder Übertragung eines Sondernutzungsrechts für zulässig erachtet. In dem entschiedenen Fall ging es um die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels. Die Entscheidung bringt eine ganz erhebliche Erleichterung bei der Eintragung einer wegen des grundsätzlichen Erfordernisses der Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer ohnehin sehr aufwändigen Verfahrens bei der Änderung von Vorschriften des WEG oder der Gemeinschaftsordnung.

## 2. Änderungen im eigenen Bestand

Das Unschädlichkeitsgesetz stellt in seinem Art. 1 auf die Veräußerung einer Grundstücksfläche ab. Nach dem Wortlaut

scheidet daher eine Anwendung in den Fällen aus, in denen eine Grundstücksteilfläche ohne Eigentumsänderung, also im eigenen Bestand, abgeschrieben werden soll. Das BayObLG hat es daher am 7.6.1989<sup>49</sup> abgelehnt, das Gesetz auf den Fall entsprechend anzuwenden, dass die abzuschreibende Teilfläche im Eigentum desselben Eigentümers verbleibt, auch wenn sie einem anderen Grundstück zugeschrieben wird und ein künftiger Eigentumswechsel vorbereitet werden soll.

Nunmehr hat das BayObLG in einem besonders gelagerten Fall der Abschreibung eines Grundstücksteils im eigenen Besitz mit Beschluss vom 7.8.2003<sup>50</sup> eine entsprechende Anwendung des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis für möglich erachtet. Ein Bauträger hatte ein größeres Grundstück in einzelne Baugrundstücke aufgeteilt, die vermessen und für die eigene Grundbuchblätter angelegt wurden. Die meisten Grundstücke waren bereits verkauft, und für die Erwerber waren Eigentumsvormerkungen eingetragen. Außerdem waren die verkauften Grundstücke mit Finanzierungsgrundpfandrechten der Erwerber belastet. Für den Vollzug erforderlich gewordener Grenzberichtigungen bei den Grundstücken hat das BayObLG im Hinblick auf die der gesetzlichen Regelung einer Veräußerung vergleichbare Interessenlage eine entsprechende Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes zugelassen. Entscheidend wurde dabei darauf abgestellt, dass eine Veräußerung nicht nur vorbereitet wurde, sondern schuldrechtlich bereits vollzogen und durch Vormerkungen dinglich gesichert war, so dass die begehrte Feststellung der Unschädlichkeit in einem so engen Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung stand, dass die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses vertretbar erschien.

## IV. Schlussbemerkung

Durch den im Mittelpunkt der Änderungen des Gesetzes über das Unschädlichkeitszeugnis stehenden Wegfall der Bagatellgrenze und des zwingend vorgeschriebenen Wertausgleichs sowie die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes durch die Rechtsprechung des BayObLG kann das Gesetz seine für die Beteiligten segensreichen Wirkungen, insbesondere im Bereich des Wohnungseigentums, künftig in weitaus größerem Umfang entfalten.

<sup>44</sup> Gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG.

<sup>45</sup> Durch Vereinbarung gem. § 15 Abs. 1 WEG.

<sup>46</sup> § 10 Abs. 2 WEG.

<sup>47</sup> S. dazu § 16 Abs. 2 und § 25 Abs. 2 WEG.

<sup>48</sup> BayObLGZ 2003, 161 = MittBayNot 2004, 43 (in diesem Heft).

<sup>49</sup> BayObLGZ 1989, 200 = MittBayNot 1989, 311.

<sup>50</sup> BayObLGZ 2003, 202 = MittBayNot 2004, 45 (in diesem Heft).



## Verpflichtungserklärungen der Gemeinde bei notarieller Beurkundung

Von Württ. Notariatsassessorin und stud. jur. *Susanne Basty*, München,  
und Prof. Dr. *Heinrich Amadeus Wolff*, München<sup>1</sup>

### I. Das Problem

Gemeinden sind häufig Vertragspartner bei Verträgen, die notarieller Beurkundung bedürfen. Als juristische Person (Körperschaft des öffentlichen Rechts, Art. 1 BayGO) können Gemeinden nicht selbst handeln, sondern müssen sich vertreten lassen. Die Vertretung ist in Art. 38 BayGO geregelt. Nach Art. 38 Abs. 1 BayGO vertritt der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Nach Art. 38 Abs. 2 Satz 1 BayGO bedürfen Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform. Das gilt nicht für ständig wiederkehrende Geschäfte des täglichen Lebens, die finanziell von unerheblicher Bedeutung sind. Nach Art. 38 Abs. 2 Satz 2 BayGO sind die Erklärungen durch den ersten Bürgermeister oder seinen Stellvertreter unter Angabe der Amtsbezeichnung handschriftlich zu unterzeichnen. Nach Art. 38 Abs. 2 Satz 3 BayGO können die Verpflichtungserklärungen aufgrund einer dem Art. 38 Abs. 2 Satz 2 BayGO entsprechenden Vollmacht auch von Gemeindebediensteten unterzeichnet werden. Nicht immer entsprechen notarielle Urkunden, die den Beurkundungsvorschriften genügen, zugleich den Formerfordernissen für Verpflichtungserklärungen nach Art. 38 Abs. 2 BayGO. Das Verhältnis beider Rechtsregime bedarf demnach einer näheren Betrachtung.

### II. Anwendungsbereich und Inhalt des Art. 38 Abs. 2 BayGO

#### 1. Begriff der Verpflichtungserklärung

Verpflichtungserklärungen i. S. v. Art. 38 Abs. 2 BayGO sind alle Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, gleich, ob auf dem Gebiet des Zivilrechts oder des öffentlichen Rechts. Der Begriff ist weit zu fassen. Erfasst werden einseitige, zweiseitige, empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Erklärungen sowie materiellrechtliche und prozessuale Erklärungen, sofern sie eine Verpflichtung begründen.<sup>2</sup> Es kommt hierbei allein auf den Zweck der Erklärung an. Bringt eine Erklärung tatsächlich, aber ungewollt Verpflichtungen der Gemeinde mit sich (z. B. Amtshaftung bei unrichtiger Rechtsauskunft), so ist Art. 38 Abs. 2 BayGO nicht anwendbar. Dagegen greift die Vorschrift bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts durch die Gemeinde ein.<sup>3</sup> Für Verfügungserklärungen gilt Art. 38 Abs. 2 BayGO nicht, z. B. bei Erklärung der Auflassung nach § 925 BGB, ebenso nicht bei einseitigen Erklärungen, die auf Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses zielen, z. B. einer Kündigung. Auch Erklärungen, die der Gemeinde lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, werden von Art. 38 Abs. 2 BayGO nicht erfasst.

<sup>1</sup> An dieser Stelle ist Herrn Notar Prof. Dr. *Karl Winkler*, München, für die freundliche Unterstützung herzlich zu danken.

<sup>2</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung, Stand September 2002, Art. 38 Rdnr. 8; *Hölzl/Hien*, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung, Stand Juli 2002, Art. 38 Ziff. 3; *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung, Stand November 2002, Art. 38 Ziff. 3.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1960, 1805.

#### 2. Der erfasste Personenkreis

Art. 38 Abs. 2 Satz 1 BayGO bezieht sich auf das Handeln des ersten Bürgermeisters, der in kreisfreien Gemeinden und in Großen Kreisstädten Oberbürgermeister heißt (Art. 34 BayGO). Die von Art. 38 Abs. 2 Satz 2 BayGO ebenfalls einbezogenen Stellvertreter sind die Stellvertreter i. S. v. Art. 39 Abs. 1 BayGO. Nach Art. 39 Abs. 1 BayGO vertreten die weiteren Bürgermeister (Art. 35 BayGO) diesen im Falle seiner Verhinderung in ihrer Reihenfolge (Satz 1). Sie führen die Amtsbezeichnung „weitere/r Bürgermeister/in“, gleich, ob sie einen Oberbürgermeister oder einen ersten Bürgermeister vertreten. Der Gemeinderat kann außerdem weitere Stellvertreter aus seiner Mitte wählen (Art. 39 Abs. 1 Satz 2 BayGO), falls auch die weiteren Bürgermeister verhindert sein sollten. Sie führen die Amtsbezeichnung „ehrenamtliches Gemeinderatsmitglied“ oder „ehrenamtliches Stadtratsmitglied“.<sup>4</sup>

Wird die Verpflichtungserklärung nicht vom Bürgermeister und nicht von dessen Stellvertreter, sondern von einem Gemeindebediensteten abgegeben, so muss nach h. M. über den insoweit undeutlichen Wortlaut des Art. 38 Abs. 2 Satz 3 GO hinaus nicht nur für die Vollmacht, sondern auch für die Verpflichtungserklärung selbst die Form von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GO eingehalten werden.<sup>5</sup> Art. 38 Abs. 2 Satz 3 BayGO ist demnach eine Spezialvorschrift zu § 167 Abs. 2 BGB und geht dieser vor.<sup>6</sup> Gemeindebedienstete sind Beamte, Angestellte oder Arbeiter der Gemeinde, auch berufsmäßige, nicht jedoch die ehrenamtlichen Gemeinderatsmitglieder.<sup>7</sup>

#### 3. Das Formerfordernis

Art. 38 Abs. 2 BayGO unterwirft die Verpflichtungserklärungen folgenden Anforderungen:

- Die Erklärung bedarf der Schriftform.
- Sie ist vom ersten Bürgermeister oder dem an seiner Stelle Handelnden zu unterzeichnen.
- Die Unterschrift ist unter Angabe der Amtsbezeichnung vorzunehmen, wobei die h. M. davon ausgeht, dass die Amtsbezeichnung selbst nicht handschriftlich, sondern nur schriftlich angegeben werden muss.<sup>8</sup>

Die geforderte Schriftform entspricht nicht der des § 126 Abs. 1 und 2 BGB. Vielmehr bedeutet Schriftform hier die Einhaltung der Sonderregelungen in Art. 38 Abs. 2 Satz 2 und 3 BayGO, also handschriftliche Unterzeichnung unter Bei-

<sup>4</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 38 Rdnr. 10.

<sup>5</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 38 Rdnr. 11; *Hölzl/Hien*, Art. 38 Ziff. 6.

<sup>6</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 38 Rdnr. 11.

<sup>7</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 38 Rdnr. 11.

<sup>8</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 38 Rdnr. 10; *Hölzl/Hien*, Art. 38 Ziff. 4; a. A. *Becker* in *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen*, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Aufl. 2001, Teil 2, Rdnr. 172: Auch die Amtsbezeichnung müsse handschriftlich gefasst sein.

fügung der Amtsbezeichnung.<sup>9</sup> Handschriftliche Unterzeichnung ist das Unterschreiben mit ausgeschriebenem Familiennamen; die Beifügung des Vornamens ist nicht erforderlich.<sup>10</sup> Die Unterschrift muss soweit leserlich sein, dass ein Dritter, der den Namen des Unterzeichnenden kennt, diesen aus der Unterschrift herauslesen kann.<sup>11</sup>

Die Amtsbezeichnung richtet sich nach dem Unterzeichner. „Unter Angabe der Amtsbezeichnung“ gebietet keine Angabe räumlich neben oder bei der Unterschrift. Es reicht aus (ist aber auch notwendig<sup>12</sup>), wenn sich die Amtsbezeichnung an anderer Stelle der Erklärung findet, etwa auf dem Briefkopf.<sup>13</sup> Soweit Gemeindebedienstete eine Amtsbezeichnung führen, ist diese ebenfalls anzugeben.

### III. Folgen eines Formverstößes

Wird die Form des § 38 Abs. 2 Satz 2 BayGO nicht eingehalten, ist nach der Rechtsprechung zwischen Erklärungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und solchen auf dem Gebiet des Zivilrechts zu differenzieren.

#### 1. Verpflichtungserklärungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Für Erklärungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts stellt Art. 38 Abs. 2 BayGO eine Formvorschrift dar.<sup>14</sup> Formwidrige Verpflichtungserklärungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind daher unwirksam. Für Verwaltungsakte folgt dies aus Art. 44 BayVwVfG, für öffentlich-rechtliche Verträge aus Art. 57, 59 BayVwVfG i. V. m. § 125 BGB.<sup>15</sup>

#### 2. Verpflichtungserklärungen auf dem Gebiet des Zivilrechts

Für zivilrechtliche Erklärungen wird Art. 38 Abs. 2 BayGO vom BGH unter Abkehr von seiner eigenen Rechtsprechung<sup>16</sup> seit Beginn der 60er Jahre nicht mehr als Formvorschrift, sondern als Vertretungsregelung qualifiziert.<sup>17</sup> Die Literatur folgt dieser Ansicht,<sup>18</sup> die auch hier als richtig zu Grunde gelegt

wird. In Folge dieser Qualifizierung wendet die Rechtsprechung nicht § 125 Satz 1 BGB an.<sup>19</sup> Die Qualifizierung als Vertretungsregelung und nicht als reine Formvorschrift ist angesichts des Normtextes nicht unmittelbar verständlich. Begründet wird diese Differenzierung aber mit kompetenzrechtlichen Überlegungen. Formvorschriften auf dem Gebiet des Zivilrechts werden als Regelungen des bürgerlichen Rechts verstanden, für die der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz besitzt. Soweit der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch macht, besitzen die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG keine Gesetzgebungskompetenz mehr. Die Regelungen des Bundes im zivilrechtlichen Bereich sind von ihrem Anspruch her abschließend. Dies wird an Art. 55 EGBGB deutlich, der dem Landesgesetzgeber grundsätzlich den Erlass privatrechtlicher Vorschriften verwehrt. Vor diesem Hintergrund besitzen die Länder keine Kompetenz für den Erlass von Formvorschriften für private Rechtsgeschäfte. Wäre Art. 38 Abs. 2 BayGO als Formvorschrift zu deuten, so wäre er insoweit verfassungswidrig und nichtig.<sup>20</sup> Um diese Folge zu vermeiden, qualifiziert die Rechtsprechung die Formvorschriften für Verpflichtungserklärungen in den landesrechtlichen Kommunalgesetzen nicht als solche. Gleichzeitig geht sie davon aus, dass sich die Sperrwirkung der bundesrechtlichen Zivilgesetzgebung nicht auf die Vertretung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts bezieht, auch nicht, soweit es um privatrechtliches Handeln geht. Demnach liegt es nahe, Art. 38 Abs. 2 BayGO für den zivilrechtlichen Bereich verfassungskonform als Vertretungsregelung zu verstehen.<sup>21</sup> Die Formvorschrift des Art. 38 Abs. 2 BayGO bezieht sich dann nicht auf die Form des Rechtsgeschäfts selbst, sondern auf die Voraussetzungen für eine wirksame Vertretung. Die wirksame Vertretung der Gemeinde setzt somit die Einhaltung der in Art. 38 Abs. 2 BayGO genannten Formvorgaben bei der Erklärung des Vertreters voraus.

Erfüllt bei Zugrundelegung dieses Verständnisses eine privatrechtliche Verpflichtungserklärung der Gemeinde die in Art. 38 Abs. 2 BayGO genannten formellen Anforderungen nicht, handelt der Bürgermeister als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Ein Vertrag ist schwebend unwirksam, §§ 177, 178 BGB; eine einseitige Erklärung ist in der Regel nichtig, § 180 BGB.<sup>22</sup> Durch Genehmigung kann ein schwebend unwirksamer Vertrag voll wirksam werden, § 177 Abs. 1 BGB.<sup>23</sup> Eine Genehmigung ist eine nachfolgende formgerechte Erklärung des ersten Bürgermeisters oder einer anderen Person i. S. d. Art. 38 Abs. 2 BayGO.<sup>24</sup>

in Berg u. a., Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl. 1996, Teil C Rdnr. 85; Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 384 a; Becker (Fn. 8), Rdnr. 172; Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, Rdnr. 256, und Schmidt-Jortzig/Petersen, JuS 1989, 27, 28 (soweit es um das Schriftformerfordernis geht).

19 A. A. etwa Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 12; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 5; Lissak, Bayerisches Kommunalrecht, 2. Aufl. 2001, S. 98 Rdnr. 39.

20 So aber etwa im Ergebnis Bücking, BayVBl 1974, 66, 67 f. in Bezug auf zivilrechtliche Rechtsgeschäfte.

21 Kritisch zu dieser Argumentation Bücking, BayVBl 1974, 66, 67; zweifelnd insoweit auch Gern, Rdnr. 370; zu den Voraussetzungen der verfassungskonformen Auslegung Günniker (Fn. 15), S. 66 f.

22 Gern, Rdnr. 370.

23 OLG München, NVwZ 1985, 293; Widmann/Grasser, Art. 38 Rdnr. 7; so wohl auch BGH, NJW 1960, 1805; NJW 1980, 117 ff.

24 In diese Richtung auch OLG München, NVwZ 1985, 293; BayObLGZ 1971, 299, 303; wohl auch Römer, DNotZ 1956, 359, 374 ff.; Beitzke, MDR 1953, 1, 2.

9 Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 10; Widmann/Grasser, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung, Stand Januar 2002, Art. 38 Rdnr. 7 a.

10 Widmann/Grasser, Art. 38 Rdnr. 7 a; Prandl/Zimmermann/Büchner, Art. 38 Ziff. 8.

11 Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 10; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 4; allgemein BVerwGE 43, 113, 114.

12 Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 4; BGH, NJW 1980, 117.

13 S. die Nachweise in Fn. 8.

14 Vgl. etwa Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 12.

15 Hölzl/Hien, Art. 38 Rdnr. 5; Prandl/Zimmermann/Büchner, Art. 38 Rdnr. 4; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 13; differenzierend Günniker, Rechtliche Probleme der Formvorschriften kommunaler Außenvertretung, 1984, S. 152 ff.

16 BGHZ 6, 330; BGHZ 21, 65.

17 BGH, NJW 1960, 1805; NJW 1966, 2402; NJW 1980, 117 ff.; NJW 1986, 2939; NJW 1994, 1528; OVG Lüneburg, NJW 1977, 773; OLG München, NVwZ 1985, 293; ausführlich Günniker (Fn. 15), S. 65 f.

18 Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, 10. Aufl. 2000, Rdnr. 255; ders. in Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. (Hrsg.), Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, 2003, S. 128; Widmann/Grasser, Art. 38 Rdnr. 7 a; im Ergebnis auch Gern, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 370; wohl auch Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1992, § 19 IV 3, S. 289; a. A. aber Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 12; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 5; Bethge, BayVBl 1978, 659; 660; Bücking, BayVBl 1974, 66 ff.; Günniker (Fn. 15), S. 98; offen dagegen Steiner

#### IV. Art. 38 Abs. 2 BayGO und notarielle Beurkundung

##### 1. Das Auseinanderfallen der Beurkundungsregeln und Art. 38 Abs. 2 BayGO

Da nach dem Beurkundungsgesetz die Aufnahme der Amtsbezeichnung des für die Gemeinde Handelnden in die Urkunde nicht vorgeschrieben ist, kann es in der Praxis zu Beurkundungen kommen, bei denen nicht die Form des Art. 38 Abs. 2 BayGO eingehalten wird.

##### 2. Die Lösungsangebote der Literatur

Die Literatur ist sich im Ergebnis einig, dass Verpflichtungserklärungen in notariellen Urkunden, auch wenn sie nicht die Voraussetzungen des Art. 38 Abs. 2 BayGO einhalten, dennoch wirksam sind und keiner nachträglichen wirksamen Genehmigung bedürfen. Die Begründungsangebote für dieses Ergebnis weichen allerdings in bemerkenswerter Weise voneinander ab. Die Rechtsprechung hat, zumindest nachdem sie die Vorschriften als Vertretungserklärung qualifiziert, formwidrige Verpflichtungserklärungen im Bereich des Zivilrechts, die in einer notariellen Urkunde enthalten sind, soweit ersichtlich bisher weder ausdrücklich abgelehnt noch angenommen.

###### a) Die Anwendung von § 126 Abs. 4 BGB

Nach einem Teil der kommunalrechtlichen Literatur<sup>25</sup> ersetzt die notarielle Form die Schriftform des Art. 38 Abs. 2 BayGO. Zur Begründung wird entweder darauf verwiesen, dass die entsprechenden Vorschriften entgegen der Annahme der Rechtsprechung keine Vertretungsregeln, sondern eine über die Regelungsmaterie des Kommunalrechts kompetenzrechtlich gerechtfertigte Formvorschriften seien,<sup>26</sup> oder es wird ohne ausdrückliche Begründung allein auf die Evidenz der Richtigkeit des Ergebnisses<sup>27</sup> Bezug genommen. Legt man, was hier gesehen soll, die Ansicht der Rechtsprechung als richtig zu Grunde, kann diese Ansicht in dieser Form nicht überzeugen, da sie gerade die Qualifizierung des Art. 38 Abs. 2 BayGO als Vertretungsregel nicht konsequent durchhält, mag dies bei Zugrundelegung der eigenen Prämisse für sich genommen auch folgerichtig sein.

###### b) § 67 BeurkG

Teilweise wird der Vorrang der Beurkundungsregeln vor der Vertretungsregel des Art 38 Abs. 2 BayGO mit § 67 BeurkG begründet.<sup>28</sup> Nach § 67 BeurkG wird die bundes- oder landesrechtlich vorgeschriebene Beidrückung des Dienstsiegels bei Erklärungen juristischer Personen des öffentlichen Rechts durch die öffentliche Beurkundung, nicht aber durch die öffentliche Beglaubigung ersetzt.<sup>29</sup> Diese Ansicht überzeugt nicht, da Art. 38 BayGO, im Gegensatz zu einigen entsprechenden Bestimmungen der anderen Bundesländer,<sup>30</sup> eine

Beifügung des Dienstsiegels nicht vorsieht. Die Angabe der Amtsbezeichnung des Art. 38 Abs. 2 BayGO ist im Gegensatz zum Dienstsiegel auch ein aliud und kein minus. Dies sieht man daran, dass einige Landesregelungen bei der Verpflichtungserklärung sowohl das Dienstsiegel als auch die Amtsbezeichnung als Voraussetzung vorsehen.<sup>31</sup> Die Amtsbezeichnung kann daher allenfalls unter großen Schwierigkeiten unter den Begriff des „Dienstsiegels“ i. S. d. § 67 BeurkG gefasst werden. Schließlich ist § 67 BeurkG offensichtlich auf Formvorschriften und nicht auf Vertretungsregeln bezogen. Sollte § 67 BeurkG auch die landesrechtlichen Vertretungsregeln für juristische Personen des öffentlichen Rechts erfassen wollen, wäre er wohl seinerseits nicht verfassungsgemäß. Der Bundesgesetzgeber ist nicht befugt, die landesrechtlichen Bestimmungen zur Vertretung juristischer Personen des Landesrechts (und damit auch der Gemeinden) zu modifizieren.

###### c) Die modifizierende Auslegung des Art. 38 Abs. 2 BayGO

Ein Teil der kommunalrechtlichen Literatur versucht, das beschriebene Problem durch eine Modifizierung des Art. 38 Abs. 2 BayGO zu bewältigen. So geht diese Ansicht davon aus, es müsse bei einer notariellen Urkunde ausreichen, wenn die Amtsbezeichnung nicht selbst handschriftlich und zur Unterschrift beigefügt werde, sondern irgendwo in der Urkunde die Amtsbezeichnung auftauche.<sup>32</sup> Da die h. M. grundsätzlich nicht verlangt, dass die Amtsbezeichnung selbst handschriftlich sein muss, bietet diese Ansicht keine spezielle Lösung für das Verhältnis von Verpflichtungserklärungen und notariellen Urkunden an. Zudem bietet sie aber nur eine Teillösung an, da das Beurkundungsrecht die Aufnahme der Amtsbezeichnung nicht zwingend verlangt und dies in der Praxis auch nicht zwingend geschieht, mit der Folge, dass in diesen Fällen keine wirksame Vertretung vorläge.

##### 3. Die teleologische Reduktion des Art. 38 Abs. 2 BayGO als einzige Lösung

###### a) Die Qualifikation als Vertretungsregel als problembegründend

Der Überblick über die angebotenen Lösungen macht deutlich, dass einerseits an dem Ergebnis, dass die Nichtangabe der Amtsbezeichnung innerhalb einer notariellen Urkunde nicht zur Unwirksamkeit der Verpflichtung der Gemeinde führen darf, keine Zweifel bestehen, andererseits aber keine der angebotenen Lösungen dogmatisch vollständig überzeugt. Der Grund für diese Schwierigkeit liegt in der durch die Rechtsprechung vorgenommenen verfassungskonformen „Umdeutung“ der Formvorschriften in eine Vertretungsregelung.

###### b) Die Vorstellungen zur Zeit des Erlasses der Gemeindeordnung

Durch die Qualifizierung des Art. 38 Abs. 2 BayGO ist das Problem entstanden, dass der Vorrang der notariellen Beurkundungen vor dem Schriftformerfordernis formal gesehen nicht greift. Da in Bayern im Gegensatz zu anderen Landesgesetzen<sup>33</sup> auch keine ausdrückliche Ausnahme des Formerfordernisses bei Verpflichtungserklärungen in notariellen Urkunden in Art. 38 Abs. 2 BayGO aufgenommen wurde, hätte

<sup>25</sup> Widmann/Grasser Art. 38 Rdnr. 7; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 12; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 5; Lissak, S. 98 Rdnr. 39; konkludent Bohley, BayBgm 1953, 267; Schmidt-Jortzig, Rdnr. 256.

<sup>26</sup> Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 12; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 5; Lissak, S. 98 Rdnr. 39; konkludent Bohley, BayBgm 1953, 267. Die Folge ist, dass im Fall eines Verstoßes § 125 BGB eingreift.

<sup>27</sup> Widmann/Grasser, Art. 38 Rdnr. 7.

<sup>28</sup> Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 13 Rdnr. 45.

<sup>29</sup> Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 67 Rdnr. 1; Güniker (Fn. 15), S. 71 (analoge Anwendung).

<sup>30</sup> § 71 GO Hessen, § 38 Abs. 6 KV Mecklenburg-Vorpommern, § 49 GO Rheinland-Pfalz, § 62 Abs. 1 KSVG Saarland, § 70 Abs. 1 GO Sachsen-Anhalt, § 51 Abs. 2 GO Schleswig-Holstein.

<sup>31</sup> Vgl. § 71 GO Hessen, § 49 GO Rheinland-Pfalz, § 62 Abs. 1 KSVG Saarland.

<sup>32</sup> Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 10; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 4.

<sup>33</sup> Vgl. etwa § 63 Abs. 2 GO Niedersachsen, § 49 GO Rheinland-Pfalz, § 70 Abs. 1 GO Sachsen-Anhalt.

dies die Unwirksamkeit all der notariellen Urkunden zur Folge, bei denen die Amtsbezeichnung des für die Gemeinde Handelnden fehlt, zumindest wenn der erste Bürgermeister oder sein Stellvertreter gehandelt hat. Dieses Ergebnis ist offensichtlich unsinnig und vom Gesetzgeber nicht gewollt. Zum Zeitpunkt der Neuregelungen des Kommunalrechts gingen die Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgeber davon aus, dass die notarielle Beurkundung die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Formvorgaben ersetzt.<sup>34</sup> Diese Ansicht beruhte auf der Vorstellung, die Formerfordernisse der Verpflichtungserklärungen seien auch bei zivilrechtlichen Erklärungen Formbestimmungen. Da das dogmatische Problem erst durch die „Umdeutung“ der Rechtsprechung entstanden ist, erscheint es sachgerecht, den Anwendungsbereich des Art. 38 Abs. 2 BayGO auch ohne entsprechenden Anhaltspunkt im Normtext im Wege der teleologischen Reduktion<sup>35</sup> wegen des entsprechenden historischen Willens des Gesetzgebers zu reduzieren und die Formerfordernisse der Verpflichtungserklärung nicht auf solche Verpflichtungserklärungen zu beziehen, die in notariellen Urkunden enthalten sind.

### c) Die Berücksichtigung des Normzwecks des Art. 38 Abs. 2 BayGO

Rechtfertigen lässt sich diese Reduktion außer durch Verweis auf das Rechtsverständnis zu Beginn der fünfziger Jahre auch auf das Ziel des Art. 38 Abs. 2 BayGO. Auch wenn Art 38 Abs. 2 BayGO dem Charakter nach eine Vertretungsregel darstellt, bleibt der Inhalt der Voraussetzung für eine wirksame Vertretung doch ein Formerfordernis, vergleichbar mit dem Erfordernis einer Vollmachtsurkunde. Alle Normzwecke, die Art. 38 Abs. 2 BayGO verfolgt, werden durch die notarielle Beurkundung auch ohne die Angabe der Amtsbezeichnung

erfüllt. Art. 38 Abs. 2 BayGO besitzt eine Warnfunktion und soll die Gemeinde vor Verpflichtungen aufgrund unüberlegter mündlicher Zusagen schützen.<sup>36</sup> Außerdem soll es sicherstellen, dass die Erklärung auch von der Gemeinde herrührt<sup>37</sup> und dieser zugerechnet werden kann. Alle diese Ziele werden durch die notarielle Beurkundung ebenso gut erfüllt. Das notarielle Beurkundungsverfahren bietet auch die größtmögliche Gewähr dafür, dass die abgegebene Erklärung von der Gemeinde stammt, da der Notar die Vertretungsmacht zu prüfen hat.<sup>38</sup> Unmittelbar aus dem Sinn und Zweck des Art. 38 Abs. 2 BayGO heraus argumentiert, ist daher der Anwendungsbereich des Art. 38 Abs. 2 BayGO zu reduzieren und nicht auf Erklärungen innerhalb einer notariellen Urkunde anzuwenden.<sup>39</sup> Dies lässt sich auch mit dem Argument rechtfertigen, dass die unterschiedliche Qualifizierung der gleichen Vorschriften als Formvorschrift bzw. Vertretungsvorschrift, je nach Rechtsnatur des Geschäfts, ihrerseits angreifbar ist<sup>40</sup> und daher die Folgen dieser Unterscheidung möglichst begrenzt gehalten werden müssen.

## VI. Zusammenfassung

Da Art. 38 Abs. 2 BayGO von der Rechtsprechung für Erklärungen auf zivilrechtlichem Gebiet als Vertretungsregel qualifiziert wird, kann § 126 Abs. 4 BGB nicht zur Begründung dafür herangezogen werden, dass die notarielle Beurkundung die Nichteinhaltung der Anforderungen des Art. 38 Abs. 2 BayGO heilen oder ersetzen könnte. Da die Vertretungsanforderungen des Art. 38 Abs. 2 BayGO aber formeller Natur sind, ist eine teleologische Reduktion des Art. 38 Abs. 2 BayGO sachlich gerechtfertigt. Dies hat zur Folge, dass Art. 38 Abs. 2 BayGO nicht für Verpflichtungserklärungen gilt, die in notariellen Urkunden enthalten sind.

<sup>34</sup> BGH II. Senat, NJW 1958, 866; LG Koblenz, NJW 1961, 222; LG Kreuznach, DNotZ 1958, 105; LG Baunschweig, DNotZ 1957, 322; Römer, DNotZ 1956, 359; Riedel, DNotZ 1957, 326; Reithmann, DNotZ 1961, 223; weitere Nachweise bei Scherer, DNotZ 1965, 27, sowie Mecke, BeurkG, 1. Auflage 1970, § 67, und Huhn/v. Schuckmann, § 67 Rdnr. 1; BGH V. Senat, BGHZ 6; 330; BGH V. Senat, BGHZ 32, 375; zur BayGO v. 30.1.1952, GVBl S. 19, s. LT-Dr. II Nr. 1140, S. 35.

<sup>35</sup> Dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 391 ff.; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1991, Rdnr. 497 ff.

<sup>36</sup> Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 3; für vergleichbare landesrechtliche Regelungen: LG Koblenz, NJW 1961, 222; BGH, NJW 1980, 117 ff.; NJW 1984, 606; für Bayern: Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 Rdnr. 7; Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 3.

<sup>37</sup> Dies gilt insbesondere, wo nach Landesrecht auch die Beifügung des Dienstsiegels der Gemeinde erforderlich ist; vgl. LG Bad Kreuznach, DNotZ 1958, 105.

<sup>38</sup> So auch LG Bad Kreuznach, DNotZ 1958, 105.

<sup>39</sup> Hölzl/Hien, Art. 38 Ziff. 3; Widmann/Grasser, Art. 38 Rdnr. 7.

<sup>40</sup> Kritisch zu Recht Stober, Kommunalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1992, § 19 IV 3, S. 289.

# Grundstücksüberlassung an Minderjährige und Pflichtteilsanrechnung

Von Notarassessor Tobias Fembacher, München

Wenn Eltern Grundbesitz auf die nächste Generation überlassen, kommt es häufig vor, dass sie für die Schenkung an die Kinder eine erbrechtliche Kompensation vornehmen wollen. Die Beteiligten empfinden es als gerecht, wenn derjenige, dem zu Lebzeiten bereits ein Grundstück unentgeltlich übertragen wurde, dafür nach dem Tod der Eltern mit möglichen Pflichtteilsansprüchen zurückstehen muss und nicht einen insgesamt als unangemessen hoch empfundenen Teil des elterlichen Vermögens erhält. An diesem Wunsch der Eltern wird deutlich,

dass diese die lebzeitige Vermögenübertragung im Wortsinne als „vorweggenommene Erbfolge“ verstehen.

Ein zu diesem Zweck regelmäßig gewähltes Instrument ist die Pflichtteilsanrechnung nach § 2315 BGB. Die Beteiligten wünschen diese meist dann, wenn entweder der Ehegatte des Übergebers oder Geschwister des Übernehmers als künftige Erben vor überhöhten Pflichtteilsansprüchen des Übernehmers geschützt werden sollen. Da die Zuwendung auf den Pflichtteil nur dann angerechnet wird, wenn der Erblasser dies

bei der Zuwendung ausdrücklich angeordnet hat, und nicht etwa schon von Gesetzes wegen,<sup>1</sup> wird der Notar in der Beratung und Beurkundung die Beteiligten in der Regel auf das Problem der Pflichtteilsanrechnung ansprechen.

Wenn die Eltern Grundstücke auf minderjährige Kinder übertragen, stellt sich die Frage, wie sich die Aufnahme einer Pflichtteilsanrechnung in die notarielle Urkunde auf die Genehmigungsbefähigung bzw. die Genehmigungsfähigkeit des Vertrages auswirkt.<sup>2</sup> Denn die Pflichtteilsanrechnung kann im Einzelfall gravierende wirtschaftliche Folgen für den Erwerber nach sich ziehen. Dabei ist klar zwischen drei Fragestellungen zu trennen: Wann kann der minderjährige Beschenkte die Willenserklärung selbst abgeben? Unter welchen Voraussetzungen ist die Erklärung genehmigungsbedürftig? Wann ist die gewählte vertragliche Gestaltung genehmigungsfähig?

### 1. Die Willenserklärung des Minderjährigen

Die Frage der Genehmigungsbefähigung des Überlassungsvertrages stellt sich von vornherein nur dann, wenn der Minderjährige die rechtsgeschäftliche Erklärung nicht selbst abgeben kann. Der Minderjährige kann auf keinen Fall selbst handeln, wenn er entweder unter sieben Jahre und damit nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig ist oder wenn ihm bei beschränkter Geschäftsfähigkeit die Erklärung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil im Sinne von § 107 BGB bringt. Dabei stuft insbesondere die Rechtsprechung<sup>3</sup> die Grundstückschenkung an Minderjährige grundsätzlich als „lediglich rechtlich vorteilhaft“ ein, auch wenn das Grundstück z. B. mit Grundpfandrechten belastet ist. Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob allein die Aufnahme einer Pflichtteilsanrechnung in den Vertrag zwingend dazu führt, dass eine Grundstücksüberlassung kein „lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft“ im Sinne von § 107 BGB mehr ist und der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige daher die Erklärung nicht mehr selbst abgeben kann.<sup>4</sup> Nach der formalrechtlichen Betrachtungsweise der Rechtsprechung erscheint es konsequent, die Frage zu verneinen, da die Pflichtteilsanrechnung keine eigenständige rechtliche Verpflichtung des Minderjährigen begründet. Auch eine stärker wirtschaftlich geprägte Sichtweise wird nicht dazu führen können, die bloße Pflichtteilsanrechnung schon als entsprechend relevanten Nachteil zu qualifizieren, da der Anrechnung der Vermögenszuwachs des Minderjährigen durch die Überlassung gegenübergestellt werden muss.<sup>5</sup>

Wenn der Minderjährige, weil er geschäftsunfähig ist oder ihm die Erklärung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, nicht selbst rechtsgeschäftlich handeln kann, vertreten ihn nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich seine Eltern gemeinschaftlich. Diese sind aber in der Regel von der Vertretung ausgeschlossen, da meist zumindest ein Elternteil oder ein Verwandter der Eltern in gerader Linie auf der Übergeberseite stehen wird und daher die Eltern nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB das Kind nicht vertreten können. Daher

wird in diesen Fällen ein Ergänzungspfleger nach § 1909 Abs. 1 BGB bestellt, der für das minderjährige Kind handelt.<sup>6</sup>

### 2. Genehmigungsbefähigung

Anders als beim Pflichtteilsverzicht, für den § 2347 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung anordnet, ist die Genehmigungsbefähigung der Pflichtteilsanrechnung nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Dies ist auch folgerichtig, da im Gegensatz zum Verzicht auf den Pflichtteil die Pflichtteilsanrechnung eine einseitige Erklärung des Übergebers darstellt und keine Erklärung des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen minderjährigen Erwerbers beinhaltet, für die eine gerichtliche Kontrolle von vornherein angezeigt erschiene.

Die Pflichtteilsanrechnung kann für sich alleine betrachtet also die Genehmigungsbefähigung nicht auslösen, sondern immer nur im Zusammenhang mit einzelnen Regelungen der Grundstücksüberlassung an den Minderjährigen.

Die gerichtliche Genehmigungsbefähigung bemisst sich nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 4 BGB, wenn die Eltern das minderjährige Kind bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts vertreten konnten. Die von einem Ergänzungspfleger abgegebenen Erklärungen sind nach §§ 1915 Abs. 1, 1821, 1822 BGB genehmigungsbedürftig.<sup>7</sup>

Mit dem Begriff der Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück in § 1821 Nr. 1 BGB ist dabei nur die Verfügung über ein Grundstück des Minderjährigen selbst gemeint.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass bei einer Grundstückschenkung an den Minderjährigen ohne weitergehende vertragliche Regelungen keine Genehmigungsbefähigung besteht.<sup>9</sup> Eine solche wird aber z. B. ausgelöst, wenn in den Vertrag Rückübertragungsklauseln aufgenommen werden, wonach der Erwerber das Grundstück unter bestimmten Voraussetzungen auf den Übergeber zurückzuübertragen hat. Denn diese Regelung beinhaltet die aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Verfügung über ein Grundstück nach § 1821 Nr. 4 BGB. In diesen Fällen, in denen sich die Genehmigungsbefähigung der Überlassung eigentlich aus anderen Vertragsbestandteilen ergibt, fließt die Pflichtteilsanrechnung dennoch in die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts ein, da insoweit das Vormundschaftsgericht eine Gesamtbetrachtung anstellt.<sup>10</sup>

### 3. Genehmigungsfähigkeit – „Kindeswohl“

Entscheidendes Kriterium für die Genehmigungsfähigkeit ist das Kindeswohl.<sup>11</sup> Dies bedeutet, dass bei der Erteilung der

<sup>1</sup> Vgl. § 2315 Abs. 1 BGB. Dies ist vielen Beteiligten nicht bewusst. Gerade die Übergeber gehen meist davon aus, dass eine Anrechnung in jedem Fall von Gesetzes wegen stattfindet, weil diese ihrem Gerechtigkeitsempfinden entspricht.

<sup>2</sup> Dazu *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78/85.

<sup>3</sup> Vgl. zur Problematik des „rechtlichen Vorteils“ aus der Rspr. BGH, NJW 1985, 2407; BayObLG, BayObLGZ 1979, 49, 53.

<sup>4</sup> Vgl. zu diesem Problem z. B. OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288/291 („lediglich rechtlicher Vorteil“ bleibt bestehen).

<sup>5</sup> Dazu unten 3.

<sup>6</sup> Die Bestellung eines Ergänzungspflegers ist jedoch wiederum entbehrlich, wenn das Geschäft für den Minderjährigen „lediglich rechtlich vorteilhaft“ ist, da in diesen Konstellationen eine teleologische Reduktion des § 181 BGB vorgeschlagen wird. Dazu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 181 Rdnr. 9 m. w. N.; BGHZ 59, 240; 94, 235.

<sup>7</sup> Wenn die Erklärung für den Minderjährigen durch die Eltern abgegeben wurde, ist für die Erteilung der Genehmigung das Familiengericht zuständig (§ 1643 Abs. 1 BGB), wenn ein Ergänzungspfleger gehandelt hat, hingegen das Vormundschaftsgericht (§§ 1915 Abs. 1, 1821, 1822 BGB).

<sup>8</sup> So z. B. *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 13; *Staudinger/Engler*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 1821 BGB Rdnr. 33.

<sup>9</sup> Die Genehmigungsbefähigung entfällt in diesen Fällen auch deshalb, weil hier ein „lediglich rechtlicher Vorteil“ für den Minderjährigen vorliegt und in solchen Konstellationen § 1821 BGB teleologisch zu reduzieren ist.

<sup>10</sup> *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78/84.

<sup>11</sup> Siehe *Palandt/Diederichsen*, § 1643 Rdnr. 7.

Genehmigung sowohl wirtschaftliche als auch immaterielle Interessen des Kindes zu berücksichtigen sind. Das Gericht beurteilt dabei im Rahmen seiner Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit nicht isoliert die einzelnen Bestimmungen des Vertrages, sondern würdigt das der vertraglichen Regelung zugrunde liegende Gesamtkonzept.

Um die möglichen wirtschaftlichen Auswirkungen einer Pflichtteilsanrechnung gegenüber dem Minderjährigen beurteilen zu können, muss man sich die Funktionsweise des § 2315 BGB vor Augen führen. Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift ordnet an, dass bei der Bestimmung des Pflichtteils der Wert der Zuwendung dem Nachlass hinzuzurechnen ist. Nach Satz 2 bestimmt sich wiederum der Wert nach dem Zeitpunkt, zu dem die Zuwendung erfolgt ist.

Als Rechenbeispiel soll der Fall dienen, dass dem einzigen Sohn von seinem Vater ein Grundstück, das zum Zeitpunkt der Zuwendung einen Wert von 200.000 € aufweist,<sup>12</sup> unter Anrechnung auf dessen Pflichtteil geschenkt wird. In einem Testament hat der Vater die Mutter zur Alleinerbin eingesetzt. Der Nachlasswert beträgt ebenfalls 200.000 €. Ohne Pflichtteilsanrechnung würde sich der Pflichtteilsanspruch des Sohnes bei Versterben des Vaters auf 50.000 € belaufen (1/4 des Nachlasswertes). Die Pflichtteilsanrechnung wirkt sich nun folgendermaßen aus: Dem Nachlasswert von 200.000 € ist nach § 2315 Abs. 2 Satz 1 BGB der Wert der Zuwendung von 200.000 € hinzuzurechnen, so dass der Pflichtteilsanspruch in einem ersten Schritt mit 1/4 von 400.000 €, mithin 100.000 €, zu ermitteln wäre. Von diesem Betrag ist nun im Wege der Pflichtteilsanrechnung, obwohl dies nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist, der Wert der Zuwendung in Höhe von 200.000 € abzuziehen.<sup>13</sup> Damit verbleibt dem Sohn aufgrund der Anordnung der Pflichtteilsanrechnung kein Pflichtteilsanspruch gegen die Mutter mehr.<sup>14</sup> Dies bedeutet, dass sich im Beispielfall die Pflichtteilsanrechnung wirtschaftlich wie ein Pflichtteilsverzicht auswirkt, der zweifelsohne genehmigungsbedürftig wäre.

Die Pflichtteilsanrechnung stellt trotz dieser möglicherweise erheblichen vermögensrechtlichen Folgen grundsätzlich kein Problem für das Kindeswohl des minderjährigen Grundstückserwerbers dar, da nach der gesetzlichen Regelung die Anrechnung mit dem Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung erfolgt. Es ist also zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung schon klar, zu welchem Wert die Anrechnung erfolgt, so dass im Regelfall kein von vornherein nicht prognostizierbares wirtschaftliches Risiko für den Erwerber besteht.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Bei der Wertberechnung ist zu berücksichtigen, dass sich diese zwar auf den Zeitpunkt der Zuwendung bezieht, jedoch der Kaufkraftschwund einzurechnen ist. Vgl. dazu und zur Preisindexierung der Zuwendung *Palandt/Edenhofer*, § 2315 Rdnr. 5.

<sup>13</sup> Siehe *Palandt/Edenhofer*, § 2315 Rdnr. 4; *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 57.

<sup>14</sup> *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 58, weist darauf hin, dass der Pflichtteilsberechtigten, wenn sich nach Durchführung der Anrechnung für ihn ein negativer Saldo ergibt, nichts herauszugeben habe, da § 2315 BGB keinen Anspruch der Erben kreieren könne.

<sup>15</sup> Anders ist es z. B., wenn der Vertrag einen Pflichtteilsverzicht des Minderjährigen enthält. Denn in diesem Fall kann das Gericht eine Gefährdung des Kindeswohls kaum prüfen, da die wirtschaftlichen Auswirkungen eines Verzichts wegen der völlig unbekanntem Höhe des Nachlasses nicht abzusehen sind.

Jedoch kann die für den Grundstückserwerber problematische Situation eintreten, dass der zu Lebzeiten übertragene Vermögensgegenstand zwischen dem Zeitpunkt der Zuwendung und dem Todesfall einen Wertverlust erleidet. Nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB ist dies für die Durchführung der Pflichtteilsanrechnung gleichgültig. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass zum Zeitpunkt der Anrechnung der dem Minderjährigen übertragene Gegenstand, etwa ein Grundstück, für diesen wirtschaftlich nur noch einen Bruchteil des Wertes hat, zu dem die Anrechnung erfolgt. Wer dieses Risiko für den Erwerber gänzlich ausschließen will, kann in die Formulierung der Pflichtteilsanrechnung im Überlassungsvertrag den Zusatz aufnehmen, dass die Anrechnung grundsätzlich zu dem Wert im Zeitpunkt der Zuwendung erfolgt, höchstens aber zu dem Wert, den der zugewendete Gegenstand zum Zeitpunkt des Todes des Übergebers hat.<sup>16</sup>

Jedoch kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Pflichtteilsanrechnung, die zu dem gesetzlich vorgesehenen Wert zum Zeitpunkt der Zuwendung vorgenommen wird, von vornherein die Genehmigungsfähigkeit des Vertrages entfallen lässt. Denn für die Beurteilung der Frage, ob ein Überlassungsvertrag im Ganzen dem Kindeswohl entspricht, ist zwischen dem sich augenblicklich aktualisierenden Vermögensvorteil für den Minderjährigen durch die Grundstücksübertragung und dem theoretischen Risiko eines später möglicherweise eintretenden Wertverlustes abzuwägen. Erst wenn dieses Risiko zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung durch das Familien- bzw. Vormundschaftsgericht sich schon ersichtlich konkretisiert hat<sup>17</sup> und der minderjährige Erwerber erkennbar der Gefahr eines sich per saldo ergebenden Vermögensverlustes ausgesetzt ist,<sup>18</sup> wird man die Genehmigungsfähigkeit der Pflichtteilsanrechnung wegen einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls in Zweifel ziehen können.

#### 4. Ergebnis

Insgesamt betrachtet gilt, dass die Anordnung einer Pflichtteilsanrechnung im Überlassungsvertrag nach wie vor ein sinnvolles Instrument darstellt, um dem regelmäßig vorgetragenen Anliegen der Übergeber, für die Vornahme der Schenkung zu Lebzeiten einen erbrechtlichen Ausgleich zu schaffen, gerecht zu werden. Genehmigungsfähig ist die Pflichtteilsanrechnung nicht aus sich selbst heraus, sondern nur im Zusammenhang mit Regelungen, die den „rechtlichen Vorteil“ des Grundstücksgeschäfts für den Minderjährigen entfallen lassen. Die Genehmigungsfähigkeit kann überhaupt nur in den Fällen problematisch sein, in denen zum Zeitpunkt der Anrechnung der Pflichtteilsanrechnung das Risiko eines Wertverlustes des übertragenen Vermögensgegenstandes bereits manifest ist. Dieser Problematik kann im Einzelfall mit der Aufnahme einer Klausel in den Überlassungsvertrag begegnet werden, wonach die Anrechnung höchstens mit dem Wert erfolgt, den der Gegenstand zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers hat.

<sup>16</sup> § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist dispositives Recht, d. h. der Erblasser kann für die Pflichtteilsanrechnung einen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Wert festlegen.

<sup>17</sup> Etwa in dem Fall, dass allseits bekannt ist, dass neben dem überlassenen Grundstück eine Autobahntrasse verlaufen wird oder Ähnliches.

<sup>18</sup> *Staudinger/Haas*, § 2315 Rdnr. 47, schlägt in diesen Fällen vor, die schon zum Zeitpunkt der Zuwendung absehbare Wertminderung bei der Bestimmung des Anrechnungswerts zu berücksichtigen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Münchener Vertragshandbuch, Band 5, Bürgerliches Recht I. 5., neubearb. Aufl., Beck, 2003. 1 263 Seiten, 112 €**

**Münchener Vertragshandbuch, Band 6, Bürgerliches Recht II. 5., neubearb. Aufl., Beck, 2003. 1 217 S., 112 €**

Das Münchener Vertragshandbuch zum Bürgerlichen Recht hat seit seinem erstmaligen Erscheinen im Jahre 1983 auf seinem Gebiet Maßstäbe gesetzt, an denen sich andere Formularbücher messen lassen müssen. Nachdem die fünf Jahre seit Erscheinen der Voraufgabe erneut von umfangreichen, um nicht zu sagen hektischen Aktivitäten des Gesetzgebers geprägt waren, ist die nunmehr vorliegende 5. Auflage angetreten, diesen Ruf auch die nächsten Jahre zu verteidigen.

Am bewährten Aufbau und Konzept des Handbuchs hat sich dabei zu Recht nichts geändert. An eine Fülle von Vertragsmustern zu den einzelnen Rechtsgebieten schließen sich jeweils ausführliche Erläuterungen an, die nach wie vor nicht selten einem Kommentar zur Ehre gereichen würden. Auch die Aufteilung des Bürgerlichen Rechts auf zwei Bände der insgesamt sechsbändigen Reihe wurde beibehalten. Rein äußerlich fällt lediglich auf, dass die etwas irreführende Bezeichnung als „Halbbände“ aufgegeben wurde – offensichtlich hat auch der Verlag erkannt, dass es sich hier schon allein vom Umfang her nicht um „halbe“ Sachen handelt –, weshalb sich das Bürgerliche Recht nunmehr in Form zweier „eigenständiger“ Bände (5 und 6 der Reihe) präsentiert.

Band 5 (Bürgerliches Recht I) behandelt wie bisher Grundstückskaufverträge einschließlich des Kaufs vom Bauträger, Mietrecht, Dienstleistungs- und Herstellungsverträge sowie – für die notarielle Praxis naturgemäß wenig relevant – das Dienst- und Arbeitsvertragsrecht einschließlich der Betriebsvereinbarungen. Das bisherige Kapitel über AGB-Verträge wurde anlässlich der Integrierung des AGB-Gesetzes in das BGB aufgegeben und die diesbezügliche Problematik in die übrigen Kapitel eingearbeitet. Der Umfang des 1. Teils hat dennoch gegenüber der Voraufgabe kaum abgenommen. Neu hinzugekommen sind im Bereich der Grundstückskaufverträge ausführliche Hinweise zu Verbraucherverträgen, verbundenen Immobiliengeschäften und den notariellen Pflichten nach dem Geldwäschegesetz. Erweitert wurden ferner auch die Erläuterungen zum Bauträgervertrag sowie das Kapitel zum Mietrecht, das – bedingt durch die Mietrechtsreform – inhaltlich zudem eine komplette Überarbeitung erfahren hat.

Band 6 (Bürgerliches Recht II) befasst sich wie gewohnt mit Zuwendungen, Erbbaurechten, Wohnungseigentum, sonstigen sachenrechtlichen Verträgen und Erklärungen sowie familien- und erbrechtlichen Vorgängen. Neben der Wiederkehr der Ehegattenvermögensgesellschaft im Bereich der Zuwendungsverträge wurde das Kapitel über Erbbaurechtsverträge teils erheblich überarbeitet und erweitert sowie der Abschnitt zum Familienrecht bedingt durch das In-Kraft-Treten des LPartG und des Adoptionswirkungsgesetzes um weitere Muster ergänzt. Im Erbrecht sind die Rechtsprechung des BVerfG zu letztwilligen Verfügungen Mehrfachbehinderter sowie die neu geschaffene Rückgabemöglichkeit für Erbverträge berücksichtigt. Bei den Kommentierungen ist insbesondere die gelungene Darstellung der richterlichen Inhaltskontrolle ehe-

vertraglicher Vereinbarungen hervorzuheben; angesichts der nach wie vor eher diffusen Rechtsprechung kein ganz leichtes Unterfangen.

Die grundsätzlichen Stärken, aber auch systemimmanenten Schwächen von Formularbüchern – Stichwort: Gefahr der kritiklosen Übernahme unpassender oder gar fehlerhafter Mustertexte – sind und waren immer wieder Gegenstand zahlreicher Diskussionen und sollen daher an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Was jedoch das Münchener Vertragshandbuch zum Bürgerlichen Recht gegenüber Konkurrenzprodukten auch aus demselben Hause auszeichnet, ist neben dem hohen intellektuellen und fachlichen Niveau seiner Erläuterungen die Solidität und Zuverlässigkeit seiner Muster. Zu loben ist in diesem Zusammenhang die Politik des Verlages, nicht nach jeder Gesetzesreform quasi im Zwei-Jahres-Rhythmus sofort eine „aktualisierte Neuauflage“ auf den Markt zu werfen. Selbst auf die Gefahr hin, dass deshalb die eine oder andere Formulierung in zwei oder drei Jahren bereits wieder überholt sein mag, hat man so als Käufer doch die Gewähr, dass Gesetzesänderungen nicht als billiger Kaufanreiz dienen, sondern ausschließlich aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf die Vertragspraxis Berücksichtigung finden.

Selbstverständlich stößt man auf den insgesamt mehr als 2 400 Seiten auch auf den einen oder anderen Fehler im Detail, nicht (mehr) berücksichtigte gerichtliche Entscheidungen oder Gestaltungsvorschläge, über die man geteilter Ansicht sein mag. So ist an den Bearbeitern offensichtlich die immerhin schon mehr als fünf Jahre zurückliegende Erhöhung des Regelsteuersatzes bei der Umsatzsteuer von 15 auf 16 v.H. spurlos vorüber gegangen, um nur ein Beispiel zu nennen (vgl. Band 5 I. 1 Anm. 18). Angesichts der enormen inhaltlichen Bandbreite mindert dies jedoch keineswegs den praktischen Wert des Werkes insgesamt, sondern ist vielmehr Ausdruck eines notwendigen Kompromisses zwischen Vollständigkeit und Aktualität. Bei aller inhaltlichen Vielfalt sind die beiden Handbücher zugleich mehr als die Summe ihrer Teile. Obwohl jeder Bearbeiter seinen persönlichen und unverwechselbaren Stil pflegt, wirkt das Werk wie aus einem Guss. Wäre da nicht das bedingt durch die Informationsfülle notwendigerweise etwas gedrängt wirkende Schriftbild, das auch rein äußerlich eher den Charakter eines Nachschlagewerks denn eines „Lesebuchs“ vermittelt, man würde jeden der beiden Bände gerne noch öfter zum bloßen Schmökern in die Hand nehmen.

An dieser Stelle sei jedoch zugleich auch eine Warnung ausgesprochen: Selbst wenn manche Anmerkungen zu einem Vertragsmuster in einer Einführung in ein ganzes Rechtsgebiet ähneln (die Erörterungen zum Bauträgervertrag sind hierfür ein gutes Beispiel) – das Münchener Vertragshandbuch ist nicht für Anfänger geeignet, sondern setzt eine gewisse Vertrautheit mit der Materie voraus. Die Reihenfolge der Vertragsmuster folgt keinen didaktischen Überlegungen. So beginnt beispielsweise das Kapitel zum Grundstückskauf mit dem praktisch eher seltenen und juristisch anspruchsvollen Fall des Verkaufs eines belasteten Altbaugrundstücks mit teilweiser Schuldübernahme durch den Käufer und Abwicklung über Notaranderkonto. Im folgenden Muster begegnet man der ebenfalls eher exotischen Konstellation einer Ablösung über einen externen Treuhänder ohne Mitwirkung des Notars, bevor man schließlich und endlich auf die vertraute Direkt-

zahlung des Kaufpreises nach notarieller Fälligkeitsmitteilung stößt. Das Münchener Vertragshandbuch zum Bürgerlichen Recht will – und dies ist untypisch für ein derartiges Werk – den Leser nicht „belehren“, sondern mit ihm in einen ständigen Dialog treten, ihn fordern, ja sich sogar mit ihm messen.

Dem Charakter der Vertragsgestaltung als einer hochgradig kreativen juristischen Tätigkeit wird dies durchaus gerecht. Fast immer ist eine Anpassung an den konkreten Sachverhalt erforderlich, erscheint hier eine Formulierung vielleicht als unpassend, ist hier etwas zu kürzen oder dort noch etwas hinzuzufügen. Zwischen den Buchdeckeln der beiden Bände findet man jedoch zu nahezu jeder Thematik einen verlässlichen Grundstock, auf den man aufbauen, einen ergiebigen „Steinbruch“, aus dem man sich die geeignetsten Stücke herausbre-

chen kann. Bei genauerer Durchsicht des Werkes stößt man immer wieder auf Formulierungen, die man aus zahlreichen Verträgen diverser Kollegen kennt, ohne dass einem bislang bewusst gewesen wäre, dass genau diese Klausel oder jener Belehrungshinweis ursprünglich dem Münchener Vertragshandbuch entstammen. Kann man einem Formularbuch ein größeres Lob aussprechen, als dass einzelne seiner Musterformulierungen unter Juristen bereits so etwas wie Allgemeingut geworden sind?

So bleiben die zwei Bände des Münchener Vertragshandbuchs zum Bürgerlichen Recht auch in ihrer nunmehr 5. Auflage eine der im tatsächlichen Wortsinne „preiswertesten“ Arbeitshilfen für jeden Vertragsgestalter – und eine unverzichtbare Anschaffung für jeden Notar.

Notar *Bertrand Koller*, Dingolfing

### **Göppinger/Wax: Unterhaltsrecht. 8., vollst. neubearb. Aufl., Giesecking, 2003. 1 318 S., 128 €**

Das bewährte Werk ist für die 8. Auflage völlig neu bearbeitet worden von *Peter Wax, Dieter Bäuml, Hans van Els, Röse Häußermann, Jörg Hoffmann, Karl Kodal, Hartmut Linke, Carola Macco, Rudi W. Märkle, Hans-Ulrich Maurer, Friedrich Strohal* und *Harald Vogel*.

Das Werk gliedert sich in vier Teile: Materielles Recht, Verfahrensrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht sowie Steuerrecht. Bereits in MittBayNot 2000, 304 habe ich die Besprechung der 7. Auflage übernommen. Schon damals habe ich darauf hingewiesen, dass dieses Buch – fast ausschließlich von Richtern geschrieben – an Vollständigkeit nicht zu überbieten ist. Allerdings kommt weiterhin – aus der Sicht des Verfasserkreises verständlich – der notarielle Bereich zwangsläufig und leider viel zu kurz. Im Stichwortverzeichnis finden sich z. B. nicht einmal die Worte „Notar“ oder „notarielle Beurkundung“.

Was den Formzwang angeht, wird bei Unterhaltsvereinbarungen mangels gesetzlicher Vorschriften das Erfordernis einer notariellen Beurkundung verneint (*Hoffmann*, S. 488). Es könnte sich aber aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs (z. B. gleichzeitige Vereinbarung von Gütertrennung und Ausschluss des Versorgungsausgleichs) die Formbedürftigkeit wegen der §§ 1410, 1587 o Abs. 2 Satz 1 BGB ergeben. Dies bejaht auch *Hoffmann* auf S. 488 und 510. Generell dürfte eine Beurkundungspflicht dann bestehen, wenn mit beurkundungsbedürftigen Teilen ein zeitlicher und sachlicher Zusammenhang besteht, so z. B. *Lenz*, MittBayNot 1999, 157. Über § 518 BGB wird sich jedoch keine Formbedürftigkeit ergeben, weil derartige Unterhaltsvereinbarungen wohl in den seltensten Fällen unentgeltlich erfolgen. Auf S. 442 wird diese Ansicht auch von *Hoffmann* vertreten.

Gerade im Hinblick auf die Entscheidungen des BVerfG, DNotI-Report 2001, 40 und 2001, 142 = DNotZ 2001, 222 ff. und 2001, 708 ff., sowie die Entscheidung des OLG München, DNotI-Report 2003, 4 f. = MittBayNot 2003, 136 ff., ist bei Unterhaltsregelungen, die nicht im Zusammenhang mit einer Scheidung stehen, daran zu denken, dass diese möglicherweise als unwirksam angesehen werden. In diesem Zusammenhang gewinnt die salvatorische Klausel besondere Bedeutung, obwohl das OLG München a. a. O. auch diese ablehnt. *Hoffmann* weist auf S. 511 darauf hin, dass es sich aber

nicht nur um eine Klausel handeln sollte, die sich mit der Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen beschäftigt, sondern ferner um eine sog. Ersetzungsklausel, die für den nichtigen Teil eine Ersatzregelung vorsieht.

Es ist sehr zu empfehlen, den Unterhalt für jede unterhaltsberechtigte Person getrennt zu regeln (so auch *Wax*, S. 938). Die Kopplung in einer Vereinbarung an das Verschulden wird trotz des geltenden Zerrüttungsprinzips zugelassen (*Hoffmann*, S. 534). Dies wird z. B. von *Herb*, DNotZ 88, 684, verneint. Eine Unterhaltsvereinbarung, die völlig von den gesetzlichen Bestimmungen losgelöst ist, also eine komplette Neuregelung darstellt, dürfte wohl nur in absoluten Ausnahmefällen vorliegen. Es würde sich dann bei Streitigkeiten darüber auch nicht mehr um eine Familiensache handeln, weshalb nicht mehr das Familiengericht zuständig ist (*Hoffmann*, S. 491, 492). Das sog. „pactum de non petendo“, also während der Trennungszeit keinen Unterhalt geltend zu machen, wird im Hinblick auf § 1585 c BGB für unzulässig gehalten (§§ 1361 Abs. 4, 1360 a Abs. 3, 1614 Abs. 1 BGB). Dies wird von *Bäumel* auf S. 312 ausdrücklich bestätigt. Beim Kindesunterhalt sind Wertsicherungsklauseln wegen § 1612 a BGB weitgehend entbehrlich (ebenso *Hoffmann*, S. 494). Bei Unterhaltsvereinbarungen bezüglich gemeinsamer Kinder ist darauf zu achten, ob diese echte Verträge zugunsten Dritter darstellen sollen, weil diese dann nicht mehr ohne Mitwirkung der Kinder abgeändert oder aufgehoben werden können, wenn die Abänderungs- und Aufhebungsmöglichkeit nicht vorbehalten ist. *Hoffmann* erwähnt auf S. 495, dass deshalb ein echter Vertrag zugunsten Dritter nur angenommen werden kann, wenn dies ausdrücklich zum Ausdruck kommt.

Auf die Problematik des § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB bei Unterhaltsverzicht wird nicht eingegangen (Einfluss auf die Vererblichkeit der Unterhaltsverpflichtung).

Das Kindergeld wird an denjenigen Elternteil ausbezahlt, in dessen Obhut sich das Kind befindet (§ 64 Abs. 2 Satz 1 EStG). Es gilt das Obhutsprinzip. Eine Übertragung auf den anderen Teil, auch eine Teilung, ist nicht zulässig, es sei denn, es liegen besondere Umstände vor (*Märkle*, S. 1150). Nur der Kinderfreibetrag kann auf den anderen übertragen werden, wenn dieser seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind für das betreffende Kalenderjahr im Wesentlichen nachkommt (§ 32 Abs. 6 Satz 6 EStG). Jener wird insoweit gewährt, als die steuerliche Entlastung nicht mit dem Kindergeld erreicht wird (§ 31 Satz 3 EStG), und zwar erfolgt dies von Amts wegen (*Märkle*, S. 1147).



Stilistisch kann darüber gestritten werden, ob unter dem Abschnitt „Unterhaltsansprüche in nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ die eingetragene Lebenspartnerschaft behandelt werden soll (S. 422 ff.). Bei dieser ist während des Bestehens ein Verzicht auf Unterhalt genauso wie bei Ehegatten unzulässig. Dies kommt bei *Hoffmann*, S. 424, 429, zum Ausdruck. Anderer Ansicht ist z. B. *Dorsel*, RNotZ 2001, 152 (§ 12 LPartG verweist nicht auf § 1614 BGB). Auch hier sind Unterhaltsvereinbarungen formfrei, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem Lebenspartnerschaftsvertrag stehen (*Hoffmann*, S. 429).

Bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften wird meiner Meinung nach zu Recht von *Hoffmann* auf S. 439 auf Folgendes hingewiesen: „Das Hauptproblem der vielfach entworfenen Musterverträge ist deshalb weniger ihr möglicher und zweckmäßiger Inhalt als vielmehr der Unwille nicht heiratsbereiter Lebensgefährten, sich vertraglich einem ausgetüftelten Geflecht von Rechten und Pflichten zu unterwerfen.“ Das

Vorliegen einer BGB-Gesellschaft wird im Regelfall verneint (*Hoffmann*, S. 441). Es wird für zulässig gehalten, die für Eheleute geltenden Vorschriften zum Unterhalt analog für anwendbar zu erklären (so *Hoffmann*, S. 444). Dies deckt sich mit der Ansicht von *Grziwotz*, MittBayNot 1989, 192; OLG Hamm, MittRhNotK 2000, 434 f. Auch bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird in einem Unterhaltsverzicht oder in einer Unterhaltsregelung für die Zeit nach der Beendigung das Vorliegen einer Schenkung im Regelfall abgelehnt (*Hoffmann*, S. 442 f.).

Vorstehende Anmerkungen sollen den hervorragenden Wert dieses Buches herausstellen, wenn auch die eine Notarin/einen Notar interessierenden Fragen an sehr verschiedenen Stellen nur kurz behandelt werden. Wer sich mit Unterhaltsrecht eingehend beschäftigen will, findet hier das richtige Buch.

Notar Dr. *Karl-Heinz Steinbauer*, München

**Waldner: Grundstückskaufverträge. RWS-Verl., 2003. 127 S. + Diskette, 36 €**

Vor kurzem wurde an dieser Stelle der relative Mangel an Vertragshandbüchern zum Immobilienrecht beklagt. Das Werk von *Waldner*, das schon vom Umfang her einen gänzlich anderen Ansatz als die meisten anderen Erscheinungen auf diesem Gebiet verfolgt, ist ein weiterer Mosaikstein zum allmählichen Füllen dieser Lücke. Auf kaum mehr als 120 Seiten werden ein Musterkaufvertrag über ein unbebautes, ein bebautes und ein noch zu vermessendes Grundstück (jeweils mit Regelungsalternativen) vorgestellt und im Anschluss erläutert. Der Hinweis im Vorwort, Kaufverträge über Wohnungseigentum sowie Bauträgerverträge würden nicht (auch noch) behandelt, vermag daher kaum zu überraschen. Die angebotenen Musterformulierungen decken jedoch durchaus die in der Praxis wichtigsten Bereiche ab; sie sind praktisch gut verwertbar und werden verständlich, wengleich naturgemäß etwas knapp, erläutert. Der eher saloppe Stil des nebenberuflich als Lehrbeauftragter tätigen Autors ist vielleicht nicht jedermanns Sache, erhöht jedoch die Lesbarkeit und Verständlichkeit gerade für einen mit der Materie wenig vertrauten Leser beträchtlich, und das ist bei einem derart konzipierten Werk entscheidend.

Man mag mit der Einschätzung, hier handele es sich in Anlehnung an ein anderes bekanntes Werk des Autors um eine

Art „Immobilienrecht für Anfänger“, nicht ganz falsch liegen. Hochmut ist jedoch fehl am Platz. Freilich darf man keine wissenschaftliche Durchdringung der Materie erwarten; sicher wird kaum ein Jurist, der regelmäßig mit Grundstückskaufverträgen befasst ist, hier etwas inhaltlich Neues finden. Im besten Sinne lehrreich ist jedoch *Waldners* Begabung, nicht nur seine Erläuterungen, sondern auch die Vertragsmuster selbst bei aller juristischen Klarheit in Sprache und Aufbau allgemeinverständlich zu halten. Verquasten und sprachlich unnötig schwerfälligen Vertragstexten begegnet man in der Praxis oft genug. Nur an einigen Stellen hätte der Autor etwas näher an der Gesetzesterminologie formulieren können, ohne dass die Verständlichkeit darunter gelitten hätte. So „haftet“ der Verkäufer überflüssigerweise für die Rechtsmangelfreiheit der Kaufsache, anstatt diese zu schulden, oder „versichert“ Dinge, anstatt sie schlicht zu erklären.

Wer eine leicht lesbare und dabei nicht zu oberflächliche Einführung in die Materie benötigt oder lediglich nach Anregungen sucht, seine alten Vertragsmuster zu „entstauben“, wird dennoch gut bedient. Bleibt als einziger echter Kritikpunkt nur der angesichts des Umfangs relativ hohe Preis, der auch durch die beiliegende Diskette nicht wirklich aufgewogen wird.

Notar *Bertrand Koller*, Dingolfing

**Blaurock: Handbuch der Stillen Gesellschaft. 6., neu bearb. und erw. Aufl., O. Schmidt, 2003. 803 S., 128 €**

Fünf Jahre nach der Voraufgabe ist nunmehr in 6. Auflage das „Handbuch der Stillen Gesellschaft“ neu erschienen. Die Voraufgabe habe ich ausführlich in MittBayNot 1998, 238 f. rezensiert. Das Handbuch ist nunmehr auf den Stand von Dezember 2002 gebracht; im steuerrechtlichen Teil, der in weiten Teilen neu geschrieben wurde, fanden die Entwicklungen

bis April 2003, insb. das Steuervergünstigungsabbaugesetz, Berücksichtigung. Im zivilrechtlichen Teil ist nunmehr auch die Publikums-Gesellschaft ausführlich behandelt; im Übrigen beschränken sich hier die Änderungen im Wesentlichen auf Aktualisierungen.

Die in meiner Rezension zur Voraufgabe erwähnten Kritikpunkte sind zumindest teilweise beseitigt. Die von *Blaurock* propagierte nachträgliche Korrektur der Gewinn- und Verlustverteilung im Rahmen der Auseinandersetzung (Rdnr. 14.50)

ist jedoch nach wie vor in den von *Blaurock* beigefügten Vertragsmustern (S. 765 ff.) nicht berücksichtigt. Für problematisch halte ich weiterhin die von *Blaurock* in seinem Muster zur atypischen stillen Gesellschaft vorgeschlagene Auseinandersetzungsregelung bei Beendigung der stillen Gesellschaft (S. 777). Hier wird der stille Gesellschafter entsprechend seiner Quote an den stillen Reserven und dem Firmenwert des Unternehmens beteiligt, unabhängig davon, wann diese entstanden sind. Dies kann zu überraschenden Ergebnissen führen: Beteiligt sich der stille Gesellschafter mit einer Einlage von 500.000 an einem Unternehmen mit einem Unternehmenswert von 1 Mio., von dem 300.000 auf stille Reserven und Firmenwert entfallen, und wird die Beteiligungsquote des stillen Gesellschafters auf  $\frac{1}{3}$  festgelegt, so erhält der stille Gesellschafter nach dem Wortlaut der Abfindungsregelung bei seinem Ausscheiden neben seiner Einlage noch  $\frac{1}{3}$  des Werts der stillen Reserven und des Firmenwerts (also insgesamt 600.000 anstelle der eigentlich angemessenen 500.000), auch wenn während der Laufzeit der stillen Gesellschaft überhaupt keine neuen stillen Reserven und kein zusätzlicher Firmenwert gebildet wurde – ein nur für den stillen Gesellschafter erfreuliches Ergebnis, das sich wirtschaftlich wohl nur dann rechtfertigen ließe, wenn der stille Gesellschafter bei Begründung der Gesellschaft neben der Einlage ein (nicht rückzahlbares) Aufgeld in Höhe seiner Betei-

lungsquote an den bereits vorhandenen stillen Reserven und dem Firmenwert bezahlen müsste. Zweifelhaft erscheint bei der vorgeschlagenen Auseinandersetzungsregelung ferner, inwieweit ein etwaiges Guthaben auf dem Privatkonto des stillen Gesellschafters mit einem sein Einlagenkonto übersteigenden Verlustanteil zu verrechnen ist (zum diesbezüglichen Regelungsbedarf vgl. BFH, DStR 2001, 1445). Nur einen Schönheitsfehler stellt die Bezugnahme auf den (nicht mehr existenten) Diskontsatz der Deutschen Bundesbank im Vertragsmuster dar. Überholt sind auch die Ausführungen zur Steuerprivilegierung des § 13 a ErbStG, wenn es in Rdnr. 27.20 heißt, ein privilegierter Erwerb läge nur vor, „wenn er dem Übergang von Betriebsvermögen durch Erbfall vergleichbar ist“; dem hier zitierten BFH-Urteil wurde durch eine entsprechende Änderung des § 13 a ErbStG mittlerweile der Boden entzogen. Wichtiger wäre an dieser Stelle ein Hinweis auf das anhängige Verfahren beim BVerfG wegen der möglichen Verfassungswidrigkeit der Privilegierung gewesen.

Nach wie vor ist das „Handbuch der Stillen Gesellschaft“ jedoch ohne echte Konkurrenz und bietet – so auch meine Beurteilung zur Voraufgabe – dem mit einer stillen Gesellschaft befassten Notar für nahezu sämtliche hierbei auftretenden Fragen einen ergiebigen und kompetenten Ratgeber, mit dem sich auch für spezielle Fragen eine Antwort finden lässt.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

#### **Schulze zur Wiesche: Die GmbH & Still. 4., neubearb. Aufl., Beck, 2003. 266 S., 42 €**

Da die stille Beteiligung an einer GmbH (GmbH & Still) auch zum Repertoire eines Notars gehören sollte, verdient „Die GmbH & Still“ von Schulze zur Wiesche durchaus Beachtung. Das Hauptgewicht des knapp 300-seitigen Rezensionswerks liegt sicherlich auf dem Steuerrecht (ca. 160 S.), behandelt werden jedoch auch die zivilrechtlichen Fragen (knapp 60 S.). Abgerundet wird das Buch durch eine rund 30-seitige Zusammenfassung der Vor- und Nachteile (und damit auch der Anwendungsgebiete) der GmbH & Still sowie Formulierungsmuster (knapp 20 S.). Literatur und Rechtsprechung sind bis Ende 2002, teils bis Mai 2003 berücksichtigt, also auch das Steuervergünstigungsabbaugesetz.

Das Buch ist ambitioniert geschrieben und lässt durchwegs erkennen, dass der Autor einer der erfahrensten und renommiertesten Experten auf dem Gebiet der GmbH & Still ist. Beispielhaft sei hier nur die gelungene Herausarbeitung der Kompetenzverteilung in der GmbH & Still erwähnt (Rdnr. 50 f.). Allerdings sind auch einige Kritikpunkte anzumerken:

Außer § 518 BGB wird auf Formfragen nur am Rande (Rdnr. 68 und 122) eingegangen. So ist insbesondere die Beurkundungspflicht im Zusammenhang mit Grundstücken (§ 311 b Abs. 1 BGB) unzureichend behandelt. Dies fällt umso mehr auf, als sich im Vertragsmuster 1 (S. 243) der stille Gesellschafter zur Einlage eines Grundstücks verpflichtet, jedoch an keiner Stelle deutlich wird, dass deshalb der Vertrag zur Begründung der stillen Gesellschaft der Beurkundung bedarf.

Verbesserungswürdig erscheint die Strukturierung und Abstimmung der Darstellung: So finden sich z. B. (teils wiederholende) Erläuterungen zu Haftungsgefahren verstreut in den

Rdnr. 27 ff., 29, 41 (a. E.), 43 a, 102 f. und 421 und zum Schütt-aus-Hol-zurück-Verfahren in den Rdnr. 3, 314 f., 426 und 427. In Rdnr. 107 ff. spricht sich der Autor für die Eintragungspflicht der atypischen GmbH & Still im Handelsregister aus; inkonsequenterweise wird aber im Übrigen undifferenziert die Anonymität der stillen Gesellschaft als vorteilhaft hervorgehoben (vgl. Rdnr. 450 und 455). Ausführungen zum Gewinnverteilungsschlüssel enthält Rdnr. 81 b, doch wer nicht zugleich Rdnr. 214 ff., insb. 221, zu Rate zieht, wird in die Irre geleitet. Die Darstellung zur Verlustbeteiligung in Rdnr. 82 a. E. ist wohl unzutreffend; erst Rdnr. 169 und 183 a ff. bringen hier die richtigen Erläuterungen. Die Ausführungen in Rdnr. 413 g zur (angeblichen) Notwendigkeit einer vorweggenommenen Erbfolge im Rahmen des § 13 a ErbStG werden erst unter Rdnr. 413 i (a. E.) richtiggestellt. Auch an anderen Stellen ist nicht überall konsequent aktualisiert: In den Rdnr. 158 und 163 werden überholte Vorschriften zitiert (§ 338 HGB bzw. § 335 HGB). In Rdnr. 373 ist im Zusammenhang mit der Gewerbesteuer noch das Gewerbekapital erwähnt. Nach Rdnr. 381 b soll die atypische stille Gesellschaft nicht Subjekt der Gewinnermittlung sein (a. A. aber der BFH, bei *Schulze zur Wiesche* immerhin unter Rdnr. 232 a zitiert). In den Rdnr. 116 g ff. wird der Eindruck erweckt, nur die Begründung einer atypischen stillen Beteiligung an einer AG stelle einen Unternehmensvertrag dar; nach h. M. ist dagegen jede stille Beteiligung an einer AG ein Unternehmensvertrag (in der Form eines Teilgewinnabführungsvertrags). Nahezu unverständlich sind die Ausführungen in Rdnr. 418 (ausgenommen den letzten Absatz). § 2 a. E. im Vertragsmuster 1 lässt unklar, ob – entsprechend der allgemeinen Rechtslage – auch andere Grundlagenänderungen (als die ausdrücklich erwähnten) der Zustimmung des stillen Gesellschafters bedürfen.

Für die nächste Auflage wäre deshalb eine noch sorgfältigere Überarbeitung insbesondere zur Vermeidung von Wiederholungen und fehlenden Aktualisierungen wünschenswert; die genannten Ungenauigkeiten vermögen freilich den im Übrigen hohen Qualitätsstandard der 4. Auflage nicht wirklich zu mindern. Insgesamt bietet das Rezensionswerk einen guten

Einblick in die Gestaltungsmöglichkeiten der GmbH & Still und enthält viele verdienstvolle praktische Hinweise. Wer an der GmbH & Still interessiert ist, findet hier einen nützlichen und interessanten Ratgeber.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

### **Keidel/Krafka/Willer: Registerrecht. 6., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2003. 914 S., 68 €**

Das schon seit Jahren angekündigte Buch, aus dem ein Gericht deshalb bereits im Jahre 1999 zitieren zu können meinte (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.1999, NZG 2000, 262), ist endlich erschienen. Dem Notar, dem noch vor einem Jahr außer dem Büchlein von *Gustavus* kein aktueller Lotse durch die Klippen des stark durch die Rechtsprechung geprägten Rechts der Handelsregisteranmeldungen zur Verfügung stand, hat jetzt wieder mehrere auf dem neuesten Stand befindliche Handbücher zur Auswahl, nämlich die Neuauflage des Registerrechts von *Schmidt/Tiedtke*, das neu erschienene Buch von *Böttcher/Ries* (Besprechung in MittBayNot 2003, 483) und eben das hier anzuzeigende Werk, das seine Aktualität nicht zuletzt dadurch beweist, dass das wenige Monate zuvor erschienene Buch von *Böttcher/Ries* nicht nur im Literaturverzeichnis erwähnt, sondern zu zahlreichen Einzelfragen berücksichtigt wurde. Auch sonst ist das Buch auf dem neuesten Stand; selbst die BGH-Entscheidung zur Vorrats-GmbH (MittBayNot 2003, 230) ist bereits verarbeitet. Vielleicht hätte der BGH auch seinen Beschluss zum GmbH-Mantel (NJW 2003, 3198 = DNotI-Report 2003, 149 f.) noch einmal überdacht, wenn er die überzeugenden, gegen seine Rechtsauffassung sprechenden Ausführungen in Rdnr. 162 berücksichtigt hätte.

Das Titelblatt verspricht bescheiden eine „neu bearbeitete Auflage“ des zuletzt 1991 von *Helmut Keidel* und *Kurt Stöber* bearbeiteten Klassikers des Registerrechts; in Wahrheit ist es ein völlig neues Buch, das mit der Voraufgabe nur den Titel und die behandelte Rechtsmaterie gemeinsam hat. Verantwortlich dafür sind unter anderem die Reform des Umwandlungsrechts, das Handelsrechtsreformgesetz mit den Änderungen des HGB ebenso wie der HRV und das ERJuKoG mit der Einführung des maschinellen Handelsregisters. Es ist deshalb überflüssig, zu betonen, dass auch Besitzer der 5. Auflage das neue Buch brauchen und dass sich die Randnummern nicht nur verschoben haben, sondern viele Kapitel völlig neu aufgebaut sind. Inhaltlich ist das ganze Spektrum des Registerrechts abgedeckt, von den alltäglichen Anmeldungen und Eintragungen bis zu selteneren Umwandlungsfällen und der EWIV; auch das Genossenschaftsregister und das Vereinsregister sind umfassend berücksichtigt. In diesem Abschnitt ist besonders das sonst meist vernachlässigte Thema der Verschmelzung von Vereinen hervorzuheben. Der Anhang enthält die sonst nicht so leicht zugänglichen Texte der HRV, der VO über das Genossenschaftsregister und der Vereinsregisterverordnung, vor allem aber Mustereintragungen auch für das maschinelle Register, für Einzelkaufmann, Personengesellschaft, GmbH und AG. Da der chronologische Ausdruck viel Platz benötigt, sind andere, seltener praktisch werdende Eintragungen nicht durch – in früheren Auflagen noch vorhan-

dene – Muster dokumentiert. Auch bei den Eintragungsbeispielen steht stets die Eintragung in das maschinelle neben der in das Papierregister, wobei man angesichts der Neuigkeit der maschinellen Registerführung in Einzelfragen sicher geteilter Meinung über die „richtige“ Eintragungsweise sein kann: Muss beispielsweise beim maschinellen Register für den Einzelkaufmann wirklich in Spalte 3 Unterspalte a) eingetragen werden: „Der Inhaber handelt allein.“ (so Rdnr. 519)?

Die Zusammenarbeit eines Registerrichters und eines Notarassessors kann einschränkungslos als ein besonderer Glücksfall angesehen werden. Alte und neue Zweifelsfragen werden ohne dogmatische Scheuklappen meist praxisfreundlich beantwortet. Ich nenne beispielhaft die Fragen, ob bei der Zeichnung der Namensunterschrift (§ 29 HGB) eine räumliche Nähe von Firmenangabe und Namenszeichnung nötig ist und ob bei einer Änderung der Firma eine neue Namenszeichnung erforderlich ist; beide werden in Rdnr. 138 verneint. Und wer einmal versehentlich eine Namenszeichnung vergessen hat, wird – wenn der Zeichnungspflichtige die Anmeldung vor dem Notar unterschrieben hat – sich gerne auf Rdnr. 140 berufen, wo überzeugend vertreten wird, das (ohnehin eher anachronistische) Ziel der Unterschriftsprobe, die Prüfung der Echtheit von Unterschriften zu ermöglichen, werde auch durch eine (statt zwei) Unterschriften erreicht. Auch der pseudowissenschaftlichen Wortklauberei eines angeblichen Unterschieds zwischen „Alleinvertretungsbefugnis“ und „Einzelvertretungsbefugnis“ erteilen die Autoren zu Recht ebenso eine Absage (Rdnr. 950) wie der gleichermaßen antiquierten wie zur Erreichung der mit ihr verfolgten Zwecke ungeeigneten Rechtsprechung, die Nicht-EU-Ausländern verbieten will, Geschäftsführer einer GmbH zu werden (Rdnr. 958). Bei der abstrakten Vertretungsbefugnis einer GmbH wird weder die Möglichkeit der Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis noch der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für anmelde- und eintragungspflichtig (Rdnr. 951 f.), beim eingetragenen Verein die Erstanmeldung durch Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Zahl für ausreichend gehalten (Rdnr. 2150). Streng ist das Buch dagegen bei einem nachträglichen Auseinanderfallen von satzungsmäßigem und „tatsächlichem“ Sitz einer GmbH (Rdnr. 927 gegen BayObLG, Rpfleger 2002, 458), und reichlich formalistisch erscheint die Auffassung, der elektronische Bundesanzeiger sei als satzungsmäßig bestimmtes Bekanntmachungsorgan einer GmbH deshalb ungeeignet, weil er kein *Gesellschaftsblatt* sei (Rdnr. 1003). Wenn dagegen für die Anforderung eines Kostenvorschusses trotz Haftungserklärung des Notars plädiert wird (Rdnr. 150), erklärt sich das aus (leidvollen) Erfahrungen der Praxis und ist deshalb durchaus gerechtfertigt; wer Beteiligten Verzögerungen des Eintragungsverfahrens wegen des Kostenpunkts ersparen will, mag den Vorschuss, dessen Höhe er ohne weiteres telefonisch erfragen kann, mit der Registeranmeldung einzahlen.

Die in der notariellen Praxis nicht selten vorkommenden „Handelsregisteranmeldungen auf Vorrat“ werden in Rdnr. 78 f., 146 f. besprochen; auch hier ist das Buch großzügiger als manches Registergericht, wenn es für das „Liegenlassen“ (statt für die Zurückweisung) einer geringfügig (bis zu zwei Wochen) verfrühten Anmeldung plädiert. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass dies allerdings nur in Frage kommt, wenn der Anmeldende zum Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung bereits anmeldebefugt war (Rdnr. 147). Ein Geschäftsführer, der erst zu einem bestimmten, in der Zukunft liegenden Termin in sein Amt eingesetzt wird, kann deshalb vor diesem Tag weder eine wirksame Anmeldung unterzeichnen noch die geforderte Versicherung abgeben. Schließlich halten *Krafka* und *Willer* auch für die Löschung eines Geschäftsführers, der sein Amt leichtsinnigerweise mit sofortiger Wirkung niedergelegt hat, eine pragmatische Lösung bereit (Amtslöschung nach § 142 FGG, Rdnr. 1092).

Was die Kosten in Registersachen anlangt, erklärt das Buch, es wolle nur einen „ersten Überblick“ geben (Rdnr. 482). Das ist freilich viel zu bescheiden. So findet man beispielsweise in Vereinsregistersachen alle ernsthaft in Betracht kommenden

Fälle zutreffend bewertet; der einzige „Fehler“, den ich in diesem Bereich finden konnte, betrifft die Kosten in Güterrechtsachen (Rdnr. 2350: Neben der Gebühr für einen Auszug wird *keine* Dokumentenpauschale erhoben). Deren praktische Bedeutung ist aber, wie wir alle wissen, doch recht beschränkt.

So bietet das Buch klar, schnörkellos und gut verständlich eine ungeheure Fülle präziser Informationen; dass man gelegentlich ein wenig schmunzeln kann (etwa über den „zahnlosen Wunsch“, wie die Forderung des § 4 a GmbHG in Rdnr. 465 genannt wird; sollte ein „zahnloser Tiger“ gemeint sein?), würde man sich auch bei anderen juristischen Büchern wünschen. Wenn man sich für die – sicher nicht erst in weiteren zwölf Jahren zu erwartende – Neuauflage etwas wünschen darf, dann dieses: Etliche Entscheidungen des BGH sind (nur) nach der amtlichen Sammlung zitiert, die den meisten Benutzern des Buchs gerade nicht zur Verfügung stehen dürfte; die durchgängige Angabe eines Parallelzitats (z. B. nach der NJW) oder – bei Entscheidungen ab 2000, die über das Internet einzusehen sind – des Aktenzeichens könnte die Benutzerfreundlichkeit des Buches noch steigern.

Notar Dr. *Wolfram Waldner*, M.A., Bayreuth

#### **Gabele/Dannenberg/Kroll: Immobilien-Leasing. 4., aktualisierte Aufl., Gabler, 2001. 222 S., 49,90 €**

Dass das Immobilien-Leasing an Bedeutung gewonnen hat, zeigt das Kulturzentrum Am Gasteig in München, das als Immobilien-Leasing-Objekt im Jahr 1987 mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von 333 Mio. DM erstellt wurde. Die Stadt München konnte durch die Leasing-Konzeption nicht nur die Mehrwertsteuererstattung in Anspruch nehmen, die andernfalls für kommunale Einrichtungen nicht in Betracht kommt, sondern auch durch den professionellen Leasing-Geber erhebliche Mehrkosten einsparen. Mit grenzüberschreitendem Leasing (Cross-Border-Leasing) versuchen deutsche Großstädte gegenwärtig, kommunale Gebäude und Einrichtungen an amerikanische Investoren zu verkaufen, die den Vertragsgegenstand an die Kommune meist auf die Dauer von 99 Jahren zurückvermieten (sale-and-lease-back), wobei den Kommunen meist ein Optionsrecht zum Rückkauf nach Ablauf von dreißig Jahren eingeräumt wird. Die Stadt Dortmund hat die Westfalenhalle für 8,6 Mio. € veräußert, die Stadt Gelsenkirchen kassierte im vergangenen Jahr für das Kanalnetz und 29 Gebäude – hauptsächlich Schulen – eine Zahlung von 22 Mio. €. Der amerikanische Staat fördert durch Zuschüsse diese Auslandsinvestitionen, die deutschen Städte schöpfen Liquidität durch diese Gestaltung.

Das seit einiger Zeit in vierter Auflage vorliegende Werk behandelt Immobilien-Leasing als Finanzierungsalternative und stellt die Vertragsformen des Immobilien-Leasings vor. Das Buch beschäftigt sich primär mit dem Finanzierungs-Leasing im finanzwirtschaftlichen Sinne, behandelt dabei aber eingehend auch die steuerrechtlichen Grundlagen, die durch die Leasing-Erlasse gelegt wurden. Während bis zum Jahr 1991 Vollamortisationsverträge im Vordergrund standen, ist die gegenwärtige Praxis aufgrund des BMF-Schreibens vom 23.12.1991 durch Teilamortisationsverträge geprägt. Mit diesem Erlass wollte die Finanzverwaltung erreichen, dass auch die Leasing-Gesellschaft Risiken trägt, so dass die Bilanzie-

rung des Objektes bei der Leasing-Gesellschaft als jedenfalls wirtschaftlichem Eigentümer erfolgt. Eine derartige Zurechnung setzt voraus, dass die Grundmietzeit mindestens 40 % und nicht mehr als 90 % der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer beträgt.

Leasing schont das Eigenkapital und die Liquidität. Jeder Investor, der nicht über genügend Eigenkapital für eine Investitionsmaßnahme verfügt, wird prüfen, ob die Maßnahme nicht durch eine neu zu gründende Leasing-Gesellschaft durchgeführt wird, um nicht die eigene Bilanz durch hohe Verbindlichkeiten zu belasten. Sofern der Investitionsinteressent, also z. B. ein expandierendes Unternehmen oder eine Kommune, das von der Leasing-Gesellschaft errichtete Objekt langfristig anmietet, wird die Bilanz jeweils nur mit den jährlichen Mietzahlungen als Aufwand belastet. Die Eigenkapitalquote wird somit nicht tangiert, was in Zeiten von Basel II von besonderem Interesse ist. Der Investitionsinteressent kann sich an der Objektgesellschaft beteiligen, wobei die Geschäftsführung immer bei der Leasing-Gesellschaft verbleibt. Durch ein gleichzeitig vereinbartes Ankaufsrecht bezüglich des Objekts oder bezüglich der Gesellschaftsanteile an der Objektgesellschaft ist der Leasing-Nehmer in der Lage, nach dem Ablauf der Investitionsphase Eigentümer des Leasing-Objektes zu werden. Kumulativ kommt auch eine Mietverlängerungsoption in Betracht.

Sofern der Investitionsinteressent bereits Eigentümer des zu bebauenden Grundstückes ist, wird regelmäßig für die Objektgesellschaft ein Erbbaurecht bestellt. Die Objektgesellschaft als bürgerlich-rechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Investitionsmaßnahme ist dann in der Lage, mit dem Leasing-Nehmer einen langfristigen Mietvertrag abzuschließen. Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass das Immobilien-Leasing seitens der Leasing-Gesellschaften häufig mit einer Forfaitierung verbunden wird. Danach verkaufen die Leasing-Gesellschaften ihre Leasing-Raten ebenso wie eventuelle Mieter-Darlehensansprüche. Die Verfasser weisen zu Recht darauf hin, dass alle großen Bankengruppen im Lea-

sing-Forfaitierungs-Geschäft tätig sind, zumal die Leasing-Gesellschaften häufig Töchter großer Bankunternehmen sind. Immobilien-Leasing ist nicht nur aufgrund der aufgezeigten finanzwirtschaftlichen Gründe, sondern auch aus Steuerersparnisgründen interessant. Ein Unternehmen, das für seinen Betrieb eine große Bauinvestition plant, müsste für die aufgenommenen Darlehen 50 % der Zinsen gem. § 8 Nr. 1 GewStG dem Gewinn hinzurechnen. Bei dem geschilderten Leasing-Vertrag ist dies nicht der Fall. Die Leasing-Gesellschaft selbst kann sich als Objektgesellschaft, die nur Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung bezieht, organisieren, so dass sie die erweiterte Gewerbesteuerkürzung gem. § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG geltend machen kann. Auch die Hinzurechnung des § 8 Nr. 7 Satz 1 GewStG für Miet- und Pachtverpflichtungen greift nicht, da diese nur bei Wirtschaftsgütern, die nicht zum Grundbesitz zählen, vorzunehmen ist. Zum Grundbesitz zählt selbstredend auch das Erbbaurecht.

Immobilien-Leasing-Gesellschaften sind nach § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuerpflicht befreit, sofern sich ihre Tätigkeit auf das Vermieten und Verpachten von Grundbesitz erstreckt. Die Autoren weisen zu Recht darauf hin, dass die Leasing-Gesellschaften regelmäßig von dem Optionsrecht gem. § 9 UStG Gebrauch machen, um die während der Bau-

phase anfallende Umsatzsteuer auf die Bauleistungen in Abzug bringen zu können. Sowohl die Übertragung von Grundbesitz als auch die Einräumung eines Erbbaurechtes unterliegt der Grunderwerbsteuer. Zur Minderung dieser Steuerbelastung schlagen die Autoren vor, die Grunderwerbsteuer durch eine Beteiligung des Leasing-Nehmers an der Objektgesellschaft in Form einer Personengesellschaft entsprechend der Anteilsquote zu minimieren. Hingegen ist der Gestaltungsvorschlag, Erbbaurechte zinslos zu vereinbaren und nur eine Einmal-Entschädigung in Höhe des Freibetrages von 2.500 € gem. § 3 Nr. 1 GrEStG zu vereinbaren, nicht überzeugend.

Die Verfasser weisen zu Recht darauf hin, dass Immobilienleasing-Verträge regelmäßig notariell beurkundet werden; wegen des Grundstückskonnexes ist das gesamte Vertragsbündel beurkundungspflichtig. Die Vertragskonzeption wird zwar regelmäßig von den professionellen Leasing-Gesellschaften erstellt. Der Notar als kompetenter Berater im Grundstücksrecht sollte aber auch die wirtschaftlichen Hintergründe des Immobilien-Leasings kennen. Daher sollte die aktuelle und kompetente Kommentierung von *Gabele/Dannenberg/Kroll* in der Bibliothek des Notars nicht fehlen.

Notar Dr. *Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

### **Gantzer: Spanisches Immobilienrecht. 9., überarb. Aufl., Lang, 2003. 184 S., 23,50 €**

*Gantzer's* Buch, dessen erste Auflage 1987 erschien, gilt inzwischen als *das* deutschsprachige Standardwerk zum spanischen Immobilienrecht. *Gantzer* verfügt – wie die zahlreichen Tipps und Hinweise für die konkrete Geschäftsabwicklung zeigen – nicht nur über umfassende theoretische Kenntnisse, sondern vor allem über außerordentlich große praktische Erfahrung auf diesem Gebiet. Auch die Neuauflage zeichnet sich nicht nur, aber besonders durch Praxisnähe, Aktualität und Beschränkung auf das Wesentliche aus.

So weist *Gantzer* in der Neuauflage mit Nachdruck auf die vor allem vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des Tribunal Supremo erheblichen Risiken der in Spanien nach wie vor üblichen Unterverbriefung beim Grundstückskauf hin (S. 32 ff.). Gewarnt wird auch vor den neuesten Varianten der „Timesharing-Falle“, einem besonders in Spanien stets aktuellen Problem (S. 25 ff.). Erweitert wurden die Ausführungen zur Frage, welche zusätzlichen Transaktionskosten der Erwerb von spanischem Grundbesitz mit einer Offshore- oder einer spanischen Gesellschaft auslöst und welche steuerrechtlichen Fallstricke mit dieser Gestaltung verbunden sein können (S. 43 ff.). Die Neuauflage behandelt ferner das neue Katastergesetz (S. 53) und die neue Bauträgerhaftung (S. 73 ff.). Kritisch steht *Gantzer* dem erbschaftsteuerlich motivierten Immobilienerwerbsmodell gegenüber, das Kindern des Erwerbers das so genannte nackte Eigentum, dem Erwerber selbst nur den Nießbrauch zuweist (S. 57 ff.). Die von *Gantzer* (in zweiter Linie) empfohlenen, zu deutscher Urkunde zu vereinbarenden Rückforderungsrechte der Eltern können ohne Offenlegung der Gestaltung allerdings nicht im spanischen Eigentumsregister dinglich abgesichert werden. Die für die Praxis der Nachlassabwicklung wichtige Frage, ob als

Erbnachweis bei einem deutschen Erblasser in Spanien die Vorlage eines deutschen notariellen Testaments mit Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts ausreicht, wird von *Gantzer* zu Recht bejaht, die Argumentation in der Neuauflage erweitert (S. 108 f.).

Wichtig und hilfreich sind auch die Erläuterungen der steuerrechtlichen Aspekte von Immobilienerwerb, -besitz und -veräußerung in Spanien. Den Schwerpunkt setzt *Gantzer* hier beim Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht mit umfassenden Ausführungen zu Steuertatbeständen, Bewertungs- und Verfahrensfragen sowie den aktuellen Tabellen zum Steuertarif und den Freibeträgen in Euro (Stand 1.1.2003) samt Berechnungsbeispiel. Auch das spanische Steuerrecht zeichnet sich durch ständige Veränderung aus, was die Aktualität von *Gantzer's* Darstellung besonders wertvoll macht. Bemerkenswert ist neben der angesprochenen rechtspolitischen Diskussion um eine jedenfalls teilweise Abschaffung der (hohen) spanischen Erbschaftsteuer eine aktuelle Gesetzesänderung, nach der die Verjährung der Erbschaft- und Schenkungsteuer (und der Grunderwerbsteuer) für den Fall, dass eine notarielle Urkunde von einem ausländischen Notar errichtet worden ist, erst beginnt, wenn die Urkunde den spanischen Behörden vorgelegt wird.

Auch wenn *Gantzer* praktisch alle Aspekte eines Immobilienerwerbs in Spanien durch Deutsche anspricht und der Umfang des Buchs im Vergleich zur Voraufgabe maßvoll gewachsen ist, beeindruckt doch die insgesamt knappe, prägnante, aber nie oberflächliche Darstellung, die es dem Leser ermöglicht, rasch und präzise Antwort auf die ihn interessierenden Fragen zu finden. Jedem am spanischen Immobilienrecht Interessierten kann daher die Anschaffung der Neuauflage uneingeschränkt und wärmstens empfohlen werden.

Notar *Benedikt Selbherr*, Hof

**Schömmers/Gebel: Internationales Erbrecht – Spanien. Beck, 2003. 258 S., 28 €**

Die Reihe „Internationales Erbrecht“ des Verlags C. H. Beck will dem Leser eine übersichtliche, knappe und praxisbezogene Darstellung von Erbfolgeregelungen mit Auslandsbezug bieten. Jeder Band stellt den Bezug zu einem bestimmten Land, hier Spanien, in den Mittelpunkt. Nicht nur Fachleuten, sondern auch dem rechtsuchenden Bürger soll das Buch als praktische Orientierungshilfe dienen. Literaturhinweise sind daher bewusst knapp gehalten und auf leicht erreichbare Fundstellen beschränkt.

Im ersten, so genannten „Allgemeinen Teil“ gibt *Schömmers* eine instruktive und anschaulich geschriebene Darstellung des deutschen Internationalen Erbrechts einschließlich der Schnittstellen zum Internationalen Güterrecht. Der Konzeption der Reihe entsprechend werden kollisionsrechtliche Vorkenntnisse nicht vorausgesetzt, so dass sich die Ausführungen besonders zur (Wieder-)Einarbeitung in Strukturen und Terminologie dieses für die notarielle Praxis zunehmend relevanten Rechtsgebiets eignen. Die Verständlichkeit wird besonders durch zahlreiche Beispiele erhöht, die sich allerdings nicht auf Sachverhalte mit Berührungspunkten zu Spanien beschränken, um eine umfassende Darstellung der Problemkreise des Internationalen Erbrechts zu gewährleisten.

Den „Besonderen Teil“ widmet *Schömmers* dem spanischen Recht. Dargestellt wird zunächst das maßgebliche Kollisionsrecht, wiederum mit zahlreichen Beispielen. Da in Spanien im Erb- und Ehegüterrecht neben dem Código Civil verschiedene Teilrechtsordnungen (sog. Foralrechte) gelten, wird auch das interlokale (interregionale) Erbrecht eingehend behandelt. Die anschaulichen Ausführungen zum materiellen Erbrecht setzen, der praktischen Bedeutung entsprechend, den Schwerpunkt beim gemeinspanischen Zivilrecht des Código Civil. Die zum Teil erheblichen Abweichungen der Foralrechte, die neben dem Ehegüterrecht vor allem Art und

Form letztwilliger Verfügungen und das Pflichtteilsrecht betreffen, werden für jede kodifizierte Teilrechtsordnung gesondert beschrieben. Hilfreich sind die Internetfundstellen für spanische Gesetzestexte, wobei m. E. die hervorragende Aufbereitung unter [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com) die benutzerfreundlichste ist. Drucktechnisch misslungen, da zu klein, sind die Tabellen in diesem Teil; nicht wirklich verständnisfördernd ist auch das Schaubild zu den Noterberechtigten bei Rdnr. 365. Abgeschlossen wird der „Besondere Teil“ mit einem Überblick über relevante Verfahrensfragen bei deutsch-spanischen Erbfällen. Das uneinheitliche und daher sehr verwirrende spanische Nachlassverfahren mit seinen ganz unterschiedlichen Formen des Erbnachweises hätte hier etwas prägnanter herausgearbeitet werden können.

Eine interessante Darstellung des spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts bietet *Gebel* im dritten und kürzesten Teil des Buchs. *Gebel* verzichtet auf eine isolierte Darstellung der spanischen Vorschriften, sondern vergleicht, knapp, prägnant und bereichert durch Beispiele, die wesentlichen Strukturprinzipien der spanischen mit denen der deutschen Erbschaft- und Schenkungsteuer. Diese Darstellungsform ist insofern gerechtfertigt, als es bereits mehrere gute deutschsprachige Beiträge zur Erbschaft- und Schenkungsteuer in Spanien gibt; sie setzt aber gewisse Vorkenntnisse voraus. Sehr gut gelungen sind die Ausführungen zur komplexen und im Ergebnis unbefriedigenden Steueranrechnung nach § 21 ErbStG und Art. 23 des spanischen Erbschaftsteuergesetzes (LISD).

Das angenehm zu lesende Buch ist derzeit die wohl umfassendste deutschsprachige Darstellung zum spanischen Erbrecht. Es kann ungeachtet der nur kleinen Mängel jedem, der in der Beratungspraxis mit einem deutsch-spanischen Erbfall konfrontiert wird, aber auch dem, der sich aus anderen Gründen für das spanische Erbrecht interessiert, uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar *Benedikt Selbherr*, Hof

**Walz (Hrsg.): Verhandlungstechnik für Notare. Mit Beiträgen von Bülow, Kapfer, Schneeweiß, Schwarz, Schwarzmann, Selbherr, Sorge und Walz. Beck, 2003 (DNotI-Schriftenreihe Bd. 11). 186 S., 26 €**

Der Sammelband befasst sich mit der Verhandlungstätigkeit des Notars, dem *Walz* „eine natürliche Sachnähe zum Mediationsverfahren“ attestiert (S. VII). Seine Ergebnisverantwortung, an anderer Stelle auch faktische Versicherungswirkung (so *Vollrath*, MittBayNot 2001, 1/4, und ihm folgend *Walz*, S. 149) genannt, unterscheidet ihn von anderen Verhandlungsmoderatoren. Die von *Walz* behandelten Kapitel über grundlegende Verhandlungsstrategien, die Verhandlungsführung und die Vertraulichkeit in der Konfliktmediation und die Vertragsmediation sowie die Kapitel über die Herkunft von Kooperationsgewinnen und die Verhandlung über eine Mehrzahl von Gegenständen, bearbeitet von *Kapfer*, über die Neutralität des Verhandlungsleiters (*Sorge*), den Umgang mit Widerstand in Verhandlungen (*Schneeweiß*), die Verhandlung und Mediation mit vielen Beteiligten (*Schwarz*), das Verhandeln mit Vertretern (*Bülow*), die Verhandlung als Frage der Moral (*Schwarzmann*) und die Schlussphase und den Abschluss von Verhandlungen (*Selbherr*) führen den Notar in die Verhandlungstechnik ein.

Sämtliche im Zusammenhang mit dem Thema Mediation relevanten Bereiche werden ausführlich dargestellt. Stichworte sind die Gewinner-Gewinner-Strategie (S. 18), der Verhandlungsvertrag (S. 59, 69, 81, so genannte Meta-Kommunikation), BATNA (best alternative to a negotiated agreement, S. 80), Nachverhandlung (S. 89) und taktischer Einsatz von Vertretern (S. 105, so genanntes vollmachtloses Verhandeln). Der Ablauf eines Mediationsverfahrens wird praxisnah von *Walz* erläutert (S. 20 ff.). Allerdings bestehen die Vorbehalte des Rezensenten gegen ein schnelles getrenntes Verhandeln (so aber S. 25 f.) jedenfalls im ländlichen Bereich fort, da dort die Parteien gewohnt sind, gemeinsam vor dem Notar zu verhandeln. *Schwarzmann* weist zu Recht darauf hin, dass die Mediation lange Zeit als eine Art Insel der Seligen betrachtet wurde, die im stürmischen Meer der staatlichen Gerichtsbarkeit Glückseligkeit verheißen sollte (S. 121). Seine Ausführungen sind teilweise auch kritisch. So stellt er das Dilemma dar, dass ein offenes Verhandeln nur bei einem ebenso verhandelnden Partner erfolgversprechend ist.

Die Ansicht, dem Prinzip der Vertragsfreiheit käme vor dem Beurkundungsverfahren (§ 17 Abs. 1 BeurkG) „das höhere Gewicht“ zu (so *Walz* S. 146 f.), ist nicht unbedenklich. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 89, 214) hat dagegen

zutreffend die Vertragsfreiheit nicht als absoluten Wert angesehen, sondern der Vertragsgerechtigkeit in Situationen ungleicher Verhandlungsstärke einen höheren Stellenwert eingeräumt (ausführlich dazu *Grziwotz*, ZIP 2002, 2109 ff.). Ein Kernpunkt der Mediation ist die Neutralität des Verhandlungsleiters. Hiermit befassen sich *Sorge* (S. 130 ff.) und *Schwarzmann* (S. 124 ff.). Dabei wird auch die schwierige Problematik der wirtschaftlichen Abhängigkeit des „Hausnotars“ angesprochen. Eine offene Diskussion dieser Problematik dient nicht nur der Verhandlungsseite des Notarberufs.

Ein Schwerpunkt gilt der Darstellung der so genannten Vertragsmediation, die *Walz* in Gegensatz zur Konfliktmediation setzt (insbesondere S. 139 ff.). Das Beurkundungsverfahren wird zur speziellen Form der Vertragsmediation (S. 145). Es trifft zwar zu, dass Interessengegensätze bei zweiseitigen Rechtsgeschäften stets bestehen (so *Walz* S. VII), diese wer-

den jedoch in vielen Fällen nicht auftreten, so dass nicht jede Vertragsverhandlung notwendigerweise zu einem Konfliktmanagement wird. Häufig kommen die Beteiligten mit einem bereits ausgehandelten Ergebnis zum Notar und bitten um dessen Beurkundung. Dies kann sich freilich als Scheinergebnis herausstellen, so dass dann eine Nachverhandlung erforderlich wird.

Auch wenn der Leser der MittBayNot 2000 und 2001 die in dem Sammelband vereinigten Beiträge überwiegend schon kennt, lohnt sich die Anschaffung des Buches dennoch. Selbst wer die Technik des Verhandeln beherrscht, wird bei der Lektüre noch einiges dazulernen. Über einige Standpunkte der Autoren wird man sicherlich noch nachdenken müssen. Dennoch kann das Buch als interessante und überaus lehrreiche Lektüre uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

### **Däubler: Verhandeln und Gestalten. Beck, 2003. 254 S.; 21,80 €**

Das Werk ist als „Lernbuch“ in der JuS-Schriftenreihe erschienen. Es soll hier gleichwohl zur Information und Orientierung vor allem derjenigen Standesangehörigen vorgestellt werden, die sich an der juristischen Ausbildung an Universität und im Vorbereitungsdienst beteiligen.

Mit dem etwas üppig geratenen Untertitel „Der Kern der neuen Schlüsselqualifikationen“ reagieren Autor und Herausgeberschaft auf die Anforderungen der reformierten Juristenausbildung, namentlich des § 5 a Abs. 3 Satz 1 DRiG n.F. „Neu“ sind dabei jedoch nicht die juristischen Schlüsselqualifikationen an sich, sondern die Verwendung des Begriffs durch den Gesetzgeber. Inhaltlich bleibt zweifelhaft, ob damit gegenüber § 5 a Abs. 3 DRiG a. F. etwas gewonnen ist. Dies wird auch vom Autor so gesehen (Rdnr. 20), der ebenso zutreffend feststellt, dass ein Paradigmenwechsel in den juristischen Prüfungen, somit auch in der Ausbildung, mit der neuen Terminologie nicht zu erwarten ist (Rdnr. 26 ff.). Verhandeln und Gestalten kann eben doch nicht im herkömmlichen Sinne „gelernt“, sondern in der juristischen Ausbildung höchstens kennen gelernt werden.

Dem mittlerweile verbreiteten Aufbau für die Thematik folgend, gliedert sich das Werk in eine Art „Allgemeinen Teil“, in dem das Rüstzeug für Vertragsverhandlungen und Gestaltungstechniken vermittelt wird, und in einen „Besonderen Teil“, mit dem dieses Wissen auf bestimmte Fallsituationen exemplarisch angewendet werden soll. Dem aktuellen Anlass des Erscheinens entsprechend, werden zunächst die neuen Akzente der reformierten Juristenausbildung und ihre Auswirkungen auf die Stofffülle recht ausführlich wiedergegeben. Sodann schlägt der Autor einen Bogen von den Aufgaben des Juristen bei der Rechtsgestaltung im Allgemeinen über die Positionserarbeitung und die eigentliche Verhandlung hin zur Fixierung des Vertrags. Revolutionäre Erkenntnisse sind hier nicht zu erwarten. Abschnitte wie z. B. „Freundlich zur Person, hart in der Sache“ (Rdnr. 131), „Schaffung einer guten Atmosphäre“ (Rdnr. 132 ff.) oder „Zuhören“ (Rdnr. 137) sind bei aller praktischen Bedeutung auch für den Studenten oder Referendar, der sich noch nie in oder bei einer „offiziellen“

Vertragsverhandlung befunden hat, eher etwas für die Badewanne als für den Schreibtisch.

Als vor allem für den am Berufsbeginn Stehenden hilf- und aufschlussreich hervorzuheben sind indes die Ausführungen *Däublers* zu Abläufen von Argumentationen und Entscheidungen, einschließlich des Verhandeln in Machtbeziehungen (Rdnr. 173–250).

Die neun Fälle des „BT“ sind nach den Erfahrungen des Rezensenten gut gewählt und allesamt ausbildungsrelevant. Notarrelevant sind allerdings nur fünf (Vereinsgründung, Partnerschaftsvertrag der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Wohnungskauf, Erbauseinandersetzung, Unternehmensnachfolge). Bei diesen schwankt die Qualität jedoch stark. Während es dem Autor gelingt, auf knapp 20 Seiten Inhalt und Ablauf der Vereinsgründung dem Neuling mustergültig verständlich zu machen (Rdnr. 406–467), bricht ihm am Schluss für den Unternehmenskauf merklich der Elan weg (Rdnr. 699–702!). Hinsichtlich des Wohnungskaufs bleibt für den Autor zu hoffen, dass er das Muster nicht aus privaten Notarurkunden zusammengestellt hat. Sonst wäre er mit der getrennten Beurkundung der Auflassung (Rdnr. 601) einer ziemlich teuren Sachbehandlung aufgegessen.

Beim Partnerschaftsvertrag liefert *Däubler* unfreiwillig Indizien für die Nichtdaseinsberechtigung dieses Vertragstyps, wonach z. B. „bei Beendigung der Lebensgemeinschaft ein Ausgleich des Zugewinns stattfindet. Die §§ 1373–1390 BGB finden entsprechende Anwendung“ (so in Rdnr. 483, ähnlich Rdnr. 498). Die erbrechtliche Regulierung der Situation mittels zweier je durch reziproke Erbeinsetzung bedingte Testamente kann nicht zur Nachahmung empfohlen werden. Die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Partnerschaftsvertrag nähert sich zudem bedenklich § 2302 BGB. Wenn *Däubler* in puncto Kosten schon *Grziwotz* zitiert (Rdnr. 506), hätte er den mokanten Hinweis auf die hohen Anwaltsgebühren dadurch relativieren können, dass er diesen einmal die Kosten der notariellen Beurkundung (inklusive Beratung!) eines solchen Partnerschaftsvertrages gegenüberstellte ... (Auch sonst ist das Verständnis des Autors für das Notariat nicht sonderlich ausgeprägt. So wird dem jungen Leser suggeriert, dass befreundete Notare offenbar in der Regel umsonst tätig zu werden pflegen [Rdnr. 611, 650].

Bei der Vorstellung der kautelarjuristischen Berufsfelder [Rdnr. 78 ff.] wird der Notar gleich gänzlich ignoriert).

Die Ausführungen zur Erbaueinandersetzung sind vor allem in der Darstellung der Verhandlungssituation als gelungen zu bezeichnen. Positiv hervorzuheben ist auch, dass *Däubler* getrennte Varianten für eine „echte“ Auseinandersetzung (Rdnr. 637 ff.) und die Auseinandersetzung durch sog. „Abschichtung“ (Rdnr. 644 ff.) bereithält – eine Methode, die vom BGH ausdrücklich anerkannt (NJW 1998, 1557) und trotz aller Kritik für die Praxis maßgebend ist (vgl. jüngst bestätigend LG Köln, NJW 2003, 2993).

Als besonderes „Schmankerl“ hält *Däubler* – insoweit wohl eher als persönlicher Service für den literarisch ambitionierten Leser gedacht – außerdem eine ausführliche Passage über den Verlagsvertrag bereit (Rdnr. 703 ff.).

Fazit: Das flüssig und anekdotenreich geschriebene Buch eignet sich für den Notar zum raschen und teilweise vergnüglichen Durcharbeiten zum Zwecke der Erkenntnis, Einiges aus der täglichen Verhandlungspraxis für dieselbe wiedererkannt zu haben. Zur Abrundung der kautelarjuristischen Übungsfallsammlung kann es mit den genannten Einschränkungen auch Studenten und Referendaren empfohlen werden. In der JuS-Schriftenreihe firmieren, soweit dem Rezensenten ersichtlich, nunmehr zwei allgemeinere Monographien zur Vertragsgestaltung. Das Werk von *Däubler* hat dabei den Vorteil, auf dem aktuellsten Stand zu sein. Wer sich methodisch gezielt auf die *Prüfungen* vorbereiten oder am Anfang der Assessorenzeit schnell zum Kern seiner Arbeit vordringen möchte, schafft sich aber besser das entsprechende Einführungswerk von *Langenfeld* an.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. VerbrKrG § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 d a. F.; RBERG Art. 1 § 1 Abs. 1 (*Keine Nichtigkeit des Kreditvertrages bei Verstoß des Treuhänders gegen das RBERG*)

- a) **Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbsermodellen ist das finanzierende Kreditinstitut grundsätzlich nicht verpflichtet, die vom Darlehensnehmer an den Kreditvermittler zu zahlende Finanzierungsvermittlungsprovision im Darlehensvertrag auszuweisen. Die Einschaltung des Finanzierungsvermittlers erfolgt im Rahmen von Steuersparmodellen regelmäßig im Interesse des Darlehensnehmers zur Erzielung der begehrten Steuervorteile.**
- b) **Ein Verstoß des Treuhänders gegen Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG führt nicht zur Nichtigkeit des von ihm namens des Erwerbers abgeschlossenen Kreditvertrages. Die Kreditgewährung durch die finanzierende Bank stellt grundsätzlich keine Beteiligung an der unerlaubten Rechtsbesorgung dar.**

BGH, Urteil vom 3.6.2003, XI ZR 289/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Darlehensvertrages zur Finanzierung einer Eigentumswohnung.

Der Kläger wurde im Jahre 1993 von dem Anlagevermittler R. erworben, zwecks Steuerersparnis ohne nennenswertes Eigenkapital eine noch zu errichtende Eigentumswohnung zu erwerben. Nach dem Konzept des Steuersparmodells sollte der Kläger einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück kaufen und zusammen mit den Miteigentümern einen Generalübernehmer mit der Errichtung des Objekts beauftragen.

Gemäß notarieller Urkunde vom 8.2.1993 schloss der Kläger mit einer Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Treuhänderin) einen Treuhandvertrag zum Erwerb der Wohnung und erteilte der Treuhänderin zugleich eine unwiderrufliche umfassende Vollmacht. Unter anderem wurde die Treuhänderin bevollmächtigt, namens und für Rechnung des Klägers den Kaufvertrag, den Gesellschaftsvertrag der Miteigentümergeinschaft, den Generalübernehmer-Werkvertrag, Darlehensverträge und erforderliche Sicherungsverträge abzuschließen. Die Treuhänderin schloss für den Kläger am 24.3.1993 einen notariellen „Kaufvertrag, Gesellschaftsvertrag, Generalübernehmer-Vertrag“ ab sowie zur Finanzierung des Kaufpreises von 37.495 DM, des Werklohns von 124.157 DM und der Nebenkosten am 30.9.1993 mit der Beklagten drei Realkreditverträge, darunter den streitgegenständlichen Vertrag über 49.993 DM. Die Darlehensvaluta wurde entsprechend den Weisungen der Treuhänderin zur Finanzierung des Erwerbs ausgezahlt.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass der genannte Darlehensvertrag unwirksam ist und die Beklagte aus dem Darlehen keine weiteren Zahlungen verlangen kann, hilfsweise die Feststellung, dass der Beklagten aus dem Darlehensvertrag lediglich ein mit 4 % p. a. zu verzinsendes Darlehenskapital in Höhe des Nettokreditbetrages zusteht. Er macht geltend: Die der Treuhänderin erteilte Vollmacht sei gemäß §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 1, 18 VerbrKrG unwirksam. Dasselbe gelte für den Darlehensvertrag, der die gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG erforderliche Angabe der vom Kläger zu zahlenden Kosten der Finanzierungsvermittlung nicht enthalte. Der Treuhandvertrag, die Vollmacht und der Darlehensvertrag seien zudem wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Außerdem hafte die Beklagte wegen der Verletzung von vorvertraglichen Aufklärungspflichten.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet.

#### I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seines Urteils im Wesentlichen ausgeführt:

Der streitgegenständliche Darlehensvertrag sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt unwirksam. Die der Treuhänderin erteilte Vollmacht zur Kreditaufnahme sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch ohne die Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 Satz 4 VerbrKrG formwirksam. Im Darlehensvertrag hätten die Kosten der Finanzierungsvermittlung nicht ausgewiesen werden müssen, weil der Kreditvermittler auf Initiative des Klägers und vornehmlich in dessen Interesse tätig geworden sei. Der Treuhandvertrag und die der Treuhänderin erteilte Vollmacht seien zwar wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig. Die Vollmacht sei der Beklagten gegenüber aber nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB als gültig zu behandeln, da ihr nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme vor Abschluss des Darlehensvertrages der Treuhandvertrag mit Vollmacht in notarieller Ausfertigung vorgelegen habe. Die Nichtigkeit des Treuhandvertrages erfasse auch nicht den von der Treuhänderin vermittelten Darlehensvertrag. Greifbare Anhaltspunkte, die Beklagte habe mit dieser in einer Weise zusammengearbeitet, dass ihre eigene Tätigkeit als Beteiligung an deren unerlaubter Rechtsbesorgung angesehen werden müsse, fehlten. Die Beklagte habe sich schließlich nicht wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten schadensersatzpflichtig gemacht.

#### II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die der Treuhänderin erteilte Vollmacht auch ohne die Pflichtangaben nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG in der bis zum 31.7.2001 geltenden Fassung (im Folgenden: a. F.) formwirksam ist, und hierzu auf die Rechtsprechung des Senats verwiesen, nach der die Vollmacht zum Abschluss eines Kreditvertrages diese Angaben nicht enthalten muss (BGHZ 147, 262, 266 ff., bestätigt durch Urteile vom 10.7.2001, XI ZR 198/00, WM 2001, 1663, 1664 f., und vom 18.9.2001, XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Entgegen der Auffassung der Revision rechtfertigt der Umstand, dass der Gesetzgeber die Aufnahme der Mindestangaben in die Vollmacht nunmehr in § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB abweichend geregelt hat, kein anderes Ergebnis. Diese Vorschrift gilt nur für nach dem 1.1.2002 erteilte Vollmachten (so ausdrücklich BT-Drucks. 14/7052, S. 201) und ist damit nicht geeignet, das Verständnis der bis dahin geltenden anders lautenden Rechtsvorschriften zu bestimmen. Die von der Revision angeregte Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof ist schon deshalb nicht veranlasst, weil die Richtlinie des Rates vom 22.12.1986, 87/102/EWG, AB L 42/48 vom 12.2.1987, in der Fassung der Änderungsrichtlinien des Rates vom 22.2.1990, 90/88/EWG, AB L 61/14 vom 10.3.1990, und des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998, 98/7/EG, AB L 101/17 vom 1.4.1998 (Verbraucherkreditrichtlinie), keine Vorgaben und Regelungen über Form und Inhalt einer Vollmacht zum Abschluss eines

Verbraucherkreditvertrages enthält (Senatsurteil vom 10.7.2001, XI ZR 198/00, WM 2001, 1663, 1665).

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht den Darlehensvertrag auch nicht deshalb als gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG nichtig angesehen, weil dort die vom Kläger zu zahlenden Kosten der Finanzierungsvermittlung weder bei der Berechnung des Effektivzinses berücksichtigt noch gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 d VerbrKrG a. F. angegeben sind. Entgegen der Auffassung der Revision war die vom Kläger aufgrund eines Vertrages mit der G. GmbH zu zahlende Kreditvermittlungsprovision im Vertrag nicht auszuweisen. Fremde, der Bank bekannte Vermittlerkosten sind zwar bei Konsumentenratenkrediten in der Regel dem Darlehensgeber als Teil der Kreditkosten zuzurechnen und deshalb von diesem im Kreditvertrag anzugeben, weil die Einschaltung eines Vermittlers im Allgemeinen im überwiegenden Interesse der Teilzahlungsbank liegt und ihr organisatorische und finanzielle Aufwendungen für die Anwerbung von Kunden oder die Unterhaltung von Zweigstellen erspart (Senatsurteil vom 20.6.2000, XI ZR 237/99, WM 2000, 1580, 1582). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt aber dann, wenn die Tätigkeit des Vermittlers nicht so sehr im Interesse der Bank, sondern des Kreditnehmers lag oder ihm besondere Vorteile gebracht hat (BGH, Urteil vom 2.10.1986, III ZR 163/85, WM 1986, 1519, 1520; Senatsurteil vom 20.6.2000, a. a. O.). Das ist bei der Finanzierungsvermittlung im Rahmen eines Steuersparmodells regelmäßig anzunehmen, weil die im Konzept des Steuersparmodells vorgesehene Einschaltung des Finanzierungsvermittlers mit der Folge der Entstehung der vom Darlehensnehmer zu zahlenden Finanzierungsvermittlungsgebühr hier der Erzielung der begehrten Steuervorteile dient. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kreditvermittlung sei hier vornehmlich im Interesse des Klägers erfolgt, ist daher von der Revision zu Recht nicht angegriffen worden.

3. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht ferner zu dem Ergebnis gelangt, der Darlehensvertrag sei nicht aufgrund eines Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam.

a) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat sich das Berufungsgericht zu Recht nicht durch den Umstand, dass der Kläger die Wohnung im Zuge eines Bauherrenmodells erworben hat, daran gehindert gesehen, die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum möglichen Verstoß eines im Rahmen eines Steuersparmodells geschlossenen Treuhandvertrages nebst Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz anzuwenden. Nach dieser Rechtsprechung bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBERG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag ist nichtig (BGHZ 145, 265, 269 ff.; Senatsurteile vom 18.9.2001, XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2114 f., vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274, vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 919, vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065, und vom 29.4.2003, XI ZR 201/02, Umdruck S. 12; BGH, Urteil vom 11.10.2001, III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261; ebenso zum Geschäftsbesorgungsvertrag zwecks Beteiligung an einem Immobilienfonds BGH, Urteil vom 16.12.2002, II ZR 109/01, WM 2003, 247, 248, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Nichts anderes gilt, wenn die Eigentumswohnung – wie hier – im Rahmen eines Bauherrenmodells erworben wird. Entscheidend ist nicht, im Rahmen welches Steuersparmodells der Geschäftsbesorger oder Treuhänder tätig wird; entscheidend ist vielmehr, welche Aufgaben ihm im konkreten Fall nach dem Geschäftsbesor-

gungs- oder Treuhandvertrag obliegen. Inhalt und Umfang dieses Vertrages sind am Maßstab des Rechtsberatungsgesetzes zu messen (BGH, Urteil vom 26.3.2003, IV ZR 222/02, WM 2003, 914, 915, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen; vgl. auch BGH, Urteil vom 11.10.2001, III ZR 182/00, WM 2001, 2260, 2261 unter II 2 b aa).

b) Rechtlich nicht zu beanstanden sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es zu dem Ergebnis gelangt ist, der Darlehensvertrag sei von der Treuhänderin nicht als Vertreterin ohne Vertretungsmacht geschlossen worden (§ 177 Abs. 1 BGB). Die der Treuhänderin erteilte Vollmacht ist der Beklagten gegenüber als gültig zu behandeln, selbst wenn ein Verstoß des Treuhandvertrages nebst Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz vorliegt. Zu Gunsten der Beklagten greift nämlich jedenfalls die Rechtsscheinhaftung aus §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB ein.

aa) Die grundsätzlichen Bedenken der Revision gegen die Anwendung der §§ 171, 172 BGB auf Fälle, in denen sich die Nichtigkeit der Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers aus einem Verstoß der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz ergibt, greifen nicht durch. Wie der Senat bereits entschieden hat (Urteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1065 f.), sind die §§ 171, 172 BGB sowie die Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht auch bei einem Verstoß der Bevollmächtigung des Geschäftsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBERG anwendbar. Die §§ 171 bis 173 BGB sowie die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den Rechtsschein einer Bevollmächtigung eines anderen setzt, sich so behandeln lassen muss, als habe er dem anderen wirksam Vollmacht erteilt (vgl. BGHZ 102, 60, 64; Senatsurteil vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274 f.). Dies gilt, soweit gesetzgeberische Wertungen nicht entgegenstehen, grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, aus welchen Gründen sich die Bevollmächtigung eines anderen als nichtig erweist (vgl. BGHZ 144, 223, 230; Senatsurteil vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232). Nur so kann dem Schutz des Rechtsverkehrs, den die allgemeine Rechtsscheinhaftung bezweckt, ausreichend Rechnung getragen werden (Senatsurteil vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, a. a. O.). Die Ausführungen der Revision geben zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

bb) § 172 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Beklagten spätestens bei Abschluss des Darlehensvertrages am 30.9.1993 das Original oder eine Ausfertigung der notariellen Vollmachtsurkunde vom 8.2.1993 vorlag (vgl. BGHZ 102, 60, 63; Senatsurteile vom 22.10.1996, XI ZR 249/95, WM 1996, 2230, 2232, vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1274, vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 920, vom 25.3.2003, XI ZR 227/02, WM 2003, 1064, 1066, und vom 29.4.2003, XI ZR 201/02, Umdruck S. 13).

Das war hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Fall. Dieses ist aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, der Treuhandvertrag nebst Vollmacht habe der Beklagten im Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages in notarieller Ausfertigung vorgelegen. Die gegen diese tatrichterliche Feststellung erhobenen Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

cc) Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich gemäß §§ 171, 172 BGB auf den durch die Vorlage der Vollmachtsausfertigung gesetzten Rechtsschein berufen, weil sie im Jahre 1993 keinen Anlass gehabt habe, die Nichtig-

keit des Treuhandvertrages sowie eine Unwirksamkeit der in notarieller Form erteilten Vollmacht wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz in Betracht zu ziehen, ist nicht zu beanstanden. Alle Beteiligten konnten den Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrages und der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz damals nicht erkennen (vgl. Senatsurteile vom 18.9.2001, XI ZR 321/00, WM 2001, 2113, 2115, und vom 14.5.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275). Entgegen der Ansicht der Revision gehen nicht einmal alle Umstände, die den Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz begründen, aus dem vorgelegten Geschäftsbesorgungsvertrag mit Vollmacht hervor. Dieser Urkunde ist nichts darüber zu entnehmen, dass die Treuhänderin über keine Rechtsberatungserlaubnis verfügte. Abgesehen davon kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des § 173 BGB nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen der den Mangel der Vertretungsmacht begründenden Umstände, sondern allein auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Mangels der Vertretungsmacht selbst an.

c) Zu Recht ist das Berufungsgericht weiter zu dem Ergebnis gelangt, der Darlehensvertrag sei nicht seinerseits wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBERG gemäß § 134 BGB nichtig.

aa) Wie das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat, führt ein Verstoß des Rechtsbesorgers gegen Art. 1 § 1 RBERG grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit der von ihm vermittelten Verträge zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten (Senatsurteil vom 17.3.1998, XI ZR 59/97, WM 1998, 923, 924). Dasselbe gilt für Verträge, die von dem unzulässig tätigen Rechtsbesorger als Vertreter abgeschlossen werden. Auch sie sind regelmäßig nicht nach § 134 BGB nichtig. Ein enger Zusammenhang zwischen der unerlaubten Rechtsbesorgung und den durch sie zustande gebrachten Verträgen mit Dritten liegt in der Natur der Sache und vermag eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen (Senatsurteil vom 17.3.1998, a. a. O.). Der Schutzzweck des gegen den Rechtsbesorger gerichteten Verbots nach Art. 1 § 1 RBERG gebietet es nicht, die Sanktion der Nichtigkeit auch auf von ihm vermittelte oder von ihm als Vertreter abgeschlossene Geschäfte zu erstrecken. Anders als durch den Geschäftsbesorgungsvertrag, der den Rechtsbesorger zu der unerlaubten Tätigkeit verpflichtet, und durch die Vollmacht, die die unerlaubte Rechtsbesorgung durch Vertretung ermöglicht, wird durch diese Geschäfte die unerlaubte Rechtsbesorgung in keiner Weise gefördert. Dass die Geschäfte sich als Folge der unzulässigen Rechtsbesorgung darstellen, genügt nicht, um sie als nach § 134 BGB nichtig anzusehen. Ein Rechtsgeschäft ist nicht schon deshalb im Sinne des § 134 BGB nichtig, weil die Umstände seines Zustandekommens bzw. Zustandbringens gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (BGHZ 110, 156, 174 f.; *Staudinger/Sack*, BGB, 13. Bearb. 1996, § 134 Rdnr. 5).

bb) Etwas anderes kann, wie das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht angenommen hat, nur dann gelten, wenn Dritte, deren Verträge mit dem Auftraggeber von dem Rechtsbesorger vermittelt oder von diesem als Vertreter des Auftraggebers abgeschlossen werden, in einer Weise mit dem Rechtsbesorger zusammenarbeiten, dass ihre Tätigkeit als Beteiligung an der unerlaubten Rechtsbesorgung angesehen werden muss (Senatsurteil vom 17.3.1998, a. a. O.). (...)

4. Zu Recht hat das Berufungsgericht schließlich Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten verneint.

a) Wie auch die Revision nicht verkennt, ist eine kreditgebende Bank nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei steuersparenden Bauherren-, Bauträger- und Erwerbmodellen zur Risikoaufklärung über das finanzierte Geschäft nur unter ganz besonderen Voraussetzungen ver-

pflichtet. Sie darf regelmäßig davon ausgehen, dass die Kunden entweder selbst über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen oder sich jedenfalls der Hilfe von Fachleuten bedient haben. Nur ausnahmsweise können sich Aufklärungs- und Hinweispflichten aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben. Dies kann der Fall sein, wenn die Bank im Zusammenhang mit der Planung, der Durchführung oder dem Vertrieb des Projekts über ihre Rolle als Kreditgeberin hinausgeht, wenn sie einen zu den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken hinzutretenden besonderen Gefährdungstatbestand für den Kunden schafft oder dessen Entstehen begünstigt, wenn sie sich im Zusammenhang mit der Kreditgewährung sowohl an den Bauträger als auch an die einzelnen Erwerber in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt oder wenn sie in Bezug auf spezielle Risiken des Vorhabens einen konkreten Wissensvorsprung vor dem Darlehensnehmer hat und dies auch erkennen kann (BGH, Urteil vom 18.4.1988, II ZR 251/87, WM 1988, 895, 898; Senatsurteile vom 3.12.1991, XI ZR 300/90, WM 1992, 133, vom 17.12.1991, XI ZR 8/91, WM 1992, 216, 217, vom 31.3.1992, XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 902, vom 18.4.2000, XI ZR 193/99, WM 2000, 1245, 1246, vom 12.11.2002, XI ZR 25/00, ZIP 2003, 160, 161, und vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 921).

Solche besonderen Umstände hat das Berufungsgericht zu Recht nicht festgestellt. Auch die Revision zeigt sie nicht auf. Ihr Einwand, die Beklagte habe Kenntnis davon gehabt, dass ein geschäftsführender Gesellschafter der Treuhänderin – entgegen den Angaben im Prospekt, wonach zwischen der Treuhänderin und den übrigen Vertragspartnern keine Verflechtungen bestanden – zugleich Gründungsgesellschafter und Aufsichtsrat der Grundstücksverkäuferin und Vertragspartnerin des streitgegenständlichen Anlageprojekts war, genügt zur Begründung einer Aufklärungspflicht wegen eines für die Beklagte erkennbaren konkreten Wissensvorsprungs nicht. Der haftungsbegründende konkrete Wissensvorsprung muss sich auf die speziellen Risiken des finanzierten Projekts beziehen. Ein solches Risiko stellt der Umstand, dass ein geschäftsführender Gesellschafter der Treuhänderin zugleich Gründungsgesellschafter und Aufsichtsrat der Grundstücksverkäuferin ist, für sich genommen nicht dar. Selbst wenn dieser Umstand – wie der Kläger annimmt – ein erhöhtes Risiko mangelnder Neutralität der Treuhänderin begründen würde, könnte sich daraus ein aufklärungspflichtiges spezielles Risiko des finanzierten Projekts allenfalls ergeben, wenn der Bank zugleich bekannt wäre, dass sich die personelle Verflechtung der Treuhänderin zum Nachteil des Kreditnehmers in den Konditionen des finanzierten Projekts niedergeschlagen hätte. Das ist nicht dargelegt. Da die Treuhänderin nicht selbst Vertragspartner des finanzierten Geschäfts ist, genügen etwa durch eine personelle Verflechtung verursachte Zweifel an ihrer Vertrauenswürdigkeit allein nicht.

b) Die Beklagte muss sich – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – auch nicht ein Fehlverhalten des Vermittlers R. durch unrichtige Erklärungen zum Erwerb der Eigentumswohnung gemäß § 278 BGB zurechnen lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird der im Rahmen von Bauherren-, Bauträger- oder Erwerbmodellen auftretende Vermittler als Erfüllungsgehilfe im Pflichtenkreis der in den Vertrieb nicht eingeschalteten Bank nur insoweit tätig, als sein Verhalten den Bereich der Anbahnung des Kreditvertrages betrifft (zuletzt Senatsurteile vom 27.6.2000, XI ZR 174/99, WM 2000, 1685, 1686 m. w. Nachw., vom 12.11.2002, XI ZR 47/01, WM 2002, 2501, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen, vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 922, und vom 29.4.2003, XI ZR 201/02, Umdruck S. 7).

aa) Im Zusammenhang mit der Anbahnung des Kreditvertrages kommen Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte wegen unrichtiger Erklärungen des Vermittlers nicht in Betracht. Möglicherweise falsche Erklärungen zum Wert des Objekts und zur monatlichen Belastung des Klägers unter Berücksichtigung von Mieteinnahmen, Steuervorteilen und Zins- und Tilgungsaufwendungen betreffen nicht das Kreditgeschäft, sondern die Rentabilität des Anlagegeschäfts und liegen damit außerhalb des Pflichtenkreises der Bank (Senatsurteil vom 18.3.2003, XI ZR 188/02, WM 2003, 918, 922).

bb) Entgegen der Auffassung der Revision scheidet auch eine erweiterte Zurechnung des Verhaltens des Vermittlers aus. Aus dem Vortrag des Klägers ergeben sich keine ausreichenden Anhaltspunkte, dass die Beklagte in den Vertrieb der Eigentumswohnungen eingeschaltet war. Voraussetzung dafür wäre, dass die Bank im Zusammenhang mit dem Vertrieb des Objekts gleichsam als Partei des zu finanzierenden Geschäfts in nach außen erkennbarer Weise Funktionen oder Rollen des Veräußerers oder Vertreibers übernommen und damit einen zusätzlichen auf die übernommenen Funktionen bezogenen Vertrauensstatbestand geschaffen hätte. In einem solchen Fall wäre die Bank selbst wegen Überschreitens der Kreditgeberrolle hinsichtlich des finanzierten Geschäfts aufklärungspflichtig (Senatsurteil vom 31.3.1992, XI ZR 70/91, WM 1992, 901, 905). Nur soweit die eigenen Aufklärungspflichten der Bank reichen, kann sie auch für das Fehlverhalten Dritter einzustehen haben. Dem Vortrag des Klägers, die Beklagte habe ständig mit den Initiatoren zusammengearbeitet, sie habe im Vorfeld ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Finanzierung einer Vielzahl von Enderwerbern erklärt sowie an der textlichen Ausgestaltung des Treuhandvertrages und der Vollmacht aktiv mitgewirkt, ist ein nach außen erkennbares, über die Kreditgeberrolle hinausgehendes Engagement der Beklagten nicht zu entnehmen.

2. AGBG § 9 a. F.; MaBV §§ 3, 12 (*Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Nachweisverzicht bei Kaufvertrag zwischen Nichtgewerbetreibenden*)

**Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung unter Nachweisverzicht in einem Kaufvertrag zwischen Nichtgewerbetreibenden ist jedenfalls dann wirksam, wenn Kaufgegenstand ein nahezu fertig gestelltes Gebäude ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Landshut, Urteil vom 17.4.2003, 43 O 169/03

Die Kläger erwarben zu notarieller Urkunde des Beklagten vom 25.1.2000 von den Eheleuten M eine Doppelhaushälfte. Die Urkunde enthielt eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Die Veräußerer betrieben, als die Kaufpreiszahlung ausblieb, die Vollstreckung aus der Urkunde, die gegen Sicherheitsleistung von 700.000 DM vorläufig eingestellt wurde. Die Kläger brachten eine Prozessbürgschaft. Auf Vollstreckungsabwehrklage hoben die Vertragsparteien den Kaufvertrag einvernehmlich auf. Die Kosten des Verfahrens wurden gegeneinander aufgehoben. Die Kläger tragen vor, die Unterwerfungsklausel sei unwirksam, der Notar hätte sie deshalb nicht in die Urkunde aufnehmen dürfen.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Klage ist nicht begründet.

Die Kläger haben unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Schadensersatz (...) gegen den Beklag-

ten, da der Beklagte keine den Klägern gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat.

Dem Notar obliegt es grundsätzlich, bei der Beurkundung für die rechtsgültige Errichtung der Urkunde zu sorgen, unwirksame Beurkundungen zu unterlassen und insbesondere rechtsunwirksame Klauseln nicht zu beurkunden (*Palandt*, § 839 Rdnr. 119).

Vorliegend hat der Beklagte durch die Aufnahme der Unterwerfungsklausel (...) nicht gegen diese Pflichten verstoßen.

Die Unterwerfungsklausel entspricht der Rechtslage und durfte deshalb vom Beklagten beurkundet werden.

Entgegen der Ansicht der Kläger ist die Klausel nicht gem. § 134 BGB i. V. m. §§ 3, 12 MaBV nichtig. Die MaBV ist hier schon nicht anwendbar, da die Verkäufer (...) keine Gewerbetreibende im Sinne von § 1 MaBV i. V. m. § 34 c GewO sind. Die Entscheidung des BGH vom 22.10.1998, BGHZ 139, 387, die sich mit der Unwirksamkeit der Unterwerfungsklausel ohne Nachweispflichten im notariellen Bauträgervertrag befasst, kommt hier nicht zum Tragen.

Die streitgegenständliche Klausel ist auch nicht nach § 9 ff. AGBG unwirksam.

Klauselverbote nach §§ 10–11 AGBG liegen nicht vor. Nach § 9 AGBG sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen dann unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Dies ist hier nicht der Fall. Die Klausel berücksichtigt nach Auffassung der Kammer ausreichend die beiderseitige Interessenlage der Parteien. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass Kaufgegenstand eine nahezu, bis auf Details, fertig gestellte Doppelhaushälfte war und sich hier sowohl auf Käufer- als auch auf Verkäuferseite private Parteien gegenüberstanden. Aufgrund der nahezu völligen Fertigstellung waren die privaten Verkäufer bereits erheblich in Vorleistung gegangen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Unterwerfungsklausel in Ziffer IX des notariellen Vertrages dies berücksichtigt, zumal durch die – wie hier auch geschehen – Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage die Kläger ausreichend geschützt waren.

Anders als beim gewerblichen Bauträger bedurften die Kläger angesichts der erheblichen Fertigstellung auch nicht des Schutzes vor Vermögensschädigungen in der Insolvenz des Veräußerers, ohne dass ihrer Kaufpreisleistung ein entsprechender Gegenwert an Bauvorhaben gegenüberstand.

Letztlich kann die Frage offen bleiben, da darüber hinaus die Kläger nicht substantiiert dargetan haben, dass es sich bei dem Vertragswerk des Beklagten überhaupt um durch die Eheleute M einseitig gestellte, vorformulierte Vertragsbedingungen handelt und deshalb das AGBG auf den Vertrag Anwendung findet.

Eine tatsächliche Vermutung, dass es sich bei dem Vertragswerk des grundsätzlich unabhängigen Notars um AGB der Veräußerer handelt, besteht nicht, da der Vertrag – wie dargelegt – nicht offensichtlich nur die Interessen einer Partei berücksichtigt (BGHZ 118, 239).

Die Klausel ist aus den genannten Gründen auch nicht nach § 242 BGB rechtsunwirksam.

Die Klage war daher abzuweisen.

3. BGB § 125 Satz 2 (*Arbeitsvertrag mit doppelter Schriftformklausel und Anspruch aus betrieblicher Übung*)

**Eine doppelte Schriftformklausel, nach der Ergänzungen des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen und eine mündliche Änderung der Schriftformklausel nichtig ist, schließt den Anspruch auf eine üblich gewordene Leistung aus.**

BAG, Urteil vom 24.6.2003, 9 AZR 302/02

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt in DB 2003, 2339.

4. BGB §§ 136, 135 Abs. 2, 892 Abs. 1 Satz 2 (*Beachtung einer formlos mitgeteilten einstweiligen Verfügung durch das Grundbuchamt*)

**Wird einem Eigentümer nach Abschluss eines Kaufvertrages und Bewilligung einer Eigentumsvormerkung für den Erwerber durch einstweilige Verfügung verboten, eine Vormerkung zu bewilligen, so hat das Grundbuchamt bei einem späteren Eintragungsantrag die einstweilige Verfügung auch dann zu beachten, wenn ihm die einstweilige Verfügung nur formlos mitgeteilt, die Eintragung des Verfügungsverbots aber nicht beantragt wurde. (Leitsatz des Rezensenten)**

BayObLG, Beschluss vom 30.5.2003, 2Z BR 129/02; mitgeteilt von Notar Dr. *Wolfram Eckhardt*, München

Mit notariellem Vertrag vom 19.9.2001 erwarben die beiden Beteiligten als Miteigentümer zu je 1/2 vom Bauträger die Eigentumswohnung Nr. 3 sowie den mit der gleichen Nummer gekennzeichneten Keller- und Tiefgaragenstellplatz, die zum Sondereigentum der Wohnung gehören, in einer erst zu errichtenden Wohnanlage. Der Bauträger bewilligte in der Kaufvertragsurkunde die Eintragung einer Eigentumsvormerkung. Grundlage des Kaufvertrags war eine am 21.12.1999 notariell beurkundete (ursprüngliche) Teilungserklärung mit Aufteilungsplan, demzufolge der Tiefgaragenstellplatz Nr. 3 gegenüber der Einfahrtsrampe der erste in einer Reihe von 21 Stellplätzen sein sollte.

Mit notariellem Vertrag vom 23.5.2002 veräußerte der Bauträger in derselben Wohnanlage die Wohnung Nr. 22 mit Kellerraum Nr. 22 und Tiefgaragenstellplatz Nr. 22. Nach dem Aufteilungsplan sollte der Stellplatz Nr. 22 etwa in der Mitte der gegenüber der Reihe mit dem Stellplatz Nr. 3 vorgesehenen Reihe liegen.

Mit Urkunde vom 16.5.2002 änderte der Bauträger den Aufteilungsplan dahin, dass die Tiefgaragenstellplätze Nr. 3 und Nr. 22 ausgetauscht werden sollen. Die Beteiligten zu 1 und 2 erklärten mit Urkunde vom 21.6.2002 ihr Einverständnis mit dieser Änderung des Aufteilungsplans. Die im Grundbuch eingetragene endgültige Teilungserklärung vom 17.6.2002 weist im dazugehörigen Aufteilungsplan die Stellplätze Nr. 3 und 22 in der geänderten Platzierung aus.

Am 11.9.2002 erließ das Landgericht auf Antrag der Erwerberin der Wohnung Nr. 22 eine einstweilige Verfügung, durch die dem Bauträger verboten wurde, „Handlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen bzw. Erklärungen abzugeben oder abgeben zu lassen, die hinsichtlich des Tiefgaragenabstellplatzes mit der jetzigen Bezeichnung Nr. 3 im Anwesen ... zur Begründung von Rechten Dritter führen oder führen können, insbesondere insoweit zu Gunsten Dritter eine Auffassungsvormerkung zu bewilligen bzw. im Grundbuch eintragen zu lassen oder eine Auffassung zu erklären bzw. im Grundbuch eintragen zu lassen“. Diese einstweilige Verfügung wurde dem Bauträger am 13.9.2002 zugestellt und am selben Tage dem Grundbuchamt in Abschrift übersandt.

Am 20.9.2002 stellte der Beteiligte zu 1 für sich und die Beteiligte zu 2 beim Grundbuchamt Antrag auf Eintragung der Eigentumsvormerkung gemäß dem Kaufvertrag vom 19.9.2001. Nach Vorlage des Originals der einstweiligen Verfügung nebst Urkunde über die Zustellung an den Bauträger durch die Erwerberin der Wohnung Nr. 22 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung die Eintragung der Eigentumsvormerkung vom Nachweis der Aufhebung der einstweiligen Verfügung abhängig gemacht.

Die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten ist unbegründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Voraussetzungen einer Eintragung ins Grundbuch seien ein Eintragungsantrag, die Voreintragung und die Eintragungsbewilligung des Betroffenen. Die Eintragungsbewilligung müsse von demjenigen erklärt werden, dessen Recht von der Eintragung betroffen werde. Bewilligen könne nur derjenige, der zum Zeitpunkt der Eintragung Inhaber des betroffenen Rechts sei und dem die Verfügungsbefugnis zustehe. Die Verfügungsbefugnis sei als Grundlage der formellen Bewilligungsbefugnis von Amts wegen zu prüfen. Bei gerichtlichen Veräußerungsverboten, insbesondere durch einstweilige Verfügung, entstehe gemäß §§ 136, 135 BGB ein relatives Veräußerungsverbot, das jedoch nicht zum Verlust der Verfügungsbefugnis und damit der Bewilligungsbefugnis führe. Die einstweilige Verfügung sei als relatives Veräußerungsverbot eine eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung. Wenn das Grundbuchamt Kenntnis von einer eintragungsfähigen, aber noch nicht eingetragenen Verfügungsbeschränkung habe, sei streitig, ob das Grundbuchamt die beantragte Eintragung vornehmen dürfe. Nach der herrschenden Meinung, der sich die Kammer anschließe, müsse das Grundbuchamt auch eine nicht eingetragene, aber bekannte Verfügungsbeschränkung berücksichtigen, weil es keinen Rechtserwerb nur kraft guten Glaubens herbeiführen dürfe. Das bedeute im vorliegenden Fall, dass das Grundbuchamt die beantragte Eigentumsvormerkung nicht eintragen dürfe, solange die einstweilige Verfügung bestehe und noch nicht im Grundbuch eingetragen sei.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist zutreffend und wird durch die Darlegungen der weiteren Beschwerde nicht in Frage gestellt. Auch die Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs greift nicht durch.

a) Eintragungsgrundlagen für die Eintragung einer Vormerkung, die das Grundbuchamt zu prüfen hat, sind ein Eintragungsantrag (§ 13 Abs. 1 GBO), die Eintragung des Betroffenen (§ 39 Abs. 1 GBO) und die verfahrensrechtliche Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO. Die letztere ist zwar nicht identisch mit der materiellrechtlichen Bewilligung des § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB, aber in der Regel in ihr enthalten.

Die Bewilligung des Betroffenen ist aber nur dann eine geeignete Eintragungsgrundlage, wenn die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis, die das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen hat, zum Zeitpunkt der Eintragung vorliegt (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 19 Rdnr. 60). Sofern nicht § 878 BGB eingreift, hat das Grundbuchamt auch nachträglich eingetretene Beschränkungen oder den gänzlichen Wegfall der Verfügungsbefugnis, auf der die Bewilligungsbefugnis beruht, zu beachten (*Demharter*, § 19 Rdnr. 61). § 878 BGB greift hier nicht ein, weil zwar die Bewilligung der Vor-

merkung für den Bauträger bereits mit der Beurkundung am 19.9.2001 bindend geworden (§ 873 Abs. 2 BGB), der Eintragungsantrag aber erst am 20.9.2002 beim Grundbuchamt eingegangen ist. Zu diesem Zeitpunkt war aber die einstweilige Verfügung, die dem Bauträger die Bewilligung einer Eigentumsvormerkung verbot, durch die Zustellung an diesen am 13.9.2002 bereits wirksam geworden.

b) Die durch die einstweilige Verfügung vom 11.9.2002 bewirkte relative Verfügungsbeschränkung ist zwar eintragungsfähig, jedoch vom Grundbuchamt auch dann zu beachten, wenn sie nicht eingetragen, aber auf andere Weise bekannt geworden ist. Denn nach der ständigen Rechtsprechung der Obergerichte darf das Grundbuchamt nicht einen Rechtserwerb allein auf Grund guten Glaubens des Erwerbers herbeiführen (BayObLGZ 1994, 66/71 f.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 59, jeweils mit Rechtsprechungsnachweisen). Von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlass. Die Beteiligten müssen auf Grund ihrer Ansprüche aus dem Kaufvertrag auf den Bauträger einwirken, dass er entweder die Aufhebung der einstweiligen Verfügung oder die Eintragung des Verfügungsverbots im Grundbuch erreicht. Erst dann kann die Eigentumsvormerkung für die Beteiligten eingetragen werden.

### Anmerkung:

Mit dem vom BayObLG recht kurz begründeten Beschluss wird die herrschende obergerichtliche Rechtsprechung, wonach das Grundbuchamt nicht einen Rechtserwerb allein auf Grund guten Glaubens des Erwerbers herbeiführen darf, bestätigt. Das Gericht sieht keinen Anlass, von dieser Judikatur, gegen die das Schrifttum seit jeher grundsätzliche Einwendungen erhoben hat, abzugehen, obwohl der konkrete Sachverhalt durchaus die Möglichkeit zu einer differenzierten Betrachtungsweise eröffnet hätte.

### 1. Kein Verlust der Bewilligungsbefugnis

Nach h. M. muss zum Zeitpunkt der Grundbucheintragung die Bewilligungsbefugnis des Bewilligenden noch bestehen, sofern nicht § 878 BGB eine Ausnahme hiervon macht.<sup>1</sup> Ob die Bewilligungsbefugnis vorliegend wegen des Erlasses des einstweiligen Verfügungsverbotens gem. § 136 BGB entfallen ist, hat das Gericht leider nicht näher erörtert. Bei dem Verfügungsverbot des § 136 BGB handelt es sich jedenfalls um ein sog. relatives Verfügungsverbot, so dass die Verfügungsbefugnis nicht allgemein entfällt, sondern nur insofern, als sie die Rechte des Verbotsgeschützten vereiteln würde. Während daher in der Literatur die Meinung vertreten wird, dass dem Grundstückseigentümer trotz des Verfügungsverbots uneingeschränkt die Bewilligungsbefugnis zustehe,<sup>2</sup> kommt die Rechtsprechung<sup>3</sup> zu dem Ergebnis, dass „auch durch nur relative Verfügungsverbote [...] der Betroffene in seinen Verfügungsbefugnissen derart geschmälert [wird], dass er nicht zum Nachteil einer bestimmten Person verfügen darf“.<sup>4</sup> Da sich die Bewilligungsbefugnis nun einmal aus der materiell-

rechtlichen Verfügungsbefugnis ableitet, diese aber bei Vorliegen eines relativen Verfügungsverbotens nicht entfällt,<sup>5</sup> ist diese Ansicht zurückzuweisen. Auch das BayObLG schien diese Meinung zu teilen, als es jüngst ausführte, wonach im Falle der §§ 135, 136 BGB „der Verlust der Verfügungsbefugnis und der grundbuchrechtlichen Bewilligungsbefugnis [...] damit nicht verbunden ist.“<sup>6</sup> Dass eine Bezugnahme auf diese Entscheidung im vorliegenden Beschluss fehlt, verblüfft und gibt Anlass zur Sorge, das Gericht könne zu seiner alten Auffassung<sup>7</sup> zurückkehren wollen.

### 2. Legalitätsprinzip verhindert Rechtserwerb auch bei Nichteintragung des einstweiligen Verfügungsverbots

Im Ergebnis stützen die obergerichtliche Rechtsprechung und auch das BayObLG im vorliegenden Fall das Eintragungshindernis auch gar nicht auf das Fehlen der Bewilligungsbefugnis, sondern darauf, dass das Grundbuchamt an einem gutgläubigen Erwerb nicht mitwirken dürfe.<sup>8</sup> Diese Ansicht beruht letztlich auf dem Legalitätsprinzip, wonach das Grundbuchamt eine unrichtige Eintragung nicht „sehenden Auges“ vornehmen dürfe.<sup>9</sup> Diese in der Rechtsprechung herrschende Ansicht,<sup>10</sup> die sich in der Literatur heftigen Angriffen ausgesetzt sieht,<sup>11</sup> führt zu folgendem Ergebnis: Der Eigentümer ist vorliegend gem. § 136 BGB in seiner Verfügungsbefugnis relativ beschränkt; dem Verbotsgeschützten gegenüber wäre demnach eine Verfügung des Eigentümers unwirksam; dennoch kann ein Dritter wegen der Geltung der Gutgläubensvorschriften (§§ 136, 135 Abs. 2 BGB) gem. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Recht erwerben, wenn ihm das Verfügungsverbot weder bekannt war noch dasselbe im Grundbuch eingetragen war. Da das Verfügungsverbot, wie dem Grundbuchamt bekannt ist, vor Beantragung der Auflassungsvormerkung ergangen war, kann ein dem Verbotsgeschützten gegenüber wirksamer Rechtserwerb eines Dritten nur mehr aufgrund guten Glaubens eintreten. Das Legalitätsprinzip verhindert jedoch stets einen solchen gutgläubigen Erwerb, wenn das Grundbuchamt davon Kenntnis hat, dass ein Verfügungsverbot ergangen ist. Das KG stützte dieses Ergebnis zusätzlich darauf, dass das Grundbuchamt und das Gericht der einstweiligen Verfügung nicht „gegeneinander arbeiten“ dürften, was aber der Fall wäre, wenn das Grundbuchamt das gerichtliche Verfügungsverbot durch die Anwendung der Gutgläubensvorschriften „aushebeln“ würde.<sup>12</sup> Die Rechtsprechung stellt daher, vorgeblich an der Bindung des Grundbuchamts an Recht und Gesetz orientiert, die Interessen des Verfügungsklägers über diejenigen gutgläubiger Dritter.

### 3. Einschränkung des Legalitätsprinzips durch § 941 ZPO

Diese Ansicht ignoriert dabei, dass sowohl das materielle als auch das prozessuale Recht bereits Vorschriften zum ausreichenden Schutz des Verfügungsklägers vorsehen. Das mate-

<sup>1</sup> BayObLGZ 1954, 97, 99; *Meikel/Lichtenberger*, GBO, 8. Aufl. 1998, § 19 Rdnr. 122 m. w. N.

<sup>2</sup> *Meikel/Böttcher*, Anh. §§ 19, 20 Rdnr. 164; *KEHE/Munzig*, GBO, 5. Aufl. 1999, § 19 Rdnr. 110.

<sup>3</sup> KG JFG 18, 205, 207; BayObLGZ 1954, 97, 98 f.; ebenso *Demharter*, GBO, 24. Aufl. 2002, § 19 Rdnr. 59; *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 1999, § 19 Rdnr. 244, 251.

<sup>4</sup> KG JFG 18, 205, 207.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 136 Rdnr. 6.

<sup>6</sup> BayObLG, DNotZ 1997, 391, 393.

<sup>7</sup> BayObLGZ 1954, 97, 98 f.

<sup>8</sup> BayObLGZ 1994, 66, 71; KG JFG 18, 204, 208.

<sup>9</sup> Vgl. nur *KEHE/Munzig*, Einl. Rdnr. C 10.

<sup>10</sup> BayObLGZ 1994, 66, 71 m. w. N.

<sup>11</sup> *Ertl*, Rpfleger 1980, 41, 44; *Böttcher*, Rpfleger 1983, 187, 190; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 352.

<sup>12</sup> KG JFG 18, 205, 208.

rielle Recht schließt in § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB einen gutgläubigen Erwerb dann aus, wenn der Dritte das Verfügungsverbot entweder *kannte* oder dieses im Grundbuch *eingetragen* war. Der Verfügungskläger hat es mithin in der Hand, Dritte von dem Verfügungsverbot entweder durch Übersendung (oder besser: Zustellung) des Beschlusses zu informieren oder aber einen gutgläubigen Erwerb in jedem Fall durch Eintragung des Verfügungsverbots zu verhindern. Entsprechend § 941 ZPO kann daher das Verfügungsverbot entweder auf Antrag des Verfügungsgerichts oder auf eigenen Antrag des Verfügungsklägers im Grundbuch eingetragen werden.<sup>13</sup> Allerdings muss nach herrschender Literaturmeinung diese Eintragung nicht innerhalb der Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO erfolgen, da sie sich „nur“ an Dritte richtet.<sup>14</sup> Abgesehen davon, dass die von der Literatur angeführte Entscheidung des Reichsgerichts<sup>15</sup> sich zu dieser Problematik überhaupt nicht äußert, ist nicht einzusehen, weshalb das Grundbuchamt auch dann einen gutgläubigen Erwerb verhindern sollte, wenn es der Verfügungskläger selbst unterlässt, eine dieser zumutbaren Maßnahmen (Benachrichtigung des Dritten oder Eintragung des Verfügungsverbots) zu ergreifen. § 941 ZPO verliert für diesen Fall jedwede eigenständige Bedeutung: Die Eintragung des Verfügungsverbots hat keinerlei Wirkung, denn nach Ansicht der Rechtsprechung führt ja bereits die Kenntnis des Grundbuchamts vom Verfügungsverbot wegen des Legalitätsprinzips zu einer „Grundbuchsperr“. Da auch nach Versäumung der Eintragsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO das Verfügungsverbot grundsätzlich bestehen bleibt, führt zudem das summarische Verfügungsverfahren zu einem weitreichenderen Schutz als das Hauptsacheverfahren und das unter Einhaltung der Frist des § 929 Abs. 2 ZPO durchgeführte Eintragsverfahren.

#### 4. Ergebnis

Es ist daher zu bedauern, dass das BayObLG nicht die hier vorgeschlagene, an den Wertungen des materiellen und formellen Rechts orientierte Auslegung zumindest erörtert hat. Der Hinweis des Gerichts, dass der gutgläubige Dritte sich an den Verfügungsbeklagten halten solle, bevorzugt wiederum einseitig den Verfügungskläger. Ein im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erlangtes Verfügungsverbot sollte dann nicht vom Grundbuchamt beachtet werden, wenn die Ein-Monats-Frist des § 929 Abs. 2 ZPO verstrichen ist und eine Eintragung entsprechend § 941 ZPO nicht erfolgt ist. Nur durch eine solche Einschränkung des Legalitätsprinzips kann ein interessengerechter Ausgleich zwischen dem Verfügungskläger und gutgläubigen Dritten erzielt werden. Ist die Frist des § 929 Abs. 2 ZPO noch nicht verstrichen, hat das Grundbuchamt hingegen den Eintragsantrag abzulehnen.

Wiss. Ass. Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, Erlangen

<sup>13</sup> KG JW 1928, 2466; Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 941 Rdnr. 2.

<sup>14</sup> Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 938 Rdnr. 30; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 936 Rdnr. 11; MünchKommZPO/Heinze, 2. Aufl. 2001, § 938 Rdnr. 39.

<sup>15</sup> RGZ 51, 129, 132.

5. BGB §§ 876, 877; WEG § 10 Abs. 1 Satz 2; BayUnschG Art. 1 (*Unschädlichkeitszeugnis für Änderung der Kostenverteilung in der Gemeinschaftsordnung*)

**Soll eine Änderung der als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung eingetragen werden (hier: die Änderung der Kostenverteilung), kann in entsprechender Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes festgestellt werden, dass dies für die dinglich Berechtigten an den rechtlich nachteilig betroffenen Wohnungseigentumsrechten unschädlich ist.**

BayObLG, Beschluss vom 3.7.2003, 2Z BR 107/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer aus mehreren Häusern bestehenden Wohnanlage. In den Wohnungsgrundbüchern ist jeweils als Inhalt des Sondereigentums eine Gemeinschaftsordnung eingetragen. In § 12 dieser Gemeinschaftsordnung ist eine ins Einzelne gehende Regelung über die Kostenverteilung enthalten. Am 22.4.1999 änderten die Beteiligten diese dahin ab, dass die Kosten der Aufzugsanlage einschließlich ihrer Wartung ausschließlich die Eigentümer der Wohnungen zu tragen haben, in deren Haus sich ein Aufzug befindet.

Die Beteiligten haben beantragt, die Unschädlichkeit der Änderung der Gemeinschaftsordnung für die dinglich Berechtigten an den Wohnungseigentumsrechten nach dem Unschädlichkeitsgesetz festzustellen. Das Amtsgericht hat dies abgelehnt; das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

(...)

#### II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Da es sich nicht um die Veräußerung der Teilfläche eines Grundstücks handle, komme nur eine entsprechende Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes in Betracht. Dabei sei zu beachten, dass das Unschädlichkeitsgesetz eine Ausnahmeregelung enthalte, die schon aus verfassungsrechtlichen Erwägungen eng auszulegen sei. Die Verschiebung der Unterhaltungspflichten für die Aufzugsanlage auf einzelne Wohnungseigentümer stelle keine der Veräußerung einer Grundstücksteilfläche vergleichbare Maßnahme dar. Ein veräußerungsähnlicher Vorgang sei zwar im Fall der Begründung eines Sondernutzungsrechts angenommen worden. Dies lasse sich aber auf die Änderung der Kostenregelung nicht übertragen. Auch liege darin keine Schmälerung des Haftungsgegenstands.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das auf Art. 120 mit Art. 1 Abs. 2 EGBGB beruhende Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend – UnschG – vom 15.6.1898 (BayRS 403-2-J) bestimmt, dass eine mit Rechten Dritter belastete Teilfläche eines Grundstücks im Falle ihrer Veräußerung ohne Einwilligung der Berechtigten von den Belastungen frei wird, wenn das Amtsgericht feststellt, dass die Veräußerung für die Berechtigten unschädlich ist. Der Wortlaut der Bestimmung schließt eine unmittelbare Anwendung auf die Änderung einer Gemeinschaftsordnung von Wohnungseigentümern aus. In Betracht kommt jedoch eine entsprechende Anwendung.

b) Die Wohnungseigentümer können Vereinbarungen treffen, durch die sie ihr Verhältnis untereinander in Ergänzung oder Abweichung von den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes regeln (§ 10 Abs. 1 Satz 2 WEG). Solche Ver-

einbarungen können als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden (§ 5 Abs. 4 WEG). Nur in diesem Fall wirken die Vereinbarungen auch gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers (§ 10 Abs. 2 WEG).

Um eine solche Vereinbarung handelt es sich bei der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung. Diese enthält eine Vielzahl von Einzelregelungen. In § 12 der Gemeinschaftsordnung ist im vorliegenden Fall die Verpflichtung der einzelnen Wohnungseigentümer gegenüber den anderen Wohnungseigentümern, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen, abweichend von der gesetzlichen Bestimmung des § 16 Abs. 2 WEG geregelt. Durch die Änderung dieser Regelung dahin, dass bestimmte Kosten, nämlich die der Aufzugsanlage, nicht von allen, sondern nur von einem Teil der Wohnungseigentümer zu tragen sind, wird der Inhalt des Sondereigentums dieser Wohnungseigentümer nachteilig verändert. Diese Wohnungseigentümer sind bei der Eintragung der Änderung im Grundbuch betroffen. Ist ihr Recht mit dem Recht eines Dritten belastet, so wird auch dessen Position rechtlich nachteilig betroffen. Gemäß §§ 877, 876 BGB ist materiell-rechtlich auch dessen Zustimmung zu einer Änderung erforderlich; diese kann daher nicht ohne dessen Bewilligung gemäß § 19 GBO in das Grundbuch eingetragen werden (BayObLGZ 1984, 257/261; vgl. BGHZ 91, 343/346).

c) Das Unschädlichkeitsgesetz ist über seinen Wortlaut hinaus im Bereich des Wohnungseigentums auf Fälle angewendet worden, die der Veräußerung einer belasteten Grundstücksteilfläche vergleichbar sind, z. B. auf die Veräußerung eines Teils des Miteigentumsanteils oder eines Teils des gemeinschaftlichen Grundstücks, aber auch auf die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum. Dies ist im Schrifttum auf Zustimmung gestoßen (vgl. die Nachweise in BayObLGZ 1988, 1/3 f.).

In seiner Entscheidung vom 14.1.1988 (BayObLGZ 1988, 1) ist der Senat einen Schritt weiter gegangen und hat die Anwendbarkeit des Unschädlichkeitsgesetzes auch im Fall der Begründung eines Sondernutzungsrechts bejaht. Auch bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts handelt es sich um eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander. Sie hat den Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums zum Gegenstand. Durch die Vereinbarung eines Sondernutzungsrechts gemäß § 15 Abs. 1 i. V. m. § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG wird das grundsätzliche Recht jedes Wohnungseigentümers zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums hinsichtlich eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums einzelnen Wohnungseigentümern dadurch entzogen, dass einem oder mehreren anderen Wohnungseigentümern das alleinige Nutzungsrecht eingeräumt wird. Rechtlich unterscheidet sich eine solche Vereinbarung nicht von der Vereinbarung, die die Kostenverteilung zum Gegenstand hat. In aller Regel werden aber die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen der Einräumung oder Abänderung eines Sondernutzungsrechts weiter gehen als bei einer die Kostenverteilung betreffenden Vereinbarung.

Im Jahr 1974 hatte der Senat die Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes auf den Fall der Begründung eines Sondernutzungsrechts noch mit dem Hinweis darauf in Frage gestellt, dass es Sache des Gesetzgebers sei, den damit verbundenen Härten abzuwehren (BayObLGZ 1974, 217/223). Diese Auffassung hat sich das OLG Köln im Jahr 1993 zu Eigen gemacht (ZMR 1993, 428).

d) Der Senat hält trotz der Bedenken des Oberlandesgerichts Köln daran fest, dass eine entsprechende Anwendung

des Unschädlichkeitsgesetzes auch auf die Begründung von Sondernutzungsrechten geboten ist und darüber hinaus auch auf Vereinbarungen der Wohnungseigentümer mit einem anderen Inhalt als einer Regelung des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums.

aa) Dem Unschädlichkeitsgesetz liegt die Erwägung zu Grunde, dass bei einer nur geringfügigen Wertminderung des Haftungsobjekts die sich aus §§ 875 ff. BGB i. V. m. §§ 19, 29 GBO ergebende Notwendigkeit, die Pfandfreigabeerklärung der dinglich Berechtigten beizugeben, Härten zur Folge hätte, an denen vielfach die Maßnahme scheitern würde, welche eine Schmälerung des Haftungsgegenstands auslöst. Zweck des Gesetzes ist es, solche Härten zu vermeiden (vgl. BayObLGZ 1962, 396/398 f. m. w. N.). Entscheidend ist, ob die Notwendigkeit, die Bewilligung der dinglich Berechtigten beizubringen, für die Wohnungseigentümer bei Eintragung einer im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums einzutragenden Vereinbarung in vergleichbarer Weise besteht und vergleichbare Härten mit sich bringen kann wie für einen Grundstückseigentümer bei Veräußerung und lastenfreier Abschreibung einer Grundstücksteilfläche. Dies ist bei Änderungen der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung regelmäßig der Fall. Für die Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes auf diesen Fall besteht ein dringendes Bedürfnis. Durch die nachträgliche Änderung des Kostenverteilungsschlüssels werden in der Regel eine größere Zahl von Wohnungseigentümern und alle dinglich Berechtigten an deren Wohnungseigentumsrechten betroffen. Wegen der regelmäßig großen Zahl der Betroffenen im Sinn von § 19 GBO, § 877 BGB würde ohne eine entsprechende Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes eine nachträgliche Änderung der als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung praktisch ausgeschlossen. Sie würde häufig schon an den Kosten scheitern, die durch die Mitwirkung aller dinglich Berechtigten in grundbuchmäßiger Form entstehen. Andererseits wird der einzelne dinglich Berechtigte regelmäßig nur in geringem Umfang betroffen, weil sein Haftungsobjekt im Wert nur geringfügig beeinträchtigt wird (BayObLGZ 1988, 1/5 f.).

bb) Für die Richtigkeit dieser Argumentation spricht auch, dass bei den derzeit angestellten Überlegungen zu einer Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes der Vorschlag für folgende gesetzliche Regelung unterbreitet wird (siehe dazu das Schreiben des Bundesministers der Justiz vom 13.1.2003, IB5-3448/9-64 474/2002 unter Abschnitt III Nr. 1 Buchst. a; ferner *Böttcher/Hintzen*, ZfIR 2003, 445/449):

„Die Zustimmung des Inhabers eines Rechts in Abteilung II und III des Grundbuchs zur Änderung einer Vereinbarung ist entbehrlich, es sei denn, dass sein Recht mehr als nur geringfügig betroffen wird.“

e) Die Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes und damit die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses ist im vorliegenden Fall nicht von vorneherein ausgeschlossen. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden daher aufgehoben. Zur Vornahme der erforderlichen Ermittlungen des Amtsgerichts zu den Voraussetzungen eines Unschädlichkeitszeugnisses (vgl. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 UnschG) wird die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Demharter*, MittBayNot 2004, 17 (in diesem Heft).



6. BayUnschG Art. 1 (*Unschädlichkeitszeugnis bei Grenzberichtigungen zwischen Grundstücken im eigenen Besitz*)

**Sollen Grenzberichtigungen zwischen mehreren auf eigenen Grundbuchblättern vorgetragenen Grundstücken eines Bauträgers vorgenommen werden, die ganz überwiegend bereits an Erwerber mit eingetragenen Eigentumsvermerkungen für diese verkauft und mit Finanzierungsgrundpfandrechten belastet sind, ist die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses nicht grundsätzlich ausgeschlossen.**

BayObLG, Beschluss vom 7.8.2003, 2Z BR 147/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligte, eine Bauträger-GmbH, ist als Eigentümerin mehrerer Grundstücke sowie Miteigentumsanteile an weiteren Grundstücken, z. B. Wegegrundstücken, im Grundbuch eingetragen. Die Stammgrundstücke samt Miteigentumsanteilen an den dienenden Grundstücken sind jeweils auf einem eigenen Grundbuchblatt vorgetragen. Sie sind ganz überwiegend an Erwerber verkauft, für die Eigentumsvermerkungen eingetragen sind. Die Grundstücke und Miteigentumsanteile sind außer mit Rechten in Abteilung II und Globalgrundschulden, soweit sie verkauft sind, auch mit Finanzierungsgrundpfandrechten der Erwerber belastet.

Nach Maßgabe eines Veränderungsnachweises sollen zwischen den einzelnen Grundstücken Grenzberichtigungen vorgenommen werden. Die Beteiligte hat beantragt, die Unschädlichkeit des Vollzugs des Veränderungsnachweises für bestimmt bezeichnete dingliche Rechte an den Grundstücken nach dem Unschädlichkeitsgesetz festzustellen. Das Amtsgericht hat dies abgelehnt; das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Nach dem Wortlaut des Gesetzes könne ein Unschädlichkeitszeugnis nur für den Teil eines Grundstücks erteilt werden, der an einen Dritten veräußert werde. Abschreibungen im eigenen Besitz würden von der gesetzlichen Regelung nicht erfasst, auch wenn dafür ein praktisches Bedürfnis bestehe. Eine entsprechende Anwendung scheitere daran, dass es sich bei der gesetzlichen Regelung um eine Ausnahme zu Lasten der dinglich Berechtigten handle.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das auf Art. 120 mit Art. 1 Abs. 2 EGBGB beruhende Gesetz, das Unschädlichkeitszeugnis betreffend – UnschG – vom 15.6.1898 (BayRS 403-2-J) bestimmt, dass eine mit Rechten Dritter belastete Teilfläche eines Grundstücks im Fall ihrer Veräußerung ohne Einwilligung der Berechtigten von Belastungen frei wird, wenn das Amtsgericht feststellt, dass die Veräußerung für die Berechtigten unschädlich ist. Der Wortlaut des Gesetzes schließt eine Anwendung auf die Fälle aus, in denen Teilflächen von Grundstücken ohne Eigentumsänderung abgeschrieben werden sollen. In Betracht kommt aber unter bestimmten Voraussetzungen eine entsprechende Anwendung.

b) Der Senat teilt die Bedenken gegen eine Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes auf bloße Änderungen im Bestand

ohne Eigentumsübertragung. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn damit künftige Eigentumsübertragungen vorbereitet werden sollen (*Röll*, MittBayNot 1968, 353/354; *Sprau*, Justizgesetze in Bayern, UnschG Rdnr. 23). Der Senat hat sich mit der aufgeworfenen Frage in seiner Entscheidung vom 7.6.1989 (MittBayNot 1989, 311 = DNotZ 1990, 294) im Einzelnen auseinandergesetzt und darauf hingewiesen, dass die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses bei einer Teilflächenverschiebung zwischen Grundstücken desselben Eigentümers weder von dem Unschädlichkeitsgesetz noch von dem Vorbehalt des Art. 120 EGBGB für den Landesgesetzgeber gedeckt wäre.

c) Unter den besonderen Voraussetzungen des vorliegenden Falls hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung für zulässig und geboten. Dem Unschädlichkeitsgesetz liegt die Erwägung zugrunde, dass bei einer nur geringfügigen Wertminderung des Haftungsobjekts die sich aus § 875 ff. BGB i. V. m. §§ 19, 29 GBO ergebende Notwendigkeit, die Pfandfreigabeerklärung der dinglich Berechtigten beizugeben, Härten zur Folge hätte, an denen vielfach die Maßnahme, welche eine Schmälerung des Haftungsgegenstands auslöst, häufig schon wegen der Kosten scheitern würde. Zweck des Gesetzes ist es, solche Härten zu vermeiden (vgl. BayObLGZ 1962, 386/398 f.; 2003 Nr. 27). Der Senat hat insbesondere im Bereich des Wohnungseigentums mit Zustimmung des Schrifttums eine über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehende entsprechende Anwendung bejaht (vgl. BayObLGZ 1988, 1/3 f.) und diesen Weg mit seiner jüngsten Entscheidung vom 3.7.2003 (BayObLGZ 2003 Nr. 27 = MittBayNot 2004, 43 [in diesem Heft]) fortgesetzt.

d) Vor diesem Hintergrund ist eine entsprechende Anwendung dann gerechtfertigt, wenn die mehreren betroffenen Grundstücke zwar noch im Eigentum desselben Eigentümers, nämlich des Bauträgers, stehen, aber ganz überwiegend schon verkauft sind und für die Käufer Eigentumsvermerkungen im Grundbuch eingetragen sind. Die begehrte Feststellung der Unschädlichkeit von Grenzberichtigungen zwischen den einzelnen Grundstücken steht dann in einem so engen Zusammenhang mit der durch die Eintragung der Vormerkungen bereits dinglich gesicherten Eigentumsübertragung, dass die entsprechende Anwendung des Gesetzes vertretbar erscheint. Hinzu kommt, dass die verkauften Grundstücke mit Finanzierungsgrundpfandrechten der Erwerber belastet sind, so dass auch ein besonderes praktisches Bedürfnis für die Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes besteht, weil ansonsten die Eigentumsübertragung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.

3. Die Anwendung des Unschädlichkeitsgesetzes und damit die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses ist im vorliegenden Fall nicht von vorneherein ausgeschlossen.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Demharter*, MittBayNot 2004, 17 (in diesem Heft).

7. BGB §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1; GBO § 35 Abs. 1 (*Entbehrlichkeit eines Erbscheins bei postmortaler Vollmacht*)

1. **Das Grundbuchamt kann nur dann die Vorlegung eines Erbscheins anstelle einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen samt Niederschrift über deren Eröffnung verlangen, wenn sich Zweifel über das Erbrecht ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen des Nachlassgerichts über den Willen des Erblassers und die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.**
2. **Eine unter Lebenden erteilte Vollmacht erlischt im Zweifel nicht mit dem Tod des Vollmachtgebers; der Bevollmächtigte kann mithin alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie es der Erblasser auch gekonnt hätte. Der Vorlage eines Erbscheins oder eines öffentlichen Testaments mit Eröffnungsniederschrift bedarf es in diesem Fall nicht. (Leitsätze der Schriftleitung)**

LG Neuruppin, Beschluss vom 29.8.2003, 5 T 217/03; mitgeteilt von Notar Prof. Dr. *Manfred Bengel*, Fürth

Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe, die Beteiligten zu 2 und 3 sind die ehelichen Kinder des Erblassers. Dieser hat ein weiteres, nichteheliches Kind, mit dem er am 1.8.1988 einen notariell beurkundeten vorzeitigen Erbaugleich vereinbarte. Die Beteiligte zu 1 und der Erblasser errichteten am 5.1.1991 ein gemeinschaftliches notarielles Testament. Am 11.8.1997 schlossen sie einen notariellen Erbvertrag, worin sie etwaige frühere Verfügungen von Todes wegen widerrufen. Sie setzten die Beteiligten zu 2 und 3 jeweils zu Vorerben ein und ordneten Testamentsvollstreckung unter Einsetzung des jeweils länger Lebenden als Testamentsvollstrecker an. Außerdem erteilte der Erblasser der Beteiligten zu 1 am 11.8.1997 eine notarielle Vollmacht zur Vertretung in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist.

Der Erbvertrag enthält eine Teilungsanordnung des Erblassers. Entsprechend der Teilungsanordnung schlossen die Beteiligten eine Teil-Erbaueinandersetzungsvereinbarung, mit der die Beteiligte zu 2 unter Aufhebung der Erbengemeinschaft insoweit das Alleineigentum an dem betroffenen Wohnungseigentum erhielt und übernahm.

Der Notar hat für die Beteiligte zu 2 ihre Eintragung als Eigentümerin beim Grundbuchamt beantragt. Dieses hat mit Zwischenverfügung auf folgende nach seiner Ansicht bestehende Eintragungshindernisse hingewiesen: Zur Grundbuchberichtigung und zum Nachweis der Erbfolge sei dem Grundbuchamt der Erbschein in Ausfertigung nach dem Erblasser vorzulegen. Außerdem sei das Testamentsvollstreckerzeugnis in Ausfertigung oder Urschrift einzureichen. Der Vollmacht sei nicht zu entnehmen, dass sie über den Tod hinaus gelten solle.

Gegen diese Zwischenverfügungen haben die Beteiligten Erinnerung eingelegt. Das Grundbuchamt hat der Erinnerung nicht abgeholfen und sie dem Landgericht als Beschwerde zur Entscheidung übersandt.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde ist begründet. Die vom Grundbuchamt angeführten Eintragungshindernisse bestehen nicht.

Die Vorlage eines Erbscheins in Ausfertigung ist zum Nachweis der Erbfolge nicht erforderlich.

Einerseits ist der Nachweis der Erbfolge erbracht.

Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Ist die Verfügung von Todes wegen aber in einer öffentlichen Urkunde getroffen, so genügt es, wenn an Stelle eines Erbscheins diese Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung dieser Verfügung dem Grundbuchamt vorgelegt wird (§ 35 Abs. 1

Satz 2 GBO). Nur wenn das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage des Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO).

Der notariell beurkundete Erbvertrag vom 11.8.1997 ist eine öffentliche Urkunde. Die in diesem Erbvertrag enthaltene Verfügung von Todes wegen ist dem Grundbuchamt zusammen mit der Niederschrift der Eröffnung der Verfügung des Amtsgerichts Nürnberg – Nachlassgericht – vom 23.10.2002 übersandt worden. Die letztwillige Verfügung und die Niederschrift können – anders als der Erbschein – wie hier in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden (vgl. *Demharter*, GBO, 22. Aufl., § 35 Rdnr. 45). Nur dann, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts wirkliche Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen des Nachlassgerichts über den Willen des Erblassers und die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können, darf das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins verlangen (vgl. *Demharter*, § 35 Rdnr. 39). Solche Zweifel bestehen nicht.

Die Erbfolge der Beteiligten zu 2 und 3 ergibt sich aus dem Erbvertrag. Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 haben ihre ehelichen Kinder, die Beteiligten zu 2 und 3, jeweils für ihren Nachlass zu Vorerben eingesetzt und die jeweiligen Nachkommen zu Nacherben bestimmt.

Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser letztwilligen Verfügung in dem Erbvertrag vom 11.8.1997 bestehen nicht. Insbesondere werden die in dem Erbvertrag vom 11.8.1997 getroffenen Verfügungen nicht durch das gemeinschaftliche Testament der Beteiligten zu 1 und des Erblassers vom 5.1.1981 berührt. Soweit in dem gemeinschaftlichen Testament vom 5.1.1981 Verfügungen getroffen sein sollten, die dem Inhalt des Erbvertrags vom 11.8.1997 widersprechen, sind sie gemäß § 2289 Abs. 1 BGB durch die späteren Verfügungen von Todes wegen in dem Erbvertrag aufgehoben. Soweit die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament gemeinsam widerrufen wollen, können sie es in jeder für eine letztwillige Verfügung zulässigen Form (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2271 Rdnr. 2). Beschränkungen bestehen gemäß § 2271 BGB nur für den Fall eines einseitigen Widerrufs.

Es ist auch im Hinblick auf das im Erbvertrag vom 11.8.1997 aufgeführte nichteheliche Kind nicht ersichtlich, dass neben den Beteiligten zu 2 und 3 weitere Erben vorhanden sein könnten. Denn in dem Erbvertrag sind nur die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben eingesetzt. Mit der gewillkürten Verfügung von Todes wegen (§ 1941 BGB) wäre – wenn überhaupt ein gesetzliches Erbrecht des nichtehelichen Kindes bestünde – dieses von der Erbfolge ausgeschlossen. Im Übrigen ergibt sich aus dem Erbvertrag, dass der Erblasser mit seiner nichtehelichen Tochter 1988 einen vorzeitigen Erbaugleich gemäß §§ 1934 d, e BGB a. F. vereinbarte, der alle auf der nichtehelichen Verwandtschaft beruhenden gesetzlichen Erbrechtswirkungen auf Dauer beseitigte und dessen Wirkung auch nach der Streichung dieser Regelung fort dauert (Art. 227 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB).

Andererseits bedarf es auch angesichts der Generalvollmacht der Beteiligten zu 1 keines Nachweises der Erbfolge und auch nicht der Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 BGB.

Die unter Lebenden erteilte Vollmacht erlischt gemäß §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1 BGB nicht mit dem Tode des Vollmachtgebers. Der von dem Erblasser der Beteiligten zu 2 erteilten Generalvollmacht im vermögensrechtlichen Bereich lag ein Auftragsverhältnis (§ 662 BGB) zugrunde. Das ergibt sich

aus der Vollmacht selbst, weil sie ein der Regelung des § 670 BGB entsprechendes Recht auf Ersatz der Aufwendungen für die Beteiligte zu 1 unter Ziff. V. enthält.

Daneben enthält die Vollmacht selbst unter Ziff. VI. 2. einen deutlichen Hinweis, dass sie über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten sollte. Denn die Bestimmung, dass ein Teil der Vollmacht – soweit es die Bestattung des Vollmachtgebers betrifft – nicht durch die Erben widerrufen sei, setzt das Fortbestehen der Vollmacht insgesamt nach dem Tode voraus. Damit hat der Vollmachtgeber einen Teilbereich der Vollmacht dem Widerrufsrecht der Erben entzogen. Im Rückschluss folgt hieraus, dass die Erben im Übrigen die Vollmacht widerrufen können. Das aber macht nur Sinn, wenn die Vollmacht im Übrigen auch nach dem Tod des Vollmachtgebers fortbesteht.

Die Vollmacht ist nach der im Beisein der Erben in der Teilerbauseinandersetzungvereinbarung getroffenen Feststellung bis zum Zeitpunkt dieser Vereinbarung nicht widerrufen gewesen. Ein Erlöschen der Vollmacht folgt auch nicht aus dem fehlenden Vollzug einer Schenkung von Todes wegen. Die Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) des Erblassers stellt keine Schenkung von Todes wegen dar. Sie bewirkt eine schuldrechtliche Berechtigung und Verpflichtung der Miterben untereinander auf entsprechende Auseinandersetzung, setzt also den Erbgang voraus.

Aufgrund der fortbestehenden Generalvollmacht der Beteiligten zu 1 vertritt sie die Erben – die Beteiligten zu 2 und 3. Die Vertretungsmacht bezieht sich allerdings nur auf den Nachlass. Ergeben sich insoweit keine Einschränkungen, so ist der postmortal Bevollmächtigte in der Lage, über Nachlassgegenstände zu verfügen, ohne dass es eines Erbscheins oder eines öffentlichen Testaments mit Eröffnungsniederschrift bedarf (vgl. BGH, Rpfleger 1962, 438 m. Anm. *Haegele*). Der Bevollmächtigte kann mithin alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie es der Erblasser auch gekonnt hätte (vgl. *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Kap. 1 Rdnr. 48 m. w. N.). Die gleichzeitige Bestellung der Beteiligten zu 1 zur Testamentsvollstreckerin hat hierauf keinen Einfluss. Die Vertretungsmacht wird durch die Testamentsvollstreckung nicht beeinträchtigt (vgl. *Haegele/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 14. Aufl., Rdnr. 9, 252; *Palandt/Edenhofer*, § 2197 Rdnr. 17). Die einzige Schranke für den Generalbevollmächtigten liegt in dem Verbot, die Vollmacht zu missbrauchen (vgl. BGH a. a. O.). Dafür bestehen aber im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte, weil die Beteiligte zu 1 mit den Erben – den Beteiligten zu 2 und 3 – nichts anderes vereinbart hat als die vom Erblasser mit seiner Teilungsanordnung vorgegebene Auseinandersetzung.

8. BGB § 705 (*Beitrag eines Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für einen im Alleineigentum des anderen stehenden Vermögensgegenstand*)

- a) **Ein wesentlicher Beitrag, den ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für einen im Alleineigentum des anderen Partners stehenden Vermögensgegenstand geleistet hat, kann die – für die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze nach der ständigen Rechtsprechung des Senats erforderliche – Absicht gemeinschaftlicher Wertschöpfung nicht ersetzen, sondern nur im Einzelfall einen Anhaltspunkt für das Bestehen einer solchen Absicht bilden.**

- b) **Der Schluss, dass wesentliche Beiträge eines Partners die Annahme einer gemeinschaftlichen Wertschöpfungsabsicht beider Partner rechtfertigen, setzt eine Gesamtwürdigung aller Umstände voraus, die insbesondere die Art des geschaffenen Vermögenswertes, die von beiden Seiten erbrachten Leistungen und die finanziellen Verhältnisse der Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft zu berücksichtigen hat.**

BGH, Urteil vom 21.7.2003, II ZR 249/01; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien lebten zwischen Ende 1981 und 1997 in nichtehelicher Lebensgemeinschaft auf einem der Klägerin gehörenden Grundstück zusammen. Der Beklagte ist auf Antrag der Klägerin durch Teilurteil des Landgerichts vom 9.12.1997 rechtskräftig zur Räumung des Grundstücks verurteilt worden. Die Parteien streiten nunmehr noch über die vom Beklagten im Wege der Widerklage geltend gemachte Abfindungsforderung in Geld. Das Landgericht hat die Widerklage durch Schlussurteil abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klägerin unter Abweisung der weitergehenden Widerklage zur Zahlung von 50.775,31 DM an den Beklagten verurteilt, wobei es die Widerklage in Höhe von 52.206,37 DM für begründet angesehen und die Hilfsaufrechnung der Klägerin hinsichtlich eines Betrages von 1.431,06 DM hat durchgreifen lassen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Zurückweisung der Berufung des Beklagten weiter.

*Aus den Gründen:*

Die Revision der Klägerin ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine Anwendung gesellschaftsrechtlicher Grundsätze auf das Verhältnis der Parteien im Hinblick auf das Hausgrundstück der Klägerin erfüllt seien. Gesellschaftsrechtliche Grundsätze könnten angewendet werden, wenn die Partner in Bezug auf einen bestimmten Vermögensgegenstand die Absicht verfolgt hätten, einen gemeinschaftlichen Wert zu schöpfen, der nicht nur von ihnen gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen gemeinsam gehören sollte. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes setze das nicht mehr eine ausdrückliche oder konkludente Absprache der Partner voraus. Es reiche vielmehr aus, dass der Partner einen wesentlichen Beitrag in Bezug auf einen im Alleineigentum des anderen stehenden Vermögensgegenstand geleistet habe. Als solcher könne es nicht gewertet werden, dass der Beklagte sich jedenfalls seit 1980/1981 hälftig an der Tilgung der zur Finanzierung von Erwerb und Sanierung des Anwesens aufgenommenen Kredite beteiligt habe, weil diese Beiträge eher den laufenden, bis zum Auszug des Beklagten abgewohnten Wohnkosten zuzurechnen seien. Der Beklagte habe jedoch weitere Einlagen erbracht, indem er sich an den Materialkosten und Handwerkerlöhnen für die Renovierung und den Ausbau des Hauses und der Außenanlage beteiligt und hierbei auch persönlich mitgearbeitet habe. Auf den zwischen den Parteien streitigen Umfang dieser Arbeits- und Geldleistungen des Beklagten und die dazu angetretenen Beweise komme es nicht an, da diesen Umständen keine entscheidende Bedeutung für die Höhe des Abfindungsanspruchs des Beklagten beizumessen sei. Aus dem Gutachten des Sachverständigen B. zum Verkehrswert des Grundstücks im Jahre 1978 und Anfang 1998 lasse sich aber die Wertsteigerung, die Gebäude und Außenanlagen des Grundstücks in jenem Zeitraum erfahren hätten, mit 104.412,73 DM errechnen. Hiervon könne der Beklagte die Hälfte, also 52.206,37 DM, als Ausgleich verlangen.

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen, unter denen Partner

einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die keinen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben, sich nach der Rechtsprechung des Senats ausnahmsweise auf gesellschaftsrechtliche Grundsätze stützen können, verkannt und den wesentlichen Beitrag, den der Beklagte für das Hausgrundstück der Klägerin geleistet hat, nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Bei der Beurteilung der zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche der Klägerin stützt es sich auf Vortrag des Beklagten, zu dem Stellung zu nehmen die Klägerin keine Gelegenheit hatte.

II. 1. Das Berufungsgericht verkennt zunächst, dass auch nach der neueren Rechtsprechung des Senats ein wesentlicher Beitrag eines Partners für einen im Alleineigentum des anderen stehenden Vermögensgegenstand nicht die Absicht gemeinschaftlicher Wertschöpfung ersetzen, sondern lediglich im Einzelfall einen Anhaltspunkt für das Bestehen einer solchen Absicht bilden kann.

Da das Berufungsgericht eine ausdrückliche Absprache der Parteien in Bezug auf die Schaffung eines gemeinschaftlichen Wertes nicht festzustellen vermochte, kam der Frage nach der Leistung eines wesentlichen Beitrags des Beklagten zum Ausbau des Anwesens der Klägerin entscheidende Bedeutung zu. Eben diese für den Ausgang des Rechtsstreits wesentliche und zwischen den Parteien streitige Frage lässt das Berufungsgericht ungeklärt, indem es den Umfang der von dem Beklagten für die Renovierung und den Ausbau des Hauses der Klägerin und seiner Außenanlagen geleisteten Beiträge für unerheblich erklärt, deshalb trotz umfangreichen und unter Beweis gestellten Vortrags des Beklagten hierzu unter vorweggenommener Beweiswürdigung von einer Beweisaufnahme absieht und stattdessen allein auf den objektiv seit 1978 eingetretenen Wertzuwachs des Anwesens abstellt. Der zwischen 1978 und 1998 eingetretene Wertzuwachs ist aber als Anhaltspunkt für die Absicht der Parteien zu einer gemeinsamen Wertschöpfung von vornherein ungeeignet, wenn er nicht auf wesentlichen Beiträgen gerade des Beklagten, sondern im Wesentlichen etwa auf Aufwendungen der Klägerin und Alleineigentümerin beruht. Schon aus diesem Grunde kann das Urteil keinen Bestand haben.

2. Zudem setzt der Schluss, dass wesentliche Beiträge eines Partners die Annahme einer gemeinschaftlichen Wertschöpfung rechtfertigen, nach der Rechtsprechung des Senats eine Gesamtwürdigung der in Betracht zu ziehenden Umstände voraus. Auch an einer solchen Gesamtwürdigung, bei der insbesondere die Art des geschaffenen Vermögenswertes, die Gesamtheit der von den Parteien erbrachten Leistungen und die finanziellen Verhältnisse der Partner in der konkreten Lebensgemeinschaft zu berücksichtigen sind, hat das Berufungsgericht es bisher fehlen lassen. Es hat nicht einmal Feststellungen zu der finanziellen Situation der Parteien getroffen.

9. BGB § 2077 (Nichtanwendbarkeit des § 2077 BGB bei Schwiegerkindern)

**§ 2077 BGB ist auf die Erbeinsetzung von Schwiegerkindern nicht entsprechend anwendbar.**

BGH, Beschluss vom 2.4.2003, IV ZB 28/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

I. Die Beteiligten streiten über die Erbfolge nach der Mutter des Beteiligten zu 2) bzw. früheren Schwiegermutter der Beteiligten zu 1). In dem aus Anlass ihrer Ausreise nach Westdeutschland errichteten notariellen Testament vom 24.9.1976 berief die Erblasserin zu ihren

Erben ihren „Sohn W. E. sowie dessen Ehefrau S. E. zu gleichen Anteilen“. Nach ihrer Rückkehr Anfang der 90er Jahre lebte die Erblasserin im Haushalt der Beteiligten, bis diese sich 1996 trennten, und blieb dann bei ihrem Sohn. Die Ehe wurde am 7.3.2000 geschieden. Die Erblasserin verstarb am 14.10.2000.

Die Beteiligte zu 1) ist der Auffassung, sie sei als Person und nicht als Ehefrau bedacht und damit Miterbin geworden. Der Beteiligte zu 2) hält dagegen ihre Erbeinsetzung wegen der Scheidung für unwirksam und verweist zusätzlich auf die Regelung des § 2077 BGB.

Das Nachlassgericht hat den von der Beteiligten zu 1) beantragten gemeinschaftlichen Erbschein erteilt; danach ist die Erblasserin aufgrund testamentarischer Erbfolge von den Beteiligten zu je 1/2 beerbt worden. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2) hat das Landgericht u. a. gestützt auf eine analoge Anwendung des § 2077 Abs. 1 BGB das Amtsgericht angewiesen, den gemeinschaftlichen Erbschein einzuziehen. Das Oberlandesgericht möchte der dagegen gerichteten weiteren Beschwerde der Beteiligten zu 1) stattgeben, weil § 2077 BGB nicht analog auf die Erbeinsetzung von Schwiegerkindern anzuwenden sei. Daran sieht es sich jedoch durch die gegenteilige Auffassung in dem ebenfalls im Verfahren der weiteren Beschwerde ergangenen Beschluss des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 23.6.1993 (FamRZ 1994, 1205 f. = NJW-RR 94, 589) gehindert und hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

(...)

II. Die Voraussetzungen einer Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Die Entscheidung des Falles hängt von der Antwort auf die Vorlagefrage ab, die das Oberlandesgericht Saarbrücken anders entschieden hat, als es dem vorlegenden Oberlandesgericht Naumburg zutreffend erscheint.

Zwar beanstandet das Oberlandesgericht Saarbrücken im Ausgangspunkt seiner Entscheidung nur, das Beschwerdegericht habe die allgemeinen Auslegungsregeln nicht berücksichtigt und die den besonderen erbrechtlichen Auslegungsregeln des § 2077 Abs. 1 und 3 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken nicht beachtet. Die weiteren Gründe zeigen jedoch, dass die Entscheidung auf der analogen Anwendung des § 2077 BGB beruht. Ob die vom Oberlandesgericht Saarbrücken deswegen angenommene Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der später geschiedenen Schwiegertochter bereits über eine ergänzende Auslegung des Erbvertrages zu erreichen gewesen wäre (vgl. *Staudinger/Otte*, BGB [1995], § 2077 Rdnr. 29; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 10. Aufl., § 2077 Rdnr. 7; *Brox*, Erbrecht, 19. Aufl., Rdnr. 219), ist für die Statthaftigkeit der Vorlage ohne Bedeutung. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass das vorlegende Oberlandesgericht bei der Beschlussfassung über die weitere Beschwerde von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts abweichen will, die von anderer Beurteilung der Rechtsfrage getragen wird (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 13. Aufl., § 28 Rdnr. 14 m. w. N.), und es selbst die Rechtsfrage als erheblich ansieht (Senat, Beschluss vom 3.5.1968, IV ZB 502/68, MDR 1968, 650 f.). Das ist hier der Fall.

III. Die gemäß §§ 20, 27, 29 FGG zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Das Testament wurde zwar unter der Geltung des Zivilgesetzbuches der DDR errichtet. Die Erblasserin starb aber erst nach der Wiedervereinigung. Deshalb gilt für die Auslegung des Testaments, um die es hier geht, das Bürgerliche Gesetzbuch. Die Ausnahmen des Art. 235 § 2 EGBGB sind nicht gegeben.

2. Das vorliegende Oberlandesgericht stellt fest, dass der wirkliche Wille der Erblasserin im vorliegenden Fall nicht ermittelbar ist und für weitere Ermittlungen zum Sachverhalt keine Ansatzpunkte bestehen. Weder dem Testament noch den sonstigen Umständen lasse sich mit hinreichender Sicherheit entnehmen, ob die Erbeinsetzung auch für den Fall gelten sollte, dass die Ehe der Beteiligten geschieden werde.

Dem ist zuzustimmen. Für die Auslegung kommt es auf den Erblasserwillen bei Errichtung der letztwilligen Verfügung an (vgl. BGH, Urteil vom 6.5.1959, V ZR 97/48, FamRZ 1960, 28 unter II 2 c; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., S. 820). Die bloße Angabe „Ehefrau“ neben der vollen Namensnennung der Beteiligten zu 1) im Testament und die unterbliebene Änderung nach Trennung und Scheidung erlauben hier keine ausreichenden Schlüsse darauf, ob die Erblasserin bei der Testamentserrichtung vor über 20 Jahren die Erbeinsetzung ihrer Schwiegertochter vom Bestand der Ehe mit ihrem Sohn abhängig machen wollte oder nicht. Weiteres gibt es nach den gegebenen Umständen nicht zu ermitteln.

Damit bleibt die vorrangige individuelle Auslegung ohne Ergebnis.

a) Das Oberlandesgericht Saarbrücken hat – soweit ersichtlich – erstmalig eine analoge Anwendbarkeit von § 2077 BGB in einem Fall bejaht, in dem die „zukünftige Ehefrau“ des Sohnes der Erblasser nach dessen zukünftigen Kindern als weitere Ersatzerbin eingesetzt war. Nach Meinung dieses Oberlandesgerichts entspricht es regelmäßig – wie in dem unmittelbar von § 2077 BGB erfassten Fall – dem Willen der Eltern, „dass der Ehegatte ihres Kindes nur dann Erbe wird, wenn mit dem Fortbestand der familienrechtlichen Bindung noch gerechnet werden kann“ (a. a. O., S. 1206).

Dieser Ansicht hat sich unter bloßer Bezugnahme auf die Entscheidung und ohne weitere Auseinandersetzung und Begründung ein Teil der Kommentarliteratur angeschlossen (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2077 Rdnr. 2; *Soergel/Loritz*, BGB, 12. Aufl., Nachtrag [1996], § 2077 Rdnr. 22; *MünchKomm/Leipold*, BGB, 3. Aufl., § 2077 Rdnr. 5; abweichend davon halten *Staudinger/Otte*, a. a. O., und *Erman/M. Schmidt*, a. a. O., bei dieser Fallkonstellation ein dem § 2077 BGB entsprechendes Ergebnis bereits im Wege der ergänzenden Auslegung für möglich).

b) Das vorliegende Oberlandesgericht hält dem entgegen, dass anders als bei Ehegatten zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkind nur ein Schwägerschaftsverhältnis und regelmäßig keine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft bestehe, die Erbeinsetzung des Schwiegerkindes die Ausnahme darstelle und für eine Erbeinsetzung durchaus andere Motive wie etwa ein besonders gutes persönliches Verhältnis in Betracht kämen. Es sei daher nicht ohne weiteres möglich, in diesen Fällen auf eine regelmäßig vorhandene Willenslage der Erblasser zu schließen, dass eine solche Erbeinsetzung nur mit Rücksicht auf die bestehende Ehe zwischen Kind und Schwiegerkind erfolgt. Dann fehle es aber auch an einer inneren Rechtfertigung, die Beweis- bzw. Feststellungslast zu verändern. Ohne eine analoge Anwendung des § 2077 BGB bliebe dem Kind des Erblassers im Falle seiner Scheidung nur die Anfechtung des Testaments gemäß § 2078 Abs. 2 BGB. Dabei müsse der Anfechtende beweisen, dass der Fortbestand der Ehe tragender Grund der Erbeinsetzung war. Wende man dagegen § 2077 BGB entsprechend an, hätte das Schwiegerkind zu beweisen, dass es trotz der Scheidung zum Erben berufen sei (zur Beweis- und Feststellungslast bei § 2077 BGB vgl. BGH, a. a. O. unter II 2 a; BayObLG, FamRZ 1993, 362 f. m. w. N.).

3. Der Senat teilt die Auffassung des vorliegenden Oberlandesgerichts.

a) Die Regelung des § 2077 BGB soll einer nachträglich eintretenden wesentlichen Veränderung in den Beziehungen von Erblasser und Bedachtem mit Rücksicht auf die allgemeine Lebenserfahrung Rechnung tragen (*Kipp/Coing*, Erbrecht, 13. Aufl., § 23 V 4). Das Gesetz gibt dafür nach heute ganz h. M. mit § 2077 BGB eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem von ihm vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfälligkeit des Testamentes u. a. im Scheidungsfall gerichtet ist (BGH, a. a. O. unter II 2 a; *Staudinger/Otte*, a. a. O., Rdnr. 4, 5; jeweils m. w. N.). Für den Regelfall misst § 2077 Abs. 1 BGB einer solchen letztwilligen Zuwendung den Inhalt zu, nur für den Fall des Bestehens der Ehe getroffen zu sein (*MünchKomm/Leipold*, a. a. O., Rdnr. 4).

Damit ist der historische Gesetzgeber von der ursprünglich vorgesehenen Anfechtbarkeit der Verfügung, weil der Erblasser von dem unrichtigen Motiv des Fortbestandes der Ehe bis zu seinem Tod ausgegangen sei, abgerückt. Er hat sich in diesen Fällen für die auf den vermutlichen Willen des Erblassers sich stützende Annahme der regelmäßigen Unwirksamkeit der Verfügung entschieden und damit die Bedenken der ersten Kommission, dass die Verfügung auf diese Weise gegen den Willen des Erblassers entkräftet werde, fallen gelassen. Denn wenn jemand seinen Ehegatten oder Verlobten letztwillig bedenke, so wolle er ihn regelmäßig nur in der Eigenschaft als Ehegatten oder Verlobten bedenken; die Verfügung erweise sich dann schon vermöge ihres Inhalts als hinfällig, wenn der dem Wortlaut nach Bedachte zur Zeit des Erbfalls jene wesentliche Eigenschaft nicht mehr besitze (*Planck*, BGB, 3. Aufl. [1908] und 4. Aufl. [1930], § 2077 Anm. 1; *Mugdan*, Materialien zum BGB [1899], Bd. 5 S. VI, VII, 28, 29, 537; Protokolle, Bd. 5 [1899], S. 58, 59; Mot. z. BGB V S. 54; Prot. S. 6681/82).

b) Es bedarf keiner näheren Betrachtung, ob diese vom Gesetzgeber unterstellte Lebenserfahrung im Hinblick auf den Wandel der Einstellungen zu Ehe, nichtehelicher Lebensgemeinschaft und anderen Lebensbeziehungen noch heutigem Verständnis entspricht. Die vom Gesetzgeber gesehene und der gesetzlichen Regelung zugrunde gelegte Regelmäßigkeit der Willensrichtung bei letztwilligen Verfügungen unter Ehegatten ist im Verhältnis von Schwiegereltern zu Schwiegerkindern jedenfalls nicht gegeben. Bereits das steht einer analogen Anwendung des § 2077 BGB entgegen. Die dafür erforderliche Rechtsähnlichkeit des nicht geregelten Tatbestandes, der von dem gesetzlich geregelten erfasst werden soll (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, Einl. Rdnr. 40 m. w. N.), liegt nicht vor. Denn die schon bei der Entstehung des BGB erörterte Gefahr einer Entkräftung der letztwilligen Verfügung gegen den Erblasserwillen besteht in diesem Verhältnis in verstärktem Maß. Für letztwillige Zuwendungen an das Schwiegerkind können – worauf das vorliegende Gericht zu Recht hinweist – ganz unterschiedliche Motive unabhängig von dem Bestand der Ehe mit dem Kind des Erblassers bestimmend gewesen sein. Auch kommen in diesem Verhältnis nicht die bei einer Ehe bestehenden Versorgungsgesichtspunkte zum Tragen. Auf eine Lebenserfahrung, wie sie für § 2077 BGB ausschlaggebend gewesen ist, lässt sich daher bei der Einsetzung von Schwiegerkindern nicht zurückgreifen. Fehlt es an solcher Lebenserfahrung, kann diese Regelung auch nicht durch richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Analogie zum allgemeinen Prinzip für letztwillige Zuwendungen an Ehepartner anderer erhoben werden.

c) Besondere Umstände, wie z. B. die der Entscheidung des Oberlandesgerichts Saarbrücken (a. a. O.) zugrunde liegende

letztwillige Zuwendung an einen im Zeitpunkt der Verfügung noch nicht vorhandenen Ehegatten, können bereits im Auslegungsweg ausreichend berücksichtigt werden. Im Übrigen stellt der Rückgriff auf das Anfechtungsrecht am ehesten sicher, dass dem Erblasserwillen entsprochen wird. Denn für einen von der Scheidung unabhängigen Zuwendungswillen im Zeitpunkt der Errichtung spricht immerhin die unverändert gebliebene letztwillige Verfügung. Dies zu entkräften obliegt demjenigen, der sich für das von ihm geltend gemachte Erbrecht auf einen davon abweichenden Erblasserwillen beruft, also die Unwirksamkeit der Verfügung insoweit behauptet.

Dem vorliegenden Gericht ist daher auch darin zuzustimmen, dass einer Veränderung der Feststellungs- bzw. Beweislast über eine Analogie zu § 2077 BGB in Anbetracht des durch die Verfügung weiterhin ausgewiesenen Erbrechts die innere Rechtfertigung fehlt. Das vom Verhältnis unter Ehepartnern abweichende Näheverhältnis zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern reicht nicht dafür, die Wirksamkeit der Zuwendung allein wegen der gescheiterten Ehe in Frage zu stellen, da – wie ausgeführt – anders als bei Ehegatten insoweit die Persönlichkeit der bedachten Person gegenüber ihrem familiären Status erheblich an Bedeutung gewinnt. Es muss daher bei der für die Irrtumsanfechtung geltenden Feststellungs- und Beweislast verbleiben, wenn behauptet wird, eine vorliegende letztwillige Verfügung sei nicht vom Erblasserwillen gedeckt.

4. Eine Testamentsanfechtung gemäß § 2078 Abs. 2 BGB ist dem Beteiligten zu 2) nach den noch feststellbaren Umständen nicht möglich.

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. BGB § 705 (*Haftung für Altverbindlichkeiten bei Eintritt in GbR*)

- a) **Der in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eintretende Gesellschafter hat für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich auch persönlich und als Gesamtschuldner mit den Altgesellschaftern einzustehen.**
- b) **Dieser Grundsatz gilt auch für Gesellschaften bürgerlichen Rechts, in denen sich Angehörige freier Berufe zu gemeinsamer Berufsausübung zusammengeschlossen haben. Ob für Verbindlichkeiten aus beruflichen Haftungsfällen dieser Gesellschaften eine Ausnahme zu machen ist, bleibt offen.**

BGH, Urteil vom 7. April 2003, II ZR 56/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist vollständig abgedruckt in DNotZ 2003, 764.

#### Anmerkung:

Kein anderer Bereich des Personengesellschaftsrechts war in den letzten Jahren solch grundlegenden Änderungen unterworfen wie das Recht der BGB-Gesellschaft. Namentlich mit Urteilen vom 27.9.1999<sup>1</sup> und 29.1.2001<sup>2</sup> hat der II. Zivilsenat des BGH zunächst seine bereits Anfang der achtziger Jahre<sup>3</sup> eingeschlagene Richtung nachdrücklich bestätigt, die weg von der individualistischen Lehre führt, welche in der bürger-

lich-rechtlichen Gesellschaft in erster Linie ein Schuldverhältnis der Gesellschafter ohne Rechtsfähigkeit erblickt, und sich hinwendet zur so genannten Gruppenlehre, die der BGB-Gesellschaft als Gruppe der Gesellschafter die Fähigkeit zuerkennt, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein. Zugleich – und hierin liegt neben der Anerkennung der Parteifähigkeit der GbR im Urteil vom 29.1.2001 das Revolutionäre an diesen Entscheidungen – hat der Senat seine bisherige Rechtsprechung insoweit geändert, als er das bis dahin zugrunde gelegte Haftungsmodell der Doppelverpflichtungslehre zugunsten der Akzessorietätstheorie<sup>4</sup> aufgab. Seither ist eine Folge von weiteren, die neue Linie des BGH bestätigenden und sie ausbauenden Entscheidungen<sup>5</sup> ergangen, von denen insbesondere das Urteil vom 24.2.2003<sup>6</sup> hervorhebenswert ist, mit dem der II. Zivilsenat die analoge Anwendbarkeit des § 31 BGB auf die BGB-Gesellschaft anerkennt, und in die sich nunmehr auch das vorstehende (Versäumnis-)Urteil nahtlos einreicht.

Der Sachverhalt, über den der BGH zu entscheiden hatte, betrifft einen Rechtsanwalt, der im Jahre 1998 in eine Sozietät eingetreten war, die bereits im Mai 1997 vom Kläger einen Honorarvorschuss in Höhe von 172.500 DM erhalten hatte. Der Kläger nahm, nachdem das Mandat vorzeitig beendet worden war, neben den Altsozien auch den neu eingetretenen Rechtsanwalt auf Rückzahlung des ohne Rechtsgrund geleisteten Betrages in Anspruch. Der nach Begleichung der Klageforderung durch die Altgesellschafter vom Kläger abgegebenen Erledigterklärung schloss sich der Neuzozius nicht an, so dass zu klären war, ob die Zahlung auch im Verhältnis zu ihm zur Erledigung geführt hatte oder ob die gegen ihn gerichtete Klage mangels persönlicher Haftung für Altverbindlichkeiten von vornherein unbegründet gewesen war. Mit Rücksicht auf die bisherige, eine solche Haftung verneinende Rechtsprechung<sup>7</sup> hat der BGH die Klage unter Vertrauensschutzgesichtspunkten abgewiesen, jedoch für künftige Beitrittsfälle eine Haftung des in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eintretenden (analog § 130 HGB) statuiert.

Dem Judiz des BGH vorangegangen waren mehrere Entscheidungen von Oberlandesgerichten, die in der Frage der Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten: Das OLG Hamm<sup>8</sup> als

1 BGHZ 142, 315 = DNotZ 2000, 135 m. Anm. *Brandani* = MittBayNot 1999, 577 = NJW 1999, 3483.

2 BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 m. Anm. *Schemmann* = MittBayNot 2001, 192 m. Anm. *Ann* = NJW 2001, 1056 m. Bespr. *K. Schmidt* in NJW 2001, 993.

3 Vgl. BGHZ 74, 240, 243; 79, 374, 379; 116, 86 = NJW 1992, 499; BGHZ 118, 83; 136, 254 = NJW 1997, 2754.

4 Entgegen der Doppelverpflichtungslehre, welche – oft reichlich fiktiv – von einer *rechtsgeschäftlich* begründeten Mitverpflichtung (Schuldbeitritt) der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgeht, soll nach der Akzessorietätstheorie entsprechend § 128 HGB eine akzessorische Gesellschafterhaftung für Gesellschaftsschulden *kraft Gesetzes* bestehen. Die Hinwendung des Senats zur Akzessorietätstheorie kommt freilich in BGHZ 142, 315 nicht expressis verbis zum Ausdruck, ergibt sich jedoch aus dem Kontext der Urteilsbegründung.

5 BGHZ 150, 1 = DNotZ 2002, 805 = NJW 2002, 1642 (dazu *Wälzholz*, MittBayNot 2003, 35); BGH, NJW 2001, 2718; BGH, NZG 2002, 467.

6 BGH, NJW 2003, 1445. Vgl. hierzu etwa *Flume*, DB 2003, 1775; *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897; *Schöpflin*, DStR 2003, 1349; *Waldner*, NZG 2003, 620.

7 BGHZ 74, 240 = NJW 1979, 1821; BGH, NJW 1992, 1501, 1503; BGHZ 124, 47, 48 = NJW 1994, 257.

8 BB 2002, 370 = NZG 2002, 282.

Vorinstanz zum vorliegenden Urteil des BGH befürwortete, wie auch schon zuvor das OLG München<sup>9</sup>, die Haftung analog § 130 HGB. Dies sei Folge der Bejahung des Akzessorietätsprinzips, da die Haftung gemäß § 130 HGB ein zentraler Bestandteil des auf dem Akzessorietätsgrundsatz beruhenden Haftungsregimes sei. Ohne die Regelung des § 130 HGB wäre der Gläubiger damit belastet, die im Zeitpunkt der Forderungsbegründung vorhandenen Gesellschafter zu bestimmen, was vielfach kaum oder nur schwer und unzuverlässig möglich sei. Durch die entsprechende Anwendung des § 130 HGB würden dagegen klare Haftungsverhältnisse geschaffen, was gerade für die nicht der Registerpublizität unterliegende GbR von besonderer Bedeutung sei.<sup>10</sup>

Entgegengesetzt entschied das OLG Düsseldorf<sup>11</sup>. Es führt im Wesentlichen aus, der BGH habe in seiner Entscheidung vom 29.1.2001 nur auf die akzessorische Haftung gemäß „§§ 128 f. HGB“ verwiesen und damit deutlich gemacht, von der bisherigen, eine Haftung für Altschulden verneinenden Rechtsprechung nicht abweichen zu wollen. Ferner sei § 130 HGB eine Sondervorschrift des Handelsgesellschaftsrechts, die sich auf die GbR wegen ihrer Vielgestaltigkeit von klein- und nichtkaufmännischen Unternehmen nicht übertragen lasse. Für eine Korrektur im Wege der Rechtsfortbildung sei daher kein Raum.<sup>12</sup>

Auch das Schrifttum ist in der Frage der „Rückwärtshaftung“ zerstritten. Vor dem Hintergrund ihrer generellen Ablehnung des Akzessorietätsgedankens sprechen sich die Vertreter von individualistischer Theorie<sup>13</sup> und Doppelverpflichtungslehre<sup>14</sup> naturgemäß gegen die Analogie zu § 130 HGB aus. Doch auch in den Reihen der Anhänger der Akzessorietätstheorie stößt die Haftung für Altschulden auf Ablehnung:<sup>15</sup> Sie sei eine „Singularität des deutschen Handelsrechts“, die angesichts ihrer vielfältigen Erscheinungsformen nicht einmal auf alle unternehmenstragenden BGB-Gesellschaften allgemein übertragbar sei.<sup>16</sup> Die Mehrheit der Verfechter der akzessorischen Gesellschafterhaftung teilt hingegen die neue Haltung des BGH.<sup>17</sup> Die persönliche Haftung des neueintretenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft ent-

spreche einer im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung.<sup>18</sup>

Die §§ 705 ff. BGB enthalten – abgesehen von der Nachhaftungsregelung des § 736 BGB – keine Aussagen zur Außenhaftung der Gesellschafter bürgerlichen Rechts. Vor dem Hintergrund des individualistischen Gesamthandskonzepts des historischen Gesetzgebers ist dies folgerichtig, denn die Gesellschafterhaftung mit dem gesamten Vermögen (also Privatvermögen und Anteil am Gesellschaftsvermögen) ergibt sich hiernach – mangels Rechtsfähigkeit der Gesellschaft als solcher – ohne weiteres aus der unmittelbaren Verpflichtung *der Gesellschafter*.<sup>19</sup> Gleichwohl – und hierin liegt genau genommen bereits ein Systembruch – war seit jeher anerkannt, dass der neu eingetretene Gesellschafter für vor seinem Eintritt begründete Verbindlichkeiten mit seinem *Anteil am Gesellschaftsvermögen* haftet.<sup>20</sup> Die Frage einer Haftung des Neugesellschafters für Altschulden mit seinem *Privatvermögen* konnte sich indes ernsthaft erst auf Grundlage der Akzessorietätslehre stellen, die der II. Zivilsenat seit der Entscheidung vom 29.1.2001 ausdrücklich vertritt.

Gleichwohl scheint der Senat sich nicht darauf festlegen zu wollen, auch die Haftung für Altverbindlichkeiten mit dem Akzessorietätsgrundsatz zu begründen. Denn einerseits pflichtet er zwar dem Berufungsgericht darin bei, „dass als Konsequenz des akzessorischen Haftungsprinzips der in eine bestehende GbR eintretende Gesellschafter für bereits begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich entsprechend der Regelung des § 130 HGB“ auch mit seinem Privatvermögen haftet (Ziffer I der Entscheidungsgründe), andererseits lässt er aber offen, „ob dies bereits daraus, dass der Gesellschafter im Grundsatz stets wie die Gesellschaft haftet, also dem so genannten Akzessorietätsprinzip, folgt“ (Ziffer II. 1. a der Entscheidungsgründe). Diese nicht ganz leicht verständliche Aussage soll wohl klarstellen, dass der Senat die Haftung für Altschulden nicht als denknötwendige Folge eines akzessorischen Haftungsregimes ansieht. Dass dies zutrifft, ergibt sich schon aus der Regelung des § 130 HGB, die andernfalls neben § 128 HGB überflüssig wäre. Der BGH betrachtet die Altschuldenhaftung vielmehr als das dem Wesen der Personengesellschaft entsprechende Resultat einer „im Verkehrsschutzinteresse zu Ende gedachten Akzessorietät der Haftung“ und das „wohlbegründete Ergebnis einer Abwägung der legitimen Interessen der Gläubiger und des Neueingetretenen“ (Ziffer II. 1. a der Entscheidungsgründe).

Es fällt ferner auf, dass der BGH das von ihm gefundene Ergebnis nicht explizit auf eine analoge Anwendung des § 130 HGB stützt – vielleicht, um sich den mühevollen Nachweis einer Regelungslücke zu ersparen. Eine solche konnte in der

<sup>9</sup> NZG 2000, 477.

<sup>10</sup> OLG Hamm, BB 2002, 370, 372.

<sup>11</sup> NZG 2002, 284.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, NZG 2002, 284, 286.

<sup>13</sup> Etwa *Buchner*, AcP 169 (1969), 483, 491 ff.; *Kraft/Kreutz*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., C V 2 b) bb) (S. 166). Ebenso BGHZ 74, 240.

<sup>14</sup> Z. B. MünchKommBGB/*Ulmer*, 3. Aufl., § 714 Rdnr. 65; *Soergel/Hadding*, BGB, 11. Aufl., § 714 Rdnr. 46; *Wiesner*, JuS 1981, 331, 335.

<sup>15</sup> Vgl. *Roth*, ZHR 155 (1991), 24, 40 Fn. 65; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 182; *Wiedemann*, JZ 2001, 661, 664, sowie eingehend *Lange*, NZG 2002, 401, 403 ff.; *ders.*, NJW 2002, 2002 f. Siehe auch *Baumann*, JZ 2001, 895, 900 ff., sowie *Baumann/Rößler*, NZG 2002, 793, 794 ff., die hinsichtlich einer analogen Anwendung des § 130 HGB gar verfassungsrechtliche Bedenken (Art. 12 GG) anmelden.

<sup>16</sup> *Wiedemann*, JZ 2001, 661, 664; *Westermann*, NZG 2001, 289, 294 f.

<sup>17</sup> Vgl. *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 978; *Habersack*, BB 2001, 477, 482; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999; *Scholz*, NZG 2002, 153, 162; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 598. Zurückhaltender *Flume*, BGB-AT, Bd. I/1, § 16 IV (S. 344 f.), der offenbar vor der Analogie zurückschreckt und stattdessen den Eintritt des Gesellschafters dahin werten will, dass er die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit er sie kenne, „als Eigensache übernimmt“ und so auch persönlich hafte, es sei denn, er mache den Gläubigern die Nichtübernahme der Haftung bekannt.

<sup>18</sup> *Gesmann-Nuissl*, WM 2001, 973, 978.

<sup>19</sup> *Buchner*, AcP 169 (1969), 483, 490; *Staudinger/Kefßler*, BGB, 12. Aufl., § 714 Rdnr. 14. Dies war auch bei den Gesetzesberatungen völlig unumstritten: „Es versteht sich, dass die Gesellschafter, soweit sie dem Dritten verpflichtet sind, mit ihrem ganzen Vermögen haften.“ (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, S. 342).

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 74, 240 f.; BGHZ 79, 374, 378. Dogmatisch wird dies dadurch zu erklären versucht, dass der Vermögensübergang, wie er sich durch Übertragung der Mitgliedschaft an einer BGB-Gesellschaft oder durch Eintritt in diese vollzieht, eine Art „Gesamtrechtsnachfolge“ darstelle, welche den neuen Mitträger des Gesellschaftsvermögens in alle Rechtspositionen hineinwachsen lasse, die für die bisherigen Inhaber des Gesellschaftsvermögens bestanden, also ihre Rechte, ihre Schulden, ihre Vertragsstellungen usw. (vgl. *Zöllner*, FS Kraft, S. 701, 714; *Hueck*, FS Zöllner, S. 275, 294; *Peifer*, NZG 2001, 296, 299). A. A. *Buchner*, AcP 169 (1969), 483, 489 ff., 497, und wohl auch der historische Gesetzgeber, vgl. *Mugdan* (Fn. 19), S. 994.

Senatsentscheidung vom 29.1.2001 zur akzessorischen Gesellschaftshaftung noch dadurch konstruiert werden, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR verbunden mit dem Fehlen einer gesetzlichen Anordnung der Gesellschaftshaftung zu unerträglichen Haftungslücken führte (Stichwort „GbR mbH“), die nur mittels analoger Anwendung des § 128 HGB geschlossen werden konnten. Diese – freilich erst durch die Gruppenlehre selbst geschaffene – Regelungslücke besteht hingegen im Hinblick auf die persönliche Haftung für Alt-schulden nicht, denn eine solche war der individualistischen Theorie völlig fremd.

Auch die Klippe, sich mit der ratio legis des § 130 HGB auseinander setzen zu müssen, hat der Senat auf diese Weise geschickt umschifft. Denn jedenfalls nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers<sup>21</sup> diente § 113 ADHGB als unmittelbare Vorläufnorm des § 130 HGB keineswegs dem Schutz der Gläubiger, auf den der BGH so großen Wert legt, sondern vielmehr der Vermeidung von Abrechnungsschwierigkeiten unter den Gesellschaftern: Die Gesellschaft könne nicht bei jedem Eintritt eine Abrechnung vornehmen, um zu ermitteln, für welche Verbindlichkeiten ein neu eingetretener „socius“ hafte.<sup>22</sup>

Bei der vom Senat vorgenommenen und von ihm selbst als „wohlbegründet“ gepriesenen Abwägung haben Gläubigerinteressen offenkundig besonders starkes Gewicht. Demgegenüber scheinen die Belange der beitretenden Gesellschafter deutlich in den Hintergrund zu treten. Gleichermaßen augenfällig wie bedauerlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Senat nicht inhaltlich mit seiner grundlegenden Entscheidung vom 30.4.1979<sup>23</sup> auseinander setzt, in welcher er ausgeführt hat: „Zur Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen [scil. der GbR] passt die unterschiedslose Strenge der handelsrechtlichen Haftungsbestimmungen wenig; sie wird dem Interesse der beteiligten Gesellschafter häufig nicht gerecht und ist in zahllosen Fällen auch im Rechtsverkehr nicht geboten.“ Dies gilt übrigens nach der Handelsrechtsreform 1998 umso mehr, da ein erheblicher Teil der (zuvor als GbR bestehenden) gewerblich tätigen Gesellschaften dem durch das HRefG 1998 neugefassten § 1 Abs. 2 HGB unterfällt, daher gemäß § 29 HGB zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet ist und sodann als OHG ohnehin dem Handelsrecht unterliegt. Die hiernach verbliebenen Gesellschaften sind mithin gerade diejenigen, für welche die handelsrechtlichen Vorschriften besonders unpassend sind.

Nun sind die vom Senat ins Feld geführten Gläubigerschutz-erwägungen freilich nicht ganz von der Hand zu weisen, ersparen sie doch dem Gläubiger den oftmals schwer zu erbringenden Nachweis, wer zu welchem Zeitpunkt bereits Mitglied der Gesellschaft war. Dieses Problem wäre indes genauso gut und dazu systematisch richtig verortet auf der Ebene der Beweislastverteilung – etwa durch eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Gesellschaftsstellung – oder durch einen Auskunftsanspruch auf Offenbarung des Gesellschaftsbestandes in den Griff zu bekommen.<sup>24</sup> Andererseits kann die dem Gläubiger gewährte Wohltat der Haftungsmultiplizierung durch den Beitritt neuer, ihm bislang regelmäßig

unbekannter Gesellschafter schwerlich mit Verkehrsschutzgründen gerechtfertigt werden,<sup>25</sup> zumal der Gesellschaftswechsel bzw. -zuwachs die Ansprüche der Gläubiger gegen die bisherigen Gesellschafter unberührt lässt.

Ebenso wenig überzeugend ist der – an den Gedanken der Universal-sukzession erinnernde – Hinweis des BGH darauf, dass der Eintretende mit dem Erwerb der Gesellschaftsstellung zum einen dieselben Zugriffsmöglichkeiten auf das Gesellschaftsvermögen wie ein Altgesellschafter erlange, zum anderen auch Anteil an dem Vermögen, der Marktstellung sowie den Kunden- und Mandantenbeziehungen, was im Gegenzug einen Eintritt in die Verbindlichkeiten „nicht unangemessen“ erscheinen lasse (Ziffer II. 1. a der Entscheidungsgründe). Denn zum ersten hängt die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit des Gesellschafters entscheidend von den gesellschaftsvertraglichen Regelungen ab, und zum zweiten ist keineswegs gesagt, dass der Gesellschafter mit seinem Beitritt überhaupt einen Kapitalanteil erwirbt. Denkbar ist nämlich auch, dass sich der Eintretende seinen Kapitalanteil durch Stehenlassen von Gewinnen erst verdienen soll.<sup>26</sup> Auch bei Gesellschaften, die überhaupt kein Gesellschaftsvermögen besitzen, wohl aber Verbindlichkeiten begründen, die durch nach Bedarf erbrachte Beiträge der Gesellschafter beglichen werden, geht die Argumentation des BGH ins Leere. Und schließlich dort, wo der Eintretende die vom BGH genannten Aktiva tatsächlich erwirbt, wird er diese nicht umsonst bekommen haben.<sup>27</sup>

Das Argument der im BGB-Gesellschaftsrecht nicht vorhandenen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften hat der Senat in ähnlicher Form bereits in seiner Entscheidung vom 27.9.1999 bemüht, um ein angebliches Prinzip zu beweisen, wonach als „Preis“ für eine Beschränkung der Gesellschaftshaftung stets Kapitalbindungsvorschriften in Kauf zu nehmen seien und umgekehrt das Fehlen solcher Regelungen nur durch eine unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter zu rechtfertigen sei. Dies trifft zwar im Hinblick auf die Kapitalgesellschaften sicher zu (vgl. §§ 57, 62, 271 f. AktG bzw. §§ 30, 31, 72 f. GmbHG). Schon bei der eingetragenen Genossenschaft ist allerdings zu konstatieren, dass das Gesetz eine auf das Genossenschaftsvermögen beschränkte Haftung vorsieht, ohne dies von einem Mindestkapital abhängig zu machen (§§ 2, 6 Nr. 3 a. E., 7 GenG). Und beim eingetragenen Verein finden sich – abgesehen von den Sondervorschriften der §§ 49 Abs. 1 Satz 2 und 51 BGB für den in Liquidation befindlichen Verein – überhaupt keine Kapitalbindungsvorschriften,<sup>28</sup> obwohl anerkanntermaßen eine persönliche Haftung der Vereinsmitglieder ausgeschlossen ist. Wenn der BGH nunmehr auch die persönliche Haftung für Altverbindlichkeiten als „notwendiges Gegenstück zum Fehlen jeglicher Kapitalerhaltungsregeln“ ansieht, welche die uneingeschränkte und sanktionslose Zugriffsmöglichkeit der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen erlaubt, so muss er sich angesichts des eben Gesagten den Hinweis gefallen lassen, dass es im deutschen Verbands- und Gesellschaftsrecht einen Zusammenhang fehlender Kapitalbindung und uneingeschränkter persönlicher Haftung in der vom Senat suggerierten Zwangsläufigkeit nicht gibt.

<sup>21</sup> Anders allerdings die heute h. M., vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 130 Rdnr. 1.

<sup>22</sup> Vgl. *Wertenbruch* (Fn. 15), S. 56 mit Verweis auf die Protokolle zum ADHGB, S. 280 ff.

<sup>23</sup> BGHZ 74, 240 = NJW 1979, 1821.

<sup>24</sup> Zutreffend *Arnold/Dötsch*, DStR 2003, 1398, 1399; *Dauner-Lieb*, FS Ulmer, S. 73, 76; *Lange*, NZG 2002, 401, 404; *Schäfer*, ZIP 2003, 1225, 1230.

<sup>25</sup> Ähnlich *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1901. *Dauner-Lieb*, FS Ulmer, S. 73, 76, spricht treffend von einem „überraschenden Gläubigerschenken“.

<sup>26</sup> Vgl. *Boehme*, NZG 2003, 764, 765.

<sup>27</sup> Hierauf weist auch *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1901, zutreffend hin.

<sup>28</sup> BGHZ 85, 84, 89; *Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl., §§ 21, 22 Rdnr. 5.



Um die „Gesetzeskonformität“ seines Abwägungsergebnisses zu belegen, konstruiert der BGH weiterhin eine Art „Gesamtanalogie“ zu den Vorschriften der §§ 130, 173 HGB, § 8 Abs. 1 PartGG und Art. 26 Abs. 2 EWIV-VO, indem er darauf hinweist, dass das kodifizierte deutsche Recht überall dort, wo eine explizite Regelung vorhanden ist, eine grundsätzliche Mithaftung neu eintretender Gesellschafter vorsehe (Ziffer II. 1. a der Entscheidungsgründe). Den ersten Angriffspunkt dieser These liefert der Senat gleich mit: Art. 26 Abs. 2 EWIV-VO erlaubt nämlich den Ausschluss der Haftung für Altverbindlichkeiten durch Gesellschafts- oder Aufnahmevertrag und Eintragung in das Handelsregister. Und die auf § 130 HGB Bezug nehmende Normierung in § 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG wird wiederum durch die Haftungskonzentration in § 8 Abs. 2 PartGG erheblich relativiert. Von dem vom BGH ausgemachten „gesellschaftsrechtlichen Prinzip zum Gläubigerschutz“ bleibt vor diesem Hintergrund schon nicht mehr allzu viel übrig.<sup>29</sup> Außerdem ist einzuwenden, dass der Senat mit dieser Argumentation die systematische Stellung der BGB-Gesellschaft als Grundform der Personengesellschaft völlig übergeht. Gemäß §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB, § 1 Abs. 4 PartGG gelten die §§ 705 ff. BGB für die OHG, KG bzw. PartG subsidiär. Dies bedeutet, dass das BGB-Gesellschaftsrecht gleichsam das Grundgerüst für diese Gesellschaftsformen zur Verfügung stellt, das dann durch spezielle Vorschriften für die jeweilige Gesellschaftsform ergänzt oder modifiziert wird. Der Ansatz, bestimmte für die auf die GbR aufbauenden Gesellschaftsformen geltende Vorschriften auf deren gesellschaftsrechtliche Grundform, also die BGB-Gesellschaft, übertragen zu wollen, ist daher als ein Rückschluss vom Besonderen auf das Allgemeine von vornherein verfehlt. Dort, wo nach dem Gesetz ausnahmsweise Vorschriften der speziellen Rechtsform auch für die GbR gelten sollen, ist dies daher zwangsläufig besonders normiert, wie z. B. § 736 Abs. 2 BGB die sinngemäße Geltung der handelsrechtlichen Nachhaftungsvorschrift des § 160 HGB anordnet.

Gegen Ende der Urteilsbegründung schränkt der Senat das von ihm gefundene Ergebnis in gewisser Weise ein: Obwohl durch die konkrete Fallgestaltung nicht veranlasst, wirft er die – schließlich offen gelassene – Frage auf, ob der Grundsatz der Haftung des Neugesellschafters für Altverbindlichkeiten auch für solche aus beruflichen Haftungsfällen Angehöriger freier Berufe gilt, die, wie § 8 Abs. 2 PartGG zeige, eine Sonderstellung einnehmen. Hinter dieser Andeutung des BGH könnte die Befürchtung stehen, durch die Berufshaftpflichtversicherung nicht mehr versicherbare Haftungsrisiken zu schaffen. Dogmatisch überzeugen könnte eine derartige Analogie gleichwohl nicht.<sup>30</sup> Die gesetzliche Haftungskonzentration des § 8 Abs. 2 PartGG sollte – was die bis 1998 geltende, praktisch völlig wirkungslose Vorläufernorm mit ihrer Möglichkeit, die Haftungskonzentration vertraglich zu vereinbaren, nicht vermochte – die Partnerschaftsgesellschaft als Gesellschaftsform für Freiberufler gegenüber der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft attraktiver machen.<sup>31</sup> Dieses gesetzgeberische Vorhaben würde im Nachhinein konterkariert.<sup>32</sup> Des Weiteren liefe eine solche Analogie Gefahr, in Wider-

spruch zu berufsrechtlichen Vorgaben für Haftungsbeschränkungen zu geraten. So erlaubt etwa für Rechtsanwälte § 51 a Abs. 2 BRAO eine in der Rechtsfolge dem § 8 Abs. 2 PartGG ähnliche Haftungskonzentration auf den handelnden Berufsträger, die jedoch nur durch eine *vertragliche Vereinbarung* erreichbar ist und eben nicht schon kraft Gesetzes besteht.

In seinen Auswirkungen stellt die vorliegende Entscheidung eine gefährliche, weil kaum kalkulierbare Haftungsverschärfung für die einer bestehenden BGB-Gesellschaft beitretenden Gesellschafter dar. Entgegen der Forderung gewichtiger Stimmen im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum hat der Senat die Haftung für Altverbindlichkeiten analog § 130 HGB – wie auch generell sein Konzept der akzessorischen Gesellschafterhaftung – nicht auf bestimmte Erscheinungsformen<sup>33</sup> der Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts beschränkt, sondern geht vielmehr von der Anwendbarkeit auf *jede* Außen-Gesellschaft aus.<sup>34</sup> Diese „Außen-Gesellschaft“ indes weist keineswegs klare Konturen auf: Umstritten ist insbesondere, ob für sie die Teilnahme am Rechtsverkehr oder aber die Bildung eines Gesellschaftsvermögens kennzeichnend ist.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund muss auch der Gesellschafter einer Gelegenheitsgesellschaft, einer Gesellschaft mit rein ideeller Zielsetzung und einer Gesellschaft, deren Zweck sich auf das Halten und Verwalten eines Gegenstandes beschränkt, damit rechnen, der verschärften Haftung analog §§ 128, 130 HGB ausgesetzt zu sein. Besondere Brisanz gewinnt die rückwärts gerichtete Haftung zusätzlich dadurch, dass der Neugesellschafter angesichts der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 24.2.2003<sup>36</sup> auch noch befürchten muss, in doppelter Analogie zu § 31 BGB und §§ 128, 130 HGB wegen vor seinem Eintritt begangener Delikte der Altgesellschafter in Anspruch genommen zu werden.<sup>37</sup>

Als **Folge für die notarielle Praxis** wird man festhalten können, dass der Notar dort, wo er im Rahmen seiner Beratungs- und Beurkundungstätigkeit mit dem Eintritt in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Berührung kommt – etwa bei der Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung – nicht schlecht daran tut, den Beitretenden auf seine persönliche Haftung auch für Altschulden hinzuweisen. Ein entsprechender Belehrungsvermerk könnte lauten: „Der Notar hat darauf hingewiesen, dass Gesellschafter bürgerlichen Rechts für Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich, unbeschränkt und

<sup>29</sup> Ähnlich *Römermann*, BB 2003, 1084, 1085.

<sup>30</sup> Mit Recht lehnt daher das Schrifttum den Ansatz des BGH einhellig ab, vgl. etwa *Arnold/Dötsch*, DStR 2003, 1398, 1402; *Lux*, NJW 2003, 2806 ff.; *Schäfer*, ZIP 2003, 1225, 1230 f.; *Römermann*, BB 2003, 1184, 1185 f.

<sup>31</sup> Vgl. *Seibert* in *Ebenroth/Boujong/Joost*, HGB, § 8 PartGG Rdnr. 5 ff.

<sup>32</sup> So zutreffend auch *Hasenkamp*, DB 2003, 1166, 1167; *Ulmer*, ZIP 2003, 1113, 1119.

<sup>33</sup> *K. Schmidt*, NJW 2001, 1001, plädiert für eine Anwendung nur auf die unternehmenstragende Gesellschaft; *Ulmer*, AcP 198 (1998), 113, 118, 150; *ZIP* 2001, 585, 593 f.; *ZIP* 2001, 1714, 1715, spricht sich für eine Anwendung nur auf die „höherstufige GbR mit eigener Identitätsausstattung“ aus.

<sup>34</sup> Die entsprechenden Entscheidungen betreffen zwar unternehmenstragende GbR. In seiner Entscheidung vom 29.1.2001 hat der BGH jedoch ausdrücklich die akzessorische Gesellschafterhaftung für die „(Außen-)Gesellschaft“ bürgerlichen Rechts statuiert. Auch dem vorliegenden Urteil lässt sich mangels entgegenstehender Hinweise in den Entscheidungsgründen nur die unterschiedslose Geltung für sämtliche Erscheinungsformen der Außen-Gesellschaft entnehmen, so zutreffend auch *Hasenkamp*, DB 2003, 1166, 1167. Kritisch deswegen *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1904.

<sup>35</sup> Vgl. dazu etwa den Überblick bei *Timm/Schöne* in *Bamberger/Roth*, BGB, Bd. 2, § 705 Rdnr. 133 ff.

<sup>36</sup> Oben Fn. 6.

<sup>37</sup> Mit überzeugenden Gründen generell gegen eine persönliche Gesellschafterhaftung für deliktische Verbindlichkeiten der Gesellschaft *Altmeyen*, NJW 1996, 1017, 1019 ff.; *ders.*, NJW 2003, 1553, 1554 ff.; *Schäfer*, ZIP 2003, 1225, 1228, sowie bereits *Flume* (Fn. 17), § 16 IV 6 (S. 343 f.). Anders allerdings die h. M., vgl. etwa *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897, 1898 f.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 597; *ders.*, ZIP 2003, 1113, 1115.

gesamtschuldnerisch haften, und zwar auch für solche Verbindlichkeiten, die vor dem Eintritt in die Gesellschaft begründet worden sind.“ Dies wird den beitretenden Gesellschafter regelmäßig dazu veranlassen, sich sorgfältig über die bisherige Aktivität der Gesellschaft und damit über Bestehen und Höhe von Verbindlichkeiten zu informieren. Sind bestimmte Schulden bekannt, wird der Beitrittskandidat möglicherweise versuchen, eine Haftungsbeschränkung mit dem Gläubiger in der Weise zu vereinbaren,<sup>38</sup> dass er für diese Verbindlichkeit nicht persönlich haftet. In Zweifelsfällen wird er womöglich auf ein negatives Schuldanerkenntnis des potentiellen Gläubigers hinwirken. Auch wird er erwägen, eine Haftungsfreistellung durch seine künftigen Mitgesellschafter zu vereinbaren, die freilich mit deren Zahlungsfähigkeit steht und fällt; § 130 Abs. 2 HGB, der der Wirksamkeit einer solchen Abrede nur die Wirksamkeit im *Außenverhältnis* abspricht,<sup>39</sup> steht dem nicht entgegen.

Ist der Notar hingegen bereits im Vorfeld mit der Frage der Wahl der passenden Gesellschaftsform befasst, so wird er noch kritischer als bisher abzuwägen haben, ob die Vorteile der weitgehenden gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit und der fehlenden Registervorschriften die Nachteile eines Haftungsregimes aufzuwiegen vermögen, das zunehmend von einer nur noch schwer nachvollziehbaren Strenge in der Rechtsprechung des zuständigen BGH-Senats geprägt ist.<sup>40</sup>

Notarassessor Dr. Michael Eigner, Augsburg

<sup>38</sup> Zur Zulässigkeit vgl. *Baumbach/Hopt* (Fn. 21), § 130 Rdnr. 9.

<sup>39</sup> *Baumbach/Hopt* (Fn. 21), § 130 Rdnr. 8.

<sup>40</sup> Vgl. auch *Wälzholz*, *MittBayNot* 2003, 35, 39, der von der Wahl der Rechtsform einer GbR abrät.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

11. GesO §§ 5, 7; KO § 6 (*Insolvenzfestigkeit der Abtretung eines bedingten Rückzahlungsanspruchs auf Vorleistung bei nicht durchgeführtem Vertrag*)

**Auch mit der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens erlischt eine vom Schuldner erteilte Vollmacht.**

KO § 15 Satz 1, § 17 Abs. 1; GesO § 9 Abs. 1 Satz 1

- a) **Erbringt die Partei eines gegenseitigen Vertrages eine Vorleistung, so handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung für den Fall der Nichtdurchführung des Vertrages um eine bedingte, nicht um eine künftige Forderung.**
- b) **Die Abtretung eines solchen Anspruchs ist regelmäßig insolvenzfest; in ihr liegt weder eine insolvenzabhängige Lösungsklausel, noch stellt der Rückzahlungsanspruch eine originäre Massforderung dar, noch beeinflusst die Abtretung des Anspruchs das Wahlrecht des Verwalters in unzulässiger Weise.**

BGH, Urteil vom 27.5.2003, IX ZR 51/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 20.12.1995 verkaufte die B. (fortan: Verkäuferin) an M. (fortan: Käufer oder Schuldner) eine noch nicht vermessene Teilfläche eines Grundstücks. Der Kaufpreis betrug vorläufig 1.731.000 DM. Er war mit Beurkundung fällig und wurde von der L. (fortan: Klägerin) finanziert. Diese hatte von der Zentralbank

bestätigte Schecks über die Kaufpreissumme beim Notar hinterlegt. Im Anschluss an die Regelung der Kaufpreiszahlung heißt es in § 2 Nr. 3 des Vertrages:

„b) Für den Fall, dass der Vertrag nicht vollzogen wird, oder für den Fall der Vertragsrückabwicklung hat der Käufer schon jetzt seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer an die L. abgetreten. Die entsprechende Abtretungsanzeige liegt diesem Vertrag als Anlage 3 bei. Die Anlage wurde verlesen.

Der Verkäufer verpflichtet sich, für diesen Fall Zahlungen ausschließlich auf das von der L. in der Abtretungsanzeige benannte Konto zu leisten.

c) Über die Voraussetzungen der Wirksamkeit der Abtretung hat der Notar belehrt. Der Verkäufer nimmt die Abtretung zur Kenntnis. Gleichzeitig erklärt der Verkäufer, für diesen Fall ausschließlich Zahlungen an ein von der L. insoweit zu benennendes Konto zu leisten.“

Die Abtretungsanzeige vom 4.12.1995 lautet auszugsweise:

„Ich/wir habe(n) die Forderung gegen Sie aus dem noch abzuschließenden Kaufvertrag betreffend das Kaufobjekt ... 1.731.000 DM ... fällig bei Rückabwicklung des o. g. Grundstückskaufvertrages bzw. bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrages an das oben genannte Kreditinstitut abgetreten.“

Weiter bestimmt der Vertrag in § 3 Nr. 2:

„Dem Käufer ist bekannt, dass er zur Erreichung seines Grundstücks ein Wegerecht mit der B.-AG vereinbaren muss. Der Verkäufer räumt dem Käufer ein vertragliches Rücktrittsrecht für den Fall ein, dass es dem Käufer nicht gelingt, mit der B.-AG ein dinglich gesichertes Wegerecht zur Erreichung des vertragsgegenständlichen Grundstücks zu vereinbaren. Das Rücktrittsrecht erlischt am 31.12.1996 ... Dem Verkäufer ist bekannt, dass der Käufer die L. ermächtigt hat, den Rücktritt in seinem Namen zu erklären. Der Verkäufer akzeptiert dies und wird eine Rücktrittserklärung auch dann anerkennen, wenn diese von der L. im Namen des Käufers abgegeben wird.“

Der Kaufpreis wurde im Beurkundungstermin bezahlt. Die Auflassung des Grundstücks erfolgte nicht. Eine Vereinbarung über das Wegerecht kam nicht zustande.

Am 1.9.1996 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des Käufers eröffnet und der Beklagte zum Verwalter bestellt. Unter dem 20.12.1996 erklärte die Klägerin im Namen des Käufers gegenüber der Verkäuferin den Rücktritt vom Kaufvertrag, weil das Wegerecht bisher nicht dinglich gesichert sei.

Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 8.1.1997 die Erfüllung des Kaufvertrages ab und begehrte die Rückzahlung des Kaufpreises an sich. Im August 1999 vereinbarten die Verkäuferin und die Parteien dieses Rechtsstreits, den Kaufvertrag rückabzuwickeln, den Kaufpreis nach Rückgabe des Grundstücks an die Verkäuferin auf ein Konto der Klägerin zurückzuzahlen und zwischen den Parteien notfalls einen Feststellungsrechtsstreit darüber zu führen, wem der Betrag im Verhältnis zur Verkäuferin zustehe. Entsprechend dieser Vereinbarung sind die Beteiligten verfahren.

Das Landgericht hat der Feststellungsklage der Klägerin stattgegeben; das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin.

*Aus den Gründen:*

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

A.

Das Berufungsgericht meint, die Rücktrittserklärung der Klägerin sei gegenstandslos, weil die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens zum Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche geführt habe. Zudem könne der Klägerin aufgrund der Vollmacht keine weitergehende Befugnis zustehen als dem Schuldner; dessen Verfügungsbefugnis sei jedoch nach §§ 5, 7 GesO entfallen.

Die Abtretungserklärung erfasse zwar auch den nach der Erfüllungsablehnung entstandenen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises. Die Abtretung dieses Anspruchs sei jedoch

unwirksam. Der bedingte Rückzahlungsanspruch sei wie ein künftiger Anspruch zu behandeln; daher scheitere die Abtretung an § 15 KO. Bei einem bedingten Anspruch dürfe die Entstehung des Vollrechts weder vom Willen des Zedenten abhängen noch der künftige Schuldner in der Lage sein, dies zu verhindern. Hier hänge die Frage, ob der Kaufvertrag vollzogen werde, jedoch vom Verhalten des Zedenten und der Verkäuferin ab. Im Übrigen sei die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs jedenfalls deshalb unwirksam, weil der Zweck des § 15 KO es verbiete, die Entstehung eines Anspruchs an die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens zu knüpfen, und weil die Konkursfestigkeit einer solchen Abtretung das Wahlrecht des Gesamtvollstreckungsverwalters nach § 9 GesO beeinflusse.

## B.

Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

### I.

Der von der Klägerin erklärte Rücktritt ist – wie auch das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht ausführt – unwirksam.

1. Die Rücktrittserklärung der Klägerin ist nicht deshalb gegenstandslos, weil die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens das Schuldverhältnis umgestaltet und die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrag erlöschen lässt. Die vom Berufungsgericht herangezogene Rechtsprechung hat der Senat – nach Erlass des Berufungsurteils – aufgegeben.

Nach der neuen Rechtsprechung des Senats verlieren die gegenseitigen Ansprüche auf weitere Leistungen nur ihre Durchsetzbarkeit; der Vertrag bleibt ungeachtet der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens und der Erfüllungsablehnung durch den Beklagten bestehen (BGHZ 150, 353, 359). Er ist rein insolvenzmäßig abzuwickeln (vgl. MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 13). Mithin beeinflusst grundsätzlich weder die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens noch die Erfüllungsablehnung das vertraglich eingeräumte Rücktrittsrecht.

2. Richtig ist aber die Hilfsrüge des Berufungsgerichts. Die der Klägerin vom Schuldner erteilte, als Vollmacht zu wertende „Ermächtigung“, den Rücktritt in seinem Namen zu erklären, ist mit Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wirkungslos geworden (§§ 5, 7 GesO).

Mit dem Eröffnungsbeschluss des Gesamtvollstreckungsverfahrens verliert der Schuldner vollständig seine Verfügungsbefugnis (§ 5 Satz 2 Nr. 1 GesO). Dementsprechend erlöschen Vollmachten, die sich auf insolvenzbefangenes Vermögen beziehen. Dies ist in § 117 Abs. 1 InsO nunmehr ausdrücklich ausgesprochen, war aber auch bisher geltendes Recht (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rdnr. 20.69; *Marotzke*, FS Henckel, S. 579, 584 f.; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., § 23 Rdnr. 48; vgl. zur GesO *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 14; *Smid*, GesO, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 74).

Die Gesamtvollstreckungsordnung regelt ihrem fragmentarischen Charakter entsprechend das Erlöschen von Vollmachten nicht. Aus dem mit § 6 KO übereinstimmenden Verlust der Verfügungsbefugnis des Schuldners nach § 5 Satz 2 Nr. 1 GesO folgt jedoch, dass die Regelungen der Konkursordnung über vom Schuldner erteilte Vollmachten auch für die Gesamtvollstreckungsordnung gelten. Bei In-Kraft-Treten der Konkursordnung von 1877 hatte man die Frage, ob Vollmachten nach Konkursöffnung fortbestehen, dem allgemeinen Recht überlassen (*Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4, 1881, S. 62 f., 102, 656). Danach erloschen Vollmachten mit Konkursöffnung (*Marotzke*,

a. a. O., S. 581 f.). Die Novelle zur Konkursordnung von 1898 wollte daran nichts ändern. Soweit § 23 KO nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser auch das Erlöschen von Vollmachten regeln sollte (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 7, 1898, S. 239), handelt es sich wegen der Wirkungen des § 6 KO um eine überflüssige Bestimmung (*Marotzke*, a. a. O., S. 583 f. m. w. N.). Der Bevollmächtigte kann nur diejenigen Rechte geltend machen, die dem Vollmachtgeber gegenwärtig zustehen. Verliert dieser mit Insolvenzeröffnung seine Verfügungsbefugnis (§ 6 KO, § 5 Satz 2 Nr. 1 GesO, § 80 Abs. 1 InsO), kann auch der Bevollmächtigte nicht wirksam verfügen. So war es hier, als die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte.

## II.

Die Klage hat jedoch Erfolg, weil die Klägerin entweder den durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung oder den aufgrund der Vereinbarung vom August 1999 entstandenen Rückzahlungsanspruch geltend machen kann. Die Abtretung dieser Ansprüche ist im vorliegenden Fall insolvenzfest.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass die in dem notariellen Kaufvertrag vom 20.12.1995 enthaltene Abtretungserklärung alle denkbaren Rückzahlungsansprüche erfasst. Sie betrifft ganz allgemein solche Ansprüche, falls es, aus welchen Gründen auch immer, nicht zum Vollzug des Kaufvertrages kommt. Daher sind nicht nur diejenigen Ansprüche abgetreten, die dem Schuldner aufgrund eines Rücktritts nach § 3 Nr. 2 des Kaufvertrages zustehen, sondern auch solche, die erst mit oder nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstehen. Hierzu zählt auch der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, der im vorliegenden Fall entweder durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung des Beklagten oder durch die Vereinbarung der Parteien mit der Verkäuferin vom August 1999 ausgelöst wurde.

2. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises scheitere an § 15 KO. Im Ausgangspunkt richtig hält das Berufungsgericht allerdings § 15 KO für im Gesamtvollstreckungsverfahren entsprechend anwendbar (BGHZ 137, 267, 285 f. für § 15 Satz 1 KO; BGHZ 138, 179, 186 für § 15 Satz 2 KO).

a) Anders als künftige Rechte werden bedingt begründete Rechte im Insolvenzfall als bereits bestehend behandelt. Wenn sie vor Konkursöffnung erworben worden sind, fallen sie nicht in die Masse (§ 15 KO; § 91 InsO). Dies gilt selbst dann, wenn die Bedingung erst nach Konkursöffnung eintritt (BGHZ 70, 75, 77). Im Falle einer Zession ist nicht nur die unter einer Bedingung erfolgende Abtretung eines Anspruchs, sondern auch die uneingeschränkte Abtretung eines bedingten Anspruchs insolvenzfest (*Uhlenbruck*, InsO, § 91 Rdnr. 18; MünchKomm-InsO/*Breuer*, § 91 Rdnr. 23; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 91 Rdnr. 23).

Für die Abgrenzung zwischen künftigen und bedingten Ansprüchen kommt es darauf an, ob die Forderung aus dem Vermögen des Schuldners bereits ausgeschieden war (vgl. BGH, Urt. v. 5.1.1955, IV ZR 154/54, NJW 1955, 544; *Jaeger/Henckel*, a. a. O., § 1 Rdnr. 123, § 15 Rdnr. 46, 60). § 15 KO soll den Bestand der Masse, auch die vom Konkursverwalter nach Konkursöffnung erlangten Rechte, vor dem Zugriff Dritter schützen, damit die Masse ungeschmälert zur Befriedigung der Konkursgläubiger zur Verfügung steht (BGHZ 106, 236, 243). Entscheidend ist daher, ob der Schuldner den Vermögensgegenstand unter der aufschiebenden Bedingung

bereits aus seinem Vermögen gegeben hat, ohne dass für ihn die Möglichkeit besteht, diesen aufgrund alleiniger Entscheidung wieder zurückzuerlangen (*Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 91 Rdnr. 18; vgl. auch *Jaeger/Henckel*, a. a. O., § 15 Rdnr. 46).

b) Wie auch das Berufungsgericht erkennt, handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises um einen bedingten Anspruch. Der vorleistende Vertragspartner hat einen durch die Rückabwicklung des Vertrages bedingten Anspruch, seine Vorleistung zurückzuerhalten (vgl. BGHZ 15, 333, 337; 124, 76, 80 im Fall eines Rücktrittsrechts; MünchKomm-InsO/*Brandes*, § 95 Rdnr. 14; vgl. auch *Staudinger/Kaiser*, BGB [2001], Vorbem. §§ 346 ff. Rdnr. 51, § 346 Rdnr. 36). Dieser Anspruch wurzelt im Vertrag selbst. Der anspruchsbegründende Tatbestand ist daher schon im Zeitpunkt der Abtretung gelegt (vgl. *Staudinger/Busche*, BGB [1999], § 398 Rdnr. 64). Bereits bei Abtretung war es möglich, die Forderung entsprechend ihrer Art und nach der Person des Schuldners zu bestimmen. Anders als bei künftigen Forderungen bezog sich der Anspruch nicht auf eine in Zukunft noch vorzunehmende Investition, sondern knüpfte an eine schon vor Insolvenzeröffnung bindend vorgenommene Investition des Schuldners an. Wirtschaftlich hatte der Schuldner den Vermögensgegenstand bereits dadurch aus seinem Vermögen gegeben, dass er die Kaufpreisforderung bezahlte.

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, dem stünde entgegen, dass die Entstehung der Forderung (auch) vom Verhalten des Schuldners und der Verkäuferin abhängig sein konnte. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 5.1.1955, a. a. O., davon spricht, dass es nicht beim Schuldner liegen darf, ob der Zessionar wirklich in den Genuss der abgetretenen Forderung kommen würde, bezieht sich das auf eine Fallgestaltung, bei der das abgetretene Recht noch nicht angelegt war. Im damals entschiedenen Fall fehlte es an einer (vertraglichen) Grundlage für die Forderung, die ausschließlich mit Willen des Zedenten entstehen konnte. Hier hingegen konnte es zwar sein, dass der Vertrag durchgeführt und daher der Rückzahlungsanspruch nie zur Entstehung kommen würde. Der Rückzahlungsanspruch war jedoch unabhängig vom Willen des Zedenten mit Abschluss des Kaufvertrages und Zahlung des Kaufpreises angelegt. Dies genügt für einen entsprechend festen Rechtsboden (vgl. in der Sache ebenso BGH, Urt. v. 7.6.1991, V ZR 17/90, NJW 1991, 2897, 2898; v. 5.11.1976, V ZR 5/75, NJW 1977, 247).

c) Die Bedingung widerspricht nicht den Wertungen des Insolvenzrechts. Es kann dahingestellt bleiben, ob für den Insolvenzfall vereinbarte Bedingungen, die im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners haftungsvereitelnd wirken sollen, unwirksam sind (vgl. BGHZ 124, 76, 79; MünchKomm-InsO/*Breuer*, § 91 Rdnr. 21 m. w. N.). Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine Bedingung für den Insolvenzfall. Zwar konnte die Bedingung auch anlässlich oder während der Insolvenz eintreten. Jedoch hatten die Parteien gerade nicht vereinbart, dass ein Rückzahlungsanspruch wegen der Insolvenz entstehen solle. Vielmehr bezog sich die Bedingung – abgesehen von der hier nicht erheblichen Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts – darauf, dass auf Gesetz beruhende Gläubiger- oder Schuldnerrechte entstanden und ausgeübt wurden; die Bedingung schuf keine gegenüber den gesetzlichen Regeln erweiterten Gründe oder Möglichkeiten, den Vertrag rückabzuwickeln. Damit kann die vorliegende Bedingung einer haftungsvereitelnden Bedingung nicht gleichgestellt werden.

3. Schließlich verstößt die in § 2 Nr. 3 des Kaufvertrages vereinbarte Abtretung des Anspruchs im vorliegenden Fall nicht gegen § 9 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO). Es handelt sich

bei der Vereinbarung weder um eine Lösungsklausel, noch stellt der im Zusammenhang mit der Insolvenz entstehende Anspruch auf Rückzahlung einer Vorleistung des Schuldners eine originäre Masseforderung dar, noch beeinträchtigt eine Abtretung dieses Anspruchs das Wahlrecht des Verwalters aus § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO.

a) Tritt der Schuldner in einem Kaufvertrag den bedingten Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung vor Insolvenzeröffnung ab, handelt es sich weder um eine Lösungsklausel, noch ist die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung einer Anzahlung nach Erfüllungsablehnung einer Lösungsklausel gleichzustellen. Auf die umstrittene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Lösungsklausel wirksam bzw. anfechtbar ist (vgl. hierzu BGHZ 96, 34, 36; 124, 76, 79 ff. zur Rechtslage nach der KO sowie MünchKomm-InsO/*Huber*, § 119 Rdnr. 28 ff., 53 ff. zur Rechtslage nach der InsO), kommt es daher nicht an.

Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel liegt vor, wenn einer der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen (vgl. MünchKomm-InsO/*Huber*, § 119 Rdnr. 18). Im vorliegenden Fall verknüpft die Bedingung den Fortbestand des Vertrages aber weder mit der Insolvenzeröffnung noch mit einem Eröffnungsgrund. Zwar war es möglich, dass die Bedingung im Zusammenhang mit der Insolvenz des Schuldners eintrat. Eine Lösungsklausel wäre darin jedoch erst dann zu sehen, wenn der Anspruch auf Rückzahlung durch die Insolvenzeröffnung herbeigeführt würde oder die Abrede der Klägerin oder der Verkäuferin das Recht einräumte, den Bedingungseintritt wegen der Insolvenzeröffnung selbst herbeizuführen. Beides ist nicht der Fall. Ein gegenseitiger Vertrag bleibt – auch wenn der Verwalter die Erfüllung ablehnt – ungeachtet der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in der Lage bestehen, in der er sich bei Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens befand (BGHZ 150, 353, 359; MünchKomm-InsO/*Kreft*, § 103 Rdnr. 13). Im Streitfall hatten Klägerin und Verkäuferin keine Möglichkeit, den Bedingungseintritt allein wegen der Insolvenz des Schuldners herbeizuführen.

Die Vereinbarung ist auch nicht in ihren Wirkungen einer Lösungsklausel gleichzustellen. Weder die Abtretung des – bedingten – Anspruchs auf Kaufpreisrückzahlung noch die Bedingung als solche führen dazu, dass damit der gegenseitige Vertrag aufgelöst ist oder den Parteien ein Recht zur Auflösung des Vertrages zusteht. Vielmehr setzt die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs gerade voraus, dass der Vertrag nicht durchgeführt wird; Abtretung und Bedingung beeinflussen den Fortbestand des Vertrages somit nicht.

b) Der Anspruch auf Rückzahlung einer vom Gemeinschaftschuldner vor Insolvenzeröffnung erbrachten Vorleistung ist nicht als originäre Masseforderung anzusehen. § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ist in gleicher Weise auszulegen wie § 17 Abs. 1 KO (BGHZ 135, 25, 29; 150, 353, 358). Bereits bisher ging die Rechtsprechung davon aus, dass gegen den Anspruch auf Rückzahlung der Vorleistung des Schuldners wirksam mit vor Insolvenzeröffnung erworbenen Forderungen aufgerechnet (BGHZ 15, 333, 335 f.) und der aufgrund einer Vorleistung des Schuldners bereits vor Insolvenzeröffnung entstandene Anspruch auf die Gegenleistung wirksam abgetreten werden kann (BGHZ 129, 336, 340). Die neue Rechtsprechung des Senats zu § 17 Abs. 1 KO (§ 103 InsO, § 9 GesO), wonach die gegenseitigen Ansprüche nur ihre Durchsetzbarkeit verlieren, führt erst recht dazu, dass solche Rechtshandlungen wirksam sind. Dies gilt auch für die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung der Vorleistung an den finanzierenden Gläubi-

ger, weil diese wirtschaftlich mit der Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung und der Aufrechnung gegen einen Anspruch auf Rückzahlung vergleichbar ist.

aa) In aller Regel löst die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung des Verwalters keinen Anspruch der Masse auf Rückzahlung der Vorleistung des Schuldners aus. Nach der neuen Rechtsprechung des Senats zum Wahlrecht des Verwalters (BGHZ 150, 353 ff.) lassen Verfahrenseröffnung und Erfüllungsablehnung die Ansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen grundsätzlich unberührt. Ein solcher Rückzahlungsanspruch kann allenfalls entstehen, wenn das Interesse des Verwalters an der noch ausstehenden Leistung des Vertragspartners entfällt (vgl. BGH, Urt. v. 26.10.2000, IX ZR 227/99, WM 2001, 96; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 34, § 105 Rdnr. 26; Jaeger/Henckel, a. a. O., § 17 Rdnr. 80 ff.; Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl., Rdnr. 9.14 f., 9.85 ff., m. w. N.).

Ob ein Rückzahlungsanspruch im Streitfall entstanden ist, bedarf keiner endgültigen Entscheidung. Sofern die Erfüllungsablehnung zu einem Rückforderungsanspruch führen sollte, hätte die Vereinbarung vom August 1999 insofern nur deklaratorische Bedeutung. Verneint man hingegen einen Rückzahlungsanspruch aufgrund der Erfüllungsablehnung, so ist die Bedingung spätestens mit der – dann konstitutiven – Vereinbarung vom August 1999 eingetreten. Diese Vereinbarung mag vor dem Hintergrund der Rücktrittserklärung der Klägerin und der Erfüllungsablehnung des Beklagten zustande gekommen sein; mit ihr hat die Verkäuferin jedenfalls zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt ist, länger am Vertrag festzuhalten.

bb) Die vor Insolvenzeröffnung erfolgte Abtretung des Rückzahlungsanspruchs ist insolvenzfest. Dies gilt zumindest dann, wenn der Zessionar – wie hier – die Vorleistung des Schuldners vollständig finanziert hat (vgl. BGH, Urt. v. 7.6.1991, V ZR 17/90, NJW 1991, 2898, unter Hinweis auf BGHZ 106, 236, 242).

(1) Der Anspruch auf Rückzahlung einer vor Insolvenzeröffnung erbrachten Vorleistung des Schuldners ist keine originäre Masseforderung. § 9 Abs. 1 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO) hat keinen Einfluss auf den rechtlichen Bestand eines gegenseitigen Vertrages. Weder die Insolvenzeröffnung noch der Umstand, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, alle seine Gläubiger zu befriedigen, noch der Umstand, dass der Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen verloren hat, ist geeignet, die Ungültigkeit oder die Aufhebung eines gültig entstandenen Rechtsverhältnisses zu bewirken (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 4: Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 82 f., 106; vgl. auch BGHZ 150, 353, 359). Der Verwalter muss den Vertrag in der Lage übernehmen, in der er ihn bei Eröffnung des Verfahrens vorfindet (BGHZ 96, 34, 37 m. w. N.). Tritt der Schuldner einen aufgrund von Vorleistungen für den Fall der Nichtdurchführung aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch an einen Dritten ab, ist der gesamte Vertrag einschließlich der aus ihm fließenden Rückzahlungspflicht bereits mit einer entsprechenden Abtretung belastet (arg. § 15 Satz 1 KO; vgl. auch BGHZ 68, 379, 383).

(2) Aus dem Wahlrecht des Verwalters nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ergibt sich nichts anderes. Der Verwalter hat dieses Wahlrecht zugunsten der Masse auszuüben. Welche Ansprüche dabei als originäre Masseforderungen anzusehen sind, richtet sich maßgeblich nach dem Grundsatz, dass der Masse für die von ihr aufgrund der Erfüllungswahl erbrachte Leistung auch

die Gegenleistung zustehen soll (BGHZ 106, 236, 243 f.; 129, 336, 339 m. w. N.).

(3) Wählt der Verwalter – wie hier – Nichterfüllung, erbringt die Masse keinerlei Leistungen, derentwegen sie nach Sinn und Zweck des Wahlrechts aus § 9 GesO schutzwürdig wäre. Zweck des Wahlrechts ist es nicht, bereits vor Insolvenzeröffnung verwirklichte wirtschaftliche Dispositionen des Schuldners zugunsten der Masse ungeschehen zu machen. Das Wahlrecht dient nicht dazu, aus bereits erbrachten Leistungen des Schuldners originäre Masseforderungen entstehen zu lassen. Vielmehr sind Leistungen, die der Schuldner vor Insolvenzeröffnung bereits erbracht hatte, der Disposition des Verwalters grundsätzlich entzogen (Jaeger/Henckel, a. a. O., § 17 Rdnr. 80; Marotzke, Gegenseitige Verträge, a. a. O., Rdnr. 9.45, 9.85). Sie stehen den Insolvenzgläubigern nicht mehr als Bestandteil der Masse zur Verfügung, gleichgültig ob der Verwalter Erfüllung verlangt oder nicht (BGHZ 129, 336, 340).

c) Die Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr des Kaufpreisanspruchs beeinflusst das Wahlrecht des Verwalters aus § 9 GesO nicht in unzulässiger Weise. Dies gilt zumindest dann, wenn der Zessionar – wie hier – zugleich den Kaufpreis finanziert hat.

Der Verwalter kann sein Wahlrecht ungehindert durch eine solche Abtretung ausüben. Verlangt er Erfüllung, geht die Abtretung ins Leere, weil aufgrund der Erfüllungswahl in keinem Fall ein Rückzahlungsanspruch für bereits erbrachte Vorleistungen des Schuldners entsteht. Vielmehr kann der Verwalter in solchen Fällen die der Vorleistung entsprechende Gegenleistung verlangen (allg. Meinung, vgl. nur MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 32 m. w. N., 51; Jaeger/Henckel, a. a. O., § 17 Rdnr. 131; BGHZ 129, 336, 340). Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, entstehen der Masse dadurch keine weiteren Nachteile, als sie ohnehin zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bestanden. Der Rückzahlungsanspruch entsteht nicht aufgrund einer Leistung der Masse, sondern allenfalls deshalb, weil der Vertrag nicht durchgeführt wird und der Schuldner bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgeleistet hatte. Solche Rückgewähransprüche gelangen nur mit den bereits vor Insolvenzeröffnung bestehenden Aufrechnungs- und Verrechnungsmöglichkeiten belastet zur Masse (BGHZ 68, 379, 383); für eine vor Insolvenzeröffnung erfolgte Abtretung gilt nichts anderes. Die Masse hat die Wahl des Verwalters nach § 9 Abs. 1 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO) mit allen Vor- und Nachteilen gegen sich gelten zu lassen. Der Grundsatz der Meistbegünstigung der Masse, unabhängig von einem Erfüllungsverlangen des Verwalters, findet im Gesetz keinen Rückhalt (BGHZ 147, 28, 32 f.).

Selbst wenn man unterstellt, dass die Erfüllungsablehnung hier einen Rückforderungsanspruch für vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung erbrachte Vorleistungen entstehen lässt, folgt daraus nicht, dass deswegen durch die Erfüllungsablehnung originäre Masseforderungen entstehen. Die Erfüllungsablehnung führt nur dazu, dass der Vertrag in dem Zustand bestehen bleibt, den er zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte (BGHZ 150, 353, 358; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 13, 15 ff.); die gegenseitigen Forderungen verlieren ihre Durchsetzbarkeit. Ist dies die Folge der Erfüllungsablehnung, spielt es bei der vom Verwalter vorzunehmenden Abwägung, in welcher Weise er sein Wahlrecht ausübt, keine Rolle, ob ein nach Erfüllungsablehnung entstehender Rückzahlungsanspruch an einen Gläubiger abgetreten worden ist oder nicht.

**Anmerkung:****I. Problembeschreibung**

1. Das Grundsatzurteil betrifft die Rückabwicklung eines finanzierten Grundstücksgeschäfts in der Insolvenz des Käufers, der den Anspruch auf Rückzahlung des vorgeleisteten Kaufpreises seiner Bank abgetreten hatte (näher 2.). Es ist zur Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) ergangen, gilt jedoch ebenso für die Insolvenzordnung (InsO), weshalb die folgende Besprechung ausschließlich auf letztere abstellt. Allerdings befasst sich die Entscheidung nur mit einer ganz bestimmten Abwicklungslage, die auf den Besonderheiten des Falles beruht (II). Nach einer Zusammenfassung der Ergebnisse (III) wird erörtert, inwieweit sich die Aussagen des Urteils auf ähnliche Sachverhaltsgestaltungen in der notariellen Praxis übertragen lassen (IV).

2. Eine Bank (spätere Klägerin) stellte dem Käufer (späterer Insolvenzschuldner) den bei Beurkundung gezahlten Kaufpreis zur Verfügung und erhielt den Anspruch auf Rückzahlung dieser Vorleistung bei „Rückabwicklung“ des Grundstücksgeschäfts abgetreten, wobei sie zur Rücktrittserklärung im Namen des Käufers (!) ermächtigt wurde; beides ist in der Notarurkunde offen gelegt. Der Käufer war zum Rücktritt berechtigt, sollte es ihm (!) – also nicht etwa dem Verkäufer – nicht gelingen, den benachbarten Grundstückseigentümer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zur Einräumung eines dinglich gesicherten Wegerechts zu bewegen. Die weiteren Besonderheiten des Falles ergeben sich aus der zeitlichen Abfolge der anschließenden Ereignisse:

- |             |  |
|-------------|--|
| 20.12.1995  | Beurkundung des Kaufvertrages und (Voraus-) Zahlung des Kaufpreises;                         |
| 1.9.1996    | Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Käufers (künftig: Schuldner);                       |
| 20.12.1996  | Rücktrittserklärung der Klägerin im Namen des Schuldners wegen nicht bewilligten Wegerechts; |
| 31.12.1996  | vereinbarter Zeitpunkt des Erlöschens des vertraglichen Rücktrittsrechts;                    |
| 8.1.1997    | Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages durch den beklagten Verwalter;                     |
| August 1999 | Rückabwicklungsvereinbarung zwischen Verkäuferin und (Prozess-)Parteien.                     |

Nach Erstattung des Kaufpreises und dessen Hinterlegung durch die Verkäuferin in Vollzug dieser Vereinbarung war nun die Frage: Wem stand die Summe zu? Dem Verwalter für die Masse oder der Klägerin?

**II. Rechtliche Wertung**

1. Ein Anspruch darauf konnte der Klägerin aus dem von ihr namens des Schuldners erklärten Rücktritt zustehen (jetzt § 346 Abs. 1 BGB), die insolvenzrechtliche Wirksamkeit der Abtretung der Rückzahlungsforderung unterstellt (siehe 2.). Voraussetzung dafür war, dass trotz der Insolvenzeröffnung das vereinbarte Rücktrittsrecht fortbestand und von der Klägerin für den Schuldner ausgeübt werden konnte.

Für die zuerst genannte Frage geht der BGH ohne weiteres von einem bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens *beiderseits* noch unerfüllten gegenseitigen Vertrag, also vom Anwendungsbereich des § 103 InsO aus. Das ist zwar richtig, eine kurze Begründung dafür hätte aber nicht geschadet. Denn schließlich hatte der Schuldner vor Verfahrenseröffnung den Kaufpreis bezahlt und Besitz am Grundstück erlangt. Gleich-

wohl lag auf Seiten des Käufers keine vollständige Erfüllung vor, weil es noch an seiner Mitwirkung bei der Auflassung und am Eintritt des Leistungserfolges, nämlich der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch, fehlte (näher Münch-Komm-InsO/Huber, 2002, § 103 Rdnr. 132, 123; das übersehen Gundlach/N. Schmidt bei ihrer Urteilskritik in EWiR 2003, 819, 820 a. E.).

Der IX. Zivilsenat bekräftigt vielmehr sogleich seine neue Rechtsprechung zum Wahlrecht bei gegenseitigen Verträgen gemäß dem Grundsatzurteil vom 25. April 2002 (BGHZ 150, 323 = NZI 2002, 375 = NJW 2002, 467; zustimmend z. B. Huber, NZI 2002, 467, und Graf/Wunsch, ZIP 2002, 2117; teils zust., teils abl. Marotzke, ZZP 111 [2002], 501), mit dem er die frühere sog. Erlöschenstheorie offiziell aufgegeben hat (ausführl. MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 14 ff.). Danach bewirkt die Insolvenzeröffnung gerade kein Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche im Sinn einer materiell-rechtlichen Umgestaltung, sondern diese verlieren im Insolvenzverfahren nur ihre Durchsetzbarkeit (soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind). Der Schluss des Senats daraus für den vorliegenden Fall ist konsequent: Wird der Vertrag nicht schon durch die Insolvenzeröffnung umgestaltet, dann hat mit dem fortbestehenden Erfüllungsanspruch auch ein vertraglich eingeräumtes Rücktrittsrecht weiter Bestand.

Gleichwohl brachte das der Klägerin letztlich keinen Vorteil. Der BGH legt nämlich zu Recht die Befugnis zur Ausübung des Rücktrittsrechts als Vollmacht aus. Gemäß § 117 Abs. 1 InsO erlischt jedoch eine Vollmacht, die sich – wie hier – auf das zur Insolvenzmasse gehörige Vermögen bezieht, durch Insolvenzeröffnung. Der von der Klägerin namens des Schuldners erklärte Rücktritt war mithin wirkungslos, ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises *aus* Rücktritt nicht gegeben.

2. Die Vereinbarung zwischen Klägerin und Schuldner erfasste aber – ausweislich der Abtretungsanzeige – jeden aufgrund „Rückabwicklung“ denkbaren Anspruch. Als Grundlage dafür kam folglich weiter die Rückabwicklungsvereinbarung vom August 1999 in Betracht, in deren Erfüllung die Verkäuferin den vereinnahmten Kaufpreis erstattet hatte. Entscheidungserheblich war deshalb, ob die vor Insolvenzeröffnung vorgenommene Abtretung an die Klägerin *im Insolvenzverfahren* Bestand haben konnte. Nur auf diese speziell insolvenzrechtliche Fragestellung kam es an; die Wirksamkeit nach BGB war wegen der hinreichenden Bestimmtheit der Forderung unzweifelhaft.

Die Antwort hierauf richtete sich danach, ob der abgetretene Anspruch auf Rückzahlung eine künftige oder eine bedingte Forderung war. Im zuerst genannten Falle wäre die Forderung wegen des Wirksamwerdens ihrer Rechtsgrundlagen erst nach Insolvenzeröffnung entstanden und hätte trotz der vor diesem Zeitpunkt – materiell-rechtlich wirksam – vorgenommenen Abtretung wegen § 91 Abs. 1 InsO nicht mit Wirkung gegen die Masse erworben werden können; bei der anderen Alternative wäre nur die aufschiebende Bedingung nach Insolvenzeröffnung eingetreten, die Abtretung mithin wegen § 161 BGB insolvenzfest (näher dazu Eickmann in Heidelberger Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2001, § 91 Rdnr. 12 ff.; Münch-Komm-InsO/Breuer, § 91 Rdnr. 19, 23, 26).

Der Senat entscheidet das Problem mit überzeugender Begründung zugunsten der Zessionarin: Der abgetretene Anspruch auf Rückzahlung betreffe keine künftige Forderung, sei vielmehr für den Fall der Rückabwicklung bedingt, also schon vor Verfahrenseröffnung aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden.

Auch im Übrigen hatte der Senat aus Sicht des Insolvenzrechts nichts gegen die Vertragskonstruktion einzuwenden. Er argumentiert, soweit hier von Interesse, kurz zusammengefasst wie folgt:

Die Vereinbarung zwischen Verkäuferin und Schuldner (Käufer) enthalte auch keine insolvenzabhängige Lösungsklausel (eine Fragestellung, die wegen der Verknüpfung des Rücktrittsrechts mit der Erreichbarkeit eines dinglich gesicherten Zugangs zum Grundstück – was mit der Insolvenz des Schuldners nichts zu tun hatte – ohnehin ziemlich fern lag) und sei einer solchen auch nicht gleichzustellen, weshalb die insolvenzrechtliche Wirksamkeit einer Lösungsklausel (ausführl. dazu MünchKomm-InsO/Huber, § 119 Rdnr. 23 ff.) dahinstehen könne.

Das Wahlrecht des Verwalters werde nicht beeinträchtigt, weil einerseits bei Nichterfüllung die Masse keine Leistung erbringe und es nicht Sinn des Wahlrechts sei, vor Insolvenzeröffnung verwirklichte Dispositionen des Schuldners zugunsten der Masse ungeschehen zu machen, und weil andererseits bei einem Erfüllungsverlangen die Abtretung ohnehin ins Leere gehe.

3. Ob sich ein Anspruch auf Rückzahlung der Vorleistung des Schuldners auch aus der „Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung des Verwalters“ ergeben konnte, lässt der BGH offen; auch dann ändere sich am Ergebnis wegen der insolvenzfesten Abtretung aller denkbaren Ansprüche aus „Rückabwicklung“ nichts.

In der Tat kam es auf diese Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich an. Gleichwohl sei dazu bemerkt: Da der Insolvenzverwalter einen Vertrag in der Lage übernehmen muss, in der er ihn bei Eröffnung vorfindet, kann er an der Vorleistung des Schuldners – vorbehaltlich Insolvenzanfechtung – nichts ändern. Er ist folglich grundsätzlich darauf beschränkt, die der Vorleistung entsprechende Gegenleistung zur Masse zu ziehen, kann also insoweit nur – wie der Schuldner außerhalb des Insolvenzverfahrens auch – Erfüllung fordern. Ob der Verwalter bei Ablehnung der Erfüllung geltend machen kann, die Gegenleistung habe für die Masse keinen Wert, weshalb die Vorleistung des Schuldners nach Bereicherungsrecht herauszugeben sei (zum Problem vgl. MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rdnr. 34, § 105 Rdnr. 26), erscheint jedenfalls in einem Fall wie diesem sehr zweifelhaft. Denn hier war bei Verfahrenseröffnung das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht noch nicht erloschen, hätte vom Verwalter also ohne weiteres wirksam ausgeübt werden können.

### III. Zusammenfassung

1. Bei Finanzierung des Kaufpreises durch einen Dritten kann dessen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens nach Rücktritt, anderweitiger Nichtdurchführung des Vertrages oder sonstiger Rückabwicklungsvereinbarung – von wem auch immer erklärt/veranlasst – durch Abtretung des Anspruchs auf Kaufpreiserstattung gesichert werden. Die Abtretungsvereinbarung sollte möglichst weit formuliert werden, damit sie alle rechtlich denkbaren Ansprüche aus Rückabwicklung erfasst. Der Verkäufer ist möglichst früh von der Abtretung und einer eventuellen Befugnis des Dritten zur Rücktrittserklärung namens des Käufers (mit ihren Einzelregelungen wie Befristung, Voraussetzungen eines Rücktritts, Zahlungsmodalitäten bei Kaufpreiserstattung) zu unterrichten. Die im Tatbestand des Revisionsurteils mitgeteilte notarielle Vertragsgestaltung erscheint für entsprechende Fälle sachgerecht.

2. Ein solches Sicherungsgeschäft erfüllt in der Insolvenz des Käufers seinen Zweck

- bei Rücktritt von Verkäufer oder Käufer *vor* Insolvenzeröffnung, den der Insolvenzverwalter wegen der bei Verfahrenseröffnung schon eingetretenen Gestaltungswirkung hinnehmen muss, und

- bei Rücktritt durch den Insolvenzverwalter, weil die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs insolvenzfest ist, wenn der Zessionar die Kaufpreiszahlung durch den Schuldner finanziert hatte.

3. Wurde der Dritte zur Rücktrittserklärung namens des Schuldners ermächtigt, erlischt freilich die darin liegende Vollmacht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens; er kann dann die für ihn günstige Rechtsfolge aus Rücktritt nicht mehr herbeiführen. Im vorliegenden Fall war die Bank gleichwohl auf der sicheren Seite, weil die Verkäuferin – aus welchen Gründen auch immer – mit einer Rückabwicklung trotz des damals schon erloschenen Rücktrittsrechts (vgl. § 350 Satz 1 Hs. 1 BGB) einverstanden war und den ihr zugeflossenen Kaufpreis herausgab.

### IV. Andere ähnliche Fallgestaltungen in der notariellen Praxis

1. Der entschiedene Sachverhalt gleicht dem häufigen Fall, dass an einer gekauften unvermessenen Teilfläche für die Bank, die den Kaufpreis finanziert, wegen § 7 GBO noch keine Grundschuld eingetragen werden kann. Das Kreditinstitut lässt sich dann den Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers verpfänden und alle im Falle einer Rückabwicklung des Kaufvertrages entstehenden Ansprüche abtreten, insbesondere den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises. Dann gilt in der Insolvenz des Käufers:

- Die Abtretung ist nach dem besprochenen Urteil jedenfalls dann insolvenzfest, wenn dieser *vor* Insolvenzeröffnung zurücktritt; ebenso ist es beim Rücktritt des Insolvenzverwalters.

- Die Abtretung hat aber insolvenzrechtlich auch dann Bestand, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung ablehnt *und* geltend machen kann, dass die Masse an der – dem gezahlten Kaufpreis entsprechenden – Gegenleistung kein Interesse hat, weil dann ein Bereicherungsanspruch entsteht, der als „Anspruch aus Rückabwicklung“ ebenfalls insolvenzfest abgetreten ist (s. o. II 3). Im Regelfall ist ein solcher Interessenwegfall freilich kaum vorstellbar, anders als das im BGH-Fall wegen dessen Besonderheit (Grundstück ohne gesicherte Zugangsmöglichkeit) möglicherweise anzunehmen gewesen wäre.

- Entsprechend ist es beim Rücktritt des Verkäufers *vor* Insolvenzeröffnung, wenn – wiederum anders als im BGH-Fall – ein Rücktrittsrecht auch zu dessen Gunsten besteht. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer auch *nach* Insolvenzeröffnung zurücktreten könnte, ist wegen der Kollision mit dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO eine sehr komplizierte Frage, die sich im Rahmen dieser Urteilsbesprechung nicht beantworten lässt.

2. Die Entscheidung hat auch Bedeutung für das sog. A-B-C-Geschäft, in dem A eine noch zu vermessende Teilfläche an B verkauft, der sie – bevor er Eigentum erwirbt – an C weiter veräußert. Weil B dem C keine Eigentumsvormerkung verschaffen kann, tritt er diesem sicherungshalber seinen Eigentumsverschaffungsanspruch ab und lässt diese Abtretung bei seiner (des B) Eigentumsvormerkung vermerken. Dann muss man in der Insolvenz des B folgende Varianten unterscheiden:

- Hat C vor Insolvenzeröffnung an B gezahlt, ist der für den Fall der Zahlung des B bedingt abgetretene Anspruch schon vor Verfahrenseröffnung aus dessen Vermögen ausgeschieden; zahlt B tatsächlich vor Verfahrenseröffnung an A, ist die Abtretung insolvenzfest.
- Hat B vor Insolvenzeröffnung gezahlt, leistet C aber erst nach Insolvenzeröffnung an den Verwalter, gilt nichts anderes. Wegen der wirksamen Abtretung unter der Bedingung der Zahlung des C kann der Insolvenzverwalter den Bedingenseintritt nicht verhindern (§ 161 Abs. 1 BGB).
- Hat vor Insolvenzeröffnung zwar C (an B), nicht aber B (an A) gezahlt, kommt es für die Rechtslage nach Verfahrenseröffnung darauf an:
  - Zahlt der Insolvenzverwalter, so liegt darin ein konkludentes Erfüllungsverlangen gegenüber A; da der Eigentumsverschaffungsanspruch aber als bedingter Anspruch insolvenzfest abgetreten ist, kann er den Erwerb des C nicht verhindern. Freilich wird der Insolvenzverwalter Erfüllung nur wählen, wenn die Zahlung des C noch in der Masse vorhanden und dieser so mehr zugeflossen ist, als sie gegenüber A aufwenden muss.
  - Würde der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages gegenüber A ablehnen, ginge die Abtretung ins Leere; C wäre ungesichert. Dieses Risiko lässt sich vermeiden, wenn B und C im Notarvertrag vereinbaren, dass C – im Umfang der Kaufpreisschuld des B und diesem gegenüber mit befreiender Wirkung (§ 362 BGB) – direkt an A zahlen soll. Dann gilt, was eingangs zur ersten Variante dargelegt wurde.

Vizepräsident des LG  
Prof. Dr. Michael Huber, Passau

## Beurkundungs- und Notarrecht

12. BNotO §§ 19, 23 (Notarhaftung bei auf „Sicherstellung“ der Eigentumsumschreibung Bezug nehmendem Treuhandauftrag)

**Weist die den Kauf eines Erbbaurechts finanzierende Bank den Urkundsnotar an, die auf ein Anderkonto des Notars überwiesene Darlehensvaluta erst auszuführen, wenn die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch „sichergestellt“ ist, so verletzt der Notar den mit der Bank bestehenden Treuhandauftrag, wenn er die Darlehenssumme auszahlt, obwohl die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nicht vorliegt. Dies ist auch dann nicht anders zu beurteilen, wenn in dem vom Notar beurkundeten Kaufvertrag ausdrücklich bestimmt ist, dass die Fälligkeit des Kaufpreiszahlungsanspruchs nicht von der Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängen soll.**

BGH, Urteil vom 8.5.2003, III ZR 294/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die klagende Bank nimmt den beklagten Notar wegen Verletzung eines Treuhandauftrags in Anspruch.

Der Beklagte beurkundete am 21.8.1997 den Kaufvertrag über ein Erbbaurecht zum Preis von 2,9 Mio. DM. Nach Ziffer 2 des Kaufvertrags hing die Fälligkeit des Kaufpreises vom Eintritt verschiedener Bedingungen ab. Fälligkeitsvoraussetzung war unter anderem die notarielle Bestätigung, dass „– abgesehen von der vom Käufer zu be-

schaffenden Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts – dem vertragsgemäßen Eigentumswechsel grundbuchlich Hindernisse nicht entgegenstehen“.

Die Klägerin finanzierte den Kauf durch Gewährung eines Darlehens über 2,8 Mio. DM. Zur Sicherung des Darlehens dienten Grundpfandrechte, zu deren Bestellung die Verkäufer die Käufer unter dem Vorbehalt bevollmächtigt hatten, dass die kaufpreiskreditierende Bank „Löschungsbewilligung ... gegen Rückzahlung auf den Kaufpreis geleisteter Valutierungsbeträge“ erteilt, wenn der Kaufvertrag aus Gründen, die der Verkäufer nicht zu vertreten hat, scheitern sollte (Ziffer 3 des Kaufvertrags).

Am 17.12.1997 überwies die Klägerin die Darlehenssumme von 2,8 Mio. DM auf ein Anderkonto des Beklagten. Die Überweisung war unter anderem mit der „ausdrücklichen Auflage“ verbunden, über den Betrag „nur zu verfügen, wenn sichergestellt ist, dass die Erwerber als alleinige Eigentümer in das oben bezeichnete Grundbuch eingetragen werden“.

Der dem Beklagten von der Klägerin erteilte Treuhandauftrag war ursprünglich bis zum 30.1.1998 befristet; er wurde mehrfach, zuletzt bis zum 15.4.1998, verlängert.

Im März 1998 zahlte der Beklagte auf Bitten der Kaufvertragsparteien 2,6 Mio. DM der Darlehenssumme an die Verkäufer und 200.000 DM an die Firma D. aus. Zu diesem Zeitpunkt war für die Käufer eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Die sonstigen kaufvertraglich vereinbarten Fälligkeitsvoraussetzungen waren ebenfalls erfüllt. Auch standen der Klägerin die von ihr verlangten dinglichen Sicherheiten zur Verfügung. Es fehlte jedoch die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts. Diese wurde erst im Jahre 1999 erteilt, nachdem die Verkäufer zuvor, am 29.10.1998, vom Kaufvertrag zurückgetreten waren.

Die Klägerin, die nach dem Scheitern des Kaufvertrags das Darlehen gekündigt hatte, erhielt von den Verkäufern 2,38 Mio. DM gegen Freigabe der auf dem Erbbaurecht lastenden dinglichen Sicherheiten zurück. Inwieweit die Verwertung weiterer bestellter Sicherheiten zu einer Befriedigung der Klägerin führen wird, ist offen.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe dadurch, dass er die ihm treuhänderisch zur Verfügung gestellte Darlehenssumme vor Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung ausbezahlt habe, seine Pflichten aus dem mit ihr zustande gekommenen Treuhandauftrag verletzt. Sie begehrt festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche durch die Verletzung des Treuhandauftrags vom 17.12.1997 entstandenen oder noch entstehenden Schäden zu ersetzen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht (ZNotP 2002, 486 mit Anmerkungen Wehrstedt, ZNotP 2002, 461, und Kemp, ZNotP 2003, 27) die Klage abgewiesen. Mit der – vom Berufungsgericht zugelassenen – Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte dadurch, dass er trotz Nichtvorliegens der Unbedenklichkeitsbescheinigung auf Wunsch der Kaufvertragsparteien die Darlehensvaluta auszahlte, den mit der Klägerin hinsichtlich der Verwendung der Darlehenssumme zustande gekommenen Treuhandauftrag verletzt (§ 19 Abs. 1 Satz 1, §§ 23, 24 BNotO).

1. Bei der Abwicklung eines finanzierten Grundstücks- oder Erbbaurechtsvertrags über das Anderkonto eines Notars kann die Bank dem Notar einseitige Verwahranweisungen oder Endtermine für die Verwendung der Darlehensmittel im Rahmen der Durchführung des Kaufvertrags erteilen. Die Einschaltung des Notars bei der Auszahlung der Darlehensvaluta an den Verkäufer beruht auf einem selbständigen Betreuungsgeschäft im Sinne der § 23, 24 BNotO, wobei der



Notar die ihm von der Bank erteilten Anweisungen peinlich genau zu beachten hat (BGH, Urteil vom 25.10.2001, IX ZR 427/98, NJW 2002, 1346, 1347; vgl. auch BGH, Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, NJW 2000, 1644; jeweils m. w. N.).

2. Nach den Anweisungen der Klägerin durfte die Auszahlung der Darlehensvaluta erst erfolgen, wenn die Eintragung der Erbbaurechtskäufer als alleinige Inhaber des Erbbaurechts in das Grundbuch „sichergestellt“ war. Wird – wie hier – der Begriff der Sicherstellung nicht näher erläutert (vgl. insoweit die Formulierungsvorschläge der Bundesnotarkammer für Notarbestätigung und Treuhandauftrag, Rundschreiben Nr. 5/99, DNotZ 1999, 369 ff.), so entspricht es im Anschluss an ein Urteil des IX. Zivilsenats vom 19.3.1987 allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass die Eintragung eines Rechts oder einer Rechtsänderung dann sichergestellt ist, wenn hierzu nur noch das pflichtgemäße Handeln des Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich ist (IX ZR 166/86, NJW 1987, 3201, 3202 = DNotZ 1987, 560, 561; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1998, 45, 46; 1997, 73; DNotZ 1994, 117, 119; OLG Hamm, DNotZ 1996, 384, 387; Schleswig-Holsteinisches OLG, SchlHA 2001, 14, 15; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl., § 23 Rdnr. 67; *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 702; *Weingärtner*, Das notarielle Verwahrungsgeschäft, 1998, Rdnr. 91). Die Sicherstellung ist demnach im Allgemeinen nur gegeben, wenn der Eintragungsantrag gestellt ist und alle für die Eintragung notwendigen Unterlagen dem Grundbuchamt vorliegen und aus dem Grundbuch und den Grundakten bei Antragstellung keine Eintragungshindernisse erkennbar sind (*Sandkühler*, a. a. O., Rdnr. 93; *Hertel* in Frenz, Neues Berufs- und Verfahrensrecht für Notare, Rdnr. 463). Zu diesen Unterlagen gehört, wenn es – wie hier – um die Eintragung des Käufers eines Grundstücks oder Erbbaurechts geht, auch die Bescheinigung des für die Besteuerung zuständigen Finanzamts, dass der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen (Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 des Grunderwerbsteuergesetzes; so ausdrücklich *Beining*, Pflichten des Notars bei Hinterlegung des Grundstückskaufpreises, 1999, S. 53; *Schmenger*, BWNNotZ 1996, 28, 39).

3. Nach Meinung des Berufungsgerichts verstieß der beklagte Notar nicht gegen die Treuhandaufgabe der Klägerin, als er die Auszahlung der Darlehensvaluta auch ohne Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts veranlasste. Hierzu hat es ausgeführt: Im notariellen Kaufvertrag sei die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts als Fälligkeitsvoraussetzung ausdrücklich angenommen worden. Durch eine solche Regelung werde verhindert, dass der Käufer durch eine verspätete Zahlung der Grunderwerbsteuer die Fälligkeit des Kaufpreises in einer für den Verkäufer unzumutbaren Weise hinauszögern kann; sie wahre sowohl die Interessen des Verkäufers als auch die des Erwerbers und entspreche den einschlägigen Hinweisen in der notarrechtlichen Literatur. Schon diese notarielle Praxis lege es nahe, dass der Eintritt der Fälligkeitsbedingungen des notariellen Kaufvertrags auch im Verhältnis zur kreditgebenden Bank erforderlich, aber auch ausreichend sei. Damit in Einklang stehe, dass auch die Formulierungsvorschläge für Notarbestätigung und Treuhandauftrag der Bundesnotarkammer hinsichtlich der Konkretisierung der Sicherstellungsvoraussetzungen allein auf grundbuchliche Hindernisse abstellen, nicht aber auf Voraussetzungen, die, wie etwa der Kostenvorschuss für die Eintragung oder die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts, außerhalb des Grundbuchs liegen. Zwar seien diese Vorschläge erst im Jahre 1999 veröffentlicht worden; sie gäben aber lediglich die Praxis der Notare und der Kreditwirtschaft wieder, wie sie sich seit längerer Zeit he-

rausgebildet habe, und könnten daher auch für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts herangezogen werden.

Dem ist nicht zu folgen. Durch die Auszahlung der Darlehensvaluta vor Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts verletzte der Beklagte, wie die Revision zu Recht rügt, seine Pflichten aus dem ihm von der Klägerin erteilten Treuhandauftrag.

a) Die Auslegung des Berufungsgerichts, die im Kaufvertrag festgelegten Voraussetzungen der Fälligkeit des Kaufpreiszahlungsanspruchs seien auch für die Durchführung des dem beklagten Notar von Seiten der finanzierenden Bank erteilten Treuhandauftrags maßgeblich, ist rechtsfehlerhaft; sie berücksichtigt nicht hinreichend, dass bezüglich der Verwahrung des Kaufpreises zwei rechtlich streng zu trennende notarielle Treuhandverhältnisse vorliegen, zum einen das zu den Kaufvertragsparteien und zum anderen das zu der finanzierenden Bank (vgl. *Hertel* in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 54 a BeurkG Rdnr. 56), deren Inhalt der Notar jeweils eigenständig zu ermitteln und zu befolgen hat. Die Regelungen des zwischen den Kaufvertragsparteien geschlossenen Vertrags einschließlich der darin enthaltenen Fälligkeitsvoraussetzungen sind nicht Bestandteil des Treuhandauftrags der Bank; sie vermögen daher eine vom Wortlaut abweichende Auslegung dieses Auftrags nicht zu rechtfertigen. Dies ist auch dann nicht anders, wenn die verschiedenen Treuhandaufträge nicht ohne weiteres miteinander zu vereinbaren sind und deshalb die vertragsgerechte Abwicklung des Kaufvertrags gefährdet ist. In einem solchen Fall muss der Notar versuchen, seine Auftraggeber zu einer Anpassung der nicht aufeinander abgestimmten Auflagen zu bewegen, oder aber die Durchführung des Auftrags ablehnen. Keinesfalls ist es ihm gestattet, sich unter Berufung auf die kaufvertraglichen Vereinbarungen über den Wortlaut der Anweisungen der Bank hinwegzusetzen, um auf diese Weise die Anweisungen der verschiedenen Auftraggeber eigenmächtig in Einklang zu bringen (BGH, Urteile vom 10.2.2000, a. a. O., und vom 11.7.1996, IX ZR 116/95, NJW 1996, 3343, 3344 m. w. N.).

b) Die im Kaufvertrag ausdrücklich enthaltene Einschränkung, dass die Fälligkeit des Kaufpreises nicht von der Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängen sollte, wird in dem die Sicherstellung der Eintragung der Käufer als Inhaber des Erbbaurechts betreffenden Passus des Treuhandauftrags der Klägerin nicht gemacht. Ein Hinweis auf die kaufvertraglichen Regelungen der Fälligkeit des Kaufpreises findet sich nirgends. Angesichts der rechtlichen Selbständigkeit der unterschiedlichen Treuhandverhältnisse bot allein der Umstand, dass die Klägerin bereits vor Überweisung der Darlehensvaluta an den Beklagten vom Inhalt des Kaufvertrags Kenntnis erlangt hatte, dem Beklagten keinen hinreichenden Anhalt dafür, dass auch im Verhältnis zur Klägerin die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung entbehrlich sein sollte. Vielmehr hätten die gerade in diesem Punkt unterschiedlichen Formulierungen im Kaufvertrag und im Treuhandauftrag der Klägerin dem Beklagten Veranlassung geben müssen, vor einer Klärung dieser Frage mit den Beteiligten die Darlehenssumme nicht auszuzahlen.

c) aa) Soweit das Berufungsgericht darauf abgehoben hat, in der notariellen Praxis werde üblicherweise auf das Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung als Fälligkeitsvoraussetzung verzichtet (vgl. auch OLG Hamm, NJW 1993, 1601, 1602; zustimmend *Basty* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., Rdnr. 88, wonach eine andere Beurkundungspraxis ohne entsprechende Aufklärung der Kaufvertragsparteien als amtspflichtwidrig anzusehen ist), hat es allein das Verhältnis der

Kaufvertragsparteien untereinander in den Blick genommen. Die Interessenlage der Kaufvertragsparteien bei der Auszahlung des Kaufpreises ist jedoch nicht deckungsgleich mit der der finanzierenden Bank bei der Auszahlung der Darlehensvaluta (vgl. *Kemp*, ZNotP 2003, 27).

bb) Die Revision macht geltend, die Klägerin habe, da der die Darlehenssumme von 2,8 Mio. DM übersteigende Restkaufpreis ebenso wie die Erwerbsnebenkosten aus Eigenmitteln der Käufer zu bestreiten gewesen wären, ein eigenes Sicherungsinteresse daran gehabt, dass das Darlehen nicht vor Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgezahlt werde. Dafür spricht einiges, indes braucht diese Frage nicht abschließend beantwortet zu werden. Das Gebot, Treuhandaufgaben so wortlautgetreu wie möglich zu befolgen, soll den Notar gerade (auch) der Notwendigkeit entheben, die – für den Außenstehenden nicht immer eindeutig erkennbare – Interessenlage zu prüfen und in seine Überlegungen mit einzu beziehen (*Kemp*, a. a. O.; s. auch Senatsurteil vom 6.6.2002, III ZR 206/91, NJW 2002, 2459, 2460 f.).

d) Das Berufungsgericht sieht zu Unrecht in den Formulierungsvorschlägen der Bundesnotarkammer eine Bestätigung seiner Rechtsauffassung. Richtig ist, dass in den Vorschlägen der Bundesnotarkammer für Treuhandaufträge einer den Kaufpreis finanzierenden Bank, in denen die Anforderungen an die „Sicherstellung der Eintragung“ näher beschrieben werden, die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht erwähnt wird. Das versteht sich indes von selbst, weil in diesen Vorschlägen ausschließlich die Sicherstellung der Eintragung der als Kreditsicherheiten für die finanzierende Bank vorgesehenen Grundpfandrechte konkretisiert wird und nicht – worauf in dem Treuhandauftrag, den die Klägerin vorliegend dem Beklagten erteilt hat, allein abgestellt worden ist – die Sicherstellung der Eintragung der Käufer als neue Grundstückseigentümer oder Erbbaurechtshaber. Die Bestellung oder Übertragung eines Grundpfandrechts ist indes kein grundwerbsteuerpflichtiger Vorgang, so dass die Eintragung dieses Pfandrechts auch nicht von der Zahlung der Grunderwerbsteuer abhängig sein kann.

Soweit es nicht um eine bestimmte Formulierung, sondern um den allgemeinen, nicht näher konkretisierten Begriff der Sicherstellung als solchen geht, wird in der Begründung der Bundesnotarkammer auf die Entscheidung des IX. Zivilsenats vom 19.3.1987 verwiesen (a. a. O., S. 376), also gerade auf die Entscheidung, von der das Berufungsgericht abgewichen ist.

## II.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Die Klägerin hat dargetan, dass die weisungswidrige Verwendung der Treuhandgelder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Eintritt eines Schadens zur Folge hatte.

Hätte der Beklagte die Darlehensvaluta nicht ausbezahlt, so hätte sie in voller Höhe der Klägerin zurückgegeben werden können. Zwar ist die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts, deren Fehlen den Pflichtverstoß des Beklagten begründete, schließlich doch noch erteilt worden. Jedoch hätte eine Auszahlung des Darlehens zu diesem Zeitpunkt auch dann, wenn der Treuhandauftrag entsprechend verlängert worden wäre, gleichwohl nicht (mehr) erfolgen dürfen, da bereits zuvor die Verkäufer vom Kaufvertrag zurückgetreten waren. Dass die Pflichtwidrigkeit des Notars nicht mit den Umständen in Zusammenhang gestanden hat, die letztlich zum Scheitern des Kaufvertrags und damit des Kreditgeschäfts geführt haben, rechtfertigt es nicht, den Zurechnungs-

zusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten des Notars und dem beim Treugeber eingetretenen Schaden zu verneinen (vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1990, IX ZR 63/89, DNotZ 1990, 661, 663 ff.; s. auch Senatsurteil vom 6.6.2002, a. a. O.).

2. Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Der Umstand, dass das Berufungsgericht, im Unterschied zum Landgericht, das Verhalten des Beklagten als amtspflichtgemäß angesehen hat, vermag ihn nicht zu entlasten. Der Grundsatz, dass ein Verschulden des Notars regelmäßig ausscheidet, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht sein Verhalten als objektiv rechtmäßig gebilligt hat, greift hier nicht ein. Er ist nur eine allgemeine Richtlinie (vgl. BGHZ 134, 100, 111), die unter anderem nicht anwendbar ist, wenn das Kollegialgericht – wie hier – die für die Beurteilung des Falls maßgebliche höchstrichterliche Rechtsprechung zwar angeführt hat, ihr aber, ohne sich damit hinreichend auseinanderzusetzen, gleichwohl nicht gefolgt ist (Senatsurteil vom 12.7.2001, III ZR 282/00, NVwZ 2002, 124, 125).

3. Für ein Mitverschulden (§ 254 BGB) der Klägerin bei der Entstehung des Schadens besteht kein Anhalt.

4. Ein Haftungsausschluss nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO kommt nicht in Betracht, da der Beklagte Pflichten verletzt hat, die sich aus einem selbständigen Verwahrungsgeschäft im Sinne der §§ 23, 24 BNotO ergeben haben.

### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Notarhaftung setzt sich mit der Auszahlung der durch die Finanzierungsbank eines Grundstückserwerbers auf Anderkonto hinterlegten Darlehensvaluta durch den Notar an den Verkäufer auseinander. Über das spezielle Problem der Auskehrung des Kaufpreises aus der notariellen Verwahrung hinaus ist sie aber lehrreich für das Verständnis der Rechtsqualität von Treuhandaufträgen. Zusätzlich äußert sich der BGH zu den möglichen Handlungsalternativen des Notars bei einer Divergenz zwischen Hinterlegungsanweisung und Treuhandauftrag.

1. Das erste Problem des Falles lag in der Frage, was unter der „Sicherstellung“ der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber zu verstehen sei, die von der Finanzierungsbank des Käufers im Treuhandauftrag zur Auflage für die Auszahlung vom Anderkonto gemacht wurde. Eine Auslegung nach dem Wortlautverständnis würde zunächst ergeben, dass eine Eintragung im Grundbuch nur in einem einzigen Fall „sichergestellt“ ist: wenn sie tatsächlich bereits vorgenommen wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt mögen zwar die rechtlichen Hindernisse für eine Eintragung im Grundbuch kontinuierlich abnehmen; tatsächlich „sichergestellt“ ist die Eintragung jedoch nicht.

Ein Blick in § 14 Abs. 4 BNotO zeigt aber, dass diese strikte Argumentation nicht zutreffend sein kann. Denn nach dieser Vorschrift ist es dem Notar verwehrt, „sonstige Gewährleistungen“ zu übernehmen. Dieses v. a. im Zusammenhang mit Notarbestätigungen diskutierte Verbot<sup>1</sup> hindert den Notar daran, die Garantie für eine bestimmte Grundbucheintragung und damit für die „Sicherstellung“ im oben genannten Sinne zu übernehmen.<sup>2</sup> Genau dieses müsste er aber tun, wenn „Si-

<sup>1</sup> Vgl. z. B. *Schippel*, BNotO, 7. Aufl. 2000, Rdnr. 66 zu § 14.

<sup>2</sup> Aus diesem Grund hat die Bundesnotarkammer früher angenommen, dass die Annahme eines Treuhandauftrags mit der Formulierung „Sicherstellung“ wegen § 14 Abs. 4 BNotO unzulässig sei; DNotZ 1974, 644.

cherstellung“ im Sinne einer erfolgten Grundbucheintragung zu verstehen wäre, da der Notar nach der Konstruktion des Kaufvertrages immer vor Eintritt dieser Voraussetzung zur Auszahlung an den Verkäufer verpflichtet wäre. Denn dieser wird die Vorlage der Urkunde zur Eigentumsumschreibung und damit diese selbst zu Recht immer von der vorherigen vollständigen Kaufpreiszahlung abhängig machen wollen.<sup>3</sup> Daher kann eine solche Garantie dem Notar auch vom finanzierenden Kreditinstitut nicht angesonnen werden.

Der BGH bekräftigt in seiner Entscheidung, was die Auslegung des Begriffs „Sicherstellung“ betrifft, die Linie der ständigen Rechtsprechung und stellt darauf ab, dass nur noch das pflichtgemäße Handeln des Notars und des zuständigen Grundbuchbeamten erforderlich sein dürfe, um die Eintragung im Grundbuch zu erreichen.<sup>4</sup> Legt man diese Auffassung zugrunde, musste in der Tat das Vorliegen der grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abgewartet werden, da bei grunderwerbsteuerlich relevanten Vorgängen ohne diese keine Eintragungen im Grundbuch erfolgen. Neben dem Handeln des Notars und des Grundbuchbeamten war also noch die Zahlung der Grunderwerbsteuer durch den Erwerber erforderlich.

Den im BGH-Fall in Rede stehenden Treuhandauftrag musste der Notar nach dem objektiven Empfängerhorizont auch in dieser Richtung verstehen. Das primäre Interesse der finanzierenden Bank richtet sich zwar nicht auf die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer, da die Eintragung der Grundschuld als Sicherungsmittel der Bank aufgrund der üblicherweise in den Kaufvertrag aufgenommenen Belastungsvollmacht nicht von der Eigentumsumschreibung abhängt. An der Eintragung des Erwerbers als Eigentümer ist der Bank aber in erster Linie deshalb gelegen, weil ab diesem Zeitpunkt in der Regel die meist vorliegende Einschränkung der Sicherungsabrede wegfällt, wonach die Bank aus der Grundschuld nur wegen tatsächlich erbrachter Leistungen auf den Kaufpreis vollstrecken kann, und somit ab der Eigentumsumschreibung auch die Darlehenszinsen dinglich gesichert sind.

Der Bank war im vorliegenden Fall zwar bekannt, dass die kaufvertraglichen Hinterlegungsanweisungen für die Auszahlung des Kaufpreises an den Verkäufer und die lastenfreistellenden Gläubiger das Vorliegen der Grunderwerbsteuer gerade für entbehrlich erklärten. Jedoch hat die Bank in ihrem Treuhandauftrag nicht auf die kaufvertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen Bezug genommen. Hätte sie dies getan, wäre der Fall von vornherein anders zu entscheiden gewesen, da dann der Begriff der „Sicherstellung der Eigentumsumschreibung“ die Unbedenklichkeitsbescheinigung wohl nicht umfasst hätte. Denn nach der üblichen und auch inhaltlich überzeugenden Ausgestaltung notarieller Kaufverträge ist die Zahlung der Grunderwerbsteuer und damit das Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung nie vertragliche Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises<sup>5</sup> oder die Vorlage der Urkunde zur Eigentumsumschreibung. Dies wurde offensichtlich vom Berufungsgericht als entscheidender Gesichtspunkt für die Ablehnung eines Pflichtverstoßes des Notars angesehen.

2. Da nach der Treuhandaufgabe der finanzierenden Bank der Kaufpreis also nur bei Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung ausgezahlt werden durfte, diese nach der kauf-

vertraglichen Hinterlegungsanweisung für die notarielle Verwahrung aber gerade nicht Auszahlungsvoraussetzung sein sollte, stellt sich die Frage, wie sich der Notar gemäß seinen Amtspflichten in dieser Situation verhalten sollte.

Hierzu äußert sich der BGH zunächst etwas missverständlich, wenn er darauf abstellt, dass die Bank dem Notar „einseitige Verwahrungsanweisungen“ erteilen könne, welche der Notar „peinlich genau“ zu beachten habe. Diese sehr weitgehende Formulierung erweckt den Eindruck, als sei der Notar schon alleine aufgrund der Erteilung einer bestimmten Weisung durch die Bank an einen Auftrag gebunden und habe die Abwicklung des Kaufvertrags entsprechend zu gestalten. Davon kann allerdings nicht die Rede sein. Denn die Treuhandaufgabe der Bank ist rechtlich zwar nicht als rechtsgeschäftliches Angebot auf Abschluss eines Auftrags nach §§ 662 ff. BGB zu sehen.<sup>6</sup> Das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis der notariellen Betreuungstätigkeit nach § 24 BNotO kommt aber ebenfalls nur durch eine Annahme des Treuhandauftrags durch den Notar zustande. Der Notar hat somit die Auflage einer Bank nur dann „peinlich genau“ zu beachten, wenn er die entsprechende Annahme erklärt hat. Erst damit beginnt seine notarielle Betreuungstätigkeit nach § 24 BNotO.

In dem vom BGH entschiedenen Fall hat der Notar die Auflage der Bank angenommen, dadurch das öffentlich-rechtlich geprägte Rechtsverhältnis nach § 24 BNotO mit dem Finanzierungsinstitut begründet und sich so in ein klassisches Dilemma begeben. Er konnte nicht mehr gleichzeitig die vertragliche Hinterlegungsanweisung erfüllen, die eine Auszahlung ohne Vorliegen der Unbedenklichkeitsbescheinigung vorsah, und der Auflage der Bank zur Verwendung der Darlehensvaluta nachkommen, die gerade auf die Unbedenklichkeitsbescheinigung abstellte.

Daher setzt der BGH mit seiner Konzentration auf die Auszahlung des Geldbetrages als Pflichtverstoß im Grunde zu spät an. Ab der Annahme des Treuhandauftrages gab es für den Notar nur noch „falsche“ Handlungsalternativen. Sein pflichtwidriges Verhalten liegt zeitlich früher, nämlich in der Annahme eines Treuhandauftrages, der mit der kaufvertraglichen Regelung begrifflich nicht in Einklang gebracht werden konnte.

Materiell-rechtlich bedeutet die Hinterlegung eines Kaufpreises auf Anderkonto unter Auflagen, die der vertraglichen Hinterlegungsvereinbarung widersprechen, dass der Schuldner seine Pflicht zur Hinterlegung nicht im Sinne des § 362 BGB erfüllt hat<sup>7</sup> und dem Gläubiger ein Zurückweisungsrecht nach § 266 BGB zusteht. Dies bedeutet, dass der Notar nach der Annahme des abweichenden Treuhandauftrags der Bank nur noch zwei Möglichkeiten hat, die konkurrierenden Auftragsverhältnisse zu den Vertragsparteien und der finanzierenden Bank in Einklang zu bringen, nämlich entweder im Wege einer Nachtragsbeurkundung zum Kaufvertrag<sup>8</sup> eine Änderung der Hinterlegungsanweisung vorzunehmen oder durch Vereinbarung mit der Bank eine Einschränkung der Treuhandaufgabe zu erreichen. Scheitern diese beiden Handlungsalternativen, kann sich der Notar sowohl durch Ausbezahlung der Valuta als auch durch Zurückhalten des Geldbetrages auf dem Anderkonto nur noch falsch verhalten.

Die Entscheidung des BGH ist somit im Ergebnis richtig, da der Notar bei einer Divergenz zwischen vertraglicher Rege-

<sup>3</sup> Dazu Wehrstedt, ZNotP 2002, 461.

<sup>4</sup> Z. B. BGH, DNotZ 1987, 560/561.

<sup>5</sup> Sonst hätte der Käufer die Möglichkeit, die Grunderwerbsteuer nicht zu bezahlen und dadurch die Kaufpreisfälligkeit hinauszuzögern.

<sup>6</sup> Dazu etwa BGHZ 62, 119/121; KG, DNotZ 1990, 446/447.

<sup>7</sup> Dazu z. B. BGH, NJW 1997, 2104/2105, mit der Klarstellung, dass der Käufer nicht berechtigt sei, „die Hinterlegungsvereinbarung durch Erweiterung der Auskehrungsvoraussetzungen zu ändern“.

<sup>8</sup> Diese wäre kostenrechtlich dann nach § 16 KostO zu behandeln.

lung und Treuhandauftrag den Treuhandauftrag ablehnen und versuchen muss, beide Rechtsverhältnisse in Einklang zu bringen.<sup>9</sup> Allerdings hat der BGH in seiner Begründung des notariellen Pflichtverstoßes zu einseitig auf die Auszahlung des Geldbetrages vom Anderkonto abgehoben, der sich in einer Gesamtbetrachtung des Sachverhalts lediglich als „Folgefehler“ darstellt.

3. Selbstverständlich kann die vom BGH entschiedene Problematik nicht nur bei Konstruktionen mit Verwendung eines Anderkontos auftreten, sondern auch bei der weitaus häufigeren Sicherung des Leistungsaustausches durch notarielle Fälligkeitsmitteilung und Vorlagesperre für die Auflassung. Erteilt z. B. die Bank des Verkäufers die Löschungsbewilligung für ein eingetragenes Grundpfandrecht nur unter Auflagen, die nicht aus dem Kaufpreis zu erfüllen sind und nimmt der Notar diese Auflage an, entsteht ein identischer Konflikt zwischen vertraglicher Regelung und Treuhandauftrag wie bei der Abwicklung über Anderkonto. Daher lehrt die Entscheidung des BGH, dass sich generell ein kritischer und genauer Blick auf Treuhandaufträge von Banken empfiehlt, insbesondere wenn diese eine „Sicherstellung“ von Grundbucheintragungen verlangen oder kurze Befristungen aufweisen.

Notarassessor *Tobias Fembacher*, München

<sup>9</sup> *Wehrstedt*, ZNotP 2002, 462, spricht sogar davon, der vorsichtige Notar solle „von vornherein den Treuhandauftrag des finanzierenden Kreditinstitutes und die Auszahlungsvoraussetzung in der Hinterlegungsanweisung in diesen Punkten wörtlich aufeinander abstimmen“.

## Kostenrecht

13. GG Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1; KostO §§ 14 Abs. 2, 18 Abs. 1, 23 Abs. 2, 32, 62 Abs. 1 (*Verfassungsmäßigkeit der Gebührenhöhe für die Eintragung einer Grundschuld*)

1. **Die Berechnung der Gebühr für die Eintragung einer Grundschuld in das Grundbuch nach dem Nennbetrag der Schuld als Geschäftswert verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz noch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.**
2. **Die Anknüpfung der Höhe der Gebühr an den Wert des Geschäfts verstößt auch nicht gegen Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften (jeweils Anschluss an BayObLGZ 2000, 350).**

(...)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.11.2002, 3 W 213/02; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Aus den Gründen:

(...)

### II.

(...)

2. Zu Recht hat das Amtsgericht für die Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch eine volle Gebühr (§ 62 Abs. 1 KostO) angesetzt und die Gebühr gemäß § 32 KostO nach dem Nennbetrag der Schuld (des Grundpfandrechts) als Geschäftswert berechnet (§ 23 Abs. 2 KostO). Das entspricht

den genannten Vorschriften der Kostenordnung. Auch die Beteiligten zu 1) und 2) bestreiten dies nicht. Sie meinen jedoch, die genannten Wertvorschriften seien nicht verbindlich, da die Ermittlung der Gebühr ausschließlich nach einem am Nennbetrag der Schuld orientierten Geschäftswert gegen höherrangiges Recht verstoße. Stattdessen müsse die Höhe der Gebühr nach dem tatsächlichen Aufwand und einem eventuellen Haftungsrisiko bestimmt werden. Dem folgt der Senat nicht; er schließt sich vielmehr der zu der von den Beteiligten zu 1) und 2) aufgeworfenen Rechtsfrage ergangenen Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts an (vgl. BayObLGZ 2000, 350; 2001, 275; BayObLG, NJW-RR 2000, 736; ebenso OLG Hamm, FGPrax 2001, 90).

a) Die Berechnung der genannten Gebühr nach dem Nennbetrag der Schuld als Geschäftswert verstößt nicht gegen Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften.

Die Richtlinie des Rates vom 17.7.1969, betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG i. d. F. der Richtlinie des Rates vom 10.6.1985, 85/303/EWG, abgedruckt ABI L 249, S. 25, ABI L 156, S. 23; sog. Gesellschaftsteuerrichtlinie) ist nach ihrem Art. 3 nur auf Kapitalgesellschaften und vergleichbare Personenvereinigungen und somit nicht in dem hier gegebenen Fall anzuwenden. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 2.12.1997 (ZIP 1998, 206) auch keinen allgemeinen Grundsatz dahin aufgestellt, dass die Mitgliedstaaten generell keine Gebühren für staatliche Leistungen erheben dürften, die über die Kosten für die jeweilige Leistung hinausgehen. Die Entscheidung beschränkt sich, ebenso wie diejenige vom 29.9.1999 (ZIP 1999, 1681), auf die Auslegung der genannten Richtlinie und die hiervon erfassten Abgabentatbestände. Auf andere Sachverhalte kann die Entscheidung nicht übertragen werden. Die Urteilsgründe enthalten keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gerichtshof die Erhebung von Gebühren auch in Bereichen beschränken wollte, die in der Richtlinie nicht geregelt sind. Das Gleiche gilt für die Entscheidung vom 21.3.2002 (ZIP 2002, 663) über die Berechnung der Gebühren beamteter Notare im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe für die notarielle Beurkundung eines Vertrages über die Gründung einer Kapitalgesellschaft (im Ergebnis übereinstimmend *Waldner* in *Rohs/Wedewer*, KostO, vor § 1 Rdnr. 15; *Rohs*, a. a. O., § 18 Rdnr. 1 a).

b) Die Berechnung der Gebühr nach dem durch den Nennbetrag der Schuld bestimmten Geschäftswert ist – entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) und 2) – auch mit dem Verfassungsrecht vereinbar. Die Anknüpfung der Höhe der Gebühr an den Wert des Geschäfts (§ 18 Abs. 1 KostO) verstößt weder gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) noch gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG; übereinstimmend *Rohs*, a. a. O.).

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit der Frage der Vereinbarkeit von Wertgebühren mit dem Grundgesetz beschäftigt (BVerfGE 50, 217, 225 ff.; 80, 103, 106 f.; 85, 337, 346 f.; 97, 332, 334 ff.; BVerfG, JurBüro 2000, 146). Nach den hierzu entwickelten Grundsätzen muss eine Verknüpfung zwischen der Gebühr und den Kosten der öffentlichen Leistung mit dem Zweck bestehen, die Kosten ganz oder teilweise zu decken; die Gebühr darf diese Kosten jedoch übersteigen oder unterschreiten (BVerfGE 50, 217, 226) und neben der Deckung der anfallenden Kosten auch andere Ziele verfolgen (BVerfG, JurBüro 2000, 146). In diesem Zusammenhang darf der Gesetzgeber auch dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit des Gebührenschuldners Bedeutung zumessen, um dem verfassungsrechtlich abgesicherten

Sozialstaatsprinzip und dem Justizgewährungsanspruch Rechnung zu tragen (BVerfGE 80, 103, 107). Aus der Zweckbindung der Gebühr ergibt sich keine verfassungsrechtlich begrenzte Begrenzung der Gebührenhöhe durch die tatsächlichen Kosten einer staatlichen Leistung; das Kostendeckungsprinzip und ähnliche gebührenrechtliche Prinzipien sind keine Grundsätze mit verfassungsrechtlichem Rang (BVerfG, Jur-Büro 2000, 146). Der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist nur dann überschritten, wenn die Gebühr völlig unabhängig von der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt wird und kein vernünftiger Gesichtspunkt vorhanden ist, unter dem die Verknüpfung von Gebühr und Leistung sachgemäß erscheint (BVerfGE 50, 217, 227).

Diese weit gefasste Grenze ist hier nicht überschritten. Die Beteiligten zu 1) und 2) beanstanden den fehlenden Bezug zwischen dem die Höhe der Gebühr bestimmenden Geschäftswert und dem für die Eintragung anfallenden Aufwand. Ihnen ist zuzugeben, dass kein Bezug zwischen dem Nennbetrag der Schuld (§ 23 Abs. 2 KostO) und der Bearbeitungsdauer besteht. Einen Erfahrungssatz, wonach die Eintragungen bei hohen Nennbeträgen öfter schwierige Probleme mit sich brächten als bei niedrigen Nennbeträgen, gibt es nicht. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Gebühr nicht nur zur Deckung des für die konkrete Eintragung anfallenden Arbeitsaufwands bestimmt ist, sondern auch zur Deckung der sonstigen allgemein mit der Grundbuchführung verbundenen Aufwendungen wie den Sachinvestitionen, der Abgleichung des Grundbuchs mit anderen öffentlichen Registern, insbesondere dem Liegenschaftsregister, den Rechtsbehelfsverfahren und der Kosteneinzahlung.

Ferner treten neben das Kriterium des Bearbeitungs- und Sachaufwands weitere Umstände, die geeignet sind, die Wertgebühr sachlich zu rechtfertigen. Dazu gehört zum einen die Bedeutung der Eintragung für die Beteiligten. Je höher der Nennbetrag der Schuld, desto höher ist das wirtschaftliche Interesse der Beteiligten an der staatlichen Leistung. Damit korrespondiert im Übrigen im Regelfall auch die Leistungsfähigkeit der Beteiligten. Der durch die Wertabhängigkeit der Gebühren vermittelte Ausgleich zwischen nicht kostendeckenden Eintragungen mit geringem Geschäftswert und Eintragungen mit hohem Geschäftswert spiegelt so eine Komponente des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) wider. Ferner steigt das Haftungsrisiko der öffentlichen Hand entsprechend dem Nennbetrag der Schuld. Schließlich kann für die Wertgebühr ihre Übersichtlichkeit und damit auch ihre Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit für die Beteiligten sowie ihre einfache Handhabbarkeit für die öffentliche Hand ins Feld geführt werden. Sie kommt letztlich wiederum den Beteiligten zugute, weil eine kostspielige Erfassung des Aufwands allein zu Zwecken der Gebührenberechnung unterbleiben kann. Ein allzu starker Anstieg der Gebühr bei höheren Geschäftswerten wird durch die in § 32 KostO vorgesehene Gebührendegression vermieden. Von einer „verdeckten Steuer“ kann daher entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) und 2) nicht die Rede sein. Dem Umstand, dass bei einem von ihnen beabsichtigten Grundstückserwerb weitere Gebühren anfallen werden, kommt für die hier zu treffende Entscheidung keine Bedeutung zu.

bb) Das Bundesverfassungsgericht hat nicht beanstandet, dass der Gesetzgeber die Höhe der Gerichtsgebühren in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten überwiegend an den Streit- oder Geschäftswert knüpft (BVerfGE 85, 337, 346). Letzterer könne im Rahmen zulässiger Pauschalierung als Anhaltspunkt für den Wert der staatlichen Leistung angesehen werden. Diese Beurteilung kann auf die Grundbuchgebühren

übertragen werden. Auch bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten besteht kein unmittelbarer Bezug zwischen Streit- oder Geschäftswert einerseits, Bearbeitungsaufwand andererseits. Die oben genannten Kriterien reichen daher hier wie dort für die sachgerechte Entscheidung des Gebührengesetzgebers zugunsten der Wertgebühr aus, zumal es sich in Grundbuchsachen um ein Massengeschäft handelt, das in besonderem Maß nach einer Pauschalierung verlangt. Dem entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde einer Beteiligten, die sich erfolglos gegen die Wertgebühren in Grundbuchsachen gewandt hatte, nicht zur Entscheidung angenommen hat (Beschluss vom 1.2.1999, 1 BvR 162/90, zitiert nach BayObLGZ 2000, 350, 354, und *Mertin*, ZRP 2000, 81, 83 mit Fn. 19).

cc) Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet nicht die entsprechende Anwendung der Grundsätze, die der Senat zu den Handelsregistergebühren, insbesondere zu §§ 26, 79 KostO entwickelt hat, auf Grundbuchgebühren. Der Senat hat zu diesen Vorschriften entschieden, dass Gebühren für bestimmte Handelsregistereintragungen den tatsächlichen Aufwand nicht übersteigen dürfen (Senat, FGPrax 1999, 195 = Rpfleger 1999, 464; OLGR 2000, 75; vgl. auch BayObLGZ 1998, 303, 306). Diese – richtlinienkonforme – Auslegung nationaler Kostenvorschriften war durch die Gesellschaftsteuer-richtlinie und die auf ihrer Grundlage ergangenen, bereits erwähnten Entscheidungen des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften geboten. Demgegenüber ist der Gebührenmaßstab für Grundbucheintragungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Vorschriften der Kostenordnung abschließend geregelt. Europarechtliche Vorgaben, die eine abweichende Handhabung rechtfertigen könnten, bestehen nicht. Wollte man anders entscheiden, liefe dies darauf hinaus, dem europäischen Normgeber mittelbar über den Gleichheitssatz Einfluss auch auf solche nationalen Rechtsvorschriften einzuräumen, auf die sich seine Kompetenz nicht erstreckt.

dd) Ob eine Abkehr vom Wertgebührensysteem bei den Grundbuchgebühren – jenseits zwingender verfassungsrechtlicher Vorgaben – wünschenswert ist (vgl. hierzu *Mertin*, ZRP 2000, 81, 82 ff.), hat der Senat nicht zu entscheiden.

14. KostO § 20 Abs. 1 Satz 2, § 30 (*Bewertung einer Bauverpflichtung*)

- 1) **Übernimmt der Erwerber in einem Grundstückskaufvertrag mit einem Vorhabenträger im Sinne des § 7 BauGBMaßnG eine Bauverpflichtung, so kann die Bewertung sich nicht an dem öffentlichen Interesse der Gemeinde an einer zügigen und geschlossenen Entwicklung des neuen Baugebietes (entsprechend dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO) orientieren, sondern muss das erwerbswirtschaftliche Interesse des Vorhabenträgers angemessen berücksichtigen.**
- 2) **Dies gilt auch dann, wenn der Vorhabenträger eine erwerbswirtschaftlich tätige Landesentwicklungsgesellschaft ist, deren Kapitalanteile mittelbar überwiegend von dem Land Nordrhein-Westfalen gehalten werden.**

OLG Hamm, Beschluss vom 27.2.2003, 15 W 297/01

Die Beteiligten zu 2) haben zu notarieller Urkunde des beteiligten Notars – Beteiligter zu 1) – von der Landesentwicklungsgesellschaft Nordrhein-Westfalen GmbH mit Sitz in Düsseldorf (im Folgenden:

LEG) einen 458 m<sup>2</sup> großen Bauplatz gekauft, um dort ein Eigenheim zu errichten. In dem Kaufvertrag heißt es unter „I. Vorbemerkung“:

„Der Rat der Stadt M hat am 26.2.1997 als Satzung den Vorhaben- und Erschließungsplan ... ‚Teil Nord‘ beschlossen.

Zur Realisierung des Baugebietes ... ‚Teil Nord‘ hat Verkäufer mit der Stadt M am 26.2.1997 den Durchführungsvertrag gemäß § 7 Abs. 1 Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch zum Vorhaben- und Erschließungsplan (VEP) Nr. 2 ... abgeschlossen.

Verkäufer hat den Bereich des Baugebietes ... ‚Teil Nord‘ in Baufelder eingeteilt; in dem Baufeld Nr. 01 liegt das vertragsgegenständliche Grundstück.“

In § 7 des Vertrages haben die Käufer eine Bauverpflichtung mit folgendem Wortlaut übernommen:

„Der Käufer verpflichtet sich,

- die vollständigen und den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechenden Unterlagen zur Stellung des Bauantrages innerhalb von 6 Monaten ab Vertragsschluss dem zuständigen Bauordnungsamt vorzulegen, innerhalb von 18 Monaten ab Vertragsschluss mit dem Bau ernsthaft zu beginnen und das Bauvorhaben innerhalb von 30 Monaten ab Vertragsschluss fertig zu stellen,
- die Planung und die Ausführung nur nach den Vorgaben des Vorhaben- und Erschließungsplanes und des Gestaltungshandbuchs auszuführen,
- den mit diesem Vertrag erworbenen Grundbesitz nicht vor vollständiger Erfüllung seiner Bauverpflichtung ohne vorherige Einwilligung des Verkäufers weiterzueräußern, und zwar weder ganz noch teilweise.

Der Käufer verspricht für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung die Zahlung einer Vertragsstrafe an den Verkäufer in Höhe von bis zu 40 % des Grundstückskaufpreises.“

Für den Fall der Nichterfüllung der Bauverpflichtung ist in § 17 des Vertrages ein Rücktrittsrecht der LEG vereinbart, zu dessen Ausübung Abs. 4 dieser Bestimmung folgende Regelung enthält:

„Im Falle der Ausübung eines Rücktrittsrechts hat der Verkäufer den erhaltenen Kaufpreis für das Baugrundstück oder die entsprechende Teilfläche, hinsichtlich deren der Rücktritt ausgeübt wird, zinslos zurückzuerstatten.

Falls die vom Rücktritt erfasste Grundstücksfläche bebaut ist, hat der Verkäufer dem Käufer 85 % der Herstellungskosten zu erstatten, wobei ihm sämtliche Bau- und Planungsunterlagen auszuhändigen und etwaige Gewährleistungsansprüche des Käufers gegen die am Bau Beteiligten abzutreten sind ...

Sofern das Grundstück, der Stellplatz und die Miteigentumsanteile an den übrigen verkauften Grundstücken im Zeitpunkt der Ausübung des Rücktrittsrechts bereits an den Käufer aufgelassen sind, sind die Rückzahlungsverpflichtungen des Verkäufers erst fällig, wenn die Rückkauflassung erfolgt ist, wozu der Käufer unverzüglich verpflichtet ist ...“

Nach § 19 Abs. 3 b des Vertrages ist zur Sicherung des vorstehenden Rückkauflassungsanspruchs eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Verkäufers bewilligt worden.

Für die Beurkundung des Vertrages erteilte der Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) eine Kostenrechnung über insgesamt 1.489,79 DM, wobei er einen Geschäftswert in Höhe von 272.106,35 DM zugrunde gelegt hat. Bei der Errechnung dieses Wertes hat der Beteiligte zu 1) die in § 7 des Vertrages enthaltene Bauverpflichtung mit 30.000 DM bewertet.

Anlässlich einer ordentlichen Geschäftsprüfung hat die Bezirksrevisorin die Bewertung der Bauverpflichtung beanstandet und die Auffassung vertreten, dass der Wert 5.000 DM betrage. Der beteiligte Notar hat sich weiterhin auf den Standpunkt gestellt, dass er die Bauverpflichtung mit 30.000 DM zutreffend bewertet habe. Dieser Betrag entspreche 6 % des Aufwandes für Grundstück einschließlich Erschließung und Baukosten oder einem Anteil von 11,5 % an den Baukosten.

Der Landgerichtspräsident hat den Notar daraufhin angewiesen, eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens hat der Landgerichtspräsident die Kostenrech-

nung zunächst wegen eines Formfehlers beanstandet. Der Notar hat daraufhin eine neue Kostenrechnung erstellt, die im Hinblick auf die Ermittlung des Geschäftswertes nicht von der ersten Kostenrechnung abweicht. Des Weiteren hat der Landgerichtspräsident im Einzelnen ausgeführt, dass für die Bewertung der Bauverpflichtung der Regelwert von 5.000 DM gemäß § 30 Abs. 2 KostO (a. F.) maßgeblich sei, da der Bauverpflichtung auf Verkäuferseite ein ideelles Interesse zugrunde liege; auch wenn als Grundstücksverkäuferin die LEG aufgetreten sei, sei die Bauverpflichtung wie eine unmittelbar gegenüber einer Gemeinde übernommene Bauverpflichtung zu bewerten, der regelmäßig ein ideelles Interesse der Gemeinde zugrunde liege. Demgegenüber hat sich der beteiligte Notar auf den Standpunkt gestellt, dass die LEG als privatrechtliche Gesellschaft ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolge, so dass für die Bewertung § 30 Abs. 1 KostO einschlägig sei; nach dieser Vorschrift habe er den Wert ermessensfehlerfrei ermittelt.

Das Landgericht hat sich der Auffassung des Landgerichtspräsidenten angeschlossen und die Bauverpflichtung mit 5.000 DM bewertet. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...) Indessen hält die Sachentscheidung der Kammer rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Landgericht hat sich in vollem Umfang der Stellungnahme des Präsidenten des Landgerichts (...) angeschlossen, in der u. a. Folgendes ausgeführt worden ist:

„Bei der LEG handelt es sich um eine Gesellschaft, deren Zweck auf die Planung und Durchführung städtebaulicher Erschließungs-, Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen, insbesondere der Standortentwicklung und Stadtentwicklung, gerichtet ist. Die Gesellschaft steht hierzu dem Land, den Gemeinden, Gemeindeverbänden und auch privaten Auftraggebern zur Verfügung. Als Gesellschafter sind an dieser GmbH neben Banken, Versicherungen und Wohnungsunternehmen vor allem Kreise, Städte und Gemeinden beteiligt.

Es handelt sich bei der LEG zwar um ein privatwirtschaftliches Unternehmen, jedoch übernimmt die Gesellschaft, nach hiesiger Ansicht, öffentliche Aufgaben der Kommunen. Die Stadt M beabsichtigte, in M Bauland zu erschließen. Um das städtebauliche Anliegen umzusetzen, schloss die Stadt M mit der LEG einen Durchführungsvertrag nach § 7 Abs. 1 Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch.

Die LEG übernimmt durch den Erschließungsplan die im allgemeinen Interesse liegende öffentliche Aufgabe der Kommune, tritt also im Wesentlichen an die Stelle der Stadt M. Zu diesem Zweck erwirbt die LEG zunächst das gesamte Bauland, um es anschließend parzelliert an die Endkäufer zu verkaufen. Dabei werden den Käufern jeweils Bauverpflichtungen auferlegt, die die Bebauung des verkauften Grundbesitzes in einer bestimmten Frist sicherstellen soll. Diese Bauverpflichtung stellt eine typische Variante der von Städten und Gemeinden den Käufern von Grundstücken regelmäßig auferlegten Bauverpflichtungen dar. Solche Bauverpflichtungen dienen der Erfüllung von im Interesse der Allgemeinheit liegenden öffentlichen Aufgaben. Bei ihnen stehen daher ideelle Interessen im Vordergrund (OLG Hamm, JurBüro 1994, 555; Rpfleger 1982, 315). Insoweit kann es zu keiner anderen Beurteilung führen, wenn an die Stelle der Kommune selbst eine mit der Durchführung der Stadtentwicklung beauftragte Vermittlungsgesellschaft tritt. Es muss hier der Grundsatz gelten, dass wesentlich Gleiches nicht ungleich behandelt werden darf. (...)

Soweit der Notar darauf hinweist, dass die LEG neben dem ideellen Interesse vor allem ein vitales wirtschaftliches Interesse an der vertragsgemäßen Bebauung habe, da sie selbst andernfalls gegenüber der Stadt M schadenersatzpflichtig werden würde, was werterhöhend zu berücksichtigen sei, vermag ich dieser Auffassung nicht zu folgen. Die in den Verträgen jeweils ebenfalls vereinbarte Vertragsstrafe von bis zu 40 % des Grundstückswertes trägt dem eventuellen Eintritt der Schadenspflicht Rechnung.

Begründet werden kann ein Abweichen vom Regelwert auch nicht mit der vereinbarten Zahlungsverpflichtung, die in § 7 des Vertrages geregelt worden ist. Nach dem Wortlaut des Vertrages handelt es sich insoweit um eine Vertragsstrafe. Wertmäßig hat diese Vereinbarung keinen Einfluss auf den Kostensatz, da § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO Vertragsstrafen ausdrücklich als nicht werterhöhend anführt (LG Münster, Beschluss vom 3.8.2000, 5 T 385/00).“

Zusammenfassend hat die Kammer ausgeführt, dass mit der Bauverpflichtung seitens der LEG überwiegend ein ideelles Interesse verfolgt werde, so dass es bei einem Geschäftswert von 5.000 DM, also dem Regelwert nach § 30 Abs. 2 KostO, verbleiben müsse. (...)

Nachdem der beteiligte Notar seine Kostenrechnung in formeller Hinsicht berichtet hat, ist Gegenstand des Verfahrens der weiteren Beschwerde nur noch die Frage, wie die von den Beteiligten zu 2) übernommene Bauverpflichtung zu bewerten ist. Eine vom Käufer übernommene Bauverpflichtung ist regelmäßig als zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 2 KostO anzusehen und daher wertmäßig dem Kaufpreis hinzuzurechnen, sofern sie von eigenem wirtschaftlichem oder ideellem Wert ist (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723 = Rpfleger 1994, 520 m. w. N.). Nach allgemein anerkannter Auffassung ist für die Bewertung einer solchen Bauverpflichtung allein das Interesse des Berechtigten, demgegenüber die Verpflichtung übernommen worden ist, an der Errichtung des Gebäudes maßgebend (Senat, JurBüro 1979, 420; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 30 Rdnr. 14; *Göttlich/Mümmler*, KostO, 14. Aufl., „Bauverpflichtung“ Anm. 2). Das Interesse des Verkäufers kann wirtschaftlicher oder ideeller Art oder aus beiden Gesichtspunkten zusammengesetzt sein. Im ersten Fall ist der Wert nach freiem Ermessen gemäß § 30 Abs. 1 KostO, im zweiten Fall gemäß § 30 Abs. 2, Abs. 3 KostO und im dritten Fall durch Zusammenrechnen der Werte beider Interessen zu bestimmen (Senat, JurBüro 1979, 420; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., Rdnr. 17).

Der Senat hat sich bereits in seinem Beschluss vom 1.4.1982 (15 W 98/81 = Rpfleger 1982, 315) im Zusammenhang mit einer von einer Gemeinde beim Grundstücksverkauf dem Erwerber auferlegten Bauverpflichtung mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ihre Charakterisierung als Verfolgung vermögensrechtlicher Interessen zulässt. Dabei hat sich der Senat der Auffassung angeschlossen, dass von einem vermögensrechtlichen Interesse dann nicht auszugehen ist, wenn bei der Erfüllung von im Interesse der Allgemeinheit liegenden öffentlichen Aufgaben ideelle Interessen eindeutig im Vordergrund stehen gegenüber dem Interesse an der Erlangung wirtschaftlicher Vorteile (vgl. auch OLG Köln, JurBüro, 1986, 589; SchlHOLG, JurBüro 1974, 1416; KG, Rpfleger 1968, 298; OLG Stuttgart, Rpfleger 1964, 132). An diesen Grundsätzen hat der Senat in seinem Beschluss vom 12.4.1994 (15 W 161/93; JurBüro 1994, 555), der die Übernahme einer Investitionsverpflichtung gegenüber der Treuhandanstalt betraf, festgehalten. Er sieht auch weiterhin keinen Anlass, davon abzuweichen.

Zwar ist auf der Grundlage dieser Rechtsprechung eine gegenüber einer Gemeinde übernommene Bauverpflichtung, mit der die Gemeinde öffentliche Aufgaben der städtebaulichen Entwicklung und der Wohnraumversorgung verfolgt, mit dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO zu bewerten, falls keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Abweichung vom Regelwert gegeben sind (vgl. auch OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 30 Rdnr. 14 a). Diese Rechtsprechung lässt sich jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen.

Der Senat hält bereits den rechtlichen Ausgangspunkt der Erwägungen der Kammer nicht für hinreichend tragfähig.

Die LEG ist bei der Erschließung und der Veräußerung der Einzelgrundstücke des Baugebiets in M als Vorhabenträger im Sinne des § 7 BauGBMaßnG tätig geworden. Diese Vorschrift bewirkt, dass der Vorhaben- und Erschließungsplan zwar Bestandteil der von der Gemeinde aufzustellenden Satzung wird, sich die Gemeinde jedoch von der Durchführung dieses Planes (insbesondere hinsichtlich der kostenintensiven Erschließung) vollständig zurückzieht und diese dem privat-rechtlich und mit Gewinnerzielungsabsicht tätigen Vorhabenträger überlässt. Dieser ist bei der Durchführung der Maßnahme nicht mit öffentlichen Aufgaben der Gemeinde Beauftragter, sondern führt das Vorhaben eigenverantwortlich auf eigene Rechnung und eigenes Risiko durch. Aus dem Durchführungsvertrag mit der Gemeinde ergeben sich lediglich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die eigenwirtschaftliche Tätigkeit des Vorhabenträgers. Für die Bewertung der Tätigkeit des Vorhabenträgers ist die Geschäftsstruktur des Unternehmensträgers ohne Belang. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob als Vorhabenträger ein ausschließlich mit privatem Kapital ausgestattetes Unternehmen oder – wie hier – die LEG als eine GmbH tätig wird, deren Kapitalanteile mittelbar überwiegend von dem Land Nordrhein-Westfalen gehalten werden. Nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag der LEG ist diese ein Unternehmen, das seine Geschäfte nach kaufmännischen und privatwirtschaftlichen Grundsätzen führt, also im Rahmen seines Unternehmensgegenstandes – u. a. der Durchführung städtebaulicher Erschließungs- und Entwicklungsmaßnahmen – auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist.

Schon aus diesem Grund kann nicht angenommen werden, dass die in dem Grundstückskaufvertrag der Beteiligten zu 2) mit der LEG vereinbarte Bauverpflichtung schwerpunktmäßig dem öffentlichen Interesse der Gemeinde, etwa an einer zügigen und geschlossenen Entwicklung des neuen Baugebiets, dient. Einen Berührungspunkt mit diesem Interesse der Gemeinde hat dasjenige der LEG als Vorhabenträger nur insoweit, als die vereinbarte Bauverpflichtung auch dem Zweck dient, sicherzustellen, dass die LEG ihre eigene, in dem Vertrag mit der Gemeinde übernommene Verpflichtung zur Durchführung der Maßnahme innerhalb einer bestimmten Frist erfüllen kann. Ob bereits dieses Interesse in der Form der Abwälzung einer eigenen Verpflichtung gegenüber Dritten als ein solches vermögensrechtlicher Art zu bewerten ist (vgl. dazu Senat, JurBüro 1979, 419), kann in dem vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, weil es die abschließende Bewertung nicht trägt. Entscheidend ist vielmehr, dass die in allen Grundstückskaufverträgen vereinbarte Bauverpflichtung in dem Vermarktungskonzept der LEG eine maßgebende Rolle spielt. Dieses ist darauf gerichtet, dass die einzelnen Bauvorhaben innerhalb des Neubaugebiets in einem beschränkten zeitlichen Rahmen und – davon abhängig – die Erschließungsanlagen fertig gestellt werden sollten. So ist in dem Vertrag die Verpflichtung der LEG zur endgültigen Her-

stellung der Erschließungsanlage durch den Endausbau der Privatstraße davon abhängig, dass alle Baukörper in der Zeile fertig gestellt sind, so dass durch Schwerlastverkehr keine Schäden mehr verursacht werden können. Dieses Interesse entspricht demjenigen der einzelnen Erwerber, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt den vollen Wohnwert ihres Grundstücks und des von ihnen errichteten Gebäudes nutzen zu können, ohne Beeinträchtigungen durch Baustellen in der Nachbarschaft oder die fehlende Fertigstellung der Erschließungsanlagen hinnehmen zu müssen. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Bereitschaft von Interessenten zum Kauf eines Baugrundstücks mit einer für alte Erwerber vereinbarten Bauverpflichtung erhöht wird und damit die Vermarktungsaussichten für die LEG gefördert werden. Die LEG hat daher an der Erfüllung der vereinbarten Bauverpflichtung ein eigenes wirtschaftliches Interesse.

Nach alledem hätte das Landgericht das wirtschaftliche Interesse der LEG im Rahmen des § 30 Abs. 1 KostO berücksichtigen müssen. Nach dieser Bestimmung ist der Wert, sofern er sich nicht aus den Vorschriften der KostO ergibt und auch sonst nicht feststeht, nach freiem Ermessen zu bestimmen. In die danach gebotene Ermessensüberprüfung (vgl. dazu *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O., § 156 Rdnr. 65; KG, DB 1994, 316) ist das Landgericht nicht eingetreten. Gleichwohl kann der Senat an Stelle des Landgerichts eine eigene Entscheidung treffen, weil weitere tatsächliche Ermittlungen nicht veranlasst sind und sich ergibt, dass die Ermessensausübung des Notars nicht zu beanstanden ist (vgl. *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 156 Rdnr. 67).

Wonach das wirtschaftliche Interesse des Verkäufers an einer Bauverpflichtung zu bewerten ist, kann im Einzelfall verschieden sein. Vielfach wird den voraussichtlichen Baukosten (vgl. Pfälz. OLG Zweibrücken, JurBüro 1999, 265; OLG Köln, JurBüro 1986, 590) und dem Grundstückswert (vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723) – von Ausnahmefällen abgesehen (vgl. z. B. BayObLG, MittBayNot 1995, 488) – keine Bedeutung als Bewertungsmaßstab beigemessen, da nicht ersichtlich sei, wie an diesen Kosten das Erfüllungsinteresse des Verkäufers gemessen werden könne. Erkenntnisse über den Wert des Verkäuferinteresses an der Bauverpflichtung lassen jedoch die für den Fall ihrer Nichteinhaltung getroffenen Vereinbarungen zu (vgl. BayObLG, MittBayNot 1993, 226 mit Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse München; *Göttlich/Mümmeler*, a. a. O., „Bauverpflichtung“ Anm. 2). Nach der Regelung im Kaufvertrag hat die LEG bei Nichterfüllung der Bauverpflichtung ein Rücktrittsrecht, welches zur Rückübertragung des Grundstücks gegen Rückzahlung des Grundstückskaufpreises sowie im Falle einer Bebauung zusätzlich gegen Erstattung von 85 % der Herstellungskosten führt. Wegen der im Normalfall geringen Wahrscheinlichkeit der Ausübung des Rücktrittsrechts erscheint es angemessen, der Bewertung nur einen Teilwert des von der LEG im Falle des Rücktritts aufzuwendenden Betrages zugrunde zu legen (vgl. vorstehende Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse München). Einen danach angemessenen Teilwert hat der Notar jedenfalls nicht überschritten, indem er der Bewertung der Bauverpflichtung einen Bruchteil des Aufwandes für Grundstück einschließlich Erschließung und Baukosten von 6 % bzw. für die Baukosten von 11,5 % zugrunde gelegt hat.

15. KostO §§ 36 Abs. 2, 39 Abs. 4, 44 Abs. 2 a (*Wertansatz bei Verschmelzung mehrerer Gesellschaften*)

**Werden mehrere rechtlich voneinander unabhängige Verschmelzungen in einer Urkunde beurkundet, weil der aufnehmende Rechtsträger bei jeder Verschmelzung derselbe war, sind die Werte der einzelnen Verschmelzungen gem. § 44 Abs. 2 a KostO zusammenzuzählen, wobei der Höchstwert des § 39 Abs. 4 KostO mehrfach anfallen kann. Eine nochmalige Kappung der Summe dieser Werte gem. § 39 Abs. 4 KostO scheidet aus.**

OLG Hamm, Beschluss vom 18.3.2003, 15 W 268/01; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der beteiligte Notar beurkundete einen Verschmelzungsvertrag, durch den vier bis dahin selbständige Gesellschaften ihr jeweiliges Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten und unter Auflösung ohne Abwicklung auf die Beteiligte zu 2) übertrugen. Für diese Beurkundung hat der Beteiligte zu 1) der Beteiligten zu 2) die Kostenberechnung vom 29.1.1999 erteilt. Dieser Kostenberechnung hat er einen Geschäftswert von 27.313.533,92 DM zugrunde gelegt, der sich aus Beträgen in Höhe von 5.362.936,00 DM, zweimal 10.000.000,00 DM und 1.950.597,92 DM zusammensetzt. Anlässlich einer routinemäßigen Notarprüfung hat die Präsidentin des LG den Notar angewiesen, den ihrer Meinung nach überhöhten Geschäftswertansatz gemäß § 156 Abs. 5 KostO a. F. auf die richtige Anwendung des § 39 Abs. 4 KostO überprüfen zu lassen. Dieser Anweisung liegt die Auffassung zugrunde, dass der Gesamtgeschäftswert der Beurkundung gemäß § 39 Abs. 4 KostO auf 10.000.000,00 DM zu begrenzen sei. Die Beteiligte zu 2) hat sich hingegen mit der Berechnungsweise des Notars ausdrücklich einverstanden erklärt.

Das Landgericht hat sich der Auffassung der Landgerichtspräsidentin angeschlossen und die angefochtene Kostenrechnung aufgehoben, soweit sie den Betrag von 35.237,78 DM übersteigt. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 156 Abs. 5 KostO a. F. zulässigen Anweisungsbeschwerde ausgegangen. Indessen hält die Sachentscheidung der Kammer rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass der Auslegung der Dienstaufsichtsbehörde zu der Bestimmung des § 39 Abs. 4 KostO, die auf Verschmelzungsverträge Anwendung finde, zu folgen sei. Anknüpfungspunkt für die Entstehung eines Gebührenanspruchs sei nach § 7 KostO die auftragsgemäße Erledigung eines gebührenpflichtigen Geschäfts. Darunter sei die Verwirklichung eines gebührenpflichtigen Tatbestandes zu verstehen. Jedes Geschäft löse, auch wenn es aus mehreren Elementen zusammengesetzt sei, jeweils einen einheitlichen Gebührenanspruch aus, dessen Höhe sich gemäß § 18 Abs. 1 KostO nach dem anhand der dafür einschlägigen Vorschriften zu bestimmenden Wert des Geschäftsgegenstandes richte. Vorliegend sei dem Beteiligten zu 1) die Beurkundung einer Reihe von Erklärungen mehrerer Rechtsträger aufgetragen worden, durch die die Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu 2) zu den vier übertragenden Gesellschaften neu geordnet worden seien. Dies sei entsprechend den getroffenen Vereinbarungen in der Form geschehen, dass alle Erklärungen in einem einheitlichen Beurkundungsvorgang in einer einheit-



lichen Urkunde zusammengefasst worden seien. Die Beurkundungstätigkeit des Beteiligten zu 1) habe deshalb als in sich einheitliches Geschäft auch nur einen einheitlichen Gebührenanspruch nach § 36 Abs. 2 KostO ausgelöst. Der Wert dieses Geschäfts sei zunächst wie üblich nach den allgemeinen Regeln zu bestimmen. Demnach sei zunächst der Wert jeder einzelnen der insgesamt vier Verschmelzungsvereinbarungen für sich zu bestimmen. Diese einzelnen Werte seien sodann, da es sich um mehrere, nicht deckungsgleiche Erklärungen verschiedener Rechtsträger, also verschiedene Gegenstände im Rechtssinne handele, die aber als Beurkundung von Verträgen alle demselben Gebührensatz unterlägen, gemäß § 44 Abs. 2 a KostO zusammenzurechnen. Aus dem sich daraus ergebenden Gesamtwert sei sodann die für alle Verträge zusammen anfallende einheitliche Gebühr zu bestimmen. Die einzelnen Teile der Beurkundung lösten also bei einer solchen Gestaltung keine selbständigen Gebührenansprüche aus. Ihre Werte gingen vielmehr als bloße Rechnungsposten in dem aus allen Einzelwerten zusammenzurechnenden Gesamtwert der Beurkundung auf und würden dadurch ihre selbständige kostenrechtliche Bedeutung verlieren. Es komme deshalb für die Anwendung des § 39 Abs. 4 KostO nicht darauf an, ob die Urkunde als Verkörperung vier selbständiger Verschmelzungsverträge zu werten sei. Maßgebend sei allein der kostenrechtliche Aspekt, wonach es sich um eine einheitliche gebührenausslösende Tätigkeit handele, auch wenn sich ihr Wert aus einer Reihe von Einzelwerten zusammensetze. Da gemäß § 44 Abs. 2 a KostO nur dieser Gesamtwert für den Gebührenanspruch maßgebend sei, komme auch nur dieser Gesamtwert als Gegenstand der in § 39 Abs. 4 KostO angeordneten Wertbegrenzung auf maximal 10 Mio. DM in Betracht. Für die vom Beteiligten zu 1) angenommene Kappung der im Gesamtwert untergegangenen Einzelwerte sei kein Raum. Der Umstand, dass der Gesetzgeber für Anmeldungen eine Begrenzung des Gesamtwertes ausdrücklich angeordnet habe, rechtfertige keinen Gegenschluss. Schließlich begründe auch der Umstand, dass § 44 Abs. 2 a KostO dann nicht zum Tragen käme, wenn die einzelnen Verschmelzungen getrennt beurkundet worden wären, keine abweichende Auslegung. Maßgebend für die Gebührenberechnung seien immer das konkret übertragene Geschäft und dessen Erledigung. Hier sei aber unstrittig gerade eine einheitliche Beurkundung gewollt gewesen. Diese habe sich überdies schon im Interesse der größeren Klarheit und Übersichtlichkeit empfohlen, so dass der Beteiligte zu 1) möglicherweise schon von sich aus gem. § 17 Abs. 1 BeurkG auf diese Form der Beurkundung habe hinwirken müssen. Es sei daher mindestens zweifelhaft, ob seine Gebührenberechnung im Falle einer getrennten Beurkundung einem aus § 16 Abs. 1 KostO hergeleiteten Einwand hätte standhalten können. Die angefochtene Kostenrechnung sei demnach (...) zu ändern (...).

Zwar teilt der Senat den zutreffend begründeten Ausgangspunkt der landgerichtlichen Ausführungen, wonach die Beurkundungstätigkeit des Beteiligten zu 1) als in sich einheitliches Geschäft nur einen einheitlichen Gebührenanspruch nach § 36 Abs. 2 KostO auslösen kann. Jedoch stimmt der Senat in seiner Beurteilung des Zusammenwirkens der Regelungen in § 44 Abs. 2 a KostO und § 39 Abs. 4 KostO nicht mit der Kammer überein. Zunächst geht der Senat – ebenso wie die Kammer – davon aus, dass der Beurkundung vier verschiedene Gegenstände im Rechtssinne zugrunde lagen. Dafür spricht insbesondere, dass der Vertrag die jeweiligen Kommanditanteilentwicklungen nach den Verschmelzungen der einzelnen Gesellschaften gesondert wiedergibt, so dass trotz der einheitlichen Beurkundung deutlich bleibt, dass vier einzelne Verschmelzungsverträge zugrunde lagen. Der gesamte Verschmelzungsakt ist nicht als Rechtseinheit anzu-

sehen; vielmehr handelte es sich um rechtlich voneinander unabhängige Verschmelzungen, deren Zusammenbeurkundung nur deshalb erfolgte, weil der aufnehmende Rechtsträger bei jeder Verschmelzung derselbe war (vgl. dazu *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 39 Rdnr. 145). Da diese Einzelverträge alle dem gleichen Gebührensatz gemäß § 36 Abs. 2 KostO unterliegen, wird dieser gemäß § 44 Abs. 2 a KostO nur einmal berechnet, und zwar „nach den zusammengerechneten Werten“. Wie die danach benötigten jeweiligen Werte für einen Verschmelzungsvertrag nach dem Umwandlungsgesetz zu bestimmen sind, ergibt sich in Bezug auf deren Höchstgrenze aus § 39 Abs. 4 KostO, wonach der Wert nach der hier maßgeblichen Fassung der Vorschrift auf höchstens 10 Mio. DM anzunehmen ist. Unter Berücksichtigung dieser Kappung hat der Notar seiner Berechnung die jeweiligen Einzelwerte zutreffend zugrunde gelegt. Für eine nochmalige Kappung der Summe dieser Einzelbeträge nach § 39 Abs. 4 KostO bietet diese Bestimmung keinen Raum. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Vorschrift die Frage der Gesamtbewertung mehrerer in einer gemeinsamen Urkunde beurkundeten Verträge, die verschiedene Gegenstände im Rechtssinne bilden, regelt. Vielmehr ist die Frage der Bewertung einer einheitlichen Beurkundung gegenstandsverschiedener Erklärungen der besonderen Regelung in § 44 Abs. 2 a KostO vorbehalten. Dementsprechend wird in der kostenrechtlichen Literatur die zutreffende Auffassung vertreten, dass bei Gegenstandsverschiedenheit von Verschmelzungen die Werte der einzelnen Verschmelzungen zusammenzuzählen sind und der Höchstwert des § 39 Abs. 4 KostO mehrfach anfallen kann (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O., § 39 Rdnr. 145, 146 m. w. N.; zur Kettenverschmelzung *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Juli 2002, § 39 Rdnr. 53, und Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl., Rdnr. 548). Die auch sonst einwandfreie Kostenrechnung des Notars hat demnach Bestand.

## Steuerrecht

16. AO § 39 (*Wirtschaftliches Eigentum an einem im Übergabevertrag nicht aufgeführten Grundstück*)

**Auch wenn ein Grundstück im notariellen Übergabevertrag nicht aufgeführt ist, steht es im wirtschaftlichen Eigentum des Erwerbers, wenn im Vertrag die Übertragung aller Aktiva und Passiva vereinbart ist, die Beteiligten dementsprechend verfahren und auch dementsprechend bilanzieren. (Leitsatz der Schriftleitung)**

FG Baden-Württemberg, Gerichtsbescheid vom 10.2.2003, 13 K 254/99, rkr.

Streitig ist die Erfassung eines Entnahmegewinns für ein (zunächst) nicht übertragenes Flurstück (Flst.) im geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr 1994.

Die Kläger wurden für das Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kl. betrieb bis Ende 1993 ein Einzelunternehmen. Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge wurde das Unternehmen durch notariellen Übergabevertrag vom 29.12.1993 mit Wirkung zum 1.2.1994 auf den Sohn zu einem Kaufpreis von 150.000 DM übertragen. Nach § 1 des Vertrages sollte das „gesamte ... Unternehmen ... mit allen Aktiven und Passiven, also dem gesamten Betriebsvermögen, wie es bilanziert ist“, übergeben werden. Im Anschluss daran heißt es weiter: „Zum Unternehmen gehört der folgende Grundbesitz: das Teileigentum bestehend aus Miteigentumsanteil von 244/1.000 ... an dem Grundstück der Gemarkung B, Flst.

2031/12 ...-straße, 10,90 ar, Gebäude- und Freifläche, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten gewerblichen Räumen samt Lagerhalle und Abstellraum im Erdgeschoss sowie Kellerraum im Untergeschoss. G., der Eigentümer des Flst. 2031/12 ist, hat durch Teilungserklärung gemäß § 8 WEG dieses neu zu bildende Grundstück aufgeteilt in Wohnungs- und Teileigentum ... und das hier veräußerte Teileigentum gebildet ... Das Unternehmen wird übergeben mit allen Aktiven und Passiven mit Wirkung zum 2.1.1994 entsprechend der Bilanz zum 31.12.1993.“ Bilanziert als Betriebsvermögen waren in der Schlussbilanz auf den 31.12.1993 entsprechend dem Bericht über die Betriebsprüfung für den Zeitraum 1985–1987 vom 26.4.1990 die Flst. 2031/9, 2031/11 und 2031/12, und zwar jeweils mit einem Anteil von 48 %. Das Eigenkapitalkonto betrug laut Bilanz zum 31.12.1993 705.889,96 DM.

Der erstmalige Einkommensteuerbescheid für das Jahr 1994 behandelt den Übertragungsvorgang als unentgeltliche Betriebsübertragung. Der Sohn führte die Buchwerte der Grundstücke in seiner Bilanz fort. Die Bilanz der Kl. auf den 31.12.1993 enthält neben der Bilanzposition „Bebaute Grundstücke“ folgenden Vermerk des Bekl.: „Lt. tel. Auskunft von Herrn P wurde das Grundstück in Teileigentum aufgeteilt. Der gewerbliche Anteil wurde mit an den Sohn übertragen.“

Im Rahmen einer bei den Klägern für den Zeitraum 1993 und 1994 durchgeführten Außenprüfung stellte der Bekl. fest, dass das Flst. 2031/9 entgegen der Absicht und Annahme der Kläger nicht auf den Sohn übertragen worden war, und ermittelte hierfür einen Entnahmegewinn in Höhe von 45.850 DM. Der Beklagte änderte daraufhin nach § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Abgabenordnung (AO) die Einkommensteuerfestsetzung für das Streitjahr mit Bescheid vom 31.7.1998 und erfasste bei den Klägern Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 45.850 DM. Das Flst. wurde letztlich durch Übergabevertrag vom 11.9.1997 auf den Sohn mit  $\frac{2}{3}$  übertragen, wobei die Kläger von einer Übertragung von 48 % des bilanzierten Betriebsvermögens und weiteren 18,66 % als Schenkung ausgingen. Das Flst. stellt ausweislich eines im Rechtsbehelfsverfahren vorgelegten Lageplans die einzige Zufahrtsmöglichkeit zu den Laderampen und Lagerhallen des vom Sohn übernommenen Getränkehandels dar.

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Der geänderte Einkommensteuerbescheid ist rechtswidrig und verletzt die Kläger in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). (...)

#### II.

Bei der unentgeltlichen Betriebsübergabe werden die stillen Reserven im Betriebsvermögen gemäß § 7 Abs. 1 EStDV nicht aufgedeckt, sondern die Buchwerte vom Erwerber weitergeführt. Dies gilt auch, wenn die Gegenleistung niedriger als der Buchwert ist (vgl. *Schmidt/Wacker*, EStG, 20. Aufl., § 16 Rdnr. 35 ff. m. w. N. zur Rechtsprechung). Voraussetzung ist, dass mindestens die wesentlichen Grundlagen des Betriebes unentgeltlich übertragen worden sind. Dies ist im vorliegenden Fall unstreitig der Fall. Werden daneben Wirtschaftsgüter durch den Steuerpflichtigen zurückgehalten und anschließend in das Privatvermögen überführt, so sind die stillen Reserven insoweit nicht steuerbegünstigt aufzudecken (vgl. insoweit BFH, Urteil vom 19.2.1981, IV R 116/77, BStBl II 1981, 566). Entgegen der Auffassung des Bekl. ist das streitbefangene Flst. vorliegend jedoch nicht seitens des Kl. aufgrund der fehlenden notariellen Beurkundung ins Privatvermögen überführt worden, sondern war dem Sohn mit Wirkung vom 1.2.1994 als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen. Bei Grundstücken erlangt der Erwerber wirtschaftliches Eigentum regelmäßig ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner wirtschaftlich über das Grundstück verfügen kann. Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Erwerber übergegangen sind (vgl. u. a. BFH, Urteil vom 2.10.1987, VI R 65/84, BFH/NV 1988, 86). Dies gilt unabhängig von der Auflassung und Grundbucheintragung sowie vom tatsächlichen Abschluss eines notariellen Vertrages (vgl. BFH, Urteil

vom 25.6.1974, VIII R 163/71, BStBl II 1975, 431). Ebenso kommt es für die Buchung und Bilanzierung von Abgängen bei Grundstücken nicht entscheidend auf den Zeitpunkt des rechtlichen Eigentumsübergangs, sondern vielmehr darauf an, ob das Grundstück wirtschaftlich noch dem Veräußerer oder schon dem Vermögen des Übernehmers zuzurechnen ist. Deshalb ist beim Abschluss von Veräußerungsverträgen im Allgemeinen von einer Zurechnung beim Erwerber von dem Zeitpunkt ab auszugehen, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner wirtschaftlich über das Grundstück verfügen kann; das ist eben in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten auf den Käufer übergegangen sind (so BFH, Urteil vom 13.10.1972, I R 213/69, BStBl II 1973, 209).

Für den Streitfall folgt daraus, dass der Sohn bereits mit dem Übergabevertrag und vor der eigentlichen zivilrechtlichen Eigentumsübertragung als wirtschaftlicher Eigentümer des bilanzierten Anteils am Flst. 2031/9 anzusehen ist. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Übergabevertrages wurde das Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven übertragen, mithin sollte auch der streitbefangene bilanzierte Grundstücksanteil übertragen werden. Mit der Übergabe gingen die Nutzungen, die Lastentragung und die Gefahr für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung sowie die Verkehrssicherungspflichten auf den Sohn über. Tatsächlich war der übergebene Betrieb auch ohne die Zufahrt über das streitbefangene Flst. nicht nutzbar und wurde die ganze Zeit über auch vom Sohn des Kl. entsprechend genutzt. Auch gingen [sowohl] der Kl. als auch sein Sohn unstreitig davon aus, dass das Flst. bereits mit dem Übergabevertrag hinsichtlich des bilanzierten Teils übertragen worden ist, was sich nicht zuletzt aus der kongruenten Bilanzierung ergibt. Nichts anderes folgt schließlich aus der Tatsache, dass bei der dann nachgeholt Eigentumsübertragung im Jahr 1997 lediglich  $\frac{2}{3}$  des Flst. auf den Sohn des Kl. übertragen worden sind. Hierbei ist nämlich zu berücksichtigen, dass nur 48 % des Flst. im Betriebsvermögen bilanziert waren, so dass eine 100%ige Übertragung auf den Sohn auch dem Willen der Vertragsparteien im Übertragungsvertrag nicht entsprochen hätte. Der zusätzliche, schenkweise zugewendete Anteil aus dem Privatvermögen kann insoweit zu keiner Negation des wirtschaftlichen Eigentums hinsichtlich des bilanzierten Anteils am Betriebsvermögen führen, da jedenfalls Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten an dem bilanzierten Anteil auf den Sohn übergegangen sind.

Die Frage der Anwendbarkeit des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO ist nach Ansicht des erkennenden Senats aufgrund der abweichenden Zurechnung im Streitfall nicht entscheidungserheblich, so dass die Frage im Ergebnis unerörtert bleiben konnte.

#### 17. GrEStG § 1 Abs. 2 (Verwertungsbefugnis bei Immobilien-Leasingvertrag)

#### Zum Vorliegen einer Verwertungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG durch den Abschluss eines Immobilien-Leasingvertrages. (Leitsatz der Schriftleitung)

FG Köln, Urteil vom 19.3.2003, 5 K 5873/98

Die Klägerin, eine GmbH, war Eigentümerin eines unbebauten Grundstücks. Mit notariellem Vertrag schloss sie mit der Q. KG für das Grundstück eine Vereinbarung mit folgenden Vertragsteilen ab: Teil A Erbbaurechtsvertrag, Teil B Immobilien-Leasingvertrag und Teil C Ankaufsrechtsvertrag.

Nach dem Erbbaurechtsvertrag räumte die Klägerin der Q. KG ein Erbbaurecht an einer noch zu vermessenden Teilfläche aus dem Grundstück für die Dauer von 60 Jahren ein. Besitz, Nutzungen, Lasten und die Gefahr sollten sofort auf die Q. KG übergehen. Die Q. KG sollte berechtigt sein, aufgrund des Erbbaurechts einen Technologie-Park zu erbauen. Ferner wurde der Q. KG ein dinglich gesichertes Vorkaufsrecht an dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück eingeräumt. Darüber hinaus vereinbarten die Vertragsbeteiligten, dass die Klägerin die Übertragung des Erbbaurechts (Heimfall) auf sich oder einen von ihr zu benennenden Dritten vor Ablauf der vereinbarten Dauer des Erbbaurechts auf Kosten der Q. KG verlangen könne, wenn a) die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Erbbaurechts angeordnet werde, b) über das Vermögen der Q. KG das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt werde oder c) die Q. KG mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe zweier Jahresraten in Rückstand sei. Für den Fall, dass die Klägerin von ihrem Heimfallanspruch Gebrauch machen sollte oder das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlöschen würde, sollte die Klägerin der Q. KG zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet sein. Die Entschädigung sollte dem Verkehrswert, mindestens jedoch dem linearen Restbuchwert der Gebäude und baulichen Anlagen zum Zeitpunkt des Heimfalls bzw. zum Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechts entsprechen.

Nach Teil B der notariellen Vereinbarung sollte die Q. KG auf dem streitigen Grundstück einen Technologie-Park nach den betrieblichen Belangen der Klägerin errichten. Ferner war in der notariellen Vereinbarung festgehalten, dass die Q. KG der Klägerin den noch zu errichtenden Technologie-Park vermietet entsprechend einem zwischen den Vertragsbeteiligten zustande gekommenen privatschriftlichen Immobilien-Leasingvertrag. Dieser hatte u. a. folgende Bedingungen: Die Q. KG vermietete das Erbbaurecht einschließlich der zu errichtenden Gebäude an die Klägerin. Die Mietzeit sollte 22,5 Jahre betragen. Die Übernahme des Leasingobjektes durch die Klägerin sollte nach dessen Fertigstellung erfolgen. Die zu zahlende Miete sollte sich nach den Gesamtinvestitionskosten bemessen, die vorläufig mit ... DM angegeben wurden. Nach der Zusatzvereinbarung Nr. 1 zum Immobilien-Leasingvertrag sollte die Mietkalkulation gewährleisten, dass der Mietwert (Barwert der zu zahlenden Mieten, Verwaltungskostenbeiträge und der kalkulatorische Restwert zum Ende der Mietzeit) 97 v. H. der Gesamtinvestitionskosten zum Mietbeginn entsprechen sollte. Die Jahresmieten sollten sich nach einem genau bestimmten Aufschlag (rund 1 v. H.) auf den Referenzzinssatz ausgehend von den Gesamtinvestitionskosten bemessen. Der vorläufige kalkulatorische Restwert am Ende der Mietzeit sollte bei ... DM liegen. Die Kosten sollten nach Fertigstellung konkret abgerechnet werden. Nach Ziffer 9 hatte der Leasinggeber die Gefahr des zufälligen ganzen oder teilweisen Untergangs und der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Leasingobjektes zu tragen, sofern diese nicht vom Leasingnehmer zu vertreten sei. In den Fällen des ganzen oder teilweisen Untergangs des Leasingobjektes, seiner ganzen oder teilweisen Zerstörung oder des ganzen oder teilweisen längerfristigen Nutzungsausschlusses, soweit jeweils zufällig eingetreten, sollte der Leasinggeber zum Wiederaufbau bzw. zur Beseitigung der Beschädigung bzw. des Nutzungsausschlusses nur insoweit verpflichtet sein, wie ihm hierfür ausreichende Versicherungsleistungen und/oder sonstige Leistungen Dritter zufließen würden. Reichten diese zur Wiederherstellung des Leasingobjektes nicht aus, so sollte der Leasingvertrag spätestens zwei Monate nach Eintritt des Schadensereignisses enden. Nach Ziffer 9 Punkt 8 sollte für das Leasingobjekt eine Grundstückshaftpflicht-, Bauherrenhaftpflicht-, Bauleistungs- und Rohbaufeuerversicherung abgeschlossen werden. Ab dem Zeitpunkt der Übernahme sollte für das fertig gestellte Leasingobjekt eine Gebäude-Feuerversicherung und eine All-risks-Versicherung zum gleitenden Neuwert abgeschlossen werden. Die Versicherungen sollten vom Leasinggeber in Abstimmung mit dem Leasingnehmer abgeschlossen werden. Die Kosten der Versicherungen sollte allein der Leasingnehmer tragen (Ziffer 9 Punkt 10). Den Vertragsbeteiligten sollte nach Ziffer 13 Punkt 1 ein Kündigungsrecht nur aus wichtigem Grunde zustehen.

Weiterhin vereinbarten die Vertragsbeteiligten mit der notariellen Urkunde ein Ankaufsrecht in Form eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages. Dieser enthielt ein Ankaufsrecht zugunsten der Klägerin an dem Erbbaurecht einschließlich der aufstehenden Gebäude. Die Erklärung über die Ausübung des Ankaufsrechts sollte zum Ende der Mietzeit möglich sein. Der Kaufpreis sollte dem kalkulatorischen Restwert des Leasingobjektes nach dem abgeschlossenen Immobilien-Leasingvertrag entsprechen. Darüber hinaus vereinbarten die

Vertragsbeteiligten zu Gunsten der Klägerin ein außerordentliches Ankaufsrecht für den Fall, dass a) über das Vermögen der Q. KG ein Vergleichs- oder Konkursverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden sei, b) der Leasingvertrag gemäß Ziffer 9 Punkt 4 der Allgemeinen Bedingungen zum Immobilien-Leasingvertrag endete oder c) der Leasingvertrag von der Klägerin aus wichtigem Grunde wirksam gekündigt würde. Für diesen Fall sollte der Kaufpreis dem Barwert der bis zum Ende der Mietzeit noch zu leistenden Mieten und Verwaltungskostenbeiträge zuzüglich dem Barwert des kalkulatorischen Restwertes des Leasingobjektes zum Ende der Mietzeit entsprechen. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts bewilligte und beantragte die Q. KG zugunsten der Klägerin die Eintragung einer Auflassungsvermerkung.

Am 21.4.1997 erließ der Beklagte einen auf § 1 Abs. 2 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) gestützten vorläufigen Grunderwerbsteuerbescheid, wobei er als Bemessungsgrundlage die nach dem Immobilien-Leasingvertrag vorläufig festgelegten Gesamtinvestitionskosten ansetzte. Hiergegen wendet sich die Klägerin; sie macht geltend, der Beklagte sei zu Unrecht vom Vorliegen einer Verwertungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 GrEStG ausgegangen.

#### *Aus den Gründen:*

Die Klage ist nicht begründet. Der Beklagte hat zu Recht entschieden, dass der Leasingvertrag vom ... in Verbindung mit dem notariellen Vertrag vom ... ein Rechtsvorgang ist, der der Grunderwerbsteuer unterliegt. Denn im Streitfall liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GrEStG vor.

Nach dieser Vorschrift unterliegen der Grunderwerbsteuer Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen als dem Eigentümer rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn es einem Dritten (= Nichtgrundstückseigentümer) rechtlich oder wirtschaftlich ermöglicht wird, über ein bestimmtes Grundstück wie ein Eigentümer zu verfügen. Verfügungsmöglichkeit in diesem Sinne bedeutet, dass er das Grundstück mit Auswirkung zu seinen Lasten und Gunsten besitzen, verwalten, nutzen, belasten und schließlich veräußern kann, ohne dass jeweils alle für das juristische Eigentum charakteristischen Rechte übertragen werden müssten (vgl. BFH, Urteil vom 17.1.1996, II R 47/93, BFH/NV 1996, 579). Dem „Erwerber“ des Grundstücks müssen diesbezügliche Einwirkungsmöglichkeiten gewährt werden, die über diejenigen eines Pächters hinausgehen, aber andererseits nicht die Stellung eines Eigentümers erreichen, was nur dann gegeben ist, wenn dem „Erwerber“ über die bloßen Besitz- und Nutzungsrechte hinaus Einwirkungsmöglichkeiten auf den ganzen Substanzwert des Grundstücks bzw. – wie im Streitfall – des grundstücksgleichen Rechts gewährt werden (vgl. BFH, Urteil vom 29.7.1998, II R 71/96, BStBl II 1999, 796). Dem (unbeschränkten) Eigentümer eines Grundstücks stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Verwertung zur Verfügung, nämlich die Nutzung und die Veräußerung. Dem entsprechend kann der Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG auch dadurch verwirklicht werden, dass einem Nichteigentümer eine Kombination aus Nutzungs- und Veräußerungsbefugnis an einem Grundstück gewährt wird, die noch nicht dem rechtlichen Eigentum gleicht, diesem aber wirtschaftlich nahe kommt (vgl. BFH, Urteil vom 12.12.1973, II R 29/69, BStBl II 1974, 251). Der Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG kann daher durch Umstände begründet werden, die teilweise dem einen, teilweise dem anderen Bereich der Verwertungsbefugnis zuzuordnen sind. Vereinbaren „Veräußerer“ und „Erwerber“ des Grundstücks (ausdrücklich oder konkludent), dass letztgenannter wirtschaftlicher Eigentümer sein soll, d. h., dass er alle wirtschaftlichen Vor- und Nachteile wie Lasten- und Gefahrtragung sowie alle Instandhaltungskosten

zu tragen hat, so kann dies ein Indiz für die Übertragung der Verwertungsbefugnis sein. Kann dem insoweit Berechtigten und Verpflichteten zudem die Nutzung des Grundstücks nicht durch Kündigung entzogen werden und kann er seinerseits jederzeit die Übereignung des von ihm benutzten Grundstücks verlangen, so ist regelmäßig § 1 Abs. 2 GrEStG erfüllt (vgl. BFH, Urteile vom 17.1.1996, II R 47/93, a. a. O., und vom 30.9.1998, II R 13/96, BFH/NV 1999, 666).

Der erkennende Senat folgt diesen Rechtsgrundsätzen der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung. Übertragen auf die hier vorliegende Vertragsgestaltung bedeutet dies, dass eine von § 1 Abs. 2 GrEStG erfasste Rechtsposition dann besteht, wenn dem Leasingnehmer (Klägerin) Befugnisse an dem Leasingobjekt (Gebäude) eingeräumt werden, die über die Befugnisse eines Pächters hinausgehen und ihm hinsichtlich Nutzung und Veräußerung eine einem Eigentümer nahe kommende Stellung geben.

Dies berücksichtigend erfüllt der zwischen der Klägerin und der Q. KG im Jahre 1996 zustande gekommene Leasingvertrag zusammen mit dem notariellen Vertrag vom ... diese Voraussetzungen.

Die Klägerin hat an dem streitigen Erbbaurecht, das nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG einem Grundstück gleichsteht, nicht nur ein obligatorisches Nutzungsrecht, sondern eine nicht entziehbare Rechtsposition, eine dingliche Anwartschaft, erworben, die es ihr erlaubt, unter Beachtung der übernommenen Verpflichtungen auch über die Substanz des Erbbaurechts zu verfügen. Zwar sollte die Klägerin einerseits das Leasingobjekt zunächst nur nutzen können und mangels eigener finanzieller Mittel nicht direkt die Eigentümerposition erlangen. Andererseits ist der Klägerin ein durch Vormerkung gesichertes Ankaufsrecht eingeräumt worden, das es ihr ermöglicht, das Leasingobjekt nach Ablauf der Grundmietzeit von 22,5 Jahren zu erwerben. Dieses Ankaufsrecht haben die Vertragsbeteiligten in Form eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages vereinbart. Um den Kaufvertrag wirksam werden zu lassen, bedarf es damit lediglich noch der entsprechenden Erklärung der Klägerin (sog. Gestaltungsrecht). Das Ankaufsrecht haben die Vertragsbeteiligten darüber hinaus zugunsten der Klägerin durch Eintragung einer Vormerkung dinglich sichern lassen. Damit kann der Klägerin das Optionsrecht von Dritten nicht mehr streitig gemacht werden.

Zwar kann die Klägerin bei normalem Verlauf des Leasingvertrages das Optionsrecht nicht jederzeit, sondern erst nach Ablauf der Grundmietzeit ausüben. Andererseits steht der Klägerin jedoch ein außerordentliches Ankaufsrecht für den Fall zu, dass über das Vermögen der Q. KG ein Vergleichs- oder Konkursverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. Darüber hinaus ist ein außerordentliches Ankaufsrecht vereinbart für den Fall, dass der Leasingvertrag gemäß Ziffer 9.4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Q. KG (kein Wiederaufbau nach ganzer oder teilweiser Zerstörung des Leasingobjekts) endet oder der Leasingvertrag von der Klägerin aus wichtigem Grunde gekündigt wird. Hierdurch ist der Klägerin ein vorzeitiges Optionsrecht eingeräumt, sollte der Leasingvertrag durch Umstände, die der Q. KG zuzurechnen sind, vor Ablauf der Grundmietzeit enden.

Allerdings ist bis zum Ablauf der Grundmietzeit das von der Q. KG eingesetzte Kapital durch die Leasingraten noch nicht voll amortisiert. Denn für den Fall der Ausübung der Kaufoption haben die Vertragsbeteiligten nicht lediglich einen symbolischen Kaufpreis vereinbart, sondern vielmehr einen Kaufpreis in Höhe des kalkulatorischen Restwerts zum Ende der Grundmietzeit, der sich nach den Vereinbarungen der Ver-

tragsbeteiligten auf ... DM belaufen soll. Dieser Kaufpreis liegt mit rund 30 v. H. über dem Restbuchwert, jedoch ersichtlich unter dem Verkehrswert des Leasingobjekts zum Ende der Grundmietzeit. Denn der Senat geht davon aus, dass sich bei einem Verkauf des Leasingobjektes nach Ende der Grundmietzeit an einen Dritten aller Wahrscheinlichkeit nach ein erheblich höherer Kaufpreis erzielen ließe. Damit unterscheidet sich die Position der Klägerin deutlich von derjenigen eines Mieters oder Pächters, der sich nach Jahren der Anmietung bzw. Anpachtung zum Kauf des Objekts entschließt (vgl. hierzu auch BFH, Urteil vom 26.1.1970, IV R 144/66, BStBl II 1970, 264).

Die Klägerin ist durch den streitigen Leasingvertrag zudem an der Substanz des Leasingobjektes bei einem späteren Erwerb insoweit beteiligt, als sie an dessen Wertsteigerungen teilhaben kann und etwaige Wertminderungen zu tragen hat. Denn die von ihr insgesamt zu erbringenden Zahlungen sind ausschließlich nach den tatsächlichen Investitionskosten bemessen und unabhängig vom Wert des Leasingobjektes im Zeitpunkt eines späteren Erwerbs. Liegt der Wert des Leasingobjekts zum Ende der Grundmietzeit über dem vereinbarten Optionspreis, wirkt sich dies zugunsten der Klägerin aus. Liegt er unterhalb des vereinbarten Optionspreises, so hat die Klägerin diesen Nachteil zu tragen.

Es kommt hinzu, dass sich die Grundmietzeit und die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer im Streitfall annähernd decken. Im Streitfall sind die Vertragsbeteiligten von einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von 25 Jahren ausgegangen. Diese Nutzungsdauer entspricht der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer von gewerblichen Objekten im Sinne des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG). Die im Streitfall vereinbarte Grundmietzeit von 22,5 Jahren beläuft sich damit auf 90 v. H. der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des streitigen Leasingobjektes und entspricht damit annähernd der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen die Gefahrtragung im Ergebnis der Klägerin obliegt. Zwar haben die Vertragsbeteiligten unter Ziffer 9.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, dass der Leasinggeber die Gefahr des zufälligen ganzen oder teilweisen Untergangs oder der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Leasingobjektes trägt, die nicht vom Leasingnehmer zu vertreten ist. Andererseits ist der Leasinggeber jedoch in diesen Fällen zum Wiederaufbau bzw. zur Beseitigung der Beschädigung verpflichtet. Damit die erforderlichen Mittel im Schadensfall vorhanden sind, haben die Vertragsbeteiligten den Abschluss einer Gebäude-Feuerversicherung sowie einer All-risks-Versicherung zum gleitenden Neuwert vereinbart (vgl. 9.8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Mit Ausnahme von Zerstörung des Leasingobjektes durch Krieg oder Naturkatastrophen sind somit alle denkbaren Risiken abgesichert. Die Versicherungsprämien hat insoweit allein die Klägerin zu tragen. Damit deckt sie jedoch im Ergebnis das Risiko des zufälligen Untergangs bzw. der Zerstörung des Leasingobjektes.

Nicht unberücksichtigt bleiben kann in diesem Zusammenhang auch, dass die vereinbarten Leasingraten sich nicht an der ortsüblichen Miete orientieren. Vielmehr orientieren sich die Leasingraten ausschließlich an den Gesamtinvestitionskosten der Q. KG. Diese beinhalten zu einem alle Kosten, die für den Grunderwerb einschließlich Nebenkosten, für die vertragsgemäß schlüsselfertige Herstellung des Leasingobjektes aufgewandt worden sind. Zum anderen beinhalten die Leasingraten aber auch die so genannten Mietnebenkosten. Hierunter fallen nicht nur die bei Mietverträgen sonst üb-

lichen Nebenkosten, sondern vielmehr auch Kosten wie die laufenden Leistungen aus dem abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag, die aus dem Leasingobjekt resultierende anteilige Vermögensteuer einschließlich Ertragsteuern, die Vermögensteuer etc. Damit aber hat die Klägerin alle Kosten zu tragen, die im Zusammenhang mit dem streitigen Leasingobjekt überhaupt entstehen können. Insoweit kann dahinstehen, ob – wie der Beklagte meint – im Streitfall die Netto-Leasingraten die ortsübliche Nettomiete übersteigen. Fest steht jedenfalls, dass nicht die ortsübliche Miete, sondern die Gesamtinvestitionskosten die Grundlage für die vereinbarten Leasingraten bildeten.

Im Streitfall ist auch davon auszugehen, dass die Klägerin aller Voraussicht nach nach Ablauf der Grundmietzeit das Leasingobjekt erwerben wird. Hierfür spricht nicht nur der bereits bei Abschluss des Leasingvertrages vereinbarte Ankaufspreis, der mit ... DM – wie bereits ausgeführt – unterhalb des Verkehrswertes des Leasingobjektes nach Ablauf der Grundmietzeit liegt. Es kommt hinzu, dass das streitige Leasingobjekt exakt nach den Wünschen der Klägerin erstellt worden ist und damit auf die Belange der Klägerin genau zugerichtet ist. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin nach dem abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf oder im Fall des so genannten Heimfalls verpflichtet ist, der Q. KG für das Leasingobjekt eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes zu zahlen. Dementsprechend dürfte die Klägerin ein nicht unerhebliches Inter-

esse am vorzeitigen Erwerb des Leasingobjektes zum Ende der Grundmietzeit haben. Ob die Klägerin das Leasingobjekt tatsächlich erwirbt, darauf kommt es nicht an.

Da nach den vorstehenden Überlegungen bereits vom Vorliegen einer Verwertungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG auszugehen ist, kann dahinstehen, welche Bedeutung im Streitfall den so genannten Leasing-Erlässen der Finanzverwaltung, insbesondere dem Immobilien-Teilamortisationsleasing-Erlass vom 23.12.1991 (BStBl I 1992, 13) zukommt. Diese Leasing-Erlässe sind ausschließlich zur einkommensteuerrechtlichen Beurteilung von Leasingverträgen ergangen und dürften für die hier vorliegende grunderwerbsteuerliche Beurteilung – wenn überhaupt – nur eine untergeordnete Rolle spielen. Dahingestellt bleiben kann ebenfalls, ob die von der Klägerin erworbene Position bereits das wirtschaftliche Eigentum im Sinne des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO begründet. Denn der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums ist nicht deckungsgleich mit dem grunderwerbsteuerlichen Begriff der Verwertungsbefugnis (vgl. *Fischer* in Boruttau, GrEStG, 15. Aufl., Vorb. 170).

Handelt es sich im Streitfall bei dem Leasingvertrag um einen Rechtsvorgang, der der Grunderwerbsteuer unterliegt, so sind alle Leistungen, die die Klägerin nach dem Leasingvertrag zu erbringen hat, als Gegenleistung im Sinne des § 9 GrEStG zu berücksichtigen (vgl. BFH, Urteil vom 17.1.1996, II R 47/93, BFH/NV 1996, 579).

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Schuldzinsen bei einem Darlehen für die Anschaffung eines teilweise vermieteten und teilweise selbstgenutzten Gebäudes bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; BFH-Urteil vom 9.7.2002 (BStBl 2003 II S. 389)

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 24.4.2003, IV C 3 – S 2211 – 55/03 (BStBl I S. 287)

Mit Urteil vom 9.7.2002 (BStBl 2003 II S. 389) hat der Bundesfinanzhof zum Schuldzinsenabzug bei der Anschaffung eines teilweise vermieteten und teilweise selbstgenutzten Gebäudes bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung Stellung genommen. Der Bundesfinanzhof ist mit seiner Entscheidung vom letzten Absatz des BMF-Schreibens vom 10.12.1999 (BStBl I S. 1130) abgewichen, wonach die Grundsätze für die Zuordnung von Schuldzinsen im Fall der Herstellung eines Gebäudes in Erwerbsfällen keine Anwendung finden. Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Anwendung der Urteilsgrundsätze wie folgt Stellung:

Die Rechtsgrundsätze über die Zuordnung von Schuldzinsen sind entsprechend dem Urteil vom 9.7.2002 in allen noch offenen Fällen anzuwenden. Die Ausführungen im letzten Absatz meines Schreibens vom 10.12.1999 sind insoweit überholt.

Bei der Aufteilung der Anschaffungskosten (und Anschaffungsnebenkosten) für die Zuordnung von Schuldzinsen ist zunächst eine gesonderte Zuordnung der Anschaffungskosten auf die jeweils eigenständige Wirtschaftsgüter bildenden Gebäudeteile erforderlich. Dies kann dadurch erfolgen, dass der Steuerpflichtige eine nach außen hin erkennbare Zuord-

nungsentscheidung trifft, beispielsweise durch Aufteilung des zivilrechtlich einheitlichen Kaufpreises im notariellen Kaufvertrag. Dieser Zuordnungsentscheidung ist steuerrechtlich zu folgen, soweit die Aufteilung nicht zu einer unangemessenen wertmäßigen Berücksichtigung der einzelnen Grundstücksteile führt.

Trifft der Steuerpflichtige keine nach außen hin erkennbare Zuordnungsentscheidung, sind die Anschaffungskosten den eigenständigen Wirtschaftsgütern anteilig zuzuordnen. Maßstab hierfür ist das Verhältnis der selbstgenutzten Wohn-/Nutzflächen des Gebäudes zu denen, die der Einkunftserzielung dienen (BFH-Urteil vom 27.10.1998, BStBl 1999 II S. 676).

Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Schuldzinsen und den gesondert zugeordneten Anschaffungskosten besteht nur dann, wenn dieser Teil der Anschaffungskosten tatsächlich mit den dafür aufgenommenen Darlehensmitteln gezahlt worden ist (BFH-Urteil vom 27.10.1998). Eine gesonderte Zahlung der zugeordneten Anschaffungskosten liegt auch vor, wenn der Steuerpflichtige diese Kosten mittels eines eigenständigen Darlehens auf ein Notaranderkonto überweist und der Notar den gesamten Kaufpreis vom Notaranderkonto auskehrt.

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für ein vom Steuerpflichtigen beruflich genutztes häusliches Arbeitszimmer, das als selbständiger Gebäudeteil zu behandeln ist.

Die vom Steuerpflichtigen vorgenommene tatsächliche Zuordnung von Darlehen bleibt auch maßgebend, wenn er später die vormals selbstgenutzte Wohnung vermietet.

Dieses BMF-Schreiben wird gleichzeitig mit dem BFH-Urteil vom 9.7.2002 im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

## 2. Körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft unter Berücksichtigung der Änderungen durch das Steuersenkungs- (StSenkG) und das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) – Sitzung KSt/GewSt VI/2002 TOP III/3

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26.8.2003, IV A 2 – S 2770 –18/03

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur Anwendung der Änderungen der Organschaftsregelungen durch das Steuersenkungsgesetz (StSenkG) vom 23.10.2000 (BGBl I S. 1433, BStBl I S. 1428) und durch das Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG) vom 20.12.2001 (BGBl I S. 3858, BStBl I 2002 S. 35) Folgendes:<sup>1</sup>

### A. Organträger

- 1 Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. mit Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 KStG kann Organträger nur noch ein einziges gewerbliches Unternehmen mit Geschäftsleitung im Inland sein. Eine Organschaft zu mehreren Organträgern ist nicht zulässig (vgl. Rdnr. 15 ff.).

#### I. Begriff des gewerblichen Unternehmens

- 2 Ein gewerbliches Unternehmen liegt vor, wenn die Voraussetzungen für einen Gewerbebetrieb im Sinne des § 2 GewStG erfüllt sind.
- 3 Eine eigene gewerbliche Tätigkeit des Organträgers ist nicht mehr erforderlich. Organträger kann auch eine gewerblich geprägte Personengesellschaft i. S. des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG<sup>2</sup> oder ein Unternehmen sein, das Gewerbebetrieb kraft Rechtsform ist.
- 4 Die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft gilt nach § 2 Abs. 2 GewStG stets und in vollem Umfang als Gewerbebetrieb, so dass auch eine bloß vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft und eine dauerdefizitäre Kapitalgesellschaft als Organträger in Betracht kommen.
- 5 Dies gilt nicht für einen dauerdefizitären Betrieb gewerblicher Art. Aufgrund fehlender Gewinnerzielungsabsicht erfüllt er nicht die allgemeinen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes i. S. von § 2 Abs. 1 Satz 2 GewStG.

#### II. Wegfall des Begriffs „inländisches“ Unternehmen

- 6 Der Organträger musste bisher seinen Sitz und seine Geschäftsleitung im Inland haben. Auf diesen doppelten

<sup>1</sup> Die Änderungen sind in dem KStG 2002 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (BGBl I S. 4144, BStBl I S. 1169) – KStG n. F. – und in dem GewStG 2002 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.2002 (BGBl I S. 4167, BStBl I S. 1192) – GewStG n. F. – enthalten. Das KStG 2002 ist zuletzt durch das Steuervergünstigungsabbaugesetz (StVergAbG) vom 16.5.2003 (BGBl I S. 660) geändert worden. Das GewStG 2002 ist zuletzt durch das Kleinunternehmerförderungsgesetz (KleinUntFG) vom 31.7.2003 (BGBl I S. 1550) geändert worden. Auf die Änderungen wird an geeigneter Stelle durch Fußnoten hingewiesen. Die Gesetzeszitate dieses Schreibens beziehen sich noch auf die Gesetzesfassungen der Bekanntmachungen vom 15.10.2002.

<sup>2</sup> Ab dem VZ 2003 kann eine Personengesellschaft nur dann Organträger sein, wenn sie eine Tätigkeit i. S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausübt (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG i. d. F. des StVergAbG [vgl. Fn. 1]).

Inlandsbezug beim Organträger verzichtet § 14 Abs. 1 Nr. 2 KStG. Es reicht künftig aus, wenn sich die Geschäftsleitung des Organträgers im Inland befindet.

### III. Zeitliche Anwendung

- 7 Die obigen Voraussetzungen gelten für die körperschaftsteuerliche Organschaft erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 2001 (§ 34 Abs. 9 Nr. 2 KStG) und für die gewerbsteuerliche Organschaft erstmals ab dem Erhebungszeitraum 2002 (§ 36 Abs. 1 GewStG).

### B. Organgesellschaft

- 8 Bisher reichte es für die gewerbsteuerliche Organschaft aus, wenn sich die Geschäftsleitung der Organgesellschaft im Inland befand. Ab dem Erhebungszeitraum 2002 ist nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG i. V. mit § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG und § 36 Abs. 1 GewStG auch der inländische Sitz (doppelter Inlandsbezug) erforderlich. Eine ausländische Kapitalgesellschaft kann danach nicht Organgesellschaft sein, selbst wenn sie im Inland einen Gewerbebetrieb unterhält.

### C. Gewinnabführungsvertrag und Eingliederungsvoraussetzungen

#### I. Körperschaftsteuerliche Organschaft

- 9 Ab dem Veranlagungszeitraum 2001 sind die Organschaftsvoraussetzungen der wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung weggefallen (§ 34 Abs. 9 Nr. 2 KStG). Die körperschaftsteuerliche Organschaft setzt künftig nur noch einen Gewinnabführungsvertrag i. S. des § 291 Abs. 1 Aktiengesetz und die finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft voraus.

#### II. Gewerbsteuerliche Organschaft

- 10 Für die gewerbsteuerliche Organschaft werden bis zu dem Erhebungszeitraum 2001 unverändert die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung gefordert (§ 36 Abs. 2 GewStG).

#### III. Angleichung der Voraussetzungen für die körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Organschaft

- 11 Ab dem Erhebungszeitraum 2002 stimmen die Voraussetzungen für die gewerbsteuerliche Organschaft mit denen der körperschaftsteuerlichen Organschaft überein (§ 36 Abs. 2 GewStG). Bereits bestehende gewerbsteuerliche Organschaften ohne Gewinnabführungsvertrag enden mit dem Erhebungszeitraum 2001, wenn nicht mit Wirkung ab 2002 ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen und tatsächlich durchgeführt wird.
- 12 Die Rückbeziehung der finanziellen Eingliederung und damit die rückwirkende Begründung eines Organschaftsverhältnisses ist nicht zulässig. Rz. Org. 05 des BMF-Schreibens vom 25.3.1998 (BStBl I S. 268) gilt für die finanzielle Eingliederung entsprechend.

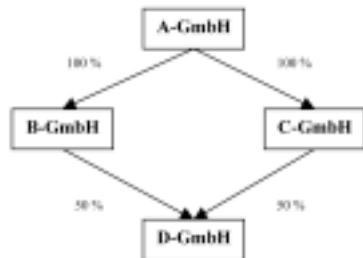
#### IV. Additionsverbot

- 13 Sowohl für die körperschaftsteuerliche als auch für die gewerbsteuerliche Organschaft dürfen ab dem Veranlagungs-/Erhebungszeitraum 2001 für das Vorliegen einer finanziellen Eingliederung i. S. von § 14 Abs. 1 Nr. 1

KStG mittelbare und unmittelbare Beteiligungen zusammengerechnet werden, wenn die Beteiligung an jeder vermittelnden Gesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte gewährt.

#### Beispiel für die finanzielle Eingliederung:

14



Die B-GmbH und die C-GmbH sind in die A-GmbH aufgrund unmittelbarer Beteiligung von jeweils 100 % finanziell eingegliedert. Die A-GmbH ist an der D-GmbH nicht unmittelbar beteiligt.

Die Zusammenrechnung der mittelbaren Beteiligung über die B-GmbH (50 %) und die C-GmbH (50 %) führt aber zur finanziellen Eingliederung der D-GmbH in die A-GmbH.

### D. Mehrmütterorganschaft

- 15 Die bislang gewohnheitsrechtlich anerkannte Mehrmütterorganschaft ist durch § 14 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 34 Abs. 9 Nr. 4 KStG erstmals gesetzlich geregelt worden.<sup>3</sup>

#### I. Qualifizierung der Willensbildungs-GbR als Organträger

- 16 Schließen sich mehrere gewerbliche Unternehmen zum Zwecke der einheitlichen Willensbildung gegenüber einer Kapitalgesellschaft zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Willensbildungs-GbR) zusammen, ist die Willensbildungs-GbR Organträger. Sie ist kraft Gesetzes als gewerbliches Unternehmen anzusehen (§ 14 Abs. 2 KStG).
- 17 Voraussetzung für die Begründung eines Organschaftsverhältnisses ist in diesen Fällen, dass den Gesellschaftern der GbR die Mehrheit der Stimmrechte an der Organgesellschaft zusteht und ihr Wille in der Organgesellschaft tatsächlich durchgeführt wird. Vom Beginn des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft muss die GbR ununterbrochen bestehen und jeder ihrer Gesellschafter an der Organgesellschaft ununterbrochen beteiligt sein (§ 14 Abs. 2 Satz 2 KStG). Weitere Voraussetzung für eine Organschaft ist ein Gewinnabführungsvertrag zwischen der Organgesellschaft und der Willensbildungs-GbR. Veräußert ein Gesellschafter der Willensbildungs-GbR während des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft seine Anteile an der Organgesellschaft oder scheidet er während des Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft aus der Willensbildungs-GbR aus, ist vom Zeitpunkt der Veräußerung oder des Ausscheidens an die Voraussetzung der finanziellen Eingliederung nicht mehr erfüllt. Damit entfällt die Anwendung des § 14 KStG für dieses Wirtschaftsjahr.

<sup>3</sup> Durch das StVergAbG (vgl. Fn. 1) ist das Rechtsinstitut der Mehrmütterorganschaft mit Wirkung ab dem VZ 2003 gestrichen worden.

- 18 Für den Veranlagungszeitraum 2000 und früher setzt eine Mehrmütterorganschaft voraus, dass die Organgesellschaft wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 KStG i. V. mit § 34 Abs. 9 Nr. 1 KStG). Eine Ergebniszurechnung bei den an der Willensbildungsgesellschaft beteiligten Muttergesellschaften ist gesetzlich ausgeschlossen.

#### II. Auswirkungen der Mehrmütterorganschaft auf gewerbesteuerliche Verluste

- 19 Nach § 2 Abs. 2 Satz 3 GewStG<sup>4</sup> ist in Fällen der Mehrmütterorganschaft die Willensbildungs-GbR Organträger. Der Gewerbeertrag der Organgesellschaft ist der Willensbildungs-GbR zuzurechnen. Eine Berücksichtigung bei den an der Willensbildungs-GbR beteiligten Gesellschaftern (Muttergesellschaften) ist ausgeschlossen. Die Entscheidungen des Bundesfinanzhofs zur Mehrmütterorganschaft vom 9.6.1999 (BStBl 2000 II S. 695 und BFH/NV 2000 S. 347) finden keine Anwendung.<sup>5</sup>
- 20 Bei Beendigung der Mehrmütterorganschaft durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus der Willensbildungs-GbR geht ein noch nicht berücksichtigter Verlustabzug i. S. des § 10 a GewStG weder ganz noch anteilig auf den verbleibenden Gesellschafter über, da zwischen dem verbleibenden Gesellschafter und der GbR keine Unternehmensidentität besteht.

### E. Steuerfreie Beteiligungserträge der Organgesellschaft

- 21 Es entspricht der Systematik des Halbeinkünfteverfahrens, wenn ausgeschüttete Gewinne im Organkreis steuerfrei bleiben, soweit sie letztlich auf eine Kapitalgesellschaft entfallen, und lediglich der Halbeinkünftebesteuerung unterliegen, soweit sie letztlich auf eine natürliche Person entfallen.

#### I. Bruttomethode

- 22 Nach § 15 Nr. 2 KStG finden bei der Ermittlung des Einkommens der Organgesellschaft § 8 b Abs. 1 bis 6 KStG keine Anwendung. Die Vorschriften des § 8 b KStG sowie des § 3 Nr. 40 und des § 3 c EStG sind bei der Ermittlung des Einkommens des Organträgers anzuwenden, wenn die Organgesellschaft Dividendeneinnahmen oder Veräußerungserlöse erzielt oder wenn in dem beim Organträger zuzurechnenden Einkommen Gewinnminderungen i. S. des § 8 b Abs. 3 KStG oder mit solchen Bezügen zusammenhängende Ausgaben i. S. des § 3 c EStG enthalten sind (sog. Bruttomethode).<sup>6</sup>

#### II. Fremdfinanzierungsaufwendungen

- 23 Fremdfinanzierungsaufwendungen für den Erwerb einer Beteiligung durch die Organgesellschaft stehen im Zusammenhang mit den nach § 8 b Abs. 1 KStG steuer-

<sup>4</sup> Satz 3 wurde durch das StVergAbG aufgehoben (vgl. a. Fn. 3).

<sup>5</sup> BMF-Schreiben vom 4.12.2000, BStBl I S. 1571.

<sup>6</sup> Durch das StVergAbG (vgl. Fn. 1) ist klargestellt worden, dass die Bruttomethode auch angewendet wird, soweit die Organgesellschaft einen Übernahmegewinn i. S. von § 4 Abs. 7 UmwStG oder Erträge aus ausländischen Beteiligungen, die durch ein DBA-Schachtelprivileg freigestellt sind, erzielt.

freien Beteiligungserträgen und unterliegen damit dem Abzugsverbot des § 3 c Abs. 1 EStG. § 8 b Abs. 1 bis 6 KStG ist aber nicht auf der Ebene der Organgesellschaft, sondern erst bei der Ermittlung des Einkommens des Organträgers anzuwenden (§ 15 Nr. 2 Sätze 1 und 2 KStG).

- 24 Finanziert der Organträger die Beteiligung an der Organgesellschaft fremd, sind die Aufwendungen in voller Höhe abziehbar. Eine Anwendung des § 3 c EStG scheidet aus, da die Aufwendungen im Zusammenhang mit Gewinnabführungen und nicht mit nach § 8 b KStG steuerfreien Einnahmen stehen. Dies gilt nicht, wenn eine Organgesellschaft für ein Geschäftsjahr in vertraglicher Zeit vorvertragliche Rücklagen auflöst und hieraus eine Gewinnausschüttung leistet. Insoweit handelt es sich um nach § 8 b Abs. 1 KStG steuerfreie Beteiligungserträge.

### III. Organträger ist eine Kapitalgesellschaft

- 25 Ist Organträger eine Kapitalgesellschaft, gilt für die steuerliche Behandlung der steuerfreien Beteiligungserträge der Organgesellschaft Folgendes:

#### Beispiel:

Die A-GmbH ist 100%ige Tochtergesellschaft der B-GmbH. Es besteht ein Organschaftsverhältnis. Die A-GmbH erzielt Dividendeneinnahmen in Höhe von 10.000 €, auf die Betriebsausgaben in Höhe von 1.000 € entfallen.

Bei der Ermittlung des der B-GmbH gemäß § 14 KStG zuzurechnenden Einkommens werden § 8 b Abs. 1 KStG und § 3 c Abs. 1 EStG nicht berücksichtigt (§ 15 Nr. 2 KStG). Das zuzurechnende Einkommen beträgt 9.000 €.

10.000 €	Betriebseinnahmen
<u>1.000 €</u>	Betriebsausgaben
9.000 €	

In der Steuererklärung macht die A-GmbH als Organgesellschaft folgende Angaben:

Einkommen: 9.000 €  
nachrichtlich:

inländische Bezüge i. S. des § 8 b Abs. 1 KStG: 10.000 €  
Betriebsausgaben nach § 3 c Abs. 1 EStG: 1.000 €

Bei der B-GmbH als Organträger werden nach § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG vom zuzurechnenden Einkommen nach § 14 KStG in Höhe von 9.000 € nun die steuerfreien Bezüge nach § 8 b Abs. 1 KStG in Höhe von 10.000 € gekürzt und die damit im Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben i. S. von § 3 c Abs. 1 EStG hinzugerechnet. Das verbleibende zuzurechnende Einkommen beträgt 0 €.

### IV. Organträger ist eine natürliche Person

- 26 Ist Organträger eine natürliche Person, gilt für die steuerliche Behandlung der steuerfreien Beteiligungserträge der Organgesellschaft Folgendes:

#### Beispiel:

Die 100%ige Beteiligung an der A-GmbH ist Betriebsvermögen des gewerblichen Einzelunternehmens des B. Es besteht ein Organschaftsverhältnis. Die A-GmbH erzielt Dividendeneinnahmen in Höhe von 10.000 €, auf die Betriebsausgaben in Höhe von 1.000 € entfallen.

Das dem Organträger gemäß § 14 KStG zuzurechnende Einkommen beträgt 9.000 € (wie Beispiel zu Rdnr. 25).

Die Angaben in der Steuererklärung der A-GmbH als Organgesellschaft entsprechen dem Beispiel zu Rdnr. 25.

Bei Organträger B werden nach § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG vom zuzurechnenden Einkommen nach § 14 KStG i. H. von 9.000 € die nach § 3 Nr. 40 Buchstabe d EStG steuerfreien Bezüge i. H. von 5.000 € abgezogen und nach § 3 c Abs. 2 EStG die Hälfte der damit im Zusammenhang stehenden Betriebsausgaben hinzugerechnet. Das dem Organträger B verbleibende zuzurechnende Einkommen beträgt 4.500 €.

### V. Organträger ist eine Personengesellschaft

- 27 Ist der Organträger eine Personengesellschaft, werden steuerfreie Beteiligungserträge der Organgesellschaft bei Gesellschaftern, die Kapitalgesellschaften sind, entsprechend Beispiel zu Rdnr. 25 und bei Gesellschaftern, die natürliche Personen sind, entsprechend Beispiel zu Rdnr. 26 behandelt.

### VI. Auswirkungen der Bruttomethode des § 15 Nr. 2 KStG auf die Gewerbesteuer

- 28 Die Bruttomethode nach § 15 Nr. 2 KStG ist auch bei der Gewerbesteuer anzuwenden. Dabei ist nach § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG die Anwendung der Vorschriften § 8 b KStG, § 3 Nr. 40 EStG und § 3 c EStG auf der Ebene des Organträgers nachzuholen.

#### 1. Veräußerungsgewinne

- 29 Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an in- und ausländischen Körperschaften sind im Steuerbilanzgewinn der Organgesellschaft enthalten. § 8 b Abs. 2 KStG findet auf der Ebene der Organgesellschaft keine Anwendung (§ 15 Nr. 2 Satz 1 KStG). Die Voraussetzungen einer Kürzungsvorschrift nach § 9 GewStG liegen nicht vor. § 8 b Abs. 2 KStG ist nach § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG bei der Ermittlung des Einkommens des Organträgers anzuwenden.

#### Beispiel:

Die O-GmbH hat einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 100.000 €. Darin enthalten ist ein Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an der E-AG in Höhe von 10.000 €. Es besteht ein Organschaftsverhältnis mit der M-AG als Organträger.

#### Lösung:

Nach § 15 Nr. 2 Satz 1 KStG ist bei der O-GmbH § 8 b Abs. 2 KStG nicht anzuwenden. Der Steuerbilanzgewinn beträgt 100.000 €. Dieser Betrag stellt auch den Gewerbeertrag der O-GmbH dar, weil auf Veräußerungsgewinne eine gewerbesteuerliche Kürzungsvorschrift nicht anzuwenden ist.

Auf der Ebene der M-AG ist § 8 b Abs. 2 KStG anzuwenden. Es ergibt sich ein Gewerbeertrag i. H. von 90.000 €.

#### 2. Dividendeneinnahmen aus Schachtelbeteiligungen

- 30 Auf Dividendeneinnahmen der Organgesellschaft ist § 8 b Abs. 1 KStG nicht anzuwenden (§ 15 Nr. 2 Satz 1 KStG). Die Dividendeneinnahmen unterliegen im Organkreis nicht der Gewerbesteuer, wenn die Voraussetzungen einer Kürzung nach § 9 Nr. 2 a oder Nr. 7 GewStG erfüllt sind. In diesem Fall sind sie bei der Ermittlung des Gewerbeertrags der Organgesellschaft abzüglich der damit im Zusammenhang stehenden Ausgaben zu kürzen.



**Beispiel:**

Die O-GmbH hat einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 100.000 €. Darin enthalten sind Dividenden aus der 15%igen Beteiligung an der E-AG i. H. von 10.000 €. Es besteht ein Organschaftsverhältnis mit der M-AG als Organträger.

**Lösung:**

Nach § 15 Nr. 2 KStG ist bei der O-GmbH der Gewinn in voller Höhe von 100.000 € anzusetzen, weil § 8 b Abs. 1 KStG bei ihr nicht zu berücksichtigen ist. Dieser Gewinn ist Ausgangsgröße für die Ermittlung des Gewerbeertrags. Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags ist der Gewinn i. H. von 100.000 € nach § 9 Nr. 2 a GewStG um die darin enthaltenen Einnahmen aus der Schachteldividende zu kürzen. Der Gewerbeertrag beträgt 90.000 €.

Der M-AG ist als Organträger ein Gewerbeertrag der O-GmbH in Höhe von 90.000 € zuzurechnen. Es ist keine Korrektur vorzunehmen, da in dem zugerechneten Betrag keine Einnahmen i. S. des § 8 b Abs. 1 KStG enthalten sind.

- 31 Bei mehreren Beteiligungen im Organkreis ist die 10%-Grenze des § 9 Nr. 2 a und Nr. 7 GewStG für jede Beteiligung getrennt zu betrachten.

**3. Dividendeneinnahmen aus Streubesitz**

- 32 Auf Dividendeneinnahmen der Organgesellschaft ist § 8 b Abs. 1 KStG nicht bei der Ermittlung des Einkommens der Organgesellschaft, sondern erst auf der Ebene des Organträgers anzuwenden (§ 15 Nr. 2 Satz 1 und 2 KStG). Die Dividendeneinnahmen sind jedoch nach § 8 Nr. 5 GewStG wieder hinzuzurechnen.

**Beispiel:**

Die O-GmbH hat einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 100.000 €. Darin enthalten sind Dividenden aus einer 5%igen Beteiligung an der E-AG i. H. von 10.000 €. Es besteht ein Organschaftsverhältnis mit der M-AG als Organträger.

**Lösung:**

Nach § 15 Nr. 2 KStG ist bei der O-GmbH der Gewinn in voller Höhe von 100.000 € anzusetzen, weil § 8 b Abs. 1 KStG bei ihr nicht zu berücksichtigen ist. Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags ist eine Kürzung nicht vorzunehmen, weil die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2 a GewStG bei Nicht-Schachtelbeteiligungen nicht vorliegen. Der Gewinn aus Gewerbebetrieb und der Gewerbeertrag betragen 100.000 €.

Auf der Ebene M-AG ist § 8 b Abs. 1 KStG anzuwenden. Durch die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG auf der Ebene des Organträgers bleibt es bei einem Gewerbeertrag von 100.000 €.

**4. Entgelte für Dauerschulden**

- 33 Sind bei der Organgesellschaft in den mit nach § 8 b KStG steuerfreien Einnahmen im Zusammenhang stehenden Ausgaben (§ 3 c EStG) Entgelte für Dauerschulden enthalten, ist § 3 c EStG auf der Ebene des Organträgers nur noch insoweit anzuwenden, wie nicht schon eine Hinzurechnung in Höhe der Hälfte der Entgelte für Dauerschuldzinsen nach § 8 Nr. 1 GewStG bei der Organgesellschaft erfolgt ist.

**5. Organträger ist eine Personengesellschaft**

- 34 Ist Organträger eine Personengesellschaft, finden die Vorschriften zu § 8 b KStG und § 3 Nr. 40 EStG bei der Gewerbesteuer keine Anwendung, da die Personengesellschaft eigenes Gewerbesteuersubjekt i. S. des § 2 GewStG ist.

**Beispiel:**

Die O-GmbH ist Organgesellschaft einer Personengesellschaft, an der zu 50 % eine natürliche Person und zu 50 % eine Kapitalgesellschaft beteiligt sind. Die O-GmbH hat einen Gewinn aus Gewerbebetrieb i. H. von 100.000 €. Darin enthalten ist ein Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an der E-AG i. H. von 10.000 €.

**Lösung:**

Der Gewinn aus der Veräußerung der Anteile an der E-AG ist auf der Ebene der O-GmbH nicht nach § 8 b Abs. 2 KStG steuerfrei (§ 15 Nr. 2 KStG). Auf der Ebene der Personengesellschaft als Organträger ist weder § 8 b KStG noch § 3 Nr. 40 EStG anwendbar, sodass der Gewerbeertrag (einschließlich des Veräußerungsgewinns von 10.000 €) in voller Höhe von 100.000 € der Gewerbesteuer unterliegt.

**F. Unterschiedliches Recht bei Organgesellschaft und Organträger**

- 35 Beim Übergang vom Anrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren bei der Körperschaftsteuer kann es zu einem Zusammenfallen von altem Recht (KStG a. F.) und neuem Recht (KStG n. F.) innerhalb des Organkreises kommen, wenn das Wirtschaftsjahr bei der Organgesellschaft und dem Organträger nicht identisch ist.

Zu unterscheiden sind zwei Fallgruppen:

**I. Fallgruppe 1: Abweichendes Wirtschaftsjahr bei der Organgesellschaft**

- 36 Unterliegt der Organträger dem KStG n. F. und ist für die Ermittlung des ihm zuzurechnenden Organeinkommens noch das KStG a. F. anzuwenden, ist auf das zu versteuernde Einkommen des Organträgers ein Steuersatz von 25 % anzuwenden.

**Beispiel:**

Im Jahr 2001 ermittelt der Organträger, bei dem das Wirtschaftsjahr das Kalenderjahr ist, sein Einkommen nach neuem Recht. Die Organgesellschaft ermittelt hingegen das Organeinkommen für das Wirtschaftsjahr 2000/2001 noch nach altem Recht. Dieses Organeinkommen wird dem Organträger für den Veranlagungszeitraum 2001 zugerechnet. Auf das zu versteuernde Einkommen des Organträgers ist ein Steuersatz von 25 % anzuwenden.

**II. Fallgruppe 2: Abweichendes Wirtschaftsjahr beim Organträger**

- 37 Unterliegt der Organträger dem KStG a. F. und ist für die Ermittlung des ihm zuzurechnenden Organeinkommens schon das KStG n. F. anzuwenden, ist auf das zu versteuernde Einkommen des Organträgers ein Steuersatz von 40 % anzuwenden.

7 KStG a. F. = KStG 1999.

**Beispiel:**

Der Organträger ermittelt sein Einkommen für das Wirtschaftsjahr 2000/2001 noch nach altem Recht. Für die Organgesellschaft gilt bereits neues Recht. Das nach neuem Recht ermittelte Organeinkommen wird dem Organträger für den Veranlagungszeitraum 2001 zugerechnet. Auf das zu versteuernde Einkommen des Organträgers ist ein Steuersatz von 40 % anzuwenden.

- 38 Bezieht die Organgesellschaft Beteiligungserträge nach neuem Recht, findet § 15 Nr. 2 Satz 2 KStG n. F. und damit § 8 b KStG, § 3 Nr. 40 und § 3 c EStG beim Organträger Anwendung (§ 34 Abs. 10 KStG).

### G. Körperschaftsteuererhöhung nach § 37 Abs. 3 KStG

- 39 Vereinnahmt eine Körperschaft Bezüge i. S. des § 8 b Abs. 1 KStG, die bei der leistenden Körperschaft zu einer Körperschaftsteuererminderung geführt haben, führt dies bei der Empfängerin der Bezüge nach § 37 Abs. 3 KStG zu einer Körperschaftsteuererhöhung. In Organschaftsfällen ist für Bezüge der Organgesellschaft die Körperschaftsteuererhöhung beim Organträger vorzunehmen (§ 37 Abs. 3 Satz 2 KStG).

### H. Organschaftliche Mehr- und Minderabführungen (§ 27 Abs. 6 KStG)

- 40 Veränderungen des steuerlichen Einlagekontos bei Mehr- und Minderabführungen einer Organgesellschaft sind in § 27 Abs. 6 KStG geregelt. Ist die Kapitalgesellschaft Organgesellschaft im Sinne des § 14 KStG oder des § 17 KStG und übersteigt das dem Organträger zuzurechnende Einkommen den abgeführten Gewinn
- wegen der Einstellung von Beträgen aus dem Jahresüberschuss in die gesetzliche Rücklage (§ 300 Nr. 1 des Aktiengesetzes),
  - in den Fällen des § 14 Abs. 1 Nr. 4 KStG wegen Einstellung von Beträgen aus dem Jahresüberschuss in die Gewinnrücklagen,
  - wegen der Verpflichtung zum Ausgleich vorvertraglicher Verluste (§ 301 des Aktiengesetzes) oder
  - wegen von der Handelsbilanz abweichender Bewertung von Aktiv- oder Passivposten in der Steuerbilanz, ist der Unterschiedsbetrag (Minderabführung) bei der Organgesellschaft auf dem steuerlichen Einlagekonto zu erfassen.

- 41 Unterschreitet das dem Organträger zuzurechnende Einkommen den abgeführten Gewinn
- wegen der Auflösung der in Satz 1 genannten Gewinnrücklagen oder
  - wegen von der Handelsbilanz abweichender Bewertung von Aktiv- oder Passivposten in der Steuerbilanz, mindert der Unterschiedsbetrag (Mehrabführung) das steuerliche Einlagekonto.
- 42 Zur Verwendung des steuerlichen Einlagekontos bei Mehr- und Minderabführungen wird auf das BMF-Schreiben vom 4.6.2003 zum steuerlichen Einlagekonto (BStBl I S. 366) verwiesen.

### I. Organschaftsausgleichsposten

- 43 Nach der Umstellung des Körperschaftsteuersystems vom Anrechnungs- auf das Halbeinkünfteverfahren gilt für die steuerliche Behandlung von Ausgleichsposten bei der Organschaft Folgendes:

Der Ausgleichsposten ist ein Korrekturposten zum Beteiligungsbuchwert. Auch nach der Systemumstellung sind die organschaftlichen Ausgleichsposten in voller Höhe zu bilden, unabhängig davon, ob das Organschaftseinkommen bzw. Teile davon beim Organträger voll steuerpflichtig oder insgesamt oder hälftig steuerfrei sind. Die Ausgleichsposten sind aber begrenzt auf die Höhe des Prozentsatzes der Beteiligung des Organträgers an der Organgesellschaft.

- 44 Wird beispielsweise ein beim Organträger gebildeter passiver Ausgleichsposten im Rahmen einer Veräußerung der Organbeteiligung aufgelöst, so erhöht sich der – nach § 8 b Abs. 2 KStG steuerfreie – Veräußerungsgewinn. Der passive Ausgleichsposten repräsentiert stille Reserven in der Organgesellschaft, die handelsrechtlich bereits an den Organträger abgeführt worden sind.
- 45 Nach § 8 b Abs. 2 Satz 2 KStG tritt die Steuerfreiheit jedoch nicht ein, soweit in den vorangegangenen Jahren bereits steuerwirksame Teilwertabschreibungen vorgenommen worden sind. In Höhe dieser Teilwertabschreibungen bleibt der Veräußerungsgewinn, zu dem auch die Auflösung eines Ausgleichspostens gehört, steuerpflichtig.
- Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht werden.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Eugen Rinecker, Augsburg, verstorben am 21.8.2003

Notar a. D. Ludwig Margraf, Donauwörth, verstorben am 23.9.2003

Notar Gerd Schütz, Landau i. d. Pfalz, verstorben am 16.10.2003

Notar Ernst Mittenzwei, München, verstorben am 28.11.2003

#### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

Notar Dr. Rudolf Rausch, Bayreuth

Mit Wirkung vom 1.6.2004:

Notar Hans Strobach, Sonthofen

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.1.2004:

Sebastian Apfelbaum

Martin F. Leiß

Mit Wirkung vom 1.2.2004:

Roland Nagel

Carl Michael Niemeyer

#### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Arne Everts, Eggenfelden (Notarstelle Feller), wurde mit Wirkung vom 27.6.2003 promoviert.

Notarassessor Christoph Moes, Bayreuth (Sonderurlaub), ab 1.10.2003 in Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller)

Notarassessor Paul Baumeister, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner), ab 1.11.2003 in Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Notarassessor Wolfgang Grosser, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner), ab 1.11.2003 in München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Notarassessor Dr. Lothar Hipler, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger), ab 1.11.2003 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Dr. Arne Everts, Eggenfelden (Notarstelle Feller), ab 17.11.2003 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Dr. Frank Seifert, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Brandmüller), ab 17.11.2003 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

Notarassessor Dr. Frank Eckert, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß), ab 1.1.2004 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Dr. Steffen Limpert, Arnstein (Verwalter der Notarstelle Dr. Rombach), ab 1.1.2004 in Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß)

Notarassessorin Heike Stiebitz, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma), ab 1.1.2004 in Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)

Oberamtsrat i. N. Josef Baumgartner, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Leitenstern/Walter), ab 15.5.2003 in Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

Oberinspektorin i. N. Sandra Säckler, Augsburg (Elternzeit), ab 1.7.2003 in Augsburg (Notarstelle Dr. Koch)

Inspektorin i. N. Stefanie Hartmann, München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger), ab 1.11.2003 in München (Notarstelle Wilfert-Kammer)

Inspektorin i. N. Uwe Woll, Pirmasens (Notarstelle Neumann), ab 1.11.2003 in Dahn (Notarstelle Kluge)

Amtmann i. N. Roland Christmann, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Westermeier), ab 1.1.2004 in Schweinfurt (Notarstelle Dr. Weiß)

Inspektorin i. N. Simone Geißendörfer, Ochsenfurt (Notarstellen Dr. Grafberger/Dr. Dörnhöfer), ab 1.1.2004 in Lindau (Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies)

Inspektorin i. N. Sabine Pichler, ab 1.1.2004 in Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

#### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i. N. Siegwart Riedel, Hof (Notarstellen Kapfer/Selbherr), ab 1.9.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Erwin Hösch, Ebermannstadt (Notarstelle Gengler), ab 1. 10.2003 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Erich Beer, Dingolfing (Notarstellen Dr. Pachtner/Koller), ab 1.2.2004 im Ruhestand

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Klingenberg, Notarstelle Baumeister, Telefon 09372 1399-0, Telefax 09372 139919, info@notariat-klingenberg.de

---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Offene Regelstellen

Die Notarkasse sucht für ihre Prüfungs- und Ausbildungsabteilung zwei weitere Mitarbeiter/innen.

Vorwiegender Aufgabenbereich ist die Durchführung von Kostenrevisionen.

Interessenten mögen sich bitte mit der Prüfungs- und Ausbildungsabteilung der Notarkasse in Verbindung setzen.

### Veranstaltungen des DAI

- |   |   |
|---|---|
| <p>1. Praktikertagung zum Bauträgervertrag<br/>(Basty)<br/>9.1.2004 in Kassel<br/>10.1.2004 in Berlin</p> <p>2. Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis<br/>(Heckschen, Reul, Wienberg)<br/>23.1.2004 in Essen<br/>24.1.2004 in Würzburg</p> <p>3. Intensivkurs Erbrecht<br/>(Frenz, Nieder, Kössinger)<br/>5.2.–7.2.2004 in Bad Kissingen</p> <p>4. Die GmbH in der notariellen Praxis<br/>(Schaub)<br/>6.2.2004 in Bochum<br/>7.2.2004 in Kaiserslautern</p> <p>5. Ausgewählte Probleme der Vertragsgestaltung im Grundstücksrecht<br/>(Hertel, Amann)<br/>13.2.2004 in Bad Homburg<br/>14.4.2004 in Gelsenkirchen</p> <p>6. Aktuelles Steuerrecht für Notare<br/>(Koch, Spiegelberger)<br/>21.2.2004 in Nürnberg (Terminänderung)</p> <p>7. Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft<br/>(Heckschen, Spiegelberger, Viskorf)<br/>28.2.2004 in Frankfurt</p> | <p>8. Notarforum: Aktuelle Einzelfragen zum Wohnungseigentum in der notariellen Praxis<br/>(Hügel, Rapp)<br/>28.2.2004 in Berlin</p> <p>9. Die Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen<br/>(Langenfeld, Münch)<br/>5.3.2004 in Wiesbaden<br/>6.3.2004 in Dortmund</p> <p>10. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und eingetragene Lebenspartnerschaft in der notariellen Praxis<br/>(Grziwotz)<br/>12.3.2004 in Kassel<br/>13.3.2004 in Osnabrück</p> <p>11. Notarforum: Ausgewählte Fragen zum Notarhaftungsrecht<br/>(Zugehör, Ganter, Hertel, Schlee)<br/>13.3.2004 in Kiel</p> |
|---|---|
- 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, [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de).

## Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2004

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

### „Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von **5.000 €** aus. Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht/Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht). Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30.6.2004** bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2005 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor.

### Neuerscheinungen

1. Burandt/Franke: Unternehmertestament (Beck'sche Musterverträge Bd. 45). Beck, 2003. 184 S. + CD-ROM, 23 €
2. Carlé: Die Betriebsaufspaltung. Gestaltung, Beratung, Muster. O. Schmidt, 2003. 304 S., 74,80 €
3. Flik, Hanns: Die notarielle Beurkundung: Zweck und Rechtswirklichkeit. w.e.b. Universitätsverlag/Buchhandel Eckhard Richter & Co. OHG, 2003. 286 S., 35 €
4. Haferland/Schmidt/Tiedtke: Praxis des Handels- und Kostenrechts, 4. Aufl., ZAP-Verlag, 2003. 744 S. + CD-ROM, 68 €
5. Hommelhoff/Hopt/v. Werder (Hrsg.): Handbuch Corporate Governance. O. Schmidt, 2003. 811 S., 168 €
6. Höver: Gebührentabellen. 32., neu bearb. Aufl., C. F. Müller, 2003. 240 S., 18 €
7. Johannsen/Henrich: Eherecht. 4., überarb. u. erw. Aufl., Beck, 2003. 2 464 S., 148 €
8. Jula: Der GmbH-Gesellschafter. 2., neu bearb. u. akt. Aufl., Springer, 2003. 351 S., 59,95 €
9. Kälin (Hrsg.): Internationales Immobilienhandbuch. Orell Füssli, 2003. 854 S., 53,50 €
10. Rehm: Aufklärungspflichten im Vertragsrecht. Beck, 2003. 312 S., 28 €
11. Schröder/Bergschneider: Familienvermögensrecht. Gieseking, 2003. 1 299 S., 118 €
12. Waldner: Vorweggenommene Erbfolge. E. Schmidt, 2003. 159 S., 24,80 €

### **1. Kündigungsschutz bei Wohnungsumwandlung für Angehörige des früheren Mieters**

BGB §§ 564 b, 569 a a. F. (jetzt: BGB §§ 577 a, 563);  
InvErlWobauldG Art. 14

Wohnungseigentum ist auch dann „nach der Überlassung an den Mieter“ im Sinne des § 564 b Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 BGB a. F. begründet worden, wenn der Mieter, dem gekündigt wurde, zur Zeit der Begründung des Wohnungseigentums als Angehöriger in der Wohnung lebte und mit dem Tode des damaligen Mieters kraft Gesetzes in das Mietverhältnis eingetreten ist. Der Angehörige rückt auch bezüglich der Wartefrist, die der Vermieter für eine Kündigung wegen Eigenbedarfs zu beachten hat, in die Rechtsposition des verstorbenen Mieters ein.

BGH, Urteil vom 9. Juli 2003, VIII ZR 26/03

### **2. Auslegung der Teilungserklärung**

WEG § 10

Eine Öffnungsklausel, die sich auf die in einem vorangegangenen Absatz geregelte Kostenverteilung für die „Betriebskosten“ bezieht, derzufolge bestimmte Kostenarten nach Verbrauch, die übrigen Kosten nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile umgelegt werden sollen, ist dahin auszulegen, dass sie sich auch auf Instandsetzungskosten erstreckt.

OLG Hamm, Beschluss vom 30.6.2003, 15 W 151/03

### **3. Änderung des Kostenverteilungsschlüssels**

WEG § 16 Abs. 2

Ein Anspruch auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels wegen grober Unbilligkeit ist nicht gegeben, wenn die Kostenverteilung von dem teilenden Eigentümer in der Teilungserklärung geregelt worden ist und er wegen der Verzögerung eines von ihm geplanten weiteren Ausbaues von Wohnungs- oder Teileigentum keine Sonderregelung getroffen hat. Die Erwerber der anderen Wohnungen dürfen sich auf die nach der Teilungserklärung vorgesehene Kostenregelung verlassen.

KG, Beschluss vom 1.9.2003, 24 W 285/02

### **4. Bestellung eines Ergänzungsbetreuers**

BGB § 181, § 1795, § 1796, § 1899 Abs. 4, § 2303 Abs. 1, § 2325 Abs. 1, § 2329 Abs. 1, § 2332 Abs. 1 und Abs. 2; BSHG § 90

1. Das Vormundschaftsgericht kann bei Vorliegen eines erheblichen Interessenkonflikts zwischen Betreuer und Betroffenen dem Betreuer die Vertretungsmacht konkludent durch die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers für den betreffenden Aufgabenkreis entziehen.
2. Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers für die Prüfung und Geltendmachung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen des Betroffenen gegen Vater und Schwester, die zu seinen Betreuern bestellt sind, ist auch dann erforderlich, wenn ein Sozialhilfeträger diese Ansprüche nach § 90 BSHG auf sich übergeleitet hat.

BayObLG, Beschluss vom 18.9.2003, 3Z BR 167/03

### **5. Keine Vollbeendigung einer GmbH & Co. KG bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens**

HGB § 31 Abs. 2 Satz 1, § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sowohl über das Vermögen der betroffenen GmbH & Co. KG als auch deren Komplementär- wie ihrer Kommanditistengesellschaften führt nicht zur Vollbeendigung der betroffenen GmbH & Co. KG. Vor Abschluss der Liquidation der Gesellschaft kommt deshalb die Eintragung des Erlöschens ihrer Firma nicht in Betracht.

OLG Hamm, Beschluss vom 3.7.2003, 15 W 375/02

### **6. Ausgleich für außenstehende Aktionäre im Gewinnabführungsvertrag**

AktG § 304

Im Gewinnabführungsvertrag ist den außenstehenden Aktionären gemäß § 304 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AktG als (fester) Ausgleich der voraussichtlich verteilungsfähige durchschnittliche Bruttogewinnanteil je Aktie abzüglich der von der Gesellschaft hierauf zu entrichtenden (Ausschüttungs-)Körperschaftsteuer in Höhe des jeweils gültigen Steuertarifs zuzusichern.

BGH, Beschluss vom 21.7.2003, II ZB 17/01

### **7. Zugang einer Willenserklärung gegenüber GmbH**

BGB § 130

Eine Willenserklärung geht der GmbH auch dann zu, wenn das Schriftstück in ein privates Postfach ihres Geschäftsführers gelegt wird.

BGH, Beschluss vom 31.7.2003, III ZR 353/02

### **8. Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft nach Grundstücksübertragung auf Personengesellschaft**

GrEStG § 5 Abs. 2 und 3

Wird eine Kapitalgesellschaft in zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit – ab 1. Januar 2000: innerhalb von fünf Jahren nach – der Übertragung eines Grundstücks auf eine Personengesellschaft, an der sie beteiligt ist, auf einen Dritten verschmolzen, führt dies zum Verlust der Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 2 GrEStG. Bei vor dem 1. Januar 2000 verwirklichten Erwerbsvorgängen muss hinzukommen, dass die Verschmelzung bereits im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung beabsichtigt war und die Gesellschafter der Personengesellschaft schon zu diesem Zeitpunkt von der Verschmelzungsabsicht wussten.

BFH, Urteil vom 25. Juni 2003, II R 20/02

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F